



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

2025/4a

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/4a)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

2025/4a

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.

Januar/janvier/gennaio 2026

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.

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. Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten durch [A. AG]	890
	2. NOVA-Nutzungsbedingungen und öV-Provisionsmodell	911
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Brandgating beim Selektivvertrieb	956
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Swisscom WAN-Anbindung II	961
	2. Enduits superficiels et gravillonnage	999
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Baloise Holding AG/Helvetia Holding AG	1036
	2. SCI/RAM II/Piffaretti/Activa Holding	1062
	3. Universitätsspital Basel/St. Claraspital AG	1066
	4. Tata Motors/Iveco Group	1083
	5. Stonepeak LP/Triton Managers V/IFCO	1085
	6. Tertianum Gruppe AG/Senevita AG	1086
	7. Hartree/ED&F Man Chile Holdings SpA	1093
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Vernehmlassung zu Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU»	1094
	2. Vernehmlassung zum Verordnungspaket Umwelt Frühling 2026 (Änderung der Abfallverordnung)	1153
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 6. Oktober 2025 Ford Credit (Switzerland) GmbH gegen WEKO – Untersuchung betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede	1157
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 16. Oktober 2025 in Sachen A. AG gegen WEKO – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abt. II, vom 12. Februar 2024	1243
	2. Urteil vom 24. September 2025 in Sachen Sunrise GmbH gegen Swisscom, A. AG – Kartellrecht: Sanktion; Eishockey im Pay-TV, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2023	1250
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 4 novembre 2025 – Marchés publics – Liberté d'accès au marché / Recours du 5 mai 2025 contre la décision du 20 avril 2023	1266

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1272
Index (deutsch, français e italiano)	1274

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. Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten durch [A. AG]

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 18. August 2020 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend: Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten durch [A. AG] wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Im Rahmen der Vorabklärung soll ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass A. AG in kartellrechtswidriger Weise aus dem Monopolbereich stammende Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten, namentlich im Bereich Bau und Unterhalt von Photovoltaikanlagen, verwendet hat.

2. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildet somit die Frage, ob es sich beim beschriebenen Sachverhalt um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG¹ handelt und diesbezüglich eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen ist.

A.2 Verfahrensgeschichte

3. Mit Schreiben vom 7. Januar 2019 reichte der Verband B (nachfolgend: B oder Anzeigerin) bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Anzeige gegen drei Stromnetzbetreiberinnen – unter anderem die A. AG – ein. Darin äusserte die Anzeigerin den Verdacht, dass die betreffenden Stromnetzbetreiberinnen im Monopolbereich erlangte Daten verwendet haben, um zulasten von Konkurrenzunternehmen Wettbewerbsvorteile in Geschäftsbereichen zu erzielen, die dem freien Markt unterstehen. Die Anzeigerin beantragte, dass gegen die Stromnetzbetreiberinnen eine Vorabklärung mit anschliessender Untersuchung wegen des Verdachts auf Verstösse gegen Art. 7 KG einzuleiten sei.

4. Mit Schreiben vom 15. Januar 2019 wurde B aufgefordert, eine geschäftsgeheimnisbereinigte Form der Anzeige einzureichen bzw. zu bestätigen, dass die Anzeige keine Geschäftsgeheimnisse enthalte. Am

17. Januar 2019 bestätigte B, dass die Anzeige keine Geschäftsgeheimnisse enthalte.

5. Die betreffenden Unternehmen wurden mit Schreiben vom 23. Januar 2019 im Rahmen einer Marktbeobachtung separat und unabhängig voneinander aufgefordert, zu den ihnen gegenüber von der Anzeigerin vorgebrachten Verdachtsmomenten sowie den eingereichten Beweismitteln Stellung zu nehmen.

6. Auf Ersuchen von B hin fand am 26. März 2019 eine Besprechung zwischen B und dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) statt. Anlässlich dieser Sitzung thematisierte B im Wesentlichen den Inhalt ihrer Anzeige, gab einige zusätzliche Informationen und reichte diverse Dokumente ein.

7. Nach gewährten Fristerstreckungen nahmen die drei Stromnetzbetreiberinnen jeweils separat zur Anzeige Stellung. Die Stellungnahme der A. AG erfolgte am 12. April 2019. Mit Schreiben vom 15. April 2019 machte sie darauf aufmerksam, dass diese Eingabe Geschäftsgeheimnisse enthalte und deren Bereinigung bis zum 24. April 2019 erfolgen werde.

8. Mit Schreiben vom 3. Mai 2019 stellte die A. AG ein Ausstandsbegehren gegen ein Mitglied der WEKO.

9. Das Ausstandsbegehren der A. AG wurde vom Sekretariat mangels eines Untersuchungsverfahrens mit Schreiben vom 6. Mai 2019 abgewiesen.

10. Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 reichte B eine weitere Stellungnahme ein.

11. Am 4. Juni 2019 reichte B weitere Unterlagen ein, u. a. ein Kurzgutachten von Prof. Dr. Rolf Weber zum Begriff der «wirtschaftlich sensiblen Informationen» gemäss Art. 10 Abs. 2 StromVG² sowie zur Bedeutung des Netzbetriebs und der buchhalterischen Entflechtung.

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

² Bundesgesetz vom 23.3.2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

12. Am 4. Juli 2019 reichte B ein weiteres Schreiben ein und übermittelte dabei dem Sekretariat [...].

13. Am 17. Juli 2019 fand eine weitere Besprechung zwischen B und dem Sekretariat statt.

14. Das Sekretariat eröffnete am 4. September 2019 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten gegen die A. AG.

15. Gleichentags stellte das Sekretariat beim Bundesamt für Energie (nachfolgend: BFE) ein Amtshilfegesuch [...] (vgl. Rz 12).

16. Mit Schreiben vom 20. September 2019 kam das BFE dem Amtshilfegesuch nach und stellte dem Sekretariat die gewünschten [...] zu.

17. Am 4. November 2019 reichte die A. AG eine weitere unaufgeforderte Stellungnahme beim Sekretariat ein.

18. Mit Schreiben vom 13. Januar 2020 reichte B eine weitere unaufgeforderte Stellungnahme ein.

19. Mit Schreiben vom 25. Februar 2020 stellte das Sekretariat beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) ein Amtshilfegesuch und bat um Einreichung verschiedener Daten im Zusammenhang mit bei der Erstellung von PV-Anlagen bestehenden Meldepflichten. Nach einmalig erstreckter Frist reichte das ESTI die beantragten Daten am 3. April 2020 ein.

20. Mit Schreiben vom 3. März 2020 stellte das Sekretariat der A. AG einen Fragebogen mit Frist zur Beantwortung bis am 25. März 2020 zu. Nach gewährter Fristerstreckung, unter anderem im Zusammenhang mit der Verordnung vom 20. März 2020 über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19), reichte die A. AG die Antworten mit Schreiben vom 25. Mai 2020 ein.

21. Ebenfalls mit Schreiben vom 3. März 2020 stellte das Sekretariat der C. AG als Anbieterin von Adressen und dazugehörigen Dienstleistungen einen Fragebogen zu. Die Antworten der C. AG erfolgten mit Eingabe vom 20. März 2020.

22. Mit Schreiben vom 5. März 2020 wurde 13 potentiellen Konkurrenten der A. AG im Bereich Installation und Unterhalt von PV-Anlagen ein Fragebogen zugestellt. Nach diversen Fristerstreckungen antworteten sämtliche Befragten zwischen dem 11. März 2020 und dem 11. Mai 2020.

23. Mit Schreiben vom 20. April 2020 reichte B eine weitere Stellungnahme zur geltend gemachten Marktverzerrung ein.

24. Mit Schreiben vom 4. Juni 2020 stellte das Sekretariat der A. AG ein weiteres Auskunftsbegehren zu. Nach erfolgter Fristerstreckung reichte die A. AG einen Teil der Antworten am 23. Juni 2020 ein; dies mit dem Hinweis, dass weitere Informationen bis zum 30. Juni 2020 folgen würden. Mit E-Mail vom 3. Juli 2020 wurde seitens der A. AG schliesslich mitgeteilt, sie würde sich betreffend die genannten Informationen innert 10 Tagen wieder beim Sekretariat melden.

25. Mit Schreiben vom 7. Juli 2020 äusserte sich das Sekretariat zu dieser Vorgehensweise der A. AG und teilte mit, dass die ausstehenden Informationen nicht mehr benötigt würden, sondern der Sachverhalt gestützt auf die vorliegenden Akten beurteilt würde.

26. Am 15. Juli 2020 reichte die A. AG schliesslich eine weitere Stellungnahme zum zweiten Auskunftsbegehren ein.

A.3 Sachverhalt

A.3.1 Versendung von Werbeschreiben für «X»

27. Vorliegend steht der Verdacht im Raum, dass die A. AG im Monopolbereich erlangte Daten verwendet hat, um zulasten von Konkurrenzunternehmen Wettbewerbsvorteile in Geschäftsbereichen zu erzielen, die dem freien Markt unterstehen. Konkret geht es um den Vorwurf, die A. AG hätte Daten aus dem Stromnetz – und damit aus dem Monopolbereich – verwendet, um damit Werbung für ihr Photovoltaikprodukt (PV-Produkt) «X» zu machen.

28. Die A. AG ist Inhaberin einer 20-jährigen kantonalen Konzession, um im Konzessionsgebiet für eine Grundversorgung von Bevölkerung und Wirtschaft mit elektrischer Energie zu sorgen. Das Konzessionsgebiet umfasst dabei im Wesentlichen [...]

29. Nebst dem Netzbetrieb und der Gewährleistung der Grundversorgung bietet die A. AG verschiedene Dienstleistungen und Produkte an, die sie im Wettbewerb zu anderen Unternehmen erbringt. Zu den Angeboten, welche die A. AG im marktwirtschaftlichen Bereich im relevanten Zeitraum, d. h. in den Jahren 2016 und 2017 (vgl. Rz 31) erbrachte, gehörten unter anderem die Erstellung, der Betrieb und der Unterhalt von PV-Anlagen. Die entsprechenden Leistungen wurden unter dem Produkt «X» vermarktet.³ Das Produkt «X» wurde im März 2016 von der A. AG neu eingeführt.⁴

30. Beim Produkt «X» handelt es sich um eine Komplettlösung im Bereich der Installation von PV-Anlagen. Die PV-Anlage wandelt mittels Solarzellen Sonnenstrahlung in elektrische Energie um und der so gewonnene Strom kann im Haus genutzt werden. Die überschüssige Energie wird ins Stromnetz eingespeist oder in einer Batterie gespeichert.⁵

31. Konkret macht die Anzeigerin geltend, die A. AG habe im Zeitraum von Frühjahr 2016 bis Januar 2017 wiederholt ihre Netzkunden angeschrieben und diesen spezifische Angebote für ihr Produkt «X» zugesendet, welche individualisiert und auf die konkreten Bedürfnisse der jeweiligen Kunden zugeschnitten gewesen seien. Die entsprechenden Informationen und Kundendaten habe die A. AG lediglich aufgrund ihrer Aktivität im Monopolbereich erlangen können.

³ Vgl. Anzeige B vom 7.1.2019, Rz 6 f., m. w. H.; [www] (16.6.2020).

⁴ Vgl. [www] (3.8.2020).

⁵ Vgl. [www] (3.8.2020); Anzeige B vom 7.1.2019, Beilage 9.

32. Als Beweise reichte die Anzeigerin drei Schreiben ein – jeweils gerichtet an Herrn a., Herrn b. und Herrn c. – und machte dabei folgende Angaben:

33. Ein an **Herrn a.** gerichtetes Schreiben der A. AG vom August 2016⁶ beziehe sich auf eine Liegenschaft – offenbar eine Jagdhütte⁷ – von Herrn a. innerhalb des A. AG-Versorgungsgebiets. Herr a. wohne aber ausserhalb des Netzgebiets der A. AG [...]. Die Verbindung zu Herrn a. bzw. zu dessen Zustelladresse ausserhalb des A. AG-Versorgungsgebietes könne die A. AG nur aufgrund von Informationen und Daten kennen, welche sie aus ihrer Monopoltätigkeit erlangt habe. Die Verwendung spezifischer Kundendaten aus dem Monopolbereich sei somit erstellt.

34. Die A. AG wendet dagegen ein, die Adresse von Herrn a. sei im [...] aufgeführt, welches öffentlich zugänglich sei.⁸

35. Tatsächlich ist auf dem genannten Portal für jedermann ersichtlich, in wessen Eigentum eine bestimmte Parzelle steht.⁹ Aktuell kann die Information der Eigentümerschaft auf dem [...] ermittelt werden.¹⁰ So ist im konkreten Fall ersichtlich, dass die zur Diskussion stehende Parzelle Nr. [...] in [...] Herrn a., wohnhaft in [...], gehört. Ebenso ist aus dem [...] Portal ersichtlich, dass sich – im Gegensatz zu den umliegenden Parzellen – auf der genannten Parzelle ein Gebäude (mit der Hausnummer [...]) befindet.

36. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass Herr a. die A. AG im Nachgang an das zur Diskussion stehende Werbeschreiben [...] nicht beauftragt hat, eine PV-Anlage auf dem Dach seiner Jagdhütte zu installieren.

37. Das zweite von B. eingereichte Schreiben ist das Schreiben vom 21. November 2016 an **Herrn b.**¹¹. In Bezug auf dieses Schreiben zeigt sich die Verwendung von Kundendaten aus dem Monopolbereich gemäss B. nur schon daran, dass die Offerte offensichtlich exakt auf den Stromverbrauch der von Herrn b. gehaltenen Liegenschaft an der Adresse [...] abgestimmt sei und auf spezifische Eigenschaften der betreffenden Immobilie eingehe (bspw. Vermerk «1 Stk Unterkonstruktion für Ziegeldach» sowie Nennung der Anzahl einzubauender Module). Weiter falle am Schreiben an Herrn b. auf, dass die A. AG darin offeriere, die Betriebskosten für die Photovoltaikanlage bzw. der entsprechenden «App» X mit der jährlichen Stromrechnung zu *verrechnen* – was nicht nur die Verwendung von Daten aus dem Monopolbereich im marktwirtschaftlichen Geschäftsfeld voraussetze, sondern auch die fehlende finanzielle Abgrenzung der beiden Tätigkeitsbereiche der A. AG veranschauliche (Quersubventionsproblematik).¹²

38. Die A. AG macht in Bezug auf dieses Schreiben geltend, die spezifischen Informationen der Offerte seien anlässlich eines Beratungsgesprächs zwischen der d. GmbH (Partner der A. AG, der für die Installation der PV-Anlagen zuständig gewesen sei) und Herrn e. gewonnen worden.¹³

39. Beim genannten Schreiben an Herrn b. handelt es sich um eine konkrete Offerte der A. AG zur Installation einer PV-Anlage. Die darauf ersichtlichen Daten stammen offenbar aus einem persönlichen Kundengespräch zwischen Herrn und Frau b. und Herrn e. von der

d. GmbH. Dies geht aus einer von der A. AG eingereichten E-Mail hervor, in welcher sich Herr e. für die «freundliche Aufnahme in ihrem Haus» bedankt und im Anhang die genannte Offerte der A. AG vom 21. November 2016 zustellt. Dementsprechend erscheint es naheliegend, dass die von B. genannten spezifischen Informationen wie Stromverbrauch etc. von Herrn b. selbst stammen. Wie der Erstkontakt zwischen der A. AG und Herrn b. zustande kam, ist nicht bekannt. Insgesamt zeigen sich damit in Bezug auf die Offerte an Herrn b. keine genügenden Anhaltspunkte, dass die A. AG dazu auf Daten aus dem Monopolbereich zurückgegriffen hat.

40. Im dritten von B. genannten Schreiben – dem Schreiben vom 3. Januar 2017 an **Herrn c.**¹⁴ – zeige sich die Verwendung von Monopoldaten im wettbewerblichen Tätigkeitsbereich daran, dass das Angebot für «[...]» einer Photovoltaikanlage nicht die Liegenschaft von Herrn c. an der Zustelladresse in [...] (ausserhalb des A. AG-Versorgungsgebiets) habe betreffen können – die Liegenschaft in [...] verfüge über keine Photovoltaikanlage. Stattdessen habe das Schreiben auf die Liegenschaft [...] im A. AG-Versorgungsgebiet abgezielt, welche mit einer Photovoltaikinstallation ausgerüstet sei. Den Bezug zwischen der Liegenschaft [...] und der Wohnadresse von Herrn c. ausserhalb des A. AG-Versorgungsgebiets habe die A. AG lediglich aufgrund von Kundendaten aus dem Monopolbereich herstellen können.¹⁵

41. Die A. AG macht diesbezüglich geltend, dass die Adresse von Herrn c. am 7. Dezember 2016 von der C. AG gekauft worden sei.¹⁶ Dazu reicht sie entsprechende Rechnungen betr. Adresslieferungen und eine Mail-Bestätigung der C. AG ein, wonach in der Adresslieferung vom 7. Dezember 2016 zwei an einen Herrn c. gerichtete Adressen enthalten gewesen seien.¹⁷

42. Auch hier ist es möglich, mithilfe des [...] Portals herauszufinden, wem eine bestimmte Parzelle im Netzgebiet der A. AG gehört (vgl. vorne Rz 35). Schliesslich enthält das Schreiben auch den Hinweis, dass falls Herr c. noch keine PV-Anlage habe, er mehr Informationen dazu im beiliegenden Flyer finde. Aus dem eingereichten Schreiben an Herrn c. ist zudem nicht ersichtlich, auf welches konkrete Objekt sich die beworbene Leistung (Reinigung der PV-Anlage) bezieht. Damit kann insgesamt nicht erstellt werden, dass die A. AG in Bezug auf das Schreiben an Herrn c. auf Monopoldaten zurückgegriffen hat.

⁶ Vgl. Anzeige B. vom 7.1.2019, Beilage 9.

⁷ Vgl. Stellungnahme B vom 4.6.2019, Rz 14.

⁸ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 12.

⁹ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 7 ff. und Beilage 1.

¹⁰ Vgl. [www] (3.8.2020).

¹¹ Vgl. Anzeige B vom 7.1.2019, Beilage 10.

¹² Vgl. Anzeige B vom 7.1.2019, Rz 10 sowie Beilage 10.

¹³ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 12.

¹⁴ Vgl. Anzeige B vom 7.1.2019, Beilage 11.

¹⁵ Vgl. Anzeige B vom 7.1.2019, Rz 11 sowie Beilage 11.

¹⁶ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 12.

¹⁷ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Beilagen 5 und 6.

43. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass alleine aus dem Inhalt der drei von B eingereichten Schreiben nicht geschlossen werden kann, dass dafür Daten aus dem Monopolbereich der A. AG verwendet wurden, um Werbung für die Installation von PV-Anlagen sowie Unterhaltsarbeiten zu machen. Weitere konkrete Schreiben liegen dem Sekretariat nicht vor.

44. Die A. AG führt allerdings selbst aus, dass es sich beim von B ins Feld geführten Sachverhalt «um eine einmalige Angelegenheit im Sommer 2016» gehandelt habe, die zudem auf einem «IT-Versehen» beruht habe.¹⁸ Die fraglichen Werbeschreiben [...] (bestehend aus einer Einladung zu einer Informationsveranstaltung und einem Flyer mit Informationen zum Produkt «X»)¹⁹ seien im Juli und August 2016 verschickt worden.²⁰ Die A. AG habe aufgrund dieses Vorfalls bereits im Spätsommer 2016 ihre Compliance-Massnahmen verbessert.²¹ Diese seien auch anschliessend stetig weiterentwickelt und ergänzt worden. Mit Schreiben vom 1. November 2019 reichte die A. AG dem Sekretariat eine entsprechende Auflistung ihrer überarbeiteten Compliance-Massnahmen ein.²²

45. Weiter bringt die A. AG vor, dass ab [...] alle Kundenadressen für [...] bei einem Datenlieferanten eingekauft worden seien.²³ Die A. AG unterscheide nach Massgabe von Art. 10 StromVG strikt zwischen dem Kundenstamm aus dem Monopolbereich und den anderen Kundenstämmen. Im Wettbewerbsbereich beziehe die A. AG die Kundendaten (zu mehr als [...] %²⁴) von qualifizierten Drittunternehmen. Die restlichen Daten erhalte die A. AG direkt von den Kundinnen und Kunden [...].²⁵

46. Im Übrigen verweist die A. AG betreffend Sachverhalt auf [...]. [Darin] führte die A. AG aus, dass vermungsweise [...] Adressen des veralteten Adressstammes von der fraglichen Marketingaktion betroffen gewesen seien. Dies entspreche ca. [...] % des gesamten Adressstammes der A. AG in deren Versorgungsgebiet. Sollte überhaupt ein Marktvorteil bzw. eine Wettbewerbsverzerrung vorliegen, was vorliegend bestritten werde, so sei eine solche zumindest als minim (marginal) zu qualifizieren. Die Adressen seien umgehend nach Bekanntwerden des Versehens gelöscht worden.²⁶ Die Adresse von Herrn a. entstamme diesem «veralteten» Adressstamm.²⁷

47. Gemäss den Angaben der C. AG fand die erste Lieferung von Privatadressen am 12. Oktober 2016 statt. Damals wurden [...] Privatadressen von Ein- und Zweifamilienhäusern zum einmaligen Gebrauch geliefert.²⁸ Sämtliche vorherigen Datenlieferungen der C. AG betrafen keine Privatkunden, sondern Gewerbekunden.²⁹ Es wurde von der A. AG denn auch nicht geltend gemacht, dass vor diesem Datum Lieferungen von Privatadressen von der C. AG oder von anderen Adresslieferanten erfolgt seien.

48. Da die A. AG somit vor dem 12. Oktober 2016 keine Privatkundenadressen (Consumer) eingekauft hat, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die vor diesem Zeitpunkt verwendeten Adressen von der A. AG selbst stammen müssen.

49. [...]

50. Dieser Sachverhalt wird seitens der A. AG denn auch im vorliegenden Verfahren nicht bestritten. Somit ist für die vorliegende Vorabklärung davon auszugehen, dass bis zum 12. Oktober 2016 mindestens [...] Adressen aus dem Monopolbereich im Wettbewerbsbereich zu Werbezwecken verwendet wurden. Unklar bleibt allerdings, ob und wie viele weitere Adressen aus dem Monopolbereich für die Marketingkampagne «[...]» verwendet wurden. Die A. AG macht geltend, die genaue Anzahl versendeter Schreiben in Rahmen der genannten Werbeaktion könne nicht mehr eruiert werden.³⁰ Die Informationsveranstaltungen hätten in den Gemeinden [...], [...], [...], [...] und [...] stattgefunden. Gestützt auf die Einwohnerzahlen dieser Gemeinden könnten höchstens 2 000 bis 4 000 potentielle Adressaten überhaupt in Betracht kommen.³¹ Für die Informationsveranstaltungen seien keine Teilnehmerlisten geführt worden. Die für die Informationsveranstaltungen gebuchten Räume hätten in der Regel eine Kapazität von 50-250 Personen aufgewiesen, wobei dieses Potential – gemäss Erinnerungen von Mitarbeitenden – in keinem Fall nur annähernd ausgeschöpft worden sei.³² Ginge man von maximal 250 Plätzen pro Informationsveranstaltung in den fünf Gemeinden aus, gäbe dies insgesamt 1 250 Plätze, d. h. 1 250 Werbeschreiben.

51. Im Mai 2016 reichte die A. AG der C. AG überdies [...] Privatadressen zur Bereinigung und Anreicherung [...] ein.³³ Dies entspricht in etwa dem gesamten Adressstamm der A. AG in deren Versorgungsgebiet (vgl. vorne Rz 46, wonach [...] Adressen ca. [...] % des gesamten Adressstammes der A. AG in deren Versorgungsgebiet ausmachen). Es wird nicht bestritten, dass diese Adressen von der A. AG selbst stammen und nicht zuvor von Dritten eingekauft worden sind. Die A. AG führt dazu aus, dass die Daten aufgrund einer Migration von «SAP» auf «kVASy» für eine Kundensegmentierung unbrauchbar gewesen seien und zum Teil Dubletten und falsche Adressen enthalten hätten. Die Datenanreicherung habe die Kundensegmentierung erleichtern und damit die Auswertungsmöglichkeiten verbessern sowie zielgenauere Kalkulationen und Kampagnen zu Stromprodukten ermöglichen sollen. Nach der Anreicherung

¹⁸ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 7 ff.

¹⁹ Vgl. Anzeige B. vom 7.1.2019, Beilage 9.

²⁰ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 22.6.2020, Antwort auf Frage 1.b).

²¹ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 7 ff.

²² Vgl. Stellungnahme A. AG vom 1.11.2019, Rz 4.

²³ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Rz 7 ff.

²⁴ Vgl. Stellungnahme A. AG zu den Fragen des [...] vom 23. Juli 2018, Antwort zur Frage 2.b., [...], Ordner 1, S. 387 f.

²⁵ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 12.4.2019, Antwort 11.

²⁶ Vgl. Stellungnahme A. AG zu den Fragen des [...] vom 23.7.2018, Rz 7 f., [...], Ordner 1, S. 391.

²⁷ Vgl. Stellungnahme A. AG zu den Fragen des [...] vom 23.7.2018, Antwort zur Frage 7.a., [...], Ordner 1, S. 385.

²⁸ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 373298 vom 13.10.2016.

²⁹ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 368486 vom 3.9.2015; Rechnung 368496 vom 3.9.2015; Rechnung 369998 vom 6.1.2016; Rechnung 373122 vom 30.9.2016.

³⁰ Vgl. Stellungnahmen A. AG vom 22.6.2020, Antwort auf Frage 1.a); vom 14.7.2020; Ziff. 1.

³¹ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 14.7.2020; Ziff. 3.

³² Vgl. Stellungnahme A. AG vom 22.6.2020, Antwort auf Frage 1.a).

³³ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 371795 vom 6.6.2016.

habe sie die Daten wieder ins «kVASy» eingespiessen und die Segmentierung vorgenommen. Auf Basis der erhaltenen Informationen sei per 1. Januar 2017 ein separates Preisblatt für Private und das Kleingewerbe erstellt worden. Im Oktober 2017 sei zudem an alle Adressen eine Information zu E-Rechnungen erfolgt. Für «X» seien die Adressen nicht verwendet worden.³⁴ Dies entspricht auch den Ausführungen der [...] Es ergeben sich somit keine Hinweise darauf, dass die A. AG die angereicherten Adressen für die Werbeaktion für «X» im Frühling/Sommer 2016 verwendet hat. Einzig die zeitliche Nähe – die bereinigten Adressen wurden gemäss Rechnung am 31. Mai 2016 geliefert³⁵ – könnte dafür sprechen. Wären die Daten nur oder hauptsächlich zur Verwendung für die Werbeaktion «X» vom Frühling/Sommer 2016 bereinigt und angereichert worden, wäre es zudem naheliegend gewesen, die Adressen um zusätzliche Merkmale wie «Ein- und Zweifamilienhäuser» und «gute Solar-Eignung» (vgl. dazu Rz 56) anzureichern. Somit kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Bereicherung und Anreicherung der [...] Privatadressen für die Werbeschreiben «X» diene oder diese Adressen auf andere Weise im Wettbewerbsbereich verwendet wurden.

52. Insgesamt ist in Bezug auf den Versand des Werbeschreibens für «X» im Frühling/Sommer 2016 festzuhalten, dass dazu zwischen dem 19. August 2016 und dem 12. Oktober 2016 mindestens [...] Adressen aus dem Monopolbereich im Wettbewerbsbereich verwendet worden sind. Da die A. AG vor dem 12. Oktober 2016 keine Kundenadressen (Consumer) eingekauft hat, stammen sämtliche für diese Werbeaktion verwendeten Adressen von der A. AG selbst. Es kann jedoch nachträglich nicht mehr eruiert werden, wie viele Privatpersonen im Rahmen dieser Aktion tatsächlich angeschrieben wurden. Gestützt auf die Angaben der A. AG dürften insgesamt maximal 1 250 Schreiben im Zusammenhang mit der Werbeaktion «[...]» versendet worden sein. Entsprechend ist für die vorliegende Vorabklärung davon auszugehen, dass die A. AG insgesamt maximal 1 250 Monopoladressen für Werbezwecke im Wettbewerbsbereich genutzt hat.

53. Hinweise auf die Verwendung von Monopoldaten im Zusammenhang mit weiteren Werbeschreiben oder sonstigen Aktionen liegen dem Sekretariat nicht vor. Die A. AG macht denn auch mehrfach geltend, dass es sich bei der Werbeaktion für «X» im Frühling/Sommer 2016 «um eine einmalige Angelegenheit im Sommer 2016» gehandelt habe, die zudem auf einem «IT-Versehen» beruht habe. Zudem habe die A. AG aufgrund dieses Vorfalls ihre Compliance Massnahmen bereits im Spätsommer 2016 verbessert und diese würden ständig auf den neusten Stand gebracht.³⁶

A.3.2 Finanzieller Wert der verwendeten Adressdaten

54. Gemäss den Ausführungen von C. AG ist eine Aufstellung nach Produktpreisen heute nicht mehr möglich, da es in den letzten Jahren immer wieder zu Änderungen gekommen sei.³⁷

55. Um einen Überblick über die Preise für solche Daten- und Adresslieferungen zu erhalten, welche die A. AG in Anspruch genommen hat, werden die erfolgten

Lieferungen von Privatadressen – sog. Consumer Daten – von der C. AG an die A. AG nachfolgend aufgeführt: Eine grosse Datenlieferung von der C. AG an die A. AG gab es am 31. Mai 2017. Damals wurden der A. AG [...] Privatadressen, angereichert mit dem Merkmal «Energieträger» und verknüpft mit «Solarinformationen und Eignungsklassen», zum uneingeschränkten Gebrauch für 12 Monate für einen Preis von CHF [...] geliefert.³⁸ Diese Lieferung beinhaltete auch [...].³⁹

56. Am 26. Januar 2018 wurden [...] Adressen zur Einmalnutzung für «Ein- und Zweifamilienhäuser mit «guter Solar-Eignung aufwärts» für CHF [...] geliefert,⁴⁰ wobei die Lieferung von [...] solcher Adressen zur Einmalnutzung gemäss vorliegender Offerte zum Preis von CHF [...] hätte erfolgen können.⁴¹ Am 18. Mai 2018 erfolgte sodann eine weitere Lieferung von Privatadressen: Es wurden [...] Consumer Adressen zur Einmalnutzung für CHF [...] geliefert.⁴² Am 4. Juni 2018 erfolgte die Lieferung von [...] Adressen zur Einmalnutzung zum Preis von CHF [...].⁴³ Schliesslich wurden am 20. August 2018 [...] Adressen zur Einmalnutzung zum Preis von CHF [...] geliefert. Am 18. Januar 2019 erfolgte eine Lieferung von [...] Adressen zum Preis von CHF [...].⁴⁴ Schliesslich gab es eine Lieferung vom 17. September 2019 von [...] Adressen für CHF [...].⁴⁵

57. In den von der C. AG eingereichten Unterlagen findet sich zudem ein Angebot vom 19. Januar 2018 für [...] Adressen zur Einmalnutzung zum Preis von CHF [...] und ein solches vom 29. Mai 2018 für [...] Adressen für CHF [...].

³⁴ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 22.6.2020, Antwort auf Frage 3 b).

³⁵ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 371795 vom 6.6.2016.

³⁶ Vgl. Stellungnahmen A. AG vom 12.4.2019, Rz 7 ff; vom 25.5.2020, S. 1.

³⁷ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Ziff. 1.

³⁸ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 375916 vom 31.5.2017.

³⁹ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung 375916 vom 31.5.2017; Angebot Belegnr. 206550 vom 19.1.2018.

⁴⁰ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung Belegnr. 94630367 vom 31.1.2017.

⁴¹ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Angebot Belegnr. 206550 vom 19.1.2018.

⁴² Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung Belegnr. 94631635 vom 18.5.2018.

⁴³ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung Belegnr. 94632038 vom 26.6.2018.

⁴⁴ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung Belegnr. 94634647 vom 23.1.2019.

⁴⁵ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Rechnung Belegnr. 94637379 vom 23.9.2019.

⁴⁶ Vgl. Stellungnahme C. AG vom 20.3.2020, Angebot Belegnr. 206585 vom 19.1.2018.

58. Zusammengetragen ergeben sich daraus die folgenden Werte:

Anzahl Adressen	Preis in CHF	Preis pro Adresse in CHF
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

Tabelle 1: Finanzieller Wert der von der C. AG an die A. AG gelieferten Adressen zur Einmalnutzung

59. Daraus resultiert ein Durchschnittspreis von CHF 2.33 pro Adresse zur Einmalnutzung. Für die zur Diskussion stehende Werbeaktion ist davon auszugehen, dass insgesamt maximal 1 250 Adressen verwendet wurden. Hätte die A. AG diese Adressen bei einem Dritten – C. AG oder einem anderen Adresslieferanten – einkaufen müssen, darf davon ausgegangen werden, dass sie dies etwa CHF 2 900.– gekostet hätte.

60. Die von der A. AG für die Werbeaktion «[...]» maximal verwendeten 1 250 Adressen hätten somit bei einem Dritten für rund CHF 2 900.– beschafft werden können.

61. Weiter sind diese Kosten in Relation zu den übrigen Werbemassnahmen zu setzen, welche die A. AG im Zusammenhang mit der Bewerbung von «X» unternommen hat. Gemäss den Ausführungen der A. AG erfolgte der Kick-off für die Werbung im Zusammenhang mit der Lancierung von «X» im März 2016 und zwar – nebst der Direktwerbung – mit folgenden Massnahmen zu den genannten Kosten:⁴⁷

- Medienmitteilung: [...]
- YouTube-Video: Kosten: CHF [...]
- Berichterstattung in den [...]: keine Kosten
- Anzeige in [...]: [...]
- Publireportage im [...]: Kosten: CHF [...]

62. Bei den erwähnten Massnahmen sei sodann in der Regel nicht ersichtlich, welche Privatkunden mit dieser Werbung angesprochen worden seien. Beim YouTube-Video seien bis zum heutigen Tag beinahe 900 Aufrufe zu verzeichnen.⁴⁸

63. Für die Werbemassnahmen im Zusammenhang mit der Lancierung von «X» im März 2016 hat die A. AG

(ohne Direktwerbung) rund CHF [...] (plus Personalkosten) ausgegeben. Hätte sie nicht auf die Adressen aus dem Monopolbereich zurückgegriffen, hätte sie zudem rund CHF 2 900.– für den Kauf bzw. für die Benutzung von Adressen zwecks Versand von Werbeschreiben an Privatkunden investieren müssen. Dies zeigt, dass der Kauf der Adressen im Verhältnis zu den gesamten Kosten für Werbemassnahmen weniger ins Gewicht gefallen wäre.

A.3.3 Entwicklungen im Bereich der Installation von PV-Anlagen für Privatkunden

64. B macht geltend, der Monopoldatenmissbrauch durch die A. AG im Rahmen ihrer Solarzellenkampagne «X» ab Mitte 2016 habe für die Mitbewerber auf dem Gebäudetechnikmarkt in der Region [...] schwere Nachteile und damit verbunden finanzielle Verluste zur Folge gehabt.⁴⁹ Ab Mitte 2016 sei der A. AG-Marktanteil am [...] Solarzellen-Installationsmarkt schlagartig auf über [60-70] % emporgeschnellt. Dies stünde in direktem Zusammenhang mit den Werbeschreiben für das Produkt «X» (und damit dem Monopoladressmissbrauch).⁵⁰ Vor der strittigen Kampagne habe der Anteil der A. AG auf diesem Markt 0 % betragen.⁵¹

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort zu Frage 4 sowie Beilage 1.

⁴⁸ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort zu Frage 4.

⁴⁹ Vgl. Stellungnahmen B vom 4.6.2019, Rz 16 ff. und vom 13.1.2020, Rz 1.

⁵⁰ Vgl. Stellungnahme B vom 13.1.2020, Rz 6.

⁵¹ Vgl. Schreiben Anzeigerin vom 20.4.2020, Rz 2.

65. Um die geltend gemachte Marktverzerrung aufzuzeigen, reichte die Anzeigerin folgende Tabelle ein:

Jahr	Total Solaranlagen im Schweizer A. AG-Versorgungsgebiet	neu installiert im Schweizer A. AG-Versorgungsgebiet im entsprechenden Jahr	davon A. AG Installationen X	Marktanteil A. AG an Neuinstallationen in %
2015	[...]	[...]	[...]	0
2016	[...]	[...]	[...]	[60-70]
2017	[...]	[...]	[...]	[20-30]

Tabelle 2: Marktanteile gemäss Anzeigerin gestützt auf die Anzahl installierter PV-Anlagen⁵²

66. Unter Berücksichtigung der Wettbewerber im Bereich Installation von PV-Anlagen stellte sich die Situation der A. AG gemäss Schätzung der Anzeigerin folgendermassen dar:

Anbieter Installation PV-Anlagen	Marktanteil Anfang 2016	Marktanteil Ende 2016/Anfang 2017
A. AG	0 %	[60-70] %
D. AG	> 10 %	< 10 %
E. AG	> 10 %	< 10 %
F. GmbH	> 10 %	< 10 %
G. GmbH	0 - 10 %	< 5 %
H. AG	0 - 10 %	< 5 %
I. AG	0 - 10 %	< 5 %
J. GmbH	0 - 10 %	< 5 %
K. GmbH	0 - 10 %	< 5 %
L. AG	0 - 10 %	< 5 %
M.	0 - 10 %	< 5 %
N. GmbH & Co. KG	0 - 10 %	< 5 %
O. AG	0 - 10 %	< 5 %
P. AG	0 - 10 %	< 5 %
Q. AG	0 - 10 %	< 5 %

⁵² Vgl. Schreiben Anzeigerin vom 20.4.2020, Beilage 4.

Anbieter Installation PV-Anlagen	Marktanteil Anfang 2016	Marktanteil Ende 2016/Anfang 2017
R.	0 - 10 %	< 5 %
S.	0 - 10 %	< 5 %
T. AG	0 - 10 %	< 5 %
U. AG	0 - 10 %	< 5 %

Tabelle 3: Anbieter von Photovoltaikanlagen im Kanton [...] mit (der von B vorgenommenen) Schätzung der Marktanteile⁵³

67. Zu dieser von der Anzeigerin aufgezeigten Marktsituation ist in erster Linie anzuführen, dass der dieser Marktsituation zu Grunde gelegte Markt räumlich zu klein definiert wurde. Wie nachfolgend bei der Marktabgrenzung aufgezeigt wird (vgl. Rz 108 ff.), wäre der Markt voraussichtlich nicht kantonal, sondern eher überkanton (Kanton [...] plus umliegende Kantone und

grenznahes Ausland) abzugrenzen. Zudem erscheint die Berechnung der Marktanteile gestützt auf den erzielten Umsatz aussagekräftiger als die Marktanteilsberechnung gestützt auf die *Anzahl* neu installierter PV-Anlagen. Basierend auf den zurzeit vorliegenden Umsatzzahlen ergeben sich damit folgende Marktanteile:

Unternehmen	Umsatz 2015 in CHF	MA 2015 in %	Umsatz 2016 in CHF	MA 2016 in %	Umsatz 2017 in CHF	MA 2017 in %	Umsatz 2018 in CHF	MA 2018 in %
A. AG ⁵⁴	0	0	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]	[...]	[10-20]
F. GmbH ⁵⁵	[...]	[30-40]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
V. GmbH ⁵⁶	[...]	[20-30]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[20-30]
W. AG ⁵⁷	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[10-20]
M. ⁵⁸	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
X. AG ⁵⁹	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
H. AG ⁶⁰	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Y. AG ⁶¹	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
K. GmbH ⁶²	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Z. ⁶³	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
TOTAL	[...]	100	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Tabelle 4: Marktanteile auf dem Markt für die Installation von PV-Anlagen für Privatpersonen

⁵³ Vgl. Stellungnahme B vom 20.4.2020, Beilage 2 und 3.

⁵⁴ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort auf Frage 7.

⁵⁵ Vgl. [...] Stellungnahme F. GmbH vom 21.4.2020, Antwort auf Frage 7 und 8.

⁵⁶ Vgl. Stellungnahme V. GmbH vom 27.3.2020, Antwort auf Frage 7.

⁵⁷ Vgl. Stellungnahme W. AG vom 30.3.2020, Antwort auf Frage 7.

⁵⁸ Vgl. Stellungnahme M. vom 6.5.2020, Antwort auf Frage 7.

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme X. AG vom 27.3.2020 (Eingang), Antwort auf Frage 7.

⁶⁰ Vgl. Stellungnahme H. AG vom 18.3.2020, Antwort auf Frage 7.

⁶¹ Vgl. Stellungnahme Y. AG vom 25.3.2020 (Eingang), Antwort auf Frage 7.

⁶² Vgl. Stellungnahme K. GmbH vom 18.3.2020, Antwort auf Frage 7.

⁶³ Vgl. Stellungnahme Z. GmbH vom 15.3.2020, Antwort auf Frage 7.

68. Tabelle 4 zeigt lediglich eine Tendenz der Marktan- teilsentwicklung aufgrund der derzeit vorliegenden Zah- len auf. Wie bereits aus der von der Anzeigerin einge- reichten Tabelle 3 ersichtlich wird, fehlen zum einen zahlreiche kleinere regionale Anbieter und zum anderen bleiben Anbieter aus dem grenznahen Ausland völlig unberücksichtigt. Gemäss der Kundenübersicht betr. Sicherheitsnachweise für PV-Anlagen im Sinne von Art. 35 Abs. 3 NIV⁶⁴ scheint hier vor allem die AA. GmbH aus [...] eine starke Konkurrentin der A. AG hinsichtlich der Installation von PV-Anlagen im Raum [...] zu sein.⁶⁵

69. Aus der Tabelle lässt sich durchaus ein Effekt des Markteintritts der A. AG im Bereich Installation von PV- Anlagen im Privatkundenbereich erkennen. Das Produkt «X» wurde im Frühling 2016 lanciert und die A. AG konnte bereits in diesem Jahr einen Umsatz von rund CHF [...] erzielen. In den Jahren 2016 und 2017 erreichte sie mit «X» einen Marktanteil von höchstens [30-40] % bzw. [30-40] %. Für das Jahr 2017 lässt sich so- dann erkennen, dass [...] das Gesamtmarktvolumen beträchtlich anstieg. Dieses brach aber bereits im Jahr 2018 wieder ein; ebenso der Umsatz der A. AG. Dieser betrug im Jahr 2018 nur noch CHF [...], was einem Marktanteil von höchstens [10-20] % entspricht, und im Jahr 2019 sogar nur noch CHF [...].⁶⁶ Insgesamt lässt sich damit erkennen, dass die Einführung von «X» zwar Wirkungen auf das Wettbewerbsumfeld hatte, diese Wirkungen aber von sehr kurzfristiger Natur waren und die A. AG bereits zwei Jahre später mit erheblichen Um- satzeinbussen zu kämpfen hatte. Von längerfristigen, geschweige denn von dauerhaften Auswirkungen des Markteintritts der A. AG kann damit nicht die Rede sein. Insbesondere lässt sich aber aus den dargelegten Zah- len keineswegs schliessen, dass sich der Umsatz bzw. die Marktanteile in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund eines Werbeschreibens der A. AG so entwickelt haben. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang relevant, dass die A. AG 2016 neu in den Markt für Installationen von PV-Anlagen bzw. für PV-Anlagen-Contracting eingetre- ten ist und dieser Markteintritt von diversen Werbeaktio- nen mittels verschiedener Medien begleitet wurde (vgl. vorne Rz 71 und hinten Rz 141 ff.). Wie ausschlagge- bend das Werbeschreiben für den Kaufentscheid einer Kundin oder eines Kunden gewesen ist, kann aus den dargelegten Marktanteilen nicht abgeleitet werden (vgl. dazu hinten Rz 141 ff.). Schliesslich ist anzumerken, dass die A. AG auch im Jahr 2018 grossflächig und mehrfach Werbeschreiben und Flyer in Sachen «X» an Privatpersonen versendet hat,⁶⁷ diese aber angesichts der erheblichen Umsatzeinbussen im Jahr 2018 und 2019 den gewünschten Effekt nicht zu erzielen vermoch- ten.

70. B macht im Zusammenhang mit den angeblichen Wirkungen des Werbeschreibens weiter geltend, aus der eingereichten Liste der «X»-Kunden⁶⁸ gehe hervor, dass die A. AG mit der «X»-Kampagne im [...] Kanton [...] und den angrenzenden Gebieten Projekte akquiriert habe. Zudem veranschauliche die Kundenliste das Ausmass der Wettbewerbsverzerrung durch den Mono- poladressmissbrauch am Markt: So fänden sich unter den aufgeführten «X»-Käufern lediglich [...] «Nicht- Stromkunden»; sämtliche übrigen [...] «X»-Käufer seien demgegenüber gleichzeitig monopolgebundene Strom-

bezüger von A. AG. Selbst wenn es nun zuträfe, dass A. AG-Mitarbeiter hiervon [...] «X»-Projekte direkt akqui- rierten, blieben immer noch [...] «X»-Aufträge, welche auf die fraglichen Werbeschreiben an A. AG- Stromkunden zurückgingen.⁶⁹

71. Aus der genannten Liste lässt sich entgegen der Ansicht von B nicht erkennen, auf welche Werbeaktion die «X»-Aufträge zurückzuführen sind. Die A. AG liess im fraglichen Zeitraum diverse Werbeaktionen wie Fa- cebook- und YouTube-Videos, Berichterstattungen und Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, den Versand von Flyern und Infoveranstaltungen laufen.⁷⁰ Weshalb genau sich die Kundinnen und Kunden in den Jahren 2016 und 2017 letztendlich für eine «X»-Anlage und nicht für eine PV-Anlage eines anderen Anbieters ent- schieden haben, lässt sich heute nicht mehr feststellen. Es scheint denn auch am wahrscheinlichsten, dass sich der Entscheid für den Kauf einer «X»-Anlage nicht auf ein einziges Werbeschreiben zurückführen lässt, son- dern eher auf mehreren Umständen wie verschiedene Werbeaktionen, Vergleich von verschiedenen Angebo- ten sowie die Bekanntheit der A. AG als Stromnetzbe- treiberin und ihr erhöhtes Ansehen als staatsnahes Un- ternehmen gründete (vgl. dazu hinten Rz 141 ff.). Da die A. AG unter anderem auch als Stromnetzbetreiberin im Kanton [...] tätig ist (vgl. Rz 28), ist es nicht weiter er- staunlich, dass sich die meisten «X»-Kunden im Netz- gebiet der A. AG wiederfinden und diese somit auch Netzkunden der A. AG sind. Auch aus diesem Umstand kann weder zu Gunsten noch zu Ungunsten der A. AG etwas abgeleitet werden.

72. Insgesamt lässt sich im Bereich der Installation von PV-Anlagen für Privatkunden der erfolgreiche Marktein- tritt der A. AG im Jahr 2016 anhand der erzielten Umsät- ze erkennen. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor, dass sich diese Umsätze und die damit einhergehende kurzfristige Verbesserung der Marktstellung auf das zur Diskussion stehende Werbeschreiben für das Produkt «X» zurückführen lassen.

73. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die A. AG ge- mäss eigenen Angaben beabsichtigt, das gesamte Ge- schäftsfeld Energiedienstleistungen, u.a. «X», mangels Rentabilität und aufgrund veränderter politischer Rah- menbedingungen (Wegfall von Fördergeldern) per Ende des ersten Halbjahres 2020 einzustellen. Es sei nämlich lediglich in etwas mehr als [...] % der Kundenanfragen überhaupt zu einem Vertragsabschluss gekommen.⁷¹ Mit Geschäftsleitungsbeschluss vom 22. Juni 2020 sei die- ser Entscheid nun rechtsgültig erfolgt und Anfragen in Bezug auf «X» würden per sofort an das lokale Gewerbe weitergeleitet.⁷²

⁶⁴ Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 7.11.2001 (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV; SR 734.27).

⁶⁵ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Beilage 5.

⁶⁶ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort auf Frage 7.

⁶⁷ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Beilage 1.

⁶⁸ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Beilage 2.

⁶⁹ Vgl. Stellungnahme B vom 13.1.2020, Rz 6.

⁷⁰ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Beilage 1.

⁷¹ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, 1.

⁷² Vgl. Stellungnahme A. AG vom 22.6.2020, 2 Bst. a.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

75. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die A. AG ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

76. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (vgl. Rz 87 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.⁷³ Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften und Zuständigkeit

77. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Gemäss Bundesgericht ist Art. 3 Abs. 1 KG restriktiv auszulegen. Ein Ausschluss des Kartellgesetzes ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.⁷⁴ Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

78. Vorliegend steht in erster Linie die Frage im Raum, ob die A. AG für die Bewerbung ihres Produktes «X» in kartellrechtswidriger Weise Monopoldaten verwendet hat.

79. Der Monopolbereich im Strombereich umfasst im Wesentlichen das Stromnetz zur Übertragung und Verteilung von Strom sowie die Stromlieferung an Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung (vgl. dazu Art. 22 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Gemäss der Botschaft zum StromVG enthält das StromVG «namentlich Vorschriften über das Recht auf Netznutzung (Netzzugang) und die Höhe der Netznutzungsentgelte. Damit werden diese Bereiche spezialgesetzlich geregelt»⁷⁵ und das KG findet hier nur beschränkt Anwendung. In den übrigen Bereichen der Stromwirtschaft bleibt das Kartellgesetz hingegen nach wie vor in vollem Umfang anwendbar.

80. Bei der Vermarktung des Produkts «A. AG X» handelt es sich nicht um eine Tätigkeit im Monopolbereich, sondern um eine gewerbliche Tätigkeit, bei welcher die A. AG mit zahlreichen anderen Unternehmen im Wettbewerb steht. Soweit die A. AG solche gewerblichen

Tätigkeiten ausserhalb ihrer Monopolbereiche ausübt, untersteht sie als privatrechtlich tätiges Unternehmen vollumfänglich dem Wettbewerbsrecht.⁷⁶

81. Insbesondere stellt auch Art. 10 StromVG keine vorbehaltene Vorschrift bzw. spezialgesetzliche Bestimmung dar, welche die Anwendung des KG und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden ausschliessen würde.

82. Gemäss Art. 10 Abs. 1 StromVG haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherzustellen. Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen sind untersagt. Dabei müssen gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung wirtschaftlich sensible Informationen, die aus dem Betrieb der Elektrizitätsnetze gewonnen werden, von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen unter Vorbehalt der gesetzlichen Offenlegungspflichten vertraulich behandelt werden und dürfen nicht für andere Tätigkeitsbereiche genutzt werden. Wer vorsätzlich die buchhalterische und rechtliche Entflechtung der Netzbereiche nicht oder falsch vornimmt oder Informationen aus dem Netzbetrieb für andere Tätigkeitsbereiche nutzt, wird sodann mit Busse bis zu CHF 100 000.– bestraft (Art. 29 Abs. 1 Bst. b StromVG). Zuständig für die Überwachung der Einhaltung von Art. 10 StromVG ist gemäss der allgemeinen Bestimmung von Art. 22 StromVG die Elektrizitätskommission (nachfolgend: ElCom). Für die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung und Beurteilung entsprechender Widerhandlungen ist gemäss Art. 29 Abs. 3 StromVG demgegenüber das BFE zuständig.

83. Die ElCom überwacht gemäss Art. 22 StromVG die Einhaltung des Gesetzes, wobei sie insbesondere für Entscheide in Sachen Netzzugang, Netznutzungsbedingungen, Netznutzungstarife und -entgelte sowie Elektrizitätstarife zuständig ist. Die Verwendung von Monopoldaten im Wettbewerbsbereich hat jedoch keinen direkten Einfluss auf den Netzzugang oder die Netznutzungs- bzw. Elektrizitätstarife, also auf den Monopolbereich. Vielmehr geht es bei der in Rede stehenden Problematik – der Verwendung von Monopoldaten – vordergründig um den Wettbewerb im gewerblichen Bereich und hier ist das Kartellgesetz in vollen Umfang anwendbar und die WEKO für die Durchsetzung zuständig (vgl. auch vorne Rz 79). Der ElCom stehen sodann auch – anders als im Bereich des Netzzugangs und der Tarife – keine unmittelbaren Mittel und insbesondere auch keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung, welche die Verwendung von Monopoldaten direkt verhindern würden. Soweit bekannt, hat die ElCom in diesem Bereich noch keine konkrete Weisung erlassen und auch im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision StromVG wurden

⁷³ Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz 14.

⁷⁴ Vgl. BGE 141 II 66, 71 f. E. 2.2.3 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.3), Sanktionsverfügung: *Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

⁷⁵ Vgl. Botschaft vom 3.12. 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2004 1611, 1675.

⁷⁶ Vgl. RPW 2014/1, 84 Rz 38, *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*, m. w. H.

diesbezüglich keine präzisierenden Bestimmungen aufgenommen.⁷⁷ Obwohl die ECom aufgrund ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht zwar grundsätzlich auch über die Einhaltung des Verbots der Verwendung der Monopoldaten wachen würde, schliesst dies nicht aus, dass auch die WEKO gestützt auf das KG in diesem Bereich tätig werden kann und auch tätig werden muss, wenn entsprechende Verstösse gegen das Kartellgesetz vorliegen. Somit ist in diesem Bereich – auch aufgrund der verschiedenen Schutzobjekte – von einer parallelen Zuständigkeit von ECom und WEKO auszugehen.

84. Wie vorne erwähnt, ist für die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen das Missbrauchsverbot von Monopoldaten sodann das BFE zuständig (vgl. Rz 82). Gemäss der Botschaft richten sich die Strafbestimmungen in Art. 29 StromVG grundsätzlich gegen natürliche Personen, welche das unter Strafe gestellte Verhalten ausgeführt haben. Gemäss Art. 6 VStR⁷⁸ kann unter Umständen auch der Geschäftsherr oder Arbeitgeber, welcher eine Rechtspflicht zur Verhinderung der Tat verletzt hat, neben dem Arbeitnehmer der Strafbestimmung unterliegen.⁷⁹

85. Auch hier spricht die historische Auslegung von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 29 StromVG dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Bestimmungen die Vorgaben des Kartellgesetzes nicht wegbedingen wollte (vgl. Rz 79 und 84). Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck spricht für dieses Ergebnis. Mit den Strafnormen in Art. 29 StromVG nicht geahndet werden wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen der Energieversorgungsunternehmen. Insofern kann mit den Instrumenten, welche das StromVG als Spezialgesetz zur Verfügung stellt, nicht sichergestellt werden, dass der Gewinn, der aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erwirtschaftet wurde, abgeschöpft wird.⁸⁰ Insofern bestehen gestützt auf das StromVG keine finanziellen Anreize, die verhindern würden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung missbraucht, um zu seinem Vorteil den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Mit einem Strafurteil gegen natürliche Personen können zudem – anders als mit den Mitteln des Kartellgesetzes (erneute Sanktionierung bei einem Verstoß gegen behördlich verfügte Verhaltensanpassungen gemäss Art. 50 KG) – keine finanziellen Anreize gesetzt werden, dass sich das Unternehmen künftig wettbewerbskonform verhalten wird. Weder in der Botschaft noch in der Parlamentsdebatte finden sich Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 10 Abs. 2 und Art. 29 StromVG im Falle eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens davon absehen wollte, dass dieses mit den Mitteln des KG sanktioniert wird.

86. [...] Wie erwähnt ändert dies jedoch nichts daran, dass die WEKO zur Beurteilung dieses Falles ebenfalls zuständig ist. [...]

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

87. 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).

88. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

89. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU⁸¹ nach einer sachlichen und räumlichen Komponente.⁸²

B.3.1 Relevanter Markt

90. Vorliegend sind grundsätzlich zwei relevante Bereiche zu unterscheiden: Zum einen der Bereich, aus dem die Monopoldaten stammen – der Elektrizitätsbereich (Stromverteilung und Stromversorgung) – und zum anderen der Bereich, in dem diese Daten anschliessend mutmasslich verwendet wurden – der Bereich der Installation von PV-Anlagen.

B.3.1.1 Sachlich relevanter Markt

B.3.1.1.1 Elektrizitätsbereich

91. Die WEKO unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxismässig folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung, Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung und Stromhandel.⁸³

92. Vorliegend geht es um den Vorwurf, dass die A. AG Daten von festen Endkundinnen und Endkunden aus den Monopolbereichen Netz und Stromversorgung verwendet hat, um damit Werbung für die Installation von PV-Anlagen bei Einfamilienhäusern zu betreiben. Bei der A. AG handelt es sich um eine Netzbetreiberin.⁸⁴ Als solche ist sie auf den Märkten für Stromverteilung und Stromversorgung tätig, weshalb nachfolgend auf diese beiden Bereiche näher eingegangen wird.

93. Der **Markt für Stromverteilung** umfasst die Fortleitung von Elektrizität über die regionalen und überregionalen Leitungen mittlerer und/oder niedriger Spannung. Auf dem Markt für Stromverteilung stehen die Verteilnetzbetreiber (nachfolgend: VNB) als Anbieter den Wiederverkäufern (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) und den Endkundinnen und Endkunden als Nachfrager gegenüber. Die WEKO hat bisher darauf verzichtet, den

⁷⁷ Vgl. <http://www.evupartners.ch/informatrische-entflechtung/> (3.8.2020) mit Hinweis auf die Medienmitteilung vom 17.10.2018 des Bundesrats zur Revision des StromVG, (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-72549.html> [3.8.2020]).

⁷⁸ Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStR; SR 313.0).

⁷⁹ Vgl. BBl 2004 (Fn 75) 1664.

⁸⁰ Vorbehalten bleiben das Recht auf Netzzugang und die Höhe der Netznutzungsentgelte; vgl. vorne Rz 79.

⁸¹ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

⁸² Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 ff., *Sanktionsverfügung - DCC*.

⁸³ Zum ganzen Abschnitt vgl. RPW 2016/3 773 f., Rz 27 ff. *BKW/AEK*; RPW 2015/4, 773 Rz 74 ff., *Groupe E Celsius SA*; RPW 2013/3, 334 Rz 32 ff., *AET/SES*; RPW 2006/3, 476 Rz 63 ff., *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁸⁴ Vgl. [www.] (3.8.2020).

Markt für Stromverteilung weiter nach Spannungsstärken zu segmentieren.⁸⁵ Als zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden im Kanton [...] zuständige Verteilnetzbetreiberin ist die A. AG auf dem Markt für Stromverteilung tätig.

94. Der **Markt für Stromversorgung** umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern (Haushalte und Grossunternehmen) und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) durch Stromversorger. Es stehen sich angebotsseitig die Stromversorger und nachfrageseitig die Endkundinnen und Endkunden und/oder Wiederverkäufer (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) gegenüber.

95. Der Markt für Stromversorgung ist in dem Sinne weiter zu segmentieren, als dass mit Inkrafttreten des StromVG am 1. Januar 2008 nachfrageseitig die Unterscheidung eingeführt wurde zwischen sog. festen Endkundinnen und Endkunden (Haushalte und Gewerbebetriebe mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, Art. 6 Abs. 2 StromVG) und Kunden mit Netzzugang gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG, welche frei wählen können, von welchem Stromversorger sie ihren Strom beziehen wollen. Diese gesetzliche Teilliberalisierung stellt die erste Etappe in der Liberalisierung des Marktes für Stromversorgung dar. In einer zweiten Etappe sollen auch Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte ihren Stromversorger frei wählen können.⁸⁶

96. Bei den festen Endkundinnen und Endkunden fallen Stromversorger und VNB grundsätzlich zusammen. Für diese stellt der Strom eines anderen Stromversorgers kein Substitut für die Belieferung durch ihren Stromversorger/VNB dar. Feste Endkundinnen und Endkunden und können ihren Stromversorger nicht frei wählen. Im Gegensatz dazu können andere Verbraucher (Kunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mehr als 100 MWh) ihren Stromlieferanten frei wählen (sogenannte Kunden mit Netzzugang). In der Folge muss darum zurzeit und vor einer weiteren Liberalisierung von einem Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden sowie von einem Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang ausgegangen werden.⁸⁷

97. Als Verteilnetzbetreiberin ist die A. AG für die Gewährleistung der Grundversorgung für die festen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet zuständig (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Vorliegend steht die Verwendung von Adressdaten von *Privathaushalten* zur Diskussion, welche aufgrund ihres Verbrauchs den Stromlieferanten nicht wechseln können. Insofern stellt der **Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden** den sachlich relevanten Markt dar.

98. Somit handelt es sich in der vorliegenden Vorabklärung beim Markt für Stromverteilung und beim Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden um sachlich relevante Märkte.

B.3.1.1.2 Märkte im Bereich Installation von PV-Anlagen

99. Die WEKO hat in ihrer Praxis einen **Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen** in Erwägung gezogen.⁸⁸ Dieser umfasst im Allgemeinen Leistungen im Bereich Montage, Anschluss und Inbetriebnahme von PV-Anlagen, In- und Aufdach sowie in Fassaden integrierte Systeme. Auf der Nachfrageseite können grundsätzlich private Gebäudeeigentümer, Gewerbe-, Industrie- und Energieversorgungsunternehmen sowie die öffentliche Hand stehen.⁸⁹

100. Für die vorliegende Beurteilung kann offen bleiben, ob der Unterhalt bzw. die Reparatur von PV-Anlagen einen separaten Markt darstellt oder wie beim Markt für Elektroinstallationen⁹⁰ dem gleichen Markt zugerechnet werden kann.

101. Nebst der Installation von PV-Anlagen an sich bietet die A. AG in diesem Bereich auch sog. Paket- bzw. Komplettlösungen an, welche unter anderem die Beratung, die Abwicklung von Gesuchen, die Installation und die Versicherung der Anlage mitumfassen.⁹¹

102. Aufgrund der speziellen Eigenschaft von solchen Paketlösungen, dass diverse verschiedene Vertragsleistungen aus einer Hand erfolgen, rechtfertigt es sich, diese separat abzugrenzen. Solche Komplettlösungen wurden bis anhin dem **Markt für Anlagen-Contracting** zugewiesen. Dieser umfasst die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen (z. B. Wärmepumpenheizungen, Pellet- und Holzschnitzelheizungen, fossil befeuerte Heizungen und Kälteanlagen oder Photovoltaikanlagen) aus einer Hand durch einen sog. Contractor.⁹²

103. Vorliegend steht das «X»-Angebot der A. AG zur Diskussion, d. h. die Installation von PV-Anlage im Rahmen von Paketlösungen für Privatkunden. Dementsprechend erscheint es angezeigt, für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung einen Markt für PV-Anlagen-Contracting abzugrenzen. Eine abschliessende Markt-abgrenzung ist an dieser Stelle allerdings nicht notwendig, da die Monopoldaten vorliegend nicht aus dem Bereich PV-Anlagen-Contracting bzw. Installation von PV-

⁸⁵ Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 35, AET/SES.

⁸⁶ Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 38, AET/SES.

⁸⁷ Vgl. RPW 2013/3, 334 Rz 39, AET/SES.

⁸⁸ Vgl. RPW 2018/4, 861 Rz 17, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*.

⁸⁹ Vgl. RPW 2017/2, 316 Rz 65, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

⁹⁰ Der Markt für Elektroinstallationen umfasst praxisgemäss das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Alarmanlagen, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen; vgl. RPW 2018/4, 860 Rz 8, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 316 Rz 61, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

⁹¹ Vgl. [www.] (16.6.2020); Anzeige B vom 7.1.2019, Beilage 9.

⁹² Vgl. RPW 2018/4, 860 Rz 12, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; Vgl. RPW 2017/2, 316 Rz 69, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 51, BKW/AEK.

Anlagen stammen, sondern mutmasslich in diesem Bereich zum Zwecke der Werbung verwendet wurden. Dies bedeutet, dass sich somit «lediglich» die Auswirkungen des potentiell kartellrechtswidrigen Verhaltens in diesem Bereich gezeigt hätten.⁹³ Entsprechend kann die exakte Marktabgrenzung für diesen Bereich offen bleiben.

104. Zusammenfassend sind für die Beurteilung der vorliegenden Vorabklärung folgende Märkte relevant: der Markt für Stromverteilung, der Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden und der Markt für PV-Anlagen-Contracting bzw. der Markt für die Installation von PV-Anlagen.

B.3.1.2 Räumlich relevanter Markt

105. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.3.1.2.1 Elektrizitätsbereich

106. Der räumliche **Markt für Stromverteilung** entspricht gemäss Praxis der WEKO der geografischen Ausdehnung der jeweiligen Verteilnetze. Als Folge bildet jedes Verteilnetz einen separaten Markt, womit dem VNB in seinem Netzgebiet jeweils ein Marktanteil von 100 % zukommt.⁹⁴

107. Der **Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden** ist räumlich identisch wie der Markt für Stromverteilung abzugrenzen, da die festen Endkundinnen und Endkunden als Folge des fehlenden Netzzugangs ihren Strom ausschliesslich vom lokalen Stromversorger, an dessen Netz sie angeschlossen sind, beziehen können. Der räumliche Markt entspricht daher der geografischen Ausdehnung des jeweiligen Verteilnetzes, womit dem zuständigen Stromversorger ein Marktanteil von 100 % zukommt.⁹⁵

B.3.1.2.2 Märkte im Bereich Installation von PV-Anlagen

108. In früheren Entscheiden hat die WEKO erwogen, ob der räumlich relevante Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen national oder regional abzugrenzen sei. Die WEKO tendierte zu einer regionalen Marktabgrenzung, liess die Frage aber offen.⁹⁶

109. Auch beim Markt für Anlagen-Contracting hat die WEKO in Erwägung gezogen, den Markt in räumlicher Hinsicht national oder regional abzugrenzen.⁹⁷

110. Die vom Sekretariat befragten Unternehmen gaben mehrheitlich an, regional tätig zu sein.⁹⁸ Die A. AG selbst nennt den deutschsprachigen Raum als ihr Tätigkeitsgebiet, wobei ihr Produkt «X» in der Regel in einem Umkreis von ca. 60 bis 100 km um [...] angeboten werde.⁹⁹ Zu beachten ist überdies, dass es vorliegend um Aufträge von Privatkunden für ihre Einfamilienhäuser, also eher um kleinere Aufträge geht und dass die Wirtschaftlichkeit dieser Aufträge mit zunehmender Distanz zwischen dem Sitz des Installationsunternehmens und dem Realisierungsort des Auftrages grundsätzlich sinkt.¹⁰⁰ Entsprechend ist für die vorliegende Beurteilung von einer regionalen Marktabgrenzung auszugehen, welche nebst dem Kanton [...] auch die umliegenden Kantone und das grenznahe Ausland umfasst.

B.3.2 Marktstellung

111. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere, wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsvariablen ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kundschaft nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.¹⁰¹

112. Auf dem Markt für Stromverteilung und dem Markt für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden verfügte die A. AG zum Zeitpunkt der Verwendung der Adressdaten über einen Marktanteil von 100 % und ist daher in diesen Bereichen als marktbeherrschend zu qualifizieren. Somit bestand zum Zeitpunkt des allenfalls missbräuchlichen Verhaltens in den betreffenden Märkten keine Konkurrenz. Da sich an diesen Umständen in absehbarer Zeit nichts ändern wird, ist auch keine potentielle Konkurrenz in diesen Bereichen ersichtlich.

113. Die A. AG hat möglicherweise ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Stromverteilung und Stromversorgung an feste Endkundinnen und Endkunden ausgenutzt, um ihre Position in den Bereichen Installation von PV-Anlagen und PV-Anlagen-Contracting zu verbessern. Das potentiell kartellrechtswidrige Verhalten der A. AG fand somit nicht auf den Märkten für Installation von PV-Anlagen und dem PV-

⁹³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 820, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴ Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 57, *BKW/AEK*; RPW 2015/4, 783 Rz 92, *Groupe E Celsius SA*.

⁹⁵ Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 58, *BKW/AEK*; RPW 2015/4, 783 Rz 94, *Groupe E Celsius SA*.

⁹⁶ Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 39, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; Vgl. RPW 2017/2, 319 Rz 89, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

⁹⁷ Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 36, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 90, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 68, *BKW/AEK*.

⁹⁸ Vgl. Stellungnahmen [...], jeweils Antwort auf Frage 3.

⁹⁹ Vgl. Stellungnahme A. AG vom 25.5.2020, Antwort zu Frage 2.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 39, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*.

¹⁰¹ Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 402 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. H.

Anlagen-Contracting statt. Die Feststellung der Marktherrschaft der A. AG ist in diesen Bereichen daher nicht notwendig. Das Verhalten hat allerdings mutmasslich seine Auswirkungen in diesen Bereichen entfaltet. Die Marktstellung der A. AG könnte somit im Zusammenhang mit der Prüfung der Auswirkungen des potentiell kartellrechtswidrigen Verhaltens von Bedeutung sein. Es kann an dieser Stelle nach hinten verwiesen werden (vgl. hinten Rz 141 ff.).

114. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die A. AG auf dem Markt für Stromverteilung und auf dem Markt für Stromversorgung an feste Endkundinnen und Endkunden als marktbeherrschend zu qualifizieren ist. Die Marktstellung der A. AG auf den nachgelagerten Märkten für PV-Anlagen kann vorliegend offengelassen werden, da die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten nicht im Vordergrund stehen.

B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG

115. Zwecks Prüfung ob die vorliegend zur Diskussion stehende Verhaltensweise Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 7 KG liefert, werden nachfolgend in erster Linie einige allgemeine Ausführungen zu Art. 7 KG gemacht (vgl. Abschnitt B.3.3.1.). Es folgt ein kurzer Abschnitt betreffend die bisher im Bereich Monopoldatenmissbrauch von der WEKO bzw. dem Sekretariat beurteilten Fälle (vgl. Abschnitt B.3.3.2). Danach wird geprüft, ob vorliegend einer der Regeltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sein könnte (vgl. Abschnitt B.3.3.3) und schliesslich, ob die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung findet (vgl. Abschnitt B.3.3.4).

B.3.3.1 Allgemeines zu Art. 7 KG

116. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. 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.¹⁰² Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss daher als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten. Solche Verhaltensweisen setzen ihrerseits einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens).¹⁰³

117. Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d. h. durch Errich-

tung von Marktzutrittschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch); unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lässt sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. 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. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird.¹⁰⁴

118. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand

¹⁰² Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.1., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰³ Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.1., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; RPW 2016/4, 996 f. Rz 606, *Sport im Pay-TV*.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.2., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 ff. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2016/4, 997 Rz 607 f., *Sport im Pay-TV*.

des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob ein unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. 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.¹⁰⁵

119. Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁰⁶ gegriffen werden, wie das Bundesgericht in BGE 139 I 72 bereits festgehalten hat: Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden. Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen. Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da «die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten».¹⁰⁷

B.3.3.2 Frühere Fälle im Zusammenhang mit der Verwendung von Monopoldaten

120. In Bezug auf das vorliegend grundsätzlich zur Diskussion stehende Verhalten, nämlich die Verwendung von Daten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen, hat die WEKO bzw. das Sekretariat in der Vergangenheit bereits mehrfach festgehalten, dass die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen einen Verstoß gegen Art. 7 KG darstellen könnte.¹⁰⁸

121. Für den vorliegenden Fall gilt es zu betonen, dass die allenfalls kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise aufgrund des voraussichtlich nachweisbaren Sachverhalts darin liegen würde, dass einmalig maximal 1 250 Adressdaten zur Versendung von Werbeschreiben benutzt wurden. Es bestehen damit in Bezug auf den konkreten Sachverhalt diverse Unterschiede zu den früheren Fällen: Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die A. AG weitere Daten zur Bewerbung ihrer Produkte verwendet hat. Es steht ebenfalls nicht zur Diskussion, dass die A. AG die Werbeschreiben zusammen mit anderer Korrespondenz aus dem Monopolbereich wie insbesondere dem Netzbereich versandt hat. Auch handelte es sich nicht um eine flächendeckende Werbemaßnahme, sondern es wurden

einzelne Kundinnen und Kunden angeschrieben. Schliesslich geht es vorliegend auch nicht um die Gewährung von Rabattmöglichkeiten bzw. um das Anbieten von Kombiprodukten, sondern – wie erwähnt – ausschliesslich um die einmalige Verwendung von maximal 1 250 Adressen.

B.3.3.3 Regeltatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG

122. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass einer der Regeltatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sein könnte.

123. So steht vorliegend insbesondere auch nicht der Vorwurf im Raum, die A. AG hätte die Daten nicht in gleicher Weise auch Dritten offengelegt und damit Handelspartner diskriminiert, wie dies etwa schon in anderen ähnlich gelagerten Fällen der Fall war (vgl. vorne Rz 120 m. w. H.). Aufgrund der regulatorischen Vorgaben in Art. 10 Abs. 2 StromVG ist es der A. AG ohnehin untersagt, Daten aus dem Monopolbereich weiterzugeben (vgl. vorne Rz 82 und hinten Rz 134).

124. Denkbar wäre vorliegend höchstens ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, wonach die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre. Der Begriff der «Einschränkung» erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Das Unternehmen kann mit *bilateralen Handlungen*, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. in Form von Rabatten.¹⁰⁹ So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.¹¹⁰

¹⁰⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.1., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 f. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1 f.), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2016/4, 997 Rz 609 f., *Sport im Pay-TV*.

¹⁰⁶ AEUV; ABl. C 115/47 vom 9.5.2008.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 4.3., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. H.

¹⁰⁸ Vgl. RPW 2014/1, 101 f. Rz 146 ff., *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*; RPW 2011/4, 503 Rz 166 f., *Gebäudeversicherung Bern (GVB)*; RPW 2013/2, 213 Rz 43, *Verfügung vom 18.3.2013 in Sachen Tele 2 vs. Swisscom*.

¹⁰⁹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 7 KG N 443 m. w. H.

¹¹⁰ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 446.

125. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt.¹¹¹ Vorliegend könnte die A. AG durch die Verwendung der Monopoldaten allenfalls einfacher einen Erstkontakt zu potentiellen Kundinnen und Kunden für ihr Produkt «X» herstellen. Anders ausgedrückt konnte sie sich durch die Verwendung der Monopoldaten allenfalls besser selber vermarkten. Dadurch kann der Absatz der Konkurrenten zwar potentiell eingeschränkt werden, dies ist aber eben nicht auf eine Verhaltensweise zurückzuführen, welche die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten weniger absetzbar macht. Vielmehr wäre dies höchstens eine Folge davon, dass das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund der Nutzung der Monopoldaten zielgerichteter Werbung betreiben kann und in diesem Sinne eine bessere Ausgangssituation hat, um den angeschriebenen Kundinnen und Kunden ein Angebot unterbreiten zu können.

126. Würde man Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG hingegen weit auslegen, das heisst so weit, dass vom Tatbestand jegliche Einschränkung des Absatzes von Konkurrenten umfasst würde, würde dieser Tatbestand quasi in jedem Fall zur Anwendung gelangen, da grundsätzlich jedes missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zumindest indirekt zur Folge hat oder haben soll, dass der Absatz der Konkurrenten sinkt. Daher könnte der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegend wohl nicht herangezogen werden. Die Verwendung von Monopoldaten wäre daher eher als eigenständige Form eines potentiell missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.3.4 Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG

127. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

128. Damit der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt wird, müssen nach Auffassung des Sekretariats ausgehend vom BVGer Urteil i. S. DCC im vorliegenden Fall folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- Es liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise vor.
- Die Verhaltensweise ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.
- Die missbräuchliche Verhaltensweise lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.

129. Ob eine Verhaltensweise missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist, kann nur zusammen mit der Frage beantwortet werden, ob diese Verhaltensweise im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern (vgl. hinten Rz 132 und 136). Deshalb können

diese beiden Kriterien grundsätzlich nicht losgelöst voneinander betrachtet werden.

B.3.3.4.1 Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise

130. Die Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise ist stets aufgrund einer Einzelfallanalyse festzustellen.¹¹²

131. Wie bereits erwähnt (vgl. vorne Rz 117), fallen unter den Begriff des Missbrauchs 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. Ziel der in Art. 7 KG statuierten Verhaltensregeln für marktbeherrschende Unternehmen ist es, Wettbewerber sowie auf der Marktgegenseite agierende Marktteilnehmer davor zu schützen, dass sie durch **nicht leistungsbezogene Verhaltensweisen** marktbeherrschender Unternehmen in ihrer Handlungsfreiheit beeinträchtigt werden.¹¹³

132. Der EuGH erachtet ein unternehmerisches Verhalten dann als missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV, wenn «die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen».¹¹⁴ Die Frage nach der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise kann demzufolge immer nur unter Berücksichtigung ihrer konkreten wettbewerbslichen Auswirkungen – bzw. ihrer Eignung dazu – erfolgen. Eine allgemeingültige Begriffsdefinition ist hierzu weder erforderlich noch geeignet. Denn durch eine zu enge Umschreibung der Missbräuchlichkeit bestünde die Gefahr, dass Verhaltensweisen nicht von Art. 7 KG erfasst würden, die gemessen an ihren Auswirkungen wettbewerbswidrig wären.¹¹⁵ Umgekehrt muss dies aber auch bedeuten, dass ein auf den ersten Blick allenfalls missbräuchlich erscheinendes Verhalten nicht wettbewerbswidrig sein kann, wenn das konkrete Verhalten nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

133. Der Begriff «missbräuchlich» ist somit gleichbedeutend mit «wettbewerbswidrig».¹¹⁶ Folglich ist eine Verhaltensweise grundsätzlich dann missbräuchlich, wenn sich das betreffende Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen nicht identisch verhalten könnte, ohne gleichzeitig einen Wettbewerbsnachteil zu riskieren.¹¹⁷

¹¹¹ Vgl. RPW 2016/1 125 Rz 455, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, m. w. H.; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 7 N 464 ff.

¹¹² Vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1, STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 75 ff.

¹¹³ Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 7.

¹¹⁴ Vgl. EuGH vom 13.2.1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche gegen Kommission*, Slg. 1979, 461 Rz 91.

¹¹⁵ Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 74.

¹¹⁶ Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3.

¹¹⁷ Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 75, m. w. H.

134. Die Nutzung von eigenen Daten stellt an sich kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar. Der Umstand, dass geschäftsrelevante Informationen unternehmensintern ausgetauscht werden, stellt vielmehr einen üblichen und kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklichen Vorgang dar.¹¹⁸ Das missbräuchliche Verhalten könnte im vorliegenden Zusammenhang allenfalls darin erblickt werden, dass die A. AG einen Informationsvorsprung nutzte, der ihr lediglich durch die Verwendung der Netzdaten bzw. der Daten aus dem Bereich der Grundversorgung – also aus Monopolbereichen – zukommt und insofern nicht auf einer leistungsbezogenen Verhaltensweise beruht, da sie sich die Monopolstellung nicht selbst erarbeitet hat. Dass die Verwendung von Monopoldaten [...] grundsätzlich nicht erlaubt ist, ergibt sich auch bereits aus Art. 10 Abs. 2 StromVG, welcher ausdrücklich festhält, dass wirtschaftlich sensible Informationen, die aus dem Betrieb der Elektrizitätsnetze gewonnen werden, nicht für andere Tätigkeitsbereiche genutzt werden dürfen. Dies könnte dahingehend ausgelegt werden, dass es sich bei der Verwendung von Monopoldaten [...] um eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG handelt.

B.3.3.4.2 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung und Kausalzusammenhang

a) Allgemeine Ausführungen

135. Gemäss der Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt, eine Behinderung, welche den wirksamen Wettbewerb einschränkt.¹¹⁹ Demzufolge ist es für das Vorliegen des Kriteriums einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können.¹²⁰

136. Bei der Beurteilung, ob ein Verhalten missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sein könnte, muss zuerst aufgezeigt werden, inwiefern dieses grundsätzlich geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern. Nur dann kann überhaupt qualifiziert werden, ob ein wettbewerbswidriges und damit missbräuchliches Verhalten vorliegt. Konkret bedeutet dies, dass zuerst anhand einer ökonomischen Schädigungstheorie aufgezeigt werden müsste, dass das in Rede stehende Verhalten – die Verwendung von Monopoldaten – im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen bzw. beschränken.

137. In einem weiteren Schritt wäre dann zu beurteilen, ob das zur Diskussion stehende Verhalten im konkreten Einzelfall geeignet war, den Wettbewerb zu verfälschen bzw. beschränken. Da die Eignung zur Wettbewerbsverfälschung in Bezug auf die konkrete Verhaltensweise der A. AG – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. hinten Rz 146 ff.) – nicht bejaht werden kann, kann vorliegend darauf verzichtet werden, anhand einer ökonomischen Schädigungstheorie aufzuzeigen, inwiefern die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen überhaupt geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.

138. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden. Massgeblich ist

die *Wahrscheinlichkeit* einer Schädigung und nicht der Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Schädigung.¹²¹ Art. 7 KG statuiert weder die Voraussetzung, dass nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb tatsächlich eintreten müssen, noch die Voraussetzung, dass die konkreten tatsächlichen Auswirkungen im Rahmen einer ex post-Betrachtung zu berücksichtigen sind. Massgebend ist vielmehr allein das Potential des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Herbeiführung einer weiteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs, der aufgrund der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.¹²² Es genügt somit der Nachweis einer potentiellen wettbewerbssschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten,¹²³ wobei die wettbewerbssschädigende Wirkung *nicht rein hypothetischer Natur* sein darf.¹²⁴

139. Für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG ist es auch nicht erforderlich, dass die nachteiligen Folgen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.¹²⁵

140. Schliesslich muss zwischen dem missbräuchlichen Verhalten, d.h. dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, und seinen wettbewerbswidrigen Auswirkungen ein kausaler Zusammenhang bestehen.¹²⁶ Dieser Bezug ist unverzichtbar, weil ansonsten ungesichert bleibt, ob die Wettbewerbsbeeinträchtigung dem marktbeherrschenden Unternehmen zuzurechnen ist, was sowohl ökonomisch als auch rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist. Wie dieser Kausalzusammenhang in der Praxis zu erstellen ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab; eine allgemein gültige Regel besteht nicht.¹²⁷ Ein monokausaler Nachweis des Eintritts von tatsächlichen Auswirkungen ist jedoch nicht notwendig.¹²⁸

¹¹⁸ Vgl. RPW 2014/1, 102 Rz 147, *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.

¹¹⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*.

¹²⁰ Vgl. dazu auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1156, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1406, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²³ Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, *Post Danmark II*, Ziff. 66; EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera Sverige*, Rz 64.

¹²⁴ Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, *Post Danmark II*, Ziff. 65.

¹²⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1146, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹²⁶ Vgl. RPW 2016/1, 124, Rz 448, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; vgl. in diesem Sinne auch BGE 129 II 497, E. 6.1.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 21; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG (Fn 111), Art. 7 N 30.

¹²⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 109), Art. 7 KG N 21.

¹²⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1211, *Sanktionsverfügung – DCC*.

b) Vorliegend fehlende Eignung zur Wettbewerbsbehinderung und fehlende Kausalität

141. In Bezug auf die Frage nach der Eignung zur Wettbewerbsverfälschung ist vordergründig zu unterscheiden, ob **Monopoldaten im Allgemeinen** geeignet sind den Wettbewerb zu verfälschen, ob **Adressdaten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen** geeignet sind den Wettbewerb zu verfälschen und schliesslich ob der **konkret vorliegende Sachverhalt** geeignet war bzw. ist den Wettbewerb zu verfälschen (vgl. vorne Rz 136 f.).

142. Die **Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen** könnte grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen. Es ist jedoch für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, ob dies auch auf die konkrete Verhaltensweise zutrifft. Daten wie Kontaktdaten, aber vor allem Daten, welche etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, können gezielt dazu verwendet werden, um diese zu steuern und deren Kaufverhalten zu beeinflussen. Wenn nun solche Daten nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und deren Wettbewerber nicht über diese Daten verfügen und auch nicht die Möglichkeit haben, an diese Daten zu gelangen, kann die Nutzung dieser Daten durch das marktbeherrschende Unternehmen geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. Es ist dabei allerdings zu unterscheiden, ob die benutzten Daten für Dritte ebenfalls zugänglich bzw. erhältlich sind oder ob es sich um Daten handelt, die in dieser Form nur dem Inhaber zur Verfügung stehen und von Wettbewerbern nicht beschafft werden können. Weiter ist für jeden Einzelfall gesondert zu berücksichtigen, welche konkreten Daten verwendet wurden, wie oft und wie viele Daten verwendet wurden und zu welchem Zweck sie genau genutzt wurden.

143. In diesem Zusammenhang ist auf den Bundesgerichtsentscheid «Glarnersach»¹²⁹ hinzuweisen. Dieses Urteil wurde in der Literatur kontrovers diskutiert und hat teils zu Kritik geführt.¹³⁰ Im betreffenden Entscheid hatte das Bundesgericht im Rahmen einer *abstrakten Normenkontrolle* insbesondere die Konformität des Glarner Gesetzes über die Kantonale Sachversicherung mit der *Bundesverfassung* und dem *internationalen Recht* zu beurteilen. Dem Urteil lag folglich keine gestützt auf das Kartellgesetz ergangene Verfügung der WEKO zu Grunde. Ebenso wenig äusserte sich das Bundesgericht darin dazu, welche Voraussetzungen für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz erfüllt sein müssen. Das Bundesgericht hielt vielmehr fest, dass die Glarnersach uneingeschränkt dem Wettbewerbsrecht und insbesondere dem Kartellgesetz unterstehe. Sollte die Glarnersach *durch ihre Geschäftstätigkeit* gegen *wettbewerbsrechtliche* Bestimmungen verstossen, so könne ein solches Verhalten mit den dafür vorgesehenen Mitteln des Kartellgesetzes geahndet werden.¹³¹

144. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es zwar grundsätzlich zulässig, dass öffentliche Unternehmen privatwirtschaftlich tätig werden. Allerdings muss diese privatwirtschaftliche Staatstätigkeit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig und *wettbewerbsneutral* ausgestaltet sein.¹³² Bei der Beurteilung der

Wettbewerbsneutralität des Glarner Gesetzes kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Glarnersach zwar faktisch einen gewissen Wettbewerbsvorteil habe, indem sie infolge ihres Monopols für die Gebäudeversicherung bereits von Gesetzes wegen mit allen Gebäudeeigentümern im Kontakt stehe und deshalb bei der Akquisition für andere Versicherungszweige gegebenenfalls bereits vorhandene Daten nutzen oder Kombiprodukte anbieten könne. Eine rechtliche Bevorzugung der Glarnersach bestehe in dieser Hinsicht freilich nicht. Die faktische Bevorzugung dürfe zudem bescheiden sein, da sie sich auf den Anfangskontakt beschränke. Eine ins Gewicht fallende Wettbewerbsverzerrung sei unter diesen Umständen nicht zu erwarten.¹³³ In der Literatur wurden diese Ausführungen kritisch aufgenommen. So wurde etwa angemerkt, dass gerade im Versicherungswesen der vom Bundesgericht beschriebene «Anfangskontakt» von entscheidender Bedeutung sei. So würden die meisten Versicherungsnehmer – nicht zuletzt aus Gründen der Bequemlichkeit – möglichst sämtliche Versicherungen nach Möglichkeit bei demselben Versicherungsunternehmen abschliessen. Dies werde von den Versicherungsunternehmen auch dadurch unterstützt, dass Kombiprodukte angeboten bzw. Rabatte beim Abschluss mehrerer Versicherungen gewährt würden. Zudem dürfe bei der Beurteilung einer allfälligen Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität nicht zwischen rechtlicher und faktischer Bevorzugung unterschieden werden. Vielmehr seien sowohl rechtliche als auch faktische Privilegierungen problematisch.¹³⁴

145. Nach Auffassung des Sekretariats verhält es sich nicht so, dass die Verwendung von einem Anfangskontakt ermöglichenden Daten aus einem gesetzlichen Monopolbereich *aus kartellrechtlicher Sicht* per se unproblematisch wäre. Je nach den *konkreten Verhältnissen* kann ein solches Verhalten die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllen. Je nach Dienstleitung, für die mittels Adressdaten aus einem Monopolbereich geworben wird, kann nämlich bereits die Ermöglichung eines

¹²⁹ BGE 138 I 378.

¹³⁰ Vgl. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 1694 ff. (zit. Hänni/Stöckli); GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsbesprechung zum Bundesgerichtsentscheid «Glarnersach», in: ZBl 113/2012, 665-674; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft? Bemerkungen zum Bundesgerichts-urteil «Glarnersach» vom 3. Juli 2012, recht 2013 28-45 (zit. Kraemer/Stöckli); STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2012 429-437; PETER HETTICH, Entscheidbesprechung des Bundesgerichtsurteils vom 3. Juli 2012, AJP 2012 1467-1471; ANDREAS ABEGG/MARCO FREI, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, Eine funktionale Sicht auf die Bundesgerichtsentscheide Glarnersach (138 I 378) und Publicom AG (143 II 425), recht 2018 142-154; MARKUS SCHOTT, Der «Wettbewerb der Systeme», Überlegungen zu einem obiter dictum des Bundesgerichts im Fall Glarnersach (BGE 138 I 378), in: Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 387-396.

¹³¹ Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.4.

¹³² Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.3.2; HÄNNI/STÖCKLI (Fn 130), N 1717 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. Basel 2011, § 18 N 53 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 N 24 f.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, 116 ff.

¹³³ Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.4.

¹³⁴ Vgl. KRAEMER/STÖCKLI (Fn 132), 39.

Erstkontakts zu nicht zu vernachlässigenden Wettbewerbsvorteilen führen. Wesentlich für die kartellrechtliche Beurteilung ist zudem, über welchen Zeitraum und in welchem Ausmass Adressendaten aus dem Monopolbereich für die Akquisition in benachbarten Dienstleistungsmärkten verwendet wurden. Weiter ist zu berücksichtigen, ob Konkurrenten in den Dienstleistungsmärkten in zumutbarer Weise die Möglichkeit hatten, sich die betreffenden Adressdaten ebenfalls zu beschaffen. Ein weiterer relevanter Aspekt ist beispielsweise die Kostenersparnis aufgrund der Verwendung der Adressdaten. Die **Verwendung von Adressdaten aus dem Monopolbereich im Allgemeinen** kann somit durchaus geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen.

146. Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, bestehen aufgrund der Akten Anhaltspunkte dafür, dass die A. AG **vorliegend Adressdaten aus dem Monopolbereich** verwendet hat. Es liegen jedoch keine Hinweise vor, dass die A. AG auch anderweitige Monopoldaten für Werbemassnahmen o. ä. benutzt hat. Diese Adressdaten können grundsätzlich auch von Dritten bei Adresshändlern erworben werden. Folglich ist ein Wettbewerber ebenfalls in der Lage, solche Daten zu verwenden, um damit den gleichen Effekt zu erzielen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Wettbewerber diesbezüglich auch in qualitativer Hinsicht nicht benachteiligt würden und der von der A. AG verwendete Datensatz in der gleichen Qualität am Markt eingekauft werden könnte (vgl. vorne Rz 35). Der einzige Unterschied in Bezug auf die Nutzung der zur Diskussion stehenden Adressen zwischen der A. AG und deren Wettbewerbern besteht somit darin, dass Dritte für die Nutzung der Adressen etwas bezahlen müssten, während sie von der A. AG «gratis» genutzt werden konnten. Die Monopolstellungen im Strombereich haben somit zu einem Informationsvorsprung der A. AG geführt, welcher ihr zu einem Minderaufwand gegenüber deren Konkurrenzunternehmen verholfen hätten, falls diese die gleiche Werbemassnahme hätten ergreifen wollen. Dieser Minderaufwand beinhaltet sodann aber lediglich die Beschaffung der Adressen. Anderweitige Unterschiede sind nicht ersichtlich; insbesondere hat die A. AG die Werbung auch nicht zusammen mit anderer Korrespondenz aus den Monopolbereichen – wie etwa der Stromrechnung – versandt.

147. Das Werbeschreiben nahm sodann nicht Bezug auf irgendwelche Eigen- und Besonderheiten der Angesprochenen, sondern richtete sich grundsätzlich an jedermann, der Interesse an einer PV-Anlage haben könnte und lud zu einer entsprechenden Informationsveranstaltung ein. Es wurden zudem höchstens 1 250 Personen angeschrieben, das heisst es wurden «nur» 1 250 Adressen für ein einmaliges und unspezifisches Werbeschreiben verwendet (vgl. Rz 50 ff). Bringt man dies in Relation zu den [...] A. AG Stromkunden und dem noch um ein Vielfaches grösseren potentiellen Kundenkreis für die Installation von PV-Anlagen im Tätigkeitsgebiet der A. AG (Radius von 60 bis 100 km um [...]; vgl. vorne Rz 110), so kann auch nicht von einer flächendeckenden Aktion gesprochen werden. Zudem ist weder ein dauerhaftes noch ein systematisches Vorgehen der A. AG zu erkennen; die A. AG spricht in diesem Zusammenhang gar von einem Versehen (vgl. vorne Rz 44).

148. Es stellt sich sodann die Frage, ob ein Werbeschreiben überhaupt geeignet sein kann, jemanden dazu zu bewegen, eine PV-Anlage zu kaufen und installieren zu lassen. Mit anderen Worten ist fraglich, ob ein Werbeschreiben überhaupt kausal für den Kaufentscheid einer PV-Anlage sein kann. Zumindest für den vorliegenden Einzelfall erscheint dies höchst unwahrscheinlich. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Kundinnen und Kunden aus mehreren verschiedenen Gründen für das Produkt «X» der A. AG entschieden haben. Hervorzuheben ist dabei insbesondere auch, dass das Produkt im Frühjahr 2016 neu auf dem Markt erschienen war und in vielseitiger Hinsicht beworben wurde (vgl. Rz 61 f.). Die A. AG ist den Privatkunden im A. AG-Stromversorgungsgebiet zudem bereits als Stromlieferantin und Netzbetreiberin bekannt und geniesst als staatsnahes Unternehmen ein gewisses Vertrauen und Ansehen. Im Übrigen lässt sich im Nachhinein kaum mehr rekonstruieren, weshalb sich eine Kundin oder ein Kunde für «X» und nicht für das PV-Produkt eines anderen Wettbewerbers entschieden hat. Es erscheint aber am wahrscheinlichsten, dass es eine Kombination verschiedener Faktoren gewesen sein wird, die zur Wahl des Produkts «X» bzw. des Unternehmens A. AG geführt haben könnte. Ein einziges Werbeschreiben ist schliesslich auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung kaum geeignet, eine Kundin oder einen Kunden zu überzeugen, eine PV-Anlage für mehrere tausend Franken zu kaufen. Bei einer PV-Anlage handelt es sich um eine erhebliche Investition, welche in aller Regel auf reiflicher Überlegung und umfassenden Abklärungen beruht. Auch kann davon ausgegangen werden, dass die Durchschnittskundin resp. der Durchschnittskunde bei Investitionen in dieser Höhe in der Regel Offerten von verschiedenen Anbietern einholt. Das Schreiben der A. AG hat bei den Kundinnen und Kunden bestenfalls den Stein ins Rollen gebracht, sich überhaupt über die Anschaffung einer PV-Anlage Gedanken zu machen. Selbst wenn das Werbeschreiben somit zu einem Anfangskontakt zwischen potentiellen Kundinnen und Kunden und der A. AG geführt haben sollte, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass das Schreiben ursächlich für den Kaufentscheid einer Kundin resp. eines Kunden war.

149. Eine Verhaltensweise braucht zwar nicht monokausal für die Wettbewerbsverfälschung zu sein (vgl. vorne Rz 140), dennoch muss sich die Wettbewerbsverfälschung auf das fragliche unzulässige Verhalten zurückführen lassen, was vorliegend nicht möglich scheint. Auch die Konkurrentinnen der A. AG gingen wohl nicht davon aus, dass ein einziges Werbeschreiben genügt, um eine Kundin oder einen Kunden zum Kauf einer PV-Anlage zu bewegen. Andernfalls würde wohl jedes in diesem Bereich tätige Unternehmen Adressen einkaufen, um Werbeschreiben zu verschicken, wenn effektiv eine realistische Chance bestehen würde, dass eine nicht unerhebliche Anzahl der angeschriebenen Personen allein gestützt auf ein solches nicht personalisiertes Schreiben eine PV-Anlage kaufen würde. Die Konkurrenten von A. AG haben [...].¹³⁵ Auch bei der A. AG war

¹³⁵ Vgl. Stellungnahmen [...], jeweils Antwort auf Frage 4.

das Werbeschreiben nur eine von zahlreichen weiteren Werbemassnahmen für «X» (vgl. Rz 61 f.). Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass die fraglichen Werbeschreiben der A. AG nicht kausal für den Kaufentscheid einer Kundin oder eines Kunden für das PV-Produkt «X» waren bzw. sein konnten. Insofern fehlt es am Nachweis der Kausalität zwischen dem mutmasslich kartellrechtswidrigen Verhalten (Verwendung von Adressdaten aus dem Monopolbereich) und dessen *potentiellen* Auswirkungen (Wahl der A. AG als Beauftragte).

150. Ginge man davon aus, dass das vorliegende Werbeschreiben für den Entscheid zur Installation einer PV-Anlage kausal sein könnte, stellt sich weiter die Frage, ob dieser Umstand geeignet wäre, den Wettbewerb zu verfälschen. Dabei ist in erster Linie zu beachten, dass auch die Konkurrenzunternehmen der A. AG bei Bedarf die Möglichkeit gehabt hätten, Adressen von potentiellen Kundinnen und Kunden für PV-Anlagen einzukaufen, um anschliessend ebenfalls Werbeschreiben zu versenden. Im Gegensatz zur A. AG, welche aufgrund ihrer Monopolstellung im Strombereich bereits über die entsprechenden Adressen verfügte, hätten die Konkurrenten für die Benutzung solcher Adressen in gleicher Menge und Qualität jedoch rund CHF 2 900.– bezahlen müssen (vgl. Rz 54 ff.). Bei den Wettbewerbern der A. AG im Bereich Installation von PV-Anlagen handelt es sich in aller Regel nicht um Kleinstunternehmen, welche nicht in der Lage wären, rund CHF 2 900.– für eine Werbeaktion auszugeben. Setzt man diesen Betrag ins Verhältnis zu den Kosten für andere Werbemassnahmen in der Höhe von mehreren tausend Franken und zum Umsatz, der bereits mit dem Verkauf von wenigen PV-Anlagen generiert werden kann, zeigt sich, dass alleine der Umstand, dass ein Unternehmen gegenüber einem Konkurrenzunternehmen einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hat, in diesen Grössenverhältnissen nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Auch zeigt sich anhand der vorliegenden Umsatzzahlen, dass die Einführung von «X» zwar Wirkungen auf das Wettbewerbsumfeld hatte, diese Wirkungen aber von sehr kurzfristiger Natur waren und die A. AG bereits zwei Jahre nach dem Markteintritt mit erheblichen Umsatzeinbussen zu kämpfen hatte, sodass sie dieses Geschäftsfeld per Juni 2020 ganz aufgegeben hat (Rz 69 und 73). Insgesamt zeigt sich damit, dass das voraussichtlich nachweisbare Verhalten der A. AG – der Versand der Werbeschreiben durch Verwendung von maximal 1 250 Adressen aus dem Monopolbereich – nicht geeignet war, (ebenso leistungsfähige) Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen auf den relevanten Märkten zu behindern (vgl. vorne Rz 138). Denn auch die Konkurrenten der A. AG wären durchaus in der Lage gewesen, mit relativ geringfügigen finanziellen Mitteln gleichartige Werbemassnahmen zu ergreifen, falls sie sich davon einen positiven Effekt versprochen hätten.

151. Schliesslich bleibt anzumerken, dass sich die kartellrechtliche Betrachtung nicht nur auf das Werbeschreiben an sich fokussieren darf, sondern auch die Gesamtumstände berücksichtigt werden müssen. So führte etwa ein Wettbewerber im Zusammenhang mit der Beantwortung des Auskunftsbegehrens des Sekretariats vom 3. März 2020 aus, dass es durch die Werbung

für die «X»-PV-Anlagen zur einer «Marktbelebung» gekommen sei, weshalb nicht gesagt werden könne, dass ihn das Verhalten der A. AG effektiv Kundinnen und Kunden gekostet hätte.¹³⁶ Daraus erhellt, dass die Werbemassnahmen der A. AG allenfalls ebenso geeignet waren, potentiellen Kundinnen und Kunden, die Installation einer PV-Anlage schmackhaft zu machen, diese Kundinnen und Kunden sich dann aber letztendlich nicht für «X», sondern für die PV-Anlage eines Konkurrenzunternehmens entschieden. Insofern könnten das zur Diskussion stehende Werbeschreiben sowie die von der A. AG lancierten Werbemassnahmen insgesamt auch zu einer Belebung des Marktes geführt haben, von welcher nicht nur die A. AG, sondern auch ihre Wettbewerber profitiert haben. Darauf deuten auch die vorliegenden Umsatzzahlen hin, welche im Jahr 2017 einen erheblichen Anstieg des Gesamtmarktvolumens aufzeigen (vgl. vorne Rz 69).

c) Fazit

152. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es sich bei den in Rede stehenden Daten um maximal 1 250 Adressen gehandelt hat, welche einmalig für die Versendung eines Werbeschreibens verwendet wurden. Die entsprechenden Adressen hätten auch von Dritten für rund CHF 2 900.– bei einem beliebigen Adresshändler eingekauft werden können. Damit wären die Konkurrenten der A. AG in der Lage gewesen, die gleiche Werbemassnahme für ihre eigenen Produkte und Dienstleistungen zu ergreifen. Ein einziges Werbeschreiben dürfte kaum ursächlich für den Kaufentscheid einer PV-Anlage im Wert von mehreren tausend Franken gewesen sein. Es erscheint vielmehr als überwiegend wahrscheinlich, dass eine Kombination verschiedener Faktoren wie diverse Werbemassnahmen, Ansehen und Bekanntheit des Anbieters, Einholen und Vergleich von verschiedenen Offerten etc. zum Entscheid eines Käufers für die eine oder andere PV-Anlage geführt hat. Selbst wenn schliesslich von einer solchen Ursächlichkeit zwischen Werbeschreiben und Kaufentscheid auszugehen wäre, wäre der vorliegende Sachverhalt nicht geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Jeder Konkurrent der A. AG wäre in der Lage gewesen durch den Einsatz von rund CHF 2 900.– den gleichen Effekt zu erzielen. Allein der Umstand, dass die A. AG gegenüber ihren Konkurrenten einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hatte, ist bei den vorliegenden Gegebenheiten nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen.

B.3.4 Ergebnis

153. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass zurzeit keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die A. AG durch die Verwendung von Adressen aus dem Monopolbereich im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hätte. Dementsprechend ist die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

¹³⁶ Vgl. [...] Stellungnahme F. GmbH vom 21.4.2020, Antwort auf Frage 9.

C Zusammenfassung

154. Die Vorabklärung hat im Wesentlichen Folgendes ergeben:

- Das potentiell kartellrechtswidrige Verhalten – die Verwendung von Adressmonopoldaten – fand auf den Märkten für Stromverteilung und für Stromversorgung von festen Endkundinnen und Endkunden statt. Auf diesen Märkten ist die A. AG als **marktbeherrschend** zu qualifizieren. Eingesetzt wurden die Adressmonopoldaten in den Bereichen Installation von PV-Anlagen und PV-Anlagen-Contracting, wobei die Marktstellung in diesen Bereichen offengelassen werden kann.
- Im Frühling/Sommer 2016 versendete die A. AG das Werbeschreiben «[...]», um damit auf ihr im März 2016 neu lanciertes PV-Produkt «X» hinzuweisen. Es kann nachträglich nicht mehr eruiert werden, wie viele Privatpersonen im Rahmen dieser Aktion tatsächlich angeschrieben wurden. Gemäss den Angaben der A. AG seien insgesamt maximal 1 250 Adressen aus ihren Monopolbereichen verwendet worden.
- Hinweise auf die Verwendung von Monopoldaten im Zusammenhang mit weiteren Werbeschreiben oder sonstigen Aktionen liegen dem Sekretariat nicht vor. Die A. AG macht geltend, dass es sich bei der Werbeaktion für «X» im Frühling/Sommer 2016 um ein **einmaliges Versehen** gehandelt habe. Zudem habe die A. AG aufgrund dieses Vorfalls ihre Compliance Massnahmen bereits im Spätsommer 2016 verbessert und diese würden ständig auf den neusten Stand gebracht.
- Insgesamt lässt sich im Bereich der Installation von PV-Anlagen für Privatkunden der erfolgreiche Markteintritt der A. AG im Jahr 2016 anhand der erzielten Umsätze erkennen. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor, dass sich diese Umsätze und die damit einhergehende kurzfristige Verbesserung der Marktstellung auf das zur Diskussion stehende Werbeschreiben für das Produkt «X» zurückführen lassen. Bereits im Jahr 2018 hatte die A. AG mit starken Umsatzeinbussen zu kämpfen. Zwischenzeitlich hat die A. AG das gesamte **Geschäftsfeld** «Energiedienstleistungen» und damit «X» u.a. [...] **eingestellt**.
- Die **Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen** könnte grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen. Es ist jedoch für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, ob dies auch auf die konkrete Verhaltensweise zutrifft. Daten wie Kontaktdaten, aber vor allem Daten, welche etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, können gezielt dazu verwendet werden, um diese zu steuern und deren Kaufverhalten zu beeinflussen. Wenn nun solche Daten nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und seine Konkurrenten nicht über diese Daten verfügen und auch nicht die

Möglichkeit haben, an diese Daten zu gelangen, kann die Nutzung dieser Daten durch das marktbeherrschende Unternehmen geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen.

- Auch die **Verwendung von Adressdaten aus dem Monopolbereich im Speziellen kann grundsätzlich** geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen.
- Ein einziges Werbeschreiben dürfte kaum **ursächlich** für den Kaufentscheid einer PV-Anlage im Wert von mehreren tausend Franken gewesen sein. Es erscheint vielmehr als überwiegend wahrscheinlich, dass eine Kombination verschiedener Faktoren wie diverse Werbemassnahmen, Ansehen und Bekanntheit des Anbieters, Einholen und Vergleich von verschiedenen Offerten etc. zum Entscheid einer Käuferin bzw. eines Käufers für die eine oder andere PV-Anlage geführt hat.
- Selbst wenn von einer solchen Ursächlichkeit zwischen Werbeschreiben und Kaufentscheid auszugehen wäre, wäre der **vorliegende Sachverhalt nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen**. Die A. AG hat vorliegend maximal 1 250 Adressen aus dem Monopolbereich verwendet, um damit einmalig ein Werbeschreiben für ihr PV-Produkt «X» zu versenden. Die entsprechenden Adressen hätten auch von Dritten für rund CHF 2 900.– bei einem beliebigen Adresshändler eingekauft werden können. Jede Konkurrentin der A. AG wäre somit in der Lage gewesen durch den Einsatz von rund CHF 2 900.– den gleichen Effekt zu erzielen. Allein der Umstand, dass die A. AG gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Minderaufwand von CHF 2 900.– hatte, ist bei den vorliegenden Gegebenheiten nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen.
- Zurzeit bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die A. AG durch die Verwendung von Adressen aus dem Monopolbereich im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten haben könnte. Dementsprechend ist die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

D Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1.1

2. NOVA-Nutzungsbedingungen und öV-Provisionsmodell

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 25. März 2025 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG und allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

Glossar/Abkürzungsverzeichnis

Begriff	Abkürzung	Bedeutung
Alliance SwissPass	Swisspass	Nationale Organisation (einfache Gesellschaft) zur Zusammenarbeit der am Direkten Personenverkehr Teilnehmenden. ¹
Bundesamt für Verkehr	BAV	Das Bundesamt für Verkehr (BAV) setzt sich dafür ein, dass der öffentliche Verkehr und der Güterverkehr in der Schweiz nachhaltig betrieben werden und sich laufend an die sich verändernden Bedürfnisse und Entwicklungen anpassen. Die vier Hauptaufgaben des Amtes sind: Politik (politische Entscheide von Bundesrat, Parlament und Stimmvolk vorbereiten und umsetzen); Sicherheit (einen hohen, aber dennoch finanzierbaren Sicherheitsstandard für die Bahnen, Busse, Schiffe und Seilbahnen gewährleisten); Finanzierung (mit effizientem Mitteleinsatz qualitativ hochstehende Verkehrsangebote ermöglichen); Infrastruktur (sicherstellen, dass die nötigen Infrastrukturen rechtzeitig und vorschriftskonform erstellt werden). ²
ch-integral		Verein, welcher die Geschäftsstelle der Alliance SwissPass führt. ³
Direkter Verkehr	DV	Direkter Verkehr gemäss Art. 16 PBG und Art. 56 VPB. ⁴ Als DV gilt die durchgehende Beförderung von Personen und Gütern zwischen zwei oder mehreren Transportunternehmen aufgrund eines einzigen Transportvertrags und eines gemeinsamen Tarifes (für die ganze Strecke muss nur ein Billett gelöst werden). ⁵
Die Gesamtheit der am NDV Teilnehmenden	Gesamtheit NDV	Die Gesamtheit NDV sind in ihrem Bereich des NDV oberstes Organ. Die Gesamtheit NDV und die VdV nehmen gemeinsam die Funktion des obersten Organs aller an Swisspass Teilnehmenden wahr. ⁶
Interner Verkehr		Der interne Verkehr umfasst Transportleistungen, die im eigenen Leistungsnetz einer KTU ergehen sowie unternehmensspezifische Angebote. ⁷
Konferenz der kantonalen Delegierten des öffentlichen Verkehrs ⁸	KKDöV	Die Konferenz setzt sich zum Ziel, auf dem Gebiete des öffentlichen Verkehrswesens die Zusammenarbeit unter den Kantonen sowie zwischen den Kantonen und dem Bund wirksam zu fördern und die kantonalen Interessen im öffentlichen Verkehr zu wahren. ⁹

¹ Vgl. Übereinkommen der Alliance SwissPass - Nationale Organisation zur Zusammenarbeit der am Direkten Personenverkehr Teilnehmenden, Version 2.9, Ausgabe 1.1.2025, Stand 16.9.2024, nachfolgend: Ue500 2.9, Glossar, 55 ff. und Präambel.

² Vgl. BAV, Das öV-System weiterentwickeln, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/das-bav/aufgaben-des-amtes.html>> (24.6.2024).

³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

⁵ Vgl. BAV, Glossar, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>> (24.6.2024).

⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Abs. 1.

⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 62.

⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

⁹ Vgl. <<https://www.koev.ch/kkdov/ueber-kkdov>> (28.1.2025).

Begriff	Abkürzung	Bedeutung
Konferenz der kantonalen Direktoren des öffentlichen Verkehrs ¹⁰	KöV	Regierungsmitglieder der Schweizer Kantone, die sich mit Aufgaben des öffentlichen Verkehrs befassen, bilden zusammen die Konferenz der kantonalen Direktoren des öffentlichen Verkehrs (KöV). ¹¹
Konzessionierte Transportunternehmen	KTU	Der Begriff KTU umfasst alle Unternehmen des öffentlichen Verkehrs sowie die Eisenbahn-Infrastrukturbetreiberinnen. Eine Konzession ist erforderlich für die regelmässige gewerbliche Personenbeförderung sowie für den Bau und Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur. Der Begriff KTU unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern und schliesst die Eisenbahn (einschliesslich Tram), die Autobusse, die Trolleybusse, die Schiffe und die Seilbahnen mit ein. Zudem sind auch alle Infrastrukturbetreiber im Besitz einer Konzession. Der Güterverkehr unterliegt keiner Konzessionspflicht. ¹²
Nationaler Direkter Verkehr	NDV	Verbundübergreifende Verbindungen des DV und Verbindungen des DV in Gebieten ohne Verbünde. ¹³
Netzweite öV-Anbindung	NOVA-Plattform	Nationale Plattform für den Verkauf von Fahrausweisen. ¹⁴ NOVA ist die Vertriebsdrehzscheibe, die Datenbank für den öV Schweiz, über die fast alle öV-Fahrausweise verkauft werden. Unterschiedliche Vertriebskanäle wie Mobile Apps, Ticketautomaten oder Busfahrer-Geräte beziehen die Verkaufsdaten von der NOVA-Plattform. NOVA vereint aktuell Angebote von rund 250 beteiligten Unternehmen. Entstanden ist NOVA aus einer gemeinsamen Initiative der Transportunternehmen und Verbünde des öffentlichen Verkehrs. ¹⁵
NOVA-Nutzungsbedingungen	NOVA-NB	Bedingungen für die Nutzung der NOVA-Plattform. Die NOVA-NB regeln die Rechte und Pflichten der Vermittler und sind darauf ausgerichtet die Einnahmen- und Qualitätssicherung im Vertrieb zu gewährleisten. ¹⁶
NOVA-Nutzungsbedingungen 3.2	NOVA-NB 3.2	NOVA-NB in der Version 3.2 (Stand: 2. Dezember 2022) gemeldet mit der Widerspruchsmeldung vom 7. November 2024. ¹⁷
NOVA-Nutzungsbedingungen 2.0	NOVA-NB 2.0	NOVA-NB in der Version datiert 1. Juli 2023 und Stand Dezember 2019, als Anlage 12 zum Ue500 Stand 13. September 2023 (Ausgabe 1. Januar 2024, Version 2.8).
NOVA-Nutzungsbedingungen vom 1. Januar 2025 Stand Dezember 2019	NOVA-NB 2019	NOVA-NB in der Version datiert 1. Januar 2025 und Stand Dezember 2019, als Anlage 12 zum Ue500 Stand 16. September 2024 (Ausgabe 1. Januar 2025, Version 2.9).
Öffentlicher Verkehr	öV	Der öffentliche Verkehr umfasst verkehrliche Angebote mit regelmässigen Fahrten gemäss einem definierten Fahrplan, die von allen Personen aufgrund vorgegebener Beförderungsbestimmungen genutzt werden können. In der Schweiz umfasst der öV nicht nur Verkehrsangebote mit Bahn, Tram und Bus, sondern auch per Schiff und Seilbahn. ¹⁸

¹⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Bst. b) Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹¹ Vgl. <<https://www.koev.ch/koev>> (28.1.2025).

¹² Vgl. BAV, Glossar, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>> (10.6.2024).

¹³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 40 und Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

¹⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

¹⁵ Vgl. Die öV-Verkaufs- und Vertriebsplattform NOVA gewinnt einen Digital Economy Award, 22.11.2018, <<https://>

www.allianceswisspass.ch/de/asp/News/Newsmeldung?newsid=111&searchTerm=NOVA> (10.6.2024).

¹⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 1, Art. 1 Abs. 2 NOVA-NB 3.2; Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12, Art. 1 Abs. 2 NOVA-NB 2019.

¹⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 4.

¹⁸ Vgl. BAV, Glossar, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>> (10.6.2024).

Begriff	Abkürzung	Bedeutung
Regionaler Direkter Verkehr	RDV	Punkt-zu-Punkt-Verbindungen des DV mit sowohl Startpunkt als auch Ziel sowie Gesamtverlauf innerhalb eines Verbundperimeters. ¹⁹
Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»		Die Unterzeichnung des Standardvertrages ist für externe Vermittler (sind nicht Swisspass-Mitglied bzw. keine KTU oder Verbünde) Voraussetzung, um Zugang zur NOVA-Plattform zu haben. ²⁰
Tarif 654	T654	Tarif für Generalabonnement und Halbtax, GA Night und Zusatzangebote
Tarifverbund		Einheitliches Tarifsysteem im ganzen Verkehrsgebiet der einbezogenen Unternehmungen und gleichzeitige Regelung der Einnahmenverteilung. Es besteht die Möglichkeit, einen integralen (alle Fahrausweise umfassenden) Tarifverbund oder einen solchen für einzelne Fahrausweisarten, z. B. Abonnemente zu realisieren. In der Regel finanzielle Verantwortung durch die öffentliche Hand. ²¹
Transportunternehmen	TU	Unter dem Begriff TU werden alle Unternehmungen zusammengefasst, die gewerbsmässig Personen oder Güter befördern. Dazu gehören konzessionierte und nicht konzessionierte Transportunternehmen. ²²
Übereinkommen der Alliance SwissPass über die Nationale Organisation zur Zusammenarbeit der am Direkten Personenverkehr Teilnehmenden	Ue500	Das Ue500 bildet die Grundlage für die branchenweite Zusammenarbeit von TU und Verbünden und soll im Wesentlichen den direkten Verkehr sicherstellen. ²³
Verbünde		Regionaler DV; Tarifverbünde, Verkehrsverbünde gemäss Tarifen 651.xx. ²⁴
Verkehrsverbund		Wesentliche Kompetenzen zur Sicherstellung eines einheitlichen Leistungsangebots werden einer besonderen Organisation (Verbundgesellschaft) übertragen. Die Verkehrsunternehmungen bleiben rechtlich selbständig. Die Verbundgesellschaft nimmt die marktbezogenen Verkehrsaufgaben, wie Planung, Netz-, Fahrplan- und Tarifgestaltung sowie Öffentlichkeitsarbeit wahr. Sie übt die sogenannte Bestellerfunktion aus. Die Transportunternehmen sind zuständig für die betrieblichen Funktionen, wie die Bereitstellung der Betriebsanlagen, der Fahrzeuge, die Personalvorhaltung, die eigentliche Leistungserstellung usw. Die finanzielle Verantwortung liegt bei der öffentlichen Hand. ²⁵

¹⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 40 und Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 55 ff.

²⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 228; Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12, Art. 3 Abs. 4 NOVA-NB 2019.

²¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar, 54 ff.

²² Vgl. BAV, Glossar, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>> (8.5.2024).

²³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Präambel.

²⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ue500 2.8, Glossar, 54 ff.

²⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1) 2.8, Glossar, 54 ff.

Begriff	Abkürzung	Bedeutung
Verband öffentlicher Verkehr	VöV	Der VöV ist der nationale Dachverband der Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs. Seine Mitglieder sind über 130 Transportunternehmen sowie gut 180 Unternehmen aus Wirtschaft und Industrie. Der VöV wurde 1889 als Genossenschaft gegründet. Zweck: - Vertretung der Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik, Behörden und Dritten, - Koordination der Transportunternehmen bei nationalen Aufgaben, - Plattform für den Erfahrungsaustausch unter den Transportunternehmen, - Förderung eines kundenfreundlichen öffentlichen Verkehrs²⁶.
Versammlung der Verbünde	VdV	Die VdV ist in ihrem Bereich der Verbünde oberstes Organ. Die Gesamtheit NDV und die VdV nehmen gemeinsam die Funktion des obersten Organs aller an Swisspass Teilnehmenden wahr. ²⁷
Vermittler		Organisation, welche öV-Leistungen vertreibt. Darunter sind die vom BAV konzessionierten Transportunternehmen, die Schweizer Tarif- und Verkehrsverbünde sowie an NOVA angeschlossene Dritte zu verstehen. ²⁸
Vorschriften 511	V511	Vorschriften über die Verteilung der Einnahmen im direkten Personen- und Gepäckverkehr. ²⁹
Vorschriften 512	V512	Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Provisionen und Vergütungen im direkten Personen- und Gepäckverkehr. ³⁰
Vorschriften 570	V570	Vorschriften über den Verkauf im direkten Personenverkehr. ³¹

²⁶ Vgl. «Das ist der VöV», <<https://www.voev.ch/de/verband/Das-ist-der-VoeV>> (2.5.2024).

²⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Abs. 1.

²⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Glossar Anlage 12 (NOVA-NB).

²⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12 (NOVA-NB), Anhang 2.

³⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12 (NOVA-NB), Anhang 2.

³¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12 (NOVA-NB), Anhang 2.

A Verfahren

A.1 Gegenstand

1. Auslöser der Vorabklärung ist eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG³² (nachfolgend: Widerspruchsmeldung).³³ Die Widerspruchsmeldung erfolgte durch den Verein ch-integral namens und im Auftrag der einfachen Gesellschaft Alliance SwissPass (nachfolgend: Swisspass) inklusive all ihrer Mitglieder.³⁴

2. Die Widerspruchsmeldung meldete folgende zwei Vorhaben von Swisspass:³⁵

- 1) Einführung neuer Nutzungsbedingungen inkl. des Standardvertrags «Zugang NOVA-Plattform» für die von konzessionierten Transportunternehmen (nachfolgend: KTU) sowie Tarif- und Verkehrsverbünden des öffentlichen Verkehrs (nachfolgend: Verbünde) entwickelte IT-Vertriebsinfrastruktur NOVA³⁶ (nachfolgend: NOVA-NB 3.2).
- 2) Einführung eines Provisionsmodells für die Vermittlung von öV-Leistungen (nachfolgend: öV-Provisionsmodell).

3. Beim Vorhaben 1) handelt es sich um den Entwurf der NOVA-Nutzungsbedingungen in der Version 3.2 vom 2. Dezember 2022 (nachfolgend: NOVA-NB 3.2). Die NOVA-NB 3.2 regeln die Rechte und Pflichten der Vermittler / Vertrieber im Zusammenhang mit der Vermittlung und dem Vertrieb des NOVA-Sortiments über die NOVA-Plattform und sind darauf ausgerichtet, die Einnahmen- und Qualitätssicherung zu gewährleisten.³⁷ Der Begriff NOVA-Plattform bezeichnet die gemeinsame Vermittlungs- / Vertriebsinfrastruktur, welche den Transportunternehmen (nachfolgend: TU), Verbünden und Dritten zur Verfügung gestellt wird (Vermittlungs-/Vertriebsdrehscheibe öV Schweiz). Die NOVA-Plattform bündelt die Leistungen der TU und der Verbünde gegenüber den Kunden. Sie besteht aus den sechs Modulen Netz, Sortiment und Tarife, Personen, Abrechnung, Leistungen und Kontrolle.³⁸ So bündelt die NOVA-Plattform alle Daten, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen benötigt werden. Sie umfasst das gesamte Sortiment des Nationalen Direkten Verkehrs (nachfolgend: NDV), der regionalen direkten Verkehre (Verbünde; nachfolgend: RDV) und einiger TU im internen Verkehr sowie alle für die korrekte Preisberechnung erforderlichen Daten und Algorithmen.³⁹

4. Gemäss Widerspruchsmeldung betreffen die NOVA-NB 3.2 alle Vertrieber und Vermittler mit direktem Zugang zur NOVA-Plattform, die mit ihren eigenen digitalen Schnittstellen ihre Verkaufssysteme mit NOVA verknüpft hätten resp. verknüpfen, um so die für den Vertrieb und die Vermittlung von öV-Tickets notwendigen Daten von der NOVA-Plattform zu beziehen und die Verkäufe abzuwickeln.⁴⁰

5. Die Vermittlung von öV-Leistungen via die NOVA-Plattform wird in unterschiedlicher Weise provisioniert.⁴¹ Das im Vorhaben 2) aufgeführte öV-Provisionsmodell komme dabei für die Vermittlung von öV-Tickets im NDV zur Anwendung.⁴² Als direkter Verkehr (nachfolgend: DV) gilt die durchgehende Beförderung von Personen

und Gütern zwischen zwei oder mehreren TU aufgrund eines einzigen Transportvertrags und eines gemeinsamen Tarifes (für die ganze Strecke muss nur ein Billett gelöst werden).⁴³ Im Rahmen dieses Systems ist es möglich, mit einem einzigen Ticket unterschiedliche Verkehrsmittel wie Bahn, Bus, Schiff und Seilbahnen zu benutzen. Das Ticket kann praktisch an jeder Verkaufsstelle bezogen werden. «Eine Reise, ein Ticket» lautet einer der NDV-Grundsätze. Zum Beispiel ermöglicht der NDV ein durchgehendes Ticket für eine Fahrt von Ostermundigen nach Saas Fee erbracht durch die verschiedenen Transportunternehmen Schweizerische Bundesbahnen AG (nachfolgend: SBB), BLS AG (nachfolgend: BLS) und PostAuto AG (nachfolgend: Postauto).⁴⁴

6. Anders als im NDV gelange das öV-Provisionsmodell im RDV und im internen Verkehr grundsätzlich nicht zur Anwendung.⁴⁵ Beim RDV handle es sich um Punkt-zu-Punkt-Verbindungen mit sowohl Startpunkt als auch Ziel sowie Gesamtverlauf innerhalb eines Verbundperimeters.⁴⁶ Ein Beispiel für RDV ist die Fahrt mit dem Zürcher Verkehrsverbund (nachfolgend: ZVV) innerhalb der Tarifzone 110.⁴⁷ Der interne Verkehr umfasse Transportleistungen, die im eigenen Leistungsnetz eines KTU ergingen sowie unternehmensspezifische Angebote.⁴⁸

7. Bei den NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») handle es sich gemäss Widerspruchsmeldung um neu einzuführende Nutzungsbedingungen der NOVA-Plattform (vgl. Rz 2).⁴⁹ Grundsätzlich bilden die NOVA-Nutzungsbedingungen die Anlage 12 zum «Übereinkommen der Alliance SwissPass über die Nationale Organisation zur Zusammenarbeit der am Direkten Personenverkehr Teilnehmenden» (nachfolgend: Ue500).⁵⁰ Vom Ue500 ist in diesem Zeitpunkt die Version 2.9 des Ue500 mit Ausgabe datiert vom 1. Januar 2025 in Kraft.⁵¹

³² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³³ Vgl. Widerspruchsmeldung.

³⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 18 f.

³⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 4, 35 und 209 ff.

³⁶ Netzweite öV-Anbindung: Nationale Plattform für den Verkauf von Fahrausweisen (vgl. Ue500 2.9, Fn 1, Glossar).

³⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 1, Art. 1 Abs. 2 NOVA-NB 3.2.

³⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 1, Glossar NOVA-NB 3.2.

³⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 1, Art. 1 Abs. 1 NOVA-NB 3.2.

⁴⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 124 f.

⁴¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 85 ff.

⁴² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 126.

⁴³ Vgl. <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>> (13.12.2023).

⁴⁴ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulates 19.4199 (Reynard) vom 26. September 2019, Für einen erschwinglichen und gut eingespielten öffentlichen Verkehr, Ziff. 2.2 und 4.1.1.

⁴⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 89.

⁴⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 39 f.

⁴⁷ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulates 19.4199 (Reynard) vom 26. September 2019, Für einen erschwinglichen und gut eingespielten öffentlichen Verkehr, Ziff. 2.3.

⁴⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 62.

⁴⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 209 ff.

⁵⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12.

⁵¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1). Das Ue500 in der Version 2.9 und Ausgabe vom 1.1.2025 weist zudem den Stand 16.9.2024 auf.

8. Zurzeit enthält das Ue500 die NOVA-NB mit Datum vom 1. Januar 2025 (Stand: Dezember 2019; nachfolgend: NOVA-NB 2019). Die NOVA-NB 2019 seien allerdings gemäss Angaben von Swispass formell nicht gültig. Die NOVA-NB müssten nach Art. 17 Abs. 3 PBG⁵² vom BAV genehmigt werden, bevor sie in Kraft treten könnten.⁵³

9. Die vorliegende Vorabklärung basiert auf dem seitens Swispass und seiner Mitglieder eingeleiteten Widerspruchsverfahren. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind grundsätzlich lediglich jene Verhaltensweisen, welche im Rahmen des genannten Widerspruchsverfahrens gemeldet wurden.

10. Übergeordnetes Ziel der NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag) und des öV-Provisionsmodells sei gemäss Widerspruchsmeldung der gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Zugang für alle Vertreiber und Vermittler von öV-Tickets zur NOVA-Plattform. Die NOVA-NB 3.2 und das öV-Provisionsmodell sollten sich im Bereich der Vermittlung von öV-Tickets wettbewerbsfördernd auswirken.⁵⁴

11. Wie ausgeführt sind ein erster Gegenstand dieser Vorabklärung die NOVA-NB 3.2 mit dem Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform». Beim zweiten Gegenstand dieser Vorabklärung handelt es sich um das öV-Provisionsmodell für den NDV. Die Widerspruchsmeldung zu den NOVA-NB 3.2 mit dem Standardvertrag sowie das öV-Provisionsmodell hat der Verein ch-Integral eingereicht. ch-integral ist der Trägerverein, der die Geschäftsstelle von Swispass führt.

A.2 Verfahrensgeschichte

12. Mit Schreiben vom 7. November 2023 reichte der Verein ch-integral im Namen und im Auftrag von Swispass inklusive all ihrer Mitglieder (d. h. der 250 KTU und 18 Verbünde) eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein.⁵⁵

13. Mit Schreiben vom 2. April 2024 informierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Swispass über die Beurteilung der Widerspruchsmeldung und die Eröffnung einer Vorabklärung.

14. Swispass erhielt mit Schreiben vom 3. Mai 2024 ein Auskunftsbegehren zur Beantwortung. Swispass antwortete darauf mit Schreiben vom 10. Juli 2024.

15. Mit Schreiben vom 13. August 2024 liess das Sekretariat dem BAV ein Amtshilfegesuch zur Auslegung des Personenbeförderungsgesetzes und des revidierten Personenbeförderungsgesetzes sowie mit Fragen zum Bereich Personenbeförderung zukommen. Das BAV antwortete mit Schreiben vom 12. September 2024.

16. Swispass machte mit Schreiben vom 20. Dezember 2024 eine zusätzliche Eingabe zu den NOVA-NB 3.2 und dem öV-Provisionsmodell.

17. Mit Schreiben vom 4. Februar 2025 reichte Swispass eine Einschätzung des BAV betreffend Wettbewerb zwischen Angeboten im konzessionierten Personenverkehr ein.

B Sachverhalt

B.1 Änderung Personenbeförderungsgesetz

18. Hintergrund der Widerspruchsmeldung bildete die Revision des Personenbeförderungsgesetzes, die neu den gesetzlichen Auftrag zum Betrieb einer gemeinsamen öV-Vertriebsinfrastruktur mit neu einem diskriminierungsfreien Zugang auch für Dritte vorsieht.

19. Ende des Jahres 2022 hatte das Parlament die Revision des Personenbeförderungsgesetzes abgeschlossen. Im Zuge dieser Revision werden verschiedene Verordnungen angepasst.⁵⁶ Gemäss Botschaft vom 4. Juni 2021 zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes werden mit der Änderung des Personenbeförderungsgesetzes Regelungen für den öffentlichen Verkehr vereinfacht und an die Entwicklung der letzten Jahre angepasst.⁵⁷ Das neue Gesetz und die damit verbundenen Verordnungen sind am 1. Januar 2025 in Kraft getreten.⁵⁸

20. Im Rahmen der Änderung des Personenbeförderungsgesetzes erhalten die öV-Unternehmen neu den gesetzlichen Auftrag zum Betrieb einer gemeinsamen öV-Vertriebsinfrastruktur. Eine solche besteht bereits in Form der Vertriebsinfrastruktur NOVA, welche die öV-Branche heute zur Umsetzung des direkten Verkehrs mit finanzieller Beteiligung der öffentlichen Hand über die Bestellungen im regionalen Personenverkehr betreibt.⁵⁹ Die gesetzliche Verankerung dieses Auftrages erfolgt in einem neuen Art. 17a PBG.⁶⁰

Art. 17a Gemeinsame Vertriebsinfrastruktur

¹ Die Unternehmen mit einer Konzession nach Artikel 6 betreiben eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote (Vertriebsinfrastruktur).

² Sie stellen die für den Vertrieb erforderlichen Sach- und Personendaten zeitgerecht zur Verfügung.

³ Sie können für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte ein angemessenes Entgelt verlangen.

⁴ Sie regeln die diskriminierungsfreien Bedingungen für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte.

⁵² Bundesgesetz vom 20.3.2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

⁵³ Vgl. Angaben Swispass (10.7.2024), Rz 17 und Angaben Swispass (20.12.2024), Rz 40 f.

⁵⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 127 f.

⁵⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung.

⁵⁶ Vgl. <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/publikationen/bav-news-blog/02-2023.html>> (7.11.2024).

⁵⁷ Vgl. Botschaft vom 4. Juni 2021 zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung), BBl 2021 1485 (nachfolgend: Botschaft Änderung PBG).

⁵⁸ Vgl. <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/publikationen/bav-news-blog/02-2023.html>> (7.11.2024).

⁵⁹ Vgl. Botschaft Änderung PBG, 31 f. Ziff. 4.1.9.

⁶⁰ Vgl. Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung), Änderung vom 16. Dezember 2022, BBl 2022 3210.

B.2 Entstehung NOVA-Nutzungsbedingungen

21. Gemäss Widerspruchsmeldung habe die öV-Branche mit dem Ziel, dass alle Tarif- und Sortimentsdaten zentral gepflegt würden, zuerst die NOVA-Plattform realisiert. Die NOVA-NB hätten dann in einem zweiten Schritt eingeführt werden sollen. Die öV-Branche habe deshalb im April 2018 mit den NOVA-NB 1.0 eine erste brancheninterne Übergangslösung für die Nutzung der Nova-Plattform verabschiedet. Die NOVA-NB 1.0 hätten später durch die NOVA-NB 2.0 ersetzt werden sollen. Diese neuen Nutzungsbedingungen seien insbesondere die vom Bundesrat beabsichtigte Öffnung der öV-Vertriebsinfrastruktur für branchenfremde Unternehmen angegangen. Die NOVA-NB 2.0 seien im März 2019 durch die Instanzen von Swisspass freigegeben worden. Im September 2019 hätte Swisspass die NOVA-NB 2.0 inkl. Standardvertrag zur Genehmigung an das BAV eingereicht.⁶¹

22. Mit Schreiben vom Dezember 2019 habe das BAV Swisspass mitgeteilt, dass es die NOVA-NB 2.0 inkl. Standardvertrag in der damals eingereichten Fassung nicht genehmigen könne. Grund seien Zweifel an deren Konformität mit dem Wettbewerbsrecht gewesen. Das BAV habe anschliessend ein Rechtsgutachten zum «Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr»⁶² (nachfolgend: Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ) eingeholt.⁶³

23. Mit Schreiben vom Juni 2020 habe das BAV Swisspass über die Erkenntnisse aus dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ informiert und habe dieser mitgeteilt, dass die kartellrechtliche Beurteilung der Gutachter einer Genehmigung der NOVA-NB 2.0 durch das BAV im Weg stehen würde.⁶⁴

24. Im November 2020 habe Swisspass zu den im Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ behandelten Fragen ein Rechtsgutachten von Lenz & Staehelin (nachfolgend: Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ⁶⁵) eingeholt. Die Differenzen zwischen dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ und dem MEINHARDT/SÜSLÜ könnten wie folgt zusammengefasst werden:⁶⁶

- Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ unterscheide im Gegensatz zum Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ nicht zwischen dem Vertrieb und der Vermittlung von öV-Tickets. Diese Unterscheidung sei jedoch von zentraler Bedeutung, weil der Vertrieb von öV-Tickets – im Gegensatz zur Vermittlung – unter das Personenbeförderungsregal (Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 PBG) falle und damit nicht vom Kartellgesetz erfasst werde (Art. 3 Abs. 1 KG). Die Begriffe Vertrieb und Vermittlung würden in der öffentlichen Diskussion zuweilen auch vermischt und untechnisch verwendet.
- Weil der Vertrieb von öV-Tickets den KTU vorbehalten sei, könnten entgegen dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ auch kein Grosshandelsmarkt oder Grosshandelspreise für öV-Tickets existieren bzw. eingeführt werden. Branchenfremde Unternehmen könnten nicht als Wiederverkäufer, sondern nur als Vermittler von öV-Tickets tätig werden.

- Die NOVA-NB seien vor diesem Hintergrund nur insoweit einer kartellrechtlichen Beurteilung zugänglich, als sie die Vermittlung von öV-Tickets zum Gegenstand hätten.
- Als kartellrechtlich problematisch identifizierten sowohl das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ als auch das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ folgende Regelungen in den NOVA-NB 2.0:
 - o Nichtgewährung eines Direktzugangs zur NOVA-Plattform an ausländische externe Vermittler;
 - o Einschränkung des NOVA-Sortiments gegenüber externen Vermittlern; und
 - o Nichtgewährung von Provisionen an externe Vermittler.
- Im Gegensatz zum Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ habe das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ keine weiteren, kartellrechtlich problematischen Regelungen in den NOVA-NB 2.0 identifiziert.

25. Aufgrund der Erkenntnisse aus dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ habe Swisspass die ursprünglichen NOVA-NB 2.0 inkl. Standardvertrag überarbeitet und die drei als kartellrechtlich problematisch identifizierten Bestimmungen aufgehoben. Zusätzlich habe Swisspass zwischenzeitlich ein Modell für die Entrichtung von Provisionen bei der Vermittlung von öV-Leistungen, das öV-Provisionsmodell, verabschiedet.⁶⁷

26. Die Kompetenz von Swisspass, die NOVA-NB 3.2 nach Genehmigung durch das BAV zu verabschieden, ergebe sich aus der gesetzlichen Kooperationspflicht. Die NOVA-NB 3.2 seien Teil des Ue500. Das Ue500 sei die Branchenregelung, welche die Zusammenarbeit der KTU und Verbände im direkten Verkehr nach Art. 16 i. V. m. Art. 17 PBG regle. Zur Gewährleistung des NDV hätten sich die KTU in der Branchenorganisation Swisspass zusammengeschlossen.⁶⁸

⁶¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 9 ff.

⁶² Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 5, NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ, Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr, 2020, verfügbar z. B. auch unter <<https://www.unil.ch/fakultaeten/rf/professuren/diebold-nicolas/mitarbeitende/prof-dr-nicolas-diebold/#tab=c58832>> (7.11.2024).

⁶³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 12 f.

⁶⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 14.

⁶⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Beilage 6, MARCEL MEINHARDT/SINEM SÜSLÜ, Kartellrechtliche Beurteilung Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr, 2020.

⁶⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 15 f.

⁶⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 17.

⁶⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Fn 96.

B.3 Vermittlung von öV-Tickets

27. Gemäss Widerspruchsmeldung würden die KTU als Beförderer Transportdienstleistungen für Reisende erbringen. Sie treffe eine Transportpflicht (Art. 12 PBG). Um die Transportdienstleistung der KTU in Anspruch nehmen zu können, müssten Reisende einen gültigen Fahrausweis, d. h. ein öV-Ticket besitzen (Art. 57 VPB⁶⁹). Den KTU komme damit eine Vertriebspflicht zu. Sie verkauften öV-Tickets für die von ihnen erbrachten Transportdienstleistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung über ihre eigenen Verkaufskanäle an Reisende («Vertrieb» gemäss Terminologie Widerspruchsmeldung).⁷⁰

28. Im sog. Direkten Verkehr bestehe sodann eine Kooperationspflicht (Art. 16 i. V. m. Art. 17 PBG). Die KTU seien gesetzlich verpflichtet, öV-Tickets für Transportdienstleistungen anzubieten, die durch sie selbst und mindestens ein weiteres KTU erbracht würden. So erfasse der Direkte Verkehr verbundübergreifende Verbindungen und Verbindungen in Gebieten ohne Verbünde (NDV) sowie Punkt-zu-Punkt-Verbindungen mit sowohl Startpunkt als auch Ziel sowie Gesamtverlauf innerhalb eines Verbundperimeters (RDV).⁷¹

29. Ziel des Direkten Verkehrs sei, dass Reisende für die Beförderung über Netze verschiedener KTU nur einen durchgehenden Transportvertrag abschliessen müssten und folglich auch nur ein einziges öV-Ticket für die gesamte Beförderungsdienstleistung benötigten, die von verschiedenen KTU erbracht werde, («Eine Reise, ein Ticket, ein Preis»). Die KTU erstellten dafür gemeinsame Fahrausweise, d. h. öV-Tickets (Art. 16 Abs. 2 PBG).⁷²

30. Für die Zwecke des RDV hätten sich die KTU im Rahmen ihrer Kooperationspflicht in Verbünde zusammengeschlossen. Zur Gewährleistung des NDV hätten sich die KTU und die Verbünde in der Organisation Alliance Swispass zusammengetan (Art. 16 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 PBG).⁷³

31. Die gemeinsamen Fahrausweise des Direkten Verkehrs vertrieben die KTU bzw. Verbünde ebenfalls über ihre eigenen Verkaufskanäle an Reisende. Sie kauften die öV-Tickets dabei nicht gegenseitig als Wiederverkäufer auf einer Grosshandelsebene ein, um diese dann an Reisende weiterzuverkaufen, sondern handelten im Rahmen ihrer gesetzlich vorgegebenen gegenseitigen Vertriebspflicht als Vertreiber.⁷⁴ Alle KTU seien von Gesetzes wegen Vertreiber von öV-Tickets.⁷⁵

32. So sei bspw. im NDV ein Einzelticket für die Strecke zwischen den Haltestellen Langnau i.E. – Engelberg via Luzern, bei der die Transportdienstleistung von der BLS und der Zentralbahn erbracht werde, über die Verkaufskanäle dieser beiden Transportunternehmen erhältlich.⁷⁶

33. Die KTU und Verbünde könnten aber auch als Vermittler von öV-Tickets bzw. den damit verbundenen Transportdienstleistungen agieren. Dies sei der Fall, wenn sie selbst nicht in die zu erbringende Transportdienstleistung involviert seien. Sie handelten in solchen Konstellationen stellvertretend im Namen und auf Rechnung der leistungserbringenden KTU und Verbünde.⁷⁷

34. Die Vermittlungstätigkeit zeichne sich dadurch aus, dass der Vermittler keine öV-Tickets von den KTU und Verbünden erwerbe, um diese dann selbst an Reisende weiterzuverkaufen. Der (Ver-)Kauf der Transportdienstleistung erfolge vielmehr direkt zwischen dem Reisenden und den leistungserbringenden KTU bzw. Verbünden zu den von diesen festgesetzten Endkundenpreisen.⁷⁸

35. Als Vermittler im Bereich des NDV handle bspw. der ZVV, wenn er über seinen Webshop ein Billett für die Strecke zwischen den Haltestellen Langnau i.E. – Engelberg via Luzern verkaufe. Die Transportdienstleistung auf dieser Strecke werde von der BLS und der Zentralbahn erbracht. Der ZVV vermittele das öV-Ticket an den Reisenden stellvertretend für diese KTU.⁷⁹

36. Externe Vermittler, d. h. branchenfremde Unternehmen könnten ebenfalls als Vermittler von öV-Tickets und den damit verbundenen Transportdienstleistungen tätig sein. Auch sie handelten diesfalls im Namen und auf Rechnung der leistungserbringenden KTU und Verbünde.⁸⁰

37. Bis anhin seien externe Vermittler für die Aufnahme dieser Vermittlungstätigkeit auf die bilaterale Kooperation mit einem KTU und/oder einem Verbund angewiesen gewesen, das/der sie mit der Vermittlung beauftragt habe und ihnen die Schnittstelle (Schnittstellenprodukte) zur NOVA-Plattform und/oder zu anderen Vertriebssystemen zur Verfügung gestellt habe.⁸¹

38. Neben den Anbindungsmöglichkeiten von Schnittstellenprodukten an die NOVA-Plattform werde zukünftig ergänzend die Möglichkeit zur Verfügung stehen, dass externe Vermittler die NOVA-NB und den Standardvertrag Zugang NOVA-Plattform unterzeichneten und damit direkten Zugang zur NOVA-Plattform erhielten. Sie müssten damit kein KTU bzw. keinen Verbund mehr dazwischenschalten (Schnittstellenprodukt), um als Vermittler tätig zu werden. Aus NOVA-Sicht bestünden innerhalb der Kategorie «externe Vermittler» keine weiteren Unterkategorien.⁸²

⁶⁹ Verordnung vom 4.11.2009 über die Personenbeförderung (VPB, SR 745.11).

⁷⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 36 ff.

⁷¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 39 f.

⁷² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 40 f.

⁷³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 42.

⁷⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 43.

⁷⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 138.

⁷⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 44.

⁷⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 45 und 139.

⁷⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 46.

⁷⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 47.

⁸⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 48.

⁸¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 49.

⁸² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 50 f.

39. Das Modell zur Vermittlung von öV-Tickets könne wie in folgender Abbildung 1 dargestellt werden.⁸³

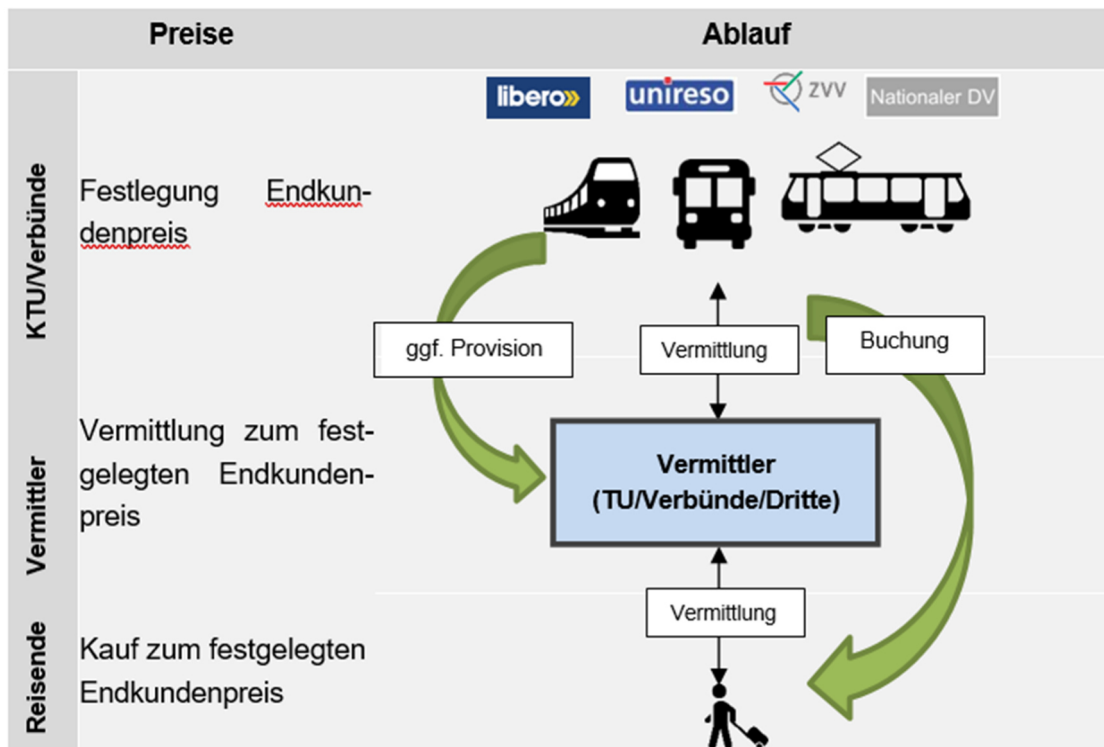


Abbildung 1: Modell Vermittlung von öV-Tickets

40. Vom oben dargestellten Modell abzugrenzen sei das sog. Merchant-Modell, bei dem ein Wiederverkäufer öV-Tickets und die damit verbundenen Transportdienstleistungen bei den KTU und Verbünden einkaufen würde, um diese dann selbst in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unter Aufschlag einer Marge auf den Ticketpreis an Reisende weiterzuverkaufen. Ein solcher Vertrieb von öV-Tickets durch Wiederverkäufer sei jedoch ausgeschlossen, weil der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal erfasst und damit den KTU vorbehalten sei. Die geschäftlichen Risiken, die KTU, Verbünde und Dritte aus ihrer Tätigkeit als Vermittler tragen würden, beschränkten sich auf das Delkrederisiko.⁸⁴

B.4 Tarifpflicht und Tarifoheit

41. Gemäss Widerspruchsmeldung müssten die KTU für ihre Beförderungsdienstleistungen Tarife aufstellen, welche der Erzielung angemessener Erträge dienen würden (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 PBG). Damit gelte eine Tarifpflicht. Die KTU hätten die vollständige und alleinige Entscheidungsbefugnis über die Höhe und Struktur der Tarife sowie der Fahrausweissortimente im öffentlichen Verkehr. Das bedeute, dass die Tarifoheit bei den KTU liege.⁸⁵

42. Hinsichtlich der Tarifpflicht stelle das Personenbeförderungsgesetz für den Direkten Verkehr weitergehende Vorgaben auf. So müssten die KTU im Direkten Verkehr gemeinsame Tarife und Fahrausweise stellen (Art. 16 Abs. 2 PBG) und zu diesem Zweck ihre gegenseitigen Beziehungen regeln (Art. 17 Abs. 1 PBG).⁸⁶

43. Ihre gegenseitigen Beziehungen im NDV würden die KTU in der Branchenorganisation Swispass regeln. Damit die KTU im NDV nach den Vorgaben von Art. 16

Abs. 2 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 PBG gemeinsame Tarife und Fahrausweise stellen könnten, übten sie ihre Tarifoheit gemeinsam über Swispass aus.⁸⁷

44. Für die Gewährleistung des RDV hätten sich die KTU in regionalen Tarifverbünden zusammengetan. In diesen übten die KTU ihre Tarifoheit gestützt auf Art. 16 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 1 PBG i. V. m. Art. 56 Abs. 1 VPB gemeinsam aus.⁸⁸

45. Im sog. internen Verkehr verbleibe die Tarifoheit bei den KTU selbst. Der interne Verkehr umfasse Transportleistungen, die im eigenen Leistungsnetz einer KTU ergingen sowie unternehmensspezifische Angebote. Es stehe den KTU dabei frei, Produkte des internen Verkehrs, welche auf der NOVA-Plattform gepflegt seien, auch über andere Kanäle wie bspw. über einen proprietären Webshop anzubieten.⁸⁹

⁸³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 52.

⁸⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 53 ff.

⁸⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 56 f.

⁸⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 59.

⁸⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 60.

⁸⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 61.

⁸⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 62 f.

B.5 Funktionsweise der NOVA-Plattform

46. Gemäss Widerspruchsmeldung erfolge der Vertrieb und die Vermittlung von öV-Tickets über die von den KTU und Verbünden eigens dafür entwickelte IT-Vertriebsinfrastruktur, die NOVA-Plattform. Auf dieser fänden sich alle zentralen Elemente für den Vertrieb und die Vermittlung von öV-Leistungen.⁹⁰

- Die importierten Netz- und Fahrplandaten aller Transportunternehmen aus INFO+;
- sämtliche öV-Sortimente, Anwendungsbereiche und Tarifbestimmungen;
- die Kundendatenbank;
- Abrechnungsgrundsätze, welche die Verteilung der Einnahmen und Kosten auf die beteiligten und berechtigten Transportunternehmen gewährleisten;
- die Swissspass-Daten inkl. der darauf vorhandenen öV-Leistungen;
- alle für die Kontrolle in den Fahrzeugen nötigen Daten; und
- öV-Reporting.

47. Die NOVA-Plattform führe Preisdaten mit den dazugehörigen Fahrplandaten und weiteren öV-Daten zusammen, bereite diese auf und stelle sie den angebotenen Unternehmen zur Verfügung. Sie umfasse zudem ein System zur Abrechnung der Ticketverkäufe und Provisionen.⁹¹

48. Es seien alle relevanten Produkte, die das Kerngeschäft des öffentlichen Verkehrs betreffen würden, auf der NOVA-Plattform hinterlegt. Den KTU und Verbünden werde in ihrer Rolle als Tarifeigner empfohlen, auch Spezialangebote sowie interne Sortimente auf der NOVA-Plattform zu pflegen. Sie sind dazu jedoch nicht verpflichtet. Es handle sich bei Spezialangeboten und internen Sortimenten um Nischenprodukte bzw. Drittprodukte, welche teilweise so geringe Absätze aufweisen würden, dass sich eine Integration auf NOVA finanziell nicht lohne oder das Produkt in nächster Zeit das Ende des Lebenszyklus erreichen werde.⁹²

49. An die NOVA-Plattform angebundene Unternehmen könnten für alle auf der NOVA-Plattform hinterlegten Strecken und Fortbewegungsmittel öV-Tickets vertreiben und vermitteln. Ein Zugang zur Vermittlung von Spezialangeboten und internen Sortimenten der KTU sei grundsätzlich mit Abschluss bilateraler Verträge möglich.⁹³

50. Der Zugang der externen Vermittler zur NOVA-Plattform könne inskünftig direkt oder indirekt sein.⁹⁴

51. Beim direkten Zugang könnten Vermittler über ihre eigenen digitalen Schnittstellen ihre Verkaufssysteme (Schalter-Software, Billettautomaten, Apps etc.) mit NOVA verknüpfen, um so die für die Vermittlung von öV-Tickets notwendigen Daten von der NOVA-Plattform zu übermitteln und die Verkäufe abzuwickeln. Sie erhielten diesfalls von der NOVA-Plattform Rohdaten, d. h. sie müssten die öV-Tickets anhand dieser Rohdaten erst noch erstellen.⁹⁵

52. Beim indirekten Zugang sei dagegen ein KTU und/oder ein Verbund dazwischengeschaltet, das/der

dem externen Vermittler seine digitale Schnittstelle für die Anbindung an die NOVA-Plattform zur Verfügung stelle. So vermittele bspw. search.ch öV-Tickets – und damit Transportdienstleistungen – für die BLS [...]. In diesem Fall erhalte der Vermittler keine Rohdaten, sondern ein bereits durch das KTU erstelltes öV-Ticket.⁹⁶

⁹⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 64.

⁹¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 65.

⁹² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 66.

⁹³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 67.

⁹⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 68.

⁹⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 69.

⁹⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 70.

53. Die Funktionsweise der NOVA-Plattform könne wie folgt dargestellt werden:⁹⁷

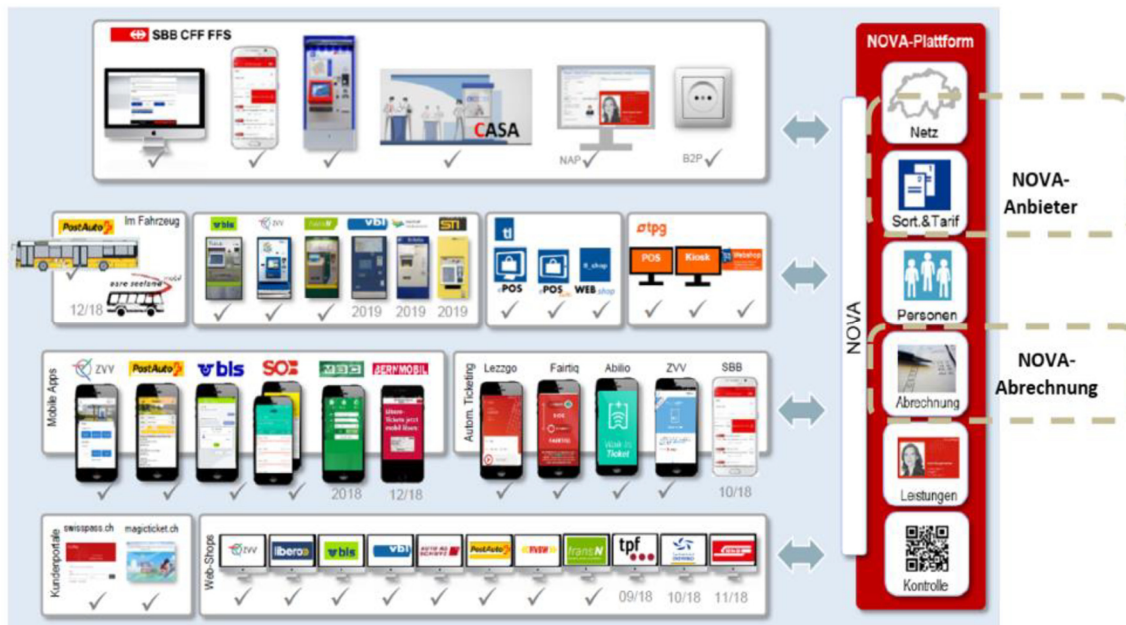


Abbildung 2: Funktionsweise NOVA-Plattform

54. Die Abwicklung einer verkauften Leistung über NOVA erfolge über folgende Schritte:⁹⁸

- Angebotsabfrage: Über einen Verkaufskanal (wie Online-Shop, Mobile App, Billettautomat, Schalter oder im Fahrzeug) wird vom öV-Kunden oder einer Verkaufsstelle ein Angebot abgefragt.
- Angebotsberechnung und Ausgabe von Varianten: «NOVA-Anbieter»⁹⁹ berechne ein Angebot, basierend auf den passenden Produkten und Tarifregeln für die Anfrage. Dabei wende NOVA programmierte Vorgaben und Rahmenbedingungen an und nutze die hinterlegten Stammdaten.
- Auswahl und Kauf eines Angebotes und Billett-/Produktausgabe: Nach erfolgreichem Verkauf sende NOVA Produktinformationen (Ticket, Abo) via Verkaufskanal an den Kunden.
- Abrechnung des Verkaufsumsatzes und der Verkaufsprovisionen: Schliesslich rechne NOVA den Umsatz sowie die Verkaufsprovisionen ab und berechne die Umsatzanteile je Transportunternehmen oder je Verbund. Über eine Schnittstelle von «NOVA-Abrechnung» würden die entsprechenden Informationen an SAP zur weiteren Verarbeitung in den Finanzprozessen geliefert.

55. Die NOVA-Plattform enthalte damit alle öV-Daten, Tarife und Funktionalitäten, die für den Vertrieb und die Vermittlung von öV-Tickets erforderlich seien.¹⁰⁰

B.6 Übereinkommen 500

56. Die NOVA-NB sind eine Anlage zum Ue500.¹⁰¹ Bei dem mit der Widerspruchsmeldung eingereichten Ue500 handelt es sich um die Version 2.7 mit Ausgabedatum 1. Juli 2023.¹⁰² Allerdings trat während der Widerspruchsfrist bereits die Version 2.8 des Ue500 mit Ausgabe datiert vom 1. Januar 2024 in Kraft.¹⁰³ Seit dem 1. Januar 2025 ist schliesslich die Version 2.9 gültig. Im

Folgenden ist auszugsweise die aktuelle Version 2.9 des Ue500 datiert vom 1. Januar 2025 dargestellt.¹⁰⁴ Diese auszugsweise Darstellung erfolgt mit Blick auf die NOVA-NB 3.2 und das öV-Provisionsmodell.

B.6.1 Ue500 Version 2.9 (Ausgabe 1.1.2025)

57. Gemäss Ue500 sei der Grund für eine Zusammenarbeit von TU im Rahmen des Ue500 die gesetzliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines direkten Verkehrs. Hierfür hätten die TU unter anderem gemeinsame Tarife zu erstellen. Das Gesetz verpflichte die TU, ihre gegenseitigen Beziehungen in bestimmten Bereichen zu regeln.¹⁰⁵

58. Auf nationaler Ebene arbeiteten die am DV Teilnehmenden in einer einfachen Gesellschaft zusammen, die im Ue500 geregelt sei. Auf regionaler Ebene hätten sich die TU in Tarif- bzw. Verkehrsverbünden organisiert, die auf dem entsprechenden Gebiet die Tarife für sämtliche zugehörigen TU verbindlich festlegen würden. Die Rechtsformen der Verbünde reichten von einfachen Gesellschaften über Vereine und Genossenschaften bis hin zu öffentlich-rechtlichen Anstalten.¹⁰⁶

⁹⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 71; Eidgenössische Finanzkontrolle, Prüfung der IT-Plattform NOVA für den öffentlichen Verkehr – Schweizerische Bundesbahnen, 2. Juli 2019, 16.

⁹⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 72; Eidgenössische Finanzkontrolle, Prüfung der IT-Plattform NOVA für den öffentlichen Verkehr – Schweizerische Bundesbahnen, 2. Juli 2019, 16.

⁹⁹ «NOVA-Anbieter» sei die zentrale IT-Anwendung der Plattform und umfasse mehrere Module. Als Kernfunktionalitäten bearbeite «NOVA-Anbieter» Anfragen von verschiedenen Kanälen und berechne, basierend auf den Sortimenten und Tarifen, Angebote und Leistungen für die öV-Kunden (Widerspruchsmeldung, Fn 35).

¹⁰⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 73.

¹⁰¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 12.

¹⁰² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 7 und Beilage 3.

¹⁰³ Vgl. Widerspruchsmeldung. Das Ue500 in der Version 2.8 und Ausgabe vom 1. Januar 2024 weist zudem den Stand 13. September 2023 auf.

¹⁰⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1). Das Ue500 in der Version 2.9 und Ausgabe vom 1. Januar 2025 weist zudem den Stand 16. September 2024 auf.

¹⁰⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Präambel.

¹⁰⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Präambel.

59. Das Ue500 bilde die Grundlage der branchenweiten Zusammenarbeit von TU und Verbänden. Diese erfolge unter dem Dach einer einzigen, gemeinsamen Organisation Swisspass und stelle über den direkten Verkehr gemäss Art. 16 und 17 PBG bzw. Art. 56 VPB hinaus sicher, dass branchenweit mindestens einheitliche Tarifenbestimmungen und Standards zur Anwendung gelangen.¹⁰⁷

60. Swisspass setze sich zum Ziel, die Integration zwischen dem NDV und den Verbänden sowie der Verbände untereinander, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz, weiter voranzutreiben.¹⁰⁸

B.6.1.1 Rahmenbestimmungen Ue500

61. Als Gegenstand des Übereinkommens führt das Ue500 die Zusammenarbeit im Rahmen des DV auf. In Bezug auf den Geltungsbereich erfasse das Ue500 den NDV und die RDV der Verbände. Das Ue500 sei mit gewissen Ausnahmen (in Form besonderer Bestimmungen für die jeweiligen Verkehre) auf beide Verkehre anwendbar.¹⁰⁹

62. Bei der Teilnahmeberechtigung unterscheidet das Ue500 zwischen den zwei Bereichen Verbände und NDV. Im Bereich der Verbände können an Swisspass grundsätzlich Tarif- und Verkehrsverbände teilnehmen. Die teilnehmenden Verbände handeln im Rahmen von Swisspass im Namen ihrer Gesellschafter/Mitglieder. Im Bereich des NDV können an Swisspass grundsätzlich KTU teilnehmen.¹¹⁰

63. Die Zusammenarbeit im Rahmen von Swisspass bezwecke insbesondere folgende Ziele:¹¹¹

- Gewährleistung des DV im Sinne von Art. 16 PBG und Art. 56 VPB;
- Verbesserung der tarifarischen Transparenz für die öV-Kunden im schweizerischen Binnenverkehr und im grenzüberschreitenden Verkehr mit grenznahen bzw. angrenzenden ausländischen TU und Verbänden;
- Harmonisierung und Vereinfachung tarifarischer Benutzungsbestimmungen für die öV-Kunden, eine Minimierung potenzieller Kundenfallen und generell ein Abbau von öV-Eintrittshürden im schweizerischen Binnenverkehr und im grenzüberschreitenden Verkehr mit grenznahen TU bzw. angrenzenden ausländischen Verbänden;
- Festlegung gemeinsamer Standards sowie deren Einhaltung (Compliance);
- Gewährleistung der Einnahmensicherung und Abrechnung;
- Strategische Weiterentwicklung des öV in den Bereichen Preis und Sortiment, Vertrieb, Marktbearbeitung, Kundeninformation, Einnahmensicherung und Kontrolle.

B.6.1.2 Organisation

64. Die Aufgaben von Swisspass werden innerhalb einer gemeinsamen Organisationsstruktur aller Teilnehmenden wahrgenommen. Dabei werden drei Geschäftsfelder unterschieden:¹¹²

Geschäftsfeld		
öV	NDV	Verbände
Geschäfte, die alle am Ue500 Teilnehmenden betreffen und Geschäfte der nationalen Kundeninformation, die alle am Ue500 Teilnehmenden plus die nicht am Ue500 teilnehmenden TU mit einer Personenbeförderungskonzession betreffen.	Geschäfte, die ausschliesslich den NDV betreffen.	Geschäfte, die ausschliesslich die Verbände betreffen.

65. Die Gesamtheit der am NDV Teilnehmenden (nachfolgend: Gesamtheit NDV) und die Versammlung der Verbände (nachfolgend: VdV) sind in ihren jeweiligen Bereichen (NDV bzw. Verbände) die obersten Organe. Gemeinsam nehmen sie die Funktion des obersten Organs aller an Swisspass Teilnehmenden wahr.¹¹³ Gemeinsam befinden die Gesamtheit NDV und die VdV unter anderem insbesondere über den Erlass und Änderungen der NOVA-Nutzungsbedingungen.¹¹⁴ Dabei beschliessen die Gesamtheit NDV und die VdV jeweils separat über den Erlass und Änderungen der NOVA-NB. Der Beschluss kommt zustande, wenn beide Organe nach den für sie geltenden Beschlussfassungsregeln beschliessen haben.¹¹⁵

B.6.1.2.1 Gesamtheit NDV

66. Die Gesamtheit NDV ist oberstes Organ im Bereich des NDV. So befindet die Gesamtheit NDV zum Beispiel über die Grundsätze der Einnahmen- und Kostenverteilung im NDV oder über Geschäfte, die ihr zum Beschluss vorgelegt werden.¹¹⁶

67. Die Gesamtheit NDV tagt nicht physisch. Die Entscheide erfolgen im Rahmen schriftlicher Umfragen (E-Mail oder Postweg) auf Antrag des Strategierates (nachfolgend: Gesamtumfrage).¹¹⁷

¹⁰⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Präambel.

¹⁰⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Präambel.

¹⁰⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 2.1 Abs. 1.

¹¹⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 2.2.

¹¹¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 2.4.

¹¹² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1 Bst. c.

¹¹³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Abs. 1.

¹¹⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Abs. 2.

¹¹⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.1 Abs. 3.

¹¹⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.2.1.

¹¹⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.2.2 Abs. 1.

68. In der Gesamtheit NDV sind alle am gesamten NDV Teilnehmenden stimmberechtigt. Jede Stimmberechtigte verfügt über eine Stimme.¹¹⁸

69. Ein Antrag ist von der Gesamtheit NDV angenommen, wenn ihm innert der gesetzten Frist 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als 2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Ertrags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen. Abweichende Regelungen in anderen Bestimmungen des Ue500 bleiben vorbehalten.¹¹⁹

B.6.1.2.2 VdV

70. Als oberstes Organ im Bereich der Verbünde befindet die VdV über besondere Bestimmungen für die Verbünde sowie beispielsweise über Zusatzvereinbarungen unter Verbünden oder die Bestimmung von Kostenanteilen bezüglich Geschäftsstelle.¹²⁰

71. Die VdV wird durch ein vom Strategierat delegiertes, stimmberechtigtes Mitglied des Strategierats geleitet. An der Versammlung sind alle Verbünde der Schweiz, die an ihnen beteiligten TU, der Bund (vertreten durch das BAV), die Kantone (vertreten durch die Konferenz der kantonalen Delegierten des öffentlichen Verkehrs, nachfolgend: KKDöV), der Verein ch-integral sowie der VöV teilnahmeberechtigt.¹²¹

72. Stimmberechtigt sind nur die am Ue500 teilnehmenden Verbünde gemäss Anlage 19 des Ue500.¹²² Jeder stimmberechtigte Verbund hat eine Stimme.¹²³

73. Im Rahmen der Beschlussfassung ist ein Antrag vom VdV angenommen, wenn ihm 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als 2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Ertrags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen. Abweichende Regelungen in anderen Bestimmungen des Ue500 bleiben vorbehalten. Eine Mehrheit von 2/3 der Abstimmenden ist jedoch zwingend erforderlich für Änderungen der Methode zur Bestimmung der Anteile pro Verbund an den Geschäftsstellen-Kosten des Geschäftsfelds «Verbünde».¹²⁴

B.6.1.2.3 Strategierat

74. Dem Strategierat obliegen die Oberleitung und Oberaufsicht von Swissspass sowie deren strategische Führung. Zu den Aufgaben des Strategierates gehören etwa die Bestimmung der strategischen Stossrichtungen in den drei Geschäftsfeldern von Swissspass (öV, NDV und Verbünde; vgl. Rz 64), Vertretung von Swissspass gegenüber der Öffentlichkeit und anderen Anspruchsgruppen, Antragsstellung an die Gesamtheit NDV und die Versammlung der Verbünde betreffend Geschäfte in deren Zuständigkeit sowie die Abgabe von Empfehlungen in verschiedener Hinsicht.¹²⁵

75. Der Strategierat besteht aus 8 bis 13 stimmberechtigten Mitgliedern, die sich zusammensetzen aus

- Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit festem Sitz

- und Spartenvertretungen von am NDV Teilnehmenden aus den Sparten Fernverkehr (selbsttragende Finanzierung), Regionalverkehr (Bestellter Verkehr gemäss PBG), Ortsverkehr (Bestellter Verkehr des Stadt- und Nahverkehrs) und touristischer Verkehr (Verkehr ohne Erschliessungsfunktion gemäss PBG).¹²⁶

76. Der Strategierat setzt sich gemäss Widerspruchsmeldung aus folgenden KTU und Verbünden zusammen: BERNMOBIL (nachfolgend: Bernmobil), Postauto, Transports Publics Genevois (nachfolgend: TPG), ZVV, Transports publics fribourgeois Holding (TPF) SA (nachfolgend: TPF), Verkehrsbetriebe St. Gallen (nachfolgend: VBSG), Jungfraubahnen Management AG (nachfolgend: Jungfraubahnen), Matterhorn Gotthard Bahn (nachfolgend: MGB), SBB und Aargau Verkehr AG (nachfolgend: AVA).¹²⁷

77. Hierzu ist festzustellen, dass am NDV Teilnehmende, die als systemrelevant gelten, mit einem festen Sitz im Strategierat vertreten sind (vgl. Rz 75 und Rz 103). Bei den KTU mit festem Sitz handelt es sich um SBB, ZVV und Postauto¹²⁸. Die anderen Sitze im Strategierat sind nicht fest zugeteilt (vgl. Rz 75 und Rz 104). Nicht fest zugeteilte Sitze wechseln für die Besetzung demnach unter den am NDV Teilnehmenden KTU ab. So sind gemäss Webseite von Swissspass beispielsweise die Jungfraubahnen nicht mehr im Strategierat vertreten und neu nehmen beispielsweise die BLS AG (nachfolgend: BLS) oder die Zugerland Verkehrsbetriebe AG (nachfolgend: ZVB) Einsitz im Strategierat.¹²⁹

¹¹⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.2.2 Abs. 2 und 3.

¹¹⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.2.3 Abs. 1.

¹²⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.3.1.

¹²¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.3.2 Abs. 1 und 2.

¹²² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.3.2 Abs. 3. Dabei handelt es sich um folgende Verbünde (Stand 4.7.2024): Bündner Generalabonnement (BUGA), Communauté tarifaire intégrale fribourgeoise (Frimobil), Communauté tarifaire intégrale unireso, Communauté tarifaire neuchâteloise Onde Verte, Communauté tarifaire VagABond, Communauté tarifaire vaudoise CTV (Mobilis), Comunità tariffale Arcobaleno, ITV engadin mobil, Libero-Tarifverbund, Tarifverbund A-Welle, Tarifverbund Davos (TVD), Tarifverbund Klosters (TVK), Tarifverbund für den Lebens- und Wirtschaftsraum Zürich (Z-Pass), Tarifverbund OSTWIND, Tarifverbund Passepartout, Tarifverbund Schwyz (TVSZ), Tarifverbund Zug (TVZG), TNW Tarifverbund Nordwestschweiz, TransReno, Zürcher Verkehrsverbund ZVV.

¹²³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.3.2 Abs. 3.

¹²⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.3.3 Abs. 2.

¹²⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.4.1 Abs. 1 und 2.

¹²⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.4.2 Abs. 1.

¹²⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Fn 5.

¹²⁸ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/ueberuns/gremien>> (8.11.2024); Widerspruchsmeldung, Fn 5.

¹²⁹ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/ueberuns/gremien>> (11.11.2024).

78. Der Strategierat ist beschlussfähig, wenn mindestens acht Mitglieder (bzw. ihre Stellvertretungen) anwesend sind, wobei die Mitglieder mit festem Sitz (bzw. ihre Stellvertretungen) zu den Anwesenden zählen müssen. Sofern die Mindestanzahl an anwesenden Mitgliedern nicht gegeben ist oder bei Abwesenheit von Mitgliedern mit festem Sitz (bzw. ihrer Stellvertretungen) werden alle traktandierten Geschäfte beraten und über beschlussreife Geschäfte wird eine Konsultativabstimmung durchgeführt. Die verbindliche Beschlussfassung durch den Strategierat hat in diesen Fällen innert 14 Kalendertagen nach der Sitzung im Korrespondenzverfahren zu erfolgen.¹³⁰

79. Jedes Mitglied besitzt eine gewichtete Stimme. Für die Beschlussfassung zählen alle abgegebenen Stimmen. Enthaltungen werden nicht mitgezählt. Die Stimmen werden so gewichtet, dass die Mitglieder mit festem Sitz zusammen das gleiche Stimmgewicht haben wie die übrigen anwesenden Mitglieder zusammen. Einzelheiten sind im Organisationsreglement festgehalten. Ein Antrag ist angenommen, wenn er die Mehrheit der abgegebenen, gewichteten Stimmen auf sich vereinigt.¹³¹ Hierzu gilt unter anderem folgende Ausnahme: Für Anträge an die Gesamtheit NDV bzw. die VdV betreffend die Auflösung von Swissspass und Änderungen des Ue500 ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen gewichteten Stimmen erforderlich.¹³²

B.6.1.2.4 Kommissionen

80. Das Ue500 regelt die Arbeitsweise und Aufgabengebiete von drei Kommissionen.¹³³ Die Kommission Kundeninformation definiert, unter anderem basierend auf strategischen Vorgaben des Strategierates, verbindliche Standards für alle KTU.¹³⁴ Der Kommission Markt (nachfolgend: KoM) und der der Kommission Vertrieb (nachfolgend: KoV) obliegt die operative Verantwortung in den vom Ue500 erfassten Fachbereichen. Zu den Fachbereichen der KoM gehören Preis und Sortiment, Vermarktung, Einnahmenverteilung, Entschädigungsmodelle im Vertrieb. Der KoV sind die Fachbereiche Vertriebsprozesse, -services und -systeme, Zahlungsmittel, Einnahmensicherung, Clearing, Fahrausweiskontrolle zugeteilt.¹³⁵

B.6.1.2.5 Geschäftsstelle

81. Im Rahmen eines Mandatsvertrages des Strategierates führt der Verein ch-integral die Geschäftsstelle von Swissspass. Die Geschäftsstelle ist unabhängig von einzelnen TU und Verbänden. Die Geschäftsstelle erfüllt insbesondere folgende Aufgaben:¹³⁶

- administrative und fachliche Unterstützung der Organe;
- Koordination der Arbeit der Kommissionen und der Mandatsträger;
- Interaktion mit den Verwaltungen von Bund und Kantonen im Rahmen ihrer Kompetenzen;
- politischer und medialer Auftritt auf nationaler und regionaler Ebene im Auftrag des Strategierates;
- Leitung von Projekten mit dem Zweck der tarifarischen Integration zwischen Verbänden und NDV.

B.6.1.2.6 Mandate

82. Swissspass kann zur Ausübung gemeinsamer, operativer Aufgaben Mandate vergeben.¹³⁷

B.6.1.3 Grundlegende Tarifkompetenzen

B.6.1.3.1 Grundsatz

83. Gemäss Grundsatz zu den Tarifkompetenzen anerkennen die am Ue500 Teilnehmenden gegenseitig ihre grundlegenden Tarifkompetenzen im Bereich des DV gemäss Art. 16 PBG und Art. 56 VPB innerhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs. Gleichzeitig anerkennen sie, dass über den DV gemäss Art. 16 PBG hinaus gewisse Tarifvorgaben schweizweit einheitlich geregelt werden müssen, um die einfache, kundenfreundliche Nutzung des öV zu gewährleisten.

B.6.1.3.2 National festgelegte Tarifbestimmungen

84. Die Zuständigkeit für national festgelegte Tarifbestimmungen liegen beim Strategierat. Der Strategierat erlässt die Bestimmungen des NDV. Zudem erlässt der Strategierat für den NDV und die Verbünde geltende Tarif-Nebenbestimmungen und Standards.¹³⁸ Diese Zuständigkeit betrifft die Preisbildungsvorschriften und Preise im NDV (z. B. Anwendung von Strecken und/oder Zonentarifen mit entsprechenden Tarifstufen oder Preisdifferenzierungen im Zeitverlauf), das Sortiment im Einzelreiseverkehr (z. B. Einzelbillete oder Tageskarten), das Sortiment Pendlerverkehr und Stammkunden, die Bezeichnung von Artikeln (mit identischen tarifarischen Eigenschaften), die Abrechnungen und Entschädigungen gemeinwirtschaftlicher Aufgaben der Teilnehmenden sowie Einnahmen- und Kostenverteilung und die Marktbearbeitung für die Sortimente.¹³⁹

85. Zusätzlich zu den national festgelegten Tarifbestimmungen legt der Strategierat die gemeinsamen Tarif-Nebenbestimmungen fest. Tarif-Nebenbestimmungen sind die Bestimmungen in einem Tarif des öV, welche nicht das Sortiment, die Preisbildung (u. a. aufgrund von Strecken oder Tarifzonen respektive Tarifstufen sowie der zeitlichen Gültigkeit) und die Preise der Fahrausweise respektive der Fahrtberechtigungen betreffen.¹⁴⁰ Darüber hinaus definiert der Strategierat landesweit gültige Standards.¹⁴¹

¹³⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.4.3 Abs. 1.

¹³¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.4.3 Abs. 2 bis 4.

¹³² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.4.3 Abs. 5.

¹³³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.5.

¹³⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.5.1.

¹³⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.5.2 Abs. 1.

¹³⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.8 Abs. 1 und 2.

¹³⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.2.10 Abs. 1.

¹³⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.2.1.

¹³⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.2.2.1-4.2.2.6.

¹⁴⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.2.3 Abs. 1 und 2.

¹⁴¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.2.4 Abs. 1 Bst. f und h.

B.6.1.3.3 Regional festgelegte Tarifbestimmungen

86. Die Verbünde sind zuständig für ihren jeweiligen RDV.¹⁴² Im Rahmen ihres RDV legen die Verbünde Preisbildungs- und Preisverknüpfungsmechanismen sowie die entsprechenden Preise autonom fest. Insbesondere entscheiden die Verbünde zum Beispiel über die Anwendung eines Strecken- und/oder Zonentarifes mit entsprechenden Tarilstufen oder den Einsatz von Lokalnetzen oder Kurzstrecken.¹⁴³

87. Die Verbünde bestimmen im Rahmen ihres RDV auch über das Sortiment. Das Sortiment betrifft im Rahmen des RDV zum Beispiel den Einzelreiseverkehr, den Pendlerverkehr oder Stammkunden.¹⁴⁴

88. In ihrem Zuständigkeitsbereich bestimmen die Verbünde auch autonom über Abrechnungen sowie Kostenentschädigungen und betreiben die Marktbearbeitung der Sortimente.¹⁴⁵

B.6.1.4 Besondere Bestimmungen für den NDV

89. Die am NDV Teilnehmenden sichern sich gegenseitig eine enge partnerschaftliche Zusammenarbeit auf der Grundlage der Solidarität und der Wirtschaftlichkeit zu, mit dem Ziel, die Gesamtattraktivität des öV zu erhöhen; dies insbesondere in den Bereichen wie beispielsweise Preis- und Tarifgestaltung, Sortimentsgestaltung, Vermarktung, Marktforschung oder IT-Entwicklung.¹⁴⁶ Mit der Teilnahme an Tarifen des NDV anerkennen die Teilnahmeberechtigten die Bedingungen des Ue500 sowie der Vorschriften und der für sie relevanten Tarife des NDV.¹⁴⁷

B.6.1.5 Allgemeine Rechte und Pflichten der am NDV oder an einzelnen Tarifen des NDV Teilnehmenden

90. Die von den einzelnen Teilnehmenden getroffenen Massnahmen dürfen den Interessen des NDV nicht zuwiderlaufen. Massnahmen, die den Verkehrsanteil oder den Ertrag anderer Teilnehmenden beeinträchtigen, können nur nach gegenseitiger Absprache mit den entsprechenden Teilnehmenden getroffen werden.¹⁴⁸ Alle Teilnehmenden stellen eine den Bedürfnissen des Einzugsgebietes angemessene Verkaufsinfrastruktur einschliesslich Kundendienst sicher oder leisten daran einen angemessenen Beitrag.¹⁴⁹ Die Teilnehmenden beteiligen sich an den Kosten des NDV gemäss Ziff. 7.3 Ue500.¹⁵⁰

B.6.1.6 Weitere Bestimmungen der Zusammenarbeit innerhalb des NDV

B.6.1.6.1 Preisbildungsvorschriften

91. Zur Preisbildung sind bestimmte Regeln zu berücksichtigen. Zum Beispiel können die durchgehenden Fahrpreise durch Kilometeranstoss mit gemeinsamer Preistabelle oder durch Preisanstoss berechnet werden oder beim Tarif für Streckenabonnemente sind die Preise mit Kilometeranstoss und gemeinsamer Preistabelle zu berechnen.¹⁵¹

B.6.1.6.2 Entschädigungen

92. Die am NDV Teilnehmenden oder Dritte erhalten für ihre gemäss den in den Vorschriften 570 (nachfolgend: V570) definierten Kriterien erbrachten Beratungs- und

Serviceleistungen im Sinne eines Deckungsbeitrags eine Entschädigung an die Beratungs- und Serviceaufwände von bedienten Verkaufspunkten und qualifizierten Service-Center. Die genauen Bedingungen und Voraussetzungen dafür sind in der Vorschrift 512 (nachfolgend: V512) geregelt.¹⁵²

B.6.1.6.3 Einnahmenverteilung

93. Die Einnahmenverteilung richtet sich nach den Vorschriften 511. Sofern dazu Verteilschlüssel nötig werden, beteiligen sich die am NDV Teilnehmenden an deren Kosten im Verhältnis der Ertragsanteile, die sie aus diesem Schlüssel zugesprochen erhalten.¹⁵³

B.6.1.7 Gemeinsame Bestimmungen der an der Alliance SwissPass Teilnehmenden

B.6.1.7.1 Grundlegende Rechte der Teilnehmenden

94. Zu den grundlegenden Rechten der Teilnehmenden gehören zunächst eigene Initiativen und selbstständiges Handeln im Sinne der Fahrgäste wie auch zur Weiterentwicklung von Swisspass.¹⁵⁴ Weiter haben die an Swisspass Teilnehmenden das Recht zur Teilnahme an Gestaltungs-, Entwicklungs- und Entscheidungsprozessen im Rahmen der vorgesehenen Gremien.¹⁵⁵

B.6.1.7.2 Grundlegende Pflichten der Teilnehmenden¹⁵⁶

95. Die an Swisspass Teilnehmenden sind verpflichtet, die Beschlüsse der Organe einzuhalten.¹⁵⁷ Dann sind die Teilnehmenden verpflichtet, Vorschriften und Tarife einzuhalten wie beispielsweise die gemeinsamen Tarif-Nebenbestimmungen und Standards sowie weitere gemäss den Bestimmungen zur Anwendung gelangenden Tarife und Vorschriften.¹⁵⁸

96. Zu den Pflichten gehören auch die Beteiligung an den Kosten von Swisspass.¹⁵⁹ Schliesslich sind die Teilnehmenden verpflichtet, Änderungen, welche thematischen Bezug zu Swisspass haben, der Geschäftsstelle bekannt zu geben. Die Teilnehmenden tauschen gegenseitig wichtige Informationen aus.¹⁶⁰

¹⁴² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.3.1.

¹⁴³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.3.2.

¹⁴⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.3.3.1 und 4.3.3.2.

¹⁴⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 4.3.3.4 und 4.3.3.5.

¹⁴⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.1.

¹⁴⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.2.1.

¹⁴⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.3.1 Abs. 1.

¹⁴⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.3.3.1.

¹⁵⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.3.4.1.

¹⁵¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.4.1.

¹⁵² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.4.2.

¹⁵³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 5.4.3.

¹⁵⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.1.1.

¹⁵⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.1.2.

¹⁵⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.2.

¹⁵⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.2.1.

¹⁵⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.2.2 Abs. 1.

¹⁵⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.2.3.

¹⁶⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.2.4 Abs. 1.

B.6.1.7.3 Finanzierung

97. Die Teilnehmenden beteiligen sich an den Kosten der gemeinsamen Organisation sowie an den übrigen aus der Zusammenarbeit im Rahmen von Swisspass entstehenden Kosten. Wo dies mit vernünftigem Aufwand möglich ist, wird pro Kostenart ein verursachergerichteter Kostenschlüssel berechnet und angewendet. Im Übrigen richtet sich die Kostenverteilung nach der V512.¹⁶¹

B.6.1.7.4 Vertrieb

98. Der Verkauf von Fahrausweisen richtet sich nach den NOVA-NB. Soweit die an Swisspass Teilnehmenden Fahrausweise auf dem Papier des NDV ausgeben, haben sie die Bestimmungen des Pflichtenhefts Verkauf von Fahrausweisen des NDV sowie der V570 einzuhalten.¹⁶²

B.6.1.8 Anlage 1 Ue500: Organisationsreglement

B.6.1.8.1 Allgemeines

99. Ziel des Organisationsreglements (Organisationsreglement, OrgRegl Ue500) ist es, die Organisation der Zusammenarbeit und die Abstimmung zwischen den Organen des Ue500 im Detail zu regeln.¹⁶³

101. Die Hauptorganisation der gemeinsamen Führungsstruktur ist in folgender Abbildung 3 dargestellt.

B.6.1.8.2 Organisation

100. Gemäss Ue500 bestehen zum Zweck der Zusammenarbeit der am NDV Teilnehmenden und den Verbänden folgende Organe:¹⁶⁴

- Gesamtheit der am NDV Teilnehmenden;
- VdV;
- Strategierat;
- Kommissionen:
 - o KoM,
 - o KoV;
- Nationale Prüfgruppe Konsumkennzahlen NPK;
- Revisionsstelle;
- Geschäftsstelle mit den Geschäftsfeldern «öV», «NDV», «Verbünde»;
- Compliance & Governance Board;
- Mandatsträger;
- Arbeitsgruppen.

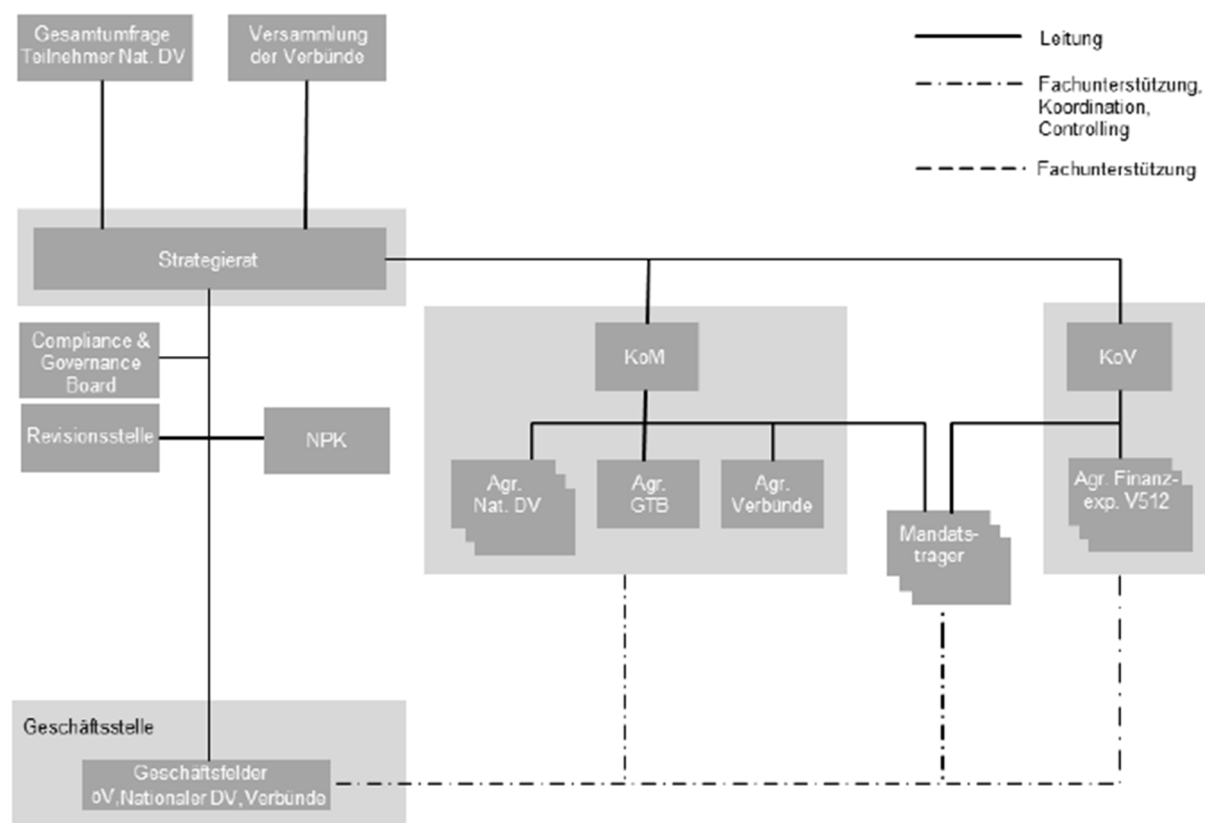


Abbildung 3: Hauptorganisation gemeinsame Führungsstruktur Swisspass¹

¹⁶¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.3.1.

¹⁶² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 7.4.

¹⁶³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 1 Abs. 1 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁶⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 2 Abs. 1 Anlage 1 (Organisationsreglement).

B.6.1.8.3 Zusammensetzung des Strategierates und der Kommissionen

102. Die Mitglieder des SR und gegebenenfalls ihre Stellvertretungen müssen für am Nationalen DV Teilnehmende tätig sein, welche mindestens am T654 (Halbtax) beteiligt und auch Mitglieder des Vereins ch-integral sind.¹⁶⁵

103. Am NDV Teilnehmende, welche die folgenden Anforderungen erfüllen, gelten als systemrelevant und haben deswegen Anrecht auf einen festen Sitz im Strategierat:¹⁶⁶

- a) sind in mindestens drei von vier Sparten tätig (Fernverkehr, Regionalverkehr, Ortsverkehr, touristischer Verkehr)
- b) und
 - i. betreiben ein Verkehrsangebot in mindestens 50 % der Kantone oder
 - ii. erzielen mindestens 500 Mio. Franken Tarifeinnahmen pro Jahr.

104. Für die Besetzung der nicht fest zugeteilten Strategierats-Sitze müssen zwingend und jederzeit folgende Mindestanforderungen kumulativ erfüllt werden:¹⁶⁷

- a) maximal zwei Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit Haupt-Einnahmenanteil (Verkehrseinnahmen) aus der Sparte Fernverkehr;
- b) mindestens zwei Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit Haupt-Einnahmenanteil (Verkehrseinnahmen) aus der Sparte Regionalverkehr;
- c) mindestens zwei Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit Haupt-Einnahmenanteil (Verkehrseinnahmen) aus der Sparte Ortsverkehr;
- d) mindestens eine bis maximal zwei Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit Haupt-Einnahmenanteil (Verkehrseinnahmen) aus der Sparte touristischen Verkehr;
- e) mindestens zwei Vertretungen von am NDV Teilnehmenden mit Hauptsitz in der lateinischsprachigen Schweiz;
- f) maximal eine Vertretung eines am NDV Teilnehmenden mit Haupt-Einnahmenanteil (von allen Verkehrseinnahmen) aus demselben Verbund;
- g) keine Vertretung einer am NDV teilnehmenden TU aus einem Verbund, welcher bereits durch eine eigene Verbund-Vertretung Einsitz hat und umgekehrt.

105. Sind mehrere am NDV Teilnehmende in Konzern-, Holding- oder Verkehrsverbundstrukturen organisiert, steht diesen maximal ein Sitz als Strategierats-Mitglied zu.¹⁶⁸

106. Weiter ist bei der Besetzung der Sitze eine angemessene Vertretung der folgenden Eigenschaften anzustreben:¹⁶⁹

- a) Am NDV Teilnehmende des Regional- und Ortsverkehrs aus Agglomerations- und Verbundgebieten;

- b) Am NDV Teilnehmende des Regionalverkehrs mit ausgeprägter touristischer Nutzung;
- c) Verschiedene Verkehrsträger (Schiene, Strasse, Bergbahnen/Schiff).

107. Folgende Institutionen delegieren jeweils eine Vertretung mit beratender Stimme in den Strategierat:¹⁷⁰

- d) BAV;
- e) KöV oder KKDöV;
- f) VöV;
- g) ch-integral (Vertretung der Geschäftsstelle).

108. Als besondere Funktionen übernehmen ein Mitglied des Strategierates eine Präsidiumsfunktion und ein Mitglied ein Vizepräsidiumsfunktion. Dem Präsidium obliegt die Leitung des Strategierates im Interesse von Swisspass. Es sorgt im Zusammenwirken mit der Geschäftsstelle für eine rechtzeitige Information des Strategierates über alle für dessen Tätigkeit erheblichen Aspekte. Das Präsidium vertritt den Strategierat sowohl innerhalb von Swisspass als auch gegen aussen und fungiert insbesondere als Bindeglied des Strategierates zur Geschäftsstelle sowie zu den am Ue500 Teilnehmenden.¹⁷¹

B.6.1.9 Anlage 2 Ue500: Pflichtenheft Strategierat

109. Zu den übergeordneten Aufgaben des Strategierates gehören Strategie und Planung:¹⁷²

- a) Oberleitung und Oberaufsicht von Swisspass;
- b) Festlegung der strategischen Stossrichtungen von Swisspass als Ganzes;
- c) Genehmigung der Jahresplanung, der Budgets und der Jahresrechnungen der Geschäftsstelle für die Geschäftsfelder «öV», «NDV» und «Verbünde»;
- d) Genehmigung der Mittelfristplanungen sämtlicher Mandate inkl. Geschäftsstelle.

¹⁶⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1 Abs. 1 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁶⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1.1 Abs. 1 Anlage 1 (Organisationsreglement). Zurzeit erfüllen die SBB, Postauto und der ZVV diese Anforderungen und verfügen daher über einen festen Sitz.

¹⁶⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1.2 Abs. 1 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁶⁸ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1.2 Abs. 2 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁶⁹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1.2 Abs. 3 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁷⁰ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.2 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁷¹ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.4 Anlage 1 (Organisationsreglement).

¹⁷² Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.1 Anlage 2 (Pflichtenheft Strategierat).

110. Im Rahmen der Organisation übernimmt der Strategierat:¹⁷³

- a) Vergabe des Mandats für die Führung der Geschäftsstelle mit den Geschäftsfeldern «VöV», «NDV» und «Verbünde» sowie Controlling der Geschäftsstelle;
- b) Erlass und Änderung der Pflichtenhefte der Kommissionen und der Geschäftsstelle;
- c) Unterbreiten von Wahlvorschlägen für Strategierat-Mitglieder ohne festen Sitz;
- d) Wahl und Abberufung der Mitglieder der Kommissionen;
- e) Abgabe einer Empfehlung bei der Wahl der Geschäftsführung des Vereins ch-integral;
- f) Antragstellung an die Gesamtheit der am NDV Teilnehmenden und die VdV betreffend Wahl der Mitglieder des Compliance & Governance Boards;
- g) Vergabe von Mandaten an Mandatsträger oder Dritte sowie Erlass und Änderung der entsprechenden Pflichtenhefte.

111. Die operativen Aufgaben sind:¹⁷⁴

- a) Vertretung von Swisspass gegenüber der Öffentlichkeit und anderen Anspruchsgruppen;
- b) Definition und Umsetzung von Massnahmen aufgrund von Empfehlungen des Compliance & Governance Boards;
- c) Koordination mit dem VöV.

B.6.1.10 Pflichtenhefte verschiedener Kommissionen und Einheiten von Swisspass

112. Wie für den Strategierat besteht ein Pflichtenheft für die KoM, für die KoV, für die NPK, für die Geschäftsstelle und für das Compliance & Governance Board.¹⁷⁵ Die Pflichtenhefte legen die Grundlagen der jeweiligen Kommission oder Einheit dar und regeln die Organisation und die Aufgaben.¹⁷⁶

113. Zudem regelt das Ue500 mit einem Pflichtenheft die Mandate, die Swisspass an Unternehmen und Organisationen erteilt.¹⁷⁷

B.7 NOVA-NB 3.2: NOVA-Nutzungsbedingungen Version 3.2

114. Erstes in der Widerspruchsmeldung gemeldetes Vorhaben ist die Einführung der NOVA-NB 3.2. Es handle sich gemäss Widerspruchsmeldung um neue Nutzungsbedingungen inkl. des Standardvertrags «Zugang NOVA-Plattform» für die von KTU sowie Verbünden entwickelte IT-Vertriebsinfrastruktur NOVA (vgl. Rz 2 f. und 7). Daher sind im Folgenden die NOVA-NB 3.2 in der Version vom 2. Dezember 2022 und der dazu gemeldete Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» dargestellt.

115. An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass die NOVA-NB 3.2 gemäss Widerspruchsmeldung für alle Vertrieber und Vermittler gelten (vgl. Rz 4).¹⁷⁸ Demgegenüber soll der Standardvertrag nur für Drittvermittler zur Anwendung gelangen (vgl. auch Rz 0). Die KTU und Verbünde

würden die Voraussetzungen für den Zugang zur NOVA-Plattform per se erfüllen.¹⁷⁹ Diese Hervorhebung ist insofern bedeutend, als dass die Widerspruchsmeldung und Swisspass in den NOVA-NB 3.2 (vgl. Rz 119) eine Unterscheidung zwischen Vertrieb und Vermittlung von öV-Tickets betonen. Die Widerspruchsmeldung und Swisspass bezeichnen die Herausgabe von öV-Tickets, bei denen die KTU die Transportleistung selber oder in Kombination mit mindestens einem weiteren KTU erbringen, als Vertrieb.¹⁸⁰ Hingegen bezeichnen die Widerspruchsmeldung und Swisspass die Herausgabe von öV-Tickets als Vermittlung, wenn das vermittelnde Unternehmen nicht an der Transportleistung beteiligt ist.¹⁸¹

B.7.1 Ziel und Zweck der NOVA-NB 3.2

116. Die NOVA-Plattform bündelt alle Daten, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen benötigt werden. Sie umfasst das gesamte Sortiment des NDV, der RDV (Verbünde) und einiger TU im internen Verkehr sowie alle für die korrekte Preisberechnung erforderlichen Daten und Algorithmen.¹⁸²

117. Die NOVA-NB 3.2 regeln die Rechte und Pflichten der Vermittler / Vertrieber im Zusammenhang mit der Vermittlung und dem Vertrieb des NOVA-Sortiments über die NOVA-Plattform und sind darauf ausgerichtet, die Einnahmen- und Qualitätssicherung zu gewährleisten (vgl. Rz 3).¹⁸³

B.7.2 Voraussetzungen für den Zugang zur NOVA-Plattform

118. Zur Anbindung an die NOVA-Plattform zugelassen sind die am Ue500 Teilnehmenden, die Betreiber einer Eisenbahninfrastruktur gemäss Schweizer Recht (nachfolgend Typ «TU / Verbünde») sowie juristische Personen (Unternehmen) ausserhalb der Branche (nachfolgend Typ «Dritte»).

¹⁷³ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.2 Anlage 2 (Pflichtenheft Strategierat).

¹⁷⁴ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 3.1.3 Anlage 2 (Pflichtenheft Strategierat).

¹⁷⁵ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 3 (Pflichtenheft Kommission Markt KoM) Ue500, Anlage 4 (Pflichtenheft Kommission Vertrieb KoV) Ue500, Anlage 7 (Pflichtenheft Pflichtenheft Nationale Prüfgruppe Konsumkennzahlen NPK) Ue500, Anlage 8 (Pflichtenheft der Revisionsstelle NDV) Ue500 und Anlage 9 (Pflichtenheft Geschäftsstelle) Ue500 und Anlage 10 (Pflichtenheft Compliance & Governance Board).

¹⁷⁶ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Ziff. 1 - 3 Anlage 3 (Pflichtenheft Kommission Markt), Ziff. 1 - 3 Anlage 4 (Pflichtenheft Kommission Vertrieb), Ziff. 1 - 3 Anlage 7 (Pflichtenheft Pflichtenheft Nationale Prüfgruppe Konsumkennzahlen NPK) Ue500, Ziff. 1 - 3 Anlage 8 (Pflichtenheft der Revisionsstelle NDV) Ue500, Ziff. 1 Anlage 9 (Pflichtenheft Geschäftsstelle) Ue500 und Ziff. 1, 2, 4 Anlage 10 (Pflichtenheft Compliance & Governance Board).

¹⁷⁷ Vgl. Ue500 2.9 (Fn 1), Anlage 11 (Pflichtenheft Mandate Alliance SwissPass).

¹⁷⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 124.

¹⁷⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 228 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 137 f.

¹⁸¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 45 und 139.

¹⁸² Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 1 Abs. 1 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 1 Abs. 2 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 2 Abs. 1 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

119. Der Vertrieb von Fahrausweisen ist vom Personenbeförderungsregal gemäss Art. 4 ff. PBG erfasst. Aus diesem Grund sind TU / Verbünde zum Vertrieb von Fahrausweisen berechtigt und verpflichtet. Dritte können ausschliesslich als Vermittler von Fahrausweisen tätig werden.¹⁸⁵

120. [...]

121. [...]

122. TU / Verbünde erfüllen die Voraussetzung für den Zugang zur NOVA-Plattform per se. Für Dritte ist die Unterzeichnung des Standardvertrags «Zugang NOVA-Plattform», in welchem die Voraussetzungen für die Anbindung an die NOVA-Plattform im Detail geregelt werden, Bedingung für die Zulassung.¹⁸⁶

B.7.3 Freigegebenes NOVA-Sortiment

123. [...]

124. [...]

B.7.4 Aufnahme und Einstellung der Vermittlungs- / Vertriebstätigkeit

B.7.4.1 Allgemeines

125. Die KTU sind gemäss Art. 16 PBG verpflichtet, den direkten Verkehr sicherzustellen. Zu diesem Zweck wurde die NOVA-Plattform geschaffen. [...]¹⁸⁷

126.-134. [...]

B.7.4.2 Aufnahme und Einstellung der Vertriebstätigkeit

135.-136. [...]

B.7.4.3 Aufnahme und Einstellung der Vermittlungstätigkeit

B.7.4.3.1 Aufnahme der Vermittlungstätigkeit

137.-138. [...]

B.7.4.3.2 Einstellung der Vermittlungstätigkeit

139. [...]

B.7.5 Pflichten der Vermittler / Vertreiber

B.7.5.1 Einhaltung der Tarife und Vorschriften

140.-142. [...]

B.7.5.2 Bezugspreise / Rabatte und Zuschläge / Preistransparenz

143.-145. [...]

B.7.5.3 Sicherstellung der Beratungs- und Serviceleistungen sowie des Service après-vente (SAV)

146.-147. [...]

B.7.5.4 Datennutzung in Onlineshops für SAV

148.-149. [...]

B.7.5.5 Einlieferung von Kundendaten

150.-155. [...]

B.7.5.6 Pflichtgemässe Bearbeitung der Kundendaten / Datenschutz

156. [...]

B.7.5.7 Abrechnung und Reporting

157.-160. [...]

B.7.6 Entschädigungen

161. [...]

B.7.7 Kosten

B.7.7.1 Anschlusskosten

162. [...]

B.7.7.2 Betriebskosten

B.7.7.2.1 Vermittler / Vertreiber Typ «TU / Verbünde»

163. [...]

B.7.7.2.2 Vermittler Typ «Dritte»

164. Dritte sind von der Pflicht, die Investitions- und Betriebskosten sowie Abschreibungen und Reinvestitionen anteilig mitzutragen, befreit, solange die Anzahl der vermittelten / vertriebenen Fahrausweise pro Kalenderjahr [...] nicht übersteigt. Wird dieser Schwellenwert überschritten, ist ein Nutzungsentgelt in der Höhe von [...] für das jeweilige Jahr geschuldet.¹⁸⁸

165. Von der vorstehenden Regelung nicht betroffen sind Kosten, die auf Seite der Dritten entstehen (z. B. aufgrund neuer Releases). Diese Kosten sind in jedem Fall durch die Dritten selbst zu tragen.¹⁸⁹

B.7.7.3 Rückbaukosten

166. [...]

B.7.8 Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»

167. Wie oben erläutert (vgl. Rz 122 und 125) erfüllen TU und Verbünde die Voraussetzung für den Zugang zur NOVA-Plattform per se. Für Dritte ist hingegen die Unterzeichnung des Standardvertrags «Zugang NOVA-Plattform», in welchem die Voraussetzungen für die Anbindung an die NOVA-Plattform im Detail geregelt werden, Bedingung für die Zulassung. [...] Der Standardvertrag regelt die Anbindung und Nutzung der NOVA-Plattform.¹⁹⁰ Unter anderem hält der Standardvertrag Nachfolgendes fest.

B.7.8.1 Präambel

168.-169. [...]

B.7.8.2 Vertragsgegenstand und Bestandteile

170.-171. [...]

¹⁸⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 2 Abs. 2 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 2 Abs. 5 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 4.1 Abs. 1 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 7.2.2 Abs. 1 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁸⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 7.2.2 Abs. 2 Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁹⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Titelblatt Beilage: Standardvertrag, Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

B.7.8.3 Keine Exklusivität

172. [...]

B.7.8.4 Finanzielles

B.7.8.4.1 Sicherheitsleistung¹⁹¹

173. Zur Sicherstellung sämtlicher Rechte und Forderungen [...] hat der Vermittler vor Vertragsunterzeichnung eine Sicherheitsleistung [...] beizubringen. [...]

174.-175. [...]

B.7.8.4.2 Entschädigungen für den Vermittler

176. [...]

B.7.8.4.3 Abrechnung und Saldierung

177.-179. [...]

B.8 öV-Provisionsmodell

180. Das öV-Provisionsmodell für den NDV ist gemäss Swisspass vom Strategierat von Swisspass zu Händen der KTU und Verbünde verabschiedet worden. Es sei als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts¹⁹² zwischen den KTU und Verbünden im NDV zu qualifizieren.¹⁹³ Das öV-Provisionsmodell soll bei der Vermittlung von öV-Tickets gelten (vgl. Rz 5).¹⁹⁴ Somit gelangt das öV-Provisionsmodell zur Anwendung, wenn das öV-Ticket-herausgebende Unternehmen nicht an der Transporterbringung beteiligt ist. Dies folgt aus der Betrachtungsweise gemäss dem Verständnis der Widerspruchsmeldung und von Swisspass bei ihrer strikten Unterscheidung zwischen Vermittlung und Vertrieb (vgl. auch Rz 115). Beim Vertrieb von öV-Tickets – das herausgebende KTU ist an der Transporterbringung beteiligt – gilt das öV-Provisionsmodell demnach nicht. Allerdings erweist sich die Widerspruchsmeldung diesbezüglich als widersprüchlich, da im Beispiel 4 auf Seite 23 der Widerspruchsmeldung die BLS der Zentralbahn eine Provision bezahlt. Mit anderen Worten bezahlt dabei das vertreibende leistungserbringende KTU dem nicht vertreibenden leistungserbringenden KTU eine Provision.¹⁹⁵

181. Gemäss Widerspruchsmeldung habe Swisspass das öV-Provisionsmodell für direkt an die NOVA-Plattform Angebundene verabschiedet. Dieses sei aufgrund des Widerspruchsverfahrens noch nicht in Kraft.¹⁹⁶ Zur Verabschiedung führt Swisspass im Rahmen eines späteren Auskunftsbegehens aus, das öV-Provisionsmodell sei bis anhin nur durch den Strategierat freigegeben worden. Dies ausschliesslich mit Blick auf die Widerspruchsmeldung zuhanden des WEKO-Sekretariats. Die Freigabe des öV-Provisionsmodells durch die Gesamtheit NDV, die VdV und das BAV stehe nach wie vor aus.¹⁹⁷

182. Zum Geltungsbereich des öV-Provisionsmodells führt die Widerspruchsmeldung aus, dass gemäss NOVA-NB 3.2 die Vermittler von öV-Tickets – unabhängig davon, ob es sich um Dritte oder um einen Verbund bzw. ein KTU handle – neu eine vom «Tarifeigener» festgelegte Provision erhalten sollten. Als «Tarifeigner» gelte die Instanz, welche gemäss Art. 15 Abs. 1 PBG die Tarifhoheit habe. Im NDV übten die KTU und Verbünde aufgrund ihrer gesetzlichen Kooperationspflicht die Tarifhoheit über Swisspass aus. Die gesetzlich vorge-

schriebene Kooperation diene der Sicherstellung des Direkten Verkehrs (Art. 17 Abs. 1 PBG).¹⁹⁸

183. Im Zusammenhang mit dem öV-Provisionsmodell ist der Widerspruchsmeldung zu entnehmen, dass die KTU und Verbünde bereits ein Entschädigungsmodell anwenden. Es handle sich dabei um ein für auf die digitale Welt angepasstes Entschädigungsmodell für Service und Beratungsaufwände (nachfolgend: EMNDV). Bei der Entwicklung des EMNDV sei es darum gegangen, physische (kostenintensive) Services und Beratungsaufwände angemessen zu vergüten. Das EMNDV sei seit 2020 in Kraft und bleibe auch nach Einführung des öV-Provisionsmodells als dessen Bestandteil anwendbar. [...] Die gültige EMNDV-Berechnung erfolge anhand der Vorschrift V512 «Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Entschädigungen und Vergütungen in der Alliance SwissPass» (nachfolgend: V512).¹⁹⁹ Die Vorschrift V512 regle die Verteilung gemeinsamer Kosten, welche direkt mit dem Vertrieb oder der Entschädigung entsprechender Aufwände zusammenhängen würden.²⁰⁰ Gemäss BAV regle die Vorschrift V512 Aspekte, die der Sicherstellung des NDAV dienten und sei daher vom BAV zu genehmigen bzw. wurde in der Vergangenheit vom BAV genehmigt.²⁰¹

184. Swisspass regle aufgrund der gesetzlichen Kooperationspflicht sämtliche Belange des NDV. Dies gelte auch für die Provisionsregeln für Vermittler. Die Vermittlung von öV-Tickets über eine indirekte NOVA-Anbindung, d. h. über ein Schnittstellenprodukt eines KTU oder Verbundes, sei vom öV-Provisionsmodell nicht erfasst.²⁰² [...]

185. Auf externe Vermittler, die indirekt über Schnittstellenprodukte der KTU (z. B. [...]) an die NOVA-Plattform angebunden seien, fänden die zwischen den Transportunternehmen (z. B. [...]) und dem jeweiligen externen Vermittler (Vermittlerkette) abgeschlossenen Verträge Anwendung. Die Inhalte solcher bilateralen Vereinbarungen über den indirekten Anschluss an die NOVA-Plattform seien vertraulich und innerhalb von Swisspass nicht zugänglich bzw. einsehbar.²⁰³

186. Ebenso wenig gelte das öV-Provisionsmodell im RDV und im internen Verkehr. Es sei somit kein einheitliches öV-Provisionsmodell für sämtliche über die NOVA-Plattform vertriebenen öV-Tickets vorgesehen. Dies liege insbesondere an der unterschiedlichen Finanzierung des NDV und RDV. Beim RDV finanzierten neben

¹⁹¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Ziff. 6.3, Beilage: Standardvertrag, Beilage 1 (NOVA-NB 3.2).

¹⁹² Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹⁹³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 307.

¹⁹⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 126.

¹⁹⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 115.

¹⁹⁶ Widerspruchsmeldung, Rz 86.

¹⁹⁷ Vgl. Angaben Swisspass (10.7.2024), Rz 35.

¹⁹⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 83 f.

¹⁹⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 105.

²⁰⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 119.

²⁰¹ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 9 und 17.

²⁰² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 85 ff.

²⁰³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 88.

dem Bund die Kantone und Gemeinden den öffentlichen Verkehr. Dementsprechend übten sie ihr Mitspracherecht aus. Dies auch bei den Provisionen, weil diese die Höhe von Abgeltungen mitbeeinflussen würden. KTU und Verbänden stehe es selbstverständlich frei, das öV-Provisionsmodell auch für ihren RDV oder internen Verkehr zu übernehmen.²⁰⁴

187. Das öV-Provisionsmodell diene letztlich der Sicherstellung des NDV. Die KTU seien im Bereich des NDV zur Zusammenarbeit verpflichtet (Art. 16 und 17 PBG). Die gesetzliche Kooperationspflicht schliesse die Festsetzung der Höhe von Tarifen und ihrer Struktur mit ein (Art. 16 Abs. 2 PBG).²⁰⁵

188. Mit dem öV-Provisionsmodell wolle die öV-Branche zudem ihren Beitrag zu der Zielvorgabe des BAV leisten, wonach stärkere Anreize für Drittvermittler geschaffen werden sollten, öV-Tickets zu vermitteln, um damit zusätzliche Reisende für den öffentlichen Verkehr zu gewinnen und letztlich eine maximale Auslastung der KTU sicherzustellen. Der Preisüberwacher habe es in seinem jüngsten Jahresbericht wie folgt formuliert: «Viele Zahler = tiefe Preise, wenig Zahler = hohe Preise. Das Wohl und Wehe des öV hängt also ganz wesentlich von der Nutzerzahl ab.»²⁰⁶

189.-209. [...]

210. Die Provisionen würden bei der Abrechnung über die NOVA-Plattform automatisch vom Betrag abgezogen, der dem leistungserbringenden KTU bzw. Verbund gutzuschreiben sei, und an den Vermittler weitergegeben. Die Provisionen seien damit unmittelbar an den Tarif geknüpft, der gemäss Art. 16 Abs. 2 PBG von den KTU und Verbänden gemeinsam festgelegt werden müsse. Es bestehe ein Junktim zwischen Tarif und Provisionen. Deshalb sei bei der Festlegung von Provisionen auch die Rentabilität der KTU und Verbände zu berücksichtigen.²⁰⁷

211. Zur Illustration der Funktionsweise des öV-Provisionsmodells enthält die Widerspruchsmeldung folgendes Beispiel:²⁰⁸ Der ZVV verkauft über seinen Webshop ein Billett für die Strecke zwischen den Haltestellen Langnau i.E. – Engelberg via Luzern. Die Transportdienstleistung auf dieser Strecke wird von der BLS und der Zentralbahn erbracht. Der ZVV vermittelt das öV-Ticket an den Reisenden stellvertretend für diese KTU. Den Tarif für diese Transportleistungen legt Swisspass im Rahmen der an sie delegierten Tarifkompetenz nach Art. 16 Abs. 2 PBG fest. Der gemeinsam festgesetzte Tarif lautet 18.50 Franken. Die Provision des ZVV als Vermittler wird auf Basis des gemeinsamen Tarifs von 18.50 Franken berechnet.

[...]

212. Bei einem Fahrausweis des NDV, wovon eine Teilstrecke im Gebiet eines Verbunds verlaufe, der das öV-Provisionsmodell nicht übernehme, und der durch einen Dritten vermittelt werde, handle es sich um ein Billett des NDV. Es würde damit eine Provision [...] an den Vermittler ausbezahlt. Hinzu komme, dass im NDV den Vermittlern mit dem öV-Provisionsmodell immer derselbe Prozentsatz an Provision ausbezahlt werde.²⁰⁹

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

213. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind daher alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten.²¹⁰

214. Das KG folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus funktionaler und wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.²¹¹

215. Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar.²¹² Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind.²¹³ Von Bedeutung ist dies namentlich in Konzernverhältnissen²¹⁴: Liegt ein Konzern vor, sind nicht die einzelnen Konzerngesellschaften als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu betrachten, sondern es gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen.²¹⁵

²⁰⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 89.

²⁰⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 90.

²⁰⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 91.

²⁰⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 112.

²⁰⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 113.

²⁰⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 115 f.

²¹⁰ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 36 f., DCC, m.w.H.

²¹¹ BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. auch RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 7 m.w.H.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 2 LCart N 21 f.

²¹² Vgl. etwa BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC; vgl. etwa ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz 298.

²¹³ BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 211), Art. 2 N 20 m.w.H.

²¹⁴ Vgl. etwa BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigroupe*; BGE 148 II 321 E. 6.2 f., *Flammarion*; BVGer, B-3882/2021 vom 16.2.2023 E. 9.3, *Obligation de renseigner*.

²¹⁵ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 48, DCC. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; BVGer, B-823/2016 vom 2.4.2020 E. 7.1.1 m.w.H., *Flügel und Klaviere*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3, *Nikon*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; zum Ganzen statt vieler auch PETER GEORG PICT, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Durey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023 (zit. AUTOR/IN in SIWR V/2), Rz A.33 ff.; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 211), Art. 2 N 31; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 113 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (Fn 211), Art. 2 LCart N 30 f.

216. Das Kartellrecht enthält keine eigene Definition des Konzernbegriffs.²¹⁶ Die Beurteilung nach KG stimmt mit derjenigen von Art. 963 Abs. 2 OR überein: Demnach kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie alternativ: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Insofern beschränkt sich Art. 963 Abs. 2 OR auf das sogenannte Kontrollprinzip, d. h., er verzichtet auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.²¹⁷ Auch gemäss Rechtsprechung zum KG ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.²¹⁸ Das Kontrollprinzip wird daher für die nachfolgende Prüfung zugrundegelegt.

217. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die NOVA-NB und das öV-Provisionsmodell. Bei den NOVA-NB und dem öV-Provisionsmodell handelt es sich um in der Widerspruchsmeldung gemeldete Verhaltensweisen (vgl. Rz 2).

C.1.1.1 Unternehmen in Bezug auf die NOVA-NB

218. Für die NOVA-NB ist aufgrund der Angaben der Widerspruchsmeldung darauf zu schliessen, dass nach

Genehmigung durch das BAV die Kompetenz zur Erlassung der NOVA-NB bei Swissspass liegt. Dies ergebe sich aus der gesetzlichen Kooperationspflicht, umgesetzt in der Branchenregelung Ue500, welche die Zusammenarbeit der KTU und Verbünde im direkten Verkehr nach Art. 16 i. V. m. Art. 17 PBG regle. Die NOVA-NB seien Teil des Ue500. Dabei habe der Strategierat die Oberleitung und Oberaufsicht von Swissspass und sei für deren strategische Führung verantwortlich.²¹⁹

219. Betreffend die KTU und die Verbünde ist vorliegend unbestritten, dass alle KTU und Verbünde Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen.²²⁰ In Bezug auf Swissspass vertritt die Widerspruchsmeldung die Ansicht, Swissspass sei kein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.²²¹ Daher verbleibt die Frage, ob Swissspass den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Mithin ist zu prüfen, ob sich Swissspass autonom am Wirtschaftsprozess beteiligt.

C.1.1.1.1 Organisation Swissspass

220. Zur autonomen Tätigkeit und damit den Kontrollverhältnissen bei Swissspass ist festzustellen, dass gemäss Ue500 zum Zweck der Zusammenarbeit der am NDV Teilnehmenden und den Verbünden verschiedene Organe bestehen (vgl. Rz 100 f.).

221. Gemäss Antwort auf das Auskunftsbegehren vom 3. Mai 2024 können Aufbau und Struktur von Swissspass folgendermassen dargestellt werden:

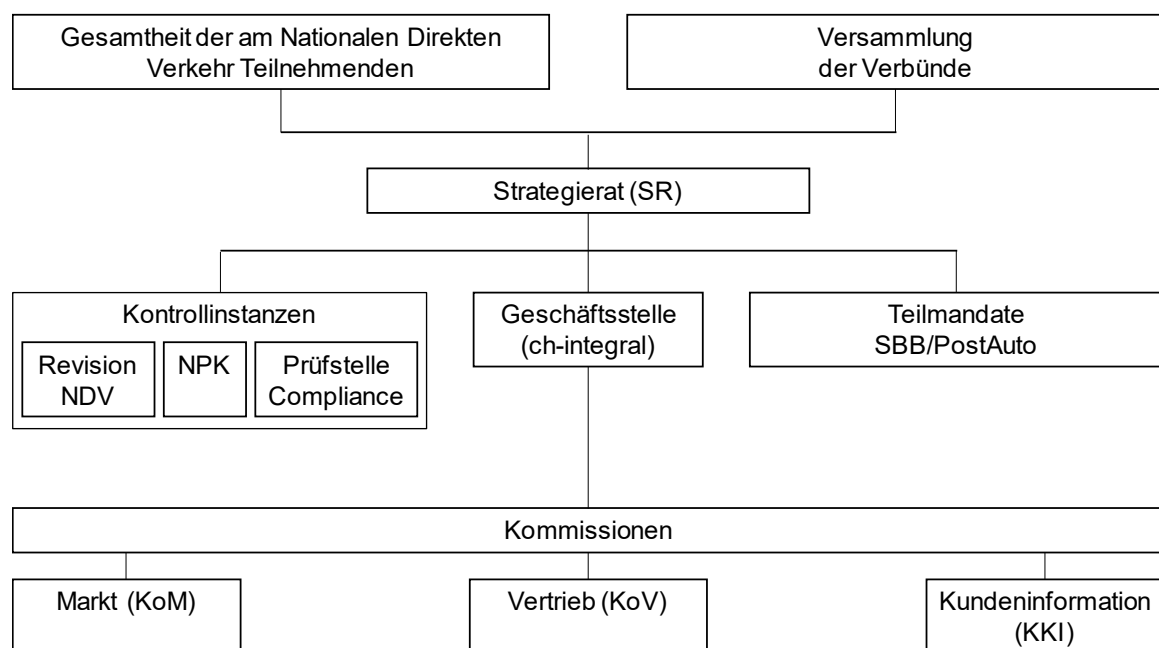


Abbildung 4: Aufbau und Struktur von Swissspass²²²

²¹⁶ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3 m.w.H., DCC.

²¹⁷ Botschaft vom 21.12.2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1723.

²¹⁸ BVerfG, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 44, DCC; offengelassen in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC.

²¹⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 7 ff.

²²⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 153 f.

²²¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 157 ff. und Angaben Swissspass (20.12.2024), Rz 14.

²²² Vgl. Angaben Swissspass (10.7.2024), Rz 2.

222. Allerdings sind die Darstellung der Organisation von Swisspass in Abbildung 3 (gemäss Ue500) und die Darstellung in Abbildung 4 (gemäss Swisspass) nicht völlig deckungsgleich. Die vorliegende Beurteilung stützt sich auf die Angaben im Ue500; zumal die Antworten von Swisspass auf das Ue500 verweisen.²²³

C.1.1.1.2 Beteiligung am Wirtschaftsprozess

223. Zur Beteiligung von Swisspass am Wirtschaftsprozess ist grundsätzlich festzustellen, dass Swisspass gemäss Ue500 die Dachorganisation für die Umsetzung des Ue500 ist, das wiederum die Grundlage der branchenweiten Zusammenarbeit von TU und Verbänden darstellt. Diese Zusammenarbeit gewährleistet über den direkten Verkehr gemäss Art. 16 und 17 PBG bzw. Art. 56 VPB hinaus, dass branchenweit mindestens einheitliche Tarifnebenbestimmungen und Standards zur Anwendung gelangten (vgl. Rz 59). Damit übernimmt Swisspass die Umsetzung des Ue500, was einer Dienstleistung an die KTU und Verbände gleichkommt.

224. Weiter kann Swisspass gemäss Ue500 zur Ausübung gemeinsamer, operativer Aufgaben Mandate vergeben (vgl. Rz 82). So besteht beispielsweise ein PostAuto-Mandat für den Betrieb sowie die Weiterentwicklung des zentralen Informationssystems «SynServ» zur Erfassung von Reisenden ohne bzw. mit teilgültigem Fahrausweis oder Swisspass vergibt ein Mandat zum Betrieb der NOVA-Plattform.²²⁴

225. Zudem gibt Swisspass die SwissPass-Karte heraus.²²⁵

226. Dann bietet Swisspass auf der SwissPass-Karte Zusatzdienstleistungen von Partnerfirmen an, welche die Kundinnen und Kunden über das Internetportal www.swisspass.ch buchen können. So können der Zugang zu PublikBike, SchweizMobil oder MobilityCarsharing sowie Skipässe von verschiedenen Schweizer Skidestinationen auf die Karte geladen werden.²²⁶

227. Schliesslich tritt Swisspass als Anbieterin der mittels der NOVA-Plattform erbrachten Dienstleistungen am Markt auf. Die NOVA-Plattform umfasst das gesamte Sortiment des NDV, der RDV (Verbünde) und einiger TU im internen Verkehr sowie alle für die korrekte Preisberechnung erforderlichen Daten und Algorithmen (vgl. Rz 116). Sie enthält und bündelt damit alle Daten, die für die Vermittlung und den Vertrieb von Fahrausweisen benötigt werden und stellt diese Daten (indirekt und künftig auch direkt; vgl. Rz 50 ff.) Dritten zur Verfügung, die im Bereich des Vertriebs und der Vermittlung von Fahrausweisen tätig sind.

228. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass sich Swisspass als Anbieterin von diversen Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt.

C.1.1.1.3 Autonomie von Swisspass

229. Angesichts der Struktur von Swisspass stellt sich die Frage, ob Swisspass sich autonom am Wirtschaftsprozess beteiligt oder durch ein oder mehrere andere Unternehmen kontrolliert wird.

230. Von den Organen übernimmt der Strategierat die Oberleitung und Oberaufsicht von Swisspass sowie de-

ren strategische Führung. Zu den Aufgaben des Strategierates gehören etwa die Bestimmung in den drei Geschäftsfeldern von Swisspass, Vertretung von Swisspass gegenüber der Öffentlichkeit und anderen Anspruchsgruppen, Antragsstellung an die Gesamtheit NDV und die VdV betreffend Geschäfte in deren Zuständigkeit sowie die Abgabe von Empfehlungen in verschiedener Hinsicht (vgl. Rz 74).

231. Gemäss Ue500 befinden die Gesamtheit NDV und die VdV über den Erlass und Änderungen der NOVA-NB. Dabei beschliessen die Gesamtheit NDV und die VdV jeweils separat. Der Beschluss kommt zustande, wenn beide Organe zugestimmt haben (vgl. Rz 65).

232. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insbesondere vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Entscheidend für das Vorliegen von gemeinsamer Kontrolle ist, dass keine wechselnden Koalitionen unter den Muttergesellschaften möglich sind. Wenn es in den Entscheidungsverfahren keine feste Mehrheit gibt und die Mehrheit von Fall zu Fall unter den Muttergesellschaften verschieden ausfallen kann, ist nicht davon auszugehen, dass die Muttergesellschaften das Zielunternehmen gemeinsam kontrollieren.²²⁷

233. Da wie erwähnt in Bezug auf den Erlass und Änderungen der NOVA-NB Einstimmigkeit zwischen der Gesamtheit NDV und der VdV erforderlich ist, kann grundsätzlich von gemeinsamer Kontrolle dieser beiden Organe ausgegangen werden. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Gesamtheit NDV oder die VdV als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten. Der Gesamtheit NDV und der VdV dürfte es daher an der Unternehmenseigenschaft fehlen, weshalb ihnen keine gemeinsame Kontrolle in zuvor beschriebenen Sinn zukommt.

234. Im Rahmen der Gesamtheit NDV erfolgt die Beschlussfassung auf Antrag des Strategierates (vgl. Rz 67). Es ist nicht ersichtlich, dass die Gesamtheit NDV ohne Antrag des Strategierats den Erlass oder eine Änderung der NOVA-NB beschliessen könnte. Ebenso wenig ergibt sich aus dem Ue500, dass die Gesamtheit NDV den Strategierat verpflichten könnte, ihr einen bestimmten Antrag oder überhaupt einen Antrag zu unterbreiten.

²²³ Vgl. Angaben Swisspass (10.7.2024), Rz 1.

²²⁴ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/ueberuns/Mandate-Alliance-SwissPass>> (2.7.2024).

²²⁵ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/informationen-ov-nutzende/SwissPass>> (30.7.2024).

²²⁶ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/informationen-ov-nutzende/SwissPass>> (4.7.2024).

²²⁷ Vgl. RPW 2024/1, 92 Rz 18 ff., *Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service*; RPW 2006/3, 480 Rz 37, *Atel - EOSH-Aktiven*; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.02.2009, Rz 80, welche auch für die Schweizer Praxis herangezogen werden kann (vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 471, 481 und 531).

235. Im Rahmen der der VdV können nur Beschlüsse zu traktandierten Themen gefasst werden (vgl. Rz 72). Aus dem Ue500 ist nicht gänzlich klar, wer die Traktandierung bestimmt. Es ist indes davon auszugehen, dass der Strategierat aufgrund seines Antragsrechts (vgl. Rz 74) zumindest Einfluss darauf hat.

236. Damit ist darauf zu schliessen, dass der Strategierat einen gewissen Einfluss auf die Beschlussfassung der Gesamtheit NDV und der VdV hat.

237. Kontrolle im kartellrechtlichen Sinn kann positiv oder negativ sein. Positiv ist sie, wenn die kontrollierende Einheit ihre Vorstellungen über die Strategie der kontrollierten Einheit nach ihren Wünschen bzw. ohne Zustimmung anderer durchsetzen kann. Negativ ist die Kontrolle, wenn die kontrollierende Einheit ihre Wünsche zwar nicht alleine durchsetzen kann, aber die wichtigen strategischen Entscheide der kontrollierten Einheit durch ihr Veto verhindern kann.²²⁸

238. Zwar kann der Strategierat nicht selbst den Erlass oder Änderungen der NOVA-NB beschliessen. Dem Strategierat kommt kein Vetorecht im Sinne des zuvor Beschriebenen zu. Ohne sein Zutun scheinen aber auch die anderen beiden Gremien keinen entsprechenden Beschluss fassen zu können. Insofern dürfte dem Antragsrecht eine mit einem Veto vergleichbare Stellung zukommen. Es kann damit grundsätzlich von negativer Kontrolle des Strategierats hinsichtlich des Erlasses oder der Änderungen der NOVA-NB ausgegangen werden.

239. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Strategierat selbst als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt. Wie der Gesamtheit NDV und der VdV fehlt es daher wohl auch dem Strategierat an der Unternehmenseigenschaft.

240. Es bleibt zu prüfen, ob die Gesamtheit NDV, die VdV oder der Strategierat ihrerseits von Unternehmen kontrolliert werden.

(i) Beschlussfassung Gesamtheit NDV

241. Ein Antrag ist von der Gesamtheit NDV angenommen, wenn ihm innert der gesetzten Frist 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als 2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Ertrags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen (vgl. Rz 69).

242. In der Gesamtheit NDV sind alle am NDV Teilnehmenden stimmberechtigt. Jede Stimmberechtigte verfügt über eine Stimme (vgl. Rz 68).

243. Es sind keine Vetorechte ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Beschlussfassung der Gesamtheit NDV wechselnde Koalitionen möglich sind. So kann beispielsweise auch ein grosses KTU wie die SBB überstimmt werden. Insgesamt ist daher die Gesamtheit NDV nicht als von einem oder mehreren Unternehmen kontrolliert anzusehen.

(ii) Beschlussfassung VdV

244. Ein Antrag ist vom VdV angenommen, wenn ihm 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als

2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Ertrags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen (vgl. Rz 73).

245. In der VdV sind derzeit 19 Verbünde stimmberechtigt. Jeder stimmberechtigte Verbund hat eine Stimme (vgl. Rz 72).

246. Es sind keine Vetorechte ersichtlich. Es ist auch hier davon auszugehen, dass hinsichtlich der Beschlussfassung wechselnde Koalitionen möglich sind. Auch die VdV ist daher nicht als kontrolliert im Sinne des Kartellgesetzes anzusehen.

(iii) Beschlussfassung Strategierat

247. Ein Antrag ist vom Strategierat angenommen, wenn er die Mehrheit der abgegebenen, gewichteten Stimmen auf sich vereinigt. Für Anträge an die Gesamtheit NDV und die VdV betreffend die Auflösung von Swisspass und Änderungen des Ue500 ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen gewichteten Stimmen erforderlich (vgl. Rz 79).

248. Jedes Mitglied besitzt eine gewichtete Stimme. Für die Beschlussfassung zählen alle abgegebenen Stimmen. Enthaltungen werden nicht mitgezählt. Die Stimmen werden so gewichtet, dass die Mitglieder mit festem Sitz zusammen das gleiche Stimmgewicht haben wie die übrigen anwesenden Mitglieder zusammen (vgl. Rz 79).

249. Der Strategierat besteht derzeit aus 11 Mitgliedern (vgl. Rz 76 f.). Zwar ist es denkbar, dass je nach Zusammensetzung aufgrund der Stimmengewichtung einem Mitglied faktisch ein Veto zukommt (bspw. wenn nur ein Mitglied ohne festen Sitz an der Abstimmung teilnimmt). Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass hinsichtlich der Beschlussfassung wechselnde Koalitionen möglich sind, weshalb der Strategierat nicht als kontrolliert im Sinne des Kartellgesetzes anzusehen ist.

C.1.1.1.4 Zwischenergebnis

250. Swisspass beteiligt sich als Anbieterin von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess. Swisspass wird dabei von keinem anderen Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes kontrolliert, da sich die Gremien beziehungsweise Organe nicht am Wirtschaftsprozess beteiligen oder in den Gremien bzw. Organen wechselnde Koalitionen möglich sind. Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit als konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG kann als erfüllt betrachtet werden. Es ist davon auszugehen, dass Swisspass in Bezug auf die NOVA-NB ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist.

²²⁸ Vgl. zum Ganzen: JACOBS/GIGER in SIWR V/2 (Fn 215), S. 324 ff.; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 215), Art. 4 Abs. 3 N 119 ff. und N 223 ff.; DIKE KG-SÜSLÜ (Fn 211), Art. 4 Abs. 3 N 79 ff.

C.1.1.2 Unternehmen in Bezug auf das öV-Provisionsmodell

251. Gemäss Widerspruchsmeldung regle Swisspass aufgrund der gesetzlichen Kooperationspflicht sämtliche Belange des NDV. Dies gelte auch für die Provisionsregeln für Vermittler (vgl. Rz 184). Das öV-Provisionsmodell für den NDV sei gemäss Widerspruchsmeldung vom Strategierat von Swisspass zu Händen der KTU und Verbände verabschiedet worden. Es sei als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts zwischen den KTU und Verbänden im NDV zu qualifizieren (vgl. Rz 180).

252. Somit hat zwar der Strategierat das öV-Provisionsmodell entwickelt und verabschiedet. Allerdings ist die Genehmigung durch die Gesamtheit NDV und die VdV ausstehend. Unabhängig davon sind es die an Swisspass angeschlossenen KTU und Verbände, die das öV-Provisionsmodell anwenden werden (vgl. Rz 180). Bei den KTU und Verbänden handelt es sich um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (vgl. Rz 219). So geht auch die Widerspruchsmeldung davon aus, dass es sich um eine Vereinbarung zwischen den KTU und Verbänden handelt (vgl. Rz 181).

C.1.1.3 Fazit persönlicher Geltungsbereich

253. Hinsichtlich der Verhaltensweise NOVA-NB ist Swisspass als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

254. In Bezug auf das öV-Provisionsmodell sind die KTU und Verbände als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

255. Auch gemäss Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ stellten sämtliche Organisationen, die zwar nicht selber Transportdienstleistungen erbringen, jedoch sonstige Angebote auf dem Gebiet des Personenverkehrs bereitstellen, indem sie solche Angebote koordinieren, Fahrpläne erarbeiten, Tarife festlegen oder Tickets vertreiben, ohne dabei hoheitlich aufzutreten, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Entsprechend seien die Organisation Swisspass (ehemals ch-direct), der Verband öffentlicher Verkehr VöV oder die Betreiberin der NOVA-Plattform ebenfalls geeignet, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zu erfüllen. Hinsichtlich der NOVA-Plattform selbst zeige sich die Teilnahme am Wirtschaftsprozess im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darin, dass diese Plattform Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb erbringe, indem sie die Preisdaten zusammen mit den dazugehörigen Fahrplandaten und allenfalls weiteren Vertriebs-, Betriebs- und auch Geodaten zusammenführe, aufbereite und in lesbarer Form zur Verfügung stelle. Insgesamt seien somit nebst den KTU auch alle weiteren Organisationen, die im Bereich des Personenverkehrs Dienstleistungen erbrächten, wie namentlich die Betreiberin der NOVA-Plattform, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.²²⁹

C.1.2 Sachlicher, örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

256. Der Geltungsbereich in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht ist jeweils gegeben und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

C.2.1 Allgemeines

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

258. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch «Die sichtbare Hand des Rechts» ersetzt wird, allerdings nur so weit, als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Insofern ist nicht nur zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, wieweit sie dies tun. Für die Beurteilung der Reichweite sind nur solche staatliche Regulierungen zu berücksichtigen, welche darauf abzielen, ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs zu korrigieren. Wann ein Marktversagen bzw. sozial unerwünschte Verteilungen vorliegen, bestimmt der Gesetzgeber. Entsprechend der Intention der Revision und des Wortlauts («soweit ... nicht zulassen») des Kartellgesetzes von 1995 ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Dasselbe ergibt sich entsprechend der Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und Art. 96 Abs. 1 BV²³⁰) auch aus dem Zweck und der verfassungskonformen Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KG. Ein Ausschluss ist deshalb nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt. Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG anwendbar. Die Reichweite des Ausschlusses von Wettbewerb ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln. Es ist zu prüfen, ob das Gesetz den Wettbewerb ausschliessen wollte. Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente eruierte Normsinn; es geht mithin um die Auslegung einer generell-abstrakten Norm, die für einen bestimmten Markt für Waren oder Leistungen möglicherweise Anwendung finden soll.²³¹

²²⁹ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 10 f.

²³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

²³¹ Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2, *Hors-Liste-Medikamente I*, m. w. H; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 7.1, *Supermédia*.

259. Der Kartellgesetzgeber hat bereits auf Gesetzesebene die vorbehaltenen Vorschriften mit zwei Beispielen konkretisiert: zum einen mit Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG); eine solche liegt dann vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften festgelegt werden; staatliche Markt- und Preisordnungen schliessen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig aus; zum anderen mit Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Entscheidend ist dabei, dass solchen Unternehmen durch rechtliche Vorschriften eine wettbewerbliche Sonderstellung zukommt. Besondere Rechte sind insbesondere staatliche Monopole und Regale.²³²

260. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 KG sind normtheoretisch zwei Arten von Normen zu unterscheiden: zum einen Normen, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen; es liegt eine klassische Normkollision vor; zum anderen Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d. h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen; es liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor. Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen (auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen sind Wettbewerb bzw. Modifikationen des Wettbewerbs [bis zum Ausschluss] vorgesehen), wenn also eine Normkollision vorliegt.²³³

261. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus. Sie haben demzufolge nicht eine preis- und wettbewerbsrechtliche Ordnung zum Regelungsgegenstand, sondern eine andere Ordnung (als Beispiel: BGE 137 II 199: Fernmelderecht neben Kartellrecht). Die Normen, welche zum KG hinzutreten, müssen deshalb nicht vorbehalten werden, da sie ohnehin unabhängig vom KG Anwendung finden. Da nur wettbewerbsmodifizierende Normen in Konflikt mit dem KG kommen können, muss nur zwischen diesen eine Lösung gefunden werden. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, welche zum KG hinzutreten, stellen insofern keine neue Kategorie der in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern sind Normen, welche parallel zum KG anwendbar sind und auch vollumfängliche Anwendbarkeit zwecks Erfüllung ihres Verfassungsauftrags (z. B. Gesundheitsschutz) erheischen. Auch wenn parallel anwendbare Normen nicht vorbehalten sind, ist es theoretisch nicht ausgeschlossen, dass diese «wettbewerbshindernd» sein können. Allerdings bilden die parallel anwendbaren Normen in der Regel die Rahmenordnung, innerhalb derer Wettbewerb stattzufinden hat. In jedem Fall wird die parallele Ordnung nicht vorbehalten; diese und das KG sind beide anwendbar und im Einzelfall ist zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können.²³⁴

262. Vorliegend sind die Vorschriften zum Personenbeförderungsregal (vgl. Abschnitt C.2.2), zur Tarifpflicht (vgl. Abschnitt C.2.3), zum direkten Verkehr (vgl. Abschnitt C.2.4), zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur (vgl. Abschnitt C.2.5) sowie zum bestellten Angebot im regionalen Personenverkehr (vgl. Abschnitt C.2.6) näher zu betrachten. U. a. im Zusammenhang mit der Frage nach vorbehaltenen Vorschriften liessen das BAV (Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ) sowie Swissspass (Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ) je ein Rechtsgutachten erstellen, auf welche nachfolgend jeweils eingegangen wird.

C.2.2 Personenbeförderungsregal

C.2.2.1 Allgemeines

263. Aufgrund von Art. 87 BV (Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger) und Art. 92 BV (Personenbeförderung als Teil des Postregals) verfügt der Bund über umfassende Kompetenzen im Bereich der Personenbeförderung. Nach Art. 4 PBG hat der Bund das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist (Personenbeförderungsregal). Der Bund kann Unternehmen Personenbeförderungskonzessionen erteilen (vgl. Art. 6 PBG).²³⁵

264. Das Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG) und das damit verbundene Konzessionssystem (Art. 6 PBG) begründen im Bereich der gewerbmässigen Personenbeförderung eine staatliche Marktordnung, die dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und damit dem freien wirtschaftlichen Wettbewerb entzogen ist. Entsprechend gelten Art. 4 i. V. m. Art. 6 PBG im Grundsatz als vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der regelmässigen und gewerbmässigen Personenbeförderung vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgeschlossen sind (vgl. Rz 258). Soweit das Personenbeförderungsrecht mit Bezug auf einzelne Bereiche der Personenbeförderung Wettbewerb zulässt oder gar fördert, bleibt auch das Kartellrecht anwendbar. Dies ist soweit unbestritten.²³⁶

265. Strittig ist hingegen die Frage nach der Tragweite des Personenbeförderungsregals, vor allem ob der Vertriebsmarkt vom Personenbeförderungsregal erfasst wird oder nicht. Die Widerspruchsmeldung und das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ gelangen dabei zum Schluss,

²³² Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.3.1, *Hors-Liste-Medikamente I*, m. w. H.

²³³ Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1, *Hors-Liste-Medikamente I*, m. w. H.

²³⁴ Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1, *Hors-Liste-Medikamente I*, m. w. H.; BVGer, B-807/2012, B-771/2012, B-880/2012 und B-829/2012 vom 25.6.2018 E. 4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

²³⁵ Vgl. BGer, 2C_230/2020 vom 25.3.2021 E. 4.1, m. w. H.

²³⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 168; Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 24 ff.; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 39, 42 ff.

²³⁷ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 186; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 93.

dass der gesamte Ticketvertrieb unter das Personenbeförderungsregal fällt.²³⁷ Gemäss der Widerspruchsmeldung ergibt es sich insgesamt aus dem Ziel der zweckmässigen und wirtschaftlichen landesweiten Verkehrsversorgung, der Tarifpflicht und den Bestimmungen über den Direkten Verkehr, dass der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal erfasst wird.²³⁸ Nicht unter das Personenbeförderungsregal falle dagegen die Vermittlung von öV-Tickets.²³⁹

266. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE vertritt demgegenüber die Ansicht, dass nur die Festlegung der Tarife und die für die Sicherstellung des Direkten Verkehrs erforderliche Koordination des Ticketvertriebs unter den KTU vorbehaltene Vorschriften darstellen, während im Übrigen in Bezug auf den Ticketvertrieb das Kartellgesetz zur Anwendung gelange.²⁴⁰ Bei der Frage nach der Tragweite des Personenbeförderungsregals sei der Vertrieb von öV-Tickets von der eigentlichen Personenbeförderung zu differenzieren. Der Vertrieb umfasse dabei insbesondere die Festsetzung der Ticketpreise, die Modalitäten des Ticketverkaufs wie Verkaufskanäle (Verkaufsstellen, online-Verkauf, Verkauf via Apps), Verkaufsstrategien (z. B. kombinierte Verkäufe wie Verkauf von Zugtickets und Konzerttickets) und Werbung. Zum Vertrieb zu zählen seien zudem Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb wie das Sammeln und Bereitstellen von vertriebsrelevanten Daten durch die NOVA-Plattform.²⁴¹

267. Um die Tragweite des Personenbeförderungsregals zu eruieren, sind die entsprechenden Gesetzesbestimmungen nachfolgend auszulegen.

C.2.2.2 Auslegung von Art. 1 und Art. 4 PBG (Personenbeförderungsregal)

C.2.2.2.1 Grammatikalische Auslegung

268. Art. 1 Abs. 2 PBG hält fest, dass das Personenbeförderungsregal die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser sowie mit Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln umfasst. In Art. 4 PBG wird sodann aufgeführt, dass der Bund das ausschliessliche Recht hat, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist. Die beiden Artikel nennen nur die Personenbeförderung an sich und äussern sich nicht ausdrücklich zum Vertrieb. Aus dem Wortlaut kann daher nicht geschlossen werden, dass der Ticketvertrieb vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird.

C.2.2.2.2 Systematische Auslegung

269. Gemäss Art. 19 Abs. 1 PBG verpflichtet sich das KTU mit dem Personentransportvertrag, Reisende gegen Entgelt zwischen bestimmten Stationen zu transportieren. Der Transportvertrag kommt mit anderen Worten zwischen dem oder den den fraglichen Transport ausführenden KTU und dem Endkunden zustande.²⁴² Im Fern-, Regional- und Ortsverkehr bieten die Unternehmen in der Regel der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener KTU führen, einen einzigen Transportvertrag an (Art. 16. Abs. 1 PBG). Sie erstellen

dafür gemeinsame Tarife und Fahrausweise (Art. 16. Abs. 1 PBG).

270. Da der Transportvertrag stets zwischen dem oder den transportierenden KTU und der zu transportierenden Person zustande kommt, ist ein Vertrieb im Sinne eines Wiederverkaufs ausgeschlossen. Ein Dritter kann nicht von einem KTU eine Transportleistung einkaufen und diese anschliessend an die zu transportierende Person weiterverkaufen. In Frage kommt diesfalls ausschliesslich eine Vermittlung des zwischen dem ausführenden KTU und dem Endkunden zustandekommenden Transportvertrags.

C.2.2.2.3 Historische Auslegung

271. In historischer Hinsicht weisen beide Gutachten darauf hin, dass die Materialien den Ticketvertrieb nicht thematisieren, da sich der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses des PBG der Frage nicht explizit bewusst gewesen sei, zumal erst aufgrund der technologischen Entwicklungen der letzten Jahre die Entkoppelung von Vertrieb und Personenbeförderung überhaupt möglich gewesen sei.²⁴³

272. In der Botschaft zum revidierten Personenbeförderungsgesetz wird nun aber immerhin explizit festgehalten, dass der Vertrieb von Angeboten des öV nicht unter das Personenbeförderungsregal falle. Dieses beschränke sich auf den eigentlichen Transport, weshalb beim Ticketvertrieb das Kartellgesetz grundsätzlich anwendbar sei.²⁴⁴

C.2.2.2.4 Teleologische Auslegung

273. In teleologischer Hinsicht sind gemäss beiden Gutachten in erster Linie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession heranzuziehen. Aus diesen ergebe sich, dass mit dem Personenbeförderungsregal eine möglichst zweckmässige und wirtschaftliche landesweite Verkehrsversorgung erreicht werden solle und zwar mit möglichst gering ausfallenden ungedeckten Kosten.²⁴⁵

274. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ spreche der Aspekt, dass ungedeckte Kosten, die aus dem Staatsbetrieb finanziert werden müssten, möglichst gering ausfallen sollten, dafür, dass das Personenbeförderungsregal den Vertrieb mitumfasse. Die KTU seien gemäss den bestehenden Regelungen verpflichtet, im Sinne des Reisenden Dienstleistungen zu erbringen – auch für andere Transportunternehmen (z. B. Pflicht, durchgehende Fahrausweise auszugeben). Diese kundenfreundliche Lösung habe ihren Preis und funktioniere

²³⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 169.

²³⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 187.

²⁴⁰ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 61.

²⁴¹ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 30.

²⁴² Zu diesem Schluss kommt auch Swisspass (vgl. Angaben Swisspass, 20.12.2024, Rz 38).

²⁴³ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 51.

²⁴⁴ Vgl. Botschaft Änderung PBG, 31 f. Ziff. 4.1.9.

²⁴⁵ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 34; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 53 ff.

solange beide Seiten die gleichen Leistungen erbringen müssten. Die Transportunternehmen würden beispielsweise gerne auf das Aufstellen von Billettautomaten an Kleinstbahnhöfen verzichten, wo täglich unter zehn Tickets verkauft würden. Sie seien aber verpflichtet, den Reisenden eine Kaufmöglichkeit mit den gesetzlichen Zahlungsmitteln anzubieten. Im Falle einer Öffnung des Vertriebs für Wiederverkäufer könnte ein «Cherry picking» entstehen: Einfache und lukrative Geschäftsfälle würden die Wiederverkäufer übernehmen (z. B. Online-Verkäufe oder via App), die aufwendigen, nicht lukrativen Prozesse wie Beratung, Service après-vente (z. B. Umbuchungen oder Rückerstattungen), Kundeninformation usw. müssten die KTU tragen. Dies führe zu höheren Kosten für die Transportunternehmen und letztlich auch für die Reisenden bzw. die öffentliche Hand. Bei der Vermittlung von öV-Tickets sei diese Gefahr nicht im gleichen Mass ersichtlich. Die Vermittler würden im Namen und auf Rechnung der konzessionierten Transportunternehmen und Verbünde tätig. Das bedeute auch, dass sie öV-Tickets nur stellvertretend und unter den Rahmenbedingungen, die ihnen von den KTU und Verbünden vorgegeben würden, an Reisende verkaufen könnten.²⁴⁶

275. Gemäss dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ habe ein frei zugänglicher Vertriebsmarkt demgegenüber vielmehr das Potenzial, dass insgesamt mehr Tickets verkauft und Verkehrsinfrastrukturen besser ausgelastet würden, was für die dem Personenbeförderungsregal zugrundeliegenden versorgungspolitischen Interessen förderlich wäre. Allerdings spreche die Zielsetzung der Wirtschaftlichkeit des Verkehrsangebots dafür, die Festlegung der Endverkaufspreise für öV-Tickets als Bestandteil des Monopols zu betrachten. Ein Preiswettbewerb im Bereich des Vertriebs von öV-Tickets könne dazu führen, dass die konzessionierten Verkehrsangebote nicht mehr wirtschaftlich im Sinne eines günstigen Verhältnisses von Kosten und Erträgen erbracht werden könnten. Der Gesetzgeber statuiere denn auch explizit in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG, dass die Tarife der Erzielung angemessener Erträge dienen müssten. Mit Blick auf die vom Personenbeförderungsregal verfolgte Zielsetzung wirtschaftlicher öffentlicher Verkehrsangebote sei somit zu schliessen, dass sich das Regal auf die Festsetzung der Ticketpreise erstrecke. Die Festlegung der Ticketpreise sei demnach mit der Personenbeförderungskonzession verknüpft. Abgesehen von der Preisfestsetzung gäbe es aus teleologischer Sicht hingegen keine Gründe, den Ticketvertrieb insgesamt, unter Einschluss der Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u. a.) sowie vertriebsbezogener Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) als Teil des Personenbeförderungsregals zu verstehen.²⁴⁷

276. Letzterer Ansicht ist vorliegend zu folgen. Insgesamt scheint es nicht erforderlich, dass der gesamte Vertrieb dem Personenbeförderungsregal unterstellt wird, sondern es genügt für eine zweckmässige und wirtschaftliche landesweite Verkehrsversorgung mit möglichst gering ausfallenden ungedeckten Kosten, wenn die Festlegung des Endverkaufspreises vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird. Die Pflicht bspw. physische Verkaufsstellen zu betreiben oder Bil-

lettautomaten aufzustellen ergibt sich weder direkt aus der Personenbeförderungskonzession noch aus der Tarifpflicht, sondern allenfalls aus den Vorschriften des direkten oder bestellten Verkehrs (vgl. dazu nachfolgend Abschnitte C.2.4 und C.2.6). Der Argumentation von MEINHARDT/SÜSLÜ kann damit in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Vom Resultat her dürfte es zudem unbestritten sein, dass Dritte nicht verpflichtet sind oder sein werden, physische Verkaufsstellen zu betreiben oder Billettautomaten aufzustellen. Das genannte «Cherry picking» findet demnach so oder so statt. Der Mehraufwand, den die KTU und Verbünde durch physische (kostenintensive) Services und Beratungsaufwände haben, wird zudem ohnehin über das EMNDV [...] abgegolten.²⁴⁸

277. Der Zweck des Personenbeförderungsregals erfordert somit insbesondere nicht die Mitumfassung der Vertriebsmodalitäten und vertriebsbezogenen Dienstleistungen wie insbesondere Sammlung und Zurverfügungstellung von Vertriebsdaten unter das Regal. Gerade die Daten bilden schliesslich die Basis von multimodalen Mobilitätsdienstleistungen, welche mit der zur Rede stehenden Gesetzesrevision angestrebt werden.²⁴⁹

C.2.2.2.5 Verfassungskonforme Auslegung

278. Gemäss DIEBOLD/RÜTSCHÉ stelle die Schaffung eines rechtlichen Monopols wie desjenigen in Art. 4 PBG einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 BV dar. Eine Auslegung, wonach der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal nicht erfasst sei, entspreche daher der Wirtschaftsfreiheit besser als eine extensive Interpretation des Regals. Zugleich existiere keine verfassungsrechtliche Bestimmung, die eine extensive Auslegung von Art. 4 PBG nahelegen würde. Nach der verfassungskonformen Auslegung von Art. 4 PBG sei der Ticketvertrieb – abgesehen von der Preisbildung – somit nicht zum Personenbeförderungsregal zu zählen.²⁵⁰ Das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ äussert sich hierzu nicht. Insgesamt kann den Ausführungen von DIEBOLD/RÜTSCHÉ zugestimmt werden. Dies entspricht auch dem Grundsatz, wonach sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, das Kartellgesetz anwendbar bleibt (vgl. Rz 258).

C.2.2.6 Gelebte Rechtspraxis

279. Gemäss DIEBOLD/RÜTSCHÉ hätten bereits heute verschiedene KTU nicht-konzessionierte Unternehmen zum Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets ermächtigt. Wenn der Vertrieb von öV-Tickets generell dem rechtlichen Monopol nach Art. 4 PBG zugeordnet wäre, so

²⁴⁶ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 171; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 53 ff.

²⁴⁷ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 34.

²⁴⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 133.

²⁴⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens Multimodale Mobilitätsdienstleistungen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 7. Dezember 2018 (Erläuternder Bericht UVEK), S. 2 und 6, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54975.pdf>> (6.11.2023).

²⁵⁰ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 36.

wäre auch das Vertriebsrecht inhärent mit der Personenbeförderungskonzession nach Art. 6 PBG verbunden und dürfte ohne Zustimmung des BAV nicht auf nicht-konzessionierte Personen übertragen werden (Art. 6 Abs. 4 PBG; Art. 18 VPB). Daher sei auch mit Blick auf die gelebte Praxis davon auszugehen, dass der Vertrieb von öV-Tickets nicht dem Personenbeförderungsregal nach Art. 4 PBG unterstehe und somit ohne Konzession frei zugänglich sei, soweit es nicht um die Festlegung der Ticketpreise gehe.²⁵¹

280. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ sehe das heutige öV-System keinen Vertrieb von öV-Tickets durch Wiederverkäufer vor. Die KTU und Verbünde würden ihre öV-Tickets entweder selber vertreiben oder sie seien als Vermittler tätig und würden stellvertretend für andere KTU und Verbünde öV-Tickets an Reisende verkaufen. Die KTU hätten verschiedentlich branchenfremde Unternehmen mit der Vermittlung von öV-Tickets beauftragt. Sie seien hierfür individuelle Verträge mit ausgewählten Kooperationspartnern eingegangen, welche die zu erbringenden Leistungen, Qualitätsstandards und Sortimente sowie Entschädigungen definieren würden. Beispiele dafür seien Stationshalter, Poststellen, Avec oder Migrolino Shops. Ferner gebe es Kooperationen mit Partnern im Ausland, bei denen diese die Vermarktungsaktivitäten für die Transportunternehmen wahrnehmen würden (v.a. bei touristischen Angeboten wie den Jungfraubahnen, der Matterhorn Gotthard Bahn oder der RhB). Entgegen dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE würde es sich bei diesen Kooperationen nicht um eine Übertragung der Konzession handeln. Die Kooperationspartner würden als Vermittler vielmehr im Namen und auf Rechnung der KTU tätig. Die gelebte Rechtspraxis, in der branchenfremde Unternehmen lediglich als Vermittler von öV-Tickets eingesetzt werden würden, lasse damit ohne Weiteres den Schluss zu, dass auch der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal erfasst sei. Umgekehrt sei die gelebte Rechtspraxis ein starkes Indiz dafür, dass die Vermittlung von öV-Tickets durch branchenfremde Unternehmen durch das Personenbeförderungsregal nicht ausgeschlossen sei.²⁵²

281. Insgesamt lässt sich damit in Bezug auf die gelebte Rechtspraxis festhalten, dass unbestrittenermassen bereits zum aktuellen Zeitpunkt und damit vor der mit dem vorliegenden Verfahren im Zusammenhang stehenden Gesetzesrevision öV-Tickets durch Dritte vertrieben werden. Dies allerdings ohne direkte Anbindung an die NOVA-Plattform. Ob dieser Vertrieb nun als Vertrieb oder als Vermittlung bezeichnet wird, spielt dabei für die vorliegende Beurteilung keine Rolle. Insgesamt kann zumindest festgehalten werden, dass die Vermittlung von Tickets durch Dritte (Fremdvertrieb) bereits unter dem geltenden Recht möglich ist.

C.2.2.2.7 Fazit

282. Als Fazit der Auslegung von Art. 4 PBG lässt sich damit festhalten, dass die genannte Bestimmung nur die Beförderung ausdrücklich dem Regal unterstellt. Der Verkauf von öV-Tickets wird dabei nicht erwähnt. Auch aus dem Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte von Art. 4 PBG sowie der gelebten Rechtspraxis ergeben sich keine Hinweise dafür, dass der gesamte

Vertrieb von öV-Tickets unter das Personenbeförderungsregal fällt. Vielmehr fallen – nebst der Beförderung an sich – lediglich jene Verhaltensweise unter das Personenbeförderungsregal und sind damit vom Kartellgesetz ausgenommen, welche die Festlegung der Ticketpreise betreffen (vgl. dazu auch nachfolgend Abschnitt C.2.3).

C.2.3 Auslegung Art. 15 PBG (Tarifpflicht)

283. Art. 15 PBG regelt die sog. Tarifpflicht. Absatz 1 hält dabei fest: «Die Unternehmen stellen für ihre Leistungen Tarife auf. Der Tarif nennt die Voraussetzungen, unter welchen ein bestimmter Preis für die Beförderung und damit zusammenhängende Leistungen zur Anwendung kommt.» Gemäss Absatz 2 richten sich die Tarife nach dem Umfang und der Qualität der Leistung und nach den Kosten des Angebots. Sie dienen der Erzielung angemessener Erträge. Die Tarife müssen sodann gegenüber allen gleich angewendet werden (Art. 15 Abs. 5 PBG).

284. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE führt zur Tarifpflicht aus, dass sich diese ausschliesslich an die KTU richte und die Tariffestsetzung damit Teil des Personenbeförderungsregals sei. Die in Art. 15 Abs. 2 PBG genannte Erzielung angemessener Tarife stehe im Bereich der Grundversorgung zudem im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, die ungedeckten Kosten zu minimieren. Die Tarifpflicht solle weiter verhindern, das Reisende ausgebeutet würden und sie solle auch eine Diskriminierung der Reisenden verhindern. So müssten gemäss Art. 15 Abs. 5 PBG die Tarife gegenüber allen Nutzern gleich angewendet werden und individuelle Ermässigungen seien grundsätzlich nicht zulässig. Das mit der Tarifpflicht einhergehende Diskriminierungsverbot schliesse indessen die Möglichkeit der TU nicht aus, verschiedene Angebote zu entwickeln und Vergünstigungen anzubieten. Tariffdifferenzierungen, etwa in Form von Halbtax-Abonnements, Sparbilleten, Kinderbilleten oder Aktionen (z. B. Snow'n'Rail) seien zulässig, soweit sie allen Reisenden unter gleichen Voraussetzungen offenstehen würden. Die Tarife und ihre Differenzierungen müssten dabei aufgrund des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 15 Abs. 5 PBG und im Sinne des verfassungsrechtlichen Gebots der Einheitlichkeit (Art. 92 Abs. 2 Satz 2 BV) von allen konzessionierten Transportunternehmen, die Tickets verkaufen, gleich angewendet werden. Damit schliesse die Tarifpflicht beim Verkauf von öV-Tickets an Kundinnen und Kunden einen eigentlichen Preiswettbewerb in Bezug auf die einzelnen Ticketangebote aus.²⁵³ Es handle sich somit um eine Regelung, die im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG eine

²⁵¹ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 37.

²⁵² Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 77 ff.

²⁵³ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 45 ff.

staatliche Markt- und Preisordnung begründe und dementsprechend als vorbehaltene Vorschriften zu qualifizieren sei. Demzufolge seien Abreden oder marktbeherrschende Verhaltensweisen konzessionierter Transportunternehmen in Bezug auf die Endverkaufspreise von öV-Tickets (Tarife) vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen.²⁵⁴

285. Zu diesem Schluss gelangt grundsätzlich auch das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ.²⁵⁵ Darüber hinaus würden aber auch zumindest Teile des Vertriebs in die Tarifhoheit fallen und damit vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sein. Oft werde der «Tarif» mit dem Preis gleichgesetzt. Unter dem Begriff «Tarif» seien gemäss dem BAV aber nicht nur die Ticketpreise, sondern auch die Bedingungen für die Transportausführung zu verstehen (Benutzungsvorschriften, Fahrausweissortiment, Geltungsdauer der Fahrausweise und Regelung der Rückerstattung usw.). Dabei enthalte der Tarif auch Elemente des Vertriebs. So definiere der Tarif zum Beispiel, wo Sortimente verkauft werden sollen und mache etwa Vorgaben zum Vertriebsprozess wie zum Beispiel in Bezug auf die Überprüfung von Kundendaten bei rabattierten Produkten oder in Bezug auf die Vorgaben zur Abrechnung, zum Ticketlayout und zu den Fahrausweismedien. Der Begriff Tarif umfasse daher auch Elemente des Vertriebs.²⁵⁶

286. Einigkeit zwischen den beiden Gutachten herrscht in Bezug auf die Tarifpflicht somit insofern, als dass zumindest die Festsetzung der Endverkaufspreise unter das Personenbeförderungsregal fällt und damit vom Anwendungsbereich des KG ausgenommen ist. Die beiden Gutachten vertreten jedoch unterschiedliche Ansichten darüber, ob und inwieweit der Vertrieb der öV-Tickets von der Tarifpflicht und damit vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird. MEINHARDT/SÜSLÜ machen geltend, dass «zumindest Teile des Vertriebs in die Tarifhoheit» fallen würden. Demgegenüber vertritt DIEBOLD/RÜTSCHKE die Ansicht, dass es abgesehen von der Preisfestsetzung aus teleologischer Sicht keine Gründe gäbe, den Ticketvertrieb insgesamt, unter Einschluss der Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u. a.) sowie vertriebsbezogener Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) als Teil des Personenbeförderungsregals zu verstehen.²⁵⁷

287. Aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 15 PBG ergibt sich grundsätzlich, dass die Begriffe «Tarif» und «Preis» im Sinne des PBG nicht genau gleichbedeutend sind. So umfasst der Begriff «Tarif» gemäss Abs. 1 neben dem Preis auch die «Voraussetzungen» und «Leistungen», damit ein bestimmter Preis zur Anwendung gelangt. In Art. 62 VPB wird sodann bspw. festgehalten, dass die Tarife (auch) regeln, welche Gegenstände als Handgepäck mitgenommen werden dürfen und somit welche mit der Beförderung zusammenhängende Leistung ebenfalls im gemäss Tarif zu bezahlenden Preis inbegriffen ist. Weiter wird in Art. 57 Abs. 2 VPB etwa festgehalten, dass die Tarife die Reisenden verpflichten können, ihre Fahrausweise zu entwerfen. Damit werden die Bedingungen für einen bestimmten Preis vorgegeben.

288. Der Begriff «Tarif» im Sinne von Art. 15. Abs. 1 PBG umfasst daher neben dem Preis auch die Leistun-

gen, die in diesem Preis inbegriffen sind und die Bedingungen, unter denen der Preis angewandt wird. Es deutet aber nichts darauf hin, dass der Begriff «Tarif» noch weiter zu fassen ist und insbesondere auch Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u. a.) und vertriebsbezogene Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) davon erfasst werden. Die genannten Ziele wie insbesondere Kostendeckung, Verhinderung von Ausbeutung und Diskriminierung werden auch dann erreicht, wenn das Personenbeförderungsregal den Vertrieb von öV-Tickets nicht mitumfasst, sondern nur die Festsetzung der Endverkaufspreise und damit einhergehend, welche Leistungen in diesem Preis inbegriffen sind und unter welchen Bedingungen er gewährt wird.

289. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE schliesst sodann aus dem Umstand, dass das Personenbeförderungsrecht einen Vertriebsmarkt nicht vollumfänglich ausschliesse, dass mit Blick auf die Preissetzung für öV-Tickets zwischen Endverkaufs- und Grosshandelspreisen unterschieden werden müsse. Mit Grosshandelspreisen seien im Bereich der Personenbeförderung die Preise gemeint, die allfällige Mobilitätsdienstleister ohne Konzession für den Kauf der öV-Tickets von den konzessionierten Transportunternehmen bezahlen würden. Bei den Endverkaufspreisen handle es sich um die Preise, welche die Kundinnen und Kunden für die Transportleistungen bezahlen müssten. Ein Preiswettbewerb würde die Ticketpreise soweit hinunterdrücken können, dass es den Transportunternehmen nicht mehr möglich wäre, angemessene Erträge zu erzielen (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG), um ihre Verkehrsangebote wirtschaftlich zu betreiben. Daraus folge, dass die Gestaltung der Endverkaufspreise Teil des Personenbeförderungsregals sein müsse.²⁵⁸

290. Die Gestaltung der Endverkaufspreise für öV-Tickets sei somit von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt. Daraus folge, dass Preisvorgaben oder Preisempfehlungen von Tarifeignern in Bezug auf den Ticketverkauf an Endkunden weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Markmacht darstellen würden, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre. Anders präsentiere sich die Situation in Bezug auf Grosshandelspreise, die konzessionierte Transportunternehmen von Drittanbietern für öV-Tickets verlangen würden. Dies würde durch das Personenbeförderungsregal nicht geregelt. Es sei auch kaum erforderlich, die Wirtschaftlichkeit des Personenbeförderungsangebots über Grosshandelspreise sicherzustellen. Ein Druck auf Grosshandelspreise für öV-Tickets und damit eine mögliche Gefährdung der wirtschaftlichen Leistungserbringung durch Transportunternehmen könnte sich höchstens dann ergeben, wenn

²⁵⁴ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 52.

²⁵⁵ Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 61.

²⁵⁶ Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 59 f. Vgl. auch Widerspruchsmeldung, Rz 58.

²⁵⁷ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 35.

²⁵⁸ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 56 f.

aussenstehende Mobilitätsvermittler bzw. Vertriebsplattformen eine gewisse Marktmacht entwickeln würden (wie etwa online-Buchungsplattformen im Bereich der Hotellerie). Dies sei jedoch insofern unwahrscheinlich, als der Wettbewerb im Markt für gewerbsmässige Personenbeförderung zwischen den Transportunternehmen aufgrund des Personenbeförderungsregals und der restriktiven Konzessionsvoraussetzungen stark eingeschränkt sei. Aufgrund der gezielten Nachfrage der Reisenden nach bestimmten Personenbeförderungsangeboten bestünden auch für die Nachfrager von öV-Tickets auf Grosshandelsebene keine Ausweichmöglichkeiten, so dass sich auf den Grosshandelspreis kaum Wettbewerbsdruck entfalten werde. Wenn beispielsweise eine Kundin bei Mobilitätsvermittlern ein Ticket für die Fahrstrecke Bern-Zürich nachfragt, so könnten die Mobilitätsvermittler mangels alternativer Bezugsquellen kaum Druck auf den Grosshandelspreis der SBB ausüben. Die Preisgestaltungsfreiheit der Transportunternehmen auf Grosshandelsebene werde im Übrigen auch durch die Vorschriften über die Tarifpflicht (Art. 15 PBG) und den Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) nicht eingeschränkt; diese Vorschriften würden sich aufgrund ihres Wortlauts und mit Blick auf ihre Zielsetzungen ausschliesslich auf Endverkaufspreise beziehen. Dies führe im Ergebnis dazu, dass die konzessionierten Transportunternehmen ihre Grosshandelspreise frei bestimmen und Mobilitätsvermittlern öV-Tickets zu tieferen Preisen als solchen auf dem Endkundenmarkt verkaufen müssten. Tiefere Grosshandelspreise könnten betriebswirtschaftlich insbesondere dadurch gerechtfertigt sein, dass Transportunternehmen durch den Drittvertrieb eigene Vertriebskosten einsparen würden. Zugleich werde den Mobilitätsvermittlern dadurch ermöglicht, auf dem Endverkaufspreis eine Gewinnmarge zu erzielen. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften zu den Grosshandelspreisen untersteht deren Bildung folglich dem Kartellgesetz.²⁵⁹

291. Swisspass wie auch das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ führen demgegenüber aus, dass kein Grosshandelsmarkt existiere. Die Tatsache, dass der Vertrieb von öV-Tickets unter das Personenbeförderungsregal falle, habe zur Folge, dass nur KTU öV-Tickets in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an Reisende vertreiben dürften. Das Personenbeförderungsregal schliesse damit einen Vertrieb von öV-Tickets durch Wiederverkäufer und damit auch einen Grosshandelsmarkt für öV-Tickets aus. Selbst wenn aber das Kartellgesetz auf den Vertrieb anwendbar wäre, so könnten durch das Kartellgesetz die KTU nicht verpflichtet werden, ihr gesamtes Vertriebssystem zu ändern und einen Grosshandel einzuführen.²⁶⁰

292. Für die Klärung der Frage, ob ein Grosshandelsmarkt für öV-Tickets existiert, ist zunächst ein Blick auf die gesetzliche Konzeption des Transportvertrages zu richten. Gemäss Art. 19 Abs 1 PBG verpflichtet sich ein KTU mit dem Personentransportvertrag, Reisende gegen Entgelt zwischen bestimmten Stationen zu transportieren. Der Transportvertrag kommt mit anderen Worten stets zwischen dem oder den transportierenden KTU und dem Reisenden zustande (vgl. Rz 269 f.). Die Transportpflicht des KTU ergibt sich indes nicht allein aus dem Transportvertrag, sondern stellt eine Grund-

pflcht der KTU dar. So bestimmt Art. 12 Abs. 1 PBG: Die Unternehmen führen jeden Transport aus, wenn: a. die reisende oder absendende Person die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält; b. der Transport mit dem Personal und mit den Transportmitteln möglich ist, die zur Bewältigung des normalen Verkehrs ausreichen; c. der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, die das Unternehmen nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden kann.

293. Gemäss Art. 57 Abs. 1 PBV müssen die Reisenden gültige Fahrausweise besitzen. Sie müssen sie für die Dauer der Fahrt aufbewahren und auf Verlangen den Kontrollberechtigten vorweisen. Es stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis zwischen Fahrausweis und Transportpflicht bzw. der Rechtsnatur der Fahrausweise.

294. Die Rechtsnatur bzw. der Inhalt des Fahrausweises werden weder im PBG noch in der PBV definiert. Aus Art. 57 Abs. 1 PBV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 PBG und Art. 19 Abs. 1 PBG ergibt sich aber, dass der Fahrausweis dazu dient, den Nachweis des Reisenden über die Einhaltung der Tarifbestimmungen (Art. 12 Abs. 1 PBG) bzw. die Bezahlung eines Entgeltes (Art. 19 Abs 1 PBG) zu erbringen. Der Fahrausweis hat mit anderen Worten in erster Linie Beweisfunktion.²⁶¹ Es kann sich in der Folge die Frage stellen, ob es sich beim Fahrausweis um ein Wertpapier im Sinne von Art. 965 ff. OR handelt. Nach Art. 965 OR ist ein Wertpapier jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann. Wesensmerkmal des Wertpapiers ist, dass der Schuldner aus einem Wertpapier nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet ist (Art. 966 Abs. 1 OR).

295. Die Transportpflicht gemäss Art. 12 Abs. 1 PBG und Art. 19 Abs. 1 PBG ist nicht an die Aushändigung einer Urkunde geknüpft. Daran ändert auch nichts, dass gemäss Art. 57 Abs. 1 PBV die Reisenden gültige Fahrausweise mit sich führen müssen. So geht aus Art. 20 Abs. 1 PBG hervor, dass das KTU der Transportpflicht auch dann nachzukommen hat, wenn der Reisende keinen gültigen Fahrausweis vorweisen kann, sofern jener seine Identität ausweist sowie den Fahrpreis und einen Zuschlag bezahlt oder eine entsprechende Sicherheit leistet. Ein Ausschluss von der Weiterfahrt ist erst möglich, wenn weder Fahrpreis und Zuschlag bezahlt noch eine entsprechende Sicherheit geleistet wird.

296. Gleichwohl wird in der Literatur – in erster Linie aus praktischen Überlegungen – postuliert, den Fahrausweis als Wertpapier, genauer als Inhaberpapier, zu qualifizieren. So genüge das blosses Vorweisen des Billetts als Nachweis des Beförderungsanspruchs. Der Beförderer dürfe die (sich aus dem Transportvertrag ergebende) Berechtigung des Passagiers nicht nachprüfen. Eine

²⁵⁹ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 58 ff.

²⁶⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 188 ff.; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 108 ff.

²⁶¹ Vgl. MICHAEL HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag – Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, 2015, Rz 410.

Prüfung der Berechtigung sei im Massenverkehr praktisch auch kaum möglich. Gehe der Fahrausweis verloren oder werde er zerstört, sei aufgrund des geringen Werts und der fehlenden Individualisierbarkeit von einer Kraftloserklärung abzusehen. Der Beförderer sei nicht verpflichtet, ein Ersatzdokument auszustellen; denn er wäre nicht in der Lage zu überprüfen, ob ein Dritter den Fahrausweis finde und verwende.²⁶²

297. Soweit der Fahrausweis kein Wertpapier darstellt, kann grundsätzlich nur der Reisende (oder dessen Stellvertreter i. S. von Art. 32 ff. OR) einen Fahrausweis erwerben. Zwar können Fahrausweise übertragen werden, sofern sie nicht auf den Namen des Reisenden lauten (vgl. Art. 57 Abs. 3 PBV, e contrario). Ein Dritter, der nicht Reisender ist, könnte aber diesfalls keinen Fahrausweis von einem KTU erwerben. Ein vom Transportvertrag losgelöster Erwerb eines Fahrausweises mit der Möglichkeit des Wiederverkaufs existiert folglich in dieser Situation nicht. Die Tickets können daher von Dritten, welche nicht selbst die Transportleistung in Anspruch nehmen wollen (abgesehen von Fällen der Stellvertretung), bloss vermittelt werden.

298. Ist der Fahrausweis demgegenüber als Wertpapier zu qualifizieren, steht einem Erwerb durch einen nicht-reisewilligen Dritten grundsätzlich nichts entgegen. Ebenso wenig ist der Dritte daran gehindert, den Fahrausweis weiterzuverkaufen. Auch hindert den Dritten diesfalls nichts daran, den Fahrausweis zu einem höheren Preis weiter zu verkaufen, als er ihn eingekauft hat. Tatsächlich wird aber kaum jemand bereit sein, einen über den ordentlichen Tarif gemäss Art. 15 PBG hinausgehenden Preis zu bezahlen. Andererseits ist das KTU beim «Erstverkauf» an den Tarif gemäss Art. 15 PBG gebunden. Damit verbliebe bei einem Wiederverkäufer faktisch keine Marge.

299. Je nach Qualifikation des Fahrausweises als Wertpapier erscheint daher die Existenz eines Grosshandelsmarkts für öV-Tickets nicht als per se ausgeschlossen. Eine abschliessende Beurteilung kann indes offenbleiben, zumal selbst wenn ein Wiederverkauf eines öV-Tickets möglich wäre, dieser faktisch nur zum vom Tarif vorgegebenen Preis möglich wäre. Vor diesem Hintergrund dürfte ein allenfalls theoretisch existierender Grosshandelsmarkt nicht von Relevanz sein. Für die Zwecke der vorliegenden Analyse ist einzig von einem Markt für Vermittlungsdienstleistungen auszugehen (vgl. Abschnitt C.3).

300. Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die Tarifpflicht lediglich auf die Preissetzung und die damit direkt verbundenen Leistungen und Bedingungen bezieht. Ob solche direkt verbundene Leistungen und Bedingungen vorliegen, ist einzelfallweise zu beurteilen. Unter das Personenbeförderungsregal fällt somit auf jeden Fall die Festsetzung der Endverkaufspreise.

C.2.4 Auslegung Art. 16 und 17 PBG (Besondere Rechte und Pflichten von Transportunternehmen beim Direkten Verkehr)

301. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PBG bieten im Fern-, Regional- und Ortsverkehr die Unternehmen in der Regel der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, einen einzigen Trans-

portvertrag an (sog. Direkter Verkehr). Im gestützt auf Art. 28 Abs. 1 PBG bestellten regionalen Personenverkehr (vgl. dazu Abschnitt C.2.6) sowie im Fernverkehr müssen die Unternehmen Direkten Verkehr anbieten (Art. 56 Abs. 2 PBG). Die Unternehmen erstellen für den Direkten Verkehr gemeinsame Tarife und Fahrausweise (Art. 16 Abs. 2 PBG). Zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs regeln die Unternehmen gemäss Art. 17 Abs. 1 PBG ihre gegenseitigen Beziehungen. Der Direkte Verkehr wird somit mittels Branchenübereinkommen umgesetzt. Der Gesetzgeber bestimmt teilweise selbst, was Gegenstand der Übereinkommen ist (Art. 17 Abs. 1 Bst. –e PBG), und verpflichtet im Übrigen die Transportunternehmen, die Bereiche der Zusammenarbeit festzulegen (Bst. a). Die Transportunternehmen haben ihre Zusammenarbeit gemäss Widerspruchsmeldung auch auf den Ticketvertrieb erstreckt. Ein Beispiel der Zusammenarbeit der Transportunternehmen im Bereich des Ticketvertriebs sei die Entwicklung der NOVA-Plattform.²⁶³ Aufgrund der gesetzlichen Kooperationspflicht im Nationalen Direkten Verkehr seien sodann alle Transportunternehmen im abgeltungsberechtigten Personenverkehr mit Erschliessungsfunktion gestützt auf Art. 17 Abs. 1 PBG zu einer Mitgliedschaft in Swisspass verpflichtet.²⁶⁴

302. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ schliesse die gesetzliche Kooperationspflicht gemäss Art. 16 und 17 PBG die Festsetzung der Tarife sowie den Ticketvertrieb mit ein. Einen freien Markt für den Vertrieb von öV-Tickets gebe es aufgrund der Vorschriften im Rahmen des Direkten Verkehrs nicht. Gemäss UVEK hätten öV-Unternehmen aufgrund der Tarifhoheit und des Direkten Verkehrs eine «implizite Vertriebspflicht». Die Regelungen zum Direkten Verkehr würden sich gezielt gegen den Wettbewerb richten, um die Sicherstellung des Direkten Verkehrs und seiner Ziele zu gewährleisten. Es gebe im Vertriebsmarkt keinen Leistungs- oder Qualitätswettbewerb zwischen den konzessionierten Transportunternehmen. Es bestehe vielmehr eine Art «Zwangskartell». Die Regelungen des Direkten Verkehrs würden damit eine staatliche Markt- und Preisordnung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen. Somit seien nicht nur Abreden zwischen konzessionierten Transportunternehmen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen, sondern auch der Vertrieb selbst, die Vertriebsmodalitäten sowie vertriebsbezogene Dienstleistungen wie das Sammeln und Bereitstellen von Vertriebsdaten.²⁶⁵

303. Demgegenüber vertreten DIEBOLD/RÜTSCHKE die Ansicht, dass die vorliegende Konstellation an sich geeignet sei, im Vertriebsmarkt einen Leistungs- und Qualitätswettbewerb zwischen den Transportunternehmen zu ermöglichen. Denn die Gewährleistung des Direkten

²⁶² Vgl. HOCHSTRASSER (Fn 261), Rz 412.

²⁶³ Vgl. zum Ganzen auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 49 f.

²⁶⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Fn 9.

²⁶⁵ Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), R 64 f; Widerspruchsmeldung, Rz 178.

Verkehrs setze voraus, dass sich die konzessionierten Transportunternehmen gegenseitig das Vertriebsrecht einräumen würden. Der Direkte Verkehr habe damit zur Folge, dass bestimmte Tickets für bestimmte Fahrstrecken eines Transportunternehmens auch bei allen anderen Transportunternehmen erworben werden können. Lediglich der Wettbewerb auf dem Endverkaufspreis sei aufgrund des Verbots der Preisdifferenzierungen ausgeschlossen.²⁶⁶

304. Das BAV führt im Rahmen der Amtshilfe aus, sowohl aus Art. 17 Abs. 1 PBG als auch aus Art. 18 Abs. 1 Bst. a PBG ergebe sich eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit der KTU, welche einen Direkten Verkehr anbieten würden.²⁶⁷ Zur Formulierung «Sicherstellung des direkten Verkehrs» in Art. 17 Abs. 1 PBG führt das BAV aus, die Transportunternehmen müssten sicherstellen, dass die öV-Kundschaft die Fahrausweise über mehrere Transportunternehmen hinweg kaufen könne und sich somit entsprechend organisieren.²⁶⁸ Die Bereiche der Zusammenarbeit gemäss Art. 17 Abs. 1 Bst. a PBG seien auf Gesetzesstufe nicht weiter definiert. Auch das BAV mache diesbezüglich keine Vorgaben. Die Transportunternehmen müssten sich selbst organisieren. Die Grundlage der branchenweiten Zusammenarbeit von TU und Verbänden bilde das Ue500.²⁶⁹ Die Liste betreffend Umfang der Zusammenarbeit in Art. 17 Abs. 1 PBG sei nicht abschliessend.²⁷⁰

305. Zur Frage des Sekretariats, ob Art. 17 Abs. 1 PBG eine einheitliche Vereinbarung vorschreibt, die für alle am Direkten Verkehr Teilnehmenden gleichermassen gilt, führt das BAV aus, aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergebe sich, dass eine einzige Vereinbarung insoweit erforderlich sei, als unterschiedliche Vereinbarungen ungeeignet wären, um den Direkten Verkehr sicherzustellen.²⁷¹

306. Art. 17 PBG verpflichtet die KTU demnach zur Zusammenarbeit, soweit sie zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs notwendig ist. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die KTU haben vorliegend indes aufgrund von Art. 17 PBG gar keine Wahl, ob sie sich koordinieren wollen oder nicht. D. h. eine Nicht-Koordination steht als Handlungsmöglichkeit gar nicht zur Verfügung.²⁷² Mit anderen Worten lässt Art. 17 PBG diesbezüglich Wettbewerb nicht zu. Die Pflicht zur Koordination der KTU ist daher als vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

307. Was den Inhalt der Zusammenarbeit angeht, wird dieser von den KTU weitgehend selbst bestimmt. Die daraus hervorgehenden Übereinkommen sind dem BAV jedoch zur Genehmigung vorzulegen (Art. 17 Abs. 3 PBG). So hat das BAV in der Vergangenheit das gesamte Ue500 inkl. seinen Anhängen geprüft und (befristet) genehmigt.²⁷³ Gemäss BAV würden auch die V511²⁷⁴ und V512²⁷⁵ Aspekte regeln, die der Sicherstellung des nationalen Direkten Verkehrs dienen. Daher seien auch die beiden Vorschriften vom BAV zu genehmigen.²⁷⁶

308. Gemäss Rechtsprechung soll von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.²⁷⁷ Betreffend PBG ist das BAV zweifellos

als Fachbehörde im Sinne der Rechtsprechung anzusehen.

309. Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass Art. 17 PBG eine vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG hinsichtlich Abreden zwischen den KTU darstellt, soweit diese zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs notwendig sind. Die Frage der Notwendigkeit ist vom BAV als Fachbehörde im Rahmen der Genehmigung gemäss Art. 17 Abs. 3 PBG zu prüfen. Die Wettbewerbsbehörden können von dieser Einschätzung nicht ohne triftigen Grund abweichen. Demzufolge sind vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigende Abreden zwischen den KTU und Verbänden vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen, sofern sie nicht den Rahmen von Art. 17 Abs. 1 PBG sprengen. Im Rahmen der Amtshilfe bestätigte das BAV, dass es sich bei den NOVA-NB grundsätzlich um vom BAV zu genehmigende Vorschriften handelt.²⁷⁸

310. Erfasst wird von Art. 17 Abs. 1 PBG jedoch nur die Regelung der «gegenseitigen Beziehungen» der KTU. Nicht erfasst wird demgegenüber die Beziehung zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Vom BAV genehmigt wurden in der Folge auch lediglich Provisionen in den Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Entschädigungen und Vergütungen in der Alliance SwissPass (V512) unter den KTU.²⁷⁹

C.2.5 Auslegung Art. 17a PBG (Gemeinsame Vertriebsinfrastruktur)

311. Gemäss revidiertem Personenbeförderungsgesetz betreiben die Unternehmen mit einer Konzession eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote (Vertriebsinfrastruktur) (Art. 17a Abs. 1 PBG²⁸⁰). Sie stellen die für den Vertrieb erforderlichen Sach- und Personendaten zeitgerecht zur Verfügung (Art. 17a Abs. 2 PBG). Die KTU können für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte ein angemessenes Entgelt verlangen (Art. 17a Abs. 3 PBG). Sie regeln die diskriminierungsfreien Bedingungen für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte (Art. 17a Abs. 4 PBG).

²⁶⁶ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 51 f.

²⁶⁷ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 1.

²⁶⁸ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 2.

²⁶⁹ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 3.

²⁷⁰ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 4.

²⁷¹ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 5.

²⁷² Vgl. dazu RPW 2018/4, 722 Rz 32, *Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG*.

²⁷³ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 8.

²⁷⁴ Vorschriften über die Verteilung der Einnahmen im direkten Personen- und Gepäckverkehr.

²⁷⁵ Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Provisionen und Vergütungen im direkten Personen- und Gepäckverkehr.

²⁷⁶ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 9.

²⁷⁷ Vgl. BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 11.5, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁷⁸ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 1.

²⁷⁹ Vgl. Angaben BAV, Ziff. 16 f.

²⁸⁰ In Kraft per 1.1.2025.

312. Bei der Frage, ob Art. 17a PBG für die am direkten Verkehr Teilnehmenden eine gesetzliche Verpflichtung oder eine Berechtigung zum Betrieb einer gemeinsamen Infrastruktur sei, vertritt das BAV die Ansicht, der Betrieb einer gemeinsamen Infrastruktur sei für alle KTU mit einer Konzession grundsätzlich eine Verpflichtung.²⁸¹ Weiter schreibe Art. 17a PBG eine einheitliche Regelung für alle KTU vor.²⁸²

313. Somit sind die nach dem Personenbeförderungsgesetz konzessionierten TU gesetzlich angehalten, für den Betrieb einer Vertriebsinfrastruktur zusammenzuarbeiten. Die KTU müssen in diese Vertriebsinfrastruktur alle Daten einspeisen, so dass über diese Infrastruktur die Angebote aller KTU vertrieben werden können. Weiter ist gesetzlich festgelegt, dass die KTU gegenüber Dritten für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur eine angemessene Abgeltung verlangen können, aber nicht müssen. Die diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur durch Dritte regeln die KTU untereinander. Wie bei Art. 17 PBG müssen sich die KTU für den Betrieb der Vertriebsinfrastruktur koordinieren (vgl. Rz 306). Deshalb ist auch diese Pflicht der KTU zur Koordination des Betriebs der Verkehrsinfrastruktur als vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

314. In Bezug zum Verhältnis der KTU und Verbünde zu Dritten kann Art. 17a PBG nicht weitergehen als Art. 17 Abs. 1 PBG. Mit anderen Worten ist auch im Rahmen von Art. 17a PBG nur die Regelung der «gegenseitigen Beziehungen» der KTU im Sinne von Art. 17 Abs. 1 PBG vom Kartellgesetz ausgenommen. Nicht ausgenommen werden demgegenüber Regelungen für Beziehungen zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Dementsprechend hält auch die Botschaft zum revidiertem Personenbeförderungsgesetz ausdrücklich fest, dass der Vertrieb von öV-Tickets grundsätzlich diskriminierungsfrei auch Dritten offenstehen müsse und diese die Möglichkeit hätten, sich nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes an die Wettbewerbsbehörden zu wenden.²⁸³

315. Damit wird klargestellt, dass durch Art. 17a PBG nicht sämtliche koordinierten Tätigkeiten der KTU in Bezug auf den Betrieb der NOVA-Plattform dem Kartellgesetz vorbehalten sind. Anwendbar bleibt das Kartellgesetz gemäss dem klaren Wortlaut der Botschaft insbesondere auf den Bereich des Vertriebs von öV-Tickets durch Dritte (Vermittlung).

C.2.6 Bestelltes Angebot im regionalen Personenverkehr (Art. 28 ff. PBG)

316. Gemäss Art. 81a Abs. 1 BV haben Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr auf Schiene, Strasse, Wasser und mit Seilbahnen in allen Landesgegenden zu sorgen. Der Bund hat somit dafür zu sorgen, dass die Grundversorgungsleistungen im Bereich der Personenbeförderung ausreichend, preiswert und in allen Landesgegenden verfügbar sind. Die Grundversorgung macht einen wesentlichen Teil der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung aus. Das PBG bezeichnet die Grundversorgung als «bestelltes Angebot» (Art. 28 ff. PBG). Gestützt auf Art. 31a Abs. 1 PBG werden das von Bund und Kantonen bestellte Verkehrsangebot und die entsprechende Abgeltung im regionalen Personenverkehr, d.h. Inhalt und Umfang der Grundver-

sorgung, aufgrund von Planrechnungen der konzessionierten Transportunternehmen im Voraus in einer schriftlichen Angebotsvereinbarung festgelegt.²⁸⁴ Die Angebotsvereinbarung regelt zwischen den Bestellern und den konzessionierten Unternehmen gemäss Art. 31a Abs. 4 PGB insbesondere:

- a) das Angebotskonzept und den Fahrplan;
- b) den Verkauf samt den Verkaufsstellen und deren Bedienung;
- c) das Angebot im Transport von Reisegepäck;
- d) die Tarife.

317. Insgesamt übertragen damit Bund und Kantone mit der Bestellung des Verkehrsangebots des regionalen Personenverkehrs die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe an die konzessionierten Transportunternehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe erhalten die Transportunternehmen eine Personenbeförderungskonzession und haben das Recht auf Abgeltung der ungedeckten Kosten. Das heisst, sie werden mit Monopolrechten ausgestattet. Damit wird gezielt Einfluss auf den Wettbewerb im Markt des regionalen Personenverkehrs genommen. Somit haben Art. 28 ff. PGB die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand und sind grundsätzlich als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zu qualifizieren.²⁸⁵ Art. 31a Abs. 4 PGB regelt dabei den Inhalt der Angebotsvereinbarung zwischen Besteller und Transportunternehmen. Die mit den spezialgesetzlich geregelten Angebotsvereinbarungen verbundenen Abreden sind somit unbestrittenermassen vom Kartellgesetz ausgenommen.²⁸⁶ Darüberhinausgehend wird im Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ geltend gemacht, dass mit der Bestimmung von Art. 31a Abs. 4 PGB zumindest im Bereich des bestellten regionalen Personenverkehrs in Bezug auf den Vertrieb von öV-Tickets ein Monopol für Transportunternehmen bestehe.²⁸⁷ Dem kann so nicht gefolgt werden. Da jedoch auch Art. 31a Abs. 4 PGB die vorliegend zur Diskussion stehende Vermittlung von öV-Tickets unbestrittenermassen nicht ausschliesst²⁸⁸, kann an dieser Stelle auf eine eingehendere Analyse dieses Artikels verzichtet werden.

C.2.7 Fazit zu den vorbehaltenen Vorschriften

318. Die Bestimmungen über das Personenbeförderungsregal (Art. 4 ff. PBG) umfassen in erster Linie die Beförderung an sich und haben nicht zur Folge, dass sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sind. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von öV-Tickets fällt lediglich die Festsetzung der Ticketpreise (Tarif) unter das Personenbeförderungsregal; im Übrigen wird der Ticketvertrieb vom Regal nicht erfasst (vgl. Abschnitt C.2.2, insb. Rz 288).

²⁸³ Vgl. Botschaft Änderung PBG (Fn 57), S. 32, Ziff. 4.1.9.

²⁸¹ Vgl. Angaben BAV, Rz 13.

²⁸² Vgl. Angaben BAV, Rz 14.

²⁸⁴ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), R 39 f.

²⁸⁵ Vgl. dazu auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 41; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 88.

²⁸⁶ Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 42; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 89.

²⁸⁷ Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 90.

²⁸⁸ Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 96.

319. Der Begriff «Tarif» im Sinne von Art. 15. Abs. 1 PBG umfasst neben dem Preis auch die Leistungen, die in diesem Preis inbegriffen sind und die Bedingungen, unter denen der Preis angewandt wird. Es deutet aber nichts darauf hin, dass der Begriff «Tarif» noch weiter zu fassen ist und insbesondere auch Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u. a.) und vertriebsbezogene Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) davon erfasst werden (vgl. Abschnitt C.2.3, insb. Rz 288).

320. Aufgrund der für den gesamten Monopolbereich geltenden Regelungen zur Tarifpflicht (Art. 15 PBG) und zum Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) sind wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der KTU untereinander in Bezug auf die Tarife sowie vom BAV genehmigte Vereinbarungen der KTU zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen. Im Übrigen gelangt das Kartellgesetz jedoch zur Anwendung. Damit sind nicht sämtliche Vertriebsmodalitäten und vertriebsbezogene Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen. Dies hat u.a. zur Folge, dass Drittanbieter ohne Konzession zwar nicht die Endverkaufspreise der Tickets, jedoch die Vertriebsmodalitäten wie Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien und Werbung frei bestimmen können (vgl. Abschnitt C.2.4).

321. Hinsichtlich der vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigenden NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») liegen vorbehaltene Vorschriften vor, soweit es dabei um die Regelung der gegenseitigen Beziehungen der KTU und Verbünde geht (vgl. Abschnitt C.2.4). Zudem liegen vorbehaltene Vorschriften in Bezug auf den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur im Rahmen von Art. 17a PBG vor (vgl. Abschnitt C.2.5).

322. Für die Sicherstellung des Direkten Verkehrs nicht notwendig sind hingegen Abreden unter den KTU betreffend ihre Beziehungen zu Dritten. Für das öV-Provisionsmodell bestehen damit keine vorbehaltenen Vorschriften i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG, soweit darin Provisionen an Drittvermittler geregelt sind. Deshalb bestehen auch keine vorbehaltenen Vorschriften in Bezug auf Dritte gemäss Art. 17a Abs. 3 und 4 PBG (angemessenes Entgelt und diskriminierungsfreier Zugang; vgl. C.2.5).

323. Die Bestimmungen über den bestellten Verkehr (Art. 28 ff. PGB) haben die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand und sind grundsätzlich als vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zu qualifizieren.²⁸⁹ Art. 31a Abs. 4 PGB regelt dabei den Inhalt der Angebotsvereinbarung zwischen Besteller und Transportunternehmen. Die damit verbundenen Abreden sind somit vom Kartellgesetz ausgenommen. Die vorliegend zur Diskussion stehende Vermittlung von öV-Tickets wird durch Art. 31a Abs. 4 PGB jedoch unbestrittenermassen nicht von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgeschlossen (vgl. Abschnitt C.2.6).

C.3 Relevanter Markt

324. Bei der Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes ist – in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU²⁹⁰ – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleis-

tungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁹¹

325. 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, der hier analog anzuwenden ist).²⁹²

326. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹³

327. Auf der Grundlage der Angaben in der Widerspruchsmeldung und den Schlussfolgerungen zu den vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG stehen bei dieser Vorabklärung zwei Verhaltensweisen im Vordergrund. Bei einer ersten Verhaltensweise handelt es sich um die auf Dritte bezogenen Regelungen für eine gemeinsame Vertriebsinfrastruktur. Dies sind die NOVA-NB inkl. Standardvertrag, solange es Dritte betrifft. Die zweite Verhaltensweise stellt das öV-Provisionsmodell dar.

328. Bei den NOVA-NB 3.2 inklusive Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» handle es sich gemäss Widerspruchsmeldung um neu einzuführende Nutzungsbedingungen der NOVA-Plattform (vgl. Rz 7). Folglich sind die NOVA-NB 3.2 und der zugehörige Standardvertrag noch nicht in Kraft. Auch seien die NOVA-NB 2019 gemäss Swisspass formell noch nicht in Kraft (vgl. Rz 8). Weiter sei auch das öV-Provisionsmodell gemäss Angaben in der Widerspruchsmeldung noch nicht in Kraft (vgl. Rz 181). Weil diese Regelungen noch nicht in Kraft sind, bestehen für die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») und das öV-Provisionsmodell noch keine Folgen und Erfahrungen im Umgang damit. Trotzdem erfolgt im Sinne einer Arbeitshypothese die vorläufige Abgrenzung relevanter Märkte, um auf die Frage einer etwaigen kartellrechtlichen Unzulässigkeit der NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») und des öV-Provisionsmodells eingehen zu können.

C.3.1 Marktabgrenzung NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»)

329. Die NOVA-NB 3.2 regeln die Rechte und Pflichten der Vermittler / Vertreiber im Zusammenhang mit der Vermittlung und dem Vertrieb des NOVA-Sortiments über die NOVA-Plattform und sind darauf ausgerichtet,

²⁸⁹ Vgl. dazu auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 41; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 88.

²⁹⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²⁹¹ BGE 139 I 72 E. 9.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 129 II 497 E. 6.3.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, *Hallenstadion*; BGE 129 II 18 E. 7.2 und 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

²⁹² Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 52, *Hallenstadion*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, *ADSL II*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 211), Art. 4 II N 30.

²⁹³ Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 129 II 18 E. 7.2, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, *ADSL II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9.2, *Gaba*.

die Einnahmen- und Qualitätssicherung zu gewährleisten (vgl. Rz 3 und 117). Beim Unternehmen, das die NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») ausarbeitet und beschliesst, handelt es sich um Swisspass (vgl. Rz 250). Swisspass regelt mit den NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») den Zugang zur und die Verwendung der NOVA-Plattform. Diesen Zugang zum NOVA-Sortiment über die NOVA-Plattform fragen die KTU, Verbünde und Dritte nach, die öV-Tickets vertreiben und vermitteln. Damit stellen die vertreibenden und vermittelnden KTU, Verbünde und Dritte (nachfolgend zusammen: Vertreiber und Vermittler) die Marktgegenseite dar.

330. Die Marktgegenseite Vertreiber und Vermittler fragen den Zugang zur NOVA-Plattform bzw. die dort hinterlegten Daten und Informationen aller Schweizer KTU und Verbünde nach, um gegenüber Reisenden (Endkunden) Mobilitätsleistungen anzubieten. Hierzu sind der Zugang zu etwa Verkehrsdaten (mit Angebotsdetails), Buchungsmöglichkeiten von öV-Tickets, Reservierungen, Fahrpläne, Informationen zur Gültigkeit von öV-Tickets, Stornierungsbedingungen oder Informationen zur Gepäckbeförderung zu zählen. Mobilitätsleistungen können kombinierte Transportleistungen bestehend aus verschiedenen Transportmitteln wie bspw. Bahn, Bus, Auto oder Fahrrad oder einzelne Transportleistungen wie das Zurücklegen einer bestimmten Strecke mit nur der Bahn sein sowie die Bereitstellung zugehöriger Informationen wie beispielsweise Fahrpläne, Verspätungen, Streckenstörungen oder Spezialangebote.

331. In diesem Zusammenhang sind Dritte zu erwähnen, die mit neuen, durch technologische Möglichkeiten entwickelten, Angeboten als Vermittler auftreten. Beispielsweise unternimmt der Bund Anstrengungen zur Förderung der multimodalen Mobilität.²⁹⁴ Der Bund unterstützt die Bereitstellung, den Zugang zu und den Austausch von Mobilitätsdaten. Mobilitätsdaten seien ein unverzichtbares Element für das Funktionieren des Mobilitätssystems in der zunehmend digitalen Gesellschaft und Wirtschaft.²⁹⁵ Vor allem Dritte sollen öV-Tickets im Rahmen von Angeboten mit multimodaler Mobilität vermitteln. Bei multimodaler Mobilität können die verschiedenen Bevölkerungsgruppen mit auf sie zugeschnittenen Anwendungen (u. a. Apps) kombinierte Angebote mit mehreren Verkehrsmitteln (wie öV, motorisierter Individualverkehr, Sharing-Autos/-Bikes/-Miniscooter, Mitfahrgelegenheiten, Taxis sowie Fuss- und Veloverkehr) zusammenstellen und diese im Idealfall auf einfache Weise direkt kaufen.²⁹⁶ Folglich ist beabsichtigt, dass Vermittler den Zugang zur NOVA-Plattform als Inputfaktor verwenden, um dann multimodale Mobilitätsleistungen gegenüber Reisenden anbieten zu können.

332. In räumlicher Hinsicht genügt für die Zwecke der Vorabklärung eine schweizweite Marktabgrenzung. Die NOVA-Plattform scheint die einzige Vertriebsplattform mit allen Daten und Informationen der schweizerischen KTU und Verbünde zu sein. Weil die NOVA-Plattform alle Daten und Informationen bündelt, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen in der ganzen Schweiz benötigt werden, dürfte im vorliegenden Fall eine weitere räumliche Unterteilung aus Sicht der Vertreiber und Vermittler keinen Unterschied darstellen.

333. Als relevanter Markt kann somit ein schweizweiter Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets zugrunde gelegt werden.

334. Eine vergleichbare Marktabgrenzung hat auch das Bundeskartellamt in einem Verfahren gegen die Deutsche Bahn AG wegen missbräuchlicher Verhaltensweisen gegenüber digitalen Mobilitätsplattformen vorgenommen. Unter anderem hat das Bundeskartellamt einen bundesweiten Markt für Daten und Buchungsanwendungen im Schienenpersonenverkehr abgegrenzt. Dieser Markt umfasst Tarif- und Fahrplandaten sowie Buchungsanwendungen (Prognosedaten sind nicht Teil dieses Marktes).²⁹⁷

C.3.2 Marktabgrenzung öV-Provisionsmodell

335. Mit der Einführung des öV-Provisionsmodells beabsichtigen die KTU und Verbünde eine Vereinbarung über die gemeinsame Berechnung der Entschädigung bei der Vermittlung von öV-Tickets im NDV durch andere Unternehmen. Die leistungserbringenden KTU und Verbünde entschädigen anhand des gemeinsam festgelegten Berechnungsmechanismus die KTU, Verbünde und Dritte, die die öV-Tickets vermitteln (vgl. Rz 180 ff.). Die Vermittlung gegenüber den Reisenden erfolgt im Namen und auf Rechnung der leistungserbringenden KTU und Verbünde (vgl. Rz 119 und 169).²⁹⁸ Das öV-Provisionsmodell ist ausschliesslich für den NDV vorgesehen (vgl. Rz 180). Oder kurz formuliert: Es ist vorgesehen, dass die leistungserbringenden KTU und Verbünde im NDV das öV-Provisionsmodell gegenüber den vermittelnden KTU, Verbünden und Dritten (nachfolgend zusammen: Vermittler) anwenden. Somit stellen die Vermittler die Marktgegenseite der leistungserbringenden KTU und Verbünde dar.

336. Bei Dritten, die in den letzten drei Jahren regelmässig mit einer indirekten Anbindung an die NOVA-Plattform über ein KTU oder einen Verbund öV-Tickets im NDV vermittelt haben, handle es sich gemäss Swisspass um: [...], verschiedene Unternehmen wie Kioske, Gemeinden, Tourismusorganisationen, Reisebüros, Buchungs-Plattformen und Hotelketten.²⁹⁹ Dies sind zusammengefasst Unternehmen mit digitalen Mobilitätslösungen, Minishops, Gemeinden und Unternehmen im Tourismusbereich (vgl. Rz 335). Auch hier sind Drittanbieter von Vermittlungsleistungen zu erwähnen (vgl. Rz 331). Wie die Widerspruchsmeldung ausführt, leiste das öV-Provisionsmodell einen Beitrag zur Zielvorgabe

²⁹⁴ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität / Mobilitätsdateninfrastrukturen des Bundes - Basisdokument zum gesamtheitlichen Überblick der Inhalte zur multimodalen Mobilität mit Blick auf die Rechtsetzungsvorlage zu den relevanten Mobilitätsdaten und den Mobilitätsdateninfrastrukturen des Bundes, insbesondere der NaDIM (zit. Konzeptpapier Multimodale Mobilität), 10. Mai 2021, Aktenzeichen: BAV-011-11/13/1/1/4/7.

²⁹⁵ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität (Fn 294), S. 6.

²⁹⁶ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität (Fn 294), S. 6.

²⁹⁷ Vgl. Bundeskartellamt, B9-144/19, 26.6.2023, Rz 272 ff., *Deutsche Bahn AG*.

²⁹⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 45, 48 und 139.

²⁹⁹ Vgl. Angaben Swisspass (10.7.2024), Rz 6 ff. und Beilage 1.

des BAV, wonach stärkere Anreize für Drittvermittler geschaffen werden sollten, öV-Tickets zu vermitteln, um damit zusätzliche Reisende für den öffentlichen Verkehr zu gewinnen und letztlich eine maximale Auslastung der KTU sicherzustellen (vgl. Rz 188).

337. Vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Provisionszahlung an die Vermittler kann die Situation so aufgefasst werden, dass die leistungserbringenden KTU und Verbünde die Vermittlung ihrer öV-Tickets für die von ihnen jeweils bedienten Strecken und Verbundgebiete bei den Vermittlern nachfragen. Damit treten die KTU und Verbünde, welche das öV-Provisionsmodell anwenden, auf der Nachfrageseite auf. Die für die Marktabgrenzung relevante Marktgegenseite bilden damit die anbietenden Vermittler. Es ist folglich aus Sicht der Vermittler zu betrachten, ob die nachfragenden KTU und Verbünde Substitute darstellen.

338. Aus Sicht der Vermittler kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese bei den leistungserbringenden KTU und Verbünden den Zugang zu öV-Tickets nachfragen, um die öV-Tickets an Reisende zu vermitteln (vgl. Abschnitt C.3.1). Hierzu ist zu bedenken, dass die Vermittler durch die Regulierung im revidierten Personenbeförderungsgesetz für den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur beziehungsweise durch die NOVA-Plattform grundsätzlich Zugang zum gesamten öV-Sortiment haben (vgl. Rz 311 ff.). Dies auch dann, wenn ein KTU oder ein Verbund keine Vermittlung des eigenen öV-Angebots wünscht und nachfragt. Durch die Regulierung müssen KTU und Verbünde ihre Angebote zur Vermittlung gegenüber den Reisenden zur Verfügung stellen. Mit anderen Worten sind die Vermittler für die Vermittlungsdienstleistung gegenüber den Reisenden nicht auf die Nachfrage durch die transportierenden KTU und Verbünde angewiesen. Aus diesem Grund braucht es hier keine zusätzliche Marktabgrenzung für die Berücksichtigung einer Nachfrage der Vermittler nach vermittelbaren öV-Tickets. Dieser Aspekt ist bereits durch die vorangehende Abgrenzung eines schweizweiten Marktes für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets implizit abgedeckt (vgl. Rz 333 ff.). Für die Beurteilung des öV-Provisionsmodell ist somit grundsätzlich ein Markt für Vermittlungsdienstleistungen abzugrenzen, bei welchem die leistungserbringenden KTU und Verbünde die Vermittlung ihrer öV-Tickets bei den Vermittlern nachfragen.

339. Hinsichtlich Substituierbarkeit der Nachfrage der KTU und Verbünde nach der Vermittlungsleistung der Vermittler sind verschiedene Szenarien und Entwicklungen denkbar; nach derzeitigem Informationsstand lässt sich keines dieser Szenarien oder keine dieser Entwicklungen per se ausschliessen. So liesse sich etwa argumentieren, dass die KTU und Verbünde die Vermittlung von öV-Tickets jeweils für eine bestimmte Strecke (analog sog. «O&D»-Ansatz mit «point of origin» und «point of destination») nachfragen. Es liesse sich für dieses Szenario als relevante Märkte Vermittlungsmärkte für öV-Tickets für die einzelnen jeweils von den KTU und Verbünden bedienten Strecken abgrenzen. Dies stellt eine sehr enge oder allenfalls sogar die engste Marktabgrenzung dar.

340. In diesem Sinne stellt sich Swissspass auf den Standpunkt, dass die KTU und Verbünde weder in ihrer Rolle als Transportdienstleister noch als Vermittler von öV-Tickets miteinander im Wettbewerb stehen würden.³⁰⁰ Mit der Konzession werde dem KTU ein Ausschliesslichkeitsrecht für die konzessionierte Strecke eingeräumt und das KTU sei nach Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG vor Konkurrenz geschützt. Es bestehe ein Konkurrenzverbot. Damit bestehe kein Wettbewerb zwischen den Transportunternehmen. Es gebe zwar gewisse geografische Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der KTU. Diese würden jedoch angesichts der Konzessionsvoraussetzung von Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG unterschiedliche Bedürfnisse befriedigen und liessen nicht auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den KTU und Verbünden schliessen. Als Beispiel wird die Strecke Biel-Bern genannt. Hier besitze die SBB die Fernverkehrskonzession; im regionalen Personenverkehr bediene dagegen die BLS diese Strecke. Die Züge unter der Fernverkehrskonzession der SBB und diejenigen der BLS im regionalen Personenverkehr würden zeitlich versetzt fahren (Taktfahrplan) und unterschiedliche Reisezeiten aufweisen. Die beiden Angebote seien damit ergänzend. Der Reisende wähle auf dieser Strecke gestützt auf seine Reisepräferenzen die für ihn passendste Verbindung. Der Ticketpreis spiele bei der Auswahl des KTU keine Rolle, da der Preis bei der SBB und BLS der gleiche sei. Dies sei regulatorisch so gewollt und werde durch die Tarifpflicht sowie die Pflicht, im Direkten Verkehr gemeinsame Tarife und Fahrausweise zu erstellen (Art. 16 Abs. 2 PBG), vorgegeben. Es bestehe damit kein Wettbewerbsverhältnis zwischen verschiedenen KTU bei der Erbringung von Transportleistungen. Dies selbst dann nicht, wenn zwei KTU dieselbe Fahrstrecke bedienen würden. In einer solcher Konstellation seien die Angebote der KTU nicht konkurrenzierend, sondern gemäss den Konzessionsvoraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG ergänzend.³⁰¹ Die Direktion des BAV habe Swissspass im Rahmen eines Treffens am 11. Dezember 2024 ebenfalls bestätigt, dass zwischen den KTU bei der Erbringung von Transportleistungen kein Wettbewerbsverhältnis bestehe.³⁰²

341. Hierzu ist allerdings in Erinnerung zu rufen, dass es vorliegend nicht um eine Substituierbarkeit aus Sicht einer Nachfrageseite geht. Es geht mithin nicht um die Frage, ob die Leistungen der einzelnen KTU durch die Leistungen anderer KTU substituierbar sind. Oder anders ausgedrückt, es geht nicht um die Frage, ob der Transport eines Reisenden auf der Strecke von A nach B durch den Transport auf der Strecke A nach B via C oder gar durch den Transport auf der Strecke C nach D substituierbar ist (vgl. Rz 338 f.).

³⁰⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 204; Angaben Swissspass (20.12.2024), Rz 45.

³⁰¹ Vgl. Angaben Swissspass (20.12.2024), Rz 51 ff.

³⁰² Vgl. Angaben Swissspass (20.12.2024), Rz 61; vgl. auch Angaben Swissspass (4.2.2025), Beilage 2.

342. Vielmehr geht es vorliegend um eine Substituierbarkeit aus Sicht der Angebotsseite, d. h. um die Frage, ob aus Sicht der Vermittler die Nachfrage des KTU X nach Vermittlung der Transportdienstleistung auf der Strecke von A nach B durch die Nachfrage des KTU Y nach Vermittlung der Transportdienstleistung auf der Strecke von C nach D substituierbar ist. Beziehungsweise ob aus Sicht der Vermittler die von den KTU und Verbänden nachgefragte Vermittlungsdienstleistung von der Transportstrecke zu abstrahieren ist und es mithin nur um die Vermittlungstätigkeit an sich geht.

343. Ginge man davon aus, dass die Nachfrage der einzelnen KTU und Verbände nach Vermittlung aus Sicht der Vermittler nicht durch die Nachfrage anderer KTU und Verbände substituieren lässt, hätte dies zur Folge, dass sich die KTU in ihrer Funktion als Nachfragerinnen nicht konkurrenzieren würden. Damit könnte eine nachfrageseitige Wettbewerbsabrede (vgl. Rz 378 ff.) im Allgemeinen bereits ausgeschlossen werden.

344. Auf der anderen Seite kann jedoch auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Märkte anhand der Tätigkeitsgebiete der KTU und Verbände abzugrenzen sind. Oder grundsätzlich gar – als wohl weitest denkbare Marktabgrenzung – aus Sicht der Vermittler die Nachfrage aller KTU und Verbände untereinander substituierbar ist, zumal, wie erwähnt, die Vermittler durch die Regulierung auch ohne Nachfrage der KTU und Verbände Zugang zum öV-Sortiment haben. Zudem ist auch eine Marktabgrenzung bezogen nur auf den NDV naheliegend.

345. Wie bereits erwähnt, kann und muss im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden, welches der verschiedenen Szenarien und welche der möglichen Entwicklungen künftig tatsächlich zutreffen wird und wie der relevante Markt abzugrenzen ist. Da das öV-Provisionsmodell bis heute nicht umgesetzt worden ist, lässt sich – wie sich nachfolgend zeigt – diesbezüglich die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG nicht rechtfertigen; dies ungeachtet der Frage, ob es sich beim öV-Provisionsmodell überhaupt um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handelt.

346. Für den Fall einer Umsetzung des öV-Provisionsmodells ist auf etwaige kartellrechtliche Risiken hinzuweisen. Deshalb wird für die Frage einer etwaigen Unzulässigkeit nachfolgend eine Marktabgrenzung zugrunde gelegt, die Wettbewerb unter den KTU und Verbänden nicht von vornherein ausschliesst. Es ist daher im Sinne einer Arbeitshypothese ein schweizweiter Markt für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände abzugrenzen.

C.4 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

347. 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). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine

Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.³⁰³

348. Wie sich vorangehend gezeigt hat, sind die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») als Verhaltensweise dem Unternehmen Swissspass zuzurechnen (vgl. Rz 253). Es stellt sich deshalb die Frage, ob Hinweise auf eine missbräuchliche Verhaltensweise von Swissspass als gegebenenfalls marktbeherrschendes Unternehmen auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets (vgl. Rz 333) bestehen. Dabei ist festzuhalten, dass die NOVA-NB gegenüber Dritten noch nicht in Kraft getreten sind und somit deren abschliessende Beurteilung zum aktuellen Zeitpunkt nicht möglich ist. Die nachfolgenden Ausführungen stellen daher lediglich eine vorläufige Beurteilung gestützt auf die bisher bekannten Umstände dar.

C.4.1 Marktbeherrschende Stellung

349. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

350. Swissspass ist mit der NOVA-Plattform die einzige Anbieterin mit einer Plattform, die schweizweit alle Daten und Informationen bündelt, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen in der ganzen Schweiz benötigt werden. Nach derzeitigem Kenntnisstand besteht folglich kein aktueller Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets.

351. Der erfolgreiche Betrieb einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets erfordert die Bereitstellung der entsprechenden Daten der KTU und Verbände (vgl. Rz 330). Da die KTU gemäss Art. 17a Abs. 1 PBG verpflichtet sind, eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote zu betreiben und sie dieser Verpflichtung über Swissspass bzw. der NOVA-Plattform nachkommen, ist nicht davon auszugehen, dass seitens der KTU Interesse an einer alternativen Plattform besteht. Ein potenzieller Konkurrent dürfte nur schwer an die für eine entsprechende Vertriebsinfrastruktur erforderlichen Daten kommen. Es kann sich gar die Frage stellen, ob der Gesetzgeber in Art. 17a Abs. 1 PBG nicht ein rechtliches Monopol geschaffen hat. So wird etwa in der Botschaft Änderung PBG ausgeführt: «Zusätzlich wird in dieser Vorlage mit dem neuen Artikel 17a PBG statuiert, dass die öV-Unternehmen eine Vertriebsinfrastruktur betreiben, wie sie mit NOVA bereits besteht.»³⁰⁴ Und weiter: «Artikel 17a PBG legt im Interesse eines effizienten und nachhaltigen öV neu gesetzlich fest, dass alle Unternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession nach Artikel 6 PBG die Vertriebsinfrastruktur gemeinsam betreiben, wie dies heute mit NOVA faktisch der Fall ist. Mit der Aufnahme ins PBG sollen die Investitionen der Besteller in NOVA nachhaltig geschützt werden.»³⁰⁵

³⁰³ BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swissscom ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGE 129 II 497 E. 6.5.1, *Buchpreisbindung*.

³⁰⁴ Vgl. Botschaft Änderung PBG, 21 Ziff. 4.1.

³⁰⁵ Vgl. Botschaft Änderung PBG, 31 Ziff. 4.1.9.

352. Die Frage nach einem gesetzlichen Monopol braucht indes nicht abschliessend beurteilt zu werden, zumal so oder anders bereits aufgrund der nur schwer zu beschaffenden Datengrundlage der Eintritt eines Drittanbieters auf dem Markt äusserst unrealistisch ist. Es ist auch aufgrund der Angaben in der Widerspruchsmeldung nicht davon auszugehen, dass der Aufbau einer alternativen Plattform möglich scheint. Folglich ist auch nicht von potenziellem Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets auszugehen. Vor diesem Hintergrund und den Angaben der Widerspruchsmeldung kann man die Frage aufwerfen, ob es sich bei der NOVA-Plattform um eine wesentliche Einrichtung («essential facility») handelt oder sie zumindest Merkmale einer solchen aufweist.

353. Weiter bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die hier relevante Marktgegenseite der Vermittler in der Lage wären, Swispass zu disziplinieren. Die vermittelnden KTU und Verbünde sind in den Entscheidprozess von Swispass eingebunden (vgl. Rz 218 ff.). Entsprechend wird von diesen kein Wettbewerbsdruck auf Swispass zu erwarten sein. Zudem ist die NOVA-Plattform beziehungsweise Swispass nicht auf die Drittvermittlung angewiesen. Es ist nicht ersichtlich inwiefern Drittvermittler Swispass zu disziplinieren vermöchten.

354. Zusammenfassend ist nach derzeitigem Informationsstand davon auszugehen, dass Swispass mit der NOVA-Plattform auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

C.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

355. Mit den NOVA-NB regelt Swispass den Zugang zur NOVA-Plattform (vgl. Rz 114 ff.). Soweit dies gegenüber KTU und Verbünden erfolgt, besteht mit Art. 17 Abs. 1 PBG eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. Rz 321). Zu prüfen ist folglich, ob die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») gegenüber Drittvermittlern ein missbräuchliches Verhalten darstellen können. Im Vordergrund stehen dabei allenfalls eine Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG sowie unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Allerdings könnten die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») im konkreten Einzelfall allenfalls auch andere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllen.

C.4.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

356. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG «die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen», in Betracht. Voraussetzung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist insbesondere das Vorliegen einer Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen.³⁰⁶ Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleich be-

handelt. Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern lediglich gleichwertig sein.³⁰⁷

357. Hinsichtlich des Tatbestands der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallen insbesondere zwei Elemente der NOVA-NB 3.2 in Betracht: das Nutzungsentgelt für Dritte sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform».

C.4.2.1.1 Nutzungsentgelt für Dritte

358. Die NOVA-NB 3.2 sehen vor, Dritte bzw. externe Vermittler bis zu einem bestimmten Schwellenwert von der Pflicht zu befreien, die Investitions- und Betriebskosten sowie Abschreibungen und Reinvestitionen anteilig mitzutragen. Sobald die Anzahl der vermittelten öV-Tickets pro Kalenderjahr [...] übersteigt, wird dieser Schwellenwert überschritten. Dann ist ein Nutzungsentgelt in der Höhe von [...] für das jeweilige Jahr geschuldet (vgl. Rz 164).³⁰⁸

359. Aus dem Sachverhalt ergeben sich zwei Ungleichbehandlungen: Erstens behandelt Swispass bzw. die NOVA-NB Drittvermittler, welche ein Nutzungsentgelt bezahlen müssen, anders als vermittelnde KTU und Verbünde, welche kein eigentliches Nutzungsentgelt bezahlen müssen. Zweitens behandelt Swispass bzw. die NOVA-NB Drittvermittler, welche mehr als [...] öV-Tickets pro Kalenderjahr vermitteln und folglich ein Nutzungsentgelt zu bezahlen haben anders als Drittvermittler, welche unter diesem Schwellenwert bleiben und kein Nutzungsentgelt entrichten müssen.

360. Was die erste Ungleichbehandlung anbelangt, ist festzustellen, dass die vermittelnden KTU und Verbünde bereits aufgrund ihrer Eigenschaft als KTU bzw. Verbünde gemäss den Bestimmungen der Vorschrift V512 verpflichtet sind, die System- und Prozesskosten, die Kosten für den Betrieb und die Weiterentwicklung sowie die Abschreibungen der NOVA-Plattform anteilmässig mitzutragen (vgl. Rz 164). Es kann damit nicht von einer Ungleichbehandlung gleichartiger Situationen ausgegangen werden. Im Übrigen ist dazu anzumerken, dass auch die gesetzliche Bestimmung von Art. 17a Abs. 3 PBG ein Nutzungsentgelt nur für Dritte, nicht jedoch für KTU und Verbünde vorsieht.

361. Hinsichtlich der zweiten Ungleichbehandlung liegt zwar keine identische Situation vor, indem die eine Gruppe mehr als [...] öV-Tickets pro Kalenderjahr vermittelt und die andere weniger. Allerdings sind die Drittvermittler grundsätzlich in derselben Situation. Dies wird umso augenfälliger, je näher sich die Dritten an der Grenze von [...] vermittelter öV-Tickets befinden. Dem Schwellenwert ist auch eine gewisse Beliebigkeit immanent, indem kein zwingender Grund ersichtlich ist, weshalb dieser genau bei [...] liegt.

³⁰⁶ Vgl. zum Ganzen RPW 2020/2, 572 Rz 843, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.3.1, *Sport im Pay-TV*; ebenso, wenn auch etwas weniger deutlich, BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 215), Art. 7 N 300 ff.

³⁰⁷ Vgl. RPW 2024/1, 171 Rz 388, *Deponie Höli*.

³⁰⁸ Vgl. auch Widerspruchsmeldung, Rz 287.

362. Missbräuchlich ist eine Ungleichbehandlung jedoch nur dann, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt.³⁰⁹

363. Die Festsetzung des Schwellenwerts basiere auf Erfahrungswerten und sei hoch angesetzt. Damit hätten Dritte Anreize als Vermittler tätig zu werden. Das Nutzungsentgelt von [...] beruhe auf Expertenschätzwerten.³¹⁰ Vermittler, welche den Schwellenwert erreichen würden, wären wegen der Anzahl vermittelter öV-Tickets durch die Entrichtung des Nutzungsentgelts nicht im Wettbewerb behindert. Die Botschaft zur PBG-Revision halte fest, dass das Entgelt nur unangemessen wäre, wenn es in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen würde.³¹¹ Überdies decke das Nutzungsentgelt der externen Vermittler nur einen zu vernachlässigenden Teil der Betriebskosten der NOVA-Plattform.³¹²

364. Dass für Drittvermittler erst ab einem Schwellenwert von [...] vermittelter öV-Tickets ein Nutzungsentgelt fällig wird liegt mit anderen Worten darin begründet, dass seitens Swissspass Anreize für die Vermittlung geschaffen werden sollen. Immerhin stellt die Entgeltlichkeit keine Schlechterstellung der «Vielvermittler» dar, zumal das Nutzungsentgelt für Dritte schon im Gesetz in Art. 17a Abs. 3 PBG vorgesehen ist. Vielmehr handelt es sich um eine Besserstellung der «Wenigvermittler». Es erscheint als nachvollziehbar, dass das Interesse an einem Anreiz für die Vermittlung unterhalb einer bestimmten Schwelle das Interesse an einer Kostenbeteiligung übersteigt, da bei einer geringen Anzahl Transaktionen die Kosten weniger ins Gewicht fallen dürften. Insgesamt dürfte sich daher die Ungleichbehandlung der «Vielvermittler» gegenüber den «Wenigvermittlern» sachlich begründen lassen. Es bestehen mithin keine Anhaltspunkte dafür, dass die in den NOVA-NB 3.2 vorgesehenen Bestimmungen zum Nutzungsentgelt bei Umsetzung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. B KG darstellen könnten.

C.4.2.1.2 Sicherheitsleistung (Klausel im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»)

365. Die Anwendung der NOVA-NB 3.2 gegenüber Dritten erfolgt über den Standardvertrag Zugang NOVA-Plattform (vgl. Rz 1 f. und 21 f.). Für den Zugang hat der Vermittler zur Sicherstellung sämtlicher Rechte und Forderungen [...] vor Vertragsunterzeichnung eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen [...] (vgl. Rz 173).

366. Hieraus ergibt sich eine Ungleichbehandlung der Drittvermittler gegenüber den vermittelnden KTU und Verbänden. Gemäss Widerspruchsmeldung sei die Sicherheitsleistung erforderlich, weil externe Vermittler im Gegensatz zu den KTU und Verbänden nicht im Besitz der öffentlichen Hand seien und Letztere damit keine Garantie für deren Bonität hätten.³¹³

367. Zwar kann die Bonität dazu führen, dass ungleiche Situationen oder zumindest ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen. Allerdings überzeugt das in der Widerspruchsmeldung vorgebrachte Argument nicht. Dies zumal auch Drittvermittler in Frage kommen, welche ihrerseits ebenso im Besitze der öffentlichen Hand sind oder bei welchen es sich gar um Gemeinwesen handelt.

368. Relevant erscheint demgegenüber der Umstand, dass sich die KTU gestützt auf Art. 17a Abs. 3 PBG von Gesetzes wegen an der gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur zu beteiligen haben. Swissspass kann deren Beteiligung daher von vornherein nicht von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen. Zudem ist wiederum daran zu erinnern, dass KTU bzw. Verbünde gemäss den Bestimmungen der Vorschrift V512 verpflichtet sind, die System- und Prozesskosten, die Kosten für den Betrieb und die Weiterentwicklung sowie die Abschreibungen der NOVA-Plattform anteilmässig mitzutragen (vgl. Rz 164). Swissspass macht zudem geltend, dass die KTU und Verbünde beim Mandatsträger Guthaben aus GA- und Halbtaxschlüsseln sowie aus weiteren Verkehrserträgen hätten. Daher sei deren Bonität im Unterschied zu den externen Vermittlern immer sichergestellt. Deshalb sähen die NOVA-NB 3.2 keine entsprechende Bestimmung für KTU und Verbünde vor, die als Vermittler tätig würden.³¹⁴ Insofern befinden sich die vermittelnden KTU und Verbünde nicht in derselben Situation wie Drittvermittler. Damit scheint mithin keine Ungleichbehandlung gleichartiger Situationen vorzuliegen. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die in den NOVA-NB 3.2 vorgesehenen Bestimmungen zur Sicherheitsleistung bei Umsetzung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. B KG darstellen könnten.

C.4.2.2 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

369. Hinsichtlich des Tatbestands der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i. V. m. Abs. 1 KG fallen wiederum insbesondere das Nutzungsentgelt für Dritte sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» in Betracht.

C.4.2.2.1 Nutzungsentgelt für Dritte

370. Zum Nutzungsentgelt gilt es zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 18a PBG das BAV die notwendigen Verfügungen erlässt, sofern die KTU ihren sich aus Art. 17a Abs. 3 PBG ergebenden Grundpflichten nicht nachkommen. Damit kann sich ein Drittvermittler bei einem unangemessenen Entgelt an das BAV wenden und um Erlass einer entsprechenden Verfügung ersuchen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts entfällt folglich das Tatbestandselement der Erzwingung, weil dadurch eine Ausweichmöglichkeit besteht.³¹⁵ Unter diesen Voraussetzungen kann nicht davon ausgegangen werden, Swissspass würde das Nutzungsentgelt für Dritte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. C KG erzwingen.³¹⁶

³⁰⁹ Vgl. RPW 2024/1, 175 Rz 410, *Deponie Höli*.

³¹⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 289 f.

³¹¹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 292.

³¹² Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 294.

³¹³ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 246.

³¹⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 254.

³¹⁵ Vgl. BGE 137 II 199, E. 5.4, *Terminierung Mobilfunk*.

³¹⁶ Vgl. BGE 137 II 199, E. 5.5, *Terminierung Mobilfunk*.

C.4.2.2.2 Sicherheitsleistung (Klausel im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»)

371. Die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung stellt potenziell eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Allerdings ist auch hierzu festzustellen, dass die Gewährleistung von diskriminierungsfreien Bedingungen für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte gemäss Art. 17a Abs. 4 PBG zu den Grundpflichten der KTU gehört, weshalb auch hierüber das BAV nach Art. 18a PBG die notwendigen Verfügungen erlassen kann. Dementsprechend ist auch hier das Tatbestandselement des Erzwingens von vornherein nicht gegeben (vgl. Rz 370).

C.4.3 Ergebnis

372. Da die NOVA-NB gegenüber Dritten bisher noch nicht umgesetzt wurden, ist eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung vorliegend nicht möglich. Gestützt auf die bisher vorliegenden Informationen kann jedoch Folgendes festgehalten werden:

373. Hinsichtlich Nutzungsentgelt für Dritte bestehen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Ungleichbehandlung der vermittelnden KTU und Verbünde einerseits sowie der Drittvermittler andererseits. Die gegebenenfalls vorliegende Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Drittvermittlern scheint sich sachlich begründen zu lassen. Sodann bestehen auch betreffend Sicherheitsleistung im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» keine Anhaltspunkte für eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.

374. Das Nutzungsentgelt sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung kommen zwar grundsätzlich als unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG in Betracht. Aufgrund der gesetzlichen Regelung in Art. 18a PBG, wonach das BAV bei Streitigkeiten über das Nutzungsentgelt und die Zugangsbedingungen entscheidet, kann entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden, Swisspass würde das Nutzungsentgelt und die Zugangsbedingungen für Dritte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingen.

375. Da Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisspass bestehen, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Swisspass eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten tragen dürfte.³¹⁷

C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

376. 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 nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

377. 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:

- 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.

C.5.1 Wettbewerbsabrede

378. 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).

379. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.³¹⁸

380. Das öV-Provisionsmodell für den NDV sei vom Strategierat von Swisspass zu Händen der KTU und Verbünde verabschiedet worden. Es sei als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts zwischen den KTU und Verbünden im NDV zu qualifizieren.³¹⁹ Das öV-Provisionsmodell soll bei der Vermittlung von öV-Tickets gelten (vgl. Rz 5 und 180). Somit sind alle KTU und Verbünde an der Verhaltensweise beteiligt.

381. Das öV-Provisionsmodell wird von den leistungserbringenden KTU und Verbünden angewendet. Sie treten auf dem schweizweiten Markt für Vermittlungsdienstleistungen auf der Nachfrageseite auf (vgl. Rz 354). Die leistungserbringenden KTU und Verbünde fragen die Vermittlung ihrer öV-Tickets für die von ihnen jeweils bedienten Strecken und Verbundgebiete bei den Vermittlern nach (vgl. Rz 337). Damit sind die KTU und Verbünde auf der gleichen Marktstufe tätig. Sie stehen in einem horizontalen Verhältnis zueinander.³²⁰

382. Unbestritten ist, dass das öV-Provisionsmodell als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts zwischen den KTU und Verbünden im NDV zu qualifizieren ist (vgl. Rz 180). Damit besteht eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens.

³¹⁷ Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL II*.

³¹⁸ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altimum*.

³¹⁹ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 307.

³²⁰ Je nach Marktabgrenzung könnten auch vertikale oder konglomerate/diagonale Abreden bestehen.

383. Was das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung angeht, ist festzustellen, dass die KTU und Verbünde mit dem öV-Provisionsmodell vereinbaren, bei der Vermittlung von öV-Tickets das gleiche Provisionsmodell für die Entschädigung [...] zu verwenden. [...] Mit dieser vereinbarten Vorgehensweise ist die Handlungsfreiheit der KTU und Verbünde hinsichtlich der Provisionen an Vermittler und somit des Preises für die Vermittlung im NDV so eingeschränkt, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden.³²¹ Die Vereinbarung über das öV-Provisionsmodell ist für eine Ausschaltung oder Begrenzung der Wettbewerbsvariable Preis ursächlich. Es ist bei Umsetzung des öV-Provisionsmodells von einer Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszugehen.

384. Aus vorangehenden Ausführungen folgt, dass das öV-Provisionsmodell als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG anzusehen ist.

C.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

385. Das öV-Provisionsmodell bezieht sich auf die Entschädigung, mithin den Preis, bei der Vermittlung. Daher ist das öV-Provisionsmodell als Preisabrede zu qualifizieren.³²² Indem das öV-Provisionsmodell die Vorgehensweise für die Berechnung der Vermittlungsprovisionen vorgibt sowie Minimal- und Maximalbeträge vorgegeben sind, lässt sich auf die Eignung zur Entfaltung einer preisharmonisierenden Wirkung schliessen.³²³ Zudem führt die Widerspruchsmeldung aus, im NDV werde den Vermittlern mit dem öV-Provisionsmodell immer derselbe Prozentsatz an Provision ausbezahlt.³²⁴

386. Damit ist das öV-Provisionsmodell als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Es greift die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, wonach das öV-Provisionsmodell den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

C.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

387. Die Behandlung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung erfolgt anhand des nach heuristischen Prinzipien abgegrenzten schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbünde im NDV (vgl. Rz 346).

388. Gemäss Widerspruchsmeldung seien alle KTU und Verbünde im abgeltungsberechtigten Personenverkehr mit Erschliessungsfunktion Mitglieder von Swissspass bzw. des Vereins ch-integral. Es gebe in diesem Sinne keine «Konkurrenten», die nicht am öV-Provisionsmodell beteiligt seien.³²⁵ Daraus folgt, dass alle leistungserbringenden KTU und Verbünde der Schweiz an der Wettbewerbsabrede über das öV-Provisionsmodell teilnehmen.

389. Potenzielle Konkurrenz durch allenfalls neu eintretende leistungserbringende KTU und Verbünde erscheint als kaum vorhanden. Die Hürden für einen Markteintritt dürften eher hoch sein. Zudem müsste ein neu eintretendes KTU wegen der Regulierung des öffentlichen Verkehrs Swissspass beitreten. Mit einem Beitritt übernehme das neu eintretende Unternehmen au-

tomatisch das öV-Provisionsmodell. Durch diesen Mechanismus besteht keine potenzielle Konkurrenz.

390. Es besteht somit kein aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb.

391. Innenwettbewerb durch an der Abrede beteiligte Wettbewerber könnte insofern bestehen, als das öV-Provisionsmodell nur bei der Vermittlung von öV-Tickets im NDV zur Anwendung gelangt. Demgegenüber erfasst der hypothetisch abgegrenzte schweizweite Markt für Vermittlungsdienstleistungen der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbünde auch Strecken, die nicht dem NDV zuzuordnen sind.

392. Zur Abschätzung der Aufteilung kann für die Zwecke dieser Vorabklärung auf die Aufteilung zwischen NDV und RDV beziehungsweise NDV und anderem Verkehr auf die Aufteilung des gesamten öV abgestellt werden. Gesamthaft erzielte der öV im Jahr 2023 einen Umsatz von 6.374 Milliarden Franken. Davon erzielte der NDV 4.147 Milliarden Franken. Der Umsatz der Verbünde betrug 2.227 Milliarden Franken.³²⁶ Folglich macht der NDV in Umsatz gemessen ungefähr 65 % des öV aus.

393. Für die Zwecke dieser Vorabklärung kann davon ausgegangen werden, dass sich diese Aufteilung zwischen NDV und RDV oder anderem Verkehr auf den Markt für Vermittlungsdienstleistungen übertragen lässt. In diesem Fall setzt sich das vermittelbare Volumen auf dem relevanten Markt aus ungefähr 65 % NDV und 35 % RDV oder anderem Verkehr zusammen.

394. Dies wiederum bedeutet, dass die Wettbewerbsabrede in Form des öV-Provisionsmodells schätzungsweise 65 % des Marktvolumens betrifft. Unabhängig von den Grössenverhältnissen erscheint es als unwahrscheinlich, dass ein etwaiger Innenwettbewerb bei NDV-fremder Vermittlung eine Disziplinierung auf den Wettbewerb bei der Provisionierung bezüglich NDV haben könnte. Unabhängig von den Provisionen für NDV-fremden Vermittlung sind die leistungserbringenden KTU und Verbünde zur Anwendung des öV-Provisionsmodells verpflichtet. Eine Anpassung der Provisionshöhe im öV-Provisionsmodell könnte nur über einen Mehrheitsbeschluss aller KTU und Verbünde erfolgen. Da es sich bei den Nachfragern von Vermittlungsleistungen betreffend NDV aber im Wesentlichen um dieselben Unternehmen handeln dürfte, welche Vermittlungsleistungen für RDV und internen Verkehr nachfragen, ist nicht von einer Disziplinierung auszugehen.

³²¹ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

³²² Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.5.5, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-7756/2015 vom 16.8.2022 E. 9.3.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

³²³ Vgl. BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023, E. 6.2.1.9, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau/Erne*.

³²⁴ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 116.

³²⁵ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 141.

³²⁶ Vgl. Medienmitteilung Swissspass vom 6.3.2024 zu öV-Umsätzen im Jahr 2023.

395. Zudem sind die Vermittler an einer möglichst hohen Anzahl vermittelter öV-Tickets interessiert. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass die Vermittler ihr Angebot für die Vermittlung von öV-Tickets im NDV durch die Vermittlung von öV-Tickets im RDV und im internen Verkehr ersetzen. Unter Umständen wäre aus diesem Grund der relevante Markt sogar auf die Vermittlung von öV-Tickets im NDV einzugrenzen. Diese Frage kann vorliegend allerdings offenbleiben, weil es am Resultat nichts ändern würde.

396. Mit den vorhandenen Informationen ist eine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem schweizweiten Markt für Vermittlungsdienstleistungen nicht zu erwarten.

C.5.4 Selbst-Wenn-Betrachtung: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

397. An dieser Stelle erfolgt im Sinne einer Selbst-Wenn-Betrachtung eine Einschätzung, falls das öV-Provisionsmodell zu keiner (vermutungsweisen) Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würde.

398. Abreden, welche wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG).

399. Beim öV-Provisionsmodell handelt es sich vor dem Hintergrund eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen der Vermittler an die Leistungserbringer um eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG. Eine Wettbewerbsabrede, die unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, ist grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.³²⁷

400. Vorliegend sind keine Hinweise auf einen Bagatellfall ersichtlich. Somit beschränkt die vorliegende horizontale Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – das öV-Provisionsmodell – den Wettbewerb erheblich. Sie ist vorbehaltlich einer Rechtfertigung unzulässig.

C.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

401. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG 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.

402. Rechtfertigungsgründe für das öV-Provisionsmodell macht die Widerspruchsmeldung nicht geltend. Die Wettbewerbsbehörde ist ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu forschen.

Es obliegt den an der Abrede beteiligten Unternehmen, die Aspekte darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollten.³²⁸

403. Aus den Angaben in der Widerspruchsmeldung könnte allenfalls aus dem Vorbringen, das öV-Provisionsmodell diene der Sicherstellung des NDV, ein Rechtfertigungsgrund abgeleitet werden (vgl. Rz 187). Zu diesem Vorbringen ist festzustellen, dass derzeit das System NDV funktioniert; dies ohne öV-Provisionsmodell. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern das öV-Provisionsmodell notwendig ist, um den NDV zu gewährleisten. Ausserdem würde das öV-Provisionsmodell diesfalls unter Art. 17 Abs. 1 PBG fallen und damit der Genehmigungspflicht des BAV unterliegen (vgl. Rz 306 ff.). Das BAV konnte sich bisher jedoch nicht festlegen, ob das öV-Provisionsmodell der Genehmigungspflicht unterliegt.³²⁹

404. Weiter könnte ein Rechtfertigungsgrund allenfalls auch aus dem Vorbringen abgeleitet werden, wonach das öV-Provisionsmodell der Gewinnung zusätzlicher Reisender diene und damit eine maximale Auslastung der KTU sicherstelle (vgl. Rz 188). Dieses Vorbringen beträfe am ehesten den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Wirtschaftlich effizient können Abreden sein, welche zu einer ökologisch sinnvollen oder gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder von öffentlichen Gütern führen. Insbesondere können Abreden effizient sein, die der Optimierung des unternehmerisch erforderlichen Einsatzes natürlicher Ressourcen oder des Gebrauchs öffentlicher Güter dienen.³³⁰

405. Dazu ist anzuführen, dass die Widerspruchsmeldung keine Angaben macht, inwiefern eine maximale Auslastung der KTU im Zusammenhang mit einer rationelleren Nutzung von Ressourcen steht. Weiter ist nicht ersichtlich, dass nur eine gemeinsame Verwendung des öV-Provisionsmodells bei allen KTU gleichzeitig eine maximale Auslastung sicherstellt. Die Notwendigkeit der Festlegung einer einheitlichen Provision zur Erreichung des allfälligen Effizienzziels dürfte kaum gegeben sein. Vielmehr erscheint, zumindest auf den ersten Blick, ein individuelles Vorgehen der KTU als zielführender; sofern überhaupt alle KTU gleichermassen eine maximale Auslastung zum Ziel haben. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern das öV-Provisionsmodell notwendig ist, um bei allen KTU eine maximale Auslastung sicherzustellen.

³²⁷ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altium*; BVer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

³²⁸ Vgl. BVer, B-787/2014 vom 16.11.2022 E. 13.3.2, *Abreden im Bereich Luftfracht*.

³²⁹ Vgl. Angaben BAV, Rz 16 f.

³³⁰ Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.3.3, *Sammelrevers*.

C.5.6 Ergebnis

406. Da das öV-Provisionsmodell bisher noch nicht umgesetzt wurde, ist eine abschliessende Marktabgrenzung und damit Beurteilung vorliegend weder möglich noch notwendig. Beim Szenario einer sehr engen Marktabgrenzung, das heisst wenn die relevanten Märkte als Vermittlungsmärkte für öV-Tickets für die einzelnen jeweils von den KTU und Verbänden bedienten Strecken abgrenzt würden, wäre das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den KTU und damit eine Wettbewerbsabrede kaum denkbar (vgl. Rz 346). Unter Annahme eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände würden für das öV-Provisionsmodell hingegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bestehen. Selbst wenn eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gelingen sollte, wäre von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch das öV-Provisionsmodell auszugehen. Eine mögliche Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz wäre aufgrund der vorhandenen Informationen nicht ersichtlich. Das öV-Provisionsmodell könnte damit bei Umsetzung eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

C.6 Ergebnis

407. Diese Vorabklärung ist eine Folge einer Widerspruchsmeldung des Vereins ch-integral. Gegenstand ist die geplante Einführung der NOVA-NB 3.2 für den Zugang zur NOVA-Plattform und des öV-Provisionsmodells.

408. In Bezug auf die vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigenden NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») ergibt die Vorabklärung, dass vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen, soweit es dabei um die Regelung der gegenseitigen Beziehungen der KTU und Verbände geht. Zudem liegen vorbehaltene Vorschriften in Bezug auf den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur im Rahmen von Art. 17a PBG vor. Nicht vom KG ausgenommen werden darüber hinausgehende Regelungen für Beziehungen zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Die Vorabklärung zeigte im Zusammenhang mit dem Betrieb der NOVA-Plattform zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swispass, jedoch nicht dafür, dass sich diese durch die Umsetzung der NOVA-NB 3.2 im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhält, namentlich indem sie Drittvermittler diskriminieren oder ihnen unangemessene Geschäftsbedingungen aufzwingen würde. Entsprechend bestehen aus kartellrechtlicher Sicht keine Einwände gegen die Umsetzung der NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»).

409. In Bezug auf das öV-Provisionsmodell kann die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit nicht abschliessend beurteilt werden. Die Zulässigkeit hängt massgeblich von der Marktabgrenzung ab. Es stehen mehrere gleichermassen mögliche Marktabgrenzungen im Raum. Weil das öV-Provisionsmodell noch nicht umgesetzt ist, steht allerdings im Voraus noch keine dieser möglichen Marktabgrenzungen im Vordergrund. Die verfügbaren Informationen erlauben keine Abschätzung, welche

Marktabgrenzung der zukünftigen Entwicklung am nächsten käme. Die vorliegende Beurteilung kommt deshalb zum Schluss, dass das öV-Provisionsmodell je nach Marktabgrenzung eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen kann. Allerdings besteht aufgrund der ungewissen Marktabgrenzung gegenwärtig kein kartellrechtliches Verbot. Die KTU und die Verbände tragen jedoch bei der Umsetzung des öV-Provisionsmodell potenziell ein Sanktionsrisiko, auf das es hinzuweisen gilt, und das sie anhand des vorliegenden Berichts je nach eintretendem Szenario einschätzen und vermeiden können.

D Kosten

410. Für die Behandlung der Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren (Art. 1 Abs. 1 Bst. b GebV-KG). Praxisgemäss werden die Kosten einer der Widerspruchsmeldung nachfolgenden Vorabklärung dem Widerspruchsverfahren zugerechnet.³³¹ Soweit das meldende Unternehmen am gemeldeten Verhalten festhält, dieses jedoch (noch) nicht umgesetzt hat, ist die Eröffnung einer Untersuchung mangels Auswirkungen in der Regel von vornherein ausgeschlossen. Die Vorabklärung dient diesfalls wie das eigentliche Widerspruchsverfahren dazu, dem meldenden Unternehmen eine Einschätzung der von ihm geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen.³³²

411. Gebührenpflichtig ist, wer das Widerspruchsverfahren verursacht hat (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Die Meldung wurde vom Verein ch-integral, eingereicht. Folglich trifft ihn die Gebührenpflicht.

412. Gemäss Art. 4 Abs. 1 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach Zeitaufwand. Es gilt ein Stundenansatz von 100–400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG). Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

413. Die Kostenbestimmung erfolgt nach der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse.

E Schlussfolgerungen

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

1. stellt in Bezug auf die gemeldeten NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») fest, dass unter den gegebenen Umständen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei deren Umsetzung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt;

³³¹ Vgl. RPW 2020/4a, 1573 f. Rz 248 ff., *SwissZinc AG*.

³³² Vgl. BGE 135 II 60, E. 3.4, *Maestro Interchange Fee*.

-
2. stellt in Bezug auf das gemeldete öV-Provisionsmodell fest, dass unter der Annahme eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbünde Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass bei Umsetzung des öV-Provisionsmodells eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegen könnte;
 3. stellt in Bezug auf das gemeldete öV-Provisionsmodell weiter fest, dass dieses bis heute nicht umgesetzt wurde und damit aktuell ungeachtet der Frage der Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegen;
 4. verzichtet derzeit unter den gegebenen Umständen darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu beantragen.
 5. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Brandgating beim Selektivvertrieb

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

1. Sachverhalt

1. U. sei in den selektiven Vertriebssystemen zahlreicher Anbieterinnen von Produkten als zugelassene Händlerin tätig. Sie verkaufe Produkte gemäss den Vorgaben des jeweiligen selektiven Vertriebssystems [...].¹

2. U. betreibe zudem [einen Online-Marktplatz]² [...], [auf welchem] neben U. auch andere Händlerinnen Produkte verkaufen könnten. Soweit U. zugelassene Händlerin sei, [erfülle der Online-Marktplatz] für die entsprechenden Produkte die Anforderungen des selektiven Vertriebs für den Online-Handel.³

3. Einige Händlerinnen hätten in der Vergangenheit über [den Online-Marktplatz] Produkte angeboten, für welche ein selektives Vertriebssystem bestanden habe, ohne Mitglieder des selektiven Vertriebssystems gewesen zu sein (nachfolgend: nicht zugelassene Dritthändlerinnen). Verschiedene Anbieterinnen hätten sich deshalb an U. gewandt und sie gebeten, Verkäufe nicht zugelassener Dritthändlerinnen zu blockieren (nachfolgend: Brandgating). Einzelne dieser Anbieterinnen hätten die Belieferung von U. – mithin ihren Status als zugelassene Händlerin – vertraglich von der Umsetzung von Brandgating gegenüber nicht zugelassenen Dritthändlerinnen abhängig machen wollen.⁴

4. U. verstehe das Anliegen der Anbieterinnen, ihre selektiven Vertriebssysteme zu schützen. Es liege auch im Interesse von U., dass keine gefälschten Produkte angeboten würden, was durch Brandgating weitgehend sichergestellt werde. [...]. Der Schutz selektiver Vertriebssysteme sei [jedoch] primär Aufgabe der Anbieterinnen. [...].⁵

2. Frage

5. Darf eine Betreiberin [eines Online-Marktplatzes], die selbst zugelassene Händlerin in einem selektiven Vertriebssystem ist und in diesem Rahmen Produkte über [ihren Online-Marktplatz] vertreibt, Verkäufe nicht zugelassener Dritthändlerinnen auf [diesem Online-Marktplatz] blockieren?

3. Beurteilung

3.1. Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder

sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG⁶). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

7. Die vorstehend (Rz 1–3) erwähnten Anbieterinnen von Produkten, U. sowie die zugelassenen und nicht zugelassenen Dritthändlerinnen erfüllen grundsätzlich den Unternehmensbegriff und können insbesondere Wettbewerbsabreden treffen sowie Marktmacht ausüben. Die geplanten Verhaltensweisen können sich so dann grundsätzlich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz ist gegebenenfalls anwendbar.

3.2. Vorbehaltene Vorschriften

8. Es sind keine vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) ersichtlich.

3.3. Beurteilung

3.3.1. Einleitung zum Selektivvertrieb

9. Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden (nachfolgend: zugelassene Händlerinnen), und in denen sich die zugelassenen Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind (nachfolgend: nicht zugelassene Händlerinnen).⁷ Zugelassene Händlerinnen sind in einem

¹ Vgl. U., Schreiben vom 12. September 2025, Rz 2.

² Bei Online-Marktplätzen handelt es sich in der Regel um Anbieterinnen von Online-Vermittlungsdiensten, die Händlerinnen und potenzielle Kundinnen und Kunden miteinander in Kontakt bringen (Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden [Vert-Bek-Erläuterungen], abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen, Fn 62).

³ Vgl. U., Schreiben vom 12. September 2025, Rz 3, 9.

⁴ Vgl. U., Schreiben vom 12. September 2025, Rz 4 f.

⁵ Vgl. U., Schreiben vom 12. September 2025, Rz 8, 13 f.

⁶ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

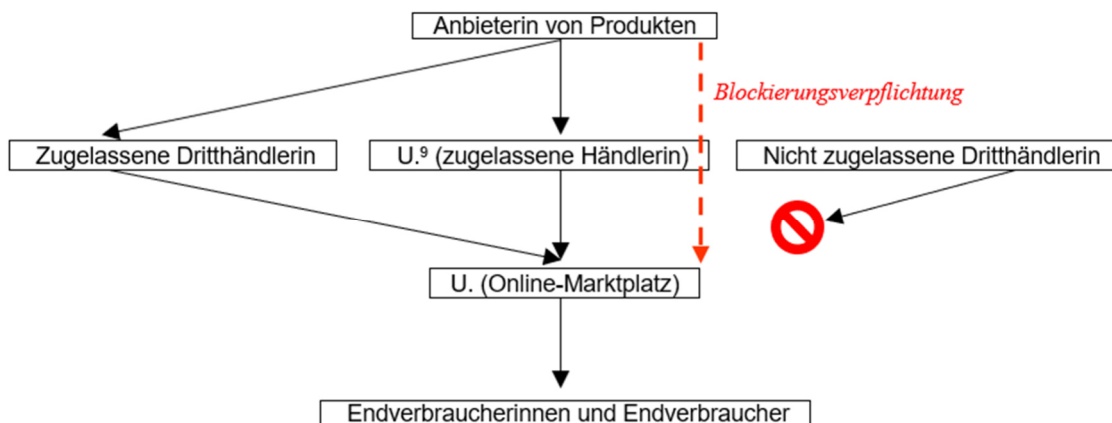
⁷ Art. 5 Abs. 1 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

selektiven Vertriebssystem vor aktiven und passiven Verkäufen durch nicht zugelassene Händlerinnen geschützt; hingegen können insbesondere auch zugelassene Händlerinnen mit Sitz ausserhalb der Schweiz in der Schweiz aktiv und passiv verkaufen. Die Beschränkungen dienen dem Schutz selektiver Vertriebssysteme vor dem Vertrieb durch systemfremde Händlerinnen.⁸

10. Zu beurteilen ist vorliegend, ob sich U. gegenüber einer Anbieterin, die ihre Produkte im Selektivvertrieb vertreibt und U. als zugelassene Händlerin anerkannt

hat, vertraglich verpflichten darf, auf [ihrem Online-Marktplatz] den Vertrieb der Produkte der Anbieterin durch nicht zugelassene Dritthändlerinnen mittels einer Blockierung zu unterbinden, wobei sich die Blockierung nicht auf die nicht zugelassenen Dritthändlerinnen allgemein, sondern nur auf die betroffenen Produkte der Anbieterin beziehen soll (nachfolgend: Brandgating-Klausel).

11. Die zu beurteilende Konstellation lässt sich wie folgt veranschaulichen:



12. Die Brandgating-Klausel wird unter den Gesichtspunkten unzulässiger Vertikalabreden (Rz 15 ff.) sowie des Missbrauchs von Marktmacht (Rz 29 f.) behandelt, letzteres mangels Angaben in der Beratungsanfrage nur kursorisch.

3.3.2. Tätigkeitsbereiche

13. Die vorliegend relevanten Unternehmen sind in den folgenden Bereichen tätig:

- **Anbieterinnen von Produkten:** Die vorliegend relevanten Anbieterinnen von Produkten sind tätig in der Herstellung, im Import und/oder im Vertrieb von Produkten auf Grosshandelsstufe. Sie verkaufen ihre Produkte im Selektivvertrieb an U. sowie zugelassene Dritthändlerinnen.
- **U.:** U. ist tätig im Vertrieb von Produkten auf Stufe Einzelhandel sowie als Anbieterin von Online-Marktplatz-Dienstleistungen für Händlerinnen.¹⁰ Als Händlerin fragt sie Produkte der Anbieterinnen (vgl. vorstehend) nach und verkauft diese [...] über [ihren Online-Marktplatz] weiter.¹¹ Als Anbieterin von Online-Marktplatz-Dienstleistungen bietet U. anderen Händlerinnen die Möglichkeit, auf Stufe Einzelhandel Produkte über [den Online-Marktplatz] von U. zu vertreiben.
- **Dritthändlerinnen:** Dritthändlerinnen sind tätig im Vertrieb von Produkten auf Stufe Einzelhandel. Sie fragen, soweit vorliegend relevant, Produkte von Anbieterinnen und Online-Marktplatz-Dienstleistungen für Händlerinnen von U. nach. Sie bieten die Produkte der Anbieterinnen auf der nachgelagerten Marktstufe insbesondere über [den Online-Marktplatz] von U. zum Verkauf an.

14. Abschliessende Marktabgrenzungen sind auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht möglich. Sie sind auch insofern nicht erforderlich, als – soweit etwa Marktanteilszahlen relevant sind – jeweils verschiedene Szenarien erörtert werden, woraus U. auf der Grundlage ihrer Marktanteilsschätzungen die für sie relevanten Schlüsse ziehen kann.

⁸ VertBek-Erläuterungen, Rz 17; Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl C 248, 30.6.2022, S. 1–85 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 145. Aktiver Verkauf ist die gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung (Art. 2 VertBek). Passiver Verkauf ist ein auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehender Verkauf (Art. 3 VertBek).

⁹ [...].

¹⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen zu möglichen Marktabgrenzungen in EU-Kommission, AT.40462 / AT.40703 vom 20. Dezember 2022, *Amazon Marketplace / Amazon Buy Box*, Rz 80; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 29889 vom 16. November 2021, *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon Marketplace*, Rz 270 ff.; Bundeskartellamt, B 2 – 55/22 vom 5. Juli 2022, *Amazon: Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB*, Rz 91 ff.; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, S/0013/21 vom 12. Juli 2023, *Amazon / Apple Brandgating*, Rz 61 ff.; Competition & Markets Authority, 51184 vom 3. November 2023, *Decision to accept binding commitments under the Competition Act 1998 from Amazon in relation to conduct on its UK online marketplace*, Rz 3.5 ff. Vgl. auch die Ansätze in RPW 2023/2, 354 Rz 88, *TX/BOM*; RPW 2021/3, 662 f. Rz 59 ff., *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2018/4, 945 Rz 83, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/4, 764 Rz 48, *Coop/Swisscom*.

¹¹ Vgl. zur Abgrenzung zwischen stationärem Handel und Online-Handel RPW 2022/2, 444 Rz 10, *Central Group/SIGNA-Gruppe/Selfridges Group*.

3.3.3. Unzulässige Vertikalabreden

3.3.3.1. Vertikalabrede

15. Zu prüfen ist eine Brandgating-Klausel (Rz 10) zwischen Anbieterinnen von Produkten und U. als Betreiberin [eines Online-Marktplatzes]. Eine solche Klausel kann grundsätzlich den Begriff der Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen, wobei es vorliegend um eine Vertikalabrede zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen geht. Ein mögliches horizontales Element, auf das nachstehend eingegangen wird (Rz 20), ändert nicht die für die Prüfung der vorliegenden Frage relevante vertikale Natur der Beziehung.

3.3.3.2. Unzulässigkeit

16. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

Art. 5 Abs. 4 KG

17. Die Wettbewerbsbeseitigung (Rz 16) wird in Bezug auf Vertikalabreden vermutet bei Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

18. Die vorliegend zu prüfende Brandgating-Klausel (Rz 10) erfüllt die Vermutungstatbestände betreffend vertikale Preisabreden oder absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich nicht (vgl. jedoch Rz 22).

Vertikalbekanntmachung

19. Im Bereich vertikaler Wettbewerbsabreden sind die Vertikalbekanntmachung¹² und die VertBek-Erläuterungen¹³ zu beachten. Die Vertikalbekanntmachung ist anwendbar auf erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Art. 1 VertBek). Vorliegend kann aufgrund der hybriden Funktion von Unternehmen wie U. als Anbieterinnen von Online-Marktplatz-Dienstleistungen einerseits und Händlerinnen auf diesen Marktplätzen andererseits fraglich sein, ob eine Brandgating-Klausel (Rz 10) im Sinne von Art. 1 VertBek die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Dies deshalb, weil sich eine Brandgating-Klausel (Rz 10) vordringlich auf die Online-Marktplatz-Dienstleistungen – nicht auf die Tätigkeiten als Händlerin – bezieht. Die spanische Wettbewerbsbehörde gelangte im Verfahren *Amazon / Apple Brandgating* zum Schluss, dass die der Vertikalbekanntmachung entsprechende Vertikal-GVO¹⁴ und damit deren Safe-Harbor-Bestimmungen auf Brandgating nicht anwendbar seien, weil die entsprechenden Vertragsbestimmungen nicht die Bedingungen des Bezugs, Verkaufs und Wei-

terverkaufs von Apple-Produkten durch Amazon als Händlerin betrafen.¹⁵ Sie führte deshalb eine Einzelfallprüfung gemäss (dem Art. 5 KG entsprechenden) Art. 101 AEUV¹⁶ durch. Während ein solcher Ansatz nachvollziehbar ist, überzeugt er vorliegend nicht in jeder Konstellation. So führt U. aus, dass [...] gewisse Anbieterinnen von Produkten die Anerkennung von U. als zugelassene Händlerin von einer Brandgating-Klausel (Rz 10) abhängig machen würden. Zumindest in dieser Konstellation ist Brandgating eine Bedingung im Sinne von Art. 1 VertBek, die U. erfüllen muss, um als Händlerin Produkte beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen zu können, so dass die Vertikalbekanntmachung anwendbar ist. Darüber hinaus kann die Frage, ob die Voraussetzungen von Art. 1 VertBek in einem konkreten Einzelfall erfüllt sind, jedoch nicht abstrakt beurteilt werden.

20. Die Vertikalbekanntmachung ist sodann nicht anwendbar auf vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen (Art. 10 Abs. 2 VertBek). Eine Anbieterin von Produkten kann ihre Produkte gleichzeitig über U. sowie eigene Kanäle (z. B. eine Händlerinnenwebseite oder einen physischen Laden) vertreiben, so dass eine Wettbewerbssituation zwischen der Anbieterin und U. möglich ist. Während die Vertikalbekanntmachung in Art. 10 Abs. 2 lit. a VertBek eine Ausnahme zum Anwendungsvorbehalt vorsieht, dürfte diese vorliegend nicht greifen, weil Art. 10 Abs. 4 VertBek eine Gegenausnahme vorsieht. Diese Gegenausnahme gilt für «vertikale Wettbewerbsabreden in Bezug auf die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten», wenn die Anbieterin der Online-Vermittlungsdienste (vorliegend: U.) eine Wettbewerberin auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren ist. Weil U. gemäss Beratungsanfrage zugelassene Händlerin und damit «Wettbewerberin auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren» ist, scheint Art. 10 Abs. 4 VertBek vorliegend einschlägig, so dass die Vertikalbekanntmachung insofern nicht anwendbar ist. Grund für diese Regelung ist, dass eine Anbieterin wie U. einen Anreiz haben kann, ihren eigenen Absatz zu begünstigen, und in der Lage ist, das Ergebnis des Wettbewerbs zwischen Unternehmen, die ihre Online-Vermittlungsdienste nutzen, zu beeinflussen, weshalb Abreden gemäss Art. 10 Abs. 4 VertBek generell Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf den relevanten Märkten

¹² Vgl. Fn 7.

¹³ Vgl. Fn 2.

¹⁴ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 134, 11.5.2022, S. 4–13 (wobei auch die früheren Fassungen der Jahre 2010 und 2002 erwähnt werden).

¹⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, S/0013/21 vom 12. Juli 2023, *Amazon / Apple Brandgating*, Rz 424 («las Cláusulas de Exclusión o Brand Gating [...] – objeto de investigación en el presente expediente – no están relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios contractuales (i.e. los productos que APPLE suministra a AMAZON como distribuidor aquella) por lo que se trata de cláusulas contenidas en un acuerdo vertical a las que no resulta de aplicación el RECAV [...]»).

¹⁶ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen geben können.¹⁷ Weil mangels eines konkreten zu prüfenden bilateralen Verhältnisses vorliegend keine abschliessende Prüfung vorgenommen werden kann, wird nachstehend gleichwohl sowohl eine Prüfung anhand der Vertikalbekenntmachung (Rz 21 ff.) als auch – für Konstellationen, in denen die Anwendbarkeit der Vertikalbekenntmachung zu verneinen ist – eine Einzel-fallprüfung (Rz 24 f.) durchgeführt.

21. Vertikale Wettbewerbsabreden im Kontext selektiver Vertriebssysteme führen gemäss der Vertikalbekenntmachung – vorbehältlich bestimmter Ausnahmen – in der Regel *nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung*, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Sie gelten zudem – vorbehältlich bestimmter Ausnahmen – in der Regel ohne Einzel-fallprüfung als *gerechtfertigt*, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Die erwähnten Ausnahmeregelungen gemäss Art. 16 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 2 VertBek beziehen sich einerseits auf die in Art. 5 Abs. 4 KG geregelten Tatbestände, die vorliegend grundsätzlich nicht erfüllt sind (Rz 17 f.; vgl. jedoch Rz 22). Andererseits stehen beim Selektivvertrieb im Zusammenhang mit Brandgating die nachstehenden Tatbestände gemäss Art. 15 VertBek im Vordergrund, die als qualitativ schwerwiegend gelten:

- die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, wobei Ausnahmetatbestände (z. B. für die Beschränkung aktiver oder passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händler in Gebieten mit Selektivvertrieb) zu beachten sind (Art. 15 lit. c[i] VertBek);
- die Beschränkung von Quertieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[ii] VertBek);
- die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[iii] VertBek);
- die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen (Art. 15 lit. e VertBek).

22. Vorliegend geht es gemäss Beratungsanfrage einzig darum, dass U. auf der Grundlage einer Brandgating-Klausel (Rz 10) Dritthändlerinnen blockiert in Bezug auf den Verkauf von Produkten, für die ein selektives Vertriebssystem besteht, zu welchem diese Dritthändlerinnen nicht zugelassen sind. Ein solches Verhalten erfüllt für sich allein genommen grundsätzlich keinen der vorstehenden Tatbestände gemäss Art. 15 VertBek, zumal hiermit einzig der dem Selektivvertrieb immanente Verkauf nur durch zugelassene Händlerinnen (Rz 9) umge-

setzt wird. Im Kern geht es vorliegend mithin um die Frage, ob das selektive Vertriebssystem einer Anbieterin von Produkten zulässig ausgestaltet und umgesetzt wird. In diesem Sinne ist die Brandgating-Klausel (Rz 10) im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems nur insoweit unproblematisch, als dieses zulässig ausgestaltet und umgesetzt wird. Dies wäre etwa dann nicht der Fall, wenn Dritthändlerinnen mit unterdurchschnittlichen Preisen systematisch die Eigenschaft als zugelassene Händlerinnen entzogen würde (indirekte Festsetzung von Wiederverkaufspreisen¹⁸) oder nur zugelassene Händlerinnen aus der Schweiz geduldet würden (indirekte absolute Gebietsabschottung¹⁹). Das in der Beratungsanfrage angesprochene Argument, wonach, wenn die Betreiberin des Online-Marktplatzes selbst als zugelassene Händlerin tätig ist, jegliche Dritthändlerinnen Produkte über diesen Online-Marktplatz vertreiben können müssten, überzeugt nicht. Die Ausgestaltung der Internetpräsenz dürfte nämlich kaum je alleine ausschlaggebend sein für die Zulassung einer Händlerin. Vielmehr dürfte für die Anbieterin gemeinhin ein Bündel an Kriterien (z. B. professionelle Lagerhaltung, zeitgerechte Lieferungen, kompetente Ansprechpersonen) relevant sein.²⁰

23. Infolge des Vorstehenden ist die vorliegend zu prüfende Brandgating-Klausel (Rz 10) bis zu einem Marktanteil der beteiligten Unternehmen von 30 % grundsätzlich zulässig. Ein Vorbehalt gilt für Situationen nebeneinander bestehender Netze von vertikalen Wettbewerbsabreden, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, falls die betreffenden Unternehmen über individuelle Marktanteile über 5 % und einen kumulativen Marktanteil über 30 % verfügen (nachfolgend: Netze ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden).²¹ Solche bedürfen grundsätzlich einer Einzelfallbeurteilung (Rz 24 ff.).

Einzelfallbeurteilung nach Art. 5 Abs. 1 KG

24. Verfügt mindestens eine der Vertragsparteien über einen Marktanteil über 30 % oder sind die Safe-Harbor-Bestimmungen der Vertikalbekenntmachung aus anderen Gründen nicht anwendbar (Rz 19 ff.), ist grundsätzlich eine Einzelfallanalyse gemäss Art. 5 KG durchzuführen.

25. Der Selektivvertrieb kann den Wettbewerb abschwächen, insbesondere durch den Verlust des markeninternen Wettbewerbs, den Ausschluss bestimmter Händlergruppen (z. B. leistungsfähiger Discounter) sowie die Erleichterung von Anbieter- oder Abnehmerkollusion. Je stärker die Marktstellung der Anbieterin, insbesondere über der Schwelle von 30 %, desto grösser ist die Gefahr für den Wettbewerb durch den Verlust an markeninternem Wettbewerb. Besondere Risiken für den Wettbewerb bestehen bei kumulativer Anwendung eines

¹⁷ EU-Vertikalbekenntmachung, Rz 105.

¹⁸ VertBek-Erläuterungen, Rz 6.

¹⁹ VertBek-Erläuterungen, Rz 12.

²⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 235.

²¹ Gemäss Art. 16 Abs. 2 VertBek ist bei einzelnen Lieferantinnen oder Händlerinnen mit einem Marktanteil, der 5 % nicht überschreitet, in der Regel nicht davon auszugehen, dass sie wesentlich zu dem kumulativen Abschottungseffekt beitragen. Zudem ist es unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abschottungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von Netzen vertikaler Wettbewerbsabreden abgedeckt werden.

Selektivvertriebs durch mehrere Anbieterinnen mit starker Marktstellung. Im Wettbewerbsrecht der europäischen Union gilt dies insbesondere dann, wenn die Marktabdeckung von Netzen ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden 50 % übersteigt und zudem der gemeinsame Marktanteil der fünf grössten Anbieterinnen höher als 50 % ist. Die Nachfragemacht einzelner Händlerinnen kann sodann zu Ausschlussmechanismen führen, wenn sie gegenüber der Anbieterin Auswahlkriterien durchsetzen, die neue und leistungsfähigere Händlerinnen vom Zugang zum Markt ausschliessen.²²

26. Im Sinne einer Leitlinie erachtet das Sekretariat Brandgating-Klauseln wie die vorliegend zu prüfende (Rz 10) auch *ausserhalb des Anwendungsbereichs der Vertikalbekenntmachung* (Rz 19 f.) als kartellrechtlich unbedenklich, solange kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 30 % überschreitet und keine Netze ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden bestehen (Rz 23).

27. Überschreitet entweder die Anbieterin von Produkten oder die Anbieterin von Online-Marktplatz-Dienstleistungen die Marktanteilsschwelle von 30 %, ist grundsätzlich eine einzelfallweise Prüfung unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien (Art. 14 lit. b VertBek) durchzuführen. Überschreitet jedoch nur die *Anbieterin der Online-Marktplatz-Dienstleistungen* die Marktanteilsschwelle von 30 %, dürfte dies für sich allein genommen jedoch in der Regel nicht zu einer anderen Einschätzung führen und es ist vorbehaltlich besonderer Umstände von der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit einer Brandgating-Klausel (Rz 10) in diesem Kontext auszugehen. Selbst wenn die Anbieterin eines Online-Marktplatzes nämlich über hohe Marktanteile verfügen würde, wäre die Umsetzung einer Brandgating-Klausel (d. h. das markenspezifische Blockieren von Verkäufen nicht zugelassener Händlerinnen; Rz 10) grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich, wenn nicht auch die Anbieterin über bedeutende Marktanteile verfügen oder eine Situation mit Netzen vertikaler Wettbewerbsabreden (Rz 23, 25) bestehen würde.

28. Überschreitet jedoch die *Anbieterin von Produkten* die Marktanteilsschwelle von 30 %, ist grundsätzlich eine einzelfallweise Prüfung unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien (Art. 14 lit. b VertBek) angezeigt, wobei insbesondere auch Rechtfertigungsgründe (Art. 18 Abs. 3 und 4 VertBek) zu berücksichtigen sind (Rz 16). Selbst bei einem Marktanteil der Anbieterin über 30 % dürfte eine Brandgating-Klausel beim Selektivvertrieb (Rz 10) jedoch zumindest dann grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich sein, wenn es sich um rein qualitativen Selektivvertrieb gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 17 VertBek handelt, wenn also im Sinne der *Metro*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (i) die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordert, (ii) die Wiederverkäuferinnen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden (die zudem einheitlich festgelegt werden, allen potenziellen Wiederverkäuferinnen zur Verfügung stehen und unterschiedslos angewandt werden), und (iii) die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.²³ Diese Annahme rechtfertigt sich deshalb, weil davon ausgegangen werden kann, dass

die mit dem rein qualitativen Selektivvertrieb verknüpften Beschränkungen des markeninternen Wettbewerbs durch eine Verbesserung des Qualitätswettbewerbs zwischen den Marken ausgeglichen wird.²⁴ Bestehen allerdings Netze ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden, ist eine Einzelfallbeurteilung der Erheblichkeit unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien sowie von Rechtfertigungsgründen notwendig.²⁵

3.3.4. Unzulässiger Missbrauch von Marktmacht

29. Auch Unternehmen mit Marktmacht dürfen sich für den Verkauf ihrer Produkte des Selektivvertriebs bedienen. Verfügt ein Unternehmen – sei es als Anbieterin von Produkten oder als Anbieterin von Online-Marktplatz-Dienstleistungen – über eine marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht gegenüber einer nicht zugelassenen Drittanbieterin (Rz 3), könnte diese bei Anwendung einer Brandgating-Klausel (Rz 10) etwa den Vorwurf der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), der Erzeugung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) oder der Einschränkung der Erzeugung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) erheben.

30. Die vorstehenden Ausführungen betreffend eine Einzelfallprüfung unter Art. 5 KG (Rz 25 ff.) – insbesondere die vordringliche Relevanz der Marktstellung der Anbieterin und die mutmassliche Zulässigkeit eines rein qualitativen Selektivvertriebs gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 17 VertBek auch bei hohen Marktanteilen – sind grundsätzlich auch einschlägig für eine kartellrechtliche Würdigung unter Art. 7 KG.²⁶

3.3.5. Antwort

31. Brandgating zum Schutz eines selektiven Vertriebssystems ist im Grundsatz zulässig, solange das selektive Vertriebssystem selbst kartellrechtlich zulässig ist. Eine Betreiberin [eines Online-Marktplatzes], die selbst zugelassene Händlerin in einem selektiven Vertriebssystem ist und in diesem Rahmen Produkte über [ihren Online-Marktplatz] vertreibt, darf deshalb Verkäufe nicht zugelassener Dritthändlerinnen auf [diesem Online-Marktplatz] grundsätzlich blockieren, wenn der Marktanteil der Anbieterin von Produkten unter 30 % liegt – oder der Marktanteil der Anbieterin zwar über 30 % liegt, sie jedoch ein System rein qualitativen Selektivvertriebs gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 17 VertBek betreibt – und keine Netze ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden vorliegen. Andernfalls ist grundsätzlich eine Einzelfallprüfung durchzuführen.

²² EU-Vertikalleitlinien, Rz 146, 153-156, 158, 260; VertBek-Erläuterungen, Rz 20.

²³ EuGH, ECLI:EU:C:1977:167, Rz 20 f., *Metro/Kommission*.

²⁴ EU-Vertikalleitlinien, Rz 148.

²⁵ In der Beratungsanfrage wird am Rande die *Blockierung gefälschter Produkte* thematisiert. Das Blockieren nachweislich gefälschter Produkte dürfte unabhängig von den Marktanteilen der betreffenden Unternehmen und vom Bestehen von Netzen ähnlicher vertikaler Wettbewerbsabreden sachlich gerechtfertigt sein (Art. 5 Abs. 2 KG). Dies jedoch nur dann, wenn der Vorwurf der Fälschung substantiiert ist und nicht als Vorwand zur Behinderung von (z. B. günstigeren) Wettbewerberinnen genutzt wird (vgl. auch Art. 15 lit. j VertBek).

²⁶ Vgl. dazu EuG, ECLI:EU:T:2017:748, Rz 94 ff., *CEAHR*.

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Swisscom WAN-Anbindung II

Verfügung vom 25. August 2025 in Sachen Untersuchung 32-0259 gemäss Art. 27 KG betreffend Swisscom WAN-Anbindung II wegen unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG gegen

Swisscom (Schweiz) AG, in Bern, vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Vorbemerkungen

1. Mit Verfügung vom 21. September 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und die Swisscom AG betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bei der Ausschreibung zur WAN-Anbindung von Standorten der Schweizerischen Post mit einem Betrag von CHF 7'916'438 sanktioniert (nachfolgend: Verfahren WAN-Anbindung I). Die WEKO kam zum Schluss, dass Swisscom im Rahmen der Ausschreibung von der Schweizerischen Post (nachfolgend: Post) und von Wettbewerbern unangemessene Preise verlangt und Wettbewerber durch eine Kosten-Preis-Schere daran gehindert hat, konkurrenzfähige Angebote zu lancieren. Zudem wurden nach Ansicht der WEKO Wettbewerber von Swisscom dahingehend diskriminiert, dass sie für vergleichbare Vorleistungsprodukte (TAL, BBCS, CES) massiv unterschiedliche Vorleistungspreise bezahlen mussten, so dass sie im Wettbewerb untereinander behindert waren.¹ In der vorliegenden Untersuchung wurde die Verhaltensweise von Swisscom bei der Erbringung von WAN-Anbindungen von Standorten anderer Unternehmen analysiert. Hierbei legte Swisscom eine vergleichbare Verhaltensweise an den Tag wie diejenige gegenüber der Schweizerischen Post sowie den an der damaligen Ausschreibung teilnehmenden Fernmeldedienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA).

2. Mit Urteil vom 24. Juni 2021 hat das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der WEKO weitgehend bestätigt, wobei es die Frage der Diskriminierung offengelassen hat. Die Sanktionshöhe wurde auf CHF 7'475'261.05 reduziert.²

3. Mit Urteil vom 5. März 2024 hat das Bundesgericht den Entscheid der WEKO aufgehoben und festgehalten, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG ihre marktbeherrschende Stellung nicht missbraucht haben. Sie haben weder gegenüber Sunrise eine Kosten-Preis-Schere angewendet noch gegenüber der Wettbewerberin Sunrise und der Post unangemessene Preise erzwungen.³ Im Lichte des Urteils des Bundesgerichts wird die Verhaltensweise von Swisscom bei der

Erbringung von WAN-Anbindungen gegenüber Geschäftskunden und FDA in der vorliegenden Verfügung rechtlich gewürdigt.

A.2 Gegenstand der Untersuchung

4. Bei einem WAN (wide area network) handelt es sich um ein Rechnernetzwerk mit hoher Übertragungskapazität, das sich über einen grossen geographischen Bereich erstreckt.⁴ Unternehmen mit örtlich voneinander getrennten Standorten nutzen WAN, um einen breitbandigen Datenaustausch innerhalb des Unternehmens zu ermöglichen. Die Einrichtung eines WAN zwischen zwei oder mehr Standorten bezeichnet man dabei auch als WAN-Anbindung (dieser Standorte).

5. FDA wie Swisscom erbringen jedes Jahr für eine Vielzahl von Unternehmen WAN-Anbindungen, welche in der Regel in Form eines Projektes für mehrere Jahre vergeben werden. Diese umfassen sowohl die Einrichtung als auch den Betrieb eines WAN im Auftrag eines Unternehmens. Die WAN-Anbindung der Post-Standorte von 2009 bis 2014, welche Gegenstand des Verfahrens 32-0244 *Swisscom WAN-Anbindung* war, ist ein Beispiel für ein solches Projekt zur WAN-Anbindung.⁵

6. Mittels vorliegender Untersuchung wird geklärt, ob die von Swisscom gegenüber Nachfragern von Vorleistungsprodukten (TAL, BBCS, CES) und Nachfragern nach WAN-Anbindungen verlangten Konditionen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen und hierdurch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG Wettbewerber behindert wurden oder die Marktgegenseite benachteiligt wurde. Es bestanden Anhaltspunkte, dass Swisscom bei verschiedenen Ausschreibungen von Projekten zur Vernetzung von Unternehmensstandorten zu hohe Preise verlangt und darüber hinaus die Marktgegenseite diskriminiert. Wettbewerber von Swisscom sind für solche Projekte auf die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom angewiesen. Gemäss damals vorliegenden Indizien der WEKO habe Swisscom auch für die jeweiligen Projekte benötigten Vorleistungsprodukte zu hohe Preise verrechnet und eine Kosten-Preis-Schere angewendet, so dass Wettbewerber kein konkurrenzfähiges Angebot einreichen konnten.

¹ Vgl. RPW 2016/1, 128, *Swisscom WAN-Anbindung*.

² Vgl. BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E. 8.6 und E. 11, *Sanktionsverfügung – Swisscom WAN-Anbindung*.

³ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴ Vgl. RPW 2016/1, 136 Rz 100, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵ Vgl. RPW 2016/1, 136 Rz 101 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

7. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde insbesondere geprüft, ob Swisscom durch ihr Verhalten Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen erzwungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder eine Kosten-Preis Schere (Art. 7 Abs. 1 KG) angewendet hat (vgl. nachfolgend Rz 15). Dabei war zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht für den Nachweis von missbräuchlichem Verhalten im Rahmen von WAN-Anbindungen erhöhte Anforderungen an den Nachweis der missbräuchlichen Verhaltensweise gestellt hat. Dies führte dazu, dass in Abweichung vom Verfahren 32-0244 *Swisscom WAN-Anbindung* bei der Untersuchung von WAN-Anbindungen weitergehende Untersuchungsmassnahmen notwendig wurden (vgl. nachfolgend etwa Rz 153 ff. und 301 ff.).

A.3 Verfahrenspartei

8. Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR. 172.021) gelten Personen als Parteien, deren Rechte und Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Vorliegend ist nur Swisscom von der Verfügung betroffen, weshalb sich in diesem Verfahren die Parteistellung auf Swisscom beschränkt. Swisscom ist damit Verfahrenspartei.

9. Die Swisscom AG ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11) und Holdinggesellschaft des Swisscom-Konzerns, der insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Swisscom ist das in der Schweiz operativ tätige Tochterunternehmen. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein Mobilfunknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügte Swisscom bereits über ein glasfaserbasiertes Netz und baute zumindest bis Ende 2019 vorwiegend in Kooperation mit regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein glasfaserbasiertes Netz im Anschlussbereich auf.⁶

A.4 Verfahrensbeteiligte

10. Die Sunrise Communications AG (zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses: Sunrise GmbH, nachfolgend: Sunrise) ist Wettbewerberin von Swisscom und gleichzeitig auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Damit ist Sunrise im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG grundsätzlich durch Wettbewerbsbeschränkungen von Swisscom in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert. Sunrise hat im Verfahren ihre Beteiligung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 fristgerecht angemeldet.⁷ Damit ist Sunrise als verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung am Verfahren zuzulassen.

A.5 Verfahrensgeschichte

A.5.1 Vorabklärung

11. Am 22. Dezember 2016 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen Swisscom und teilte dies Swisscom gleichentags mit. Swisscom wurde gleichzeitig aufgefordert, verschiedene Daten über von Swisscom durchgeführte Projekte zur WAN-Anbindung sowie durch andere FDA für derartige Zwecke genutzte Vorleistungen aus dem Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 22. Dezember 2016 zur Verfügung zu stellen. Swisscom wurde zudem aufgefordert, einige weitere Informationen und Unterlagen, insbesondere alle Leistungsbeschreibungen und Handbücher für Produkte der Kategorien Anschlüsse, Daten und Infrastruktur des Bereichs Swisscom Wholesale (nachfolgend: Swisscom CWS), zur Verfügung zu stellen.⁸

12. Am 2., 23. und 28. März 2017 fanden in den Räumlichkeiten des Sekretariats Gespräche zwischen Vertretern von Sekretariat und Swisscom betreffend Umfang und die Modalitäten der Datenlieferung statt.⁹

13. Mit E-Mails vom 24. und 30. März 2017 sowie mittels Schreiben vom 24. März 2017, 7. April 2017, 12. Mai 2017, 17. Mai 2017 und 2. Juni 2017 reichte Swisscom verschiedene Informationen, Unterlagen und Testdatensätze ein.¹⁰ Mit Schreiben vom 2. Juni 2017 erklärte Swisscom zudem, die Einreichung bestimmter vom Sekretariat eingeforderter Informationen zu verweigern.¹¹

14. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 nahm das Sekretariat die Verweigerung der Einreichung bestimmter Informationen zu Kenntnis. Swisscom wurde zudem aufgefordert, weitere Angaben zum Sachverhalt zu machen.¹² Mit Schreiben vom 26. Juli 2017 reichte Swisscom eine Stellungnahme ein.¹³

15. Im Schlussbericht der Vorabklärung vom 24. August 2020 stellte das Sekretariat Anhaltspunkte fest, wonach Swisscom bei der Erbringung von Vorleistungen zur Umsetzung von Projekten zur Breitbandanbindung (WAN-Anbindung) eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.¹⁴ Einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erblickte das Sekretariat gegenüber Nachfragern nach kommerziellen Vorleistungsprodukten für die Erbringung von Endkundendienstleistungen gegenüber Geschäftskunden. Hierbei bestanden Anhaltspunkte, dass andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb behindert wurden (Art. 7 Abs. 1 KG) und Swisscom durch ihr Verhalten Handelspartner bei Preisen oder sonstigen

⁶ Vgl. RPW 2021/1, 227 ff., *Netzbaustrategie Swisscom (Anordnung vorsorglicher Massnahmen) betreffend FTTH-Ausbau im Rahmen der Netzbaustrategie bis Ende 2025*.

⁷ Vgl. act. 39.

⁸ Vgl. act. 1.

⁹ Vgl. act. 4 bis 6.

¹⁰ Vgl. act. 12, 13, 14, 16, 17, 19 und 23.

¹¹ Vgl. act. 23, S. 2.

¹² Vgl. act. 24 und 25.

¹³ Vgl. act. 26.

¹⁴ Vgl. act. 27, Beilage 2.

Geschäftsbedingungen diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen erzwungen hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder eine Kosten-Preis Schere angewendet hat (Art. 7 Abs. 1 KG).

A.5.2 Untersuchung

16. Am 24. August 2020 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Swisscom. Gleichzeitig wurde Swisscom ein Fragebogen zugestellt und Gelegenheit eingeräumt, zum Schlussbericht der Vorabklärung Stellung zu nehmen.¹⁵

17. Mit Schreiben vom 17. September 2020 zeigte Swisscom dem Sekretariat neu die Vertretung durch Lenz & Staehelin an und reichte eine entsprechende Vollmacht ein.¹⁶

18. Am 29. September 2020 veröffentlichte die WEKO die Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt.¹⁷

19. Am 30. September 2020 stellte Swisscom ein Sistierungsgesuch und beantragte, die Untersuchung sei zu sistieren bis die Untersuchungen 32-0244 Swisscom WAN-Anbindung und 32-0235: Geschäftskunden Preissystem für adressierte Briefsendungen rechtskräftig entschieden seien.¹⁸

20. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 meldete die Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) ihre Teilnahme als Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG an.¹⁹

21. Mit Schreiben vom 19. November 2020 stellte Swisscom die zusätzlichen Verfahrensanträge, dass die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 24. August 2020 bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Sistierungsgesuch vom 30. September abzunehmen und danach neu anzusetzen sei. Eventualiter sei die Frist bis zum rechtskräftigen Entscheid zu erstrecken.²⁰

22. Mit Schreiben vom 24. November 2020 erstreckte das Sekretariat die Frist zur Beantwortung des Fragebogens bis am 11. Dezember 2020. Zudem teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass es derzeit keine Sistierung des Verfahrens in Betracht ziehe und bat Swisscom mitzuteilen, ob am Sistierungsgesuch vom 30. September 2020 festgehalten werde, wobei diesfalls eine kostenpflichtige Zwischenverfügung gemäss Art. 23 Abs. 1 KG erlassen werde.²¹

23. Am 25. November 2020 nahm Swisscom innert zweimal erstreckter Frist zum Schlussbericht der Vorabklärung Stellung und beantragte, die Untersuchung sei ohne weitere Konsequenzen und Kosten einzustellen.²²

24. Mit Schreiben vom 27. November 2020 hielt Swisscom am Sistierungsgesuch vom 30. September 2020 fest.²³

25. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2020 bestätigte das Sekretariat gegenüber Sunrise die Beteiligung am Verfahren im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG.²⁴

26. Am 8. Dezember 2020 liess das Sekretariat Swisscom die Zwischenverfügung vom 7. Dezember 2020 zukommen, mit welcher das Sekretariat zusammen

mit einem Mitglied des Präsidiums das Sistierungsgesuch vom 30. September 2020 abwies.²⁵

27. Am 11. Dezember 2020 erstreckte das Sekretariat Swisscom die Frist zur Beantwortung des ersten Teils des Fragebogens bzw. zur Lieferung der verlangten Daten bis am 25. Januar 2021.²⁶

28. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2020 beantwortete Swisscom innert dreimal erstreckter Frist Teil B des Fragebogens vom 24. August 2020.²⁷

29. Mit Schreiben vom 14. Januar 2021 stellte Swisscom ein Akteneinsichtsgesuch,²⁸ welchem das Sekretariat am 19. und 20. Januar 2021 entsprach.²⁹

30. Am 25. Januar 2021 beantwortete Swisscom innert erstreckter Frist den Teil A des Fragebogens und reichte die verlangten Billing-Unterlagen ein.³⁰

31. Am 30. April 2021 teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass ein Teil der gelieferten Daten nicht lesbar sei und bat um eine erneute Zustellung dieser Daten.³¹ Am 12. Mai 2021 reichte Swisscom die entsprechenden Daten erneut ein.³²

32. Mit Schreiben vom 16. August 2021 bat das Sekretariat Swisscom um die Einreichung von weiteren Unterlagen,³³ welche Swisscom am 3. September 2021 einreichte.³⁴

33. Am 26. Oktober 2021 liess das Sekretariat Swisscom ein Auskunftsbegehren betreffend die interne Leistungserbringung von Swisscom zugehen.³⁵

34. Mit Schreiben vom 22. November 2021 stellte Swisscom ein Akteneinsichtsgesuch, welchem das Sekretariat am 30. November bzw. 1. Dezember 2021 entsprach.³⁶

35. Mit Schreiben vom 10. Februar 2022 reichte Swisscom innert zweimal erstreckter Frist einen ersten Teil der mit Auskunftsbegehren vom 26. Oktober 2021 verlangten Auskünfte und Unterlagen ein.³⁷ Unter Gewährung einer Nachfrist reichte Swisscom mit Schreiben vom 22. Februar 2022 die restlichen verlangten Auskünfte und Unterlagen ein.³⁸

¹⁵ Vgl. act. 27.

¹⁶ Vgl. act. 35.

¹⁷ Vgl. SHAB Nr. 189 vom 29.9.2020, 127 f.; BBl 2020 7584.

¹⁸ Vgl. act. 37.

¹⁹ Vgl. act. 39.

²⁰ Vgl. act. 45.

²¹ Vgl. act. 47.

²² Vgl. act. 48.

²³ Vgl. act. 51.

²⁴ Vgl. act. 53.

²⁵ Vgl. act. 54.

²⁶ Vgl. act. 57.

²⁷ Vgl. act. 58.

²⁸ Vgl. act. 59.

²⁹ Vgl. act. 60, 61 und 62.

³⁰ Vgl. act. 63 und 64.

³¹ Vgl. act. 65.

³² Vgl. act. 66.

³³ Vgl. act. 67.

³⁴ Vgl. act. 68.

³⁵ Vgl. act. 69.

³⁶ Vgl. act. 73 und 74.

³⁷ Vgl. act. 77 und 78.

³⁸ Vgl. act. 79.

36. Am 19. Mai 2022 fand auf Ersuchen von Swisscom ein Treffen zwischen Vertretern von Swisscom und dem Sekretariat statt.³⁹

37. Mit Schreiben vom 11. August 2022 teilte Swisscom dem Sekretariat einen teilweisen Wechsel der Rechtsvertretung mit.⁴⁰

38. Am 19. September 2022 richtete das Sekretariat ein Auskunftersuchen an Swisscom⁴¹, welches Swisscom mit Schreiben vom 26. September 2022 beantwortete.⁴²

39. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2022 richtete das Sekretariat ein Auskunftersuchen an Swisscom⁴³, welches Swisscom mit Schreiben vom 24. Oktober 2022 beantwortete.⁴⁴

40. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2022, 19. Oktober 2022 und 24. Oktober 2022 richtete das Sekretariat weitere Auskunftersuchen an Swisscom.⁴⁵ Diese Auskunftersuchen beantwortet Swisscom mit Schreiben vom 24. Oktober 2022⁴⁶ und 3. November 2022.⁴⁷

41. Mit Schreiben vom 3. November 2022 stellte das Sekretariat ein ergänzendes Auskunftersuchen an Swisscom⁴⁸, welches von Swisscom am 21. November 2022 beantwortet wurde.⁴⁹

42. Am 5. März 2024 erging im vorangehenden Verfahren hinsichtlich die WAN-Anbindung von Poststellen der Entscheid des Bundesgerichts (vgl. Rz 3).⁵⁰

43. Mit Schreiben vom 11. Juni 2024 stellte Swisscom ein Gesuch um Einstellung des Verfahrens.⁵¹

44. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats vom 31. März 2025 an Swisscom sowie die Zusendung einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version des Antrags an die Verfahrensbeteiligte Sunrise gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgte mit Schreiben vom 31. März 2025 respektive vom 13. Mai 2025.⁵²

45. Mit Schreiben vom 3. Juni 2025 nahm Sunrise das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis und verzichtete auf weitere Anmerkungen.⁵³

46. Mit Schreiben vom 6. Juni 2025 stellte das Sekretariat Swisscom die Stellungnahme von Sunrise zum Antrag zu.⁵⁴

47. Mit Schreiben vom 30. April 2025 verzichtete Swisscom auf eine Anhörung und beantragte eine weitere Fristerstreckung hinsichtlich Stellungnahme zum Antrag. Nach gewährter Fristerstreckung nahm Swisscom mit Schreiben vom 16. Juni 2025 Stellung zum Antrag.⁵⁵ Sie beantragte dabei, die Untersuchung antragsgemäss einzustellen, stellte gleichzeitig verschiedene Anträge zur Formulierung des Endentscheids.

B Sachverhalt

B.1 Begriffsdefinitionen⁵⁶

48. Nachfolgend werden die wichtigen Begriffsdefinitionen aufgeführt. Auf eine vollständige Liste an Begriffsdefinitionen wurde verzichtet, da einige der in diesem Dokument verwendeten Begriffe für die Beurteilung des relevanten Sachverhalts nur von untergeordneter Bedeutung sind.

49. **Access Line Optical (ALO):** Als Access Line Optical wird das Layer 1-Zugangsprodukt von Swisscom be-

zeichnet, mittels welchem FDA einen Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom nachfragen können. Swisscom vermietet hierbei eine durchgehende Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zur Glasfasersteckdose beim Endkunden (Teilnehmeranschluss).

50. **Anschlussnetz:** Das Anschlussnetz umfasst den Netzabschnitt zwischen Anschlusszentrale und den Endkunden.

51. **Backbone-Netz:** Das Backbone-Netz umfasst den Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes, mit welchem die Hauptstandorte (Anschlusszentralen) miteinander verbunden sind. Es erlaubt die Datenübertragung mit sehr hohen Bandbreiten.

52. **Bitstream Access (BSA):** Gemäss Art. 3 Bst. d^{ter} aFMG wird unter dem schnellen Bitstrom-Zugang die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten verstanden.

53. **Broadband Connectivity Service (BBCS):** Als Broadband Connectivity Service (BBCS) bezeichnet Swisscom ihre Layer 3-Dienstleistung zur Herstellung einer Breitbandverbindung zum Teilnehmer.

54. **Carrier Ethernet Service (CES):** Als Carrier Ethernet Service (CES) bezeichnet Swisscom ihre Layer 2-Dienstleistung zur Herstellung einer Breitbandverbindung zum Teilnehmer bzw. zwischen einzelnen Teilnehmern.

55. **Central Office Equipment (COE):** Mit COE werden die Sende- und Empfangsgeräte in einer Anschlusszentrale bezeichnet, die einen Teilnehmeranschluss in einer Anschlusszentrale terminieren und mit denen die Datenübertragung zum Endkunden über das jeweilige Übertragungsmedium (z.B. Kupferkabel oder Glasfaserkabel) stattfindet. Sie sind quasi das Gegenstück zu den Endkundenmodems in den jeweiligen Anschlusszentralen.

³⁹ Vgl. act. 80.

⁴⁰ Vgl. act. 81.

⁴¹ Vgl. act. 82.

⁴² Vgl. act. 83.

⁴³ Vgl. act. 84.

⁴⁴ Vgl. act. 90.

⁴⁵ Vgl. act. 84 bis 89.

⁴⁶ Vgl. act. 90.

⁴⁷ Vgl. act. 93.

⁴⁸ Vgl. act. 95.

⁴⁹ Vgl. act. 96.

⁵⁰ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵¹ Vgl. act. 98.

⁵² Vgl. act. 99 bis 105.

⁵³ Vgl. act. 106.

⁵⁴ Vgl. act. 108.

⁵⁵ Vgl. act. 102, 107 und 109.

⁵⁶ Vgl. RPW 2016/1, 135 f. Rz 82 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

56. Class of Service (CoS): CoS ist eine Priorisierungsfunktionalität, welche es ermöglicht, die Standorte pro vereinbarte Bandbreite in unterschiedliche Prioritäten aufzuteilen und für prioritären Daten- oder Telefonverkehr des Enterprise WAN Services selber oder darauf aufsetzender Zusatzdienste (z.B. IP-Telefonie) zu reservieren.

57. Customer Premise Equipment (CPE): Mit CPE wird das meist von der FDA dem Endkunden zur Verfügung gestellte Netzabschlussgerät (z.B. DSL- oder Glasfaser-Modem) bezeichnet, mittels welchem die Datenübertragung zum Endkunden stattfindet.

58. Digital Subscriber Line (xDSL): Unter DSL wird die digitale Datenübertragung nach bestimmten Übertragungsstandards für Breitbanddatenverkehr über die Kupferkabelnetzinfrastruktur bezeichnet. Dabei lassen sich die verschiedenen Varianten Asymmetric (ADSL), Symmetric (SDSL), Very high Speed (VDSL), Very High Bit Rate (VDSL2) und G.FAST unterscheiden.

59. Fernmeldedienstanbieterin (FDA): Als FDA wird eine Unternehmung bezeichnet, die fernmeldetechnische Übertragungsdienstleistungen von Informationen für Dritte anbietet.

60. Interkonnektion: Gemäss Art. 3 Bst. e FMG bezeichnet Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Die Interkonnektion umfasst daher die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinn und stellt eine notwendige Voraussetzung dafür dar, dass Informationen zwischen Kommunikationsnetzen ausgetauscht werden können.

61. Internet Service Provider (ISP): Ein ISP bezeichnet ganz allgemein einen Anbieter von Internetdiensten. Diese können den Zugang zum Internet, den Transit von Daten, Hosting von Internetseiten etc. beinhalten. Nicht jeder ISP bietet zwingend sämtliche dieser Dienste an.

62. Kollokation (KOL): Unter Kollokation wird die Miete von Raum innerhalb einer Anschlusszentrale einer Netzbetreiberin bezeichnet.

63. Layer 1: Als Layer 1 bezeichnet man die physische Infrastruktur, mittels welcher Daten übertragen werden. Diese besteht aus dem Übertragungsmedium (z.B. Kupferkabel oder Glasfaserkabel) und den damit verbundenen Geräten zum Senden und Empfangen von Daten (z.B. CPE oder COE). Die Datenübertragung kann in Form modulierter, hochfrequenter elektromagnetischer Wellen oder Lichtwellen in einer oder mehreren bestimmten Wellenlängen erfolgen. Bei einem Layer 1-Zugang erhält eine FDA Zugriff auf die passive physische Infrastruktur (Übertragungsmedium), den Raum und die Stromversorgung vor Ort, um dann mit eigenen Sende- und Empfangsgeräten die Datenübertragung zu gewährleisten.

64. Layer 2: Auf Layer 2 wird an den Sende- und Empfangsgeräten (z.B. CPE oder COE) der Zugriff auf das Übertragungsmedium (z.B. Kupferkabel oder Glasfaserkabel) und die fehlerfreie Übertragung zwischen den

über das Übertragungsmedium verbundenen Sende- und Empfangsgeräten gewährleistet. Layer 2 stellt daher eine Dienstleistung dar, die von der Netzbetreiberin erbracht wird. Die jeweiligen Sende- und Empfangsgeräte erhalten digitale Datenpakete und wandeln diese in Blöcke modulierter, hochfrequenter elektromagnetischer Wellen oder Lichtwellen um, speisen diese in das Übertragungsmedium ein, so dass sie von dem über das Übertragungsmedium verbundene Sende- und Empfangsgerät empfangen und in die digitalen Daten zurückgewandelt werden können. Hierüber wird der Datenfluss zwischen den Sende- und Empfangsgeräten und damit auch die Übertragungsgeschwindigkeit über das Übertragungsmedium geregelt. Bei einem Layer 2-Zugang liefert die FDA Datenpakete zu den Sende- und Empfangsgeräten in den Anschlusszentralen, welche dann von der Netzbetreiberin, die einen Layer 2-Zugang gewährt, von der Anschlusszentrale zum Endkundenmodem übermittelt werden.

65. Layer 3: Auf Layer 3 wird der Fluss der Datenpakete über das Netzwerk, also die Route, über die das Datenpaket vom Ausgangspunkt zum Zielpunkt geleitet wird, organisiert. Hierbei wird festgelegt, über welche Sende- und Empfangsgeräte das Datenpaket geleitet wird. Datenpakete, die noch nicht am Zielpunkt angelangt sind, werden an das jeweils nächste Sende- und Empfangsgerät auf der Route weitergeleitet. Auf Layer 3 werden netzwerkübergreifende eindeutige Adressen (z.B. IP-Adressen) festgelegt sowie die Berechnungsmethoden für die zu wählende Route (Routing) und die Fragmentierung der Datenpakete bestimmt. Beim Layer 3-Zugang liefert die FDA Datenpakete an einer zentralen Übergabestelle ein und diese werden dann von der Netzbetreiberin zum Ziel befördert.

66. Local Area Network (LAN): Als LAN bezeichnet man ein lokales physisches Datenübertragungsnetz, mittels welchem entweder elektrisch über eine Doppelader-Metallleitung oder optisch über Lichtwellenleiter (Glasfaser) Daten übertragen werden.

67. Long Run Incremental Costs (LRIC): Als LRIC wird ein Berechnungsmodell bezeichnet, basierend auf welchem das BAKOM die regulierten Preise berechnet. Hierbei werden die langfristigen Wiederbeschaffungswerte einer modernen äquivalenten Netzwerkinfrastruktur zur Berechnung herangezogen.

68. Modern Equivalent Asset (MEA): Als MEA wird eine moderne äquivalente Infrastruktur bezeichnet, welche für die Berechnung der regulierten Preise herangezogen wird. Im Bereich Netzwerkanbindungen ist dies heute eine Glasfaserinfrastruktur.

69. Nutzungseinheit: Unter einer Nutzungseinheit versteht man den Ort, an dem ein Netzabschlusspunkt für einen Endkunden (Privat- oder Geschäftskunde) in Form einer Endkundensteckdose errichtet wurde. An diesem Netzabschlusspunkt bzw. der Endkundensteckdose können dann Datenübertragungsdienstleistungen (z.B. Internet-Zugang, WAN-Anbindung etc.) abgerufen werden.

70. Service Access Point (SAP): Unter dem Service Access Point wird ein Netzzugangspunkt verstanden, an welchem bestimmte Datenübertragungsdienstleistungen

erbracht werden und bei welchem in der Regel die Übergabe des Dienstes bzw. der Datenpakete von einer FDA zu einer anderen stattfindet.

71. Service Level Agreement (SLA): Mit dem Service Level Agreement wird eine Vereinbarung über die von der FDA gewährleisteten Supportservices bezeichnet. Hierin wird vereinbart, wie schnell und in welchem Umfang die FDA im Falle eines Ausfalls des Systems zu reagieren und die Funktionsfähigkeit des Systems wiederherzustellen hat.

72. Software Defined Networking (SDN): Software Defined Networking ist eine Methode die Sende- und Empfangsinfrastruktur eines Netzwerkes so zu betreiben, dass die Weiterleitungsentscheide der Kommunikations- und Netzwerkgeräte von einem zentralen Server aus durch ein Software-Programm gesteuert werden. Dies bedeutet, dass die eingesetzte Hardware nicht mehr mit fixen Einstellungen betrieben wird, sondern diese Einstellungen durch eine Software zentral und in Echtzeit verändert werden können.

73. Vollständig entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL): Der vollständig entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG festgehalten und umfasst die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung.

74. Virtual Private Network (VPN): Unter VPN wird ein auf einer bestimmten Verschlüsselungstechnik basierendes virtuell erschaffenes Subnetzwerk von verschiedenen Rechnern verstanden. Über ein VPN ist es möglich ein eigenes Subnetzwerk auf einem physischen Netzwerk zu erschaffen und abzugrenzen.

75. Wide Area Network (WAN): Ein WAN ist ein Netzwerk zwischen räumlich weit auseinanderliegenden Rechnern bzw. zwischen lokalen Rechnernetzwerken. Über ein WAN werden in der Regel verschiedene Unternehmensstandorte miteinander verbunden. Demgegenüber spricht man von einem lokalen Rechnernetzwerk (LAN), wenn das Netzwerk an einem Standort (z.B. innerhalb eines Gebäudes) gemeint ist.

B.2 Verbindung von Unternehmensstandorten und zugrunde liegende Netzinfrastruktur

76. Die Vernetzung von Unternehmensstandorten stellt für Unternehmen mit mehreren Standorten in der Regel eine unverzichtbare Infrastruktur für die unternehmensinterne Zusammenarbeit dar. Vor diesem Hintergrund fragen verschiedene Unternehmen in der Schweiz Dienstleistungen von FDA zur Errichtung eines WAN nach. Hierbei gewährleisten die anbietenden FDA den Datentransport gegenüber den nachfragenden Unternehmen. FDA können diesen Datentransport – falls vorhanden – über ihre eigene Netzinfrastruktur bewerkstelligen oder sie können hierzu Vorleistungsangebote von FDA, die über eine Netzinfrastruktur verfügen, nutzen. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird zwischen FDA und Geschäftskunden unterschieden, wobei als letztere lediglich Unternehmen bezeichnet werden, welche keine FDA sind.

B.2.1 Netzinfrastruktur von Swisscom

77. Swisscom verfügt über ein schweizweites leitungsgebundenes Fernmeldenetz, mittels welchem leitungsgebundene Datenübertragungen zur Errichtung eines WAN erbracht werden können. Dieses Fernmeldenetz besteht zu Teilen aus Glasfaserleitungen und zu Teilen aus Doppelader-Metallleitungen.

78. Zur Datenübertragung über ihre Leitungsinfrastruktur hat Swisscom unter den Namen [...] und [...] zwei Systeme aufgebaut, welches den Datentransport aufgrund von zu definierenden Breitbandprofilen ermöglicht.⁵⁷ Hierzu können an den CPE so genannte Service Profile eingerichtet werden, über welche die gegenüber dem Endkunden zur Verfügung stehende Bandbreite geregelt wird, wobei die technisch maximal zur Verfügung stehende Bandbreite (Access Profile) entsprechend dem nachgefragten Produkt limitiert wird.⁵⁸ Wird dabei die SDN Technologie eingesetzt, so können diese Einstellungen zentral und softwaregesteuert entsprechend jederzeit verändert werden. Gemäss eigenen Angaben verwendet Swisscom für die Produktkategorien Enterprise Connect unter anderem die SDN Technologie.⁵⁹

79. Swisscom stellt zwischen CPE und COE ein auf Layer 2 basierendes virtuelles LAN (nachfolgend: VLAN) als Punkt zu Punkt Verbindung zwischen der Kundensteckdose und dem Übergabepunkt (z.B. der Anschlusszentrale) zur Verfügung, über welches parallel mehrere Dienste (Internet-Traffic, VOIP, TV-Signale) geleitet werden können.⁶⁰ Hierzu kann Swisscom an dem CPE und dem COE softwaregesteuert diejenigen Einstellungen vornehmen, die es ihr erlauben das am COE eingehende Signal auf das CPE zu leiten, unabhängig davon, welche darunterliegende physische Netzinfrastruktur (Glasfaser bzw. Kupferkabel, in Abbildung 1 blau dargestellt) genutzt wird. Die virtuelle Verbindung kann hierbei auch über mehrere Stationen (also verschiedene Sende- und Empfangsgeräte und nicht nur wie schematisch dargestellt nur zwischen zwei Sende- und Empfangsgeräten; CPE und COE) erbracht werden. Hierzu können über eine physische Leitung auf diese Weise mehrere VLAN-Verbindungen parallel erstellt werden. Für die Nutzer der virtuellen Verbindung sind unabhängig von der technischen Ausgestaltung der physischen Netzinfrastruktur nur noch die Eigenschaften der virtuellen Verbindung an den jeweiligen Endpunkten (CPE und COE) relevant.

⁵⁷ Vgl. act. 77, Beilage 1 (V 1.5), S. 5 und Beilage 2 (V 1.0), S. 5.

⁵⁸ Vgl. act. 77, Beilage 1 (V 1.5), S. 7, Beilage 2 (V 1.0), S. 9.

⁵⁹ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 5.

⁶⁰ Vgl. act. 77, Beilage 2, S. 9.

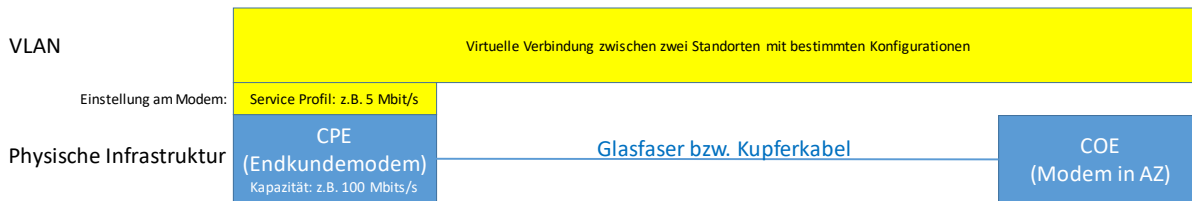


Abbildung 1: schematische Darstellung einer virtuellen Punkt-zu-Punkt-Verbindung⁶¹

80. Die einzelnen VLAN-Verbindungen zwischen Übergabepunkt und CPE können über eine virtuelle Ethernetverbindung [...] als einzelne Punkt-zu-Punkt-Verbindungen miteinander zu einem Netzwerk verbunden werden.⁶² [...].

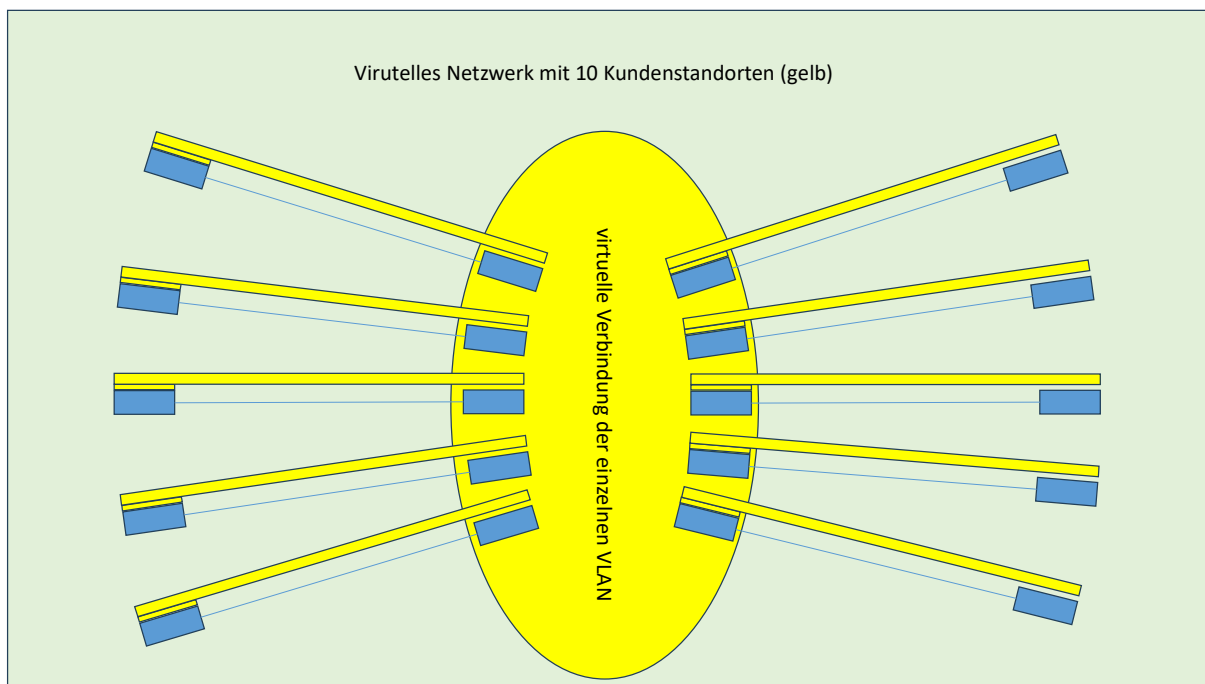


Abbildung 2: schematische Darstellung eines virtuellen Netzwerks mit 10 Kundenstandorten⁶³

81. Dadurch werden die aktiven Elemente der physischen Netzwerkinfrastruktur (CPE, COE im Anschlussnetz und Backbone-Netz) jeweils softwaregestützt so verwaltet, dass zwischen den verschiedenen Zugangspunkten des virtuellen Netzwerks die gewünschten Eigenschaften wie etwa das ausgewählte Bandbreitenprofil auf Layer 2 zur Verfügung stehen, unabhängig davon, über welche physische Netzwerkinfrastruktur die eigentliche Datenübertragung stattfindet.

82. Swisscom hat damit ihre Netzinfrastruktur virtualisiert, so dass die Datenübertragungsdienstleistungen auch über die verschiedenen Kommunikationsnetze miteinander kombiniert werden können. Zudem kann die Datenübertragungsbandbreite in den verschiedenen Netzabschnitten softwaregesteuert in Echtzeit variiert werden. Auf diese Weise kann Swisscom für sich selbst und gegenüber Dritten verschiedene virtuelle Subnetzwerke für die Erbringung von WAN-Anbindungen auf ihrer Netzinfrastruktur bereitstellen.

B.3 Bereitstellung von [...] Vorleistungsdienstleistungen durch Swisscom

83. [...]

84. Dies bedeutet, dass die von Swisscom gegenüber Geschäftskunden erbrachten Dienstleistungen grundsätzlich hinsichtlich ihrer technologischen Grundlage keinen anderen Leistungsumfang umfassen, als die von Swisscom gegenüber alternativen FDA erbrachten Vorleistungen.

⁶¹ Basierend auf: act. 77, Beilage 2, S. 10, insb. Abbildung 6.

⁶² Vgl. act. 77, Beilage 2, S. 10.

⁶³ Basierend auf: act. 77, Beilage 2 (V 1.0), S. 10, insb. Abbildung 6.

85. Zunächst werden für die einzelnen [...] Dienstleistungen die Service Levels verglichen, da diese Kategorien von Dienstleistungen im vorangegangenen Verfahren «WAN-Anbindung I» nicht im Detail thematisiert wurden. Seitens der Wettbewerber von Swisscom liegen keine Beschwerden darüber vor, Swisscom würde gegenüber Endkunden andere Service Levels und Support Levels anbieten, als Swisscom zur Verfügung stehen würden.

B.3.1 Interne Dienstleistungen und Geschäftskundenprodukte von Swisscom

B.3.1.1 LAN-Interconnect Service

86. LAN-Interconnect Service (nachfolgend: LAN-I) ist ein IP-basiertes Produkt von Swisscom, mittels welchem Swisscom Endkunden im Geschäftskundenbereich (nachfolgend: Geschäftskunden) Breitbanddienste zur Verfügung stellt. In der Basisausprägung stellt Swisscom die Dienstleistungen zur Breitbandanbindung (Basiservice LAN-Interconnect) und die Zusatzleistung «Business Center», über welche der Kunde die Dienste verwalten kann, zur Verfügung.⁶⁴ Zudem stehen die nachfolgenden weiteren Optionen gegen Aufpreis zur Verfügung: Mobile Access, DualNet, Network Performance Reporting, SecureCER, Multi-VPN, Multicast, Class of Service und Mobile Backup.

87. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird lediglich auf die Optionen DualNet, Multi-VPN, Multicast und Class of Service eingegangen. Dies weil davon ausgegangen wird, dass alternative FDA für die zusätzlichen Optionen Mobile Access, Network Performance

Reporting, SecureCER und Mobile Backup auch auf Alternativen zurückgreifen können.

88. Mit der Dual-Net Option⁶⁵ erstellt, betreibt und unterhält Swisscom eine zweite, vom Primärnetz getrennte Netzinfrastruktur des LAN-I Service. Im Falle eines Ausfalls auf dem Primärnetz wird der Datenverkehr durch Swisscom auf die andere Netzinfrastruktur (das Dual-Net) umgeleitet. Hierbei handelt es sich nach Einschätzung der WEKO um eine Zweiwegerschliessung.

89. Multi-VPN⁶⁶ ermöglicht es mehrere virtuelle Netzwerke (VPN) des gleichen Nachfragers oder verschiedener Nachfrager auf dasselbe CPE (Router) zu terminieren.

90. Bei der Option Class of Service⁶⁷ handelt es sich um eine Priorisierungsfunktion, welche es ermöglicht, die im Rahmen des LAN-I Vertrages pro Standort vereinbarten Bandbreiten in unterschiedliche Prioritäten aufzuteilen. Dies erlaubt es prioritären Daten- oder Telefonverkehr des LAN-I Services selbst oder darauf aufsetzende Zusatzdienste (z.B. IP-Telefonie) vorzuziehen.

91. Der Nachfrager kann zudem pro Standort optional ein Network Performance Reporting anfordern.⁶⁸

92. Swisscom stellt für LAN-I die nachfolgenden Service Levels zur Verfügung. Basic Service Level und die Premium Service Level SDT0, SDT1, SDT1 light, SDT4 und SDT8 (wobei SDT für Service Down Time steht).⁶⁹ Die Anforderungen in Bezug auf die Erschliessung, die maximale Ausfallsdauer oder die Supportzeit sind beim Service Level SDT0 am höchsten.

	Basic	SDT8	SDT4	SDT1 light	SDT1	SDT0
Access Type	einfach	einfach	zweifach diversifiziert	zweifach diversifiziert	Zueiweg-Erschliessung	Zueiweg-Erschliessung
End-zu-End VLAN Verfügbarkeit (jährlich)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wiederherstellungszeit (TTR) pro Störung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Max. Anzahl Störungen (jährlich)	nicht garantiert	2	1	1	1	0
Dienstüberwachung	reaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv
Reporting	-	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive

Tabelle 1: Service Levels LAN-Interconnect Service ab 2. September 2018⁷⁰

⁶⁴ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. April 2018, S. 4.

⁶⁵ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. April 2018, S. 5.

⁶⁶ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 6.

⁶⁷ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 6.

⁶⁸ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 5.

⁶⁹ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 7 f.

⁷⁰ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 8 f.

93. Swisscom bietet Entschädigungen an, falls die vereinbarten Service Levels nicht eingehalten werden, wobei die Entschädigungen als Gutschrift auf der Rechnung im Monat nach der Reporting Periode ausgerichtet werden.⁷¹ [...].

B.3.1.2 Enterprise Connectivity Services

94. Über das Angebot Enterprise Connectivity Services erbringt Swisscom Enterprise WAN Dienstleistungen, mit denen geographisch getrennte lokale Netzwerke (Local Area Network; LAN) an den Kundenstandorten miteinander verbunden werden.⁷² Zudem bietet Swisscom Enterprise Internet Services an, welche die Verbindung mit dem globalen Internet ermöglicht. Weiter stehen Enterprise LAN Services zur Verfügung, welche lokale Netzwerke (Local Area Networks; LAN) an den Kundenstandorten ermöglicht. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden lediglich die Enterprise WAN Services analysiert.

95. Enterprise Connectivity Services ist ein Produkt von Swisscom, mittels welchem Swisscom Geschäftskunden Breitbanddienste zur Verfügung stellt. In der Basisausprägung stellt Swisscom die Dienstleistungen zur Breitbandanbindung (Enterprise Connectivity Services) zur Verfügung.⁷³ Zudem stehen die nachfolgenden weiteren Optionen gegen Aufpreis zur Verfügung: Mobile Access, Network Performance Reporting, SecureCER, zusätzliche VPN, Hub & Spoke Communication und Mobile Backup.

96. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird lediglich auf die Optionen zusätzliche VPN, Hub & Spoke Communication und Class of Service eingegangen. Dies weil davon ausgegangen wird, dass alternative FDA für die zusätzlichen Optionen auch auf entsprechende Alternativen im Vorleistungsbereich zurückgreifen können.

97. Class of Service ist eine Priorisierungsfunktionalität, welche es ermöglicht, die Standorte pro vereinbarte Bandbreite in unterschiedliche Prioritäten aufzuteilen (vgl. Rz 56). Dies erlaubt es für prioritären Daten- oder Telefonverkehr des Enterprise WAN Services selbst oder darauf aufsetzende Zusatzdienste (z.B: IP-Telefonie) spezifische Bandbreiten zu reservieren, so dass diese prioritär auf diese Bandbreiten zugreifen können.⁷⁴

98. Die Hub & Spoke-Konfiguration ermöglicht eine Einschränkung der Netzwerk Konnektivität.⁷⁵ Standardmässig ist die Konnektivität «Any-to-Any» aktiviert, so dass jeder Standort innerhalb des Netzwerks mit jedem anderen Standort kommunizieren kann. Mit Hub & Spoke können Einschränkungen dahingehend konfiguriert werden, dass die als «Spoke» markierten Standorte nur zu einem oder mehreren Hauptstandorten Zugang haben, während die als «Hub» markierten Unternehmensstandorte zu allen Spoke-Standorten im Netzwerk Zugang haben.

99. Mit zusätzlichen VPNs hat der Nachfrager die Möglichkeit, mehrere virtuelle Netzwerke (VPN) des gleichen oder von verschiedenen Unternehmen auf dasselbe CPE zu terminieren.⁷⁶

100. Swisscom bietet für Enterprise Connectivity Services die nachfolgenden Service Levels an. Basic Service Level und die Premium Service Level SDT0, SDT1, SDT1 light, SDT4 und SDT8 (wobei SDT für Service Down Time steht).⁷⁷ Die Anforderungen sind wiederum beim Service Level SDT0 am höchsten.

⁷¹ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung LAN-Interconnect Service V. September 2018, S. 9 f.

⁷² Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 3.

⁷³ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 8.

⁷⁴ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 9.

⁷⁵ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 9.

⁷⁶ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 9.

⁷⁷ Vgl. act. 95, Beilage Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 15.

	Basic	SDT8	SDT4	SDT1 light	SDT1	SDT1 Dual Net	SDT0
Access Type	einfach	einfach	einfach	zweifach diversifiziert	zweifach diversifiziert	Zweiweg-Erschliessung	Zweiweg-Erschliessung
End-zu-End VLAN Verfügbarkeit (jährlich)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wiederherstellungszeit (TTR) pro Störung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Max. Anzahl Störungen (jährlich)	nicht garantiert	2	1	1	1	1	0
Dienstüberwachung	reaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv
Reporting	-	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive

Tabelle 2: Service Levels Enterprise Connectivity Services ab 14. September 2018⁷⁸

101. Swisscom bietet Entschädigungen an, falls die vereinbarten Service Levels nicht eingehalten werden, wobei die Entschädigungen als Gutschrift auf der Rechnung im Monat nach der Reporting Periode ausgerichtet werden.⁷⁹ [...]

B.3.1.3 Enterprise Connect

102. Unter dem Namen Enterprise Connect bietet Swisscom gegenüber Geschäftskunden verschiedene Dienstleistungen im Baukastenmodell (modulares Leistungspaket) an. Das Kernstück dieses Angebots ist die Netzwerk-Virtualisierung und das Software Defined Networking (SDN).

103. Hierbei unterscheidet Swisscom primär zwischen Company Modulen (über mehrere Standorte hinweg) und Location Modulen (an einem bestimmten Standort).⁸⁰

104. Bei den im Location Modul enthaltenen Diensten bietet Swisscom einen Router und die direkt mit dem Router verbundenen Leistungen wie «Cloud Access», «Voice Line», «SIP-Trunk», «Hosted PBX» oder «Swisscom TV» an.⁸¹

105. Bei den im Company Modul enthaltenen Diensten bietet Swisscom weitergehende Leistungen an, welche über ein Dashboard konfiguriert werden können (vgl. Abbildung 3).⁸²

⁷⁸ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 15.

⁷⁹ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connectivity Services V. September 2018, S. 17.

⁸⁰ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 5.

⁸¹ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 6.

⁸² Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 6.

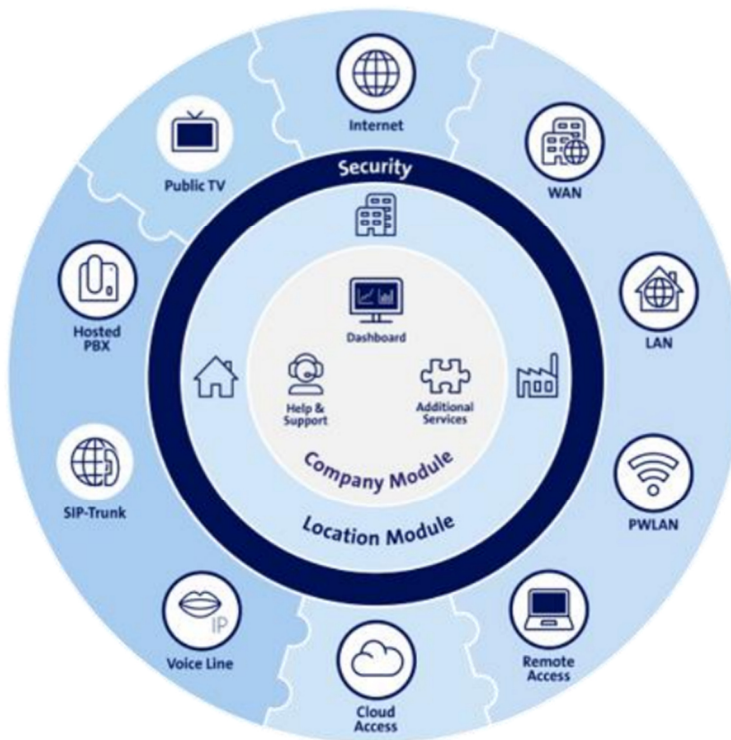


Abbildung 3: Übersicht Enterprise Connect Angebot⁸³

106. Bei der WAN-Anbindung von Unternehmensstandorten und für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind insbesondere die WAN-Dienstleistungen und die entsprechenden Zusatzleistungen im Bereich Connectivity, Class of Service (CoS) und Multi VPN relevant.⁸⁴ Dies insbesondere, weil davon ausgegangen wird, dass die weiteren von Swisscom angebotenen Dienstleistungen von alternativen FDA selbst erbracht oder anderweitig eingekauft werden können, soweit ein Zugang zu den vorgängig genannten Dienstleistungen besteht.

107. Mit der WAN-Dienstleistung können Unternehmen verschiedene geographisch getrennte lokale Netzwerke bzw. Standorte miteinander zu einem Netzwerk verbinden lassen.⁸⁵

108. Class of Service ist eine Priorisierungsfunktionalität, welche es ermöglicht, die Standorte pro vereinbarte Bandbreite in unterschiedliche Prioritäten aufzuteilen (vgl. Rz 56). Dies erlaubt es für prioritären Daten- oder Telefonverkehr des Enterprise WAN Services selbst oder darauf aufsetzende Zusatzdienste (z.B: IP-Telefonie) spezifische Bandbreiten zu reservieren, so dass diese prioritär auf diese Bandbreiten zugreifen können.⁸⁶

109. Mit zusätzlichen VPNs hat der Nachfrager die Möglichkeit, mehrere virtuelle Netzwerke (VPN) des gleichen Unternehmens oder von verschiedenen Unternehmen auf dasselbe CPE (Router) zu terminieren.⁸⁷

110. Swisscom unterscheidet dabei zwischen den Service Levels «XS», «S», «M» und «L».⁸⁸ Swisscom hält allerdings in der Leistungsbeschreibung fest, dass sich

Definitionen der Begriffe (Operation Time, Support Time, Availability, Security und Continuity) sowie die Beschreibung des Messverfahrens und des Reporting aus den übrigen Vertragsbestandteilen (z.B. «SLA-Definitionen») ergeben würden. Dies wird vorliegend so interpretiert, dass es im Einzelfall auch möglich ist, andere bzw. auf die Bedürfnisse der Nachfrager zugeschnittene Service Levels zu vereinbaren.

⁸³ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/enterprise/angebot/wireline/enterprise-connect.html#acc-blocks%5Bselected%5D%5B%5D=3> (25.8.2025).

⁸⁴ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 17.

⁸⁵ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 15.

⁸⁶ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 17.

⁸⁷ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 17.

⁸⁸ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 12.

	XS	S	M	L
Verfügbarkeit des Services (Standard)	[...]	[...]	[...]	[...]
Verfügbarkeit des Services (Optional)	[...]	[...]	[...]	[...]
Max. Anzahl Störungen (jährlich)	2	n/a	2	1
Max. Anzahl Störungen (Optional)	n/a	n/a	1	
Maximale Wiederherstellungszeit (Optional)	[...]	[...]	[...]	[...]
Dienstüberwachung	reaktiv	reaktiv	proaktiv	proaktiv
Reporting	inklusive	inklusive	inklusive	inklusive

Tabelle 3: Service Levels Enterprise Connect ab April 2020⁸⁹

111. Swisscom bietet Entschädigungen an, falls die vereinbarten Service Levels nicht eingehalten werden, wobei die Entschädigungen als Gutschrift auf der Rechnung im Monat nach der Reporting Periode ausgerichtet werden.⁹⁰ [...]

B.3.2 Externe Vorleistungsprodukte von Swisscom

112. Gegenüber alternativen FDA hat Swisscom zur Realisierung von WAN-Anbindungen grundsätzlich zwei Kategorien von Vorleistungsprodukten angeboten. Dies sind auf der einen Seite die Miete von physischen Leitungselementen wie eine Leitung bzw. Verbindung zwischen einer Anschlusszentrale und einem Kundenstandort, ohne dass Swisscom hierauf eine Dienstleistung erbringt (nachfolgend: Mietangebote). Auf der anderen Seite sind dies Datenübertragungsdienstleistungen, welche Swisscom auf der ihr zur Verfügung stehenden Netzinfrastruktur erbringt und Dritten zum Weiterverkauf anbietet (nachfolgend: Vorleistungsdienstleistungen).

113. Zu den Mietangeboten von physischen Leitungselementen im Anschlussnetz gehören die Vorleistungsprodukte Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und Access Line Optical (ALO). Durch die Nutzung dieser Vorleistungen kann eine alternative FDA beim TAL-Produkt ein Kupferkabel oder beim ALO-Produkt eine unbeleuchtete Glasfaser zwischen einer Swisscom Anschlusszentrale und dem Teilnehmeranschluss zur Nutzung mieten. Die nachfragende FDA muss dabei Sende- und Empfangsgeräte zur Nutzung der gemieteten physischen Leitung selbst einrichten und betreiben, um gegenüber ihren Nachfragern Datenübertragungsdienstleistungen erbringen zu können.

114. Zu den Vorleistungsdienstleistungen gehören die Vorleistungsprodukte Broadband Connectivity Service (BBCS) und Carrier Ethernet Service (CES). Weiter bietet Swisscom das Vorleistungsprodukt Carrier Line Service (CLS) für reine Punkt-zu-Punkt-Verbindungen an. Auf das CLS-Produkt wird vorliegend allerdings nicht vertieft eingegangen. Dies insbesondere, weil reine Punkt-zu-Punkt-Verbindungen für die Vernetzung von mehr als zwei Unternehmensstandorten kaum zum Einsatz kommen.

B.3.2.1 Carrier Ethernet Service (CES)

115. CES ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher FDA zwischen verschiedenen Interkonnektionspunkten Daten auf Layer 2 übertragen lassen können.⁹¹ Swisscom stellt diese Dienstleistung auf der eigenen Netzinfrastruktur bereit. Konkret wird bei dieser Dienstleistung auf der Netzinfrastruktur von Swisscom ein VLAN zwischen den einzelnen Anschlüssen für Dritte erstellt. Hierdurch wird quasi ein separates Netzwerk zwischen den einzelnen Anschlüssen simuliert, welches vom nachfragenden Unternehmen genutzt werden kann (vgl. Abbildung 2).

116. CES kann entweder als Punkt-zu-Punkt VLAN oder als Multipunkt VLAN in verschiedenen Spezifikationen bereitgestellt werden.⁹² Die hierzu notwendige Infrastruktur (Leitungen sowie Sende- und Empfangsgeräte) betreibt und stellt Swisscom zur Verfügung. Hinsichtlich der Endkundenmodems (CPE) kann die nachfragende FDA wählen, ob sie die Modems von Swisscom nutzen möchte oder eigene Modems aus einer von Swisscom homologisierten Liste verwenden möchte.⁹³ Die FDA erhält über einen speziellen Service Access Point (nachfolgend: SAP) Zugang zur Dienstleistung von Swisscom.

117. Der von Swisscom offerierte Dienst wird mit unterschiedlichen Service und Support Levels bereitgestellt.⁹⁴ Hierzu stehen die Qualitätsparameter Basic, Basic Light, Silver Light, Premium Silver und Premium Platinum zur Verfügung. Die einzelnen Service und Support Levels werden in der nachfolgenden Tabelle aufgezeigt.⁹⁵

⁸⁹ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 12.

⁹⁰ Vgl. act. 95, Leistungsbeschreibung Enterprise Connect V. April 2020, S. 13.

⁹¹ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 1.0 sowie Version 3-1, S. 3.

⁹² Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 1.0 sowie Version 3-1, S. 3.

⁹³ Vgl. act. 23, Handbuch Preise Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

⁹⁴ Vgl. act. 23, Handbuch Preise Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 3.

⁹⁵ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

118. Bis am 30. April 2016 waren die nachfolgenden Service Levels verfügbar:

Parameter	Typische Werte		Garantierte Werte		
	Basic	Silver DC	Silver	Platinum DC	Platinum
Redundanz	keine	keine	keine	Zweitwegerschl.	Zweitwegerschl.
Verfügbarkeit	≥ 99.90 %, typisch	≥ 99.93 % garantiert	≥ 99.95 % garantiert	≥ 99.97 % garantiert	≥ 99.97 % garantiert
Wiederherstellungszeit (TTR) pro Störung	≤ 6 h, typisch	≤ 4 h, garantiert/typ.	≤ 4 h, garantiert/typ.	≤ 2 h, garantiert/typ.	≤ 2 h, garantiert/typ.
Störungsbehebung	7x24 h	7x24 h	7x24 h	7x24 h	7x24 h

Tabelle 4: Service Levels CES vor 1. Mai 2016 (Version 2.1 und früher)⁹⁶

119. Ab dem 1. Mai 2016 waren die nachfolgenden Service Levels verfügbar:

Parameter	Typische Werte		Garantierte Werte		
	Basic Light	Basic	Silver Light	Premium Silver	Premium Platinum
Access Type	Low End-Single Access	High End-Single Access	Low End-Single Access	High End-Single Access	High End-Dual Access
End-zu-End VLAN Verfügbarkeit (jährlich)	99.50 % CPE	99.90 % CPE	99.80 % CPE	99.95 % CPE	99.99 % CPE
				99.93 % DC	99.97 % DC
Wiederherstellungszeit (TTR) pro Störung	≤ 10 h	≤ 6 h	≤ 8 h	≤ 4 h	≤ 2 h
Max. Anzahl Störungen (jährlich)	≤ 8	≤ 6	≤ 6	≤ 4	≤ 2
Störungsbehebung	Mo-Fr 8-17 h	7x24 h	Mo-So 7-22 h	7x24 h	7x24 h
Dienstüberwachung	reaktiv	reaktiv	proaktiv	proaktiv	proaktiv

Tabelle 5: Service Levels CES ab 1. Mai 2016 (Version 3.0)⁹⁷

120. Mit CES werden insgesamt acht Dienstarten unterstützt (vgl. Rz 112), wobei drei Dienstarten Punkt-zu-Punkt Verbindungen betreffen und fünf Dienstarten Multipunktverbindungen betreffen. Bei den Punkt-zu-Punkt Verbindungen kann entweder eine Ethernet Private Line (nachfolgend: EPL oder Access-EPL) oder eine Ethernet Virtual Private Line (nachfolgend: EVPL) genutzt werden. Bei den Punkt-zu-Multipunkt Verbindungen kann zwischen einer Netz-Topologie (EP-LAN, Access-EP-LAN, EVP-LAN) und einer Baumtopologie (EP-Tree und EVP-Tree) gewählt werden.

121. FDA können zur Nutzung des Services CES wählen, ob sie eigene von Swisscom homologisierte Send- und Empfangsgeräte (Option Direct Connect, nachfolgend: DC) oder von Swisscom bereitgestellte CPE nutzen möchten, wobei DC nur in den Dienstqualitäten Premium Silver und Premium Platinum zur Verfügung steht.⁹⁸

⁹⁶ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 1.0, S. 4 f.

⁹⁷ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3.1, S. 5 f.

⁹⁸ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

B.3.2.2 Broadband Connectivity Service (BBCS)

122. BBCS ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher Teilnehmeranschlüsse IP-basiert mit dem Netz der FDA an einem zentralen Übergabepunkt verbunden werden können.⁹⁹ BBCS entspricht damit einer Layer 3-Dienstleistung. Sämtliche Dienstleistungen für die Übertragung der Daten vom Übergabepunkt bzw. von der Anschlusszentrale der FDA zum Teilnehmeranschluss übernimmt Swisscom.

123. BBCS steht nur für den Datentransfer zur Verfügung.¹⁰⁰ Unterschieden werden grundsätzlich geschäftliche (Business) und private (Private) Anwendungen. Für

die Übertragungsgeschwindigkeiten stehen mehrere Profile zur Verfügung, wobei grundsätzlich zwischen ADSL, VDSL und Glasfaser (1000 Base-BX10) unterschieden wird.¹⁰¹ Sämtliche auf Kupferleitungen basierende DSL-Profile sind grundsätzlich Max Profile. Das bedeutet, dass die volle Bandbreite nicht immer zur Verfügung steht. Bei allen auf Glasfaserleitungen basierenden Profilen steht immer die volle Bandbreite zur Verfügung.¹⁰²

124. Bei BBCS stehen die nachfolgenden Service Levels zur Verfügung, wobei das Profil BBCS Business nur bis zum 31. Dezember 2015 zur Verfügung stand.¹⁰³

	Anschluss			Anbindung	
	BBCS Private		BBCS Business	Einzelanbindung	redundante Anbindung
Parameter	SLA Standard	Priorisierte Störungsbehebung (on demand)	SLA Plus	SLA Premium	SLA Premium
Verfügbarkeit (nicht garantiert)	99.0 % typisch	99.99 % typisch	99.99 % typisch	99.0 % typisch	99.999 % typisch
Vertragsstrafe	nein	nein	ja	nein	nein
Störungsbehebung	Mo-Fr, 8-17:00 h	Mo-So, 7:00-22:00 h	Mo-So, 7:00-22:00 h	7x24 h	7x24 h
Reparaturzeit	keine Angabe	typisch ≤ 8 h	garantiert, ≤ 8 Stunden	80 % innerhalb 6 h	80 % innerhalb 6 h

Tabelle 6: Service Levels BBCS¹⁰⁴

125. Zwar konnten auch nach dem 31. Dezember 2015 für BBCS Private Anschlüsse die priorisierte Störungsbehebung nachgefragt werden. Diese sah aber im Vergleich zu den BBCS Business Profilen keine Vertragsstrafe vor und eine Reparaturzeit von weniger als 8 Stunden wurde nicht mehr garantiert.

B.3.2.3 Carrier Line Service (CLS)

126. Über die Dienstleistung Carrier Line Service (CLS) stellt Swisscom anderen FDA vorvereinbarte symmetrische Übertragungskapazitäten zwischen zwei Punkten der FDA zur Verfügung. Hierbei wird zwischen zwei Netzabschlusspunkten (in der Regel Teilnehmeranschluss) über das Backbone-Netz von Swisscom eine Datenübertragungsleitung hergestellt.

127. Der Dienst CLS wird in den folgenden zwei bzw. drei Dienstqualitäten angeboten.

⁹⁹ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service, Version 1-7, S. 3.

¹⁰⁰ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service, Version 1-7, S. 3.

¹⁰¹ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service, Version 1-7, S. 3.

¹⁰² Vgl. act. 23, Handbuch Preise Broadband Connectivity Service, Version 1-16, S. 4.

¹⁰³ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service, Version 1-5, 1-6 und 1-7, S. 4.

¹⁰⁴ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service 1-7, S. 4.

Parameter	CLS Basic	CLS Premium (Silver, Platinum)
End-zu-End Verfügbarkeit	typischer Wert, nicht garantiert $\geq 99.90\%$	garantierter Wert, Silver: $\geq 99.95\%$, Platinum: $\geq 99.99\%$
Wiederherstellungszeit	typischer Wert, nicht garantiert ≤ 6 Stunden	garantierter Wert, Silver: ≤ 4 Stunden, Platinum ≤ 2 Stunden
Redundanz	keine	Silver: keine, Platinum: Zweitwegerschliessung
Störungsbehebung:	7x24 h	7x24 h
Dienstüberwachung	reaktiv	proaktiv

Tabelle 7: Service Levels CLS¹⁰⁵

B.3.2.4 Teilnehmeranschlussleitung (TAL)

128. Bei der TAL wird der nachfragenden FDA der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss, also das zweidrahtige Kupferkabel zwischen der Anschlusszentrale und der Endkundensteckdose (Teilnehmeranschluss), zur alleinigen Nutzung überlassen.¹⁰⁶ Damit die FDA das zweidrahtige Kupferkabel zur Übertragung von Signalen nutzen kann, muss sie die Anschlusszentrale, von welcher die Kupferkabelleitungen ausgehen, erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren. Mit diesen Sende- und Empfangsgeräten kann die FDA jede einzelne angeschlossene Nutzungseinheit über das Kupferkabel ansteuern und Daten übertragen. Sie ist für die Aufteilung der gebündelten Signale, welche von ihrem Backbone-Netz kommen, auf die einzelnen Kupferdrähte, welche ihrerseits zu den einzelnen Nutzungseinheiten führen, selbst verantwortlich. Hierzu muss die FDA entsprechende Räumlichkeiten innerhalb oder in der Nähe der Anschlusszentrale von Swisscom mieten, um die entsprechenden Gerätschaften zu installieren. Diese Dienstleistungen werden als Kollokation (nachfolgend: KOL) bezeichnet. Zur Nutzung der TAL benötigt die FDA eine Leitung bis zu ihrer eigenen Anschlusszentrale bzw. zu ihrem eigenen Backbone-Netz, welche sie meist in einer Kabelkanalisation von Swisscom verlegt (Layer 0). Daher kommen für die Nutzung der TAL die monatlichen Kosten für die Nutzung der Kabelkanalisation hinzu.

129. Für die Störungsbehebung bei der TAL sieht Swisscom vor, dass ein Auftrag zur Störungsbehebung während 7x24 Stunden erteilt werden kann, die Supportzeiten für Störungsbehebungen bei der TAL laufen allerdings nur von Montag bis Freitag von 08:00 bis 17:00 Uhr.¹⁰⁷

130. Ein Servicefall bei einer physischen Kupferleitung tritt grundsätzlich nur dann ein, wenn eine physische Leitung beschädigt und dadurch in ihrem Gebrauch eingeschränkt ist, dies trifft alle Nutzer der Leitung in gleichem Masse, daher kann Swisscom keine anderen Wiederherstellungszeiten gegenüber Dritten anbieten, als ihr selbst zur Verfügung stehen.

B.3.2.5 Access Line Optical (ALO)

131. Die ALO ist ein Layer 1-Zugang zu einer Glasfaserleitung zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen und steht der FDA zur ausschliesslichen Nutzung zur Verfügung. Der Zugang zur physischen Glasfaserleitung wird zwischen der optischen Telekommunikationssteckdose (OTO) in der jeweiligen Nutzungseinheit und dem optischen Verteiler (XMDF) in der Swisscom Anschlusszentrale erbracht.¹⁰⁸ Damit die Glasfaser genutzt werden kann, muss eine FDA zusätzlich eine Verbindungskablage zu ihrem optischen Übergabeverteiler nachfragen. Ein optischer Übergabeverteiler wird von Swisscom optional bereitgestellt.

132. Swisscom bietet die nachfolgenden Service Levels an:

¹⁰⁵ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Line Service, Version 2-2, S. 4.

¹⁰⁶ Vgl. Leistungsbeschreibung: Teilnehmeranschlussleitung, Version 2-0, S. 3.

¹⁰⁷ Vgl. Leistungsbeschreibung Teilnehmeranschluss, S. 22, <www.swisscom.com/dam/swisscom/de/ws/documents/D_FMG-Dokumente/TAL/D_TAL_Leistungsbeschreibung_V2-0.pdf> (25.8.2025).

¹⁰⁸ Vgl. act. 23: Leistungsbeschreibung Access Line Optical (ALO), Version 2-0, S. 3.

Parameter	Standard	Priorisierte Störungsbehebung (on demand)
Störungsannahme	7x24 h	7x24 h
Betriebszeiten	Mo-Fr: 08:00 – 17:00 h	Mo-So: 07:00 – 22:00 h
Störungsbehebungszeit:	i. d. R. 80 % innerhalb 16 h bzw. 95 % innerhalb 48 h	i. d. R. 100 % innerhalb 8 h
Rückerstattungen	nein	nein
Eskalation	frühestens fünf Werktage nach Ticketerstellung	

Tabelle 8: Service Levels ALO¹⁰⁹

133. Ein Servicefall bei einer physischen Glasfaserleitung tritt grundsätzlich nur dann ein, wenn eine physische Leitung beschädigt und dadurch in ihrem Gebrauch eingeschränkt ist, dies trifft alle Nutzer der Leitung in gleichem Masse, daher kann Swisscom keine anderen Wiederherstellungszeiten gegenüber Dritten anbieten, als ihr selbst zur Verfügung stehen.

B.3.3 Vergleich der Service Levels

134. Nachfolgend werden die intern von Swisscom genutzten Dienstleistungen mit den gegenüber alternativen FDA angebotenen Vorleistungsprodukten in Bezug auf die Erschliessungsart, die Verfügbarkeit und die Behebung von Störungen verglichen. Dabei werden die Mietangebote (TAL und ALO) nicht berücksichtigt. Dies insbesondere weil es sich hierbei um die Miete der reinen Netzinfrastruktur handelt und die jeweiligen Betreiber der Netzinfrastruktur selbst für die Bereitstellung ihrer Dienstleistungen verantwortlich sind. Lediglich bei einem Ausfall der physischen Netzinfrastruktur (z.B.

wenn durch ein externes Ereignis die physischen Leitungen beschädigt werden), würde bei der Nutzung der physischen Netzinfrastruktur eine Störung entstehen. Von einer solchen Störung wären aber mit grösster Wahrscheinlichkeit sowohl Swisscom als auch die ein Vorleistungsprodukt nachfragende FDA betroffen, weshalb hierbei keine Unterschiede in den angebotenen Dienstleistungen zu erwarten sind.

B.3.3.1 Vergleich der Erschliessungsarten

135. Swisscom bietet gegenüber Geschäftskunden über ihre internen Vorleistungsprodukte sowohl eine Einwegerschliessung, eine zweifach diversifizierte Erschliessung¹¹⁰ als auch eine Zweiwegerschliessung¹¹¹ an (LAN Interconnect: Tabelle 1, Enterprise Connectivity Services: Tabelle 2 und Tabelle 3).

136. Gegenüber alternativen Fernmeldediensteanbietern bietet Swisscom mit CES und BBCS ebenfalls diese drei Erschliessungsarten an.

	intern			extern		
Dienst/Erschliessung	LAN Interconnect ¹¹²	Enterprise Connectivity Service ¹¹³	Enterprise Connect ¹¹⁴	CES ¹¹⁵	BBCS ¹¹⁶	CLS ¹¹⁷
einfache Erschliessung	ja	ja	ja	ja	ja	ja
zweifach diversifizierte Erschliessung	ja	ja	keine Angabe	ja	keine Angabe	keine Angabe
Zweiwegerschliessung	ja	ja	ja	ja	ja	ja

Tabelle 9: Vergleich der zur Verfügung stehenden Erschliessungsarten

¹⁰⁹ Vgl. act. 23: Leistungsbeschreibung Access Line Optical (ALO), Version 2-1, S. 5.

¹¹⁰ Bei einer zweifach diversifizierten Erschliessung werden jeweils zwei CPE an eine Leitung angeschlossen, so dass der technische Ausfall eines CPE kompensiert werden kann.

¹¹¹ Bei einer Zweiwegerschliessung werden zwei voneinander unabhängige Leitungen zur Datenübertragung genutzt und betrieben.

¹¹² Vgl. act. 96, LAN-Interconnect Service (LAN-I), S. 2.

¹¹³ Vgl. act. 23, Preisliste Enterprise Connectivity Services, S. 3.

¹¹⁴ Vgl. act. 96, Enterprise Connect Pricelist valid as of November 2022, S. 3.

¹¹⁵ Vgl. act. 96, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

¹¹⁶ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service 1-7, S. 4.

¹¹⁷ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Line Service, Version 2-2, S. 4.

137. Damit stehen hinsichtlich den Erschliessungsarten der jeweiligen Standorte alternativen FDA grundsätzlich dieselben Möglichkeiten wie Swisscom zur Verfügung.

B.3.3.2 Vergleich der Verfügbarkeit des Services

138. Bei den internen Dienstleistungen garantiert Swisscom gegenüber Geschäftskunden eine Verfügbar-

keit von bis zu 100 %, wobei die garantierte Verfügbarkeit zwischen keiner garantieren Verfügbarkeit (best effort) und einer garantierten Verfügbarkeit von 100 % liegt.

139. Bei den von Swisscom gegenüber alternativen FDA angebotenen garantierten Verfügbarkeiten liegt der maximal angebotene Wert bei 99.999 %.

Dienst/Verfügbarkeit	intern			extern		
	LAN Interconnect ¹¹⁸	Enterprise Connectivity Service ¹¹⁹	Enterprise Connect ¹²⁰	CES ¹²¹	BBCS ¹²²	CLS ¹²³
best effort	[...]	[...]	[...]	ja	ja	ja
98.9 %	[...]	[...]	[...]	-	-	-
99.0 %	[...]	[...]	[...]	-	ja	-
99.5 %	[...]	[...]	[...]	ja	-	-
99.8 %	[...]	[...]	[...]	ja	-	-
99.9 %	[...]	[...]	[...]	ja	ja	ja
99.93 %	[...]	[...]	[...]	ja	-	-
99.95 %	[...]	[...]	[...]	ja	-	ja
99.97 %	[...]	[...]	[...]	ja	-	-
99.99 %	[...]	[...]	[...]	ja	ja	ja
99.999 %	[...]	[...]	[...]	-	ja	-
100 %	[...]	[...]	[...]	-	-	-

Tabelle 10: Vergleich der angebotenen Verfügbarkeiten

140. Die angebotenen Verfügbarkeiten unterscheiden sich in den Leistungsbeschreibungen geringfügig. Dennoch stehen alternativen FDA vergleichbare Verfügbarkeiten wie Swisscom selbst zur Verfügung. Wenn Swisscom sich dazu entschieden hat gegenüber Geschäftskunden eine Verfügbarkeit von 100 % zu garantieren, so wirkt sich dies nach Meinung der WEKO höchstens auf mögliche Haftungsfragen bei einem tatsächlichen Ausfall aus. Eine Verfügbarkeit von 99.999 % bedeutet, dass ein Dienst pro Jahr maximal 5 Minuten und 16 Sekunden ausfallen darf und lediglich für diese Zeitspanne keine Garantie gewährleistet werden kann. Vor diesem Hintergrund sind hinsichtlich der angebotenen Verfügbarkeiten der Dienste keine wettbewerblich relevanten Unterschiede festzustellen.

B.3.3.3 Vergleich der garantierten Wiederherstellungszeit

141. Hinsichtlich der internen Produkte garantiert Swisscom eine Verfügbarkeit von 100 % und bietet daher eine Wiederherstellungszeit von 0 Stunden an. Da-

mit kommuniziert Swisscom gegenüber Geschäftskunden, dass es bei ihr keine Ausfälle gibt.

142. Gegenüber alternativen FDA bietet Swisscom lediglich eine Wiederherstellungszeit pro Störung von maximal 2 Stunden an.

¹¹⁸ Vgl. act. 96, LAN-Interconnect Service (LAN-I), S. 2.

¹¹⁹ Vgl. act. 23, Preisliste Enterprise Connectivity Services, S. 3.

¹²⁰ Vgl. act. 96, Enterprise Connect Pricelist valid as of November 2022, S. 3.

¹²¹ Vgl. act. 96, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

¹²² Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service 1-7, S. 4.

¹²³ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Line Service, Version 2-2, S. 4.

	intern			extern		
Dienst/Wiederherstellungszeit	LAN Interconnect ¹²⁴	Enterprise Connectivity Service ¹²⁵	Enterprise Connect ¹²⁶	CES ¹²⁷	BBCS ¹²⁸	CLS ¹²⁹
best effort	[...]	[...]	[...]	ja	ja	ja
10 Stunden	[...]	[...]	[...]	ja	-	-
8 Stunden	[...]	[...]	[...]	ja	ja	-
6 Stunden	[...]	[...]	[...]	ja	ja	ja
4 Stunden	[...]	[...]	[...]	ja	-	ja
2 Stunden	[...]	[...]	[...]	ja	-	ja
1 Stunde	[...]	[...]	[...]	-	-	-
0 Stunden	[...]	[...]	[...]	-	-	-

Tabelle 11: Vergleich der angebotenen Wiederherstellungszeiten

143. Hinsichtlich der Wiederherstellungszeiten bietet Swisscom gegenüber Geschäftskunden bessere Wiederherstellungszeiten an als gegenüber alternativen FDA. So können alternative FDA maximale Wiederherstellungszeiten im Falle eines Ausfalls von 2 Stunden bei Swisscom nachfragen, während Swisscom selbst gegenüber Geschäftskunden quasi eine vollständige Ausfallsicherheit garantiert. Bei der Verfügbarkeit garantiert Swisscom bei Vorleistungsprodukten aber eine maximale Verfügbarkeit von 99.999 % (CES). Damit dürfte ein Ausfall maximal 5 Minuten und 19 Sekunden dauern, ohne dass eine Vertragsverletzung seitens Swisscom vorliegt.

144. In Kombination mit der garantierten Verfügbarkeit des Services würden sich daher lediglich Haftungsfragen stellen, falls es tatsächlich zu einem Ausfall kommen sollte und dieser nicht im Rahmen der garantierten Verfügbarkeit des Services wieder behoben werden kann. Auch vor diesem Hintergrund sind aufgrund der unterschiedlichen angebotenen Wiederherstellungszeiten keine wettbewerblich relevanten Unterschiede festzustellen.

B.3.3.4 Fazit zu den Service Levels

145. Die von Swisscom intern verwendeten und gegenüber alternativen FDA angebotenen Service Levels unterscheiden sich nur marginal voneinander. Vor diesem Hintergrund können die Service Levels, auch wenn sie nicht vollkommen identisch sind, zumindest als vergleichbar angesehen werden.

B.3.4 Bereitgestellte maximale Bandbreiten von Swisscom

146. Die über eine leitungsgebundene Netzinfrastruktur bereitstellbare Bandbreite hängt in erster Linie von den physikalischen Restriktionen des genutzten Übertra-

gungsmediums (Kupferkabel oder Glasfaserkabel) und den für die Datenübertragung genutzten Standards ab.

147. Da Swisscom für die Bereitstellung ihrer Datenübertragungsdienstleistungen so genannte [...] benutzt, sind die eingesetzten Datenübertragungsstandards soweit ersichtlich für sämtliche intern verwendeten und gegenüber Dritten bereitgestellten Vorleistungsprodukte identisch. Vor diesem Hintergrund bestehen in Bezug auf die bereitzustellenden Bandbreiten keine technischen Restriktionen, die dazu führen könnten, dass gegenüber alternativen FDA andere Bandbreiten angeboten werden als die von Swisscom gegenüber Geschäftskunden angebotenen.

¹²⁴ Vgl. act. 96, LAN-Interconnect Service (LAN-I), S. 2.

¹²⁵ Vgl. act. 23, Preisliste Enterprise Connectivity Services, S. 3.

¹²⁶ Vgl. act. 96, Enterprise Connect Pricelist valid as of November 2022, S. 3.

¹²⁷ Vgl. act. 96, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service Version 3-1, S. 5.

¹²⁸ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Broadband Connectivity Service 1-7, S. 4.

¹²⁹ Vgl. act. 23, Leistungsbeschreibung Carrier Line Service, Version 2-2, S. 4.

148. Swisscom bietet gemäss den Leistungsbeschreibungen der einzelnen Vorleistungsprodukte Bandbreiten zwischen 2 Mbit/s und 10 Gbit/s an. Während in den internen Preislisten Bandbreiten bis 10 Gbit/s jeweils aufgeführt waren, waren Bandbreiten bis 10 Gbit/s zwar auch beim kommerziellen Vorleistungsprodukt CES möglich. Dies jedoch lediglich auf Anfrage. Aus den Preis-Handbüchern von Swisscom ergeben sich die nachfolgenden angebotenen maximalen Bandbreiten in zeitlicher Übersicht:

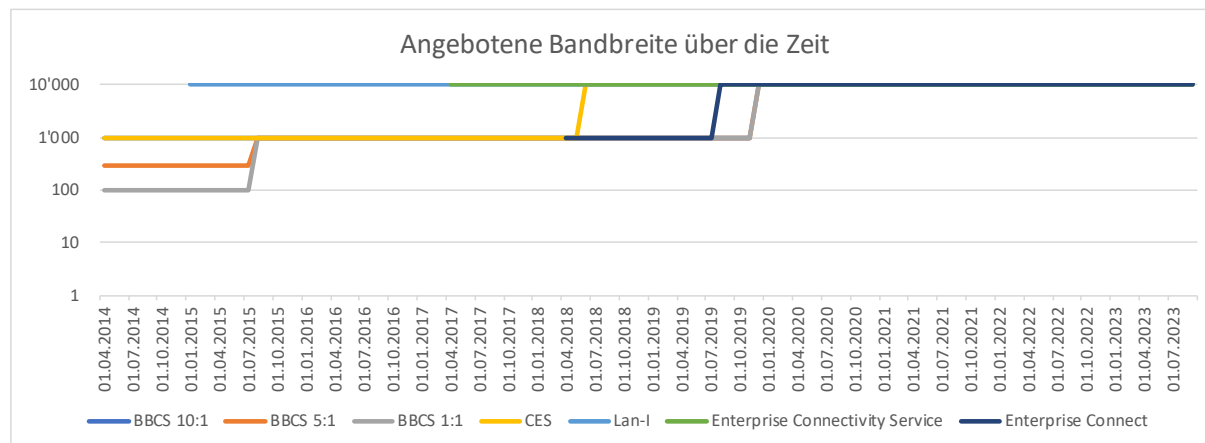


Abbildung 4: Angebotene maximale Bandbreiten im zeitlichen Verlauf¹³⁰

149. Bandbreiten von 10 Gbit/s werden in den Preis-Handbüchern des CES Angebots erst ab Juni 2018 aufgeführt. Solche Bandbreiten konnten von FDA aber bereits vorher auf Anfrage bezogen werden.¹³¹

150. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Anhaltspunkte, dass Swisscom gegenüber Geschäftskunden höhere Bandbreiten früher angeboten hat, als sie dies alternativen FDA über Vorleistungsprodukte angeboten hat.

B.3.4.1 Fazit zu den maximalen bereitgestellten Bandbreiten

151. Die Auswertung zeigt, dass die von Swisscom angebotenen kommerziellen Vorleistungsprodukte und Geschäftskundenangebote hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Bandbreite vergleichbar waren. Damit kann aufgezeigt werden, dass Swisscom zumindest bezüglich der verfügbaren Bandbreiten keine Vorteile gegenüber FDA, die Vorleistungsprodukte nachfragen, hatte.

B.4 Verhalten von Swisscom hinsichtlich der Erbringung von WAN-Anbindungen

152. Gemäss Angabe von Swisscom stellen WAN-Anbindungen einen Teil des so genannten «Lösungsgeschäfts» dar, in deren Rahmen für Kunden spezifische Lösungen für ein sich stellendes Problem gefunden werden.¹³² Daher weise jede Auftragsvergabe im Bereich von WAN-Anbindungen ihre eigenen Charakteristika auf.¹³³ Die Preisgestaltung erfolge typischerweise im Rahmen von wettbewerblichen Vergabeverfahren sowie unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten des Einzelfalls.¹³⁴ Eine schematische Preisfestsetzung oder die strikte Anwendung von Listenpreisen könnten

den damit zusammenhängenden Anforderungen nicht gerecht werden.¹³⁵ Im Interesse und entsprechend den spezifischen Bedürfnissen der Geschäftskunden (Nachfrager) müsse in jedem Einzelfall eine sachgerechte und optimale Lösung gefunden werden. Alle Geschäftskunden sowie deren Bedürfnisse seien aber letztendlich verschieden. Die Kundenbeziehung und deren Geschichte weise immer eine individuelle Prägung auf, ihre administrativen Abläufe seien regelmässig unterschiedlich ausgestaltet und ihre Bedürfnisse sowie ihr Anforderungskatalog würden voneinander abweichen. Dementsprechend müsse dem Verkäufer (Sales), der mit den konkreten Verhältnissen und Hintergründen vertraut sei, ein gewisser Spielraum belassen werden, damit er überhaupt in der Lage sei, die ungleichen Geschäftskunden auch ihrer Ungleichheit gemäss korrekt und differenziert zu behandeln. Einzelne Preispositionen einer Auftragsvergabe könnten daher kaum sinnvoll mit denjenigen einer anderen Auftragsvergabe verglichen werden.

¹³⁰ BBS x:1 bezieht sich auf das Verhältnis von Download- zu Uploadgeschwindigkeiten. Die Grafik wurde aus dem Zusammenschluss der Zahlen aus den von Swisscom gelieferten Handbüchern (act. 23 und act. 96) erstellt.

¹³¹ Vgl. z.B.: act. 23, Handbuch Preise Version 1.0, S. 4.

¹³² Vgl. act. 26, S. 1.

¹³³ Vgl. act. 48, Rz 19.

¹³⁴ Vgl. act. 26, S. 1.

¹³⁵ Vgl. act. 26, S. 1.

153. Daher würden Geschäftskunden mit Swisscom über die Preise verhandeln.¹³⁶ Diese Verhandlungen seien zusammen mit der Unterbreitung von individuellen und den Kundenbedürfnissen angepassten Lösungen Teil des WAN-Anbindungsgeschäfts.¹³⁷

154. Die von Swisscom eingereichten Rechnungsdaten im Zusammenhang mit WAN-Anbindungen von Geschäftsstandorten über einen Zeitraum von Januar 2015 bis Ende Juni 2020 wurden vom Sekretariat ausgewertet. Die Rechnungsdaten enthalten weit über 1 Mio. Einträge von WAN-Anbindungen von Geschäftskunden verteilt über die ganze Schweiz. Die berücksichtigten WAN-Anbindungsprojekte betreffen über 2'000 Geschäftskunden, ausgehend von kleinen KMU bis zu Grossunternehmen.

155. Im Rahmen der Analyse der von Swisscom gelieferten Rechnungsdaten¹³⁸ wurde festgestellt, dass Swisscom zur Befriedigung der spezifischen Kundenbedürfnisse eine Gesamtlösung für den jeweiligen Geschäftskunden aus den Swisscom intern zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukten (vgl. Abschnitt B.3.1) zusammenstellt. Die Auswertung der Rechnungsdaten hat zudem ergeben, dass sich die in der Rechnungsdatenbank festgelegten Preise je nach Geschäftskunde von den in den Price-Manuals angegebenen Preisen unterscheiden.¹³⁹ Insgesamt zeigt die Analyse der Rechnungsdaten einerseits, dass sich die vereinbarten Preise für vergleichbare Dienstleistungen an einzelnen Standorten teilweise unterscheiden. Andererseits stützt die Analyse die Ausführungen von Swisscom, wonach pro WAN-Anbindung ein Gesamtprojekt bestehend aus spezifischen Kundenanforderungen gebildet wird und die Geschäftskunden wohl entsprechend über die Preise verhandelt haben.

156. Ähnlich verhält es sich bei Vorleistungsprodukten von Swisscom (vgl. Abschnitt B.3.2), welche FDA für die WAN-Anbindungen von eigenen Geschäftskunden bei Swisscom nachfragen.¹⁴⁰ Die Auswertung der Rechnungsdaten von Swisscom zeigt, dass den FDA für einzelne der Vorleistungsprodukte unterschiedliche Preise in Rechnung gestellt wurden.¹⁴¹

157. Damit kann aufgezeigt werden, dass Swisscom gegenüber Geschäftskunden und gegenüber FDA die entsprechenden in den Price-Manuals aufgeführten Listenpreise nicht strikt angewendet hat, sondern im Rahmen der Kalkulation der einzelnen WAN-Anbindungsprojekte in der Preisgestaltung auch von den Listenpreisen abgewichen ist. Gemäss Aussagen von Swisscom finden pro Jahr zwischen 200 und 300 solcher Ausschreibungen statt, in welchen in der Regel verschiedene Verhandlungsrunden stattfinden. Es ist zum jetzigen Zeitpunkt fraglich, ob die dazugehörigen Kommunikationsdaten noch erhältlich gemacht werden könnten, um entsprechende Rückschlüsse auf das Verhalten von Swisscom rund um die tatsächlich geführten Verhandlungen ziehen zu können. Aufgrund der Angaben von Swisscom und den Auswertungen der Rechnungsdaten kann dennoch davon ausgegangen werden, dass es im Zusammenhang mit der WAN-Anbindung von Geschäftsstandorten sowohl zwischen Swisscom und Geschäftskunden als auch zwischen Swisscom und FDA in der Regel zu Verhandlungen kommt.

158. Hinzu kommt, dass seitens der Geschäftskunden von Swisscom oder seitens der FDA, welche als tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber von Swisscom auftreten, keine Meldungen oder Anzeigen an die Wettbewerbsbehörden gemacht wurden, wonach sich Swisscom im Rahmen bestimmter Ausschreibungen von WAN-Anbindungen von Geschäftsstandorten unzulässig verhalten haben könnte. Die WEKO folgert entsprechend, dass die Kunden und alternativen FDA das mit Swisscom erzielte Verhandlungsergebnis zumindest akzeptiert haben und darin keine so weitreichende Benachteiligung oder Behinderung gesehen haben, dass sie der Meinung waren sie müssten eine solche den Wettbewerbsbehörden melden.

159. Aufgrund der Vielzahl an jährlich durchgeführten WAN-Anbindungsprojekten, der Unsicherheiten hinsichtlich der Verfügbarkeit der Daten und da beim Sekretariat keine Meldungen von FDA oder Geschäftskunden eingingen, wurde für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sowohl auf eine tiefergehende Analyse der einzelnen Verhandlungen und der Kommunikationsdaten als auch auf die Durchführung eines Eigenwirtschaftlichkeitstests bei den einzelnen Ausschreibungen verzichtet.

B.4.1 Fazit zum Verhalten von Swisscom in Bezug auf die Erbringung von WAN-Anbindungen

160. Die projektweise Analyse der von Swisscom sowohl gegenüber Geschäftskunden als auch gegenüber FDA gewährten Konditionen zeigt, dass sich die vereinbarten Preise an einzelnen Standorten je nach Projekt und FDA unterscheiden, obwohl an den jeweiligen Standorten zumindest teilweise vergleichbare Dienstleistungen bezogen werden. Dennoch müssen jeweils die vereinbarten Preise pro Projekt und nicht pro Standort miteinander verglichen werden, um den individuellen Bedürfnissen der jeweiligen Kunden gerecht zu werden. Unterschiedliche Preise können das Ergebnis von Verhandlungen in Bezug auf die einzelnen WAN-Anbindungsprojekte sein. Rechtsgenügende Hinweise, dass Swisscom ihren Geschäftspartnern die Preise einseitig auferlegt hat oder nicht nur eigenwirtschaftliche Preise gegenüber Geschäftskunden verlangt hat, sind nicht erstellt.

B.5 Verhalten von Swisscom hinsichtlich des Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur

161. Neben den kommerziellen Layer 2-Vorleistungsprodukten steht alternativen FDA auch ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur zur Verfügung. Um einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nutzen zu können, müssen FDA sowohl in den Anschlusszentralen als auch bei den Endkunden eigene Sende- und Empfangsgeräte (Modems) installieren und betreiben. FDA, welche lediglich die Leitungsinfrastruktur mieten und keine Vorleistungen nachfragen, sind selbst für die von ihnen erbrachte Qualität verantwortlich. Sie alleine können

¹³⁶ Vgl. act. 48, Rz 21.

¹³⁷ Vgl. act. 48, Rz 21.

¹³⁸ Vgl. act. 61.

¹³⁹ Vgl. act. 61.

¹⁴⁰ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024, E. 9.3, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁴¹ Vgl. act. 61.

bestimmen, welche Garantien sie ihren Endkunden hinsichtlich Ausfallsicherheit (Service-Level, SLA) und Erreichbarkeit des Supports (Support Level) und welche Bandbreiten sie mittels ihrer Sende- und Empfangsgeräte übertragen. Neben dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL, welches die Miete von Kupferkabelverbindungen im Anschlussbereich ermöglicht, existiert auch das kommerzielle Mietangebot ALO von Swisscom, welches die Miete von Glasfaserverbindungen im Anschlussbereich ermöglicht.

162. Da FDA, welche einen Zugang zur physischen Netzinfrastuktur nachfragen, sämtliche Dienstleistungen wie Bandbreite, Service Levels und Support Levels selbst erbringen, werden lediglich die Preise für die jeweiligen Layer 1-Zugangsprodukte TAL und ALO aufgeführt.

B.5.1 TAL Preise

163. Die Miete der Kupferleitung ist von der COMCOM reguliert. Die COMCOM hat die nachfolgenden Preise festgelegt.¹⁴²

	V 2-0	V 2-1	V 2-2	V2-4	V 2-5	V 2-6	V 2-7	V 2-13
TAL (in CHF)	16.60	16.40	15.80	15.60	13.50	12.20	12.70	13.80

Tabelle 12: Monatliche Mietkosten für die TAL

Beschreibung einmalige Kosten	Preis einmalig
Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung	CHF 42.40
Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung	CHF 38.60
Annullierung einer TAL Bestellung nach Status „Accepted“	CHF 16.60
Störungsbehebung einer TAL	CHF 301.80

Tabelle 13: Einmalige Kosten für die TAL

164. Diese Preise liegen deutlich unterhalb der kommerziellen Vorleistungspreise und der Preise, die Swisscom gegenüber ihren Endkunden im Geschäftskundenbereich verlangt hat. Dennoch müssen die jeweiligen FDA eine Reihe von Eigenleistungen erbringen, um Dienstleistungen gegenüber Endkunden erbringen zu können. Diese Eigenleistungen bestehen in der Entbündelung der Anschlusszentrale und den damit verbundenen Kosten für die Installation und den Betrieb der Sende- und Empfangsgeräte sowie Kollokationskosten. Im Rahmen des Verfahrens WAN-Anbindung I wurden diese Kosten auf CHF [500-1'000] pro Anschluss geschätzt, welche über die Nutzungsdauer zu amortisieren sind. Geht man von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer der Sende- und Empfangsgeräte von fünf Jahren aus, so ergeben sich monatliche Kosten von ca. CHF [10-30] pro Anschluss.¹⁴³

165. Weiter bestehen die Eigenleistungen im Betrieb eines Backbone-Netzes, welches die verschiedenen in den Anschlusszentralen installierten und betriebenen Sende- und Empfangseinrichtungen zu einem gesamten Netzwerk verbindet. Diese Kosten wurden im Rahmen des Verfahrens WAN-Anbindung I auf CHF [1-5] pro Anschluss geschätzt.¹⁴⁴

166. Hinzu kommen Kosten für die Rechnungsstellung, das Inkasso, Forderungsausfälle und Gemeinkosten, welche auf CHF [5-10] berechnet wurden.¹⁴⁵

167. Damit kommen bei der Nachfrage eines Zugangs zur physischen Kupferkabelnetzinfrastuktur (TAL) zu-

sätzliche Eigenleistungen in Höhe von insgesamt ungefähr CHF [20-40] pro Monat und Standort hinzu.

168. Hierbei sind allfällige Redundanzen, das Vorhalten von Wartungspersonal im Falle eines Ausfalls etc. nicht enthalten. Es liegt an der jeweiligen FDA dafür zu sorgen, dass die gegenüber Endkunden zugesicherten Ausfallgarantien eingehalten werden. Hierfür können weitere Kosten auf die FDA zukommen.

169. Die Preise für TAL sowie die Eigenleistung zur Erbringung der minimalen Datenübertragungsleistungen liegen unterhalb der Kosten der kommerziellen Vorleistungspreise und meist unterhalb der minimalen von Swisscom gegenüber Endkunden verlangten Preise.

B.5.2 ALO Preise

170. Das kommerzielle Gegenstück im Bereich der Glasfasertechnologie zum regulierten Zugang zur Kupferkabelleitung wird von Swisscom unter dem Namen ALO vermarktet. Für die Überlassung einer oder zwei Glasfaserverleitungen verlangte Swisscom die nachfolgenden wiederkehrenden und einmaligen Preise:

¹⁴² Vgl. act. 23 und act. 96: Handbuch Preise TAL.

¹⁴³ RPW 2016/1, 154 f. Rz 183.

¹⁴⁴ RPW 2016/1, 164 Rz 221 sowie Beilage Berechnungen.

¹⁴⁵ RPW 2016/1, 155 Rz 184.

	V 1.0	V 1.1	V 2.0	V 2.5
1 Faser	CHF 39	CHF 34	CHF 34	CHF 24
2 Fasern	CHF 117	CHF 117	n/a	n/a

Tabelle 14: Monatliche Kosten ALO¹⁴⁶

171. Für die Erschliessung einer Anschlusszentrale hat Init7 auf ihrer Webseite ein Berechnungsbeispiel der Entbündelungskosten aufgeführt.¹⁴⁷ Demnach entstehen für eine FDA, die ALO nachfragt, pro Anschlusszentrale ca. CHF 2'262.- Kosten pro Monat. Diese sind auf die jeweiligen aktiven Nutzungseinheiten umzulegen. Dies bedeutet bei z.B. 100 aktiven Nutzungseinheiten pro Anschlusszentrale zusätzliche Kosten von CHF 22.62 pro Nutzungseinheit (vgl. auch Rz 160).

172. Hinzukommen verschiedene weitere Kosten, wie Kosten für den Anschluss ans Backbone-Netz (vgl. Rz 161), die Rechnungsstellung und Akquisition (vgl. Rz 162). Auch bei diesen Berechnungen kommen Kosten in Höhe von ungefähr CHF [30-40] pro Anschluss und Monat hinzu.

173. Wiederum gilt, dass diese Kosten grundsätzlich unterhalb der Kosten der kommerziellen Vorleistungs-

produkte von Swisscom und den gegenüber Endkunden von Swisscom angebotenen Endkundenprodukten im Geschäftskundenumfeld liegen.

B.5.3 Kollokation Preise

174. Neben den Kosten für die Miete der Kupfer- oder Glasfaserleitung kommen zusätzliche Kosten für die Miete der Räumlichkeiten in den Anschlusszentralen von Swisscom hinzu, um die eigenen Geräte zu installieren. Hierfür benötigt die FDA einen Schaltkasten (nachfolgend: Rack), in welchem die von ihr nachgefragten TAL an ihr Backbone-Netz angeschlossen werden. Für die Erschliessung der Anschlusszentrale an das Backbone-Netz ist die FDA selbst verantwortlich. Hierfür entstehen der FDA zusätzliche Kosten für den Ausbau und die Erschliessung der jeweiligen Anschlusszentrale (vgl. Rz 160 ff. und Rz 167 ff.). Auch für die KOL fallen sowohl einmalige als auch wiederkehrende Kosten an.

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Einheit	Preis pro Einheit
Energie 48 V DC	kW	CHF 223.50
Energie 400 V / 230 V AC ungesichert	kW	CHF 149.60
Energie 400 V / 230 V AC gesichert	kW	CHF 260.00
Zuschlag Lüftungsausbauten	kW	CHF 15.00
Miete der Fläche	m ²	Standortbezogener Preis

Tabelle 15: Monatliche Kosten für die KOL¹⁴⁸

Beschreibung einmalige Kosten	Einheit	Preis pro Monat
Machbarkeitsabklärung Kollokation FDV	Pauschal	CHF 1'264.00
Bereitstellung Kollokation FDV	Pro Standort	Nach Aufwand
Ausbau von bestehender Fläche und Gebäudeinfrastruktur	Pro Standort	Nach Aufwand
Abbruch bestehende Fläche und Gebäudeinfrastruktur	Pro Standort	Nach Aufwand
Mutation: Administrativer Aufwand zur Pflege der IT-Systeme	pro Mutation	CHF 280.80

Tabelle 16: Einmalige Kosten für die TAL / die KOL¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vgl. act. 23 und act. 96: Handbuch Preise ALO.

¹⁴⁷ Vgl. <blog.init7.net/de/rentabilitatsrechnung/> (25.8.2025).

¹⁴⁸ Vgl. act. 23 und act. 96: Handbuch Preise Fläche und Energie.

¹⁴⁹ Vgl. act. 23 und act. 96: Handbuch Preise Kollokation FDV.

Beschreibung einmalige Kosten	Einheit	Preis pro Monat
Vorleistung Machbarkeit	h	CHF 160.40
Vorleistung Projektierung	h	CHF 160.40
Service Fulfillment	h	CHF 160.40
Service Assurance (Ursache FDA)	h	CHF 145.40

Tabelle 17: Stundensätze KOL¹⁵⁰

175. Damit die entbündelten Teilnehmeranschlüsse genutzt werden können, muss die FDA zusätzlich Sende- und Empfangsgeräte in der Anschlusszentrale (meist in einem Rack) installieren und entsprechend warten. Für den Anschluss des Racks an ihr Backbone-Netz muss

die FDA eine Glasfaserleitung zu ihrer Anschlusszentrale über die Kabelkanalisation von Swisscom legen. Die Kabelkanalisationen werden pro Laufmeter berechnet. Hierzu werden von Swisscom in ihrer Beispielrechnung die nachfolgenden Kosten berechnet:¹⁵¹

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Preis pro Meter und Monat
Überlassung der Kabelkanalisation	CHF 0.206

Tabelle 18: monatliche Mietkosten für Nutzung der Kabelkanalisation

176. Grundsätzlich hat die Nutzerin der physischen Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur die grösstmöglichen Freiheitsgrade und kann im Rahmen der physikalischen Beschränkungen der Netzinfrastruktur sämtliche Nutzungsmöglichkeiten gemäss ihren Wünschen definieren. Von der physischen Infrastruktur vorgegeben sind lediglich die maximale Durchleitungskapazität und die Verfügbarkeit der Infrastruktur selbst.

177. Für die Störungsbehebung bei der TAL sieht Swisscom vor, dass ein Auftrag zur Störungsbehebung während 7x24 Stunden erteilt werden kann, die Supportzeiten für Störungsbehebungen bei der TAL laufen allerdings nur von Montag bis Freitag von 08:00 bis 17:00 Uhr.¹⁵²

178. Sämtliche Störungen, welche nicht unmittelbar mit der physischen Kupferleitung zu tun haben, kann die FDA, welche die TAL nutzt, selbst in der von ihr definierten Zeit beheben. Auch der Zutritt zur Anschlusszentrale, in welcher die TAL zur Verfügung gestellt wird, wird von Swisscom rund um die Uhr gewährt.

B.5.4 Fazit zum Zugang zur physischen Netzinfrastruktur

179. Der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur kann für alternative FDA bedeutend kostengünstiger sein als der Einkauf von kommerziellen Vorleistungsprodukten bei Swisscom, soweit die nachfragende FDA an den jeweiligen zu entbündelnden Anschlusszentralen eine ausreichend grosse Anzahl Kunden erreicht, um die durch die Entbündelung entstehenden Kosten amortisieren zu können.

180. Bei der Nutzung eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur haben es FDA (bis auf die Verfügbarkeit der physischen Netzinfrastruktur) selbst in der Hand,

welche Ausfallgarantien (Service Levels) und welche Dienstleistungen (Support Level) sie gewähren wollen, um die Anforderungen ihrer Kunden zu erfüllen. Dies hängt auch in wesentlichem Masse von der Auswahl der von ihnen eingesetzten aktiven Gerätschaften (Sende- und Empfangsmodems) sowie deren Wartung ab.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

181. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus funktionaler und wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.¹⁵³

¹⁵⁰ Vgl. act. 23 und act. 96: Handbuch Preise Kollokation FDV.

¹⁵¹ Eingabe Swisscom vom 28.8.2009, Beilage 24 aus dem Verfahren Swisscom WAN-Anbindung (32-0244).

¹⁵² Leistungsbeschreibung Teilnehmeranschluss, S. 22, <www.swisscom.com/dam/swisscom/de/ws/documents/D_FMG-Dokumente/TAL/D_TAL_Leistungsbeschreibung_V2-0.pdf> (25.8.2025).

¹⁵³ BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. auch HEIZMANN/MAYER in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER), Art. 2 N 7 m.w.H.; MARTENET/KILLIAS in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS), Art. 2 LCart N 21 f.

182. Die *wirtschaftliche Selbständigkeit* stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar.¹⁵⁴ Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind.¹⁵⁵ Von Bedeutung ist dies namentlich in Konzernverhältnissen¹⁵⁶: Liegt ein Konzern vor, sind nicht die einzelnen Konzerngesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu betrachten, sondern es gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen.¹⁵⁷

183. Die Untersuchung richtet sich gegen die in der Schweiz tätige Tochter Swisscom (Schweiz) AG (in der vorliegenden Verfügung Swisscom genannt, vgl. Rz 1).

184. Gemäss eigenen Angaben biete Swisscom Geschäfts- und Privatkunden Mobilfunk, Festnetz, Internet, Digital-TV sowie IT-Dienstleistungen an. Das Unternehmen sorge für den Bau und Unterhalt der Mobilfunk- und Festnetzinfrastruktur, verbreite Rundfunksignale und sei überdies im Banken-, Energie-, Unterhaltungs-, Werbe- und Gesundheitsbereich tätig. Im Wholesale-Bereich stelle Swisscom ihren Kunden eine Vielzahl an kupfer- und glasfaserbasierten Anschlusstypen zur Verfügung. Ferner biete das Unternehmen Basisangebote für die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten und stelle ihren Kunden Infrastrukturprodukte wie die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen oder des Mobilfunknetzes zur Verfügung. Darüber hinaus würden fortschrittliche Geschäftsfelder im OTT-Bereich erschlossen.¹⁵⁸

185. Damit ist erstellt, dass Swisscom Güter und Dienstleistungen anbietet bzw. eine unternehmerische Tätigkeit ausübt und ein Konzern vorliegt, welcher als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend 193).¹⁵⁹

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

186. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

187. Ob vorliegend Swisscom Marktmacht im Sinne von Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 oder 2^{bis} KG) ausübt, ist Gegenstand dieses Verfahrens. Es wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (vgl. nachfolgend Abschnitt C.5.1). Das vorliegend beurteilte Verhalten fällt unter den sachlichen Geltungsbereich des KG.

C.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

188. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.¹⁶⁰ Auf Ausführungen zum örtlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

189. Das KG gilt für Sachverhalte, die sich während seiner Geltung zugetragen haben. In zeitlicher Hinsicht sind die materiellen Regeln des aktuellen KG seit 1. Juli 1996 in Kraft. Auf Ausführungen zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

190. Die vorliegende Untersuchung wurde am 24. August 2020 eröffnet. Damit beginnt der sanktionsbewehrte Untersuchungszeitpunkt grundsätzlich im August 2015 (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

191. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO¹⁶¹. Danach trifft die Wettbewerbskommission (WEKO) als Ganzes die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

192. Vorliegend geht es darum, eine Untersuchung nach Art. 27 KG mit einem Entscheid abzuschliessen. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats über die im Rahmen einer Untersuchung zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig für die Entscheidung ist folglich die Gesamtkommission.

¹⁵⁴ Vgl. etwa BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC; vgl. etwa ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz 298.

¹⁵⁵ BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 150), Art. 2 N 20 m.w.H.

¹⁵⁶ Vgl. etwa BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigroupe*; BGE 148 II 321 E. 6.2 f., *Flammarion*; BVGer, B-3882/2021 vom 16.2.2023 E. 9.3, *Obligation de renseigner*.

¹⁵⁷ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 48, DCC. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; BVGer, B-823/2016 vom 2.4.2020 E. 7.1.1 m.w.H., *Flügel und Klaviere*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3, *Nikon*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; zum Ganzen statt vieler auch PICH, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023 (zit. PICH in SIWR V/2), Rz A.33 ff.; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (Fn 150), Art. 2 N 31; AMSTUTZ/GOHARI in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/ Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI), Art. 2 N 113 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (Fn 150), Art. 2 LCart N 30 f.

¹⁵⁸ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/unternehmen/geschaeftsmodell.html> (25.8.2025).

¹⁵⁹ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 143 II, 297 E. 3.7, *Gaba*.

¹⁶¹ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

C.3 Partei

193. Das kartellgesetzliche Rechtssubjekt ist das «Unternehmen» im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, d. h. eine wirtschaftliche Einheit unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (vgl. Rz 177). Dieses «Unternehmen» hat keine Rechtspersönlichkeit im Sinne des Verwaltungsverfahrenrechts,¹⁶² welches im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung grundsätzlich zur Anwendung gelangt (Art. 39 KG). Träger der Rechte im Verwaltungsverfahren (z.B. Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 VwVG) und Pflichten (z.B. Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG) ist vielmehr die «Partei» gemäss Art. 6 VwVG. Folge davon ist, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen i.S.d. KG als materieller Normadressat und die Partei des Verfahrens bzw. die Adressatin einer Verfügung auseinanderfallen können.¹⁶³

194. Parteistellung kommt nach Art. 6 VwVG in erster Linie denjenigen Personen zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung gemäss Art. 5 VwVG regeln soll. Diese werden auch als materielle Verfügungsadressatinnen bezeichnet.¹⁶⁴

195. Da eine Verfügung nach Verwaltungsverfahrenrecht nicht direkt Rechte und Pflichten des kartellrechtlichen «Unternehmens» regeln kann (siehe oben Rz 189), können praxisgemäss je Unternehmen jedenfalls diejenigen Personen als materielle Verfügungsadressatinnen qualifiziert werden, welche im Zeitpunkt des geprüften Verstosses Trägerinnen des Unternehmens waren.¹⁶⁵ Dazu gehören namentlich die Person (i.d.R. Gesellschaft), deren Verhalten konkret auf die Vereinbarkeit mit dem KG hin überprüft wird (operativ handelnde Gesellschaft), sowie deren allfällige Muttergesellschaft oder die Konzernobergesellschaft.¹⁶⁶ Auch aktuelle unternehmenstragende Gesellschaften, welche im Zeitpunkt des geprüften Verstosses noch nicht unternehmenstragend waren, können unter bestimmten Voraussetzungen zu Adressatinnen von Massnahmen der WEKO gemacht werden.¹⁶⁷ Alle diese Gesellschaften von Amtes wegen in das Verfahren zu involvieren, ist zumeist verfahrensökonomisch nicht sinnvoll.¹⁶⁸ Vielmehr ist es angezeigt, dass seitens der Wettbewerbsbehörden durch pflichtgemässe Ermessensausübung die im konkreten Fall massgeblichen Gesellschaften ausgewählt werden. Sachgerecht dürfte es i.d.R. sein, einerseits diejenigen (operativ tätigen) Gesellschaften einzubeziehen, die selber am untersuchten Verhalten beteiligt waren, und andererseits die Obergesellschaft bei den jeweiligen Unternehmen.¹⁶⁹ Grund, um hiervon abzuweichen, kann etwa sein, dass die Obergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, andere Gesellschaften desselben Unternehmens hingegen in der Schweiz.¹⁷⁰

196. Im vorliegenden Verfahren wurde lediglich die in der Schweiz operativ tätige Swisscom (Schweiz) AG im Verfahren involviert. Dies rechtfertigt sich vorliegend insbesondere deshalb, weil Swisscom AG ein Institut des öffentlichen Rechts ist und in bisherigen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden nie selbständig in Erscheinung getreten ist. Vielmehr haben in den vergangenen Verfahren die Vertreter der Swisscom (Schweiz) AG jeweils auch die Interessen der Swisscom AG vertreten. Zudem ist die Swisscom AG durch die Swisscom (Schweiz) AG in der Schweiz operativ tätig und das vor-

liegend zu untersuchende Verhalten ist der Swisscom (Schweiz) AG (in der vorliegenden Verfügung Swisscom genannt, vgl. Rz 1) zuzuordnen.

197. Nach dem Gesagten kommt daher Swisscom Parteistellung zu.

C.4 Vorbehaltene Vorschriften

198. 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).

C.4.1 Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Fernmelderecht

199. Für den Telekommunikationsmarkt gelten neben den kartellrechtlichen Bestimmungen die besonderen Regelungen des Fernmelderechts. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) bezweckt, dass der Bevölkerung und Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 Abs. 1 FMG), und es soll unter anderem auch einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG).

¹⁶² Vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 150), Art. 2 N 19, 34 m.w.H.

¹⁶³ Vgl. etwa BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.2, DCC; RPW 2021/3, 691 Rz 31, *Obligation de renseigner*; RPW 2020/3a, 1096 Rz 1128, *Bauleistungen See-Gaster*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 154), Art. 2 N 121.

¹⁶⁴ Vgl. BGer, 9C_918/2009 vom 24.12.2009 E. 4.3.1; BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021 E. 7.1, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 119 f., DCC; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2007 E. 4.5, *Publigroupe*.

¹⁶⁵ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.1 m.w.H., DCC; RPW 2020/3a, 1096 Rz 1129, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/1, 116 Rz 212, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹⁶⁶ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.1, E. 7.2.6 m.w.H., DCC; RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

¹⁶⁷ Vgl. BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021 E. 7 ff., *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; RPW 2020/3a, 1099 Rz 1143 ff., *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2020/4a, 1835 ff. Rz 561 ff., *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁶⁸ Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 70, *ADSL II*.

¹⁶⁹ Ausführlich BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 72 ff., *ADSL II*; bestätigt etwa in BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 122 m.w.H., DCC; vgl. bereits BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72), *Publigroupe*.

¹⁷⁰ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 74, *ADSL II*. So ging die WEKO bspw. vor in RPW 2021/1, 177 Rz 200 f., *Eishockey im Pay-TV*.

200. Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem Zugang zur TAL gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Kommunikationskommission auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (vgl. Art. 11a Abs. 1 FMG). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert das Bundesamt die WEKO (Art. 11a Abs. 2 KG). Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung von Art. 11 FMG im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt.¹⁷¹

201. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelangen die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung. Der Zugang zur TAL bildet wie auch die Interkonnektion in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse.¹⁷² Fernmelderecht und Kartellrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe.¹⁷³ Die parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts erlaube es, den Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten.¹⁷⁴ Beide Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig, wobei deren Auslegung zu einem geschlossenen Gesamtsystem führen soll.¹⁷⁵

202. Es kann somit festgehalten werden, dass Fernmelderecht und Kartellgesetz parallel zur Anwendung kommen¹⁷⁶ und das Fernmelderecht keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art 3 Abs. 1 KG darstellt, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt einschränken würden.¹⁷⁷

C.4.2 Verhältnis zwischen Wettbewerbskommission und Preisüberwachung

203. Art. 3 Abs. 3 KG sieht vor, dass Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG dem Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz (PüG)¹⁷⁸ vorgehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

204. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall *Swisscom WAN-Anbindung* festgehalten, dass es im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG Kompetenzüberschneidungen zwischen der Wettbewerbskommission und der Preisüberwachung geben könne. Die Preisüberwachung, welche sich hauptsächlich mit sog. «administrierten» Preisen befasse, verfüge insbesondere über eine vorbehaltene Kompetenz zur Überprüfung von Preisen marktmächtiger Unternehmen (Art. 16 Abs. 2 PüG); eine Intervention durch die Wettbewerbskommission bleibe aber möglich und gehe grundsätzlich auch vor (Art. 3 Abs. 3 KG).

205. Es kann somit festgehalten werden, dass das PüG einer Intervention der Wettbewerbsbehörden nicht entgegensteht.

C.4.3 Verhältnis zum öffentlichen Beschaffungsrecht

206. Neben privaten Unternehmen fragen auch Ämter von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie der öffentlichen Hand nahestehende Unternehmen entsprechende WAN-Anbindungen nach. Vor diesem Hintergrund kann sich die Frage stellen, ob die Anwendung des KG durch die Vorschriften des Beschaffungswesens ausgeschlossen ist.¹⁷⁹ Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Ziele des Beschaffungswesens und des Kartellrechts nicht deckungsgleich, aber insofern kongruent, als der wirksame Wettbewerb gefördert werden soll.¹⁸⁰ Durch Ausschreibungen wird eine spezifische Wettbewerbssituation in einem vorgegebenen Rahmen geschaffen, aufgrund welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren ist. Das Bundesgericht kommt aufgrund dieser Ausgangslage zum Schluss, dass die Vorschriften des Beschaffungswesens und des KG kumulativ anwendbar sind.

207. Es kann somit festgehalten werden, dass das öffentliche Beschaffungsrecht grundsätzlich der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht entgegensteht. Zudem betrifft die Mehrheit der nachgefragten WAN-Anbindungen die Vernetzung von Standorten privater Unternehmen, auf welche das öffentliche Beschaffungsrecht nicht anwendbar ist.

C.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

208. 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). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise eine Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹⁸¹

¹⁷¹ Botschaft vom 10.06.1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427.

¹⁷² Vgl. BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 4.2, *Swisscom WAN-Anbindung*, BGer, 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11.4.2011 E. 3.4, *Terminierungspreise im Mobilfunk*; BGer, 4C.404/2006 vom 16.2.2007 E. 3.1 f., *Bitstrom*; BGer, 2A.142/2003 vom 5.9.2003 E.4.1.3, *Cablecom GmbH c. Teleclub AG*; BGer, 2A.503/2000 vom 3.10.2001 E. 6c, *Commcare AG c. Swisscom*.

¹⁷³ BGer, 4C.404/2006 vom 16.2.2007 E. 3.2, *Bitstrom*.

¹⁷⁴ BGer, 4C.404/2006 vom 16.2.2007 E. 3.1, *Bitstrom*.

¹⁷⁵ BGE 137 II 199, E. 4.4 und E. 5.1 f., *Swisscom ADSL*.

¹⁷⁶ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 4.2, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁷⁷ Vgl. BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E. 3.3.1, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁷⁸ Preisüberwachungsgesetz vom 20.12.1985 (PüG; SR 942.20).

¹⁷⁹ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 4.1, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁸⁰ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 4.1, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁸¹ BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGE 129 II 497 E. 6.5.1, *Buchpreisbindung*.

209. Nachfolgend ist in einem ersten Schritt die Marktstellung von Swisscom zu beurteilen, die sie auf den relevanten Märkten innehat. Sofern Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sein sollte, ist anschliessend in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

C.5.1 Marktbeherrschende Stellung

210. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Swisscom wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht oder wenn die Marktgegenseite aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage ist, Swisscom hinreichend zu disziplinieren. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt, der von der vorliegend untersuchten Verhaltensweise betroffen ist, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung von Swisscom ermittelt werden kann.

C.5.1.1 Die relevanten Märkte

211. Die Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes bzw. der relevanten Märkte ist in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU¹⁸² vorzunehmen. Hierbei ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁸³ Demnach gehören zum gleichen relevanten Markt alle Waren oder Dienstleistungen, die sich nach Eigenschaften, Preis und Verwendungszweck so nahe stehen, dass die Marktgegenseite sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als hinreichend gegeneinander austauschbar ansieht, und der Marktgegenseite örtlich und zeitlich tatsächlich zur Verfügung stehen.

212. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.¹⁸⁴ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe einer allfälligen Sanktion von Bedeutung. Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹⁸⁵ Ausgangspunkt bildet jeweils die konkret untersuchte Verhaltensweise.¹⁸⁶

213. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung (sachlich, örtlich, zeitlich) kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an.¹⁸⁷ «Marktgegenseite» sind dabei die konkreten Abnehmer derjenigen Leistungen bzw. Güter, die Gegenstand der untersuchten (möglichen)

Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁸⁸ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.¹⁸⁹ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen bzw. anbieten, auf die sich die Abrede bezieht.¹⁹⁰

214. Für die Erbringung von Breitbandanbindungen stehen den FDA grundsätzlich die folgenden Vorleistungsprodukte von Swisscom zur Verfügung: BBCS (vgl. Abschnitt B.3.2.1) und CES (vgl. Abschnitt B.3.2.2), TAL (vgl. Abschnitt B.3.2.4) und ALO (vgl. Abschnitt B.3.2.5). Zudem erbringt Swisscom gegenüber Endkunden Dienstleistungen zum Betrieb eines WAN. In diesem Zusammenhang werden im Einklang mit der bisherigen Praxis und Rechtsprechung für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens die nachfolgenden Märkte abgegrenzt und untersucht:¹⁹¹

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten,
- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten,
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich,

¹⁸² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁸³ BGE 139 I 72, E. 9.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 129 II 497, E. 6.3.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; BGE 129 II 113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, *Hallenstadion*; BGE 129 II 18, E. 7.2 und 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

¹⁸⁴ RPW 2017/3, 448 Rz 215 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2020/3a, 1111 Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 150), Art. 5 N 61 ff.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 154), Art. 4 II N 94; vgl. exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11.

¹⁸⁵ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274 m.w.H. (u.a. auf die EU-Praxis), *ADSL II*; so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 440, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1111 f. Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 Rz 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 150), Art. 4 II N 25.

¹⁸⁶ Vgl. BGE, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1, 5.3.3 und 7.2.3, *Hallenstadion*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, 5.4.3.8, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 5.3.1.3.2, *ASCOPIA*.

¹⁸⁷ BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGE 141 II 66 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente I*.

¹⁸⁸ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

¹⁸⁹ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*.

¹⁹⁰ RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

¹⁹¹ Vgl. BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E. 6; *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2016/1, 173 ff. Rz 298 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2012/2, 238 Rz 319, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern*. Vgl. auch RPW 2021/1, 243 ff. Rz 115 ff., *Netzbaustrategie Swisscom (Anordnung vorsorglicher Massnahmen)*; RPW 2021/2, 451 Rz 141; *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2020/2, 775 Rz 154, *Sunrise/Liberty Global*.

- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.

215. Hierbei werden bei der Marktabgrenzung auch die jeweils herrschenden Wettbewerbsverhältnisse mitberücksichtigt.

C.5.1.1.1 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

216. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten stehen anbieterseitige Eigentümerinnen einer physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur, welche diese Infrastruktur anderen zur Nutzung überlassen, Nachfragern, welche die gesamte oder einen Teil der Kupferkabelnetzinfrastruktur nutzen möchten, gegenüber.

C.5.1.1.1.1 Marktgegenseite

217. Die Nutzung einer physischen Kupferkabelleitung setzt deren Betrieb voraus. Damit eine solche betrieben und als Übertragungsmedium genutzt werden kann, müssen Nachfrager an den Endpunkten der Kupferkabelleitungen Sende- und Empfangsgeräte installieren. Die Marktgegenseite sind daher Nachfrager nach einem Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur.

218. Typischerweise kommen als Marktgegenseite FDA in Frage, welche eine bereits bestehende Kupferkabelnetzinfrastruktur zur Erbringung von Datenübertragungsdienstleistungen für ihre Endkunden nutzen wollen. Theoretisch denkbar wären auch Nachfrager, welche für ihre eigenen Zwecke eine Kupferleitung zur Datenübertragung nutzen. Da allerdings für die Nutzung der Kupferleitungen im Anschlussnetz entsprechende Anschlusszentralen erschlossen werden müssen und hierfür bedeutende Investitionen erforderlich sind, lohnt sich in der Regel die Erschliessung von Anschlusszentralen nur, wenn damit eine bestimmte Anzahl an Kupferleitungen betrieben werden kann. In der Praxis sind den Wettbewerbsbehörden nur FDA als Nachfrager nach einem Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur bekannt.

219. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung gelten daher FDA, die einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur nachfragen, als relevante Marktgegenseite.

C.5.1.1.1.2 Sachlich relevanter Markt

220. Die Marktgegenseite fragt in sachlicher Hinsicht einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur nach. Dieser Zugang wird in der Schweiz zu regulierten Preisen angeboten (vgl. Tabelle 12). In der Schweiz ist einzig Swisscom Eigentümerin einer Kupferkabelnetzinfrastruktur im Anschlussbereich, welche der Marktgegenseite angeboten wird. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist daher der Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur zu regulierten Preisen.

221. Das Kupferkabelnetz verwendet elektrischen Strom als Träger für die Übertragung von Daten. Kupfer hat einen spezifischen elektrischen Leitungswiderstand von 0.0178 Ω .¹⁹² Damit nimmt die elektrische Spannung über die Länge des Kupferkabels ab. Dieser Spannungsabfall

wirkt sich auf die über ein Kupferkabel übertragbare Bandbreite aus. Dieses physikalische Phänomen hat zur Folge, dass mit zunehmender Länge des Kupferkabels die übertragbare Bandbreite abnimmt. Damit ist das Kupferkabel nur zur Datenübertragung mit Bandbreiten, welche seiner Kapazität entsprechen, geeignet.

222. Als mögliche Alternative könnten FDA, soweit vorhanden, Glasfaserleitungen mieten. Hierzu müssen FDA aber Sende- und Empfangsgeräte verwenden, die für Glasfaserleitungen ausgelegt sind. Dies würde seitens der FDA sowohl in den Anschlusszentralen als auch bei den Endkunden Kosten für den Austausch der Geräte verursachen. Zudem liegen die kommerziellen Preise für einen Zugang zu Glasfaserleitungen weit höher als die regulierten Preise für den Zugang zum Kupferkabel. Soweit eine FDA bereits eine Anschlusszentrale entbündelt hat und gegenüber ihren Endkunden Datenübertragungsdienstleistungen über das Kupferkabel erbringt, scheint zumindest bei kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ein physischer Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur bei gleichbleibender Nachfrage nach Bandbreite in preislicher Hinsicht und auch im Hinblick auf die für eine Umstellung auf die Nutzung von Glasfasern als Übertragungsmedium kein Substitut darzustellen. Der sachlich relevante Markt ist daher nicht um einen physischen Zugang zu Glasfaserkabeln zu erweitern.

223. Im Hinblick auf die Abgrenzung der TAL gegenüber den weiteren Vorleistungsprodukten im Bereich der elektronischen Datenübertragung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 betreffend *Zugang zum schnellen Bitstrom* geäußert.¹⁹³ Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (insbesondere dem schnellen Bitstrom, also dem Layer 2) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat. Wenn die TAL für die Nachfrager nach Vorleistungsprodukten ein Substitut zum schnellen Bitstrom darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und die TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstelle, welche es alternativen Anbieterinnen ermögliche, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf die TAL zu wechseln.¹⁹⁴ Aufgrund seiner Analyse kam das Bundesverwaltungsgericht daher zu dem Schluss, dass für den Nachfrager der Layer 1-Zugang und die anderen

¹⁹² Vgl. <www.xplore-dna.net/mod/page/view.php?id=1291> (25.8.2025).

¹⁹³ BVGer, A-109/2008 vom 12.2.2009, E. 8.4.5, *Zugang zum schnellen Bitstrom*.

¹⁹⁴ MATTHIAS AMGWERT, *Netzzugang in der Telekommunikation*, Zürich 2008, Rz 254 ff.

Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.¹⁹⁵ Diese Marktabgrenzung hat auch das Bundesgericht bestätigt.¹⁹⁶ Damit ist der sachlich relevante Markt nicht um Datenübertragungsdienstleistungen zu erweitern.

224. Es rechtfertigt sich somit auch im vorliegenden Fall praxismässig einen eigenständigen sachlichen Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten abzugrenzen.¹⁹⁷

C.5.1.1.1.3 Räumlich relevanter Markt

225. In räumlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob ein Zugang zu einem Kupferkabel, mit welchem der jeweilige Endkunde bedient werden kann, auch an anderen Nachfragepunkten zur Verfügung steht. Vorliegend werden Endkunden von den Anschlusszentralen von Swisscom aus bedient. In diesem Sinne bildet jedes Anschlussnetz von Swisscom einen eigenen räumlich relevanten Markt. Da allerdings Swisscom aufgrund der Regulierung den Zugang zu identischen Bedingungen und Preisen anbietet und in der Schweiz lediglich Swisscom ein Kupferkabelnetz im Anschlussbereich unterhält, werden diese unterschiedlichen räumlichen Märkte für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung gemeinsam betrachtet.

226. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher von einem schweizweiten räumlich relevanten Markt ausgegangen.

C.5.1.1.1.4 Zeitlich relevanter Markt

227. In zeitlicher Hinsicht stand der Zugang zum Kupferkabelnetz im Anschlussbereich während der gesamten Untersuchungsdauer in gleicher Weise zur Verfügung, so dass vorliegend auf eine zeitliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

C.5.1.1.2 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

228. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten bieten Betreiber einer Glasfasernetzinfrastruktur einzelne Glasfaserleitungen im Anschlussbereich zur Miete an.¹⁹⁸ Kunden nutzen diese Glasfaserleitungen als Vorleistungsprodukt zur Erbringung eigener Datenübertragungsdienstleistungen gegenüber Endkunden und Nachfragern nach Vorleistungsprodukten. Gegenüber dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unterscheidet sich dieser Markt vorwiegend durch die Übertragungsgeschwindigkeit, die basierend auf der Glasfasertechnologie als Übertragungsmedium bedeutend höher ist.¹⁹⁹

229. In der Schweiz verfügen Swisscom, ihre Kooperationspartner sowie weitere regionale Netzbetreiberinnen über eine solche Glasfasernetzwerkinfrastruktur. Hierbei bestehen regionale Unterschiede. Es existieren sowohl Gebiete, in denen Swisscom oder ein Dritter alleine bauen, als auch Gebiete, in denen Swisscom in Kooperation mit einem Dritten baut oder Swisscom und ein Dritter jeweils separat eine Glasfasernetzinfrastruktur betreiben. Ausgehend vom Geschäftsmodell der nach-

fragenden FDA, welche gegenüber Endkunden und/oder gegenüber alternativen nachfragenden FDA Fernmeldedienste erbringen, stellt sich die Frage, welche Substitutionsmöglichkeiten zum Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur zur Verfügung stehen.

C.5.1.1.2.1 Marktgegenseite

230. Die Nutzung einer physischen Glasfaserleitung setzt deren Betrieb voraus. Damit eine solche betrieben werden kann, müssen Nachfrager an den Endpunkten der Glasfaserkabel Sende- und Empfangsgeräte installieren. Die Marktgegenseite sind daher Nachfrager nach einem Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur.

C.5.1.1.2.2 Sachlich relevanter Markt

231. Die Marktgegenseite fragt in sachlicher Hinsicht einen Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur nach. Dieser Zugang wird in der Schweiz von Swisscom und anderen regionalen Eigentümern von Glasfasernetzen bereitgestellt.

232. Das Glasfasernetz verwendet Licht als Träger für die Übertragung von Daten. Mittels Glasfaserkabel lassen sich Informationen mit sehr hohen Bandbreiten über eine Distanz von mehreren Kilometern transportieren, ohne dass hierbei über die Distanz Einbussen bei der Bandbreite zu verzeichnen sind. Ausgangspunkt der sachlichen Marktabgrenzung ist daher der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur im Anschlussbereich.

233. Als theoretische Alternative käme der Zugang zum physischen Kupferkabelnetz in Frage. Aufgrund der bedeutend geringeren Bandbreiten, die über das Kupferkabelnetz erzielt werden können, stellt dieses in der Regel keine Alternative zum Zugang zu einem Glasfasernetz dar. Zudem müssten die Sende- und Empfangsgeräte ausgetauscht werden (vgl. Rz 218). Der sachlich relevante Markt ist daher nicht um einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur zu erweitern.²⁰⁰

234. Im Hinblick auf kommerzielle Vorleistungsdienstleistungen, welche Fernmeldediensteanbieterinnen zur Erbringung von Fernmeldediensten gegenüber Endkunden einkaufen können, wird auf die Ausführungen in Rz 219 verwiesen. Eine FDA, welche bereits einen Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur (Layer 1) nutzt, kann das vollständige Potenzial der Glasfaserleitungen nutzen und selbst entscheiden, welche Datenübertragungsdienstleistungen sie erbringt. Auch in preislicher Hinsicht liegt das Preisniveau der Vorleistungsdienstleistungen im Geschäftskundenbereich weit über

¹⁹⁵ Vgl. RPW 2016/1, 174 Rz 305, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁹⁶ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 4.1, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁹⁷ Vgl. RPW 2016/1, 175 Rz 309, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2021/1, 243 Rz 115 ff., *Netzbaustrategie Swisscom (Anordnung vorsorglicher Massnahmen)*; RPW 2021/2, 451 Rz 138 ff., *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2020/2, 775 Rz 153 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

¹⁹⁸ Vgl. RPW 2021/2, 451 Rz 141, *Liberty Global/Sunrise*.

¹⁹⁹ Vgl. RPW 2021/2, 451 Rz 141, *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2020/2, 775 Rz 153 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/2, 186 Rz 163, *FTTH Freiburg*.

²⁰⁰ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 231, *Netzbaustrategie Swisscom (Anordnung vorsorglicher Massnahmen)*.

den Kosten für die Miete von unbeleuchteten Glasfaserleitungen (vgl. Abschnitt B.4 und 155). Entsprechend der gängigen Praxis der WEKO ist daher auch vorliegend der sachlich relevante Markt nicht um Layer 2- oder Layer 3-Vorleistungsdienstleistungen wie CES oder BBCS zu erweitern.²⁰¹

235. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten abgegrenzt.

C.5.1.1.2.3 Räumlich relevanter Markt

236. In räumlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob ein Zugang zu einer Glasfaserleitung, mit welcher der jeweilige Endkunde bedient werden kann, auch an anderen Nachfragepunkten zur Verfügung steht. In denjenigen Regionen, in denen mehr als ein Unternehmen ein Glasfasernetz aufgebaut hat, kann ein Endkundenanschluss grundsätzlich über verschiedene Anschlusszentralen erreicht werden. Soweit diese Anschlusszentralen für Nachfrager nach einem physischen Zugang zum Glasfasernetz nutzbar sind, kann ein alternativer Netzzugang gegeben sein. Die Wettbewerbsverhältnisse unterscheiden sich in denjenigen Regionen, in denen ein alternatives Glasfasernetz zur Verfügung steht, massgeblich von denjenigen Regionen, in denen lediglich das Glasfasernetz von Swisscom besteht. Daher wird für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung zwischen Anschlussnetzen, deren Nutzungseinheiten lediglich an das Glasfasernetz von Swisscom angeschlossen sind, und Anschlussnetzen, die sowohl an das Glasfasernetz von Swisscom als auch an ein anderes Glasfasernetz, zu welchem ein Layer 1-Zugang gewährt wird, angeschlossen sind, unterschieden.

237. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann aber offengelassen werden, ob der Markt in zwei Teilmärkte zu unterteilen ist.²⁰²

C.5.1.1.2.4 Zeitlich relevanter Markt

238. In zeitlicher Hinsicht stand der Zugang zum Glasfasernetz im Anschlussbereich während der gesamten Untersuchungsdauer – soweit er zur Verfügung stand – in gleicher Weise zur Verfügung, so dass vorliegend auf eine zeitliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

C.5.1.1.3 Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

239. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber geschäftlichen Endkunden erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur oder ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungsdienstleistungen von FDA, die über solch eine Infrastruktur bzw. über einen Zugang zu einer solchen Infrastruktur verfügen, angewiesen.

C.5.1.1.3.1 Marktgegenseite

240. Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf der Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen

Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Dienstleistungen, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.²⁰³

241. FDA, die Breitbanddienstleistungen gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich anbieten wollen, aber keinen Zugang zu einer physischen Netzinfrastruktur nutzen oder über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, haben die Möglichkeit, als Wiederverkäuferinnen Breitbanddienstleistungen bei einer infrastrukturbasierten Anbieterin einzukaufen. Dabei handelt es sich typischerweise um Layer 2- und Layer 3-Angebote.²⁰⁴ Swisscom bietet solche Dienstleistungen beispielsweise über ihre Produkte BBCS (Layer 3) und CES (Layer 2) an.

242. Die Marktgegenseite sind daher FDA, die als Wiederverkäufer von Breitbanddienstleistungen auf dem Markt auftreten.

C.5.1.1.3.2 Sachlich relevanter Markt

243. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer 2- und Layer 3-Produkten unterschieden werden. Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer 2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer 3-Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer 2- als auch Layer 3-Produkte an. Regional bieten verschiedene Betreiberinnen einer Glasfasernetzinfrastruktur im Anschlussbereich ebenfalls Layer 2- und Layer 3-Produkte an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden, da sowohl CES (das Layer 2-Angebot von Swisscom) als auch BBCS (das Layer 3-Angebot von Swisscom) zur Erbringung solcher Dienstleistungen grundsätzlich geeignet sind und eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine zusätzlichen Erkenntnisse im Hinblick auf den zu untersuchenden Sachverhalt liefern würde.

²⁰¹ RPW 2025/2, 388 Rz 490 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

²⁰² RPW 2025/2, 393 Rz 522 sowie 398 Rz 565 f., *Netzbaustrategie Swisscom*.

²⁰³ Vgl. RPW 2021/2, 452 Rz 147, *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2020/2, 775 Rz 159, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2016/1, 175 Rz 311, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁰⁴ Vgl. BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E 6.2.3, *Swisscom WAN-Anbindung*.

244. Da Geschäftskunden grundsätzlich im Hinblick auf Symmetrie der Down- und Upload-geschwindigkeiten, die Service Levels usw. andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienstleistungen stellen als Privatpersonen, werden typischerweise unterschiedliche Vorleistungsprodukte angeboten. So fragt ein Privatkunde in der Regel lediglich einen Zugang zum Internet nach. Demgegenüber fragen Geschäftskunden einen Zugang zum Internet nur als Zusatzdienst nach. Im Vordergrund steht in der Regel die Vernetzung ihrer einzelnen Standorte. Dafür fragen Unternehmen für gewöhnlich symmetrische Bandbreiten nach. Zudem verlangen Geschäftskunden grundsätzlich eine Ausfallsicherheit in Form von Service Levels, da sich bei ihnen Systemausfälle direkt auf die Geschäftstätigkeit auswirken können. Auch preislich unterscheiden sich die Angebote von Swisscom im Geschäftskundenbereich stark von denen im Privatkundenbereich. Daher sind die Angebote im Geschäftskundenbereich nicht bzw. nur sehr begrenzt mit denen im Privatkundenbereich austauschbar. Aus diesen Gründen kann zwischen einem Geschäftskunden- und einem Privatkundenbereich unterschieden werden und der sachlich relevante Markt ist nicht durch Angebote im Privatkundenbereich zu erweitern.

245. Da die Nutzung eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur zudem mit bedeutenden Investitionen einhergeht und dies für FDA, die lediglich als Wiederverkäufer im Markt tätig sein wollen, in der Regel nicht in Frage kommt, ist auch der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nicht als geeignetes Substitut anzusehen und der sachlich relevante Markt ist daher auch nicht um den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Kupferkabel- und Glasfasernetz) zu erweitern.

246. Auch diese Marktabgrenzung entspricht der bundesgerichtlichen Praxis.²⁰⁵

247. Der sachlich relevante Markt umfasst daher sämtliche Angebote von leitungsgebundenen Datenübertragungsdienstleistungen, welche basierend auf einer physischen Netzwerkinfrastruktur (oder basierend auf einem Zugang zu einer solchen) als Vorleistung im Geschäftskundenbereich erbracht werden.²⁰⁶

C.5.1.1.3.3 Räumlich relevanter Markt

248. In räumlicher Hinsicht werden Vorleistungsdienstleistungen der Marktgegenseite an so genannten Netzübergabepunkten bereitgestellt. Auch wenn es neben Swisscom verschiedene regionale Anbieter gibt, so besteht dennoch ein schweizweites Angebot, welches einzig durch einen regional unterschiedlichen Ausbaustand der Netzinfrastruktur unterschieden werden kann.

249. Da die Marktgegenseite entsprechende Dienstleistungen für spezifische Kunden nachfragt und die Kunden örtlich gebunden sind, kann eine Dienstleistung für diesen spezifischen Kunden nur dann substituiert werden, wenn auch Vorleistungsdienstleistungen eines anderen Anbieters für den Kunden zur Verfügung stehen. Daher kann eine regionale Unterteilung des räumlich relevanten Marktes grundsätzlich angezeigt sein.

250. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird entsprechend der bisherigen Praxis allerdings von einem schweizweiten Markt ausgegangen.

C.5.1.1.3.4 Zeitlich relevanter Markt

251. In zeitlicher Hinsicht standen die Vorleistungsprodukte während der gesamten Untersuchungsdauer in gleicher Weise zur Verfügung, so dass vorliegend auf eine zeitliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

C.5.1.1.4 Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

252. Auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich stehen sich Anbieterinnen von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Bedürfnisse von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche deren Angebote nachfragen, gegenüber.²⁰⁷

C.5.1.1.4.1 Marktgegenseite

253. Die Marktgegenseite bilden Nachfrager von Datenübertragungsdienstleistungen, die für den Geschäftskundenbereich ausgelegt sind. Dies sind in der Regel Unternehmen, welche über mehr als einen Standort verfügen und für ihre Geschäftstätigkeit eine Vernetzung ihrer verschiedenen Standorte benötigen.

C.5.1.1.4.2 Sachlich relevanter Markt

254. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung meist symmetrische Datenübertragungsdienstleistungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere garantierte Bandbreiten und Service-Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandverbindung gestellten Anforderungen an die Ausfallsicherheit im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind.²⁰⁸ Bei grösseren Geschäftskunden werden durch Kombination von verschiedenen standardisierten Datenübertragungsdienstleistungen individuelle Lösungen erstellt, welche den spezifischen Kundenwünschen Rechnung tragen. Neben Swisscom bieten verschiedene FDA – basierend auf den standardisierten Vorleistungsprodukten von Swisscom oder allenfalls denjenigen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. eigenen Glasfaseranschlüssen – elektronische Datenübertragungsdienstleistungen in eigenem Namen an. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche FDA, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen und sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.²⁰⁹

²⁰⁵ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.3.4, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁰⁶ Vgl. RPW 2016/1, 175 Rz 313, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁰⁷ Vgl. RPW 2016/1, 175 f. Rz 316, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2020/2, 775 Rz 157, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2021/2, 452 Rz 145, *Liberty Global/Sunrise*.

²⁰⁸ Vgl. RPW 2016/1, 175 Rz 315, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2012/2, 242 Rz 353 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²⁰⁹ Vgl. RPW 2016/1, 175 Rz 315, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2020/2, 775 Rz 156, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2021/2, 452 Rz 144, *Liberty Global/Sunrise*.

C.5.1.1.4.3 Räumlich relevanter Markt

255. Die Nachfrager nach Breitbanddiensten im Geschäftskundenbereich sind Unternehmen der ganzen Schweiz. Zudem können aufgrund der in der Schweiz liegenden Netzinfrastruktur nur Breitbandanbindungen in der Schweiz nachgefragt werden. Daher ist vorliegend von einer schweizweiten Nachfrage auszugehen. In räumlicher Hinsicht kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ein schweizweiter Markt abgegrenzt werden.²¹⁰

C.5.1.1.4.4 Zeitlich relevanter Markt

256. In zeitlicher Hinsicht standen Endkundenangebote für Breitbandanbindungen während der gesamten Untersuchungsdauer in gleicher Weise zur Verfügung, so dass vorliegend auf eine zeitliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

C.5.1.2 Beurteilung der Marktstellung

257. Ob sich Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im wesentlichen Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz oder einer starken Marktgegenseite gegenüber sieht, welche sie in ihrem Verhalten diszipliniert²¹¹; wenn also z.B. die Marktgegenseite zumutbare Ausweich- oder Disziplinierungsmöglichkeiten hat.

258. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerberinnen und Kundinnen nach eigenem Gutdünken festlegen. Dies setzt jedoch nicht voraus, dass sich ein Unternehmen vollständig unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann, sondern «bloss», dass es diese Möglichkeit in wesentlichem Umfang hat. Mit der Änderung des KG im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden.²¹² Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist dabei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen. Unerheblich für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sind hingegen die Gründe für deren Entwicklung.²¹³

259. Ein hoher Marktanteil ist dabei ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.²¹⁴ Zu beachten sind daneben sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.²¹⁵ Als solche entscheidungsmassgebenden Aspekte können neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite etwa folgende Kriterien relevant werden: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur, Know-how, Innovati-

onfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.²¹⁶

260. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Verfahren WAN-Anbindung I kommt im Zusammenhang mit den vorliegend zu beurteilenden Märkten der potenziellen Konkurrenz, welche durch die disziplinierende Wirkung durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Konkurrenten in absehbarer Zeit ausgehen würde, bei öffentlichen Ausschreibungen nur untergeordnete Bedeutung zu. Hingegen spielt nach Meinung des Bundesgerichts im Bereich Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich die Stellung des Nachfragers, insbesondere dessen Grösse und Wichtigkeit sowie dessen Sachkenntnis und Professionalität eine Rolle, da diese Faktoren eine disziplinierende Wirkung auf den Anbieter mit einer starken Marktposition haben kann.²¹⁷ Dem Aspekt der Stellung der Marktgegenseite wird vorliegend im Rahmen der Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens Rechnung getragen.

C.5.1.2.1 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

C.5.1.2.1.1 Aktueller Wettbewerb

261. Derzeit verfügt in der Schweiz lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und kann daher als einziges Unternehmen in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren. Somit verfügt Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten über einen Marktanteil von 100 %. Sämtliche FDA, die einen Zugang zu einem physischen leitungsgebundenen Datenübertragungsnetzwerk nachfragen, können diesen also lediglich bei Swisscom erhalten. Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung von Swisscom, TAL in nichtdiskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen Dritten bereitzustellen (vgl.

²¹⁰ Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, *Preispolitik ADSL*.

²¹¹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 150), Art. 4 II N 172.

²¹² BGE 139 I 72, E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995, 468, 548 f.

²¹³ BVGer, B-2798/2018 vom 16.2.2021 E. 10.2 zweitletzter Abschnitt m.w.H., *Supermédia*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995, 468, 548 f.

²¹⁴ Vgl. BGE 130 II 449, E. 5.7.2; BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.2, *Hallenstadion*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 9.1, *Supermédia*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, *DCC*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 150), Art. 4 II N 226 ff.

²¹⁵ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1, *Hallenstadion*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403 ff., *DCC*.

²¹⁶ RPW 2021/2, 388 Rz 415, *Swatch Group Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung*. Vgl. auch Nachweise bei BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 154), Art. 4 II N 345 ff.; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 150), Art. 4 II LCart N 129 ff.; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE in SIWR V/2 (Fn 154), Rz C.93 ff.

²¹⁷ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.4, *Swisscom WAN-Anbindung*.

Art. 11 FMG), ist ihr Handlungsspielraum bei der Preisfestsetzung oberhalb des regulierten Preises eingeschränkt. Dem ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber nicht bei der Beurteilung der Marktstellung Rechnung zu tragen, sondern erst bei der Prüfung des allfälligen missbräuchlichen Verhaltens.²¹⁸

262. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Verfahren WAN-Anbindung I ist daher Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als marktbeherrschend zu qualifizieren.²¹⁹

C.5.1.2.1.2 Zwischenergebnis

263. Als einzige Netzbetreiberin mit einem Kupferkabelnetz in der Schweiz kann sich Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unabhängig verhalten und ist marktbeherrschend. Eine entsprechende marktbeherrschende Stellung bestätigt auch das Bundesgericht.²²⁰

C.5.1.2.2 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

C.5.1.2.2.1 Aktueller Wettbewerb

264. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sind regional neben Swisscom auch EVU und gegebenenfalls weitere regionale Infrastrukturanbieterinnen tätig.

265. Hinsichtlich der Marktstellung von Swisscom wird auf die Beurteilung der Marktstellung im Verfahren «Netzbaustrategie Swisscom» verwiesen.²²¹ Die darin getroffenen Feststellungen sind auch zum Zeitpunkt der Verfügung noch anwendbar.

C.5.1.2.2.2 Zwischenergebnis

266. In den Alleinbaugebieten ist im Einklang mit den Erkenntnissen aus dem Verfahren Netzbaustrategie Swisscom davon auszugehen, dass Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in denjenigen Region, in denen lediglich ein Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom besteht, nach wie vor marktbeherrschend ist. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann die Marktstellung von Swisscom in diesem Markt allerdings offengelassen werden.

C.5.1.2.3 Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

C.5.1.2.3.1 Aktueller Wettbewerb

267. Lediglich Swisscom verfügt über ein vollständiges Netzwerk zur leitungsgebundenen elektronischen Datenübertragung im Anschlussbereich, welches die gesamte Schweiz abdeckt. Hinsichtlich der Anforderungen im Geschäftskundenbereich sind konkurrierende Infrastrukturen wie die Kabelnetze aus technologischen Gründen und regionale Glasfasernetze aufgrund ihrer fehlenden schweizweiten Verfügbarkeit nach wie vor nicht mit der Netzinfrastruktur von Swisscom vergleich-

bar. Betreiberinnen solcher alternativer Netzinfrastrukturen können aufgrund ihrer beschränkten Verbreitung höchstens bei regionalen Projekten eine Rolle als Vorleistungsanbieterinnen spielen. Allenfalls können die Kosten für einzelne Standorte aufgrund der Verfügbarkeit alternativer Anbieterinnen und damit die Durchschnittskosten für einzelne WAN-Anbindungsprojekte gesenkt werden. Aus diesem Grund ist einzig Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in der Lage, anderen FDA Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz anzubieten.

268. Zwar verfügen auch Betreiberinnen von Kabelnetzen über Anschlüsse zum Endkunden. Diese sind allerdings aufgrund ihrer fehlenden technischen Möglichkeiten, symmetrische Bandbreiten bereitzustellen, für den Einsatz im Geschäftskundenbereich nicht geeignet. Da Kabelanschlüsse typischerweise über sogenannte Hubs an einer Kopfstation zusammenlaufen und die Netzarchitektur auf eine Punkt-zu-Mehrpunkt-Kommunikation ausgerichtet ist, müssen sich alle Teilnehmer an einem Hub die vorhandene Bandbreite zudem teilen.²²² Dies hat zur Folge, dass sich sowohl symmetrische als auch garantierte Bandbreiten über die Koaxialkabelinfrastruktur kaum realisieren lassen. Symmetrische und garantierte Bandbreiten sind jedoch im Geschäftskundenbereich meistens Voraussetzung für ein entsprechendes Angebot.

269. Zudem bieten die einzelnen Kabelnetzbetreiberinnen der Schweiz soweit bekannt keine Wholesale-Angebote an. Dies unterstreicht die Feststellungen des BAKOM, dass es sich bei den genannten Kabelnetzverbänden nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter handle.²²³

270. Das Bundesgericht hielt im Verfahren WAN-Anbindung I fest, dass in den Alleinbaugebieten die von Swisscom kommerziell angebotenen Vorleistungsprodukte alternativlos seien, soweit auf diese Produkte zurückgegriffen werden müsse. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich marktbeherrschend ist.²²⁴ Im Zeitraum der Untersuchung stand für einen Grossteil der Schweiz zu den Vorleistungsangeboten von Swisscom keine Alternative und damit keine Ausweichmöglichkeit zur Verfügung. Es besteht daher in den Regionen, in denen keine andere Eigentümerin einer Glasfasernetzinfrastruktur besteht, kein Wettbewerbsdruck, der sich auf Swisscom diszipli-

²¹⁸ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.5.2, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²¹⁹ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.5.2, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²²⁰ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.5.2, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²²¹ RPW 2025/2, 395 Abschnitt B.5.1.2.1, *Netzbaustrategie Swisscom*.

²²² Kabelnetz-Architektur, <www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/1510061.htm> (25.8.2025).

²²³ BVGer A-109/2008 vom 12.2.2009 E. 9.4.3, *Zugang zum schnellen Bitstrom*.

²²⁴ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.5.2 und E. 6.7.10, *Swisscom WAN-Anbindung*.

nierend auswirken würde. Damit geht auch von denjenigen Regionen, in denen alternative Vorleistungsanbieter existieren kein disziplinierender Effekt auf Swisscom aus. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass Swisscom bei ihrem Produkt CES nach Zonen (Top-City, City und Regio) unterschiedliche Preise verlangt.

C.5.1.2.3.2 Zwischenergebnis

271. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann die Marktstellung von Swisscom auf diesem Markt offengelassen werden.

C.5.1.2.4 Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

C.5.1.2.4.1 Aktueller Wettbewerb

272. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich sind verschiedene FDA tätig. Diese sind, je nach Regionen und damit je nach verfügbaren Vorleistungsprodukten mehr oder weniger auf Vorleistungen von Swisscom angewiesen.

273. Hierbei ist zu beachten, dass ausser Swisscom keine FDA über eine flächendeckende Netzinfrastruktur im Anschlussbereich verfügt, über welche schweizweit Dienstleistungen im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich erbracht werden können. Die in Kooperation mit Swisscom aufgebauten Glasfasernetze beschränken sich in der Regel auf bestimmte Regionen, die hauptsächlich in den Agglomerationen liegen. Nur in diesen Regionen kann auf Vorleistungsangebote Dritter ausgewichen werden.

274. Somit stehen alternativen FDA in Regionen, in denen neben Swisscom keine weitere Eigentümerin einer Glasfasernetzinfrastruktur im Anschlussbereich existiert, nur kommerzielle Vorleistungsangebote von Swisscom zur Verfügung. Weiter haben gewisse ehemalige Kabelnetzbetreiberinnen eine Glasfasernetzinfrastruktur erstellt, wobei die grösste Kabelnetzbetreiberin der Schweiz (Sunrise) weiter zu grossen Teilen eine für die Breitbandanbindung von Geschäftskunden nicht einsetzbare Koaxialkabelnetzinfrastruktur unterhält.

275. Aufgrund der hohen Abhängigkeit alternativer FDA von Vorleistungen von Swisscom ist davon auszugehen, dass Swisscom nach wie vor über eine starke Marktstellung in diesem Markt verfügt.

C.5.1.2.4.2 Zwischenergebnis

276. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann die Marktstellung von Swisscom auf diesem Markt offengelassen werden.

C.5.1.3 Zwischenergebnis betreffend marktbeherrschende Stellung

277. Zusammenfassend ergibt sich im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom.²²⁵

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten.

278. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird die Marktstellung von Swisscom auf den übrigen Märkten offengelassen.

C.5.2 Unzulässige Verhaltensweisen

C.5.2.1 Einleitung

279. Das KG verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, sondern einzig deren Missbrauch.²²⁶ Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.²²⁷

280. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrentinnen, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem beherrschten Markt oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmissbrauch umfasst sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrentinnen oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.²²⁸

281. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».²²⁹

²²⁵ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.5, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²²⁶ BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1.1, *Supermédia*.

²²⁷ Vgl. zum Ganzen: BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE in SIWR V/2 (Fn 154), Rz C.173 ff.; CR Concurrence-CLERC (Fn 150), Art. 7 I LCart N 91 ff.

²²⁸ BGE 146 II 217, E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

²²⁹ BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

282. Für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, sind weitere Kriterien zu berücksichtigen wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.²³⁰

283. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber einen Beispielkatalog von Verhaltensweisen aufgestellt, der das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.²³¹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.²³²

284. Wie es das Bundesgericht wiederholt²³³ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) zu ermitteln. Es ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.²³⁴ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen 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, technische Gründe.²³⁵

285. Für die Ermittlung der Wettbewerbsverfälschungen ist nach der Rechtsprechung des BGer keine auswirkungsbezogene Analyse notwendig.²³⁶ Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis *potenziell* nachteiliger Wettbewerbseffekte.²³⁷ Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs selbst nachzuweisen, d. h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs»²³⁸. Gemäss BGer handelt es sich m.a.W. um einen «Gefährdungstatbestand».²³⁹ Indem das BGer im selben Urteil zugleich betont, dass massgebend sei, «dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird»²⁴⁰, hat es auch klargestellt, dass «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. Das BGer hat im Anschluss präzisiert, dass die Verhaltensweise *entsprechend dem «effects-based approach»* effektiv potenziell geeignet sein muss, eine Wettbewerbsschädigung bzw. eine Verdrängungswirkung zu erzeugen.²⁴¹ Somit ist nachzuweisen, dass im spezifischen Fall aufgrund des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens eine konkrete, nicht bloss theoretische Gefahr nachteiliger Wettbewerbseffekte tatsächlich besteht.²⁴²

286. Das Bundesgericht hat die von Swisscom im Verfahren WAN-Anbindung I an den Tag gelegte Verhaltensweise beurteilt und das Verhalten von Swisscom

nicht als Kartellrechtsverstoss qualifiziert. Vor dem Hintergrund dieser Einschätzung des Bundesgerichts wird der hier zugrundeliegende Sachverhalt beurteilt. So hält das Bundesgericht hinsichtlich des in dieser Fallkonstellation in Frage stehenden Behinderungsmissbrauch fest, dass ein solcher sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs umfasst, die sich gegen aktuelle und potenzielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn der Marktgegenseite ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Charakteristisch für diese Missbrauchskategorie ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.²⁴³

C.5.2.2 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

287. Der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

²³⁰ Vgl. BGE 139 I 72, E. 8.2.3 und E. 10.1.2, *Publigroupe*; RE-KO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique*; RPW 2016/1, 123 Rz 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der *legitimate business reasons*; vgl. auch DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 150), Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 N 6.

²³¹ BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 570.

²³² BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 I 468, 570.

²³³ BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1, *Supermédia*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

²³⁴ BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

²³⁵ BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*.

²³⁶ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.

²³⁷ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.

²³⁸ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*.

²³⁹ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.

²⁴⁰ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*, m.w.H. auf BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*.

²⁴¹ BGer, 2C_244/2022 vom 23.1.2025 E. 10.3, *Vifor/HCI Solutions* [zur Publikation vorgesehen].

²⁴² Vgl. BGer, 2C_244/2022 vom 23.1.2025 E. 10.3 und 10.2 m.w.H. zur Rechtslage in der EU, *Vifor/HCI Solutions* [zur Publikation vorgesehen], BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1202 ff., *DCC*.

²⁴³ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.2, *Swisscom WAN-Anbindung*.

- Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das
- durch Erzwingung gegenüber der Marktgegenseite (d.h. der Vertragspartnerin als Nachfragerin oder Anbieterin)²⁴⁴
- unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen durchsetzen kann,
- ohne dass sachliche Gründe («legitimate business reasons») vorliegen.²⁴⁵

288. Die Verhaltensweise von Swisscom wurde im Verfahren WAN-Anbindung I bereits vom Bundesgericht beurteilt. Die vorliegende Beurteilung stützt sich auf das im Verfahren WAN-Anbindung I ergangene Bundesgerichtsurteil.²⁴⁶

289. Gemäss Ausführungen des Bundesgerichts genügt ein Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und der Unangemessenheit der Preise nicht, um den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu erfüllen.²⁴⁷ Unangemessene Preise müssen der Marktgegenseite aufgezwungen werden, etwa indem das marktmächtige Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, um seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis Nachdruck zu verleihen. Nicht erforderlich ist allerdings eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung der Marktgegenseite. Verlangt wird aber, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der durch eine bestimmte Verhaltensweise erzeugt wird und sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegensetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.

290. Im damaligen Verfahren schloss das Bundesgericht aus dem Tatbestandselement des «Erzwingens» als unzulässige Verhaltensweise, dass ein Preis, der das Ergebnis von Verhandlungen ist, grundsätzlich nicht auf einem «Erzwingen» beruhen kann.²⁴⁸ «Erzwingen» bedeute mit anderen Worten, dass der Preis vom marktbeherrschenden Unternehmen einseitig festgesetzt wurde. Andernfalls würde das Tatbestandsmerkmal des "Erzwingens" obsolet und es würden im Ergebnis ein Kausalzusammenhang zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einem unangemessenen Preis genügen, was dem Wortlaut von Art. 7 KG und dem Willen des Gesetzgebers widerspreche.

291. Das Bundesgericht kam im Verfahren WAN-Anbindung I zum Schluss, dass die Verhandlungen zwischen Swisscom und der Post sowie die Verhandlungen zwischen Swisscom und Sunrise das Tatbestandsmerkmal des Erzwingens von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht erfüllte und im Verhalten von Swisscom auch kein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 KG zu erblicken ist.²⁴⁹ Im vorliegend zu beurteilenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte, dass Swisscom seine Listenpreise der Marktgegenseite einseitig auferlegt hat (vgl. Rz 151 ff.).

292. Hierzu hat das Bundesgericht in seinem Entscheid festgehalten, dass weder auf dem Vorleistungsmarkt das Tatbestandsmerkmal des Erzwingens²⁵⁰ noch das Tatbestandsmerkmal der unangemessenen Preise²⁵¹ erfüllt waren. Gleiches gilt gemäss Bundesgericht auf dem Endkundenmarkt.²⁵²

293. Da sich vorliegend der Sachverhalt bezüglich den einzelnen WAN-Ausschreibungen weder gegenüber den Geschäftskunden von Swisscom noch gegenüber den

anderen FDA massgeblich unterscheidet, rechtfertigt sich auch vorliegend keine andere Qualifikation des Sachverhalts. Ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG kann daher nicht nachgewiesen werden.

C.5.2.3 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

294. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG «die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen», in Betracht. Diskriminierungen können sowohl eine Ausbeutungs- als auch eine Behinderungsmissbrauchskomponente enthalten.²⁵³ Zusätzlich zur marktbeherrschenden Stellung enthält dieser Tatbestand folgende vier kumulativen Tatbestandsmerkmale:

- Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen von
- Handelspartnern, woraus sich eine
- Wettbewerbsverfälschung ergibt, für die
- keine sachlichen Gründe («legitimate business reasons») vorliegen.²⁵⁴

295. Im Verfahren WAN-Anbindung I hat das Bundesgericht das Tatbestandselement der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen nicht geprüft. Dennoch hat das Bundesgericht in seiner rechtlichen Würdigung zu anderen Tatbeständen von Art. 7 Abs. 2 KG die Verhandlungen bei Breitbandanbindungen von Unternehmensstandorten gewürdigt.²⁵⁵ Diese rechtlichen Würdigungen sind auch vorliegend zu beachten.

C.5.2.3.1 Handelspartner

296. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.²⁵⁶

²⁴⁴ Vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3, *Terminierung Mobilfunk*.

²⁴⁵ Vgl. zum Ganzen BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.4.1, *Sport im Pay-TV*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 154), Art. 7 N 374 ff.

²⁴⁶ BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁴⁷ BGE, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 12.2.1, *Sport im Pay-TV*; BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.5, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁴⁸ BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.7, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁴⁹ BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵⁰ BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 9, insb. E. 9.8, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵¹ BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 9.9, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵² BGE, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 10, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵³ BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*.

²⁵⁴ Vgl. zum Ganzen RPW 2020/2, 572 Rz 843, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.3.1, *Sport im Pay-TV*; ebenso, wenn auch etwas weniger deutlich, BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 154), Art. 7 N 300 ff.

²⁵⁵ BGE, 2C_698 vom 5.3.2024 E. 7.7, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵⁶ BGE 139 I 72, E. 10.2.2, *Publigroupe*.

297. Das vorliegende Verhalten in der Preissetzung von Swisscom (vgl. Rz 148 ff.) im Rahmen von Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich richtet sich sowohl gegen Geschäftskunden von Swisscom als auch gegen FDA, welche Vorleistungen von Swisscom beziehen.

298. Die Geschäftskunden fragen WAN-Anbindungen von Swisscom nach und stehen damit mit Swisscom auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe in geschäftlichem Kontakt. Sie sind somit als Handelspartner zu qualifizieren.

299. FDA, die Vorleistungen von Swisscom nachfragen, stehen ebenfalls mit Swisscom in geschäftlichem Kontakt und stehen im Verhältnis zu Swisscom auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe. Sie sind somit ebenfalls als Handelspartner zu qualifizieren.

C.5.2.3.2 Ungleichbehandlung von Handelspartnern bei Preisen

300. Eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG liegt vor, wenn bei gleichartigen Sachverhalten ungleiche Geschäftsbedingungen angewandt werden oder wenn bei ungleichartigen Sachverhalten gleiche Geschäftsbedingungen zur Anwendung gelangen. Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch sein, sondern lediglich gleichwertig. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich die Ungleichbehandlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte (Transaktionen) hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden. Dies bedeutet, dass eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht gegen das Prinzip «Gleiches seiner Massgabe nach gleich und Ungleiches seiner Massgabe nach ungleich» zu behandeln, verstossen darf.

301. Zur Erbringung von WAN-Anbindungsleistungen verhandelte Swisscom mit der Marktgegenseite (Geschäftskunden oder FDA; vgl. Abschnitt B.4). Diese Verhandlungen zielten im Wesentlichen darauf ab, die konkreten Bedürfnisse des jeweiligen Geschäftskunden im Einzelfall zu befriedigen. Hierbei sind die einzelnen WAN-Anbindungsprojekte je nach Unternehmen und Anforderungen sehr individuell und es gibt zum Teil grosse Unterschiede. Die Auswertung der Rechnungsdaten (vgl. Rz 148 ff.) hat zwar gezeigt, dass sich die vereinbarten Preise für vergleichbare Dienstleistungen an einzelnen Standorten unterscheiden. Es scheint allerdings sowohl von den Marktteilnehmern als auch vom Bundesgericht anerkannt²⁵⁷, dass die Komplexität und Individualität der zu erbringenden WAN-Anbindungen Verhandlungen über die Ausgestaltung der WAN-Anbindungsleistung und über den Preis voraussetzen. Demnach können Verhandlungen im Rahmen der Bedürfnisabklärung und der anschliessenden Vereinbarung von WAN-Anbindungsprojekten als ursächlich für Preisunterschiede und damit Ungleichbehandlungen angesehen werden. Da weder eine vertiefte Analyse der jeweiligen Verhandlungen (vgl. Rz 148 ff.) durchgeführt wurde und dies auch nachträglich nicht mehr möglich ist, noch im Zeitraum von 2015 bis zur Verfügung bei den Wettbewerbsbehörden Meldungen seitens Unternehmen oder FDA hinsichtlich der Preissetzung in WAN-

Anbindungsprojekten eingegangen sind, kann vorliegend keine massgebliche Ungleichbehandlung nachgewiesen werden.

302. Vor diesem Hintergrund wird auf eine Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG verzichtet.

C.5.2.4 Kosten-Preis-Schere

303. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen für eine Kosten-Preis-Schere die drei strukturellen Voraussetzungen vertikale Integration, Abhängigkeit von den Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens und eine marktbeherrschende Stellung erfüllt sein.²⁵⁸ Das unzulässige Verhalten liegt in der verfolgten Strategie, mit welcher ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Mitbewerber im nachgelagerten Markt so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig sind, d.h. letztlich aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird.²⁵⁹

304. Eine Kosten-Preis-Schere liegt grundsätzlich in zwei Fällen vor.²⁶⁰ Im ersten Fall liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn der Vorleistungspreis für die Konkurrentin höher ist als der Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt. Im zweiten Fall liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn die Marge der Konkurrentin zwischen dem (von ihr zu bezahlenden) Vorleistungspreis und dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten zu decken.

305. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Berechnung der Kosten ein Eigenwirtschaftlichkeitstest durchzuführen, wobei die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens massgeblich sind.²⁶¹ Mit anderen Worten muss nachgewiesen werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen, wäre es nicht vertikal integriert und müsste es selbst den Vorleistungspreis bezahlen, effizient genug wäre, um keine Verluste zu erleiden.

306. WAN-Anbindungen von Unternehmensstandorten werden jeweils im Einzelfall ausgeschrieben und als individuelle WAN-Anbindungsprojekte zwischen Swisscom und den Geschäftskunden abgeschlossen, so dass den Wünschen und Bedürfnissen Letzterer entsprochen werden kann (vgl. Abschnitt B.4).

²⁵⁷ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.7.6, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵⁸ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.11, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁵⁹ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.11, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁶⁰ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.12, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁶¹ BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.12, *Swisscom WAN-Anbindung*.

307. Aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Ausschreibungen, die zudem zeitlich weit zurückliegen, ist es zum Zeitpunkt der Verfügung nicht mehr möglich für jedes einzelne WAN-Anbindungsprojekt einen wie vom Bundesgericht geforderten Eigenwirtschaftlichkeitstest durchzuführen (vgl. Rz 151 ff.).²⁶² Vor diesem Hintergrund kann vorliegend der Nachweis nicht erbracht werden, ob tatsächlich das Verhältnis von Vorleistungspreisen und Endkundenpreisen in einzelnen Ausschreibungen zu einer unzureichenden Marge geführt hätte. Demnach kann auch der Nachweis einer Kosten-Preis-Schere im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vorliegend nicht erbracht werden.

D Ergebnis

308. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum nachfolgenden Ergebnis:

309. Im Rahmen der Untersuchung konnte im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung gegenüber Geschäftskunden und alternativen FDA im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b und c KG sowie im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG missbraucht hat (vgl. Abschnitt C.5.2). Das Verfahren ist daher einzustellen.

E Kosten

310. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG²⁶³ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

311. Die Gebührenpflicht entfällt für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Nachdem das gegen Swisscom eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für sie die Gebührenpflicht.

312. Die Verfahrenskosten von rund 215'000 Franken gehen somit zu Lasten des Bundes. Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht zu entrichten.

F Dispositiv

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

1. Die Untersuchung 32-0259: WAN-Anbindung II gegen die Swisscom (Schweiz) AG wird ohne Folgen eingestellt.
2. Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Bundes.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, in Bern
vertreten durch [...].

Die Verfügung geht in Kopie an:

- Sunrise GmbH, in Glattpark (Opfikon).

[Rechtsmittelbelehrung]

²⁶² BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 11.5, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁶³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2.2

2. Enduits superficiels et gravillonnage

Décision du 25 août 2025 en l'affaire enquête 22-0511 relative à l'art. 27 LCart concernant Enduits superficiels et gravillonnage relative à des accords illicites selon l'art. 5 al. 3 LCart contre

1. **PAUPE HOLDING SA**, c/o Bitusag S.A., à Glovelier; **Bitusag S.A.**, à Glovelier et **Bitusag Neuchâtel SA**, à La Chaux-de-Fonds
toutes deux représentées par [...]
2. **Colas Suisse SA**, à Lausanne
représentée par [...]
3. **Duckert SA**, à Cortaillod
représentée par [...]
4. **Prodo SA**, à Domdidier
représentée par [...]
5. **Wyss Fils SA**, à Travers
représentée par [...]

A En procédure

A.1 Objet de l'enquête

1. L'enquête 22-0511 vise à déterminer si les parties ont indûment coordonné leurs offres pour des marchés dans le domaine de l'entretien routier, en particulier des enduits superficiels et du gravillonnage (art. 5 al. 3 LCart¹ resp. art. 5 al. 1 LCart).

A.2 Destinataires de l'enquête

2. Les entreprises contre lesquelles l'enquête est dirigée sont les suivantes:

- **Bitusag** (comprenant au moins PAUPE HOLDING SA, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA);²
- **Duckert** (comprenant au moins Duckert SA);
- **Prodo** (comprenant au moins Prodo SA);
- **Colas** (comprenant au moins Colas Suisse SA);
- **Wyss** (comprenant au moins Wyss Fils SA).

A.3 Déroulement de la procédure

3. Le 17 janvier 2022, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) en accord avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO), a ouvert l'enquête 22-0511: *Enduits superficiels et gravillonnage* au sens de l'art. 27 LCart contre Bitusag et ses sociétés affiliées, Duckert et ses sociétés affiliées, Prodo et ses sociétés affiliées, ainsi que contre Colas et ses sociétés affiliées.³ En date du 20 juin 2022, le Secrétariat, toujours en accord avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a étendu l'enquête à l'encontre de Wyss et ses sociétés affiliées.⁴

4. Les 18 et 19 janvier 2022, des perquisitions ont été opérées par le Secrétariat auprès des entreprises Bitusag, Duckert, Colas et Prodo.⁵ Le 21 juin 2022, le Secrétariat a également mené une perquisition dans les locaux de l'entreprise Wyss.⁶

5. A la suite desdites perquisitions, quatre entreprises visées par l'enquête ont déposé des marqueurs en vue de déposer des autodénonciations. Si l'une d'entre elles a ensuite retiré son autodénonciation,⁷ les autres ont fait parvenir des autodénonciations écrites à la direction de la procédure, complétées au cours des investigations.⁸

6. Au cours de l'enquête, la direction de la procédure a par ailleurs procédé à plusieurs auditions de parties et de témoins.⁹

7. Les parties ayant toutes exprimé leur intérêt pour un aboutissement rapide de la procédure, des discussions ont eu lieu en vue de la conclusion d'accords amiables, entre décembre 2024 et mai 2025. A la suite desdites discussions, Duckert, Bitusag, Prodo et Wyss ont conclu des accords amiables.¹⁰ Quant à elle, Colas s'est retirée des discussions en date du 10 mars 2025, par une prise de position écrite à l'occasion de laquelle elle a requis le classement de la procédure à son encontre.¹¹ Bitusag, Duckert, Prodo et Wyss ont, à la suite des discussions visant à parvenir à un accord amiable, fourni des explications supplémentaires ou reconnu les faits.¹²

8. Le Secrétariat a envoyé la proposition de décision à toutes les parties le 10 juin 2025.¹³ Dans le délai imparti, les parties suivantes ont fait parvenir leurs prises de position ou déclaré explicitement qu'elles renonçaient à formuler une prise de position: Duckert, Wyss, Colas, PAUPE HOLDING SA et, ensemble, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA.¹⁴ Prodo a renoncé à déposer une prise de position. Seules PAUPE HOLDING SA et les sociétés Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA (dans leur envoi commun) ont formulé – de manière implicite à tout le moins – des requêtes. La première citée a requis de ne pas être incluse dans la procédure en tant que partie, tandis que les deux sociétés Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA sont d'avis que la réduction de leur

¹ Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

² Act. II.A.68; act. III.6 I. 123 ss.

³ Act. I.2- act. I.5.

⁴ Act. I.71.

⁵ Act. I.19-act. I.24.

⁶ Act. I.76.

⁷ Act. X.B.24.

⁸ Act. X.A.1 ss; act. X.C.1 ss; act. X.D.1 ss.

⁹ Act. III.1 à act. III.7.

¹⁰ Act. I.800 ss.

¹¹ Act. I.246.

¹² Act. I.248.6, act. I.252, act. X.A.61, act. X.C.48, act. X.C.51, act. X.D.35.1, act. X.D.37.

¹³ Act. VII.2, act. VII.3, act. VII.4, act. VII.5, act. VII.6, act. VII.7.

¹⁴ Act. VII.13, act. VII.15, act. VII.16, act. VII.17, act. VII.18.

sanction est trop faible en comparaison avec les autres parties (en indiquant cependant de manière explicite ne pas remettre en cause l'accord amiable). Le contenu détaillé des prises de position est abordé ci-après dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

9. Comme il est d'usage dans les procédures qui aboutissent à un accord amiable ou qui sont classées, la COMCO n'a pas procédé à des auditions. Aucune des parties n'en a d'ailleurs demandé, conformément aux attentes exprimées par le Secrétariat durant le processus d'accord amiable. La COMCO a rendu sa décision le 25 août 2025.

B En fait

B.1 Objet de la preuve

10. Il convient d'examiner ci-après, d'un point de vue factuel, s'il existait entre les entreprises visées par l'enquête une ou plusieurs manifestations de volontés concordantes de coordonner leurs comportements concernant des appels d'offres publics ou privés dans le marché de l'entretien léger routier (cf. chapitre B.2).

11. Dans les considérants qui suivent, il s'agit ainsi d'examiner s'il y a eu des coordinations et cas échéant leurs buts et conséquences entre

- Bitusag et Duckert (B.3.1),
- Bitusag et Prodo (B.3.2),
- Bitusag et Wyss (B.3.3),
- Bitusag et Colas (B.3.4),
- Duckert et Prodo (B.3.5),
- Duckert et Wyss (B.3.6),
- Deux entreprises dans les rapports bilatéraux non abordés (B.3.7),
- Plusieurs concurrentes (coordinations multilatérales; B.3.8).

B.2 Marché de l'entretien routier

12. Le marché concerné par la présente enquête est celui de l'entretien des routes.¹⁵ Comparées aux enrobés traditionnels, les techniques de l'enduit superficiel permettent la mise en état rapide et économique de routes à faible ou moyen trafic. Les enduits superficiels s'appliquent par une première couche de liant hydrocarboné sur laquelle est appliquée une deuxième couche composée de gravillons. Les entreprises pratiquant les techniques d'enduits superficiels ne sont généralement pas actives sur le marché de l'enrobage traditionnel. La détermination de la technique de l'entretien routier est faite par l'adjudicateur. Ainsi le marché de produits concernés comprend les enduits superficiels, le gravillonnage et les activités liées, comme p.ex. l'entretien ponctuel de nids de poules et de fissures avec les techniques de point à temps et pontage de fissures.

13. Le commerce de produits bitumineux n'est pas compris dans l'objet de la présente enquête. En conséquence, les engagements pris par les parties dans le cadre d'éventuels accords amiables ne se rapportent pas à l'achat ni à la vente par les parties de produits bitumineux, entre elles ou avec des tiers.

14. L'entretien léger des routes est un marché de produits plutôt homogène. Par ailleurs, les autorités – surtout les cantons et les grandes communes – sont souvent très spécifiques dans leur description de l'appel d'offres. Il ressort des investigations conduites que le prix est le facteur déterminant dans l'évaluation des offres soumises.

15. Sur le plan géographique, les accords présumés que la présente enquête vise à clarifier concernent les cantons du Jura, de Neuchâtel et de Vaud et les parties romandes des cantons de Berne et de Fribourg. Ceci correspond approximativement à la région de l'arc jurassien.

B.3 Coordinations entre entreprises concurrentes

B.3.1 Coordination entre Bitusag et Duckert

16. Les moyens de preuve au dossier ont révélé des soupçons selon lesquels il y a eu entre Bitusag et Duckert une coordination qui va au-delà d'un ou de quelques projets isolés.

17. Duckert expose que depuis la création des deux sociétés, les fondateurs de Duckert et Bitusag puis leurs successeurs ont entretenu des relations cordiales, desquelles est né un *gentlemen's agreement* sur la politique de prix et sur les secteurs d'activité de chacun entre Neuchâtel et le Jura, avant 1996 déjà.¹⁶ Chez Duckert, [...] était à la direction depuis 1995 et a quitté le conseil d'administration en 2021.¹⁷ [...] a intégré la direction en 2013, [...] étant responsable du secteur entretien routier depuis 2021.¹⁸ Chez Bitusag, [...] est administrateur-directeur depuis 2003.¹⁹

18. Duckert indique par ailleurs qu'elle a entretenu des discussions avec Bitusag dès leur création portant sur la politique des prix pour l'entretien routier et ses conséquences géographiques.²⁰ Duckert expose en outre une série de cas isolés ou récurrents au sujet desquels des « ententes » auraient été conclues, notamment entre Bitusag et Duckert.²¹ Quant à Bitusag, [...] a indiqué que Duckert et Bitusag seraient très proches depuis les années 60.²² Il ressort des déclarations de Duckert et de Bitusag que le but du « *gentlemen's agreement* » conclu entre Duckert et Bitusag aurait été que chaque entreprise puisse travailler dans sa région.²³

19. Dans son audition de partie pour Bitusag du 27 octobre 2023, [...] a indiqué que Bitusag aurait attendu de Duckert qu'elle l'informe si elle recevait des demandes d'offres de communes dans lesquelles Duckert n'est pas active.²⁴ Il est précisé que Bitusag est également active dans la région « Montagnes » du canton de Neuchâtel.²⁵ S'agissant du canton du Jura, [Bitusag] a notamment

¹⁵ Cf act. I.252, act. X.D.35.1, act. X.D.37.

¹⁶ Act. X.A.38, p. 3.

¹⁷ Act. X.A.38, p. 2; act. III.2, l. 66-80.

¹⁸ Act. X.A.38, pp. 1-2.

¹⁹ Act. III.1, l. 78 s.

²⁰ Act. X.A.38, p. 3.

²¹ Act. X.A.38, p. 9, act. X.A.45 p. 3.

²² Act. III.6, l. 731-732.

²³ Act. X.A.38 p. 5.

²⁴ Act. III.7, l. 553-567.

²⁵ Act. III.6, l. 126-131.

déclaré, lors de son audition du 26 octobre 2023: « C'est possible qu'il y ait eu un téléphone, comme d'habitude, 'faites comme d'habitude' ». ²⁶ Par ailleurs, il apparaît que les entreprises Duckert et Bitusag semblent ne pas se considérer comme des concurrentes, mais comme des partenaires. [Bitusag] utilise ce terme exact dans son audition du 26 octobre 2023, ²⁷ et indique dans son audition du 27 octobre 2023 que Duckert et Bitusag étaient « un peu partenaire » et qu'il a été surpris que Duckert « lui en joue une » en rendant des offres sur certains marchés (les Planchettes, Le Locle, éventuellement St-Imier). ²⁸ [Bitusag] se réfère notamment aux communes où Duckert ne serait pas actif ou n'aurait pas à sa connaissance d'activité. ²⁹

20. Duckert et Bitusag ont de plus été coactionnaires de la société Revêtements et travaux spéciaux S.A (ci-après: RTS) entre 2010 et 2023. Selon [Duckert], Duckert a repris les actions en 2000 et Bitusag (anciennement actionnaire) est redevenue actionnaire en 2010 à hauteur de 30 %. ³⁰ En 2010, Duckert et Bitusag ont acheté un camion servant à l'entretien routier au nom de cette société. ³¹ Il ressort par ailleurs d'informations transmises par Duckert qu'elle détient le contrôle exclusif sur RTS depuis 2024. ³²

21. En février 2009, Duckert et Bitusag ont conclu une convention écrite dans laquelle elles se mettent d'accord sur le fait que chacun des partenaires exécute en son nom les travaux dans sa région, en louant la machine à RTS. La région exclusive de Bitusag est définie comme le Jura, le Jura bernois, les Montagnes neuchâteloises. La région exclusive de Duckert est définie comme Neuchâtel (sauf La Chaux-de-Fonds et le Locle), le Seeland et Morat. ³³

22. Dans une prise de position écrite du 17 février 2025, Duckert précise qu'une certaine coordination interprojets aurait eu lieu entre Duckert et Bitusag entre 2004 et 2021. Concrètement, les deux entreprises précitées auraient renoncé à se faire concurrence dans les régions du Jura, Neuchâtel, Jura bernois, Seeland et Morat, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Il aurait ainsi été prévu que Bitusag emporte les travaux dans les régions du Jura, du Jura bernois et des Montagnes neuchâteloises, tandis que Duckert les emporterait dans le reste du canton de Neuchâtel, en particulier la région du Littoral. ³⁴

23. Le 14 avril 2025, le représentant de Bitusag a signé une reconnaissance de l'état de fait. Par ledit document, Bitusag a notamment reconnu l'existence d'une coordination interprojets avec Duckert, ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans les régions du Jura, Neuchâtel, Jura bernois, Seeland et Morat, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. ³⁵ S'agissant de la durée de ladite coordination interprojets, Bitusag a reconnu une durée plus courte que celle indiquée par Duckert, allant de 2009 à 2021, mais n'a contesté ni le but de ladite coordination, ni le fait qu'elle a régulièrement été mise en œuvre dans le contexte de projets individuels. Il sied de constater qu'hormis la déclaration de Duckert, aucune pièce au dossier ne permet d'attester que la coordination a débuté en 2004 déjà. En conséquence, il est retenu que la durée de la coordina-

tion interprojets entre Bitusag et Duckert a duré de 2009 à 2021.

24. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi, sur la base des pièces au dossier et des déclarations y relatives des parties, qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Duckert entre 2009 et 2021, ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, le Seeland et Morat, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Concrètement, le but de ladite coordination interprojets était d'éviter un comportement concurrentiel entre ces deux entreprises dans les régions précitées.

25. Par ailleurs, les investigations et déclarations des parties ont permis d'établir l'existence de diverses coordinations concernant des projets individuels entre Bitusag et Duckert, étant précisé qu'il n'a pas été établi si la coordination interprojets a fait l'objet de démarches de mise en œuvre dans chaque cas isolé. ³⁶ Cela étant et dans la mesure où une coordination interprojets est établie et que son existence a été reconnue par Duckert et Bitusag, ces contacts sont considérés comme la mise en œuvre de ladite coordination interprojets et non comme de potentielles infractions commises indépendamment de celle-ci. Partant, un examen plus approfondi desdits contacts de mise en œuvre de la coordination interprojets n'est pas nécessaire.

B.3.2 Coordination entre Bitusag et Prodo

26. Les moyens de preuve au dossier ont révélé des soupçons selon lesquels il y a eu entre Bitusag et Prodo une coordination qui va au-delà d'un ou de quelques projets isolés.

27. Prodo indique qu'elle a eu de longue date des échanges avec Bitusag concernant certains marchés. ³⁷ De base, Prodo est fournisseur de produits bitumineux et a parfois recours à des tiers pour des travaux en sous-traitance, dont Bitusag. Par sa position de principal fabricant et fournisseur suisse de produits bitumineux, en particulier, elle a toujours eu des relations commerciales avec toutes les sociétés actives dans cette

²⁶ Act. III.6, l. 793.

²⁷ Act. III.6, l. 781-782.

²⁸ Act. III.7, l. 521-532.

²⁹ Act. III.7, l. 562.

³⁰ Act. III.2, l. 106-113; cf. également act. III.1, l. 271-273.

³¹ Act. III.2, l. 102-105; act. III.1, l. 269-273.

³² Act. X.A.57.

³³ Act. X.A.56.

³⁴ Act. X.A.61.

³⁵ Act. I.252.

³⁶ En général: Act. III.1-III.2, act. III.6-7, act. X.A.38, act. X.A.45, act. X.A.50, act. X.A.56, act. I.252; Jura bernois: Act. II.5; Cortaillod: Act. II.A.9-II.A.19; Buix-Montignez: Act. II.A.1, II.A.69; Canton du Jura: Act. VI.4, act. VI.2, act. II.A.6, act. II.A.7, act. II.A.8; La Chaux-de-Fonds: Act. II.A.127; act. II.A.129; act. II.A.130; act. II.A.133; act. II.B.12; act. II.B.15; II.B.55; Le Locle: Act. II.A.30, act. II.A.146, act. II.A.147; act. VI.4, act. X.C.34 pp. 14, 436-449; Nods: Act. II.A.42 à act. II.A.54, act. II.A.117 à II.A.123; Boudry: Act. II.A.2, act. II.A.3, act. II.A.71; Les-Ponts-de-Martel: Act. II.A.41; Vallorbe / Grands Crêts: Act. II.A.59, II.A.60, act. II.B.28, II.B.29, II.B.30, II.B.31, II.B.32; Les Brenets: Act. II.A.67.

³⁷ Act. X.C.34, p. 14.

branche. Pour les régions du canton du Jura, canton de Neuchâtel et Jura bernois notamment, le responsable des ventes entre 2004 et 2021 était [...]. Dans ce contexte, les représentants de Bitusag et Prodo se rencontraient plusieurs fois par an et échangeaient par téléphone ainsi que par courriel électronique. Quant au but et aux motivations des coordinations présumées avec Bitusag, Prodo a expliqué qu'ils avaient pour seul but de laisser Bitusag disposer de certains marchés, en accord avec ou à la demande du Pouvoir adjudicateur. En contrepartie, Prodo imaginait pour sa part que Bitusag se serait fournie plus abondamment en produit bitumineux auprès d'elle; c'est ce qu'illustrent les notes manuscrites rédigées par deux employés de Prodo et l'extrait du Rapport d'activité 2016 de la direction de Prodo qui explorent le potentiel des ventes dans la région concernée.³⁸ Une telle contrepartie n'a cependant pas été évoquée avec Bitusag ni promise par elle. Selon un ancien directeur de Prodo, les notions de « protection » qui apparaissent sur ces notes font référence aux soumissions qui allaient logiquement être attribuées à Bitusag, voire à Wyss ou Duckert, compte tenu de leur positionnement géographique; autrement dit, il est question des marchés que Prodo n'avait que pas ou peu de chances d'obtenir en raison de son éloignement géographique, sans qu'il ne soit question d'ententes anticoncurrentielles.³⁹

28. Les éléments de preuve cités en introduction constituent des indices d'une coordination de longue date entre Bitusag et Prodo, menée avec une certaine systématique. A cela s'ajoute une coordination concrète des offres pour divers projets dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel et le Jura bernois. Il est établi que Bitusag et Prodo se sont entendues sur une renonciation à la concurrence entre elles dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel et le Jura bernois. S'agissant du canton du Jura, Prodo était d'accord de laisser les marchés systématiquement à Bitusag. Concernant le canton de Neuchâtel et le Jura bernois, Prodo et Bitusag se sont mises d'accord de discuter du gagnant du projet sur demande de l'autre. S'agissant de la durée, sur la base des moyens de preuve mis au jour par les autorités de la concurrence et des déclarations des parties et d'un témoin, il apparaît que la coordination entre Prodo et Bitusag a commencé au plus tard en 2010, et s'est poursuivie jusqu'en 2021 au moins.⁴⁰ La longue durée des différents actes de coordination et les nombreuses preuves de coordination entre les deux entreprises permettent de conclure à une entente de base entre les deux entreprises, qui dépasse le cadre d'un simple projet. Il sied de préciser qu'au vu des moyens de preuve identifiés, la fréquence des actes de mise en œuvre de la coordination interprojets entre Bitusag et Prodo a diminué dans ses dernières années d'existence, Prodo déclarant pour sa part qu'il se serait agi d'une « pratique essentiellement révolue avant l'ouverture de l'enquête ».⁴¹ Enfin, il est précisé que pour le territoire du canton de Fribourg, aucune mise en œuvre de la coordination interprojets entre les deux entreprises n'est attestée.

29. Prodo reconnaît une forme de coordination systématique avec Bitusag.⁴² S'agissant de l'aspect temporel, il sied de préciser que la fréquence des accords a certes

diminué au cours des années précédant l'ouverture de la procédure et que cette coordination avec Bitusag était essentiellement révolue avant l'ouverture de l'enquête. Ce nonobstant, les autorités de la concurrence considèrent comme établi que la coordination interprojets entre Bitusag et Prodo a duré de 2010 à 2021, ce que Prodo a reconnu.⁴³ Bitusag a également reconnu l'existence d'une coordination dans le dépôt des offres entre elle et Prodo entre 2010 et 2021 qui a dépassé le cadre de coordinations liées à des projets individuels; en somme, Bitusag a également reconnu l'existence d'une coordination interprojets entre Prodo et elle.⁴⁴

30. Ces preuves démontrent ainsi l'existence d'une coordination menée pendant de longues années et avec une certaine systématique entre Bitusag et Prodo dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel et le Jura bernois. Il est établi que l'objet de cette coordination était un consensus de base entre les deux parties, à savoir qu'elles renoncent à la concurrence dans le domaine de l'entretien des routes sur le territoire du canton du Jura, du Jura bernois et du canton de Neuchâtel. Bitusag devait obtenir en règle générale les mandats dans le canton du Jura; dans les régions du canton de Neuchâtel et du Jura bernois, il y avait un consensus sur le fait de se mettre d'accord sur le gagnant d'un projet et de coordonner les offres en conséquence. La coordination a duré de 2010 à 2021. L'existence de diverses coordinations dans le cadre de projets individuels montrent que le consensus entre Prodo et Bitusag a été mis en œuvre. Cela étant, les investigations n'ont pas établi si la coordination interprojets a été mise en œuvre dans le contexte de chaque projet individuel.

31. Par ailleurs, les investigations et déclarations des parties ont permis d'établir l'existence de diverses coordinations concernant des projets individuels entre Bitusag et Prodo.⁴⁵ Cela étant et dans la mesure où une coordination interprojets est établie et que son existence a été reconnue par Prodo et Bitusag, ces contacts sont considérés comme la mise en œuvre de ladite coordination interprojets et non comme de potentielles infractions commises indépendamment de celle-ci.⁴⁶ Partant, un examen plus approfondi desdits contacts de mise en œuvre de la coordination interprojets n'est pas nécessaire.

³⁸ Act. X.C.34, p. 450-456.

³⁹ Act. X.C.34, extraits pp. 14-17; act. X.C.34, pp. 451-456.

⁴⁰ Act. X.C.34, p. 260.

⁴¹ Act. X.C.51.

⁴² Act. X.C.34.

⁴³ Act. X.C.51.

⁴⁴ Act. I. 248.6, act. I.252.

⁴⁵ Bure: Act. II.A.4, act. III.7, I. 886-919; Jura bernois: Act. II.A.74-II.A.82, act. II.C.18-II.C.22, act. X.C.34 pp. 12, 47-123, act. III.6, I. 818-1013; La Ferrière: Act. II.A.144-II.A.145, act. III.7, I. 750-792; Sonvilier: Act. II.A.175, act. III.7, I. 848-882, act. VI.4; Canton du Jura: Act. II.A.63, II.A.96, act. II.A.98, act. II.A.100-II.A.104, act. II.C.11-II.C.13, act. II.C.16, act. II.C.26-II.C.30, act. X.C.34 pp. 13, 125-257, act. III.6, I. 406-424, 448-465, 515-550; La Chaux-de-Fonds: Act. II.A.126-II.A.127, II.A.130; Le Locle: Act. II.A.30, act. II.A.146, act. II.A.147; act. VI.4, act. X.C.34 pp. 14, 436-449; Nods: Act. II.A.45, act. II.A.51, act. II.A.162, act. II.A.164, act. II.C.2-II.C.3, act. X.C.34 pp. 12, 24-45, act. III.6 I. 1018-1101, act. III.7 I. 37-44; Bourrignon: act. II.A.72; Canton de Neuchâtel (Etat): act. II.C.25, act. II.A.92, act. X.C.34 pp. 259-263, 364.

⁴⁶ Act. I.248.6, act. I.252, act. X.C.48, act. X.C.51.

B.3.3 Coordinations entre Bitusag et Wyss

32. Il ressort de l'administration des preuves menée au cours de l'enquête qu'il n'y a pas eu de coordination interprojets entre Bitusag et Wyss concernant des projets dans le domaine de l'entretien routier. Certes, le comportement présenté ci-après illustre une certaine systématique. Les coordinations découvertes n'atteignent toutefois pas le seuil d'une coordination interprojets. Sur la base des investigations menées, les coordinations de projets individuels suivantes – reconnues par Bitusag et Wyss – sont établies.⁴⁷

B.3.3.1 [...]

33. Selon Wyss, [Bitusag] lui aurait demandé en 2019 de remplir son offre pour la soumission d'enduits superficiels [...] de manière bienveillante, soit sans chercher à tout prix à obtenir le marché. [Bitusag] aurait pris contact téléphoniquement avec [Wyss] pour lui indiquer qu'il allait recevoir un dossier d'appel d'offre par [...] concernant des enduits superficiels. Wyss n'ayant aucun intérêt audit marché, n'a pas vu d'objections à rendre service.⁴⁸ Selon Bitusag, [Bitusag] aurait dit à [Wyss] que s'il recevait une soumission pour [...], il ne devrait « pas faire le fou » et déposer des « prix du marché », ce que ce dernier aurait accepté.⁴⁹ Sur la base des pièces au dossier, il apparaît que Wyss n'a participé qu'à un appel d'offres pour [...], celui des enduits superficiels en 2019, pour lequel elle a déposé une offre.⁵⁰ Il est ainsi établi, sur la base des moyens de preuve figurant au dossier, que les entreprises se sont mises d'accord sur le fait que Bitusag était censée remporter le marché en bénéficiant du soutien de Wyss. S'agissant de la durée, les indices figurant au dossier ne concernent que 2019, qui est retenue comme période pertinente au vu des informations actuellement à sa disposition. Wyss déclare qu'elle voulait faire une faveur à Bitusag.⁵¹ Le but était donc que l'offre de Wyss ne constitue pas une offre concurrentielle par rapport à celle de Bitusag. Il s'est donc agi de faire en sorte que Bitusag emporte le marché en profitant du soutien ou de l'absence de concurrence de Wyss. S'agissant enfin de la mise en œuvre de la coordination précitée, il ressort des pièces au dossier que Wyss a déposé une offre pour le projet en question à un prix plus élevé que celui de Bitusag. Il ressort également des pièces au dossier évoquées précédemment que Bitusag a remporté le marché des enduits superficiels pour [...] en 2019. Au vu de ce qui précède, il est donc établi que Wyss s'est comportée comme convenu en déposant une offre à un prix plus élevé que Bitusag, et que grâce à ce soutien notamment, Bitusag a été adjudicataire du projet.

B.3.3.2 [...]

34. Wyss explique qu'elle a eu des contacts bilatéraux avec Bitusag en 2019 et en 2020.⁵² L'objet de ces discussions aurait été que Wyss remplisse une offre concernant [...] avec des prix qui ne lui permettaient pas d'avoir l'adjudication. Selon Wyss, Duckert aurait également eu des contacts avec Bitusag concernant ces marchés, [Wyss] ne se souvenant quant à lui pas d'avoir eu des contacts directs avec Duckert. Cette dernière explique, au sujet de marchés concernant [...], qu'elle s'est mise d'accord avec Bitusag entre 2016 et 2020 pour établir et déposer une offre aux prix indiqués par [Bi-

tusag]. Duckert ne mentionne pas de contacts avec Wyss concernant des marchés de [...].⁵³

35. Les pièces au dossier concernant l'année 2019 montrent que Bitusag a préparé des offres dans le but de les communiquer à Wyss et Duckert, afin que ces deux entreprises les envoient au pouvoir adjudicateur. Se trouve également dans les actes la décision d'adjudication du marché de [...] à Bitusag pour le prix de CHF [>150'000].⁵⁴ Il est ainsi établi que Bitusag et Wyss se sont mises d'accord sur le fait que Bitusag était censée remporter le marché en bénéficiant du soutien de Wyss.

36. Concernant 2020, seuls des moyens de preuve relatifs à un échange entre Bitusag et Duckert figurent au dossier, parmi lesquels ce courriel du 20 mai 2020:⁵⁵ « Salut [Duckert], Comme convenu avec [Bitusag], vous trouverez en annexe les documents convenus. ». Comme mentionné ci-dessus, Wyss a également indiqué pour l'année 2020 qu'une coordination avec Bitusag avait eu lieu, ce que cette dernière reconnaît.⁵⁶

37. Wyss indique avoir toujours travaillé sans accord dans [...] hormis en 2019 et 2020.⁵⁷ A partir de 2021, Wyss aurait eu une nouvelle machine lui ayant permis de remporter trois soumissions.⁵⁸ En ce qui concerne la période précédant 2019, Wyss laisse entendre qu'il a eu moins de capacité jusqu'au moment où [...] a réduit sa demande,⁵⁹ étant rappelé qu'à compter de 2019, [...] a modifié sa pratique, en attribuant des marchés d'entretien routiers de gré à gré au lieu d'organiser une procédure sur invitation.⁶⁰ Cependant, Wyss indique également que sans l'intervention de la COMCO, elle aurait peut-être répondu à d'autres sollicitations de Bitusag ou Duckert.⁶¹ Au vu de ce qui précède, il est établi que Wyss s'est mise d'accord au moins avec Bitusag sur le fait que Bitusag était censée remporter les marchés de routes [...] en 2019 et 2020 en bénéficiant du soutien de Wyss. Quant à la mise en œuvre et aux effets de ladite coordination, Wyss a déclaré qu'elle a déposé une offre à un prix plus élevé que Bitusag pour les projets susmentionnés en 2019 et 2020.⁶² Se trouvent d'ailleurs dans les actes les décisions d'adjudication des soumissions en question à Bitusag en 2019 et 2020.⁶³ Une note de Bitusag relative à 2020 laisse entendre qu'il y eu d'autres concurrentes effectives ou potentielles.⁶⁴

⁴⁷ Act. I.248.6, act. I.252, act. X.D.4, act. X.D.21, act. X.D.35.1, act. X.D.37, act. X.D.45, act. X.D.46.

⁴⁸ Act. X.D.21, p. 70; act. X.D.34, l. 144-154.

⁴⁹ Act. III.6, l. 426-446.

⁵⁰ Act. II.A.8.

⁵¹ Act. X.D.34, l. 141-188.

⁵² Act. X.D.21, pp. 78-81; act. X.D.4, pp. 8-9.

⁵³ Act. X.A.40 pp. 33-35.

⁵⁴ Act. II.A.134; act. II.E.13.

⁵⁵ Act. II.B.45, act. II.B.16, act. II.B.51, act. II.B.19, act. II.E.12, act. II.B.46.

⁵⁶ Act. I.252.

⁵⁷ Act. X.D.34, l. 484-593.

⁵⁸ Act. X.D.34, l. 564-569.

⁵⁹ Act. X.D.34, l. 564-573.

⁶⁰ Act. X.D.34, l. 261-263.

⁶¹ Act. X.D.34 l. 574-577.

⁶² Act. X.D.21 p.78-81.

⁶³ Act. II.A.134, act. II.B.46, act. II.E.12-II.E.13.

⁶⁴ Act. II.A.139.

B.3.3.3 [...]

38. Wyss déclare qu'en 2019 et 2020, elle aurait rempli des offres pour des soumissions de [...] selon le même schéma que pour [...], soit remplir une offre à un prix qui ne lui permettait pas d'obtenir directement tout le marché, mais lui permettait de réaliser une contre-affaire par le biais de Valbitume.⁶⁵ Par rapport à 2020, [Wyss] dit avoir été incertain parce qu'il n'avait pas trouvé de documents pour cette année.⁶⁶ Lors de la perquisition chez Bitusag, un courriel de Bitusag à Wyss du 9 avril 2020 a été retrouvé, avec le contenu suivant: « A l'attention de [Wyss], Bonjour [Wyss], Comme convenue avec [Bitusag], vous trouverez ci-joint les prix à déposer. » En annexe se trouvent trois offres intitulées « WYSS », somme globale hors taxe: CHF [>200'000].

39. Au vu des moyens de preuve figurant au dossier, en particulier des déclarations de Bitusag et Wyss, il est établi que ces dernières se sont mises d'accord en 2019 et en 2020 que Wyss remplisse une offre pour les soumissions de la Commune [...] à des prix supérieurs aux prix de Bitusag. Wyss indique que son but était que le marché soit attribué à Bitusag et qu'elle serait chargée ensuite de la fabrication de l'enrobé via Valbitume.⁶⁷ En 2019, le marché a été attribué à Bitusag pour le montant de CHF [>250'000] HT.⁶⁸ Pour l'année 2020, les autorités de la concurrence partent également du principe que les travaux ont été adjugés à Bitusag, ce que cette dernière a accepté aux fins du calcul de la sanction.⁶⁹

B.3.4 Coordination entre Bitusag et Colas

40. Les autorités de la concurrence ont examiné, sur la base d'indices issus des investigations, si une ou plusieurs coordinations relatives à des projets individuels ont eu lieu entre Bitusag et Colas. Dans ce contexte, Colas a indiqué que [Bitusag] aurait approché informellement à plusieurs reprises des représentants de Colas dans le but de discuter de « l'organisation du marché ». Un refus catégorique a été opposé à ces demandes. L'enquête interne de Colas n'aurait pas permis d'identifier de pratiques anti-concurrentielles et plus spécifiquement d'accords sur les prix, d'accords de partage de marché ou d'accords de soumissions entre Colas et Bitusag.⁷⁰ Selon un ex-employé de Colas, il n'y aurait pas eu d'accords entre Pittet-Chatelan (Colas) et ses concurrentes.⁷¹ Selon Bitusag, Colas serait son plus grand concurrent et il n'y aurait pas eu d'accords avec elle.⁷² Cela étant, l'enquête n'a pas démontré l'existence d'une coordination interprojets entre Colas et Bitusag.

41. Au vu des offres déposées par Bitusag, Duckert et Colas dans le cadre d'un appel d'offres du Canton du Jura en 2013 concernant les enduits superficiels, les autorités de la concurrence ont examiné si les entreprises précitées avaient coordonné leurs offres pour ledit projet. Il ressort notamment du dossier que Bitusag a été adjudicataire du projet, ayant rendu le prix le plus bas d'un montant de CHF 458'352, tandis que Duckert et Colas ont déposé leurs offres respectives au prix identique de CHF [470'000-499'000].⁷³ Cela a éveillé les soupçons des autorités de la concurrence, qui ont soupçonné Bitusag d'avoir communiqué les prix auxquels ses concurrents devaient déposer leurs offres et ce faisant, d'avoir communiqué par erreur le même prix aux deux concurrentes, [...].⁷⁴ Tant Colas que Bitusag contestent

que les prix déposés par Colas pour ce marché résultent d'une coordination entre elles.⁷⁵ Un examen détaillé de l'offre de Colas montre qu'elle ne comprend que 9 positions, qui ne sont pas toujours identiques dans les offres de Duckert et Colas et qui ne varient que très peu par rapport aux autres années.⁷⁶ Au vu de ce qui précède, trop de doutes subsistent quant à l'existence d'une coordination entre Bitusag et Colas. Les autorités de la concurrence retiennent donc que l'existence d'une telle coordination n'est pas établie en l'espèce.

B.3.5 Coordinations entre Duckert et Prodo

42. Il résulte des investigations et des moyens de preuve qui en ressortent qu'il n'y a pas eu de coordination interprojets entre Duckert et Prodo concernant des projets dans le domaine de l'entretien routier. Les coordinations de projets individuels suivantes – reconnues par les deux entreprises – ont toutefois été examinées au cours de l'instruction.⁷⁷

B.3.5.1 [...]

43. Selon Duckert, après une vision locale, Prodo aurait proposé à Duckert de lui vendre des produits bitumineux et de l'appuyer sur l'offre de 2021 concernant [...].⁷⁸ Prodo a reconnu que ce projet a fait l'objet d'une coordination avec Duckert à cette fin. Les deux parties ont par ailleurs reconnu que cette coordination avait été mise en œuvre, Duckert ayant emporté le projet.⁷⁹

A.1.1.1 [...]

44. Il ressort du dossier que [...] aurait organisé, le 29 mai 2018, une vision locale, à laquelle auraient notamment participé Duckert et Prodo.⁸⁰ Par courriel du 6 juin 2018, Prodo aurait transmis à Duckert ses propres offres adressées à [...], le texte du courriel mentionnant par ailleurs une « discussion avec [...] », dont il est retenu qu'il s'agit de [Prodo].⁸¹ Parmi les pièces au dossier figurent les offres précitées de Prodo, couvertes de nombreuses inscriptions manuscrites, ainsi que les trois offres de Duckert pour le marché précité.⁸² Par ailleurs, Duckert a indiqué que des discussions et échanges auraient eu lieu entre Duckert et Prodo, ayant pour objet le soutien de Prodo par Duckert pour le projet précité.⁸³ Prodo a reconnu le déroulement des faits tel que décrit ci-avant.⁸⁴

⁶⁵ Act. X.D.4, act. X.D.21.

⁶⁶ Act. X.D.34 I. 556-560.

⁶⁷ Act. X.D.21 p. 79.

⁶⁸ Act. II.A.151.

⁶⁹ Act. II.A.34, act. I.252.

⁷⁰ Act. X.B.24, pp.12-13.

⁷¹ Act. III.4, I. 380-381.

⁷² Act. III.6, I. 107.

⁷³ Act. II.D.21, X.A.12.

⁷⁴ Act. X.A.39.

⁷⁵ Act. I. 246, act. I. 252.

⁷⁶ Act. X.B.24, p. 14; act. II.D.21; act. II.D.19, act. X.A.12, p. 403.

⁷⁷ Act. X.C.48, act. X.C.51, act. X.A.61.

⁷⁸ Act. X.A.38 p. 11.

⁷⁹ Act. X.C.34 pp. 458 ss.

⁸⁰ Act. II.B.64.

⁸¹ Act. II.B.27.

⁸² Act. II.B.60 à II.B.63.

⁸³ Act. X.A.45, pp. 95-108.

⁸⁴ Act. X.C.48, act. X.C.51.

B.3.5.3 [...]

45. Selon Duckert, elle aurait reçu le 29 avril 2013 une demande d'offre par courriel de [...] pour des travaux de réfection.⁸⁵ Un entretien aurait eu lieu à une date indéterminée entre [Duckert] et [Prodo], lors duquel ce dernier, habitant à [...], aurait demandé à [Duckert] s'il était d'accord de l'appuyer pour ces travaux dans la commune [...]. [Duckert] aurait accepté. Prodo a contesté ces conclusions. Étant donné que la coordination potentielle serait prescrite au vu de la date d'ouverture de l'enquête (art. 49a al. 3 let. b LCart), les autorités de la concurrence ont renoncé à investiguer davantage les soupçons d'accord illicite dans le cas d'espèce.

B.3.6 Coordination entre Duckert et Wyss

46. Les moyens de preuve issus des investigations ont révélé l'existence d'une coordination entre Wyss et Duckert qui va au-delà d'un ou de quelques projets isolés.⁸⁶ Il ressort ainsi d'informations livrées par Duckert qu'elle a entretenu des discussions avec Wyss dès l'été 2003 portant sur la politique des prix pour l'entretien routier et ses conséquences géographiques.⁸⁷ Selon [Wyss], Duckert et Wyss sont liées par leur travail ensemble dans la centrale Valbitume S.A., et Duckert est considérée comme un gros client de Wyss et Valbitume S.A..⁸⁸ De plus, en raison de la centrale de Valbitume, Wyss profite toujours des commandes reçues par Duckert dans le domaine du bitume: Selon Wyss, plus les affaires de Duckert croissent et plus les affaires de Wyss se développent. Pour cette raison, Duckert et Wyss n'entretiennent pas une simple relation de concurrence directe.⁸⁹

47. Il ressort notamment d'une audition de témoin du 20 janvier 2022 que Duckert aurait attendu de concurrentes comme Prodo et Wyss qu'elles déposent des offres plus élevées que Duckert en cas de demandes d'offres de [...].⁹⁰ De manière plus générale, [...] indique que « Il faut dire que sur le principe, le monde du gravillonnage est petit. Je sais où travaillent Prodo et Pittet. Si je dois offrir à Domdidier, je ne vais même pas téléphoner à Prodo, je mets directement un peu plus haut que le prix habituel et s'il est trop gourmand, tant pis pour lui. Je ne vais pas aller l'embêter sous sa fenêtre. Je sais que la protection géographique dans les marchés publics n'est pas bien mais c'est comme ça ». Wyss reconnaît en outre que Duckert et elle avaient, entre 2009 et 2021, la compréhension commune qu'elles ne se feraient pas concurrence concernant les projets qu'elles souhaitaient réaliser dans le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage.⁹¹

48. Outre ces preuves d'une coordination interprojets entre Duckert et Wyss, il existe de nombreuses preuves d'une coordination du comportement concurrentiel dans des projets spécifiques.⁹² Celles-ci constituent d'une part, par leur systématique et leur ampleur, une preuve supplémentaire pour une coordination interprojets car elles représentent une mise en œuvre de la coordination interprojets décrite ci-dessus. D'autre part, ces coordinations, en rapport avec des soumissions individuelles concrètes, constituent en soi des coordinations. Du fait que les éléments de preuve figurant au dossier sont suffisants pour démontrer l'existence d'une coordination interprojets, il n'est pas nécessaire de prouver en plus

chaque coordination liée aux différents projets individuels.

49. Il est donc établi que l'objectif de la coordination interprojets entre Duckert et Wyss était d'éviter un comportement concurrentiel entre ces deux entreprises dans le canton de Neuchâtel. En outre, il était entendu que les deux entreprises devaient obtenir des mandats dans les environs de leur siège, à savoir Wyss dans la région du Val-de-Travers et Duckert dans la région du Littoral. Les actions de mise en œuvre des coordinations entre Duckert et Wyss montrent que Wyss et Duckert ont mis en œuvre à plusieurs reprises leur conception commune de la renonciation à la concurrence.

B.3.7 Coordinations dans les rapports bilatéraux non-abordés

50. Parmi les coordinations bilatérales possibles entre toutes les entreprises visées par l'enquête, il reste celles entre Colas et Duckert, Prodo ou Wyss. Outre le soupçon susmentionné de coordination entre Colas et Bitusag (qui ne s'est pas confirmé, voir ci-dessus chapitre B.3.4) l'enquête n'a toutefois pas permis de prouver l'existence d'une coordination du comportement en matière d'offres entre Colas et l'une des autres entreprises visées par l'enquête. D'autre part, la relation bilatérale entre Prodo et Wyss serait une configuration possible pour une coordination. L'enquête n'a toutefois pas non plus permis de prouver l'existence d'une coordination du comportement en matière d'offres entre ces deux entreprises.

B.3.8 Coordination multilatérale: Le comportement de Bitusag, Duckert et Wyss concernant l'entretien routier pour [...]

51. Sur la base des preuves recueillies, les autorités de la concurrence ont soupçonné Bitusag, Duckert et Wyss d'avoir coordonné leur comportement en matière d'offres dans le cadre d'un appel d'offres [...].

52. Wyss indique qu'elle aurait transmis à [...] des offres à des prix ne permettant pas, avec une certaine vraisemblance d'obtenir le marché (offres à des prix surévalués). Selon Wyss, [...]. Pour cette période, Wyss décrit le déroulement suivant: Des entretiens téléphoniques ont pu intervenir entre Duckert et Bitusag, et ce de telle manière à discuter d'une « répartition » rationnelle du

⁸⁵ Act. X.A.38 p. 17.

⁸⁶ La question de savoir s'il y a une volonté de coordination uniquement liée à un projet ou s'il s'agit d'une coordination englobant plusieurs projets est une question de fait, cf. p. ex. TAF B-3290/2018 du 28.11.2023, N. 21-34, *Engadin I, Lazzarini*.

⁸⁷ Act. X.A.38, p. 5.

⁸⁸ Act. X.D.34, I. 45-53.

⁸⁹ Act. X.D.4, p. 2.

⁹⁰ Act. III.2, I. 281-294.

⁹¹ Act. X.D.35.1, act. X.D.37, act. X.D.45, act. X.D.46.

⁹² En général: Act. X.A.38, p. 5, act. III.5, I. 233-240, act. X.D.4, pp. 2-7, act. III.2; Cortaillod: Act. X.A.39, pp. 18-21, 47-94, act. III.2, I. 275-277, act. X.D.4, pp. 6, 70-72, act. X.D.21, pp. 2-21, act. X.D.34, I. 37-92, act. III.5, I. 241-259, 311-399, act. II.B.7, act. II.B.8, act. II.B.10, act. II.E.2, act. II.E.6; Neuchâtel (Ville): Act. X.D.4, pp. 7,73-91, act. X.D.21, pp. 28-50, act. X.D.34, I. 597-646, act. II.E.17, act. II.E.18; Concise: Act. X.A.38, p. 16, 108-126, act. X.D.4, pp. 8, 92-94, act. X.D.21, pp. 51-69, act. X.D.34, I. 96-128, act. III.5, I. 400-433, act. II.B.5, act. II.E.1, act. II.E.5.

marché [...] soit en fait à discuter, l'attribution, pour des raisons d'efficience, du marché [...]. Wyss n'aurait pas eu de contact avec d'autres concurrentes, hormis Bitusag et Duckert. Wyss n'aurait pas pris l'initiative des contacts et discussions précités. Wyss n'aurait pas eu d'intérêt particulier à obtenir des travaux pour [...] ou pour [...]. En dépit de cette observation, Wyss indique que les offres transmises pour les années [...] contenaient des prix concurrentiels.⁹³ Selon Wyss, il y aurait eu des contacts téléphoniques avec [Bitusag] et [Duckert], mais jamais à trois. Les deux l'auraient appelé et il pense que ces discussions ont eu lieu à la réception des soumissions, récurrentes chaque année. Il ne se souvient pas lequel des deux aurait pris contact le premier, mais dans les souvenirs de [Wyss], [Bitusag] était très insistante. Selon [Wyss], les discussions avec les précités avaient pour objet un prix unitaire par zone et de déterminer quelle entreprise devrait gagner quel lot, respectivement, que Wyss devrait gagner [...], Duckert [...], et Bitusag [...], soit une répartition géographique. Wyss explique d'ailleurs qu'il lui semble que la dernière soumission pour laquelle il y aurait eu des discussions entre Wyss, Bitusag et Duckert sur le prix et les régions était en [...]. [...]⁹⁴

53. Au vu des pièces au dossier, trois phases peuvent être identifiées entre [...]: Une première phase jusqu'en [...], durant laquelle Wyss a notamment déposé des prix identiques pour les trois lots mis en soumission. Wyss a tantôt gagné un lot, tantôt aucun et tantôt deux; Bitusag a remporté les lots [...]; Duckert a remporté le lot [...] (pour les années [...], il n'est pas établi si Duckert a remporté un lot).⁹⁵ Dans une deuxième phase allant de [...] jusqu'en [...], il y a chaque année les mêmes gagnants pour les mêmes lots, correspondant aux offres les plus basses déposées pour chacun des lots: [...].⁹⁶ Dans une troisième phase en [...], Wyss modifie de nouveau son comportement, offre des prix identiques pour les trois lots et les gagne tous.⁹⁷ En [...], aucun marché n'a été attribué pour ces travaux, [...].⁹⁸ Pour ces mises en soumission ultérieures, aucun élément de preuve attestant d'une coordination des offres n'a été trouvé.

54. Par ailleurs, Wyss explique se souvenir d'une mésentente entre elle et Bitusag et du fait qu'une année, Wyss avait tout perdu.⁹⁹ [Wyss] a cependant indiqué penser qu'il n'était pas lui-même impliqué dans les discussions avec [Bitusag] et [Duckert] avant [...], car ce n'était en général pas lui qui s'en occupait personnellement avant cette date. À la question de savoir pourquoi Wyss a réagi à la perte des trois lots en [...] par une augmentation de prix en [...], [Wyss] explique que les contacts entre concurrents en étaient la cause. Il confirme qu'il savait à quel prix les autres préoyaient d'offrir leurs lots et réciproquement. Malgré les contacts, ils auraient selon lui maintenu des prix corrects; les autres voulaient augmenter, mais [Wyss] aurait dit qu'il fallait rester correct. Il décrit les années [...] et [...] comme le début des luttes entre entreprise et puis, il y aurait eu des ententes avec lesquelles ils auraient réparti les lots géographiquement. Concernant le prix identique offert pour les trois lots en [...], Wyss a indiqué ne pas penser que Bitusag et Duckert savaient qu'elle allait faire un prix unique et qu'il ne se rappelle pas s'il savait à quel prix les entreprises précitées allaient offrir. Il dit qu'il était

agacé par la pression exercée par les concurrents lors de leurs contacts téléphoniques parce qu'il était le « petit ». Le fait d'offrir un prix unique pour les trois lots en [...] n'aurait pas été logique sur un plan économique, mais il ne serait pas un commercial. Après la présentation par le Secrétariat de la COMCO de la décision d'adjudication, selon laquelle Wyss a remporté les trois lots, cette dernière a indiqué penser en avoir eu marre de cette pression et de ces sollicitations de Duckert et Bitusag.¹⁰⁰ Cela étant, Wyss ne conteste pas avoir eu une part de responsabilité dans ces agissements.

55. Par rapport à la question de savoir si Duckert et Bitusag avaient pris contact après cette décision d'adjudication, Wyss indique que c'est possible, mais n'en avoir pas le souvenir. Par rapport à la question de savoir s'il y a eu des discussions concernant le marché de [...] avec d'autres entreprises, [Wyss] déclare que [Bitusag] aurait regardé avec d'autres entreprises, mais Wyss n'aurait pas participé à ces discussions.¹⁰¹

56. Duckert indique qu'entre [...] et [...], Duckert, Bitusag et Wyss auraient eu chaque année des contacts téléphoniques ou oraux au sujet des prix à déposer pour le marché de [...]. Chaque entreprise obtenait un lot dans sa région, en déposant un prix plus intéressant que les autres entreprises. Duckert mentionne que les prix étaient très compétitifs et avaient tendance à baisser au fil des ans. Duckert n'aurait pas eu de contacts avec d'autres entreprises.¹⁰²

57. Prodo indique que deux ex-collaborateurs étaient au courant de la répartition du marché entre Bitusag, Wyss et Duckert, Prodo n'en faisant pas partie. Il ressort des dossiers de Prodo des indications concernant des informations sur les prix fournies par Bitusag pour l'appel d'offres de [...].¹⁰³ Par ailleurs, Prodo a indiqué qu'il existait entre elle et Bitusag une certaine coordination systématisée qui englobait également l'année [...] en question ici.¹⁰⁴

58. Par rapport aux campagnes d'entretien routiers [...], Colas dit notamment n'avoir pas identifié d'accords en matière de concurrence lors de son enquête interne.¹⁰⁵

⁹³ Act. X.D.21, p. 123-126.

⁹⁴ Act. X.D.34 I. 212-263.

⁹⁵ Act. II.E.20 et act. II.E.19, act. II.E.22 et act. II.E.21, act. II.E.24, act. II.A.83, act. II.B.35, act. II.E.23.

⁹⁶ Act. II.E.26, act. II.A.85, X.A.40, Cas n°11, p. 36-39/335; annexes p. 130-333/335; act. II.E.25, act. X.A.40; act. II.E.26; act. II.E.25; act. II.E.28; act. II.A.88; act. II.E.27; act. II.E.30; act. II.A.89; act. II.E.29; act. II.E.33; act. II.A.90; act. II.E.32.

⁹⁷ Act. X.A.40; act. X.D.21; act. II.A.92; act. II.A.91.

⁹⁸ Act. II.E.34, act. X.D.34, I. 263.

⁹⁹ Act. X.D.34.

¹⁰⁰ Act. II.A.91; act. X.D.34 I. 264-481.

¹⁰¹ Act. X.D.34 I. 264-481.

¹⁰² Act. X.A.40 pp. 36-39, 130-333, cf. également act. X.A.61.

¹⁰³ Act. X.C.34 259-263.

¹⁰⁴ Act. X.C.48.

¹⁰⁵ Act. X.B.34, p. 15 ss.

59. Bitusag définit [...] comme une partie de l'espace géographique qu'elle nomme [...]. Elle reconnaît par ailleurs les faits tels qu'établis par les autorités de la concurrence, selon lesquels Wyss et Bitusag auraient coordonné leurs offres entre [...] et [...] concernant l'appel d'offres précité de [...], étant précisé que Wyss ne se serait pas tenue à cette coordination en [...].¹⁰⁶

60. Au vu des considérations qui précèdent, il est établi qu'il y a eu entre Bitusag, Duckert et Wyss, au cours des années [...] à [...], une coordination de leurs offres visant à ce que Duckert remporte [...], Wyss [...] et Bitusag [...]. Ce consensus a perduré jusqu'en [...] inclusivement.

61. Pour l'appel d'offres de [...], une nouvelle situation s'est produite: cette année-là, Wyss n'a plus gagné seulement « son propre » lot comme auparavant, mais les trois lots. Selon Duckert et Bitusag, il existait également un consensus pour [...] selon lequel chacune des trois entreprises devait obtenir [...].¹⁰⁷ Wyss indique ne pas penser que Bitusag et Duckert savaient qu'elle allait faire un prix unique et ne pas se rappeler si elle savait à quel prix les entreprises précitées allaient offrir. Wyss dit avoir été agacée par la pression exercée par ses deux concurrentes lors de leurs contacts téléphoniques parce qu'elle était le « petit ». Il est donc établi que les prix proposés dans l'appel d'offres de [...] ont également été influencés par la coordination entre Bitusag, Duckert et Wyss. Wyss n'a certes pas respecté la procédure prévue, qui prévoyait de proposer des prix différents pour chaque lot. Cependant, comme elle n'a pas informé au préalable ses concurrentes de sa décision de fixer un

prix unique pour les trois lots et que les offres de Bitusag et Duckert n'ont donc pas été soumises à la concurrence, l'appel d'offres de [...] est également concerné par la coordination précitée.

62. En résumé, il est établi que Bitusag, Duckert et Wyss ont convenu, entre [...] et [...], de coordonner leurs offres pour un appel d'offres spécifique de [...] afin que chaque entreprise remporte un lot déterminé. Ce n'est qu'en [...] que Wyss n'a pas respecté cet accord et a soumis une offre lui permettant de remporter les trois lots.

63. En ce qui concerne les relations entre Prodo et Bitusag, la situation est la suivante: sur la base des déclarations de Prodo concernant la connaissance par deux de ses collaborateurs des accords passés entre Wyss, Duckert et Bitusag, ainsi que sur la base des notes de Bitusag trouvées chez Prodo,¹⁰⁸ il est établi que Prodo a déposé une offre de soutien en faveur de Bitusag en [...]. A cela s'ajoute le fait que [Wyss] a déclaré que [Bitusag] regardait avec d'autres entreprises.¹⁰⁹ En [...] au moins, Prodo s'est coordonnée avec Bitusag et a soumis une offre conformément à cette coordination.

B.4 Exemples de coordinations entre entreprises

64. Les extraits de courriels ci-après sont issus des pièces au dossier et visent à donner des exemples des communications entre concurrentes ayant eu lieu dans le contexte de diverses coordinations retenues par les autorités de la concurrence dans la présente décision (cf. chapitre B.3 ci-dessus).

From: [REDACTED]
Sent: Wednesday, September 8, 2021, [REDACTED]
To: [REDACTED]
Subject: Offre commune [REDACTED]
Attachments: [REDACTED].pdf

Bonjour,

Selon les discussions avec Monsieur [REDACTED], vous trouverez, les prix à déposer pour les chantiers annotés.

Nous restons à votre disposition pour tout complément d'information ou demande supplémentaire.

Nous vous souhaitons une belle journée

Avec nos cordiales Salutations

[REDACTED]
[REDACTED]

Extrait de l'act. II.A.51

¹⁰⁶ Act. I.252.

¹⁰⁷ Act. X.C.48 et act. I. 252.

¹⁰⁸ Act. II.C.25.

¹⁰⁹ Act. X.D.34 I. 471-477.

From: [REDACTED]
Sent: Wednesday, May 6, 2015, [REDACTED]
To: [REDACTED]
Subject: TR: offre pour gravillonnage de ficures pour 2015
Attachments: [REDACTED] gravillonnage avec prix.xlsx

Bonjour Messieurs
Comme convenu voici les prix que je vais déposer pour cette affaire

Bonnes salutations et merci

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

De : [REDACTED]
Envoyé : mercredi 6 mai 2015 [REDACTED]
À : [REDACTED]
Cc : [REDACTED]; [REDACTED]
Objet : offre pour gravillonnage de ficures pour 2015

Messieurs,
Je me permet de vous demander de me remplir l'offre en annexe ci dessous avant 15 mai 2015
Merci et meilleurs salutations
[REDACTED]
Responsable des travaux publics

Extrait de l'act. II.A.18

From: [REDACTED]
Sent: Thursday, March 26, 2020, [REDACTED]
To: [REDACTED]
Subject: Offre [REDACTED]
Attachments: [REDACTED] Entretiens routiers.pdf

Bonjour [REDACTED],

Selon la demande [REDACTED], voici l'offre concernant les travaux d'entretien routier.

Également selon discussion avec [REDACTED], j'ai pris contact avec [REDACTED] + [REDACTED] afin qu'ils déposent les mêmes tarifs que 2019.

En te remerciant, et j'espère que tout va pour le mieux de votre côté.

Meilleures salutations

Extrait de l'act. II.B.7

From: [REDACTED]
 Sent: Thursday, March 24, 2016,
 To: [REDACTED]
 Subject: Offre
 Attachments: [REDACTED]

Bonjour Monsieur,

Selon discussion avec Monsieur [REDACTED]

Voici les prix transmis au [REDACTED] dépose avec 5 à 8% en plus.

Pour le chaud du 29.04.2016, on dépose les mêmes prix que 2015.

--
 Meilleures salutations
 [REDACTED]

Extrait de l'act. II.B.25

Expéditeur: [REDACTED]
 Date: 20 mai 2020 à [REDACTED]
 Destinataire: [REDACTED]
 Objet: Entretien [REDACTED]

Bonjour,

Comme convenu avec [REDACTED], vous trouverez en annexe les documents convenus.
 (les prix sont à déposer comme indiqués par vos soins)

Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Avec mes cordiales Salutations

Extrait de l'act. II.B.12

B.5 Résumé de l'état de fait

65. Les investigations ont révélé que les offres avaient été coordonnées dans les cas suivants:

- Bitusag – Duckert: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Duckert entre 2009 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, Morat et le Seeland, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Il a ainsi été prévu que Bitusag emporte les travaux dans les régions du Jura, du Jura bernois et des Montagnes neuchâteloises, tandis que Duckert les emporterait dans le reste du canton de Neuchâtel, en particulier la région du Littoral, à Morat et dans le Seeland. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été mise en œuvre.

Toutefois, il n'a pas été établi si la coordination a été mise en œuvre dans chaque cas particulier.

- Bitusag – Prodo: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Prodo entre 2010 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le Jura bernois et le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Bitusag devait obtenir en règle générale les mandats dans le canton du Jura; dans le canton de Neuchâtel et le Jura bernois, il y avait un consensus sur le fait de se mettre d'accord sur le gagnant d'un projet et de coordonner les offres en conséquence. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été mise en œuvre. Toutefois, il n'a pas été établi si la

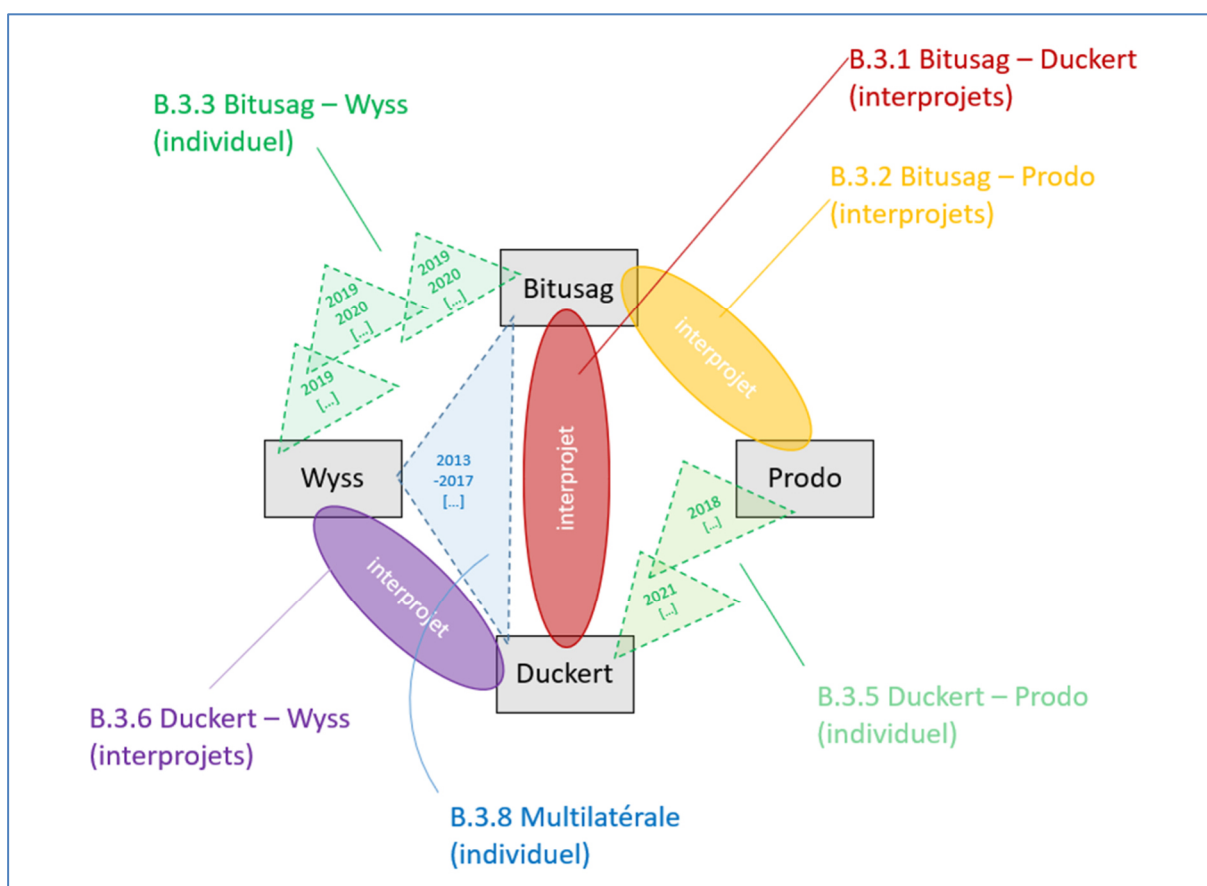
coordination a été mise en œuvre dans chaque cas particulier.

- Bitusag – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Wyss ont coordonné avec succès leurs offres en faveur de Bitusag pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs du [...] (2019), de [...] (2019 et 2020) et [...] (2019 et 2020).
- Duckert – Prodo: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Prodo ont coordonné avec succès leurs offres pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs de [...] (2021) et de [...] (2018).
- Duckert – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Duckert et Wyss avaient, entre 2009 et 2021, la compréhension commune qu'elles ne se feraient pas concurrence concernant les projets

qu'elles souhaitent réaliser dans le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage et que cette coordination a été mise en œuvre. Toutefois, il n'a pas été établi si la coordination a été mise en œuvre dans chaque cas particulier.

- Bitusag – Duckert – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag, Duckert et Wyss ont convenu entre 2013 et 2017 de coordonner leurs offres pour un appel d'offres spécifique de [...] afin que chaque entreprise remporte un lot déterminé. Seule Wyss n'a pas respecté cet accord en [...] et a soumis une offre lui permettant de remporter les trois lots. En [...], Prodo s'est coordonnée avec Bitusag et a soumis une offre conforme à cette coordination.

66. Les coordinations identifiées peuvent être représentées graphiquement comme suit:



Graphique du Secrétariat

C Considérants

C.1 Champ d'application

67. La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 al. 1 LCart). Cette notion comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart). La loi sur les cartels suit ainsi une approche économique: les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique.¹¹⁰

¹¹⁰ TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*.

68. L'*indépendance économique* est, selon la pratique, une condition constitutive de la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart.¹¹¹ Cela signifie que les entités qui ne prennent pas part de manière autonome au processus économique ne doivent pas être qualifiées d'entreprises au sens de la LCart.¹¹² Cela est notamment important dans les relations de groupe¹¹³: en présence d'un groupe, ce ne sont pas les différentes sociétés du groupe qui doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, mais c'est le groupe dans son ensemble qui est considéré comme une entreprise.¹¹⁴ Il découle ainsi de ce qui précède qu'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart doit premièrement prendre part au processus économique et deuxièmement le faire de façon autonome.

69. Concernant cette seconde condition, celle de l'autonomie, elle n'est pas remplie lorsqu'une entité est contrôlée par un tiers, et que cette entité ne peut pas suivre sa propre stratégie commerciale, mais plutôt celle dictée par le tiers qui la contrôle.¹¹⁵ En droit des cartels, la notion de contrôle se retrouve à l'art. 1 OCCE,¹¹⁶ selon lequel une entreprise en contrôle une autre lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette dernière.

70. Si une personne morale n'agit pas pour son propre compte au sens précité, mais fait partie d'une entreprise composée de plusieurs sociétés (groupe), la question se pose de savoir laquelle des sociétés de l'entreprise doit être considérée comme destinataire de la décision. Il ne semble toutefois ni judicieux, ni utile, ni profitable d'impliquer d'office toutes ces sociétés dans la procédure, et ce notamment du point de vue des sociétés elles-mêmes.¹¹⁷ Il convient plutôt que les autorités de la concurrence sélectionnent les sociétés pertinentes dans chaque cas concret en exerçant leur pouvoir d'appréciation. En règle générale, il semble approprié d'impliquer, d'une part, les sociétés (opérationnelles) qui ont elles-mêmes participé au comportement examiné et, d'autre part, la société mère des entreprises concernées.¹¹⁸

71. Au vu de ce qui précède, les sept sociétés suivantes sont d'office désignées comme parties:

- PAUPE HOLDING SA,¹¹⁹ Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA (désignées ensemble comme Bitusag dans la présente décision, cf. ch. 2).
- Duckert SA (désignée comme Duckert dans la présente décision, cf. ch. 2).
- Prodo SA (désignée comme Prodo dans la présente décision, cf. ch. 2).
- Colas Suisse SA désignée comme Colas dans la présente décision, cf. ch. 2).
- Wyss Fils SA (désignée comme Wyss dans la présente décision, cf. ch. 2).

72. PAUPE HOLDING SA, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA ont requis que la société PAUPE HOLDING SA soit exclue de la procédure.¹²⁰ Elles avancent que l'enquête concernerait uniquement les sociétés Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA. PAUPE HOLDING SA n'aurait jamais été impliquée dans la procédure, en particulier le processus et les négociations d'accord

amiable. L'implication de PAUPE HOLDING SA contreviendrait au principe de la bonne foi.

73. Il convient tout d'abord de relever qu'aucune des parties ne conteste l'existence d'un contrôle de PAUPE HOLDING SA sur les sociétés Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA. Cela serait d'ailleurs inconcevable compte tenu de la propriété incontestée de 100 % des actions,¹²¹ à laquelle s'ajoute la présence simultanée de [...] au sein du conseil d'administration des trois sociétés précitées. Il convient également de noter que, conformément à la pratique, l'enquête a été ouverte à l'encontre de Bitusag S.A. « et ses sociétés affiliées », de sorte que la société mère aurait dû savoir, au plus tard à ce moment-là, qu'elle faisait l'objet d'une enquête.¹²² Les autorités de la concurrence disposent d'une grande marge d'appréciation pour déterminer quelle société au sein d'une entreprise doit être directement visée par une décision. Il peut y avoir des raisons d'impliquer également la société mère dès le début de la procédure. Toutefois, cela entraîne toujours une charge supplémentaire pour les sociétés mères concernées. Dans tous les cas, il est admissible de n'impliquer dans un premier temps que les sociétés potentiellement directement concernées et de ne contacter les autres sociétés d'une entreprise qu'ultérieurement.¹²³ Le fait que la société mère ait elle-même commis directement une infraction n'est pas une condition préalable à l'imposition de la sanction, car il

¹¹¹ Voir p. ex. TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3, DCC; voir aussi ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3e édition 2023, N 298.

¹¹² ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; voir HEIZMANN/MAYER, in: *Dike-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (éd.), 2018, art. 2 N 20 et les références citées.

¹¹³ Voir p. ex. ATF 139 I 107 consid. 10.4.1, *Publigroupe*; ATF 148 II 321 consid. 6.2 s., *Flammarion*; TAF, B-3882/2021 du 16.2.2023 consid. 9.3, *Obligation de renseigner*.

¹¹⁴ ATF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 48, DCC. Voir aussi TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*; TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 7.1.1 et les références citées, *Flügel und Klaviere*; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 4.1.3, *Nikon*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; de manière générale, voir PICHT in SIWR V/2 (n. 82), N A.33 ss.; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (n. 112), art. 2 N 31; AMSTUTZ/GOHARI, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (éd.), 2e éd. 2021, art. 2 N 113 et les références citées; MARTE-NET/KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (éd.), 2e éd. 2012, art. 2 LCart N 30 s.

¹¹⁵ Cf. TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 N 42 ss, DCC; DPC 2016/4, 955 s. N 309, *Sport im Pay-TV*.

¹¹⁶ Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

¹¹⁷ TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 N 70, *ADSL II*.

¹¹⁸ En détail, cf. TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 N 72 ss, *ADSL II*; confirmé in TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 ch. 122 et les réf. citées, DCC; TAF, B-5819/2020 du 31.10.2023 consid. 3.1.3, *Eishockey im Pay-TV*. cf. également TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3.4 (non publ. in ATF 139 I 72).

¹¹⁹ Cette société contrôle notamment Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, act. II.A.68.

¹²⁰ Act. VII. 17 et act. VII. 18.

¹²¹ Act. II.68; cf. également act. III.6, I. 123 ss.

¹²² Act. I. 44 et I.47, cf. également la lettre d'ouverture (act. I.5) et les explications présentées à M. [...] lors de l'audition du 18.1.2022, act. III.1.I. 9-17.

¹²³ TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3.4 (non publ. in ATF 139 I 72).

serait théoriquement possible, indépendamment de son propre comportement fautif, d'impliquer toutes les sociétés d'une entreprise dans la procédure en tant que destinataires de la décision.¹²⁴

74. Le fait de ne s'adresser à la société-mère qu'à un stade ultérieur ne constitue pas une violation du principe de la bonne foi.¹²⁵ Une telle violation serait envisageable sur la base de l'art. 9 Cst.¹²⁶ si l'autorité compétente en matière de concurrence avait donné une assurance en ce sens; celle-ci devrait toutefois être suffisamment claire et sans réserve.¹²⁷ En outre, la confiance prétendument instaurée devrait entraîner pour la personne concernée un préjudice difficilement réparable.¹²⁸ Certes, le Secrétariat a initialement désigné comme « destinataire prévu » de la décision Bitusag S.A. et éventuellement Bitusag Neuchâtel SA.¹²⁹ Cette estimation ne fait toutefois que refléter les prévisions existantes à l'époque, comme l'indique le terme « prévu ». De plus, le Secrétariat a souligné le caractère provisoire de l'appréciation dans sa lettre d'accompagnement du 3 décembre 2024.¹³⁰ Les autorités de la concurrence n'ont jamais donné à PAUPE HOLDING SA l'assurance qu'elle ne serait pas impliquée dans la présente procédure. Dans cette mesure, l'implication de PAUPE HOLDING SA à un stade avancé de la procédure ne viole pas le principe de la bonne foi, lequel présupposerait qu'une telle garantie ait été donnée. Par ailleurs, il n'apparaît pas clairement quel préjudice grave PAUPE HOLDING SA aurait subi en n'étant impliquée dans la procédure qu'ultérieurement, en qualité de société solidement responsable de ses filiales.

75. En outre, Bitusag Neuchâtel SA fait valoir dans son courrier du 4 juin 2025, auquel elle renvoie dans sa prise de position du 11 juillet 2025, que Bitusag Neuchâtel SA n'existait pas avant 2019 et n'aurait donc pas dû être impliquée.¹³¹ Il convient toutefois de noter que, lors de la transmission du résultat provisoire de l'administration des preuves, le Secrétariat a indiqué qu'il existait également des indices d'infractions commises par Bitusag Neuchâtel SA et qu'il était donc aussi envisageable de conclure un accord amiable avec cette société.¹³² Le résultat provisoire de l'administration des preuves fait également état de coordinations et de moyens de preuve qui concernent un comportement illicite de la part de Bitusag Neuchâtel SA.¹³³ Bitusag Neuchâtel SA a aussi reconnu cet état de fait.¹³⁴ Bitusag Neuchâtel SA doit donc être impliquée dans la procédure en tant que participante à des pratiques illicites. Elle pourrait d'ailleurs également être impliquée dans la procédure en tant que partie intégrante de l'entreprise « Bitusag », sur la base des considérations exposées au ch. 73 ci-dessus.

76. Sur le plan matériel, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). La question de savoir si, en l'espèce, il existe des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart fait l'objet de la présente décision. Comme le démontreront les explications correspondantes ci-dessous (ch. 105 ss), les comportements examinés en l'espèce relèvent du champ d'application matériel de la LCart.

77. Enfin, les actes et comportements à apprécier en l'espèce relèvent des champs d'application territorial et temporel de la Loi sur les cartels.

C.2 Compétence de la Commission plénière de la COMCO

78. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 1^{ère} phrase LCart et l'art. 10 RI-COMCO¹³⁵. Selon ces dispositions, la COMCO prend en plénière les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat.

79. En l'espèce, il s'agit de décider, au moyen d'une décision finale, si des mesures et/ou des sanctions doivent être prises à l'encontre des entreprises mentionnées au N° 71 ci-dessus en raison d'une infraction à la LCart. La COMCO elle-même est en principe compétente pour prendre une telle décision (art. 10 al. 1 RI-COMCO). Etant donné qu'aucun autre organe de la COMCO n'est compétent en l'espèce (p. ex. selon l'art. 19 al. 1 3^e phrase LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss RI-COMCO), c'est la compétence générale de décision qui est pertinente. En l'espèce, c'est donc la Commission qui est compétente.

C.3 Prescriptions réservées

80. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart).

¹²⁴ Cf. à ce sujet ch. 70.

¹²⁵ Par souci d'exhaustivité, il convient de mentionner que PAUPE HOLDING SA ne fait pas valoir que son droit d'être entendue a été violé parce qu'elle n'a été impliquée dans la procédure qu'à un stade ultérieur. À juste titre, car PAUPE HOLDING SA, dont le seul membre du conseil d'administration est d'ailleurs [...], impliqué depuis le début dans la procédure et dans les négociations relatives à l'accord amiable, a eu l'opportunité d'exercer ses droits dans le cadre de ses observations sur la proposition de décision, opportunité dont elle a fait usage. (act. VII.17).

¹²⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999 (Cst.; RS 101).

¹²⁷ PATRICIA EGLI, Art. 9 Cst., ch. 83 s., dans: Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 2023, Ehrenzeller et al.; cf. également MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, Volume I, Berne 2012, 6.4.2, p. 923 s.

¹²⁸ PATRICIA EGLI, Art. 9 Cst., N. 89, dans: Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 2023, Ehrenzeller et al.

¹²⁹ Résultat provisoire du 3.12.2024, ch. 4, act. 248.6.

¹³⁰ Cf. Procès-verbal des négociations portant sur un accord amiable, act. I. 809.

¹³¹ Act. VII. 18 et act. I. 270.

¹³² Lettre du 3.12.2024, cf. act. I. 809 et act. I.248.6, N. 4 et 112 du résultat provisoire.

¹³³ Résultat provisoire, ch. 60 s.; cf. également proposition de décision du 3 juin 2025, ch. 34 s.; act. II.B.45.

¹³⁴ Act. I. 252 et act. 248.6.

¹³⁵ Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15 juin 2015 (Règlement interne COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

81. Il n'existe aucune disposition qui ne permette pas la concurrence sur les marchés à apprécier en l'espèce. Les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart ne sont pas non plus invoquées par les parties.

C.4 Accords illicites en matière de concurrence: considérations générales

C.4.1 Introduction

82. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

83. Conformément aux considérations qui précèdent, la coordination des offres est établie dans les cas suivants:¹³⁶

- Bitusag – Duckert: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Duckert entre 2009 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, Morat et le Seeland, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Il a ainsi été prévu que Bitusag emporte les travaux dans les régions du Jura, du Jura bernois et des Montagnes neuchâteloises, tandis que Duckert les emporterait dans le reste du canton de Neuchâtel, en particulier la région du Littoral, à Morat et dans le Seeland. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été mise en œuvre.
- Bitusag – Prodo: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Prodo entre 2010 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le Jura bernois et le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage. Bitusag devait obtenir en règle générale les mandats dans le canton du Jura; dans le canton de Neuchâtel et le Jura bernois, il y avait un consensus sur le fait de se mettre d'accord sur le gagnant d'un projet et de coordonner les offres en conséquence. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été mise en œuvre.
- Bitusag – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Wyss ont coordonné avec succès leurs offres en faveur de Bitusag pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs [...] (2019), de [...] (2019 et 2020) et [...] (2019 et 2020).
- Duckert – Prodo: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Prodo ont coordonné avec succès leurs offres pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs de [...] (2021) et de [...] (2018).
- Duckert – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Duckert et Wyss avaient, entre 2009 et 2021, la compréhension commune qu'elles ne se feraient pas concurrence concernant les projets qu'elles souhaitaient réaliser dans le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du

gravillonnage et que cette coordination a été mise en œuvre.

- Bitusag – Duckert – Wyss: Au vu de ce qui précède, il est établi que Bitusag, Duckert et Wyss ont convenu entre 2013 et 2017 de coordonner leurs offres pour un appel d'offres spécifique de [...] afin que chaque entreprise remporte un lot déterminé. Seule Wyss n'a pas respecté cet accord en [...] et a soumis une offre lui permettant de remporter les trois lots. En [...], Prodo s'est coordonnée avec Bitusag et a soumis une offre conforme à cette coordination.

84. Les différents actes de coordination dont l'existence a été constatée en fait ci-dessus seront évalués en droit ci-après. Dans la mesure où des distinctions entre différentes coordinations s'imposent pour certaines questions juridiques, celles-ci feront l'objet d'une analyse distincte. Pour le reste, les questions juridiques pertinentes pour l'ensemble des coordinations mentionnées seront examinées conjointement.

C.4.2 Accords illicites

C.4.2.1 Bases juridiques

85. L'art. 4 al. 1 LCart définit ce qu'il est compris par « accords en matière de concurrence » dans la LCart. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence. Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1 LCart se définit donc par les éléments constitutifs suivants: a) au moins deux entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, b) une coordination de comportement au sens d'une action collective consciente et voulue (en tant que terme générique englobant l'accord et les pratiques concertées) et c) l'objet ou l'effet d'une restriction à la concurrence.¹³⁷ La forme juridique ou factuelle de la coopération et la possibilité de l'imposer sont sans importance.¹³⁸ Le seul élément déterminant est que deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes coopèrent et renoncent ainsi consciemment et volontairement à déterminer individuellement leur propre position concurrentielle.¹³⁹

¹³⁶ Cf. ch. 65 ci-dessus.

¹³⁷ ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*, avec les références à l'ATF 144 II 246 consid. 6.4, *Altimum*.

¹³⁸ TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.2, *Gaba*; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.4, *Gebro*; pour les conventions sans force obligatoire comme les « *Gentlemen's Agreement* » cf. p. ex. DPC 2019/3b, 949 N 2257, *Badezimmer (2. Teil)*.

¹³⁹ Voir ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.7.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*.

86. On parle d'accords horizontaux lorsque deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes, situées au même niveau du marché, restreignent la concurrence par un comportement coordonné.¹⁴⁰ Des entreprises se trouvent au même niveau du marché lorsqu'elles sont effectivement ou potentiellement en concurrence les unes avec les autres en raison de la substituabilité de leurs biens ou services.¹⁴¹

87. Si une coopération doit être qualifiée d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, son illicéité ou non est alors examinée selon l'art. 5 LCart. Le principe est fixé à l'art. 5 al. 1 LCart: un accord en matière de concurrence est illicite a) s'il affecte de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique ou b) s'il conduit à la suppression d'une concurrence efficace. Pour certains objets d'accords, la loi présume à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que la concurrence efficace est supprimée, cette présomption étant réfutable. La présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée si la concurrence efficace externe (concurrence des entreprises non-parties à l'accord) ou interne (concurrence des entreprises parties à l'accord) subsiste malgré l'accord.

88. Si la présomption peut être renversée pour les accords selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, la notabilité s'examine à l'aide de critères qualitatifs (en examinant p. ex. si la restriction en question concerne un paramètre d'importance certaine sur le marché pertinent), sans qu'une analyse sur la base de critères quantitatifs soit nécessaire pour de tels accords.¹⁴² Les accords visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart sont en principe notables, même si la présomption a été renversée.¹⁴³

89. Sont donc notamment présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes les accords:

- qui fixent directement ou indirectement les prix;
- qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

90. Pour pouvoir en juger, il convient tout d'abord de délimiter les marchés pertinents sur les plans géographique, des produits et éventuellement temporel.

C.4.2.2 Accords individuels de soumission et accord interprojets

91. Un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peut avoir pour objet une coordination liée à une mise en soumission individuelle. En règle générale, l'une des entreprises participant à la coordination est alors désignée comme celle censée remporter le projet (« entreprise protégée »), tandis que l'autre ou les autres entreprises soumettent des offres contenant des prix volontairement plus élevés (entreprises « protectrices »). Une coordination peut également avoir un objet plus large, en ce sens que la coordination des offres n'est pas limitée à un seul appel d'offres, mais s'étend à la coordination de plusieurs offres et sur plusieurs projets de construction. La

question de savoir si la coordination ne porte que sur un projet de construction ou sur plusieurs projets dépend de ce sur quoi les parties se sont entendues. Cela implique que la distinction entre les deux formes de coordination dépendra de la situation concrète dans le cas d'espèce. Il s'agit donc d'une question de fait.¹⁴⁴

92. En ce sens, la COMCO a qualifié d'accords de durée, respectivement d'accords interprojets, des accords qui ont été mis en œuvre pendant une longue période.¹⁴⁵ Pour admettre l'existence d'un accord de ce genre, il a été jugé nécessaire qu'il existe une compréhension commune et durable entre les entreprises concernées.¹⁴⁶ Dans une telle situation, il serait en effet « artificiel » de fragmenter un comportement continu, caractérisé par un but unique, en plusieurs infractions distinctes.¹⁴⁷

93. Dans le cas d'un accord de durée, les entreprises participant à l'accord peuvent changer dans le temps, apporter une contribution plus ou moins importante ou assumer des rôles différents. Les intérêts divergents des entreprises participantes peuvent aussi conduire à un consensus qui ne couvre pas tous les aspects de l'accord. Une ou plusieurs entreprises peuvent, par exemple, avoir des réserves sur certains aspects de l'accord et, néanmoins, se conformer au plan commun. En outre, il est aussi possible que les entreprises appliquent différemment certaines composantes de l'accord ou même qu'il y ait des conflits internes et que certaines entreprises suspendent temporairement l'application de l'accord, pour faire concurrence à d'autres participants à l'accord. Enfin, l'accord peut évoluer dans le temps, être renforcé ou adapté à de nouvelles circonstances. Aucun de ces facteurs ne conduit à exclure la présence d'un accord de cette nature, dans la mesure où il est possible de démontrer qu'il existe une compréhension commune et durable.¹⁴⁸

¹⁴⁰ DPC 2020/3a, 1105 N 1188, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1814 N 418, *Bauleistungen Graubünden*; voir Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 543 s.

¹⁴¹ TAF, B-5918/2017 du 12.12.2023, N 42, *Siegenia-Aubi*.

¹⁴² ATF 143 II 297, 316 consid. 5.2.2, *GABA*.

¹⁴³ ATF 143 II 297, 325 consid. 5.6, *GABA*.

¹⁴⁴ Cf. TAF B-3096/2018 du 28.11.2023 consid. 51 ss, *Engadin I*; cf. également TAF, B-3779/2022 du 25.11.2024 consid. 5.3, *Concessionari Volkswagen*.

¹⁴⁵ DPC 2004/3, 739 N 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; DPC 2008/1, 95 N 81 ss, *Strassenbeläge Tessin*; DPC 2013/2, 154 N 75, *Abrede im Speditionsbereich*; DPC 2015/2, 193 N 193 ss, *Tunnelreinigung*; DPC 2017/3, 421 N 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2018/1, 78 N 123 ss, *Verzinkung*; DPC 2019/2, 444 N 594, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/1, 204, N 840 ss, *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1107, N 1200 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1813 s., N 413 s., *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ DPC 2015/2, 193 N 193, *Tunnelreinigung*; DPC 2018/1, 78 N 123, *Verzinkung*; DPC 2020/1, 204, N 841, *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1107, N 1200 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1813 s., N 413 ss, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁴⁸ DPC 2013/2, 154 N 75, *Abrede im Speditionsbereich*; voir aussi DPC 2017/3, 421 N 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2018/1, 78 N 123 ss, *Verzinkung*; DPC 2020/3a, 1107, N 1201, *Bauleistungen See-Gaster*.

94. En outre, selon le Tribunal administratif fédéral, en présence d'un accord interprojets, il n'incombe pas à aux autorités de la concurrence de prouver les différents accords de mise en œuvre de l'accord interprojets lui-même. Il suffit donc de démontrer que les conditions de l'accord lui-même sont remplies (et non pas nécessairement aussi celles des coordinations de mise en œuvre). En effet, selon la jurisprudence, les accords interprojets remplissent les conditions de l'art. 5 al. 3 LCart, et ce, même si l'identité de l'entreprise censée remporter les travaux et les prix des offres à déposer ne sont en principe pas fixés au niveau de l'accord interprojets, mais sont fixés plus tard, soit au niveau de la mise en œuvre de l'accord interprojets.¹⁴⁹

C.4.3 Marché pertinent

95. Lors de la définition du marché pertinent selon le droit des cartels, il convient de déterminer – par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE – quels sont les produits ou services qui sont substituables pour les partenaires potentiels de l'échange du point de vue matériel, géographique et, le cas échéant, temporel.¹⁵⁰

96. En effectuant cette définition, il convient de tenir compte du sens et du but de la délimitation du marché. Ceux-ci résident moins dans la création d'une définition générale du marché pour un secteur économique que dans la possibilité de déterminer la position concrète des entreprises concernées sur le marché et l'importance de la restriction à la concurrence examinée.¹⁵¹ Cette circonstance peut à son tour avoir pour conséquence que le contenu de la délimitation du marché diverge selon le comportement examiné (accords, abus de position dominante, concentration d'entreprises), bien qu'il concerne le même secteur économique.¹⁵² Le point de départ est toujours le comportement concrètement examiné.¹⁵³

C.4.3.1 Marché des produits pertinent

97. Le marché de produits comprend 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 (art. 11 al. 3 let. a OCCE, applicable par analogie en l'espèce).

98. L'élément déterminant est donc de savoir si, dans un cas concret, des produits ou des services sont en concurrence du point de vue des partenaires potentiels de l'échange. Cela est le cas si les clients potentiels les considèrent comme substituables en ce qui concerne leurs caractéristiques et l'utilisation prévue, c'est-à-dire s'ils sont interchangeable d'un point de vue matériel. Le point de vue subjectif des personnes concernées par la restriction concrète de la concurrence est déterminant. La substituable s'évalue donc sur la base d'un point de vue concret, éventuellement observable empiriquement. Il convient de partir de l'objet de l'enquête.¹⁵⁴

99. Dans le cas d'accords individuels de soumission, le marché pertinent est déterminé en fonction des projets mis en soumission par les pouvoirs adjudicateurs ou les maîtres d'ouvrages privés, qui constituent la contrepartie du marché par rapport aux entreprises soumissionnaires.¹⁵⁵

100. S'agissant de la définition du marché pertinent en présence d'un accord interprojets, il convient de l'établir en fonction du contenu dudit accord.¹⁵⁶

C.4.3.2 Marché géographique pertinent

101. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel l'autre partie demande ou offre les biens ou services composant le marché matériel (art. 11 al. 3 let. b OCCE, applicable par analogie).¹⁵⁷

102. Le marché géographique doit être défini en tenant compte des coûts de transport dans le secteur de la construction. En effet, plus la distance entre le lieu de construction et le siège de l'entreprise (ou de son entrepôt de chantier) est grande, plus le prix du coût des transports sera élevé et, par conséquent, plus la rentabilité de l'entreprise sera faible. Cela implique que les marchés dans le domaine de la construction ont souvent une portée régionale ou cantonale.

C.4.4 Justification par des motifs d'efficacité

103. Dans l'hypothèse où l'existence d'un accord en matière de concurrence est établie, celui-ci est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart:

1. Lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources, et

¹⁴⁹ Cf. TAF B-3096/2018 du 28.11.2023 consid. 90 et ss, *Engadin I*.

¹⁵⁰ ATF 139 I 72 consid. 9.1 et les références citées, *Publigroupe*; ATF 129 II 497 consid. 6.3.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.1, *Hallenstadion*; ATF 129 II 18 consid. 7.2 et 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

¹⁵¹ DPC 2017/3, 448 N 215 ss, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2020/3a, 1111 N 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 112), art. 5 N 61 ss; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (n. 114), art. 4 II N 94; voir p. ex. OECD, Market Definition, DAF/COMP (2012)19, p. 11.

¹⁵² TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 274 et les références citées (entre autres à la pratique européenne), *ADSL II* (et les références citées – également entre autres à la pratique européenne); voir aussi p. ex. DPC 2020/4a, 1818 N 440, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1111 s. N 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 445 N 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

¹⁵³ Voir TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2.1, 5.3.3 et 7.2.3, *Hallenstadion*; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, 5.4.3.8, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 5.3.1.3.2, *ASCOPA*.

¹⁵⁴ Voir de manière générale: ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe*; ATF 129 II 18 consid. 7.3.1, *Buchpreisbindung*; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 53, *Hallenstadion*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, *ADSL II*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9, *Gaba*.

¹⁵⁵ Voir TAF, B-645-2018 du 14.8.2023 consid. 9.3.3, *Engadin IV*.

¹⁵⁶ Voir TAF, B-420/2008 du 1.6.2010 consid. 9.1.1, *Implenja*; TAF, B-3096/2018 du 28.11.2023 consid. 42, *Engadin I*; Voir TAF, B-3096/2018 du 28.11.2023 consid. 19, 31, 85, *Engadin I*; TAF, B-3779/2022 du 25.11.2024 consid. 5.4, *concessionnaires Volkswagen*.

¹⁵⁷ ATF 139 I 72 consid. 9.2.1 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.4.1, *Hallenstadion*; ATF 129 II 18 consid. 7.2, *Buchpreisbindung*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 302, *ADSL II*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9.2, *Gaba*.

2. Lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

104. Premièrement, il convient d'examiner si l'accord en question répond à l'un des motifs d'efficacité légaux susmentionnés. Deuxièmement, l'accord en question doit être nécessaire à la mise en œuvre du motif d'efficacité. Troisièmement, il convient d'examiner s'il n'existe aucune possibilité de supprimer une concurrence efficace.

C.5 Accords illicites dans le cas d'espèce

105. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés aux ch. 82 ss si des accords illicites en matière de concurrence ont été conclus entre les différentes entreprises visées par l'enquête.

106. Étant donné que les marchés concernés par les coordinations constatées présentent diverses similitudes, les considérations générales applicables à ces marchés sont présentées au préalable de manière consolidée.

107. Parmi les coordinations mentionnées, certaines se rapportent à un seul appel d'offres en matière d'entretien routier. Dans ces cas, les marchés pertinents sur le plan matériel comprennent les travaux de construction liés aux appels d'offres concernés.¹⁵⁸ Sur le plan géographique, le cercle des concurrentes potentielles est tout au plus régional (en raison des coûts de transport élevés, tant pour les matériaux que pour les machines). Les entreprises suivantes figurent parmi les concurrentes potentielles dans les régions du Jura, de Neuchâtel et du Jura bernois: Colas, Bitusag, Duckert, Prodo, Wyss.¹⁵⁹

108. Par ailleurs, des coordinations allant au-delà d'appels d'offres individuels ont été établies dans le domaine de l'enduits superficiel et du gravillonnage dans les régions du Jura, de Neuchâtel et du Jura bernois et des régions directement avoisinantes telles que Morat et le Seeland. Le marché pertinent en l'espèce n'est donc pas celui de la construction routière au sens large, mais celui, distinct de celui-ci, de l'entretien routier léger.¹⁶⁰ Aux fins de la présente enquête, ce marché est désigné comme le marché de l'entretien routier. Sur le plan géographique, il convient de relever que ce marché est tout au plus cantonal ou régional, en raison des coûts de transports élevés (tant pour les matériaux que pour les machines). Les prestataires suivants sont notamment considérés comme concurrentes potentielles dans les régions du Jura, de Neuchâtel et du Jura bernois: Colas, Bitusag, Duckert, Prodo et Wyss.¹⁶¹ Toutefois, dans la mesure où les accords constatés se rapportent à un territoire déterminé, le territoire en question constitue le marché géographique en cause.

C.5.1 Accord entre Bitusag et Duckert

109. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Duckert entre 2009 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, Morat et le Seeland, dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage.¹⁶² Il a ainsi été prévu que Bitusag emporte les travaux dans les régions du Jura, du Jura bernois et des

Montagnes neuchâteloises, tandis que Duckert les emporterait dans le reste du canton de Neuchâtel, en particulier la région du Littoral, à Morat et dans le Seeland. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été mise en œuvre.

110. La coordination constatée remplit en l'espèce les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition géographique des marchés et en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Le marché pertinent sur le plan matériel est celui de l'entretien routier. Sur le plan géographique, le marché pertinent se limite au Jura, à Neuchâtel, au Jura bernois, à Morat et au Seeland. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'y a pas de raison de déroger à ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag et Duckert constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.2 Accord entre Bitusag et Prodo

111. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi qu'une coordination interprojets a existé entre Bitusag et Prodo entre 2010 et 2021 ayant pour objet la renonciation à se faire concurrence dans le canton du Jura, le Jura bernois et le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage.¹⁶³ Bitusag devait obtenir en règle générale les mandats dans le canton du Jura; dans le canton de Neuchâtel et le Jura bernois, il y avait un consensus sur le fait de se mettre d'accord sur le gagnant d'un projet et de coordonner les offres en conséquence. Diverses coordinations liées à des projets individuels montrent que cette coordination a été largement mise en œuvre.

112. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition géographique des marchés et en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Le marché pertinent sur le plan matériel est celui de l'entretien routier. Sur le plan géographique, le marché pertinent se limite au Jura, à Neuchâtel et au Jura bernois. Comme tous les autres soumissionnaires dans

¹⁵⁸ Cf. p. ex. TAF, B-721/2018 du 25.4.2024 consid. 7.2.4, Engadin VIII.

¹⁵⁹ Cf. par exemple act. III.2, I. 160-161, act. X.A.7 I. 355 s., act. X.C.34 p. 7, cf. chapitre B.2.

¹⁶⁰ Cf. ch. 12ss.

¹⁶¹ Cf. note de bas de page 159.

¹⁶² Cf. ch. 16 ss.

¹⁶³ Cf. ch. 26 ss.

ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'y a pas de raison de déroger à ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag et Prodo constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.3 Accords entre Bitusag et Wyss

113. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Wyss ont coordonné avec succès leurs offres en faveur de Bitusag pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs [...] (2019), [...] (2019 et 2020) et [...] (2019 et 2020).¹⁶⁴

C.5.3.1 [...]

114. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché comprend le canton du Jura et ses régions avoisinantes. Étant donné qu'une entreprise (Colas) a soumis une offre pour le projet en question ici et qu'elle n'a pas participé à une coordination, il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag et Wyss constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.3.2 [...]

115. Cette coordination remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché comprend la région de La Chaux-de-Fonds. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce prin-

cipe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag et Wyss constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.3.3 [...]

116. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché la région du Locle. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag et Wyss constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.4 Accords entre Duckert et Prodo

117. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag et Prodo ont coordonné avec succès leurs offres pour différents projets des pouvoirs adjudicateurs de [...] (2021) et de [...] (2018).¹⁶⁵

C.5.4.1 [...]

118. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché comprend la région de La Tène. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce principe, dans la mesure où il ne s'agit

¹⁶⁴ Cf. ch. 32 ss.

¹⁶⁵ Cf. ch. 42 ss.

notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Duckert et Prodo constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.4.2 [...]

119. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché comprend la région de Sonceboz. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Duckert et Prodo constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.5 Accord entre Duckert et Wyss

120. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Duckert et Wyss avaient, entre 2009 et 2021, la compréhension commune qu'elles ne se feraient pas concurrence concernant les projets qu'elles souhaitaient réaliser dans le canton de Neuchâtel dans le domaine des enduits superficiels et du gravillonnage et que cette coordination a été mise en œuvre.¹⁶⁶

121. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition géographique des marchés et en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Le marché pertinent sur le plan matériel est celui de l'entretien routier. Sur le plan géographique, le marché pertinent se limite au canton de Neuchâtel. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces zones n'ont pas toujours également participé à une coordination (p. ex. Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'y a pas de raison de déroger à ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Wyss et Duckert constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

C.5.6 Accord multilatéral: Le comportement de Bitusag, Duckert et Wyss concernant l'entretien routier pour [...]

122. Au vu de ce qui précède, il est ainsi établi que Bitusag, Duckert et Wyss ont convenu entre 2013 et 2017 de coordonner leurs offres pour un appel d'offres spécifique [...] afin que chaque entreprise remporte un lot déterminé.¹⁶⁷ Seule Wyss n'a pas respecté cet accord en [...] et a soumis une offre lui permettant de remporter les trois lots. En [...], Prodo s'est coordonnée avec Bitusag et a soumis une offre conforme à cette coordination.

123. Cette coordination constatée remplit les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord en matière de concurrence a pour objet la fixation des prix ainsi que la répartition des marchés en fonction des partenaires commerciaux selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Sur le plan matériel, le marché pertinent comprend les travaux de construction mis en soumission pour ce projet; sur le plan géographique, le marché comprend le canton de Neuchâtel et ses régions avoisinantes. Comme tous les autres soumissionnaires dans ces régions n'ont pas toujours participé à une coordination (par exemple, Colas), il n'y a pas de suppression de la concurrence efficace et la présomption légale y relative est donc renversée. Un accord sur la concurrence couvert par l'art. 5 al. 3 LCart doit en principe être considéré comme notable. Il n'existe ici aucun motif pour s'écarter de ce principe, dans la mesure où il ne s'agit notamment pas d'un cas bagatelle. Aucun motif justificatif n'est apparent, les entreprises destinataires de la présente décision n'en faisant par ailleurs valoir aucun. La coordination constatée entre Bitusag, Duckert et Wyss constitue donc un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

124. Il convient toutefois de souligner que les coordinations entre Bitusag et Duckert, entre Duckert et Wyss et entre Bitusag et Prodo doivent être considérées comme des actes de mise en œuvre de leurs accords interprojets et ne doivent pas être poursuivies séparément.

C.5.7 Absence d'autres accords illicites

125. Les autorités de la concurrence n'ont pas constaté l'existence d'autres accords illicites. Cela signifie, d'une part, qu'aucun autre accord multilatéral entre les entreprises susmentionnées n'a été constaté dans le cadre des investigations.¹⁶⁸ D'autre part, il convient de noter que la participation de Colas à un accord illicite n'a pu être prouvée.¹⁶⁹ La procédure doit donc être classée à l'endroit de Colas.

¹⁶⁶ Cf. ch. 46 ss.

¹⁶⁷ Cf. ch. 51 ss.

¹⁶⁸ Cf. chapitre B.3.7.

¹⁶⁹ Cf. chapitre B.3.4.

D Mesures

126. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable.¹⁷⁰

D.1 Mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart et approbation des accords amiables

127. En présence d'une restriction illicite à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart afin de la supprimer. Les mesures ordonnées servent à réaliser le but de la LCart, à savoir empêcher les conséquences économiques ou sociales néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence.¹⁷¹

128. L'art. 30 al. 1 LCart ne prévoit pas de limitation du contenu des mesures possibles: il n'y a pas de *numerus clausus* de mesures envisageables.¹⁷² La loi laisse au contraire un large pouvoir d'appréciation à la COMCO pour prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif de la LCart dans un cas particulier.¹⁷³ Elle peut imposer aux parties concernées les obligations de faire (obligation), de tolérer (tolérance) ou de s'abstenir (interdiction) dans un cas concret et les assortir de sanctions en cas de violation.¹⁷⁴ Lors de la définition des mesures concrètes, le principe de proportionnalité¹⁷⁵ (art. 5 al. 2 Cst.) ainsi que le principe de précision de la base légale¹⁷⁶ doivent être respectés.

129. Au lieu d'ordonner (unilatéralement) des mesures pour éliminer des restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut approuver un accord amiable conformément à l'art. 29 LCart. Le contenu de l'accord amiable porte, selon l'art. 29 al. 1 LCart, sur la manière d'éliminer la restriction illicite à la concurrence. Son but est d'éliminer le comportement anticoncurrentiel pour l'avenir et d'élaborer une alternative conforme au droit des cartels.¹⁷⁷

130. Il ressort des considérants qui précèdent que quatre entreprises parmi les cinq visées par la procédure ont participé au minimum à un accord illicite en matière de concurrence dans le domaine de l'entretien routier, dans les régions décrites ci-dessus (voir ch. 105 ss). Les parties concernées doivent être tenues de se comporter de manière à empêcher de futures restrictions à la concurrence comparables.

131. Dans le cas d'espèce, Bitusag S.A., Bitusag Neuchâtel SA, Duckert SA, Prodo SA et Wyss Fils SA ont toutes conclu des accords amiables avec le Secrétariat (cf. ch. 7), dont les remarques préalables ont la teneur suivante:

- a) *L'accord amiable au sens de l'art. 29 LCart qui va suivre intervient dans l'intérêt convergeant des parties de faciliter la procédure 22-0511, de la raccourcir et – sous réserve de l'approbation par la Commission de la concurrence (COMCO) – de la clôturer formellement.*
- b) *Pour atteindre l'objectif énoncé au point a), l'établissement des faits ainsi que l'appréciation juridique sont réduits autant que possible. Par conséquent, l'étendue de la motivation de la décision de la COMCO peut être en partie réduite par rapport à une décision sans accord amiable.*

- c) *Par la signature du présent accord amiable (et sous réserve de l'approbation de la COMCO), les mesures visant à éliminer toutes les restrictions à la concurrence faisant l'objet de l'enquête 22-0511 sont réglées d'un commun accord et définitivement à l'égard de [...].*
- d) *La volonté et la disposition de [...] de conclure l'accord amiable qui va suivre est considéré par le Secrétariat comme démontrant un comportement coopératif, et il en est tenu compte dans la proposition comme circonstance atténuante de la sanction. Sur la base de la situation actuelle, le Secrétariat envisage de proposer à la COMCO une sanction de l'ordre de Bitusag: [...]; Duckert: CHF 0; Prodo: CHF 2'120; Wyss: [...]. La détermination finale de la hauteur de la sanction est toutefois laissée à la libre appréciation de la COMCO, et sera intégrée dans la décision qui met fin à la procédure.*
- e) *Si la COMCO n'approuve pas cet accord amiable, l'enquête sera menée à terme selon la procédure ordinaire.*
- f) *Même si du côté de [...], la conclusion du présent accord amiable ne constitue pas une reconnaissance de l'appréciation juridique des autorités de la concurrence, [...] prend note qu'en cas d'approbation de cet accord amiable par la COMCO et si le cadre de la sanction requise n'est pas dépassé selon la let. d), ainsi que dans le respect des limites concernant la preuve des restrictions à la concurrence au sens de la let b), le recours à une voie de droit est inutile.*

Avec cette issue de la procédure, les frais de procédure sont supportés par les parties, proportionnellement à leur implication dans les différents aspects de l'enquête 22-0511.

132. Par lesdits accords amiables, Bitusag S.A., Bitusag Neuchâtel SA, Duckert SA, Prodo SA et Wyss Fils SA s'engagent:

- à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).

¹⁷⁰ TF, 2C_782/2021 du 14.9.2022 consid. 4, en particulier consid. 4.3 et 4.4, *Implenia*.

¹⁷¹ ATF 148 II 475 consid. 4.4, *Implenia*.

¹⁷² ATF 148 II 475 consid. 4.3.2, *Implenia*; TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.1 et les références citées, *Implenia*.

¹⁷³ TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.4, *Implenia*.

¹⁷⁴ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 114), art. 30 N 59.

¹⁷⁵ ATF 148 II 475 consid. 5, *Implenia*; ATF 148 II 321 consid. 12.7, *Flammarion*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 114), art. 30 N 59 s.

¹⁷⁶ ATF 148 II 475 consid. 6.3, *Implenia*.

¹⁷⁷ Cf. parmi d'autres ATF 145 II 259 consid. 2.5.2.

- en relation avec la fourniture de prestations en matière de l'entretien routier (enduits superficiel et gravillonnage), à ne pas communiquer avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

133. Bitusag S.A., Bitusag Neuchâtel SA et Duckert SA s'engagent en outre:

- à ne pas conclure ou maintenir quelque obligation que ce soit avec des concurrents, en vertu de laquelle est défini le territoire sur lequel elle est active en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).

134. Il est précisé, concernant tous les engagements précités, que: « Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance. »

135. Les accords amiables susmentionnés décrivent de manière suffisamment précise, complète et claire les engagements que les parties ont pris pour se comporter à l'avenir de manière conforme au droit des cartels. Les restrictions illicites à la concurrence qui existaient jusqu'à présent sont éliminées sur la base des accords conclus, et la situation juridique est suffisamment claire pour les entreprises concernées. La COMCO approuve les accords amiables au sens de l'art. 29 al. 2 LCart.

136. Il convient de souligner que les violations ou les infractions aux mesures ordonnées en l'espèce et aux présents accords amiables sont passibles d'une sanction administrative, respectivement pénale conformément aux art. 50 et 54 LCart. Cette possibilité de sanction découle de la loi elle-même, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de mentionner une menace de sanction dans le dispositif, qui ne serait que déclarative et non constitutive.¹⁷⁸

D.2 Bases juridiques de la sanction

D.2.1 En général

137. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

138. En vertu de leur *ratio legis*, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – et en particulier les sanctions directes introduites par la révision de 2003 en cas d'infractions particulièrement dommageables au droit des cartels – doivent garantir l'application efficace des prescriptions en matière de concurrence et empêcher les infractions à la concurrence grâce à leur effet préventif.¹⁷⁹ Les sanctions directes ne peuvent être prononcées que conjointement avec une décision finale constatant l'illicéité de la restriction à la concurrence en question.¹⁸⁰

139. Dans la mesure où la LCart prévoit le prononcé de sanctions directes, la procédure en matière de cartels est une procédure administrative à caractère pénal, mais

pas une procédure purement pénale. Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH¹⁸¹ et des art. 30 et 32 Cst. sont donc en principe applicables à l'ensemble de la procédure; il convient de se prononcer sur leur portée lors de l'examen des différentes garanties.¹⁸²

D.2.2 Conditions

D.2.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart

140. L'imposition d'une sanction aux parties à la procédure présuppose qu'elles ont rempli les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart. Selon cette disposition, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est passible d'une sanction. Il en résulte les éléments constitutifs objectifs suivants:

- il doit s'agir d'une pratique illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart;
- la pratique illicite doit avoir été commise par des entreprises au sens de la loi sur les cartels.

141. Concrètement, ces conditions sont remplies pour toutes les parties, à l'exception de Colas: Celles-ci sont ou font partie d'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart. Il a été établi que ces entreprises avaient commis divers actes illicites au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, tant au niveau interprojets (pour certaines d'entre elles) que dans le cadre de projets individuels.

D.2.2.2 Imputabilité

142. Selon la jurisprudence, l'imputabilité constitue l'élément subjectif de l'art. 49a al. 1 LCart.¹⁸³ Selon cette jurisprudence, le critère déterminant pour établir l'imputabilité est au moins un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation, dont l'existence ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées. En particulier, l'infraction au droit des cartels ne doit pas pouvoir être attribuée à une personne physique déterminée.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Voir TAF, B-2157/2006 du 3.10.2007 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*; REKO/WEF du 9.6.2005, DPC 2005/3, 555 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

¹⁷⁹ Message du 7.11.2021 relatif à la révision de la loi sur les cartels (ci-après: Message LCart 2002), FF 2002 1911, en particulier 1912, 1922 ss et 1929.

¹⁸⁰ Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1922.

¹⁸¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).

¹⁸² ATF 148 II 182 consid. 3.3.3 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II/Galexis*; ATF 146 II 217 consid. 8.1 et les références citées, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9, *Gaba*; ATF 139 I 72 consid. 2.2.2, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 6.4.1, 9.1, DCC.

¹⁸³ Voir not. ATF 147 II 72 consid. 8.4.1 s., *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 146 II 217 consid. 8.5.2, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.2, *Publigroupe* (consid. non publié à l'ATF 139 I 72); TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3, DCC; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.3, *Sport im Pay-TV*.

¹⁸⁴ ATF 147 II 72 consid. 8.4.2 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II*; 146 II 217 consid. 8.5.2 et les références citées, *ADSL II*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3.1, DCC; TF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*.

143. Si une infraction au droit des cartels est prouvée, il existe en règle générale aussi un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation. Ce n'est que dans de rares cas que l'imputabilité pourrait manquer, par exemple lorsque l'infraction au droit des cartels commise par un collaborateur sans statut d'organe n'était pas connue au sein de l'entreprise et n'aurait pas pu l'être même si l'organisation avait été adéquate, et que l'entreprise a pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre d'elle pour empêcher l'infraction au droit des cartels.¹⁸⁵ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a notamment un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation lorsqu'une entreprise adopte ou poursuit un comportement, alors qu'elle est consciente ou aurait dû être consciente que ce comportement pourrait être contraire au droit des cartels.¹⁸⁶

144. En l'espèce, les personnes physiques qui ont agi pour les entreprises en cause et conclu les accords anticoncurrentiels l'ont fait en connaissance de cause, et ont au moins accepté leurs effets d'élimination ou de restriction à la concurrence; elles ont donc agi au moins par dol éventuel à cet égard. Il convient ensuite de constater que les personnes physiques qui ont agi étaient soit membres de la direction, soit des employés de longue date ayant agi au su de la direction. Leur intention (éventuelle) concernant les actes qu'elles ont accomplis est donc sans autre imputable aux entreprises concernées.

145. D'autres raisons qui s'opposeraient à ce que les comportements anticoncurrentiels en question puissent être reprochés aux entreprises ne sont pas perceptibles et ne sont pas non plus avancées par les parties. Ainsi, la loi sur les cartels et ses normes fondamentales peuvent être considérées comme connues des entreprises en question.¹⁸⁷ Les entreprises doivent faire tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour s'assurer que les dispositions du droit des cartels sont respectées. En l'espèce, il n'apparaît pas que les parties ont pris des mesures organisationnelles appropriées et efficaces pour empêcher les accords de concurrence concernés.

D.2.2.3 Sanctionnabilité sur le plan temporel

146. Conformément à l'art. 49a al. 3 let. b LCart, aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête. Pour l'examen de ce délai de cinq ans, il convient de prendre en compte, au cas par cas, toute la durée de l'infraction concrète à la concurrence.

147. En l'espèce, aucun des accords en matière de concurrence illicites examinés au chapitre C de la présente décision n'a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête (cf. chapitre B.3). Dès lors, l'ensemble des accords en matière de concurrence précités sont sanctionnables sur le plan temporel.

D.2.3 Calcul de la sanction

148. La conséquence juridique d'une infraction au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'un montant pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce montant représente donc la sanction la plus élevée possible. La sanction concrète est calculée

en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite, en tenant compte de manière appropriée du bénéfice présumé que l'entreprise a ainsi réalisé. Les critères concrets de calcul et donc les détails du calcul de la sanction sont précisés dans l'OS LCart (voir art. 1 let. a OS LCart).¹⁸⁸

149. La fixation concrète du montant de la sanction relève en principe du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui est encadré par le principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart).¹⁸⁹ La sanction doit être « douloureuse », mais ne doit pas conduire une entreprise à la faillite, car cela desservirait finalement la concurrence. Dans cette mesure, le montant de la sanction doit être raisonnablement proportionnel aux capacités de l'entreprise. Toutefois, le préjudice financier doit être si important qu'il ne vaut pas la peine de participer à une infraction.¹⁹⁰

150. La COMCO détermine le montant effectif de la sanction en fonction des circonstances concrètes de chaque cas, sachant que la sanction doit être fixée individuellement pour chaque entreprise participant à une infraction, dans les limites fixées par la loi.¹⁹¹

151. Selon les critères de l'OS LCart, il faut d'abord partir d'un montant de base (art. 3 OS LCart), qui doit être adapté dans un deuxième temps à la durée de l'infraction (art. 4 OS LCart), avant de tenir compte, dans un troisième temps, des circonstances aggravantes et atténuantes (art. 6 s. OS LCart). La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart; art. 7 OS LCart). En présence d'une autodénunciation, il peut être entièrement renoncé à une sanction, ou celle-ci peut être réduite (art. 8 ss OS LCart).

D.2.3.1 Montant de base

152. Selon l'OS LCart, le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Conformément au but de l'art. 3 OS LCart, le chiffre d'affaires déterminant

¹⁸⁵ TAF, B-831/2011 consid. 1492, DCC; DPC 2021/4, 847 N 80, *Pöschl Tabakprodukte*; DPC 2020/4, 1886 N 177, *Netzzugang EGZ und ewl*.

¹⁸⁶ ATF 146 II 217 consid. 8.5.2, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*; TF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*.

¹⁸⁷ DPC 2011/1, 190 N 558 et les références citées, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; voir aussi art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (loi sur les publications officielles, LPubl; RS 170.512).

¹⁸⁸ Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart; RS 251.5).

¹⁸⁹ ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.3, *ADSL II*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, DCC; ATF 147 II 72 consid. 8.5.2, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁹⁰ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, DCC; ATF 146 II 217 consid. 9.1, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 4.3 ss et 6.1 ss, *BMW*; ATF 143 II 297 consid. 9.7.2, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.

¹⁹¹ ATF 146 II 217 consid. 9.1, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 6.2, *BMW*; ATF 143 II 297 consid. 9.7.1, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.1 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.

est celui réalisé au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement anticoncurrentiel.¹⁹²

153. La limite supérieure du montant de base s'élève, conformément à l'art. 3 OS LCart, à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices précédant la cessation de la restriction illicite à la concurrence.¹⁹³

154. Le chiffre d'affaires selon l'art. 49a al. 1 LCart est déterminé sur la base des comptes annuels des entreprises. Dans le cas de groupes, c'est le chiffre d'affaires respectif du groupe qui est déterminant et qui résulte en principe des comptes consolidés.¹⁹⁴ Pour la détermination du chiffre d'affaires, les art. 4 ss OCCE s'appliquent par analogie, dans la mesure où ils sont adaptés au cas concret.¹⁹⁵ C'est le chiffre d'affaires réalisé sur le « marché pertinent » qui est déterminant, car le comportement anticoncurrentiel n'a d'effet que sur ce marché.

155. Conformément à l'art. 3 OS LCart, le montant de base calculé sur la base du chiffre d'affaires doit être fixé selon la gravité et le type de l'infraction. Il convient donc d'examiner ci-après la gravité de la présente infraction à la LCart.

156. En principe, la gravité de l'infraction doit être évaluée au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.¹⁹⁶ Les entreprises participant aux accords sanctionnés ici ont eu un comportement illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est la « gravité objective, c'est-à-dire indépendamment de la faute » qui est déterminante, c'est-à-dire le potentiel de risque abstrait; il faut en outre tenir compte, entre autres, du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants.¹⁹⁷

157. Il n'est possible de tirer des conclusions générales sur la qualification d'accords concrets comme étant graves que dans une mesure très limitée, car cela dépend toujours fortement des circonstances concrètes du cas d'espèce. Il ne fait aucun doute que les accords selon l'art. 5 al. 3 LCart qui éliminent la concurrence – en tant que cartels horizontaux durs – constituent en règle générale des infractions graves au droit des cartels.¹⁹⁸

D.2.3.2 Durée de l'infraction

158. Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 % si la pratique anticoncurrentielle a duré d'un à cinq ans. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire.

159. Dans ce cadre, l'autorité fixe le montant du supplément de durée en tenant compte de la nature et du contenu de la restriction à la concurrence et de ses effets dans le temps. Dans sa pratique actuelle, la COMCO a appliqué un pourcentage de 10 % par année prise en compte pour une durée comprise entre un et cinq ans.¹⁹⁹ Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique et, compte tenu d'un certain schématisme admissible et du principe de proportionnalité, a jugé conforme au droit fédéral une augmentation du montant de base de 10 % par année entamée, pour une durée d'un à cinq ans.²⁰⁰

D.2.3.3 Circonstances aggravantes et atténuantes, coopération particulièrement bonne et conclusion d'un accord amiable

160. Outre le fait que la liste des circonstances atténuantes figurant à l'art. 6 OS LCart n'est pas exhaustive,²⁰¹ le TF ne s'est pas encore prononcé de manière générale sur les circonstances aggravantes et atténuantes prévues aux art. 5 s. OS LCart. Le comportement coopératif des parties à la procédure est en principe reconnu comme un motif d'atténuation non mentionné dans l'OS LCart.²⁰² Dans la pratique, il faut considérer comme un comportement coopératif aussi bien la volonté et la disposition à conclure un accord amiable que la reconnaissance des faits reprochés.

161. Une coopération particulièrement bonne permet, conformément à la pratique et selon l'art. 6 al. 1 OS LCart, une réduction de la sanction de 20 %. Est considéré comme une coopération particulièrement bonne par exemple le fait de déposer volontairement des moyens de preuves ou le fait de reconnaître les faits.²⁰³

162. La volonté et la disposition à conclure un accord amiable sont considérées par les autorités de la concurrence comme un comportement coopératif lors de la détermination de la sanction. La coopération doit être prise en compte dans le cadre de l'art. 6 OS LCart. En ce qui concerne l'ampleur de la réduction en cas de conclusion d'un accord amiable, la volonté et la disposition à conclure un tel accord peuvent en principe donner lieu à une réduction de la sanction pouvant aller jusqu'à 20 %, en fonction du moment et de l'état de la procédure.²⁰⁴

¹⁹² ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.6, *ADSL II*; TAF, B-7920/2015 du 16.8.2022 consid. 11.2.5, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 9.2.3, *Nikon*.

¹⁹³ TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 6.1.2, *Flügel und Klaviere*; LAUTERBURG in: *SIWR V/2*, N 1.24.

¹⁹⁴ ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.1, *ADSL II*.

¹⁹⁵ ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.4, *ADSL II*.

¹⁹⁶ ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2 s., *ADSL II*; confirmé par le TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*.

¹⁹⁷ ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 6.4, *BMW*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*. Voir aussi PETER G. PICH, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2e éd. 2021, art. 3 OS LCart N 16.

¹⁹⁸ TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.5.6.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart; ci-après: Notes OS LCart), p. 3.

¹⁹⁹ DPC 2020/3a, 1133 s. N 1381 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/3a, 1219 N 520 s., *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; DPC 2019/3b, 1006 ss N 2604 ss, *Badezimmer*; RPW 2018/2, 358 N 103 ss, *Gerätebenzin*; RPW 2018/1, 111 s. N 213 ss, *Verzinkung*.

²⁰⁰ ATF 146 II 217 consid. 9.3, *ADSL II*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.4 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.

²⁰¹ Cf. ATF 146 II 217 consid. 9.4, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁰² Voir notamment TAF, B-4596/2019 du 6.6.2023 consid. 9.6.3 ainsi que les références citées, *Leasing – CA Auto Finance*.

²⁰³ Note du Secrétariat de la COMCO: Accords amiables du 28.2.2018, N 12, <www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes > (19.1.2024).

²⁰⁴ COMCO, 6.12.2021, N 840 s., *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (19.1.2024); DPC 2019/4, 1152 N 93, *Stöckli Ski*; DPC 2019/4, 1171 N 109, *Bucher Landtechnik*; DPC 2018/2, 371 N 77 s., *RIMOWA*; DPC 2018/1, 112 N 218, *Verzinkung*; DPC 2018/2, 358 N 107 s., *Gerätebenzin*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 114), art. 49a N 87; Note du Secrétariat de la COMCO: Accords amiables du 28.2.2018, N 11, <www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes > (19.1.2024).

D.2.3.4 Sanction maximale

163. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Sont déterminants à cet égard les trois derniers exercices clôturés avant le prononcé de la décision.²⁰⁵

D.2.3.5 Autodénunciation

164. Si une entreprise collabore à la découverte et à l'élimination de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer totalement ou partiellement à la sanction de cette entreprise. Ce principe est énoncé à l'art. 49a al. 2 LCart, les modalités d'une exonération totale étant définies aux art. 8 ss OS LCart et celles d'une exonération partielle aux art. 12 ss OS LCart.

D.2.3.6 Sanctions en cas d'accords individuels ou interprojets

165. Comme indiqué, le montant de base de l'amende doit être calculé sur la base du chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné.

166. Les accords de soumission individuels ont la particularité qu'une seule entreprise réalise un chiffre d'affaires et que les autres entreprises qui soumettent « uniquement » une offre de soutien ne génèrent aucun chiffre d'affaires. De même, aucun chiffre d'affaires n'est réalisé lorsqu'une entreprise qui ne participe pas à l'accord remporte le marché. Conformément à la pratique de la COMCO, confirmée par le TAF, il convient dans tous ces cas de se baser sur le chiffre d'affaires que l'entreprise protégée a réalisé ou aurait réalisé.²⁰⁶ Cette procédure est conforme au principe fondamental inscrit à l'art. 3 OS LCart, selon lequel la base de calcul doit être déterminée en fonction du montant qui correspond à la situation concrète.²⁰⁷ En outre, cela correspond à la pratique – confirmée par les tribunaux – de la COMCO consistant à réduire de moitié le pourcentage déterminant du montant de base pour les entreprises qui ont « uniquement » soumis une offre de soutien.²⁰⁸ Concrètement, dans les cas où un accord individuel de soumission a été conclu avec succès et où la concurrence n'a pas été éliminée, mais seulement considérablement entravée, la COMCO a imposé un montant de base de 8 % à l'entreprise protégée et de 4 % à l'entreprise protectrice.²⁰⁹

167. Dans le cas d'accords interprojets, les entreprises participantes doivent être sanctionnées pour leur participation à l'accord interprojets; les accords concrets individuels qui en résultent pour des projets individuels doivent être considérés comme des mesures de mise en œuvre de l'accord interprojets et ne doivent pas être sanctionnés séparément ou en plus. En conséquence, le chiffre d'affaires réalisé sur l'ensemble du marché en cause doit être pris en considération pour déterminer le montant de base.²¹⁰

D.2.3.7 Sanction totale par entreprise

168. Si une entreprise a commis plusieurs infractions différentes, la question se pose de savoir comment traiter la pluralité d'infractions qui en résulte lors de la fixation de la sanction. Il convient à cet égard de tenir compte du fait que la sanction doit à la fois éliminer la

rente de cartel (mais pas plusieurs fois) et avoir un caractère punitif.²¹¹

169. Deux méthodes peuvent être utilisées pour calculer la sanction totale à prononcer, en fonction des circonstances concrètes:

- Le montant de base pour l'infraction la plus grave peut être majoré d'un pourcentage supplémentaire conformément à l'art. 5 OS LCart ou d'un montant fixe (« méthode de la majoration »). Dans ce cas, l'atteinte supplémentaire à la concurrence causée par les autres infractions est prise en compte comme circonstance aggravante. Cette méthode peut s'avérer appropriée lorsque, par exemple, les marchés concernés sont (en grande partie) identiques pour plusieurs infractions.
- La correction peut également être effectuée lors du calcul de la sanction globale. Dans un premier temps, les sanctions pour les différentes infractions sont calculées séparément, puis additionnées. Si la sanction globale est disproportionnée, par exemple parce que la même rente de cartel a été perçue plusieurs fois, elle doit être réduite dans un deuxième temps pour des raisons de proportionnalité (méthode dite « de la réduction »). Cette méthode peut s'avérer appropriée lorsque les marchés concernés sont (largement) différents pour plusieurs infractions.

170. Le choix de la méthode dépend en grande partie du degré de connexité des infractions à sanctionner: il convient d'examiner si elles concernent en tout ou en partie le même marché ou le même chiffre d'affaires. En cas de chevauchement important des marchés ou des chiffres d'affaires, la méthode de la majoration prévue à l'art. 5 OS LCart est appropriée. S'il n'y a pas ou peu de chevauchement entre les marchés concernés ou les chiffres d'affaires à sanctionner, la méthode de la réduction est appropriée.

171. Il convient de tenir compte du fait que ces deux méthodes poursuivent le même objectif: sanctionner de manière appropriée l'ensemble des comportements illicites constatés à l'égard d'une entreprise. Elles aboutissent donc au même résultat: la sanction supplémentaire infligée pour une nouvelle infraction doit couvrir intégralement la restriction supplémentaire de la concurrence liée à cette nouvelle infraction, ni plus, ni moins. Dans

²⁰⁵ Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1925; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.4.3, *Sport im Pay-TV*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 784 s., *ADSL II*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 114), art. 49a N 12 s.; LAUTERBURG in: SIWR V/2, N 1.23.

²⁰⁶ Cf. TAF, B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 15.2.1, *Engadin IV*; voir aussi TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.5.8.9, *Strassen - und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*.

²⁰⁷ Cf. TAF, B-3938/2013 du 30.10.2019 consid. 18.3.3, *Buchhändler Dargaud*, avec les références citées; voir aussi TAF, B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 15.2.7 et 15.3.11, *Engadin IV*.

²⁰⁸ Cf. TAF, B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 15.3.14, *Engadin IV*.

²⁰⁹ Cf. TAF, B-652/2018 du 18.4.2024 consid. 15 ff., *Engadin III*.

²¹⁰ Cf. TAF, B-3096/2018 du 28.11.2023 consid. 99 ff. 108 ff., *Engadin I*; TAF, B-3779/2022 du 25.11.2024 consid. 7.2, *Volkswagen Händler*; TAF, B-2798/2018 du 16.2.2021 consid. 12.2.2, *Naxoo*.

²¹¹ Cf. par exemple TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.3.2, *Bauleistungen Graubünden*; cf. également DPC 2020/4a, 1842 N 596, *Bauleistungen Graubünden*, avec les références citées.

les deux cas, il faut donc veiller à ce que la sanction à ajouter ou le supplément pour la deuxième infraction n'entraîne pas une sanction trop élevée en sanctionnant une nouvelle fois dans son intégralité une infraction à la concurrence qui a déjà été partiellement prise en compte dans le calcul de la première sanction. Dans le cas de la méthode consistant à additionner deux sanctions, il convient donc, si nécessaire, de réduire la sanction à ajouter en se fondant sur des considérations de proportionnalité. Dans le cas de la méthode de la majoration, il faut veiller à ce que cette majoration couvre intégralement l'infraction supplémentaire, mais pas plus.

D.2.3.8 Examen de la proportionnalité

172. En outre, lors de l'exercice du pouvoir d'appréciation, il convient de respecter le principe de proportionnalité et d'examiner si la sanction globale est supportable (art. 2 al. 2 OS LCart).²¹² Si une entreprise le fait valoir, il convient notamment de vérifier si la sanction à prononcer (y compris les frais de procédure) est supportable pour une entreprise. Une charge n'est plus supportable financièrement pour une entreprise si elle l'empêche de poursuivre son activité et la fait sortir du marché en tant que concurrente.

D.3 Calcul des sanctions en l'espèce

D.3.1 Détermination des sanctions sur la base des accords illicites

D.3.1.1 Accord entre Bitusag et Duckert

173. L'accord constaté est un accord interprojets. Le marché pertinent a été défini comme étant celui de l'entretien routier dans le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, Morat et le Seeland. L'accord a duré de 2009 à 2021, soit 13 ans. Le montant de base est calculé sur la base du chiffre d'affaires réalisé par chacune des deux entreprises dans le domaine de l'entretien routier dans les territoires précités au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement anticoncurrentiel (2021/2020/2019).²¹³

174. Compte tenu de son objet, l'accord doit être qualifié de moyennement grave à grave; un montant de base de 6 % est approprié. Une majoration de 130 % doit être appliquée pour la durée. Duckert a conclu un accord amiable. À ce titre, Duckert bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Duckert a été la première entreprise à dénoncer cette infraction et a fourni les preuves qui ont permis de la découvrir. À ce titre, Duckert bénéficie d'une réduction de 100 % de la sanction. Bitusag a conclu un accord amiable et a bien coopéré, notamment en reconnaissant les faits. À ce titre, Bitusag bénéficie d'une réduction de 35 % de la sanction, répartie comme suit: 20 % pour la signature de l'accord amiable, 15 % pour la coopération.

175. Bitusag allègue qu'il existerait une inégalité de traitement en l'espèce, dans la mesure où elle ne bénéficierait que d'une réduction de 15 % pour sa coopération, tandis que Duckert, Prodo et Wyss recevraient des réductions de 100 %. Bitusag aurait également déposé une autodénonciation, ce avant Wyss, et elle aurait bien coopéré et livré des moyens de preuve.²¹⁴

176. En vertu de l'art. 8 Cst., il y a inégalité de traitement lorsque des éléments identiques sont traités différemment ou que des éléments différents sont traités de manière identique. Un traitement identique n'est toutefois exigé que dans des situations qui sont pour l'essentiel identiques ou similaires.²¹⁵ L'octroi d'une réduction de sanction de 100 % en faveur de Bitusag présuppose que sa situation est comparable à celle de Duckert, Prodo ou Wyss. Cela n'est cependant pas le cas. En effet, Bitusag n'a, contrairement aux trois autres entreprises citées et en dépit de ce qu'elle affirme, pas déposé d'autodénonciation. Elle ne l'a fait ni avant les trois entreprises précitées (seul cas où une réduction de sanction de 100 % serait envisageable) ni après (cas où une réduction de sanction de 50 % au maximum serait envisageable). A l'occasion de la perquisition du 18 janvier 2022, Bitusag a reçu des explications afférentes au programme de clémence, la note explicative y relative ayant été remise à sa direction.²¹⁶ Lors de l'audition de son administrateur du même jour, Bitusag a une nouvelle fois été rendue attentive au programme de clémence. Il lui a de plus été communiqué qu'une entreprise avait déjà déposé un marqueur.²¹⁷ La dernière des trois autodénonciations déposées dans la présente procédure a été transmise le 13 juillet 2022.²¹⁸ Jusqu'à cette date-là, Bitusag n'a déposé ni marqueur ni autodénonciation. Il en découle que la situation de Bitusag n'est pas comparable à celle de Duckert, Prodo ou Wyss. Les autorités de la concurrence ne violent ainsi pas l'art. 8 Cst. en ne lui octroyant pas une réduction de sanction de 100 %. Une réduction fondée sur une autodénonciation déposée ultérieurement est également exclue. En date du 3 décembre 2024, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a transmis son résultat provisoire de l'administration des preuves à Bitusag.²¹⁹ Or, Bitusag n'a déposé une autodénonciation au sens des art. 12 ss OS-LCart ou participé proactivement à l'établissement des faits ni avant, ni après cette date. Si elle a certes reconnu l'état de fait provisoirement établi au 3 décembre 2024,²²⁰ cette démarche – reconnue comme circonstance atténuante – ne représente toutefois pas une autodénonciation. Dans la mesure où il est ainsi établi que Bitusag n'a à aucun moment déposé une autodénonciation, la question de savoir si Bitusag pouvait bénéficier d'une réduction supplémentaire pouvant aller jusqu'à 80 % dans le cadre du programme de bonus conformément à l'art. 12 al. 3 OS-LCart (également

²¹² ATF 146 II 217 consid. 9.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; 143 II 297 E. 9.7.2 et les réf. citées.

²¹³ Act. I.223, act. I.243, act. I.245.1.

²¹⁴ Prise de position de Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, act. VII. 18.

²¹⁵ SCHWEIZER RAINER J., FANKHAUSER KIM, in *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar 2023 zu Art. 8, N 22.

²¹⁶ Act. I. 24, p. 1 et 6; Note explicative et formulaire du Secrétariat de la COMCO, Programme de clémence (autodénonciation), également disponible sous www.comco.ch > Législation et documentation > Notifications (17.7.2025).

²¹⁷ Act. III.1, ch. 51 ss et 310 ss.

²¹⁸ Act. X.A. 1 ss, Act. X.C. 1 ss. et act. X.D. 1 ss.

²¹⁹ Cf. Procès-verbal des négociations portant sur un accord amiable (act. I. 809), cf. également reconnaissance des faits, act. I. 245.6.

²²⁰ Act. 245.6.

appelé « bonus plus ») est sans objet. Une réduction supplémentaire conformément à l'art. 12 al. 3 OS-LCart est en effet subordonnée à la remise de deux autodénonciations, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, comme cela a été exposé.

177. Bitusag estime enfin que le chiffre d'affaires pris en considération est trop élevé.²²¹ Dans le courrier du 4 juin 2025, auquel les parties se réfèrent dans leurs observations, il est affirmé que les activités « blow patcher », « fissures » et « étude de budget » ne sont pas identiques à celles d'« enduits superficiels et gravillonnage ». Il convient toutefois de souligner, d'une part, que le marché concerné par l'enquête a été élargi en regroupant les activités pertinentes en l'espèce sous la notion

d'entretien routier, qui comprenait déjà, dans le résultat provisoire de l'administration des preuves et dans la proposition de décision, les activités connexes telles que l'entretien ponctuel des nids-de-poule et des fissures.²²² D'autre part, il existe également des preuves explicites de coordination précisément en ce qui concerne des activités telles que le traitement de fissures, nids de poules et le « blow patcher ». ²²³ Il n'existe aucune raison objective de ne pas tenir compte desdites activités dans le chiffre d'affaires pertinent. Quant aux montants liés à d'éventuelles études budgétaires, il sied de préciser que sont pris en compte les travaux d'entretiens qui y sont liés et non les études elles-mêmes. Il en ressort que dans ce cas également, il n'existe aucune raison de ne pas tenir compte desdits montants.²²⁴

	Bitusag	Duckert
Chiffre d'affaires	CHF [...]	CHF [...]
Montant de base (art. 3 OS LCart)	6%	6%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Augmentation durée (art. 4 OS LCart)	130%	130%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	100%
Résultat	CHF [500'000-800'000]	CHF 0

D.3.1.2 Accord entre Bitusag et Prodo

178. L'accord constaté est un accord interprojets. Le marché pertinent a été défini comme étant celui de l'entretien routier dans le canton du Jura, le Jura bernois et le canton de Neuchâtel. L'accord a duré de 2010 à 2021, soit 12 ans. Le montant de base est calculé sur la base du chiffre d'affaires réalisé par chacune des deux entreprises dans le domaine de l'entretien routier dans les territoires précités au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement anticoncurrentiel (2021/2020/2019).²²⁵

179. Compte tenu de son objet, l'accord doit être qualifié de moyennement grave à grave; un montant de base de 6 % est approprié. Une majoration de 120 % doit être appliquée pour la durée. Prodo a conclu un accord amiable. À ce titre, Prodo bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Prodo a été la première entreprise à dénoncer cette infraction et a fourni les preuves qui ont permis de la découvrir. À ce titre, Prodo bénéficie d'une réduction de 100 % de la sanction. Bitusag a conclu un accord amiable et a bien coopéré, notamment en reconnaissant les faits. À ce titre, Bitusag bénéficie d'une réduction de 35 % de la sanction, répartie comme suit: 20 % pour la signature de l'accord amiable, 15 % pour la coopération.

180. Bitusag fait valoir qu'il existerait une inégalité de traitement, car Bitusag ne bénéficierait que d'une réduction

de sanction de 15 % tandis que Duckert, Prodo et Wyss bénéficieraient de réductions de 100 %. Bitusag aurait également déposé une autodénonciation, notamment avant Wyss. Bitusag aurait de plus bien coopéré et livré des moyens de preuve.²²⁶ Cette argumentation a déjà été examinée ci-avant et il y est ici renvoyé.²²⁷

²²¹ Act. VII. 17, act. VII. 18 et Act. I.270.

²²² Résultat provisoire de l'administration des preuves, ch. 8, act. 248.6.

²²³ P. ex. cf. act. II.A.49, act. II.A.122, act. II.B.59, act. II. A.1154 et act. X.A.39, p. 18-21.

²²⁴ Le Secrétariat l'a déjà indiqué, par exemple le 26.2.2025, act. 245.1.

²²⁵ Act. I.235, act. I.243, act. I.245.1.

²²⁶ Prise de position de Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, act. VII. 18.

²²⁷ Ch. 176.

	Bitusag	Prodo
Chiffre d'affaires	CHF [...]	CHF [...]
Montant de base (art. 3 OS LCart)	6%	6%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Augmentation durée (art. 4 OS LCart)	120%	120%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction autodénunciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	100%
Résultat	CHF [500'000-800'000]	CHF 0

D.3.1.3 Accords entre Bitusag et Wyss

181. Les accords constatés sont des accords individuels concernant [...] (2019), [...] (2019 et 2020) et [...] (2019 et 2020). Le montant de base est calculé sur la base du montant proposé par Bitusag pour chacun des trois projets; pour l'accord concernant [...], la somme des offres déposées en 2019 et 2020 a été utilisée, et pour l'accord concernant [...], la somme des offres déposées en 2019 et 2020.²²⁸

182. L'entreprise protégée était à chaque fois Bitusag, l'entreprise protectrice à chaque fois Wyss. L'accord doit être qualifié de grave et sanctionné, conformément à la pratique, par des montants de base respectifs de 8 % et 4 %. Bitusag a conclu un accord amiable et a en outre bien coopéré, notamment en reconnaissant les faits. Une réduction de 35 % de la sanction doit donc lui être

accordée, répartie comme suit: 20 % pour la signature de l'accord amiable, 15 % pour la coopération. Wyss a conclu un accord amiable. À ce titre, Wyss bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Wyss a été la première à signaler ces accords et a fourni les preuves qui ont permis leur découverte. Une réduction de 100 % de la sanction doit donc lui être accordée.

183. Bitusag fait valoir qu'il existerait une inégalité de traitement, car Bitusag ne bénéficierait que d'une réduction de sanction de 15 % tandis que Duckert, Prodo et Wyss bénéficieraient de réductions de 100 %. Bitusag aurait également déposé une autodénunciation, notamment avant Wyss. Bitusag aurait de plus bien coopéré et livré des moyens de preuve.²²⁹ Cette argumentation a déjà été examinée ci-avant et il y est ici renvoyé.²³⁰

[...]	Bitusag	Wyss
Chiffre d'affaires	CHF 499'800	CHF 499'800
Montant de base (art. 3 OS LCart)	8%	4%
Résultat intermédiaire	CHF 39'984	CHF 19'992
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF 25'990	CHF 17'993
Réduction autodénunciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	100%
Résultat	CHF 25'990	CHF 0

²²⁸ Act. II.A.8 ([...]), act. II.A.134, act. II.E.13, act. II.B.46, act. II.D.12 ([...]), act. II.A.151, act. II.A.34 ([...], estimation).

²²⁹ Prise de position de Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, act. VII.18.

²³⁰ Ch. 176.

[...]	Bitusag	Wyss
Chiffre d'affaires	CHF 309'000	CHF 309'000
Montant de base (art. 3 OS LCart)	8%	4%
Résultat intermédiaire	CHF 24'720	CHF 12'360
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF 16'068	CHF 11'124
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	100%
Résultat	CHF 16'068	CHF 0

[...]	Bitusag	Wyss
Chiffre d'affaires	CHF 460'000	CHF 460'000
Montant de base (art. 3 OS LCart)	8%	4%
Résultat intermédiaire	CHF 36'800	CHF 18'400
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF 23'920	CHF 16'560
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	100%
Résultat	CHF 23'920	CHF 0

D.3.1.4 Accords entre Duckert et Prodo

184. Les accords constatés sont des accords individuels de soumission concernant [...] et [...]. Le montant de base est calculé sur la base du montant des offres déposées par Duckert, respectivement Prodo pour les deux projets.²³¹

185. L'entreprise protégée était Duckert dans le cas de [...], Prodo dans le cas de [...]. L'accord doit être qualifié de grave et sanctionné, conformément à la pratique, par des montants de base respectifs de 8 % et 4 %. Duckert a conclu un accord amiable. À ce titre, Duckert bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Duckert a été la première

entreprise à signaler les deux accords et à fournir des preuves qui ont permis leur découverte. À ce titre, Duckert bénéficie d'une réduction de 100 % de la sanction. Prodo a conclu un accord amiable. À ce titre, Prodo bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Prodo a été la deuxième entreprise à signaler cette infraction et à fournir des preuves qui ont facilité les investigations. À ce titre, Prodo bénéficie d'une réduction de 50 % de la sanction. En outre, Prodo a été la première entreprise à dénoncer d'autres infractions (accord interprojets avec Bitusag), ce qui lui vaut une réduction supplémentaire de 10 % au titre de l'art. 12 al. 3 OS LCart, de sorte que sa sanction est réduite de 60 % à cet égard.

[...]	Duckert	Prodo
Chiffre d'affaires	CHF 26'000	CHF 26'000
Montant de base (art. 3 OS LCart)	8%	4%
Résultat intermédiaire	CHF 2'080	CHF 1'040
Réduction (art. 6 OS LCart)	10%	10%
Résultat intermédiaire	CHF 1'872	CHF 936
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	100%	60%
Résultat	CHF 0	CHF 374

²³¹ Act. X.C.34 pp. 458 ss (La Tène), act.II.B.63, act. II.B.61, act. II.B.62, act. II.B.60 (Sonceboz).

[...]	Duckert	Prodo
Chiffre d'affaires	CHF 40'000	CHF 40'000
Montant de base (art. 3 OS LCart)	4%	8%
Résultat intermédiaire	CHF 1'600	CHF 3'200
Réduction (art. 6 OS LCart)	10%	10%
Résultat intermédiaire	CHF 1'440	CHF 2'880
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	100%	60%
Résultat	CHF 0	CHF 1'152

D.3.1.5 Accord entre Duckert et Wyss

186. L'accord constaté est un accord interprojets. Le marché pertinent a été défini comme étant celui de l'entretien routier dans le canton de Neuchâtel. L'accord a duré de 2009 à 2021, soit 13 ans. Le montant de base est calculé sur la base du chiffre d'affaires réalisé par chacune des deux entreprises dans le domaine de l'entretien routier dans les territoires précités au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement anticoncurrentiel (2021/2020/2019).²³²

187. Compte tenu de son objet, l'accord doit être qualifié de moyennement grave à grave; un montant de base de 6 % est approprié. Une majoration de 130 % doit être appliquée pour la durée. Duckert a conclu un accord amiable. À ce titre, Duckert bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Duckert a été la première entreprise à dénoncer cette infraction et a fourni les preuves qui ont permis de la découvrir. Une réduction de 100 % de la sanction doit donc lui être accordée. Wyss a conclu un accord amiable. À ce titre, Wyss bénéficie d'une réduction

de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Wyss a été la deuxième entreprise à dénoncer cette infraction et a fourni des preuves qui ont permis de l'établir. Une réduction de 50 % de la sanction doit donc lui être accordée. En outre, Wyss a été la première entreprise à dénoncer d'autres infractions (accords individuels avec Bitusag), ce qui lui vaut une réduction supplémentaire de 10 % au titre de l'art. 12 al. 3 OS LCart, de sorte que sa sanction est réduite de 60 % à cet égard.

188. Wyss avance dans sa prise de position que l'enquête aurait d'abord été ouverte contre d'autres entreprises, en particulier Duckert, puis contre elle seulement plusieurs mois plus tard. En conséquence, elle n'aurait pu déposer une autodénonciation que plus tard et elle n'aurait pu bénéficier d'une réduction que de 50 %.²³³ À cet égard, il convient de relever que la possibilité de déposer une autodénonciation est indépendante aussi bien de l'ouverture d'une enquête que de la conduite d'une perquisition. Une autodénonciation peut également être déposée avant, ou en dehors du contexte d'une procédure.

	Duckert	Wyss
Chiffre d'affaires	CHF [...]	CHF [...]
Montant de base (art. 3 OS LCart)	6%	6%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Augmentation durée (art. 4 OS LCart)	130%	130%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction (art. 6 OS LCart)	10%	10%
Résultat intermédiaire	CHF [...]	CHF [...]
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	100%	60%
Résultat	CHF 0	CHF [30'000-60'000]

²³² Act. I. 223, act. X.D.4 (annexe 3).

²³³ Act. VII. 15.

D.3.1.6 Accord multilatéral entre Bitusag, Duckert et Wyss

189. L'accord constaté est un accord individuel de soumission concernant une série d'appels d'offres [...]. L'accord a duré de 2013 à 2017, soit 5 ans. Le montant de base est calculé sur la base du montant des offres rendues par Bitusag, Duckert et Wyss, additionné pour les années 2015/2016/2017.²³⁴ La sanction suivante doit être calculée uniquement pour Bitusag et Wyss, car Duckert a conclu des accord interprojets avec Bitusag et Wyss dans le canton de Neuchâtel. Les accords conclus par Duckert avec Bitusag et Wyss qui font l'objet de la présente décision sont donc des coordinations de mise en œuvre qui ont déjà été prises en considération lors de la sanction des deux accords interprojets. Il convient par ailleurs de souligner que Duckert a été la première entreprise à signaler ces deux accords; elle bénéficierait donc de toute façon d'une réduction totale de la sanction.

190. Compte tenu de son objet, l'accord doit être qualifié de grave. Lors de la fixation du montant de base, il convient toutefois de tenir compte du fait que Bitusag et Wyss ont agi en partie en tant que protectrices et en partie en tant que protégées, puisqu'ils ont généralement assuré leur propre lot et protégé les autres entreprises concernant leurs lots. Au total, un montant de base de 5 % est approprié pour l'ensemble de l'accord. Une majoration de 50 % doit être appliquée pour la durée. Wyss a conclu un accord amiable. À ce titre, Wyss bénéficie d'une réduction de 10 % de la sanction pour la signature de l'accord amiable. De plus, Wyss a été la deuxième entreprise à dénoncer cette infraction et a fourni des preuves qui ont permis de l'établir. Une réduction de 50 % de la sanction doit donc lui être accordée. En outre, Wyss a été la première entreprise à dénoncer d'autres infractions (accords individuels avec Bitusag), ce qui lui vaut une réduction supplémentaire de 10 % au titre de l'art. 12 al. 3 OS LCart, de sorte que sa sanction est réduite de 60 % à cet égard. Bitusag a conclu un accord amiable et a en outre bien coopéré, notamment en reconnaissant les faits. Une réduction de 35 % de la sanction doit donc lui être accordée, répartie comme suit: 20 % pour la signature de l'accord amiable, 15 % pour la coopération.

191. S'agissant de l'accord bilatéral examiné au chapitre D.3.1.6, Bitusag fait valoir deux inégalités de traitement. D'une part, Bitusag avance que Duckert ne serait pas sanctionnée car elle aurait conclu des accords interprojets avec Wyss et Bitusag, ce qui serait également le cas de Bitusag. D'autre part, Bitusag se considère également traitée de manière inégale par rapport à Wyss: Wyss bénéficierait d'une réduction de 60 %, mais aurait déjà obtenu « pour cela » une réduction de 100 %. Bitusag aurait par contre bien coopéré, non seulement en reconnaissant les faits mais en fournissant aussi toutes pièces justificatives utiles. En dépit de cela, Bitusag ne bénéficierait que d'une réduction de 35 %.²³⁵

192. Quant à l'inégalité de traitement alléguée par Bitusag vis-à-vis de Duckert: Il sied tout d'abord de préciser qu'il ne s'agit pas d'une réduction en raison d'une autodénonciation ou de circonstances atténuantes, mais d'une mesure visant à ce qu'un accord lié à un projet

individuel ne soit pas sanctionné séparément s'il doit être considéré « uniquement » comme la mise en œuvre d'un accord interprojets. Le chapitre D.3.1.6 concerne effectivement un accord lié à un projet individuel entre Bitusag, Duckert et Wyss. Il convient de préciser que l'existence d'accords interprojets a aussi bien été prouvée entre Duckert et Bitusag qu'entre Duckert et Wyss. En conséquence, dans le cas présent, le comportement de Duckert constitue, vis-à-vis de Bitusag, respectivement de Wyss, une mesure de mise en œuvre des accords interprojets respectifs. Il en découle qu'une sanction séparée ne doit pas être calculée concernant Duckert, aucun comportement ne sortant du cadre des deux accords interprojets. S'agissant de Bitusag, un accord interprojets a été établi avec Duckert, mais pas vis-à-vis de Wyss. Le comportement de Bitusag vis-à-vis de Wyss n'est donc pas couvert par un accord interprojets et doit être sanctionné. Il en découle que la situation de Bitusag est différente de celle de Duckert et qu'il n'existe ainsi pas d'inégalité de traitement. Le graphique présenté au ch. 66 illustre cette différence entre Bitusag et Duckert (Duckert ayant conclu des accords interprojets avec les deux entreprises concernées par le projet précité, Bitusag n'en ayant conclu un qu'avec Duckert). La situation de Bitusag est en revanche comparable à celle de Wyss: chacune a conclu un accord interprojets avec Duckert, mais elles n'en ont pas conclu entre elles. En conséquence, Bitusag et Wyss sont traitées de la même manière concernant cette question. Il reste en effet, concernant ces deux entreprises, un comportement ne faisant pas partie d'un accord interprojets, comportement devant ainsi être sanctionné. La sanction calculée au chapitre D.3.1.6 ne doit cependant pas être retenue intégralement à l'encontre de Bitusag ou de Wyss, sauf à sanctionner une seconde fois le comportement retenu vis-à-vis de Duckert. En conséquence, une déduction sera opérée sur le montant des amendes respectives de Bitusag et Wyss, dont le détail ne sera examiné qu'aux chapitres D.3.2.1 et D.3.2.2.

193. Quant à l'inégalité de traitement alléguée par Bitusag vis-à-vis de Wyss, l'affirmation de Bitusag selon laquelle Wyss aurait déjà obtenu une réduction de 100 % « pour cela », en lien avec l'accord décrit au chapitre D.3.1.6, tombe à faux. Wyss a obtenu une réduction de 100 % pour les autres accords liés à des projets qu'elle a dénoncés en premier vis-à-vis de Bitusag (D.3.1.3). L'accord examiné au chapitre D.3.1.6, quant à lui, a été déclaré en deuxième par Wyss (après Duckert), ce qui lui vaut une réduction de 50 %. Elle bénéficie d'une réduction supplémentaire de 10 % en vertu de l'art. 12 al. 3 OS-LCart. Bitusag n'ayant pas procédé à une autodénonciation (cf. également les considérations au ch. 176), il n'y a ainsi pas de différence de traitement.

²³⁴ Act. II.E.29, act. II.E.32, act. X.D.21, p. 128.

²³⁵ Prise de position de Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, act. VII. 18.

194. Wyss avance dans sa prise de position que l'enquête aurait d'abord été ouverte contre d'autres entreprises, en particulier Duckert, puis contre elle seulement plusieurs mois plus tard. En conséquence, elle n'aurait pu déposer une autodénonciation que plus tard et elle n'aurait pu bénéficier d'une réduction que de

50 %.²³⁶ A cet égard, il convient de relever que la possibilité de déposer une autodénonciation est indépendante aussi bien de l'ouverture d'une enquête que de la conduite d'une perquisition. Une autodénonciation peut également être déposée avant, ou en dehors du contexte d'une procédure.

[...]	Bitusag	Wyss
Chiffre d'affaires	CHF [> 800'000]	CHF [> 800'000]
Montant de base (art. 3 OS LCart)	5%	5%
Résultat intermédiaire	CHF [> 40'000]	CHF [> 40'000]
Augmentation durée (art. 4 OS LCart)	50%	50%
Résultat intermédiaire	CHF [> 60'000]	CHF [> 60'000]
Réduction (art. 6 OS LCart)	35%	10%
Résultat intermédiaire	CHF [> 40'000]	CHF [> 50'000]
Réduction autodénonciation (art. 8 / 12 OS LCart)	0%	60%
Résultat	CHF [> 40'000]	CHF [> 20'000]

D.3.2 Proportionnalité et caractère supportable de la sanction

195. PAUPE HOLDING SA, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA s'expriment sur le caractère supportable de la sanction. Toutefois, elles ne déposent pas de demande concrète de renonciation ou de réduction de la sanction, [...] et demandent que le caractère supportable de la sanction ne soit pas examiné sur la base de la situation financière de l'ensemble de l'entreprise, mais uniquement sur celle d'une seule filiale, Bitusag S.A.²³⁷

196. À cet égard, il convient tout d'abord de souligner que, même si seule la situation financière des filiales devait être prise en considération, une réduction de la sanction ne pourrait être envisagée que si les parties concernées par la sanction en font la demande formelle et la justifient en fournissant des pièces justificatives portant sur plusieurs années, compte tenu de l'obligation de coopération très étendue qui leur incombe dans le cadre de la détermination de la situation financière.²³⁸ À ce jour, aucune demande de ce type n'a été reçue, de sorte qu'il n'existe aucune base permettant de réduire la sanction à cet égard.

197. Il convient de rappeler une fonction centrale de la sanction: le préjudice financier doit être suffisamment important pour qu'il ne vaille pas la peine de participer à une infraction; les sanctions doivent être pénalisantes, mais sans pour autant conduire une entreprise à la faillite, car cela ne servirait finalement pas la concurrence. À cet égard, le montant de l'amende doit être proportionné à la capacité financière de l'entreprise.²³⁹

198. Le Secrétariat a déjà indiqué avant la signature de l'accord amiable qu'il fallait tenir compte de la situation financière de l'ensemble de l'entreprise.²⁴⁰ Cette approche correspond à la pratique des autorités de la concurrence et est correcte. L'approche économique présentée ci-dessus conduit à ce que toutes les sociétés

soumises à un même contrôle font partie de l'entreprise au sens de la loi sur les cartels.²⁴¹ La proportionnalité permet de vérifier si une sanction trop sévère menace l'existence même de cette entreprise et risque d'entraîner son retrait du marché. Cette vérification doit donc porter sur la situation financière globale de l'entreprise.²⁴² Les autorités de la concurrence ne peuvent ainsi pas se baser uniquement sur la situation financière de certaines parties d'une entreprise pour examiner le caractère supportable d'une sanction.

D.3.3 Calcul de la sanction par entreprise

199. Comme indiqué ci-avant (ch. 168 ss), lors de la fixation de la sanction pour plusieurs infractions, il convient d'examiner si celles-ci concernent en tout ou en partie le même marché ou le même chiffre d'affaires. Afin que le montant de la sanction lui-même indique clairement que le calcul de cette sanction n'est pas un simple calcul arithmétique, mais que les autorités font usage de leur pouvoir d'appréciation, les montants doivent être arrondis en conséquence.

²³⁶ Act. VII. 15.

²³⁷ Act. VII. 18, act. VII. 17, act. I.270.

²³⁸ Le Secrétariat a attiré l'attention de Bitusag S.A. et de Bitusag Neuchâtel SA à plusieurs reprises sur ce point, une première fois le 25.3.2025 (soit avant la signature de l'accord amiable, act. 248.1 ainsi qu'une nouvelle fois le 23.4.2025 (act. 253); TAF B-823/2016 du 2.4.2020, consid. 6.5.5.

²³⁹ ATF 143 II 297, consid. 9.7.2.

²⁴⁰ Courriel du 25.3.2025 (act. 248.1): « (...) c'est la situation financière du groupe de sociétés auquel appartient Bitusag SA qui est pertinente et non celle de cette dernière prise isolément. ». Cf. également courrier du 23.4.2025, act. I. 253.

²⁴¹ Ch. 67 ss.

²⁴² En ce qui concerne la prise en compte de la situation financière d'un groupe dans son ensemble: TAF B-823/2016 du 2.4.2020, consid. 7.1.

D.3.3.1 Bitusag

200. Il s'agit à titre liminaire de noter qu'en ce qui concerne les deux accords interprojets entre Bitusag et Duckert ainsi qu'entre Bitusag et Prodo, les deux accords concernent en grande partie le même territoire (la seule différence concerne les deux régions de Morat et du Seeland, qui ne sont pas couvertes par l'accord avec Prodo) et portent sur une période largement identique (la seule différence étant l'année 2009, qui n'est pas comprise dans l'accord avec Prodo). Il convient tout d'abord de déterminer la sanction pour l'infraction la plus grave, à savoir l'accord interprojets conclu entre Bitusag et Duckert. Pour l'accord interprojets conclu entre Bitusag et Prodo, il convient donc de déterminer un montant supplémentaire à ajouter à la sanction relative au premier accord (cf. ch. 173). Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, les autorités de la concurrence se fondent sur le principe selon lequel la sanction ne doit pas être plus sévère si Bitusag n'avait pas conclu deux accords avec les deux entreprises Duckert et Prodo, mais un seul accord multilatéral, pour lequel une sanction d'un montant de base de 7 % aurait semblé appropriée en raison de la concurrence persistante exercée par Colas, le principal concurrent de Bitusag selon cette dernière.²⁴³ Si l'on ajoute 1 % aux 6 % déjà retenus pour sanctionner l'accord interprojets avec Duckert, cela donne, compte tenu d'une réduction pour coopération de 35 %, une majoration d'environ CHF [80'000-140'000]. L'augmentation de la sanction infligée à Bitusag pour le deuxième accord interprojets, conclu entre Bitusag et Prodo, à hauteur du montant précité est donc proportionnée.

201. En ce qui concerne les accords liés à des projets conclus entre Bitusag et Wyss, il convient de noter qu'ils ne peuvent être considérés comme largement équivalents à d'autres accords dont l'existence a été établie. Contrairement à ce qui ressort des paragraphes précédents, il ne s'agit donc pas d'ajouter une majoration pour ces accords supplémentaires, mais d'ajouter les sanctions, puis de réduire le montant de la sanction calculée pour des raisons de proportionnalité (ch. 168 ss). Dans le cadre de ces accords, il convient de tenir compte du fait que Bitusag a conclu des accords interprojets faisant l'objet de sanctions dans le même domaine avec Duckert et Prodo. La concurrence était déjà considérablement entravée par ces deux accords interprojets. En ce qui concerne l'accord relatif aux projets du Canton de Neuchâtel, il convient en outre de tenir compte du fait que les accords concernant les lots de Duckert et la protection de Duckert doivent être considérés comme la mise en œuvre de l'accord sanctionné avec Duckert. La restriction supplémentaire de la concurrence résultant de l'accord conclu entre Bitusag et Wyss ne devrait pas entraîner un doublement de la restriction à la concurrence déjà existante. Il apparaît donc approprié, pour des raisons de proportionnalité, de réduire la sanction de moitié par rapport au montant calculé indépendamment d'un accord préexistant.

202. Ces explications entraînent une adaptation conformément aux montants indiqués en gris dans le tableau ci-dessous.

Bitusag	Avant réduction prop.	Après réduction prop.
Interprojets avec Duckert	CHF [500'000-800'000]	CHF [500'000-800'000]
Interprojets avec Prodo	CHF [500'000-800'000]	CHF [80'000-140'000]
[...] avec Wyss	CHF 25'990	CHF 12'995
[...] avec Wyss	CHF 16'068	CHF 8'034
[...] avec Wyss	CHF 23'920	CHF 11'960
[...] avec Wyss	CHF [> 40'000]	CHF [> 20'000]
Résultat		CHF [640'000-990'000]

D.3.3.2 Wyss

203. S'agissant de l'accord individuel de soumission concernant le Canton de Neuchâtel conclu entre Wyss et Bitusag, il sied de rappeler ce qui a été retenu plus haut concernant Bitusag: il convient de tenir compte du fait que les accords concernant les lots de Duckert et la protection de Duckert doivent être considérés comme la mise en œuvre de l'accord sanctionné avec Duckert. La restriction supplémentaire de la concurrence résultant de l'accord conclu entre Bitusag et Wyss ne devrait pas entraîner un doublement de la restriction à la concurrence déjà existante. Il apparaît donc approprié, pour des raisons de proportionnalité, de réduire la sanction supplémentaire de moitié par rapport au montant calculé indépendamment d'un accord préexistant.

204. Ces explications entraînent une adaptation conformément aux montants indiqués en gris dans le tableau ci-dessous.

²⁴³ Act. III.6, I. 107.

Wyss	Avant réduction prop.	Après réduction prop.
Interprojets avec Duckert	CHF [30'000-60'000]	CHF [30'000-60'000]
[...] avec Bitusag	CHF 0	CHF 0
[...] avec Bitusag	CHF 0	CHF 0
[...] avec Bitusag	CHF 0	CHF 0
[...] avec Bitusag	CHF [> 20'000]	CHF [> 10'000]
Résultat		CHF [44'000-74'000]

D.3.3.3 Prodo

205. En ce qui concerne la sanction à l'encontre de Prodo, l'accord interprojets conclu avec Bitusag impose une réduction similaire.

Prodo	Avant réduction prop.	Après réduction prop.
Interprojets avec Bitusag	CHF 0	CHF 0
[...] avec Duckert	CHF 374	CHF 187
[...] avec Duckert	CHF 1'152	CHF 576
Résultat		CHF 760

D.3.3.4 Duckert et Colas

206. Par souci d'exhaustivité, il convient de rappeler ici que Duckert se voit infliger une sanction de CHF 0.- et que la procédure à l'encontre de Colas est classée.

Duckert	Autodénunciation	CHF 0
Colas	Classement	

D.4 Documents saisis et données électroniques dupliqués

207. Lors des deux perquisitions, des objets (en particulier divers documents papier) ont été saisis dans les sociétés perquisitionnées, et des données électroniques ont été copiées et dupliquées. Les documents papier pertinents pour l'enquête ont été copiés, les données électroniques ont été intégrées dans les dossiers officiels sous forme de rapports électroniques ou d'impressions papier. Une fois que la présente décision sera entrée en force à l'égard de toutes les parties, il est exclu qu'il faille encore recourir aux objets saisis et aux données électroniques copiées ou dupliquées. Par conséquent, après l'entrée en force de la décision à l'égard de toutes les parties, les objets saisis doivent être restitués à l'ayant droit et les données électroniques copiées ou reproduites doivent être effacées. Sont exclues les données saisies électroniquement chez Duckert, sur lesquelles les autorités de la concurrence statueront au plus tôt à l'issue de la procédure 22-0524: Construction Neuchâtel.

E Frais

208. L'obligation de payer des émoluments, le montant des frais de procédure et à qui les frais incombent sont régis par l'art. 53a LCart ainsi que par l'OEmol-LCart.²⁴⁴

209. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 31 LCart. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

²⁴⁴ Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart; RS 251.2).

210. Dans la présente procédure, des restrictions illicites de la concurrence ont été démontrées. Par conséquent, il convient d'admettre l'obligation de payer des émoluments, dans la mesure où les entreprises Bitusag, Duckert, Wyss et Prodo ont enfreint la LCart.

211. Le montant des frais de procédure est déterminé selon les art. 4 s. OEmol-LCart. Selon l'art. 4 al. 2 OEmol-LCart, le tarif horaire est compris entre 100 et 400 francs l'heure. Celui-ci est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument (art. 4 al. 4 OEmol-LCart).

212. Sur la base de la classe de salaire des employés chargés du cas, un tarif horaire de CHF 130.- à CHF 350.- se justifie.²⁴⁵ Le temps consacré s'élève en l'occurrence à 2'420 heures. Les taux horaires suivants s'appliquent:

- 320 heures à CHF 130.-, soit CHF 41'600.-
- 38 heures à CHF 170.-, soit CHF 6'460.-
- 1'650 heures à CHF 200.-, soit CHF 330'000.-
- 310 heures à CHF 270.-, soit CHF 83'700.-
- 70 heures à CHF 290.-, soit CHF 20'300.-
- 32 heures à CHF 350.-, soit CHF 11'200.-

213. En conséquence, les frais totaux s'élèvent à CHF 493'260.-.

214. Dans un premier temps, il convient de déduire de ces frais de procédure les frais liés, d'une part, aux investigations visant à déterminer les éventuelles coordinations auxquelles Colas a participé et, d'autre part, aux investigations relatives à des éléments suspects qui ne se sont pas confirmés. Ces frais peuvent être estimés à environ 750 heures à CHF 200.-. Il convient donc de déduire CHF 150'000.- des frais de procédure susmentionnés et de les laisser à la charge de l'État.

215. Les frais de procédure à imputer aux parties ayant participé à des accords illicites s'élèvent donc à CHF 343'260.-.

216. Si, comme en l'espèce, la découverte et l'examen de cartels font l'objet d'une procédure, toutes les parties impliquées sont en principe considérées ensemble et dans la même mesure comme étant à l'origine de la procédure administrative correspondante. C'est dans ce sens que s'inscrit la pratique actuelle des autorités de la concurrence, selon laquelle – en l'absence de circonstances particulières qui rendraient le résultat choquant – les coûts sont répartis par tête. Les considérations d'égalité mais aussi de praticabilité sont notamment au premier plan.²⁴⁶

217. En l'espèce, il convient de noter que les autorités de la concurrence n'identifient aucune circonstance particulière qui justifierait de s'écarter du principe de répartition « par tête ». Il convient notamment de souligner que les démarches nécessaires pour clarifier les différents comportements illicites constatés semblent comparables pour toutes les entreprises, à l'exception de Colas (cf. ch. 214). Les frais de procédure restants d'un montant de CHF 343'260.- doivent donc être répartis à parts

égales entre les entreprises Bitusag, Duckert, Prodo et Wyss, soit CHF 85'815.- par entreprise.

218. Cela correspond d'ailleurs à la pratique de la COMCO, selon laquelle la répartition des frais de procédure ne doit pas dépendre du fait qu'une société ayant participé à une pratique illicite soit intégrée ou non dans un groupe de sociétés. En résumé, il en résulte que les frais de procédure restants doivent être répartis à parts égales entre les quatre entreprises qui ont participé à des accords anticoncurrentiels illicites. Les sociétés visées par la procédure pour le compte de l'entreprise concernée sont bien entendu solidairement responsables des frais de procédure imputés à l'entreprise en question.

219. Au vu de ce qui précède, les frais de procédure suivants doivent ainsi être mis à la charge des parties:

- PAUPE HOLDING SA, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA: CHF 85'815.-, solidairement entre elles;
- Wyss Fils SA: CHF 85'815.-;
- Prodo SA: CHF 85'815.-;
- Duckert SA: CHF 85'815.-;

220. Le solde des frais est mis à charge de l'Etat.

F Résultat

221. En résumé, la Commission retient que des accords illicites au sens des art. 5 al 3 let a et c LCart en lien avec l'art. 5 al 1 LCart et sanctionnables au sens de l'art. 49a LCart ont été conclus comme suit:

- Bitusag – Duckert: Accord interprojets concernant le canton du Jura, le canton de Neuchâtel, le Jura bernois, Morat et le Seeland de 2009 à 2021.
- Bitusag – Prodo: Accord interprojets concernant le canton du Jura, le canton de Neuchâtel et le Jura bernois de 2010 à 2021.
- Bitusag – Wyss: Trois accords individuels concernant des projets dans les cantons du Jura et de Neuchâtel.
- Duckert – Prodo: Deux accords individuels concernant des projets dans le canton de Neuchâtel et le Jura bernois.
- Duckert – Wyss: Accord interprojets concernant le canton de Neuchâtel de 2009 à 2021.
- Bitusag – Duckert – Wyss: Un accord multilatéral concernant un projet dans le canton de Neuchâtel de 2013 à 2017.

²⁴⁵ Les autorités de la concurrence ont adapté leurs taux horaires dès le 1^{er} janvier 2025, comme suit: Stagiaires de 130 à 170, Coll. scient, Référentes et rapporteurs de 200 à 270, Cheffes de service, Direction, Commission et Présidence de 290 à 350.

²⁴⁶ DPC 2009/3, 221 N 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

G Dispositif

Sur la base des faits, des conclusions ainsi que des considérants qui précèdent, la COMCO décide (art. 30 al. 1 LCart):

1. La COMCO approuve l'accord amiable du 9 avril 2025 passé entre le Secrétariat et Duckert SA dans sa teneur suivante:
 - 1.1. Duckert s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
 - 1.2. Duckert s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de l'entretien routier (enduits superficiel et gravillonnage), à ne pas communiquer avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.
 - 1.3. Duckert s'engage à ne pas conclure ou maintenir quelque obligation que ce soit avec des concurrents, en vertu de laquelle est défini le territoire sur lequel elle est active en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
 - 1.4. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.
2. La COMCO approuve l'accord amiable du 16 avril 2025 passé entre le Secrétariat et Prodo SA dans sa teneur suivante:
 - 2.1. Prodo s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
 - 2.2. Prodo s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de l'entretien routier (enduits superficiel et gravillonnage), à ne pas communiquer avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.
 - 2.3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.
3. La COMCO approuve l'accord amiable du 29 avril 2025 passé entre le Secrétariat et Wyss Fils SA dans sa teneur suivante:
 - 3.1. Wyss s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
- 3.2. Wyss s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de l'entretien routier (enduits superficiel et gravillonnage), à ne pas communiquer avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.
- 3.3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.
4. La COMCO approuve l'accord amiable du 16 avril 2025 passé entre le Secrétariat et Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA dans sa teneur suivante:
 - 4.1. Bitusag s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
 - 4.2. Bitusag s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de l'entretien routier (enduits superficiel et gravillonnage), à ne pas communiquer avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.
 - 4.3. Bitusag s'engage à ne pas conclure ou maintenir quelque obligation que ce soit avec des concurrents, en vertu de laquelle est défini le territoire sur lequel elle est active en rapport avec l'entretien routier (enduits superficiels et gravillonnage).
 - 4.4. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.
5. La COMCO condamne les entreprises suivantes pour leur participation à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart au paiement des sanctions suivantes selon l'art. 49a al. 1 LCart:
 - 5.1. PAUPE HOLDING SA, Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA solidairement entre elles: CHF [640'000-990'000];
 - 5.2. Duckert SA: CHF 0.-;
 - 5.3. Prodo SA: CHF 760.-;
 - 5.4. Wyss Fils SA: CHF [44'000-74'000]
6. Les frais de procédure de CHF 343'260.- sont répartis comme suit:

-
- 6.1. PAUPE HOLDING SA; Bitusag S.A. et Bitusag Neuchâtel SA, solidairement entre elles: CHF 85'815.-;
- 6.2. Wyss Fils SA: CHF 85'815.-;
- 6.3. Prodo SA: CHF 85'815.-;
- 6.4. Duckert SA: CHF 85'815.-.
7. Pour le surplus, en particulier à l'égard de Colas Suisse SA, la COMCO clôt l'enquête sans suite.
8. Dès l'entrée en vigueur de la présente décision à l'égard de toutes les parties, les éventuels éléments saisis sont restitués à la personne concernée et les données électroniques copiées ou reproduites par le Secrétariat sont effacées. En sont exclues les données saisies chez Duckert SA, sur lesquelles les autorités de la concurrence statueront au plus tôt à l'issue de la procédure 22-0524: Construction Neuchâtel.
- La décision doit être notifiée à:
- **PAUPE HOLDING SA**, c/o Bitusag S.A., à Glovelier; **Bitusag S.A.** et **Bitusag Neuchâtel SA**, toutes deux représentées par [...]
 - **Wyss Fils SA**, représentée par [...]
 - **Prodo SA**, représentée par [...]
 - **Duckert SA**, représentée par [...]
 - **Colas Suisse SA**, représentée par [...]
-

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Baloise Holding AG/Helvetia 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 3. September 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. September 2025

A Sachverhalt

A.1 Kurzbeschreibung des Zusammenschlussvorhabens

1. Am 4. August 2025 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen den zwei unabhängigen Unternehmen Baloise Holding AG («Baloise») und Helvetia Holding AG («Helvetia») erhalten (gemeinsam: «beteiligte Unternehmen»). Danach beabsichtigen Baloise und Helvetia eine Fusion unter Gleichen («Merger of Equals»). Das Zusammenschlussvorhaben wird als Absorptionsfusion gemäss dem Schweizer Fusionsgesetz¹ strukturiert, bei der Baloise aufgelöst und alle ihre Aktiven und Passiven gesamthaft auf Helvetia übertragen werden. Als Fusionsentschädigung erhalten die Aktionäre von Baloise 1.0119 neu auszugebende Helvetia-Aktien für jede Baloise-Aktie («Umtauschverhältnis»). Das Umtauschverhältnis ist im Fusionsvertrag festgelegt und ist unabhängig von Aktienkursschwankungen. Das fusionierte Unternehmen wird seine Firma in Helvetia Baloise Holding AG ändern und seinen Hauptsitz nach Basel verlegen.²

2. Die Verwaltungsräte der beteiligten Unternehmen haben am 21. April 2025 einen Fusionsvertrag genehmigt und unterzeichnet. Am 23. Mai 2025 haben die beiden ausserordentlichen Generalversammlungen auf Antrag des jeweiligen Verwaltungsrates insbesondere die Fusion und den Fusionsvertrag genehmigt.³

3. Baloise und Helvetia verbinden mit ihrem geplanten Zusammenschluss das Ziel, ihre vergleichbaren Strategien und komplementären Stärken zu einem umfassenden Angebot an Versicherungsprodukten und Finanzdienstleistungen zusammenzubringen. Gemäss den beteiligten Unternehmen biete der Zusammenschluss aufgrund des grösseren Prämienvolumens die Möglichkeit, erhebliche Skalen- und Verbundeffekte zu erzielen. Mittelfristig würden dadurch zusätzliche Wachstumschancen, ein verbessertes Risikoprofil sowie Kostenein-

sparungen erwartet. Darüber hinaus existiere ein deutliches Wertsteigerungspotenzial durch Bündelung der Kräfte. Aus ihrer überschneidenden Präsenz in der Schweiz und in Deutschland liessen sich Synergiepotenziale erschliessen. Zudem ergänzten sich die beiden Unternehmen sowohl regional als auch hinsichtlich ihres Produktportfolios. Das Zusammenschlussvorhaben biete damit die Chance, durch Cross-Selling-Aktivitäten zusätzliche Umsatzsynergien zu realisieren.⁴

A.2 Kurzbeschreibung der beteiligten Unternehmen und ihrer Geschäftstätigkeiten

4. Die Baloise Holding AG mit Sitz in Basel ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, deren Aktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Sie ist die Konzernmutter der Baloise-Gruppe.

5. Die Baloise-Gruppe ist ein Schweizer Versicherungskonglomerat. In der Schweiz bietet die Baloise-Gruppe über die Baloise Leben AG und die Baloise Versicherung AG Versicherungsdienstleistungen in den Bereichen Lebens- und Nicht-Lebensversicherungen an. Die Baloise Asset Management AG verwaltet sowohl konzernintern als auch für externe Kunden Vermögenswerte. Im Rahmen ihrer Anlagestrategie investiert die Baloise-Gruppe unter anderem in Immobilien. Die Baloise-Gruppe ist zudem über die Baloise Bank AG als Finanzdienstleisterin tätig. Darüber hinaus hält sie [...] und konsolidierte Beteiligungen an Unternehmen ausserhalb der vorerwähnten Kerntätigkeitsbereiche, namentlich:

- **Drei Linden Immobilien AG:** Der Gesellschaftszweck besteht im Erwerb, Halten und der Veräusserung von Verwertungsliegenschaften, insbesondere solchen aus dem Hypothekengeschäft der Baloise, sowie von Liegenschaften zu Anlagezwecken, die nicht der primären Immobilienstrategie der Baloise entsprechen.
- **Houzy AG («Houzy»):** Die Baloise-Gruppe verfügt über [...]. Der Gesellschaftszweck besteht im Betrieb und der Vermarktung einer Plattform im Immobilienbereich für Wohneigentümer sowie in der Vermittlung damit verbundener Dienstleistungen.⁵

¹ Bundesgesetz vom 3.10.2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; 221.301).

² Meldung für das Zusammenschlussvorhaben Baloise/Helvetia gemäss Art. 9 Abs. 1 KG vom 4.8.2025 (zit. «Meldung»), Rz 16 ff.

³ Meldung (Fn 2), Rz 18 und ihre Beilage 7 (Fusionsvertrag vom 21.4.2025).

⁴ Meldung (Fn 2), Rz 20 ff.

⁵ Vgl. «www.houzy.ch» (19.8.2025).

- Movu AG: Der Gesellschaftszweck besteht im Betrieb und der Vermarktung einer Plattform zum Zwecke der Vermittlung von Umzugsdienstleistungen.⁶
 - Parcandi AG («Parcandi»): Baloise hält [...] an der Parcandi, deren Gesellschaftszweck im Betrieb und der Vermarktung einer Plattform zum Zwecke der Vermittlung von Parkplätzen besteht.⁷
6. Neben dem Hauptmarkt Schweiz verfügt die Baloise-Gruppe über Niederlassungen und kontrollierte Tochtergesellschaften in Belgien, Deutschland, Frankreich⁸, Liechtenstein, Luxemburg, Polen, den Niederlanden und im Vereinigten Königreich.
7. Die zur Baloise-Gruppe gehörenden Gesellschaften ergeben sich aus der vollständigen Liste der Konzerngesellschaften im Geschäftsbericht der Baloise-Gruppe 2024.⁹
8. Die Helvetia Holding AG mit Sitz in St. Gallen ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, deren Aktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Sie ist die Konzernmutter der Helvetia-Gruppe.
9. Die Helvetia-Gruppe ist eine Schweizer Versicherungs-Gruppe. In der Schweiz bietet die Helvetia-Gruppe über die Helvetia Schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft AG und die Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG Versicherungsdienstleistungen in den Bereichen Lebens- und Nicht-Lebensversicherungen für Private und Unternehmen an. Sie vermittelt zudem über verschiedene Gruppengesellschaften Versicherungen und Hypothekarkredite über die Plattform der MoneyPark AG («MoneyPark»)¹⁰. Die Helvetia Asset Management AG verwaltet sowohl konzernintern als auch für externe Kunden Vermögenswerte. Die Helvetia-Gruppe ist ferner mit verschiedenen Gesellschaften im Immobiliengeschäft tätig (Vermietung und Verkauf von Geschäfts- und Wohnliegenschaften, Betrieb eines Immobilienportals, Vermittlung damit zusammenhängender Dienstleistungen). Darüber hinaus hält sie [...] und konsolidierte Beteiligungen an Unternehmen ausserhalb dieser Kerntätigkeitsbereiche, namentlich:
- Emeda AG: Gemeinsam [...] der Medica AG. Der Geschäftszweck besteht in der medizinischen und pharmazeutischen Versorgung von Bewohnern von Alters- und Pflegezentren.¹¹
 - Europäische Reiseversicherung ERV (Zweigniederlassung der Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG): Der Geschäftszweck der Zweigniederlassung besteht im Vertrieb und in der Vermittlung von Reise-, Unfall-, Kranken-, Geschäfts- und Haustierversicherungen sowie von Assistance Leistungen.¹²
 - Finovo AG: Der Geschäftszweck besteht in der Hypothekarbewirtschaftung für institutionelle Investoren wie Versicherungen, Pensionskassen und Anlagestiftungen.¹³
 - Helvetia Consulta AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung von internen und externen Beratungsdienstleistungen mit Fokus auf das BVG-Geschäft.¹⁴
 - Helvetia Consulting AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung von internen und externen Beratungsdienstleistungen mit Kernkompetenzen in den Bereichen General Management und Projektmanagement.¹⁵
 - Helvetia I Funds Europe und Helvetia I Funds North America: Dabei handelt es sich um zwei vollkonsolidierte Anlagefonds nach schweizerischem Recht, welche europäische und amerikanische Aktien enthalten und von Helvetia gemanagt werden.
 - Helvetia Service AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung und Bereitstellung von versicherungsfremden Geschäften wie Administrierung, Marketing, Entwicklung von Software sowie digitalen Services und Dienstleistungen.
 - Helvetic Warranty GmbH: Der Geschäftszweck besteht im Vertrieb von massgeschneiderten Objektversicherungen (für Handys, Elektronikgeräte, Möbel, Hörgeräte etc.) im Bereich Embedded Insurance. Das Angebot richtet sich an Unternehmen (wie z. B. Händler für Elektronikgeräte), die ihren Kunden eine Versicherung für die gekauften Produkte anbieten wollen (sog. B2B2C-Bereich).¹⁶
 - Medica AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung von medizinischen und technischen Assistance-Dienstleistungen, medizinischen Dienstleistungen sowie von Personennotruf-Dienstleistungen.¹⁷
 - Smartlife Care AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung von Notruflösungen für Seniorinnen und Senioren.¹⁸
 - smile.direct Versicherungen (Zweigniederlassung der Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG): Der Geschäftszweck besteht im Vertrieb und in der Vermittlung von Auto-, Haushalts-, Motorrad-, Reise-, Rechtsschutz-, Todesfall- und Krankenversicherungen.¹⁹
 - Traveo AG: Der Geschäftszweck besteht in der Erbringung von Assistance- und weiteren Dienstleistungen für Geschäftsreisende.²⁰

⁶ Vgl. <www.movu.ch> (19.8.2025).

⁷ Vgl. <info.parcandi.ch> (19.8.2025).

⁸ Das operative Geschäft der FRIDAY Insurance S.A. wurde der Allianz Direct Versicherungs-AG verkauft. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat der Rückgabe der Versicherungsbewilligung der FRIDAY Insurance S. A. zugestimmt.

⁹ Vgl. zum Ganzen: Abschnitt A.2 bis Rz 7: Meldung (Fn 2), Rz 2 ff. und ihre Beilagen 1 (Konzernstruktur Baloise-Gruppe) und 2 (Geschäftsbericht Baloise-Gruppe 2024).

¹⁰ Vgl. <moneypark.ch> (19.8.2025).

¹¹ Vgl. <emedach> (19.8.2025).

¹² Vgl. <www.erv.ch> (19.8.2025).

¹³ Vgl. <moneypark.ch/finovo/home> (19.8.2025).

¹⁴ Vgl. <www.helvetia.com/ch/consulta/de/home.html> (19.8.2025).

¹⁵ Vgl. <www.helvetia-consulting.ch> (19.8.2025).

¹⁶ Vgl. <helvetic-warranty.ch/de> (19.8.2025).

¹⁷ Vgl. <www.medica.ch> (19.8.2025).

¹⁸ Vgl. <smartlife-care.ch> (19.8.2025).

¹⁹ Vgl. <www.smile-insurances.com/ch/main/de/home.html> (19.8.2025).

²⁰ Vgl. <www.traveo.ch/angebot> (19.8.2025).

10. Neben dem Hauptmarkt Schweiz verfügt die Helvetia-Gruppe über Niederlassungen und Tochtergesellschaften in Deutschland, Italien, Spanien und Andorra, Österreich, Frankreich, Belgien, Liechtenstein, Luxemburg, Malaysia, Singapur, den USA und im Vereinigten Königreich.

11. Die zu der Helvetia-Gruppe gehörenden Gesellschaften ergeben sich aus der vollständigen Liste der Konzerngesellschaften im Geschäftsbericht der Helvetia-Gruppe 2024.²¹

A.3 Fusionskontrollrechtliche Meldungen in weiteren Jurisdiktionen

12. Zusätzlich zur Schweiz wurde das Zusammenschlussvorhaben bei der EU-Kommission sowie in Ägypten, im Königreich Saudi-Arabien (KSA) und in der Türkei gemeldet.

13. Am 4. August 2025 hat die EU-Kommission den beteiligten Unternehmen die Genehmigung für den geplanten Zusammenschluss erteilt.²²

14. Die ägyptische Wettbewerbsbehörde hat mit Entscheidung vom 9. Juli 2025 ihre Zuständigkeit verneint. Die Wettbewerbsbehörde im KSA hat den Zusammenschluss am 3. August 2025 freigegeben. Die Freigabe in der Türkei steht noch aus.

A.4 Vorphase 0 zum Zusammenschlussverfahren und Antrag auf erleichterte Meldung

15. Am 16. April 2025 nahmen die beteiligten Unternehmen erstmals Kontakt mit dem Sekretariat auf und ersuchten es um ein Treffen am 28. April 2025.

16. Am 28. April 2025 haben die beteiligten Unternehmen dem Sekretariat ihr Zusammenschlussvorhaben präsentiert sowie mit ihm die Parameter einer möglichen erleichterten Meldung besprochen.

17. Im Rahmen des Treffens empfahl das Sekretariat den beteiligten Unternehmen, in einer Vorphase 0 zum eigentlichen Zusammenschlussverfahren einen Meldungsentwurf einzureichen – so könne dieser, ggfs. in mehreren Schritten, auf seine grundsätzliche Vollständigkeit geprüft sowie gleichzeitig beurteilt und entschieden werden, ob und inwieweit eine erleichterte Meldung möglich wäre. Zusätzlich informierte das Sekretariat die beteiligten Unternehmen über seine Absicht, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA («FINMA»), Geschäftsbereich Versicherungen, zu kontaktieren, um sich zu dem Zusammenschlussvorhaben und der Versicherungsbranche im Allgemeinen sowie deren Marktentwicklung auszutauschen. Überdies machte es die beteiligten Unternehmen darauf aufmerksam, dass es angezeigt sein könnte, bereits in dieser Vorphase 0 Fragebogen an Marktteilnehmer und Branchenverbände zu versenden.

18. Am 14. Mai 2025 reichten die beteiligten Unternehmen dem Sekretariat ihren ersten Meldungsentwurf ein.

19. Am 27. Mai 2025 fand der Austausch zwischen der FINMA und dem Sekretariat statt.

20. Am 4. Juni 2025 teilte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen mit, dass der Meldungsentwurf nicht vollständig ist. Zudem bat es die beteiligten Unternehmen

um Zustimmung, bereits in dieser Vorphase 0 Fragebogen an Marktteilnehmer und Branchenverbände versenden zu dürfen. Inhaltlich erläuterte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen, welche zusätzlichen Informationen zur Marktabgrenzung und den Marktanteilen sowie der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens erforderlich sind, damit eine vollständige Meldung vorliegt.

21. Am 30. Juni 2025 reichten die beteiligten Unternehmen einen überarbeiteten und ergänzten, zweiten Meldungsentwurf ein.

22. Am 8. Juli 2025 teilte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen mit, dass es den zweiten Meldungsentwurf als weitgehend vollständig erachtet, es aber weiterer Informationen zu gewissen Versicherungszweigen, -branchen und -sparten bedarf.

23. Am 17. Juli 2025 reichten die beteiligten Unternehmen ihren dritten Meldungsentwurf ein.

24. Am 22. Juli 2025 teilte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen mit, dass sie ihre erleichterte Meldung auf der Grundlage des dritten Meldungsentwurf, der als grundsätzlich vollständig betrachtet wurde, einreichen können.

25. Am 24. Juli 2025 versandte das Sekretariat insgesamt elf Auskunftsbefragen an sieben grosse Versicherungsunternehmen (Allianz Suisse, AXA Versicherungen AG, Generali [Schweiz] Holding AG, Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft, Swiss Life AG, Vaudoise Assurances Holding SA und Zürich Versicherungsgesellschaft AG) und vier Branchenverbände (ASIP – Schweizerischer Pensionskassenverband, inter-pension, Schweizerischer Versicherungsverband [«SVV»] und Swiss Insurance Brokers Association). Alle Befragten haben bis zum 13. August 2025 zu den Fragebogen Stellung genommen. Teilweise wurden anschliessend weitere, ergänzende und detailliertere Auskünfte von Befragten einverlangt.

26. Während der ganzen Vorphase 0 bis zur Einreichung der Meldung am 4. August 2025 fanden zusätzlich diverse mündliche Austausche zu offenen Fragen und sachverhältnissen Präzisierungen zwischen dem Sekretariat und den beteiligten Unternehmen, teilweise aber auch mit Dritten, statt.

27. Den beteiligten Unternehmen wurde seitens des Sekretariats offengelegt, dass ihm die Vorphase 0 auch dazu dient, die Praxis der Wettbewerbskommission zu Versicherungsmärkten zu überprüfen.

²¹ Vgl. zum Ganzen: Abschnitt A.2 ab Rz 8: Meldung (Fn 2), Rz 8 ff. und ihre Beilagen 3 (Konzernstruktur Helvetia-Gruppe) und 4 (Geschäftsbericht Helvetia-Gruppe 2024).

²² <competition-cases.ec.europa.eu/cases/M.12003> (19.8.2025).

A.5 Die Ergebnisse der Fragebogenrunde im Überblick

28. Mit den am 24. Juli 2025 versandten elf Auskunftsbefragungen hat das Sekretariat sieben grosse Versicherungsunternehmen, welche mit den beteiligten Unternehmen in direkter Konkurrenz stehen, und vier grosse Branchenverbände zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Marktumfeld und den Wettbewerb befragt (s. Rz 25).

29. Alle Befragten weisen aus Gesamtmärktperspektive darauf hin, dass der Zusammenschluss zweier Hauptakteure im Versicherungsgeschäft die stattfindende Marktkonsolidierung widerspiegelt und die Marktkonzentration verstärkt. Obwohl das fusionierte Unternehmen im Lebens- und Nicht-Lebensversicherungsgeschäft gesamthaft zur Nummer 2 im Schweizer Versicherungsmarkt aufsteige, erwarten alle Befragten als Folge des Zusammenschlusses keine signifikant negativen Auswirkungen auf das Marktumfeld und den Wettbewerb auf dem Gesamtmarkt. Insbesondere sehen sie nicht, dass deswegen das Produktangebot, die Wahlmöglichkeit und -freiheit der Versicherungsnehmer oder die Innovationskraft des schweizerischen Versicherungsmarktes eingeschränkt würden. Der übergreifende Tenor der Befragten lautet, dass der Versicherungsmarkt trotz des Zusammenschlusses insgesamt diversifiziert und fragmentiert bleibt – es bleibt bei einer Vielzahl von etablierten Anbietern in den verschiedenen Versicherungszweigen, -branchen und -sparten. Darunter befinden sich verschiedene starke Wettbewerber, welche sich in den verschiedenen Versicherungszweigen, -branchen und -sparten auf Augenhöhe mit dem fusionierten Unternehmen bewegen. Ein Teil der Befragten – so z. B. der SVV – geht sogar davon aus, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb intensivieren wird: Durch den Zusammenschluss entstehe ein neuer, starker Wettbewerber, der insbesondere näher zu den Marktführern in den Versicherungszweigen Leben und Nichtleben aufschliesse, was den Wettbewerbsdruck auf alle dort etablierten und führenden Versicherungsunternehmen erhöhe. Der SVV betont zudem, dass durch den Zusammenschluss ein weiterer starker, international tätiger Versicherer mit Sitz in der Schweiz entstehe, was den Versicherungsstandort Schweiz stärke.

30. Es liegt auf der Hand, dass dieser Zusammenschluss die Marktanteile und damit die Marktmacht des fusionierten Unternehmens auf dem Gesamtmarkt spürbar erhöht, in gewissen Versicherungsbranchen und -sparten – und somit unter Umständen auch auf relevanten Märkten im Sinne des Kartellgesetzes²³ – sogar deutlich. Nichtsdestotrotz gehen alle Befragten im Ergebnis davon aus, dass das fusionierte Unternehmen dadurch keine übergreifende Marktdominanz erreicht. Einige Befragte weisen explizit darauf hin, dass dieser Zusammenschluss nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens in den Versicherungszweigen Leben und Nichtleben führe.

31. Dennoch vermerken einige Befragte auch, dass der Zusammenschluss merkliche, punktuelle Auswirkungen in einigen wenigen, spezifischen Versicherungssparten haben dürfte. Diese sollten aus wettbewerblicher Sicht zuzufolge dort begründeter, höherer gemeinsamer Markt-

anteile (Marktanteilsaddition) sorgfältig beurteilt und weiter beobachtet werden. So wird zum einen von einem der befragten Versicherungsunternehmen darauf hingewiesen, dass neben den bereits starken auf dem Markt positionierten Versicherungsgruppen nun ein weiterer wichtiger Akteur bei den Schadenversicherungen entsteht, der insbesondere bei Unternehmensversicherungen und standardisierten Risiken über einen bedeutenden kumulierten Anteil am Markt verfüge. Zum anderen erwähnen einige der befragten Versicherungsunternehmen im Zusammenhang mit Sach- und Schadenversicherungen die beiden Sparten «Transportversicherungen» und «Technische Versicherungen», in denen das fusionierte Unternehmen ein noch stärkerer Marktplayer werde. Darauf ist in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen.

32. Neben den vorgenannten Schadenversicherungen war die Versicherungssparte «Kollektiv-Lebensversicherung» spezifisches Thema der Fragebogen des Sekretariats. Innerhalb dieser Versicherungssparte lag der Fokus vor allem auf Marktauskünften zu den Versicherungsmodellen «Vollversicherung» und «teilautonome Lösung». Auch hier haben die Befragten auf die erfolgende Marktkonzentration und -konsolidierung hingewiesen. Sie betonten, dass nur noch wenige Versicherungsunternehmen Vollversicherungsmodelle anbieten und diese Anzahl mit dem Zusammenschluss weiter abnimmt. Sie weisen allerdings auch darauf hin, dass nachfrageseitig ein klarer Trend der Abkehr von Vollversicherungsmodellen hin zu teilautonomen Lösungen bestehe. Dieser strukturelle Wandel sei grundsätzlicher Ausdruck der Marktrealität und -dynamik und das Zusammenschlussvorhaben sei auch Teil davon. Es beeinflusse diesen Wandel aus wettbewerblicher Sicht aber dennoch nicht wesentlich. Zwar fusionierten mit den beteiligten Unternehmen zwei bedeutende Anbieterinnen von Vollversicherungsmodellen, aber selbst bei einer isolierten Betrachtung dieses Marktsegments, sind die Befragten der Meinung, dass der wirksame Wettbewerb dank einer weiterhin ausreichenden Zahl an etablierten Anbietern auch dort nicht wesentlich beeinträchtigt werde. Darauf ist in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen.

33. Aus einer langfristigen Gesamtmärktperspektive weist ein Teil der Befragten darauf hin, dass die fortschreitende Marktkonzentration zu einer verstärkten Preissetzungsmacht von grossen Versicherungsunternehmen führe. Kleinere und mittlere Marktteilnehmer könnten nicht in demselben Mass von Synergien, Skaleneffekten, Kosteneinsparungen und sonstigen Effizienzen profitieren. Die Marktteilnehmer mit grösseren Zeichnungs- und Bindungskapazitäten könnten eine aggressive Preispolitik verfolgen, um Marktanteile zu konsolidieren oder zu gewinnen. Die Fusion könnte auch zu einer Zentralisierung der Partnerschaften mit Brokern und Vermittlern führen, welche einen Akteur bevorzugen könnte, der als finanziell solider und strategisch besser

²³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

gewappnet gelte. Dies könnte andere Versicherungsunternehmen, insbesondere bei Ausschreibungen, an den Rand drängen und ihren Zugang zu bestimmten Marktsegmenten einschränken. Aber auch diese langfristigen Bedenken werden von den Befragten als für sie «überschaubar bleibend» bezeichnet.

34. Kurz zusammengefasst: Die Befragten erwarten durch den Zusammenschluss der beteiligten Unternehmen weder kurzfristig noch mittelfristig und letztlich auch kaum langfristig eine grundlegende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs und schon gar nicht die Gefahr der Wettbewerbsbeseitigung.

35. Die Wettbewerbsbehörden werden die in Rz 31–33 oben geäußerten Bedenken sowie die generelle Tendenz der Marktkonsolidierung und Marktkonzentration in der Schweizer Versicherungsbranche dennoch aufmerksam weiterbeobachten. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, so auch hier, steht aber primär die Beurteilung der unmittelbaren Auswirkungen eines konkreten Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsverhältnisse im Vordergrund. Diese beinhaltet sowohl die Beurteilung seiner Auswirkungen hinsichtlich einzelner (betroffener) Märkte als auch eine Gesamtmarktbeurteilung sowie eine Einschätzung der voraussehbaren Marktentwicklung in den direkt auf die Entscheidung folgenden Jahren (S. in diesem Zusammenhang Rz 50 ff. unten, wo dieser gesetzgeberische Gedanke weiter ausgeführt wird.).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

36. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wett-

bewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

37. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

38. Bei der vorliegenden Fusion unter Gleichen («Merger of Equals»), strukturiert als Absorptionsfusion gemäss dem FusG, bei der Baloise aufgelöst und alle ihre Aktiven und Passiven gesamthaft auf Helvetia übertragen werden (s. oben Rz 1 ff.), handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 und 2 VKU²⁴.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

40. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2024 weltweite Bruttoprämieneinnahmen (Art. 9 Abs. 3 KG) von insgesamt mehr als 2 Milliarden Franken:

Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen	
Unternehmen	Weltweite Bruttoprämieneinnahmen in Mio. CHF
Baloise	8'604
Helvetia	11'553
Total	20'157

41. Der Grenzwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist damit überschritten. Weil dieser Grenzwert bereits auf Basis der Bruttoprämieneinnahmen der beteiligten Unternehmen überschritten ist, kann auf die Ausweisung von Umsätzen aus ihren versicherungsfremden Tätigkeiten verzichtet werden. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2024 schweizweite Bruttoprämieneinnahmen von je mehr als 100 Millionen Franken:

²⁴ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; 251.4).

Umsatz der beteiligten Unternehmen in der Schweiz	
Unternehmen	Schweizweite Bruttoprämie-einnahmen in Mio. CHF
Baloise	3'785
Helvetia	4'938
Total	8'723

42. Der Grenzwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG ist damit überschritten. Weil dieser Grenzwert bereits auf Basis der Bruttoprämieeinnahmen der beteiligten Unternehmen überschritten ist, kann auf die Ausweisung von Umsätzen aus ihren schweizweiten versicherungsfremden Tätigkeiten verzichtet werden.

43. Das Zusammenschlussvorhaben unterliegt gemäss Art. 9 Abs. 1 und 3 KG i. V. m. Art. 6 VKU der Meldepflicht.

B.4 Erleichterte Meldung

44. Die beteiligten Unternehmen und das Sekretariat können vor der Meldung eines Zusammenschlusses Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Das Sekretariat kann die beteiligten Unternehmen dabei von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen nach Art. 11 Abs. 1 und 2 VKU befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind (Art. 12 VKU). Vorbehalten bleibt die Pflicht zur Vorlage von zusätzlichen Angaben und Unterlagen nach Art. 15 VKU.

45. In der Vorphase 0 haben das Sekretariat und die beteiligten Unternehmen den Inhalt der erleichterten Meldung festgelegt. Einerseits besteht eine langjährige und etablierte Praxis der Wettbewerbskommission zu Versicherungsmärkten und die beteiligten Unternehmen sind den Wettbewerbsbehörden bereits aus früheren Zusammenschlüssen bekannt. Andererseits zeigten die Ermittlungen des Sekretariats in der Vorphase 0, dass der Zusammenschluss praktisch nur Wettbewerbsverhältnisse im Versicherungsgeschäft näher tangiert. Die meisten anderen Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen, welche über den Kernbereich ihrer Aktivitäten hinausgehen, sind aus Gesamt- und Einzelmarktsicht von untergeordneter Bedeutung. Im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten hat das Zusammenschlussvorhaben keinen merklichen Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse.

46. Im Versicherungsgeschäft tangiert das Zusammenschlussvorhaben vor allem das Erstversicherungsgeschäft, hingegen kaum das Rückversicherungsgeschäft. Im Geschäft für Unfallversicherungen und Krankenzusatzversicherungen sind die beteiligten Unternehmen zwar auch tätig, spielen aber in diesen beiden Versicherungssparten – und im Gegensatz zu ihrer gewichtigen Rolle im übrigen Erstversicherungsgeschäft – eine nur untergeordnete Rolle in diesen Sparten und den in diesen Sparten gemäss Praxis der Wettbewerbskommission abgegrenzten unterschiedlichen relevanten Märkten.

47. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat für eine erleichterte Meldung festgelegt, dass insbesondere der Versicherungsbereich Erstversicherungsgeschäft und darin vor allem der Versicherungszweig Leben (Tod oder Invalidität und Altersvorsorge) und im Versicherungszweig Nichtleben das Schadenversicherungsgeschäft eingehender zu beschreiben sind. Weiter sind die Bereiche Versicherungsvermittlung, Hypotheken und ihre Fremdvermittlung, Asset Management und Immobilien in der Meldung darzustellen. Alle übrigen Tätigkeiten sind hingegen nur übersichtsweise zu erwähnen.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

48. 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).

49. 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.

50. In grundsätzlicher Hinsicht ist zum Zweck des Zusammenschlussverfahrens ergänzend Folgendes anzumerken:

51. Die (Teil-)Untersagung oder die Zulassung eines Zusammenschlusses nur unter Bedingungen und Auflagen setzt gemäss Art. 10 Abs. 2 KG voraus, dass i) die durch den Zusammenschluss kausal entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung ii) zusätzlich und damit kumulativ die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt. Mithin bestehen bei der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle strengere Eingriffsvoraussetzungen als bei der Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG. Ergibt dieser qualifizierte Marktbeherrschungstest, dass die Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes das mildeste Mittel zu wählen, welches das wettbewerbliche Problem löst. In die Privatautonomie der Parteien soll so wenig wie möglich, aber dennoch so viel wie für den Schutz des wirksamen Wettbewerbs nötig eingegriffen werden.²⁵

²⁵ Vgl. zum Ganzen: BGE 133 II 104 E. 6.3 und E. 9.2.2 m. w. H., *Swissgrid*.

52. Der Gesetzgeber formulierte damit bewusst eine hohe Interventionsschwelle für Zusammenschlusstatbestände. Zusammenschlüsse sollen nur im Falle einer sehr hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht genehmigt werden. Weiter verlangt die Formulierung von Art. 10 KG eine dynamische Betrachtungsweise. Massgeblich ist nicht nur die Wettbewerbssituation im Zeitpunkt der Beurteilung, sondern auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahren. Die Prüfung, ob das Zusammenschlussvorhaben zur Beseitigung des Wettbewerbs führt, hat neben dem aktuellen Wettbewerb auch anhand des potenziellen Wettbewerbs zu erfolgen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.²⁶

53. Die Auswirkungen eines Zusammenschlusses müssen für jeden betroffenen Markt (s. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) gesondert untersucht werden. Es ist daher gepflegtes Standardvorgehen der Wettbewerbskommission, bei Zusammenschlusstatbeständen zunächst eine Einzelmarktprüfung vorzunehmen. Darüber hinaus ist aber auch eine Gesamtmarktbetrachtung erforderlich, welche die positiven und negativen Auswirkungen auf verschiedenen sachlichen Märkten gegeneinander abwägt sowie die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b und Art. 10 Abs. 4 KG). So kann etwa die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit auf dem internationalen Markt eine gewisse Unternehmensgrösse erforderlich machen, durch die das Unternehmen einen für schweizerische Verhältnisse unter Umständen kritischen Konzentrationsgrad erreicht.²⁷

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.1 Einleitende Bemerkungen

54. Das Sekretariat nahm die Vorphase 0 auch zum Anlass, die seit längerer Zeit bestehende Praxis der Wettbewerbskommission zu den Versicherungsmärkten danach zu überprüfen, ob sie noch aktuell oder an inzwischen veränderte Marktumstände anzupassen ist.

55. Diese Praxis unterscheidet das Versicherungsgeschäft zunächst nach den Versicherungsbereichen Erstversicherung und Rückversicherung. Ersterer Versicherungsbereich lässt sich weiter in die Versicherungszweige Leben und Nichtleben gliedern. Diese beiden Versicherungszweige werden, sofern eine weitere Unterteilung angezeigt ist, zusätzlich in Versicherungsbranchen und/oder Versicherungssparten unterteilt. Innerhalb von Versicherungszweigen, -branchen oder -sparten lassen sich alsdann grundsätzlich so viele verschiedene sachliche Märkte ausmachen, wie es darin Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt. Dies bemisst sich danach, ob die einzelnen Versicherungsprodukte sich je nach versichertem Risiko derart in ihren Eigenschaften, Prämien und Verwendungsmöglichkeiten unterscheiden, dass sie aus Sicht der Marktgegenseite kaum als Substitute betrachtet werden können.²⁸

56. Aus Praktikabilitätsgründen wurde dieser grundsätzlichen Marktabgrenzungs-Praxis «nach versichertem Risiko» bisher allerdings nicht in voller Konsequenz gefolgt, sondern es wurden teilweise weitergefasste Marktabgrenzungen vorgenommen, die damit (möglicher-

weise) unterschiedliche Versicherungsrisiken umfassen können. Der Hauptgrund für dieses bisherige Vorgehen ist der öffentlich verfügbare FINMA-Versicherer-Report²⁹, dessen statistische Segmentierung und die dortigen Angaben von Prämienvolumina der einzelnen Versicherungsgesellschaften eine belastbare Grundlage für die genaue Berechnung oder immerhin eine «best guess»-Schätzung von Marktanteilen bereithält. Darauf basierende Angaben von beteiligten Unternehmen zu ihren Marktanteilen können alsdann von den Wettbewerbsbehörden objektiv nachvollzogen werden. Darüber hinaus können es aber auch spezifische Marktgegebenheiten, sei es auf Angebots- und/oder Nachfrageseite, und Marktusancen im Versicherungsgeschäft für angezeigt erscheinen lassen, mehrere Versicherungsprodukte in einem relevanten Markt zusammenzufassen, selbst wenn diese im engeren Sinne nicht substituierbar sind.

57. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat von den beteiligten Unternehmen innerhalb der Versicherungszweige Leben und Nichtleben (und den dortigen Versicherungsbranchen oder -sparten) teilweise eine feinere Unterteilung verlangt als durch die Segmentierung im FINMA-Versicherer-Report vorgegeben. Auf dieser Grundlage sollten die beteiligten Unternehmen dann die Schätzung ihrer Marktanteile und die ihrer wichtigsten Konkurrenten vornehmen sowie weitere Informationen zu ihrer jeweiligen Marktstellung mit Bezug auf dieses versicherte Risiko und der wettbewerblichen Situation nach Zusammenschluss einreichen. Den beteiligten Unternehmen war dazu freigestellt, darzulegen, weshalb diese (feiner unterteilten) versicherten Risiken jeweils keinen eigenen sachlichen (Teil-)Markt darstellen.

58. Referenzen für diese feinere Unterteilung nach versichertem Risiko waren neben dem FINMA-Versicherer-Report einerseits der Anhang 1 zur AVO³⁰ und andererseits die Brancheninformationen, die der SVV auf seiner Webpage oder seinen Mitgliedern zur Verfügung stellt (inkl. Statistiken, Graphiken und Kennzahlen).

59. Der daraus gewonnene Erkenntnisgewinn fliesst – insoweit relevant – in die nachfolgenden Erwägungen ein. In grundsätzlicher Hinsicht wird aber an der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Versicherungsmärkten festgehalten, insbesondere wird an der eingeführten Unterteilung des Versicherungsgeschäfts und der damit verbundenen Prüfungskaskade nichts geändert (s. oben Rz 55). Soweit nachfolgend die definitive Marktabgrenzung offengelassen wird, weil dieser Zusammenschluss auch unter hypothetisch engster Marktabgrenzung unbedenklich erscheint, bedeutet dies sachlogisch noch keine Praxisänderung. Es ist aber ein

²⁶ Vgl. zum Ganzen: Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.12.1994, BBl. 1995 I 584 («Botschaft 1994»).

²⁷ Botschaft 1994 (Fn 26), 586.

²⁸ Vgl. statt anderer: RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*.

²⁹ <www.vrep.finma.ch/reports/de/navigation/CAT1> (19.8.2025).

³⁰ Verordnung vom 9.11.2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011).

Hinweis darauf, dass in künftigen Zusammenschlussvorhaben die bisher gepflegte Praxis zur Marktabgrenzung im Versicherungsgeschäft – insbesondere dort, wo unterschiedliche, nicht substituierbare Versicherungsrisiken ohne weiterhin überzeugende Gründe einem gemeinsamen sachlichen Markt zugeordnet werden – zunehmend kritisch hinterfragt wird. Gleiches gilt erst recht in Bezug auf nachfolgend bereits konkreter erwogene, aber letztlich nicht umgesetzte engere oder angepasste Marktabgrenzungen, weil diese nicht zu einer anderen Einschätzung der grundsätzlichen Unbedenklichkeit dieses Zusammenschlusses führen würden.

60. Wettbewerbs- und Marktverhältnisse sind im steten Wandel. Dennoch bestehen gewisse Konstanten und branchenspezifische Usanzen, die über längere Zeiträume Bestand haben. Gleichzeitig ist dem Bedürfnis der Marktteilnehmer nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund gilt trotz vorstehender Hinweise auf eine fortlaufende Überprüfung der Praxis der Wettbewerbskommission zu Versicherungsmärkten, dass eine Anpassung der Marktabgrenzungspraxis nur dann erwogen wird, wenn wesentliche sachliche Gründe dafürsprechen. Bestehen hingegen triftige Gründe, auch künftig bei der bisher gepflegten, teils weiten Marktabgrenzungspraxis der Wettbewerbsbehörden zu bleiben – so bspw. aufgrund bestehender Marktusanzen oder struktureller Marktgegebenheiten auf der Angebots- und/oder Nachfrageseite – umso weniger erscheint eine Praxisänderung hin zu sachlich und räumlich enger abgegrenzten relevanten Märkten angezeigt.

61. Bereits die bisherige Praxis zu sachlichen Versicherungsmärkten führt zu zahlreichen relevanten Märkten. Nachfolgend werden nur diejenigen relevanten Märkte eingehender besprochen, in welchen der gemeinsame Schweizer Marktanteil der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Schweizer Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (sogenannte «betroffene Märkte», vgl. Abschnitt B.5.2). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung. Alle anderen relevanten Märkte gemäss ständiger Praxis, bei denen die Überprüfung ihrer Abgrenzung in diesem Zusammenschlussverfahren nicht im Vordergrund steht und in welchen die beteiligten Unternehmen gemeinsame Marktanteile von unter 20 % oder einzeln nicht über 30 % Marktanteil aufweisen, werden sogleich nur kurz und teils nach Versicherungsbranchen oder Versicherungssparten zusammengefasst dargestellt (Abschnitt B.5.1.3).

62. Zu den nachfolgenden Marktanteilsberechnungen oder -schätzungen der beteiligten Unternehmen ist zu ergänzen, dass das Sekretariat von diesen verlangte, dass ihre ausgewiesenen Marktanteilsberechnungen oder -schätzungen nicht durch Captive-Versicherungen, deren Prämienvolumina im FINMA-Versicherer-Report auch ausgewiesen werden, verfälscht werden dürfen. Die Tätigkeiten der Captives und ihre entsprechenden Prämienvolumina sind abzuziehen, bevor Marktanteilsberechnungen oder -schätzungen auf Basis des FINMA-Versicherer-Reports vorgenommen werden.

B.5.1.2 Rechtliche Grundlagen

63. 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).

64. 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).

65. Die Beurteilung der Substituierbarkeit erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite. Dabei ist vom konkreten Untersuchungsgegenstand, hier grundsätzlich vom konkret versicherten Risiko, auszugehen.

B.5.1.3 Relevante Märkte soweit nicht auch «betroffene Märkte» i. S. v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

66. Im Sinne der Rz 55 und 61 oben werden unter diesem Abschnitt die relevanten Märkte erwähnt, bei denen das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Insofern kann das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich eingestuft werden, ohne dass die relevanten Märkte ausführlich zu beschreiben sind und/oder auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten näher einzugehen ist.

67. Praxisgemäss – und wie schon erwähnt – unterscheidet die Wettbewerbskommission auf oberster Ebene nach den Versicherungsbereichen Erstversicherung und Rückversicherung. Davon unterscheidet und grenzt sie einen separaten Markt für Underwriting- und Managementdienstleistungen ab. Die Produkte innerhalb dieser Unterteilung verfolgen unterschiedliche Ziele und sind auf unterschiedliche Marktgegenparteien ausgerichtet, womit sie sowohl auf der Anbieter- als auch auf der Nachfrageseite nicht substituierbar sind.³¹

68. Erstversicherungen werden weiter in die Versicherungszweige Lebensversicherungen und Nicht-Lebensversicherungen unterteilt. Davon unterscheidet und grenzt die Wettbewerbskommission einen Markt für die Vermittlung von Versicherungsprodukten ab.³²

B.5.1.3.1 Markt für Rückversicherungen

69. Ein Rückversicherer hilft dem Erstversicherer, die aufgrund von Versicherungsverträgen entstehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Die Wettbewerbskommission hat die Frage nach einer weiteren Unterteilung des sachlich relevanten Marktes für Rückversicherungen in die Bereiche Leben und Nichtleben bisher offengelassen.³³ Diese Frage kann auch vorliegend offengelassen werden.

³¹ RPW 2023/2, 381 Rz 21, *Blackstone Inc./Resolution Life Group Holdings Ltd.*; RPW 2008/3, 469 Rz 38, *Berkshire Hathway/Munich Re/Global Aerospace*.

³² RPW 2024/1, 196 Rz 14, *Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung*; RPW 2021/1, 271 Rz 18, *Raiffeisen/Mobiliar*; RPW 2008/2, 262 f. Rz 25 ff., *Swiss Life/AWD*.

³³ RPW 2023/2, 381 Rz 21, *Blackstone Inc./Resolution Life Group Holdings Ltd.*; Meldung (Fn 2), Rz 30.

70. Den räumlichen Markt grenzt die Wettbewerbskommission weltweit ab.³⁴

71. Die geschätzten Marktanteile von Baloise und Helvetia im weltweiten Markt für Rückversicherungen für das Geschäftsjahr 2023 lagen bei je [0–10] %.³⁵

72. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf dem weltweiten Markt für Rückversicherungen zu keinem betroffenen Markt und hat keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt und somit auch nicht in der Schweiz. Es ist insoweit unbedenklich.

B.5.1.3.2 Markt für Underwriting- und Managementdienstleistungen für Erst- und Rückversicherer

73. Baloise bietet keine Underwriting- und Managementdienstleistungen für andere Versicherer an und Helvetia tut es nur in sehr geringem Umfang. Auf dem räumlich weltweit abgegrenzten Markt schätzt Helvetia ihren Marktanteil im Geschäftsjahr 2023 auf [0–10] %.³⁶

74. Vor diesem Hintergrund ist dieser Markt vorliegend nicht weiter zu beschreiben. Nicht nur ist der Marktanteil der Helvetia [...], sondern es findet durch das Zusammenschlussvorhaben auch keine Marktanteilsaddition statt, womit das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt und somit auch nicht in der Schweiz hat. Es ist insoweit unbedenklich.

B.5.1.3.3 Lebensversicherungen

75. Im Erstversicherungszweig Leben, zugleich auch eine Versicherungsbranche, wird praxisgemäss und anhand der Systematik des FINMA-Versicherer-Reports bisher zwischen den Versicherungssparten Einzel-Lebensversicherungen, anteilsgebundenen Lebensversicherungen und Kollektiv-Lebensversicherungen unterschieden.³⁷ Alle drei Versicherungssparten werden in räumlicher Hinsicht national abgegrenzt.³⁸

76. Die Darstellung der Versicherungssparte Kollektiv-Lebensversicherungen erfolgt weiter hinten, da je nach Marktanteilsberechnung ein vom Zusammenschluss betroffener Markt besteht (Abschnitt B.5.2.1).

a. Markt für Einzel-Lebensversicherungen

77. In der Versicherungssparte für Einzel-Lebensversicherungen, die zugleich auch einen sachlichen Markt bildet, der räumlich national abgegrenzt wird, sind sowohl Baloise wie auch Helvetia tätig.³⁹ Die beteiligten Unternehmen schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil für das Geschäftsjahr 2023 auf knapp unter 20 %.⁴⁰

78. Die jeweiligen Marktanteilsschätzungen der beteiligten Unternehmen werden durch den FINMA-Versicherer-Report und die öffentlich verfügbaren SVV-Statistiken und -Grafiken gestützt bzw. plausibilisiert.

79. Es liegt kein betroffener Markt vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für die Versicherungssparte Einzel-Lebensversicherung unbedenklich ist.

80. Diese Einschätzung, obwohl der gemeinsame Marktanteil des fusionierten Unternehmens nahe an der Schwelle zu einem betroffenen Markt ist, wird durch die durchgeführte Marktbefragung gestützt: Ein Versiche-

rungsunternehmen bezieht sich explizit auf den «Einzel-leben-Markt» und meint dazu, dass es durch den Zusammenschluss für den Einzelleben-Markt keine signifikanten Auswirkungen auf das Marktumfeld erware.⁴¹ Ein weiteres Versicherungsunternehmen meint zunächst bezogen auf den ganzen «schweizerischen Lebensversicherungsmarkt», dass es aufgrund des Zusammenschlusses keine negativen Auswirkungen auf die Innovationskraft oder die Wahlmöglichkeiten für den Versicherungsnehmer in diesem Markt erware. Und es ergänzt spezifisch für den Einzelleben-Markt, dass dort nach dem Zusammenschluss noch ausreichend andere Mitbewerber auf dem schweizerischen Markt tätig seien.⁴² Gleichermassen ein weiteres Versicherungsunternehmen, welches festhält, dass der Wettbewerb im Lebensversicherungsgeschäft in allen Bereichen weiterhin intensiv spielen werde. Spezifisch im Einzelleben-Geschäft geht es davon aus, dass der Zusammenschluss keinen Einfluss auf den Wettbewerb haben werde, da es eine grosse Anzahl von etablierten Anbietern gebe und regelmässig auch neue Anbieter in den Markt eintreten würden.⁴³

b. Markt für anteilsgebunden (fondsgebundene) Lebensversicherungen

81. In der Versicherungssparte für anteilsgebunden (fondsgebundene) Lebensversicherungen, die zugleich auch einen sachlichen Markt bildet, der räumlich national abgegrenzt wird, sind sowohl Baloise wie auch Helvetia tätig.⁴⁴ Die beteiligten Unternehmen schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil für das Geschäftsjahr 2023 auf deutlich unter 20 %.⁴⁵

82. Es liegt kein betroffener Markt vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für die Versicherungssparte anteilsgebunden (fondsgebundene) Lebensversicherungen unbedenklich ist.

c. Markt für kollektive Risikorückdeckung

83. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis einen nationalen respektive Schweizer Markt für kollektive Risikorückdeckung abgegrenzt.⁴⁶ Auf diesem Markt fragen Vorsorgeeinrichtungen Risikorückdeckungsdienstleistungen (teilautonome Rückdeckung oder Vollversicherung) bei Versicherern nach. Dabei handelt es sich

³⁴ RPW 2023/2, 381 Rz 22, *Blackstone Inc./Resolution Life Group Holdings Ltd.*, m. w. H.; Meldung (Fn 2), Rz 31.

³⁵ Meldung (Fn 2), Rz 202.

³⁶ Meldung (Fn 2), Rz 204.

³⁷ RPW 2018/3, 597 Rz 6, *AXA SA/XL Group Ltd.*; Meldung (Fn 2), Rz 36.

³⁸ RPW 2014/3, 543 Rz 21, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*; Meldung (Fn 2), Rz 38, Rz 41 sowie Rz 57.

³⁹ Meldung (Fn 2), Rz 37–39.

⁴⁰ Meldung (Fn 2), Rz 207.

⁴¹ Stellungnahme der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG vom 11.8.2025, 2.

⁴² Stellungnahme der Generali (Schweiz) vom 5.8.2025, 1 f.

⁴³ Stellungnahme der Swiss Life AG vom 11.8.2025, 1.

⁴⁴ Meldung (Fn 2), Rz 40–42.

⁴⁵ Meldung (Fn 2), Rz 210.

⁴⁶ RPW 2022/2, 450 Rz 24, 25 und 31 ff., *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG/A&H Business Portfolio*.

nach Auffassung der beteiligten Unternehmen um einen Teil-Markt des Marktes für Kollektiv-Lebensversicherungen.⁴⁷ Die Wettbewerbskommission hat sich bisher nicht näher dazu geäußert.

84. Sowohl Helvetia wie auch Baloise bieten Risikorückdeckung für Vorsorgeeinrichtungen an.⁴⁸ Die beteiligten Unternehmen halten dazu fest, Baloise betreibe im Bereich teilautonome Rückdeckung aktuell nur noch das Bestandesgeschäft (für bestehende Kunden). Das Neugeschäft sei per 1. Januar 2024 eingestellt worden. Baloise schliesse somit keine neuen Verträge ab, womit der Marktanteil von Baloise in der Zukunft schrumpfen werde.⁴⁹

85. Die beteiligten Unternehmen haben ihre Marktanteile basierend auf einer Berechnungsmethodik geschätzt, die von der Wettbewerbskommission im dafür einschlägigen Zusammenschlusskontrollverfahren *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG/A&H Business Portfolio* im Jahr 2022 als geeignet anerkannt wurde.⁵⁰ Darauf basierend ergibt sich für das fusionierte Unternehmen ein kombinierter Marktanteil von aktuell etwas unter 20 %.

86. Somit führt das Zusammenschlussvorhaben auf dem Schweizer Markt für kollektive Risikorückdeckung zu keinem betroffenen Markt und ist unbedenklich. Es ist nicht weiter auf diesen Markt einzugehen.

87. Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die beteiligten Unternehmen damit zur Nummer 3 in diesem Markt aufsteigen. Die Marktführerin verfügt allerdings über einen deutlich höheren Marktanteil als die Nummern 2 und 3, während letztere beiden ähnliche Marktanteile aufweisen. Im Verfahren *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG/A&H Business Portfolio* wurde zum Wettbewerbsumfeld ausgeführt, dass auch nach dem Zusammenschluss weiterhin von starkem Wettbewerb unter etablierten Konkurrenten auszugehen ist, dem die Parteien ausgesetzt bleiben.⁵¹ Dies gilt aktuell weiterhin, trotz fortschreitender Marktkonzentration.

B.5.1.3.4 Nicht-Lebensversicherungen

88. Der Erstversicherungszweig Nichtleben besteht zunächst aus den drei Versicherungsbranchen Kranken- und Unfallversicherung sowie Schadenversicherung. Innerhalb dieser Versicherungsbranchen wird bisher praxisgemäss und anhand der Systematik des FINMA-Versicherer-Reports weiter zwischen den Versicherungssparten Unfallversicherung, Krankenversicherung, Haftpflichtversicherung, Motorfahrzeugversicherung, Transportversicherungen, Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen sowie übrige Versicherungen (Kredit, Kautions, verschiedene finanzielle Verluste, Rechtsschutz und touristische Beistandsleistungen) unterschieden.⁵² Eine Versicherungssparte bildet entweder zugleich einen einzelnen relevanten Markt oder es werden innerhalb dieser Versicherungssparten mehr als ein relevanter Markt abgegrenzt.

89. In allen diesen Versicherungssparten werden der oder die dortigen sachlichen Märkte in räumlicher Hinsicht grundsätzlich national abgegrenzt.⁵³

90. Die Darstellung der dem Versicherungszweig Nichtleben und darin der Versicherungsbranche Schadenver-

sicherung zugehörigen Versicherungssparten Transportversicherungen, sonstige Schaden- oder Sachversicherungen (Feuer-, Elementar- und andere Sachversicherungen) und einer möglichen neuen Versicherungssparte «Technische Versicherungen» erfolgen später (Abschnitt B.5.2).

a. Unfallversicherungen

91. In der Versicherungssparte Unfallversicherung unterscheidet die Wettbewerbskommission die sachlich relevanten Märkte zunächst nach UVG⁵⁴ und VVG⁵⁵ und grenzt dort je in Einzel- und Kollektiv-Unfallversicherungen ab. Räumlich werden diese vier sachlichen Märkte national abgegrenzt.⁵⁶

92. Auf den vier relevanten Märkten «Schweizer Markt für Unfallversicherungen UVG (einzeln)», «Schweizer Markt für Unfallversicherungen UVG (kollektiv)», «Schweizer Markt für Unfallversicherungen VVG (einzeln)» und «Schweizer Markt für Unfallversicherungen VVG (kollektiv)» sind beide beteiligten Unternehmen tätig.⁵⁷ Aufgrund der erfolgenden Marktanteilsaddition schätzen die beteiligten Unternehmen ihren gemeinsamen Marktanteil im Geschäftsjahr 2023 bei erstgenannter Versicherung auf knapp über 10 % und bei den anderen drei Versicherungen auf jeweils knapp unter 10 %.⁵⁸

93. Die jeweiligen Marktanteilsschätzungen der beteiligten Unternehmen zu den vier relevanten Märkten werden durch den FINMA-Versicherer-Report und die öffentlich verfügbaren SVV-Statistiken oder -Grafiken gestützt bzw. plausibilisiert.

94. Das Zusammenschlussvorhaben führt in allen vorerwähnten vier Märkten für Unfallversicherungen und auch bei einem davon hypothetisch abgegrenzten Markt für «Motorfahrzeuginsassen-Unfallversicherung (CH)» zu keinem betroffenen Markt (s. zu letzterem Markt unten Rz 109 u. 122).

95. Für die Versicherungssparte Unfallversicherungen ist das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich.

⁴⁷ Meldung (Fn 2), Rz 60.

⁴⁸ Meldung (Fn 2), Rz 61.

⁴⁹ Meldung (Fn 2), Rz 62.

⁵⁰ RPW 2022/2, 450 Rz 31, *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG/A&H Business Portfolio*.

⁵¹ RPW 2022/2, 450 Rz 33, *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG/A&H Business Portfolio*.

⁵² Vgl. RPW 2018/3, 597 Rz 7, AXA SA/XL Group Ltd.; Meldung (Fn 2), Rz 96, 100, 114, 131 und 146.

⁵³ RPW 2014/3, 543 Rz 21, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*; Meldung (Fn 2), Rz 98, 112, 129, 143 und 152.

⁵⁴ Bundesgesetz vom 20.3.1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

⁵⁵ Bundesgesetz vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

⁵⁶ RPW 2024/1, 198 Rz 14, *Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung*, m. w. H.; Meldung (Fn 2), Rz 66, 69, 73 und 76.

⁵⁷ Meldung (Fn 2), Rz 67, 70, 74 und 77.

⁵⁸ Meldung (Fn 2), Rz 246, 249, 252 und 256.

b. Krankenversicherungen

96. In der Versicherungssparte Krankenversicherungen unterscheidet die Wettbewerbskommission die sachlichen Märkte zunächst danach, ob die Versicherungsprodukte dem KVG⁵⁹ oder dem VVG unterstellt sind.⁶⁰

97. Weder Baloise noch Helvetia bieten Versicherungen nach KVG an, womit sich die weitere Darstellung der darunterfallenden relevanten Märkte erübrigt.⁶¹

98. Im VVG-Regelungsbereich unterscheidet die Wettbewerbskommission zunächst zwischen Krankenpflegezusatzversicherungen und Krankentaggeldversicherungen und grenzt innerhalb dieser Versicherungen weiter sachliche Märkte für Versicherungen für stationäre oder ambulante Leistungen sowie Einzel- oder Kollektiv-Versicherungen ab.⁶²

99. Räumlich werden diese unterschiedlichen sachlichen Märkte im Regelungsbereich des VVG kanton- oder national abgegrenzt.⁶³ Die beiden hier relevanten Märkte (s. sogleich Rz 100) werden räumlich national abgegrenzt.

100. Baloise und Helvetia sind nur auf den beiden sachlichen Märkten «Schweizer Markt für Krankentaggeldversicherung VVG (einzel)» und dem «Schweizer Markt für Krankentaggeldversicherung VVG (kollektiv)» tätig.⁶⁴

⁶⁵ Im ersten Markt schätzen die beteiligten Unternehmen ihren Marktanteil auf klar unter 20 %, im zweiten Markt auf klar unter 5 %.⁶⁶

101. Insoweit liegen keine betroffenen Märkte vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für die Versicherungssparte Krankenversicherung unbedenklich ist.

c. Haftpflichtversicherung

102. In der Versicherungssparte Haftpflichtversicherung, die zugleich auch einen sachlichen Markt bildet, der räumlich national abgegrenzt wird, sind sowohl Baloise wie auch Helvetia tätig.⁶⁷ Die beteiligten Unternehmen schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil für das Geschäftsjahr 2023 auf deutlich unter 20 %.⁶⁸

103. Diese Marktanteilsschätzung der beteiligten Unternehmen wird durch den FINMA-Versicherer-Report gestützt.

104. Insoweit liegt kein betroffener Markt vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für die Versicherungssparte Haftpflichtversicherung unbedenklich ist.

d. Motorfahrzeugversicherung

105. Praxisgemäss grenzt die Wettbewerbskommission einen nationalen respektive Schweizer Markt für Motorfahrzeugversicherung ab.⁶⁹ Auf diesem Markt sind sowohl Baloise als auch Helvetia tätig.⁷⁰

106. In diesem Markt sind Versicherungen zusammengefasst, die unterschiedliche Risiken abdecken:

107. Jeder Halter eines Motorfahrzeuges ist von Gesetzes wegen verpflichtet, eine Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung abzuschliessen, die für eigenverantwortlich verursachte Schäden an fremden Personen- und/oder Sachen aufkommt. Ergänzend zu dieser obligatorischen Versicherung werden – abhängig von den weiteren Bedürfnissen der Versicherungsnehmer – in der Regel eine

(Voll- oder Teil-)Kaskoversicherung, die Schäden am eigenen Motorfahrzeug deckt, sowie weitere, nicht obligatorische Zusatzversicherungen angeboten.⁷¹

108. Die vorgenannten unterschiedlichen Versicherungsarten werden darüber hinaus für unterschiedliche Kategorien von Motorfahrzeugen mit unterschiedlichen Verwendungszwecken angeboten. Dazu zählen, wie auch die beteiligten Unternehmen darlegen, insbesondere Personenwagen und Motorräder sowie gewerblich genutzte Fahrzeuge wie Busse, Lieferwagen, Lastwagen, Sattelschlepper oder fahrbare und selbstfahrende Arbeitsmaschinen sowie landwirtschaftliche Fahrzeuge wie Traktoren, landwirtschaftliche Kombinationsfahrzeuge oder sonstige fahrbare landwirtschaftliche Arbeitsmaschinen.⁷²

109. Schliesslich fällt auch die freiwillige Motorfahrzeuginsassen-Unfallversicherung unter diese «traditionelle» Abgrenzungspraxis zu der Motorfahrzeugversicherung (mehr dazu unten Rz 122).

110. Auch die beteiligten Unternehmen räumen dazu ein, dass aus Sicht der Nachfrageseite die im Markt für Motorfahrzeugversicherungen zusammengefassten Versicherungen grundsätzlich nicht austauschbar sind, da sie unterschiedlichen Versicherungsschutz bieten und die Versicherungsleistungen sich unterscheiden. Hinzu kommt, dass Motorfahrzeughalter gesetzlich verpflichtet sind, eine Motorfahrzeughaftpflichtversicherung abzuschliessen, während der Abschluss einer Kasko- oder anderer Zusatzversicherungen freiwillig ist.⁷³

111. Zu dieser Versicherungssparte und ihrer Angebots- und Nachfrageseite ist aber auch Folgendes notorisch:

112. In der Marktrealität kombinieren Motorfahrzeughalter die obligatorische Haftpflichtversicherung häufig mit mindestens einer Kaskoversicherung, sodass diese Versicherungsarten in aller Regel gemeinsam nachgefragt

⁵⁹ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

⁶⁰ RPW 2024/1, 198 Rz 14, *Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung*, m. w. H.; Meldung (Fn 2), Rz 64.

⁶¹ Meldung (Fn 2), Rz 79.

⁶² RPW 2024/1, 198 Rz 14, *Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung*, m. w. H.; Meldung (Fn 2), Rz 78.

⁶³ RPW 2024/1, 198 Rz 14, *Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung*, m. w. H.; Meldung (Fn 2), Rz 81 und 84.

⁶⁴ Meldung (Fn 2), Rz 80 ff. und 83 ff.

⁶⁵ Im kantonalen Markt für «Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung VVG (stationär)» ist die Helvetia nicht tätig und die Baloise ist per 30. Juni 2025 ebenfalls ausgetreten. Gemäss Baloise hat sich das Run-Off-Geschäft dazu inzwischen gänzlich aufgelöst (Meldung [Fn 2], Rz 86 ff.). Es erübrigt sich somit, im Rahmen dieser Zusammenschlussprüfung weiter auf diesen kantonalen Markt einzugehen.

⁶⁶ Meldung (Fn 2), Rz 259 und 262.

⁶⁷ Meldung (Fn 2), Rz 96 ff.

⁶⁸ Meldung (Fn 2), Rz 271.

⁶⁹ RPW 2018/3, 597 Rz 7, *AXA SA/XL Group Ltd*; RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*; Meldung (Fn 2), Rz 100 und 112.

⁷⁰ Meldung (Fn 2), Rz 113.

⁷¹ Meldung (Fn 2), Rz 101 f.

⁷² Meldung (Fn 2), Rz 105.

⁷³ Meldung (Fn 2), Rz 110.

und abgeschlossen werden. Dabei schliessen die Versicherungsnehmer in den allermeisten Fällen die obligatorische Haftpflichtversicherung, die Kaskoversicherung und allfällige weitere Zusatzversicherungen zusammengefasst in einem Kombipaket bei einem Versicherungsunternehmen ab.

113. Dies auch deswegen, weil die Versicherungsunternehmen die Marktusanzen pflegen, vorgenannte Versicherungsarten in Kombinationsverträgen (Kombinationspolice) anzubieten. In der Versicherungssparte Motorfahrzeugversicherung sind Versicherungsprodukte, welche Haftpflicht-, Teil- und Kollisionskasko sowie weitere Zusatzversicherungen zusammengefasst anbieten, die Norm. In ihrer Ausgestaltung bestehen diese Policen in der Motorfahrzeugversicherung aus verschiedenen Versicherungsbausteinen – darunter die obligatorische Haftpflichtversicherung, die optionalen Voll- und Teilkaskoversicherungen sowie weitere Zusatzversicherungen. Die Versicherungsnehmer können aus diesen Modulen wählen und so ihren Versicherungsschutz individuell nach ihrer Risikoeinschätzung und -bereitschaft zusammenstellen.⁷⁴

114. Diese Marktrealität spricht dafür, die einzelnen Versicherungsbausteine nicht als einzelne Produkte anzusehen, die von den jeweils anderen komplett unabhängig wären. Vielmehr erscheinen die Kasko- und anderen Zusatzdeckungen eher als Nebenprodukte⁷⁵ der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Motorfahrzeuge. Es kommt hinzu, dass auf der Angebotsseite die Voraussetzungen für das Erbringen der jeweiligen Versicherung, die im Markt für Motorfahrzeugversicherung zusammengefasst sind, weitgehend identisch sind. Unter bestimmten Bedingungen ist dafür nicht einmal eine zusätzliche Bewilligung der FINMA erforderlich (vgl. Art. 3 Abs. 2 VAG). Schliesslich bieten die grossen Versicherungsgesellschaften diese Versicherungen mit weitgehend identischem Versicherungsschutz an.

115. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, die vorgenannten (unterschiedlichen) Versicherungsarten als dessen Segmente weiterhin dem gleichen relevanten Versicherungsproduktmarkt für Motorfahrzeugversicherungen zuzuordnen.

116. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob der vorbeschriebene Gesamtmarkt für diese Versicherungsarten auch sämtliche Motorfahrzeugtypen umfasst. Es könnte sachliche Gründe geben, in diesem «vorläufigen Gesamtmarkt» – in einem ersten Schritt – Obersegmente zu bilden – wie etwa private Personenfahrzeuge, gewerblich genutzte Motorfahrzeuge oder landwirtschaftliche Motorfahrzeuge. In einem zweiten Schritt wäre zu diesen Segmenten zu überlegen, ob aufgrund der fehlenden Substituierbarkeit konsequenterweise eigenständige Teilmärkte respektive engere relevante Märkte innerhalb dieses Gesamtmarkts abzugrenzen wären oder ob gewisse dieser Segmente gar einer anderen – u. U. neuen – Versicherungssparte zuzuordnen wären, die so in der Praxis der Wettbewerbskommission zu den Versicherungsmärkten noch keinen Ausdruck findet. Letzteres könnte z. B. bei Maschinenversicherungen für fahrbare und selbstfahrende Arbeitsmaschinen und Maschinenkaskoversicherungen für solche Fahrzeuge der Fall sein. Der SVV ordnet diese Versicherun-

gen nicht der «traditionellen» Versicherungssparte Motorfahrzeugversicherung gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission zu, sondern einer anderen, so von der Wettbewerbskommission bisher noch nicht erwogenen Versicherungssparte «Technische Versicherungen». Diese Versicherungssparte unterteilt der SVV wiederum in weitere Segmente und/oder Versicherungsarten⁷⁶. Darauf wird an späterer Stelle zurückgekommen (Abschnitt B.5.2.4).

117. Vorliegend erübrigt es sich aus nachfolgenden Gründen, diese Überlegungen zu einer engeren Markt-abgrenzung innerhalb der «traditionellen» Versicherungssparte Motorfahrzeugversicherung weiter zu vertiefen.

118. Auf Grundlage der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission schätzen die beteiligten Unternehmen ihren gemeinsamen Anteil am «traditionellen» Schweizer Markt für Motorfahrzeugversicherung für das Geschäftsjahr 2023 auf unter 20 %.⁷⁷

119. Diese Marktanteilsschätzung der beteiligten Unternehmen wird durch den FINMA-Versicherer-Report gestützt.

120. Es liegt kein betroffener Markt vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für die «traditionelle» Versicherungssparte Motorfahrzeugversicherung unbedenklich ist.

121. Dies auch, weil auf diesem Schweizer (Gesamt-) Markt für Motorfahrzeugversicherung zahlreiche Versicherungsunternehmen weitgehend identische Versicherungsprodukte anbieten. Auch nach dem Zusammenschluss hat die Nachfrageseite zahlreiche valable Alternativen auf diesem Gesamtmarkt. Es erscheint daher ausgeschlossen, dass der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engster Marktabgrenzung auf bestimmte Segmente eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Bezeichnend dafür die Marktbefragung des Sekretariats, die keine entsprechenden Anhaltspunkte ergab. Die Befragten äusserten zwar vereinzelt Bedenken hinsichtlich merklicher, punktueller Auswirkungen des Zusammenschlusses, diese bezogen sich aber nicht auf mögliche Segmente und/oder Versicherungsarten des «traditionellen» Schweizer Markts für Motorfahrzeugversicherung, jedenfalls insoweit es um Strassenfahrzeuge etc. geht und nicht um fahrbare oder selbstfahrende Arbeitsmaschinen (s. oben Abschnitt A.5 und Rz 116), die der SVV gemäss seiner Unterteilung innerhalb der Schadenversicherungsbranche der Versicherungssparte «Technische Versicherungen» zuordnet.

⁷⁴ Meldung (Fn 2), Rz 109.

⁷⁵ Bei einem Leasingfahrzeugen ist die Kaskoversicherung ein Hauptprodukt, da deren Abschluss von den Leasinggesellschaften für den Abschluss eines Leasingvertrages vorausgesetzt ist.

⁷⁶ <www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/technische-versicherung> (20.8.2025).

⁷⁷ Meldung (Fn 2), Rz 274.

122. Auch wenn die freiwillige Motorfahrzeugunfallversicherung (s. vorne Rz 109) innerhalb der Versicherungssparte Motorfahrzeugversicherung separat ausgewiesen und als eigenständiger (Teil-)Markt betrachtet werden würde, läge der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2023 in diesem hier nur hypothetisch abgegrenzten Markt knapp unter 20 %⁷⁸, womit kein betroffener Markt vorläge. Vorliegend erübrigt es sich somit auch, weiter zu vertiefen, ob das Segment «Motorfahrzeugunfallversicherung (CH)» einen separaten relevanten Markt darstellen könnte.

e. Übrige Versicherungen

123. Praxisgemäss grenzt die Wettbewerbskommission einen nationalen respektive Schweizer Markt für übrige Versicherungen ab.⁷⁹ Auf diesem Markt sind sowohl Baloise als auch Helvetia tätig.⁸⁰

124. In diesem Markt werden zahlreiche Versicherungen der Schaden- und Sachversicherungsbranche zusammengefasst, die offensichtlich unterschiedliche Risiken abdecken. Dies zeigt sich bereits an der thematischen Unterteilung im FINMA-Versicherer-Report nach den dort eingeschlossenen, breit gefassten Risikokategorien: Kredit, Kaution, verschiedene finanzielle Verluste, Rechtsschutz und touristische Beistandsleistungen. Bezeichnenderweise räumen denn auch die beteiligten Unternehmen ein, dass aus Sicht der jeweiligen Nachfrageseiten die dazu angebotenen Versicherungsprodukte nicht austauschbar sind, da sie jeweils unterschiedlichen Versicherungsschutz bieten, also unterschiedliche Risiken abdecken und sich in ihren Leistungen unterscheiden.⁸¹

125. Zu diesem bisher abgegrenzten (Gesamt-)Markt stellen sich analoge Fragen wie schon oben unter Bst. d Motorfahrzeugversicherung, so nach weiterer Unterteilung zunächst in unterschiedliche Versicherungssparten, z. B. Rechtsschutzversicherung⁸² und Spezialversicherungen⁸³, und ggfs. ihrer weiteren Segmentierung nach unterschiedlichen Versicherungsarten.

126. Vorliegend erübrigt es sich aus nachfolgenden Gründen, diese offenen Fragen weiter zu diskutieren, um ggfs. auf engere Marktabgrenzungen innerhalb des «traditionellen» Gesamtmarktes für übrige Versicherungen zu kommen.

127. Auf Grundlage der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission schätzen die beteiligten Unternehmen ihren gemeinsamen Anteil am «traditionellen» Schweizer Gesamtmarkt für übrige Versicherungen für das Geschäftsjahr 2023 auf weit unter 10 %.⁸⁴

128. Diese Marktanteilsschätzung der beteiligten Unternehmen wird durch den FINMA-Versicherer-Report gestützt.

129. Es liegt kein betroffener Markt vor, womit das Zusammenschlussvorhaben für den «traditionellen» Schweizer Gesamtmarkt für übrige Versicherungen unbedenklich ist.

130. Dies auch, weil auf der Angebotsseite die Voraussetzungen für das Erbringen der jeweiligen Versicherung weitgehend identisch sind. Unter bestimmten Bedingungen ist dafür nicht einmal eine zusätzliche Bewilligung

der FINMA erforderlich (vgl. Art. 3 Abs. 2 VAG). Zudem bieten die grossen Versicherungsgesellschaften diese Versicherungen mit weitgehend identischem Versicherungsschutz an. Auch nach dem Zusammenschluss hat die Nachfrageseite zahlreiche valable Alternativen auf diesem Gesamtmarkt. Es erscheint daher ausgeschlossen, dass der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engster Marktabgrenzung auf bestimmte Segmente eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Bezeichnend dafür die Marktbefragung des Sekretariats, die keine entsprechenden Anhaltspunkte ergab. Die Befragten äusserten zwar vereinzelt Bedenken hinsichtlich merklicher, punktueller Auswirkungen des Zusammenschlusses, diese bezogen sich aber nicht auf mögliche Segmente und/oder Versicherungsarten in diesem «traditionellen» Gesamtmarkt für übrige Versicherungen (s. oben Abschnitt A.5).

B.5.1.3.5 Markt für die Vermittlung von Versicherungen

131. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer bisherigen Praxis einen nationalen respektive Schweizer Markt für die Vermittlung von Versicherungsprodukten ab.⁸⁵

132. Ob dieser Markt weiter zu segmentieren wäre, hat die Wettbewerbskommission verschiedentlich andiskutiert. Ihre Überlegungen gingen dahin, dass möglicherweise zwischen der Vermittlung von Lebens- und von Nicht-Lebensversicherungsprodukten einerseits und zwischen Eigen- und Fremdvertrieb andererseits unterschieden werden könnte.⁸⁶ Bei der Fremdvermittlung könnte weiter noch in gebundene und ungebundene Fremdvermittler unterteilt werden.⁸⁷ Sie hat aber jeweils auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet, weil die damaligen Zusammenschlussvorhaben aufgrund jeweils tiefer gemeinsamer Marktanteile oder fehlender Marktanteilsaddition auch unter (hypothetisch) engster Marktabgrenzung unbedenklich blieben. Das trifft auch vorliegend zu:

133. Die beteiligten Unternehmen führen aus, dass die Helvetia nur im Versicherungszweig Nichtleben und dort nur im Fremdvertrieb Versicherungen vermittelt. Die Baloise sei nicht in der Fremdvermittlung tätig. Der Zusammenschluss hat mit anderen Worten keine Marktanteilsaddition auf dem breiten Markt für die Vermittlung

⁷⁸ Meldung (Fn 2), Rz 254.

⁷⁹ RPW 2018/3, 597 Rz 7, AXA SA/XL Group Ltd; RPW 2014/3, 543 Rz 19, Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG; RPW 2006/3, 494 Rz. 11 Axa/Winterthur; Meldung (Fn 2), Rz 146 und 152.

⁸⁰ Meldung (Fn 2), Rz 153.

⁸¹ Meldung (Fn 2), Rz 149.

⁸² <www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/rechtsschutzversicherung> (20.8.2025).

⁸³ <www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/spezialversicherungen> (20.8.2025).

⁸⁴ Meldung (Fn 2), Rz 324.

⁸⁵ RPW 2024/1, 196 Rz 14, Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung; RPW 2021/1, 271 Rz 18, Raiffeisen/Mobiliar; RPW 2008/2, 262 f. Rz 25 ff., Swiss Life/AWD; Meldung (Fn 2), Rz 168 f.

⁸⁶ Meldung (Fn 2), Rz 168.

⁸⁷ RPW 2021/1, 271 Rz 18 und Fn 3, Raiffeisen/Mobiliar; RPW 2008/2, 262 f. Rz 25 ff., Swiss Life/AWD.

von Versicherungen zur Folge, die direkte Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt haben könnte. Die Helvetia schätzt ihren Marktanteil auf dem breiten Markt für die Vermittlung von Versicherungen für das Geschäftsjahr 2023 auf [0–10] %.⁸⁸

134. Ergänzend führen die beteiligten Unternehmen aus, dass fusionsbedingte vertikale Effekte⁸⁹ – etwa eine Marktabstottung auf nachgelagerten Märkten (input foreclosure) für (nachgelagerte) Vertriebspartner der Parteien, insbesondere unabhängiger Broker – aufgrund der Höhe der Marktanteile der Parteien im Schweizer Versicherungsgeschäft als nicht wahrscheinlich erscheinen. Es könne davon ausgegangen werden, dass die grossen Schweizer Versicherungsunternehmen ihren Vertrieb ähnlich ausgestaltet hätten und einen vergleichbaren Anteil ihrer Versicherungsprodukte über unabhängige Vermittler und Broker vertrieben. Der Marktanteil von Balise und Helvetia im Bereich der Nachfrage nach Vermittlungsdienstleistungen von unabhängigen Vermittlern und Brokern dürfte deshalb ungefähr [...] und somit [bei 10–20] % liegen.⁹⁰

135. Die Marktbefragung des Sekretariats bei den befragten Versicherungsunternehmen und Verbänden – darunter insbesondere auch beim Verband SIBA Swiss Insurance Brokers Association – ergab keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss wettbewerbliche Bedenken im Hinblick auf die Vermittlung von Versicherungen auslösen könnte (s. oben Abschnitt A.5). Besonders bezeichnend dazu diese auszugsweise Antwort des SIBA: *«Unsere Mitglieder arbeiten als ungebundene Versicherungsvermittler mit allen Versicherungsunternehmen zusammen. Ein Zusammenschluss bringt logischerweise eine Reduktion der Angebotsvielfalt. (...) Die erwähnte grosse Zahl an Anbietern von Nicht-Lebensversicherungen und die immer noch knapp 20 Anbieter von Lebensversicherungen bieten unseren Mitgliedern aber nach wie vor genügend Alternativen.»*⁹¹

136. Nicht nur ist somit der Marktanteil der Helvetia auf dem breiten Markt für die Vermittlung von Versicherungen – wie gezeigt – verschwindend gering, sondern das Zusammenschlussvorhaben führt auch zu keiner Marktanteilsaddition. Ebenso fern liegen negative vertikale Effekte. Infolgedessen hat das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem breiten Markt. Daran würde auch eine engere Marktabgrenzung nichts Wesentliches ändern. Das Zusammenschlussvorhaben ist insoweit unbedenklich.

B.5.1.3.6 Weitere Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen und ihre Märkte

a. Markt für Asset Management für institutionelle Kunden

137. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer bisherigen Praxis einen nationalen respektive Schweizer Markt für Asset Management für institutionelle Kunden ab.⁹² Es bestehen zwar Hinweise, dass im Bereich Asset Management für institutionelle Kunden der Markt in weitere Segmente zu unterteilen sein könnte, bisher wurde dazu aber offengelassen, ob allfällige Segmente einen eigenständigen Teilmarkt bilden.⁹³

138. In der bisherigen Praxis wurde das Asset Management für institutionelle Kunden grundsätzlich internatio-

nal abgegrenzt, je nach obiger Segmentierung wird allerdings diskutiert, ob der oder die sachlichen Märkte räumlich weiterhin international oder teils neu national abzugrenzen wären.⁹⁴

139. Beides kann vorliegend offengelassen werden. Es sind zwar beide beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Asset Management für institutionelle Kunden tätig,⁹⁵ aber ihre Marktanteile schätzen sie bei nationaler Abgrenzung für das Geschäftsjahr 2023 auf [0–10] % (Balise) und [0–10] % (Helvetia).⁹⁶

140. Es ergibt sich, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Asset Management für institutionelle Kunden aufgrund [...] und [...] keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat. Das Zusammenschlussvorhaben ist insofern unbedenklich.

b. Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte

141. Die Wettbewerbskommission grenzt von der Vermögensverwaltung den sachlich relevanten Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte ab.⁹⁷

142. Der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte wurde von der Wettbewerbskommission bis anhin national abgegrenzt. Es wurde jedoch in Erwägung gezogen, dass es sich allenfalls auch um einen internationalen Markt handeln könnte.⁹⁸

143. Die definitive räumliche Abgrenzung kann auch hier offengelassen werden. Es sind zwar beide beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte tätig, aber ihre Marktanteile schätzen sie selbst bei einer nationalen Abgrenzung für das Geschäftsjahr 2023 beidseits auf [0–10] %.⁹⁹

144. Es ergibt sich, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat angesichts des marginalen Marktanteils des fusionierten Unternehmens. Das Zusammenschlussvorhaben ist insofern unbedenklich.

⁸⁸ Meldung (Fn 2), Rz 170 ff. und 338.

⁸⁹ Vgl. dazu erläuternd die Erwägungen der EU-Kommission zu vertikalen Effekten im Versicherungsbereich (input foreclosure und customer foreclosure): EU-KOMM, COMP/M.10360 vom 21.10.2021, Rz 148 ff., *Generali / Cattolica* und EU-KOMM, COMP/M.10229 vom 29.6.2021, Rz 40 ff., *Allianz / Aviva Italia*.

⁹⁰ Meldung (Fn 2), Rz 338, Fn 109.

⁹¹ Stellungnahme SIBA vom 30.7.2025, 1.

⁹² Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 406; Meldung (Fn 2), Rz 154.

⁹³ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 409 ff.

⁹⁴ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 432 ff; Meldung (Fn 2), Rz 155 f.

⁹⁵ Meldung (Fn 2), Rz 157.

⁹⁶ Meldung (Fn 2), Rz 327.

⁹⁷ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 407; Meldung (Fn 2), Rz 158.

⁹⁸ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 438; Meldung (Fn 2), Rz 159.

⁹⁹ Meldung (Fn 2), Rz 330.

c. Markt für Hypothekarkredite

145. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer Praxis einen Markt für Hypothekarkredite ab. Hypotheken von Banken oder Versicherungen gelten als Substitute.¹⁰⁰

146. Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung ging die Wettbewerbskommission bisher grundsätzlich von kantonalen Märkten aus. Eine regionale, überregionale bis nationale Marktabgrenzung wird allerdings diskutiert.¹⁰¹

147. Die definitive räumliche Abgrenzung kann auch hier offengelassen werden. Es sind zwar beide beteiligten Unternehmen in allen Kantonen auf den Hypothekarkreditmärkten tätig,¹⁰² aber ihre Marktanteile schätzen sie bei nationaler Abgrenzung für das Geschäftsjahr 2023 beidseits auf [0–10] %¹⁰³ und bei kantonalen Abgrenzung ihren gemeinsamen Marktanteil für das Geschäftsjahr 2023 in 25 von 26 Kantonen auf [0–10] % und im Kanton Solothurn, wo Baloise aus historischen Gründen¹⁰⁴ stärker ist als in anderen Kantonen, auf [0–10] %.¹⁰⁵

148. Es ergibt sich, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Hypothekarkredite keine merklichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat, mithin unbedenklich ist.

d. Markt für die Vermittlung von Hypotheken (nur Fremdvertrieb)

149. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer Praxis einen nationalen respektive Schweizer Markt für die Vermittlung von Hypotheken im Fremdvertrieb ab.¹⁰⁶

150. Helvetia vermittelt über die Plattform der MoneyPark Hypotheken verschiedener Drittanbieter (u. a. UBS, Raiffeisen, Graubündner Kantonalbank) an Hypothekarkunden und erhält dafür eine Provision.¹⁰⁷ Baloise vermittelt über die Plattform des Gemeinschaftsunternehmens Houzy sowie in geringem Umfang über Aussendienstmitarbeitende der Baloise Versicherung Hypotheken der Immobilienplattform key4 by UBS. [...].¹⁰⁸

151. Die beteiligten Unternehmen führen dazu aus, dass die Vermittlung von Hypotheken auch nach dem Zusammenschluss der Parteien unverändert weitergeführt werde. [...].

152. [...] Auch die Aktivitäten von MoneyPark sollen in diesem Bereich nach dem Zusammenschluss wie bisher fortgeführt werden. [...].¹¹⁰

153. Die beteiligten Unternehmen schätzen ihre Anteile an einem Markt für die Fremdvermittlung von Hypothekarkrediten für das Geschäftsjahr 2023 auf [0–10] % (Baloise) und [10–20] % (Helvetia).¹¹¹ Ihr geschätzter gemeinsamer Marktanteil nach Zusammenschluss bleibt somit unter 20 %, womit kein betroffener Markt vorliegt. Sie führen dazu aus, dass auf dem Schweizer Markt für die Vermittlung von Hypotheken (nur Fremdvertrieb) zahlreiche grössere und kleinere Vermittler tätig sind, wobei erstere, bspw. SwissFEX AG, feyn und Hyrock sowie Resolve, geschätzte Marktanteile von jeweils um die 10 % hätten.¹¹²

154. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, weiter auf diesem Markt einzugehen. Auf dem Markt für die Vermittlung von Hypotheken (nur Fremdvertrieb) ist das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich. Dies ergibt

sich insbesondere aus der verschwindend geringen Marktanteilsaddition, aber auch aus der vom fusionierten Unternehmen erklärten Absicht, ihre diesbezüglichen Geschäftstätigkeiten weiterhin unabhängig fortzuführen, und dem weitergeltenden Aktionärsbindungsvertrag. Negative vertikale und konglomerate Effekte sind daher unwahrscheinlich.

e. Immobiliengeschäft

155. Gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission umfasst das Immobiliengeschäft die Entwicklung, Haltung und Vermietung sowie den Kauf und Verkauf von Liegenschaften. Dabei geht es in erster Linie um die Haupttätigkeiten des Haltens und Vermietens von Liegenschaften, wobei die übrigen Tätigkeiten diesem Ziel untergeordnet sind. Die Marktgegenseite bilden daher insbesondere Mieter, Verwaltungen sowie Käufer und Verkäufer von Immobilien. Das Immobiliengeschäft kann weiter in die Bereiche Geschäftsliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und Wohnliegenschaften unterteilt werden. Die Wettbewerbskommission hat die definitive Abgrenzung des oder der sachlich relevanten Märkte bisher jedoch offengelassen.¹¹³

156. Bisher ebenso offengelassen hat die Wettbewerbskommission die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes. Sie hat jedoch aufgrund grosser regionaler Unterschiede in Bezug auf die Attraktivität eines Standortes sowie aufgrund der begrenzten geographischen Mobilität eine regionale Abgrenzung des Immobiliengeschäfts als naheliegend empfunden. Darüber hinaus hielt sie spezifisch für Geschäftsliegenschaften (Büro- und Retailliegenschaften) eine weitere Segmentierung nach wirtschaftlichen Ballungszentren (z. B. Grossraum Zürich oder Genf) für denkbar.¹¹⁴

¹⁰⁰ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 225 und 245; Meldung (Fn 2), Rz 162.

¹⁰¹ Stellungnahme der WEKO vom 26.9.2023 in Sachen Zusammenschluss betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Rz 246 und 267 ff.; Meldung (Fn 2), Rz 163.

¹⁰² Meldung (Fn 2), Rz 167.

¹⁰³ Meldung (Fn 2), Rz 333.

¹⁰⁴ Im Jahr 2000 hat die Baloise die Solothurner Bank SoBa – vormals Solothurner Kantonalbank – vom Schweizerischen Bankverein SBV übernommen, der anlässlich seiner Fusion mit der Schweizerischen Bankgesellschaft SGB zur UBS von der Wettbewerbskommission die Auflage erhielt, die Solothurner Bank SoBa abzustossen.

¹⁰⁵ Meldung (Fn 2), Rz 336.

¹⁰⁶ RPW 2021/1, 273 Rz 18 und 27, *Raiffeisen/Mobiliar*; Meldung (Fn 2), Rz 173 f.

¹⁰⁷ Meldung (Fn 2), Rz 175.

¹⁰⁸ Meldung (Fn 2), Rz 176.

¹⁰⁹ Meldung (Fn 2), Rz 178.

¹¹⁰ Meldung (Fn 2), Rz 179.

¹¹¹ Meldung (Fn 2), Rz 340.

¹¹² Meldung (Fn 2), Rz 342 ff.

¹¹³ RPW 2019/2, 521 Rz 39; *Infracore SA/MPT Switzerland Holdings S.à.r.l./Basler Versicherung AG/AEVIS VICTORIA SA*; Meldung (Fn 2), Rz 180 und 184.

¹¹⁴ RPW 2019/2, 521 Rz 43; *Infracore SA/MPT Switzerland Holdings S.à.r.l./Basler Versicherung AG/AEVIS VICTORIA SA*; Meldung (Fn 2), Rz 181 und 185.

157. Auch vorliegend kann die definitive Marktabgrenzung offengelassen werden. Die beteiligten Unternehmen, die beide in der Schweiz ein Portfolio von Geschäftsliegenschaften und Wohnliegenschaften vermieten, liefern Marktanteilsschätzungen für einen Markt für Geschäftsliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und einen Markt für Wohnliegenschaften. Für beide Märkte legen sie jeweils Schätzungen für einen national und einen regional abgegrenzten Markt vor. Daraus ergeben sich folgende Marktanteilschätzungen:

158. Für das Geschäftsjahr 2023 werden auf dem Markt für Geschäftsliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) die Marktanteile national beidseits auf [0–10] % und regional oder in Grossregionen beidseits [auf 0–10] % geschätzt.

159. Für das Geschäftsjahr 2023 werden auf dem Markt für Wohnliegenschaften die Marktanteile national bei Baloise auf [0–10] % und bei Helvetia auf [0–10] % sowie in Grossregionen bei Baloise auf [0–10] % und bei Helvetia auf [0–10] % geschätzt.

160. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, weiter auf diese Märkte einzugehen. Im Immobiliengeschäft ist das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich.

B.5.1.3.7 Übrige Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen (Übersicht)

a. Baloise¹¹⁵

161. Baloise ist nicht nur als Versicherungsunternehmen tätig, sondern über die Baloise Bank auch als Finanzdienstleisterin. Die Baloise Bank hat Aktivitäten in den Bereichen Konten, Sparen und Karten, Finanzieren sowie Anlegen.¹¹⁶ Sie bietet auch Hypothekarkredite an. Diese Tätigkeit wurde vorstehend bei dem Markt für Hypothekarkredite berücksichtigt (s. oben Rz 145 ff.).

162. Zudem erbringt Baloise in einem geringen Ausmass durch die Baloise Leben Dienstleistungen im Bereich Pensions- und Finanzplanung für Privatkunden.¹¹⁷

163. Baloise hält ausserhalb ihrer Kerntätigkeitsbereiche des Weiteren [...] Beteiligungen an Unternehmen, namentlich an der Houzy (s. vorne Rz 150 ff.), der Movu und der Parcandi. Diese Tochtergesellschaften betreiben Online-Vermittlungsplattformen, ihre Tätigkeiten wurden oben unter Rz 5 bereits kurz beschrieben.¹¹⁸

164. Baloise unterhält darüber hinaus verschiedene vertragliche Kooperationen, unter denen sie Kundennamen und -adressen an Drittunternehmen verkauft. Des Weiteren kooperiert Baloise mit Drittunternehmen, indem sie deren Produkte oder Angebote gegenüber den Baloise-Kunden bewirbt. Für diese Tätigkeiten erhält Baloise teilweise ein geringes Entgelt von ihren Kooperationspartnern.¹¹⁹

165. Über die künftig [...] Prevo-System AG¹²⁰ sind Baloise und Helvetia zudem im Bereich der Entwicklung, Betreuung und im Vertrieb von Versicherungssoftware tätig, wobei es sich nach Auffassung der Parteien um einen internationalen Markt handelt.¹²¹

b. Helvetia¹²²

166. Helvetia hält ausserhalb ihrer Kerntätigkeitsbereiche [...] Beteiligungen an Unternehmen, namentlich an der Emeda AG (über die [...] Medical AG), Medical AG, Helvetia Consulting AG und der Smartlife Care AG.¹²³ Die Tätigkeiten dieser Tochtergesellschaften wurden oben unter Rz 9 bereits kurz beschrieben.

167. Auch die Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen der Helvetia, die schwergewichtig im Versicherungsgeschäft tätig sind, erbringen zum Teil Tätigkeiten ausserhalb ihrer Kerntätigkeitsbereiche.¹²⁴

■ Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG:

- Vermittlung verschiedener Dienstleistungen im Bereich der Cyber-Beratungen in Zusammenhang mit Cyber-Versicherungen in Kooperation mit verschiedenen Unternehmen aus den Bereichen Cyber-Beratung und Cyber-Prävention;¹²⁵
- Leadvermittlung für diverse Plattformen (Yailo, QoQa, independent, Neon Bank etc.) über die Zweigniederlassung Smile.direct Versicherungen.

■ Helvetia Schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft AG:

- Vermittlung von Immobilien von Dritten an potenzielle Käufer über die Plattform der MoneyPark;
- Erbringung von Mobility-as-a-Service-Dienstleistungen für die Mieter von Wohnliegenschaften von Tochtergesellschaften der Helvetia in Form eines Car Sharing-Pools von Elektrofahrzeugen in Kooperation mit der AMAG Group AG;
- Vermittlung von kollektiven Kapitalanlagen 3a, 3b und 2b der konto- und depotführenden Bankpartnerin Lienhardt & Partner Privatbank Zürich AG;
- Leadvermittlung an die Atlanto AG;
- Dienstleistungen im Bereich Concierge-Service für Kredit- und Debitkartenanbieter;
- Geschäftsführungsdienstleistungen für die Swisscanto Freizügigkeitsstiftung (FZS).

168. Zur Prevo-System AG s. oben Rz 165 und Fn 120.

¹¹⁵ Meldung (Fn 2), Rz 188 ff und Fn 3.

¹¹⁶ Meldung (Fn 2), Rz 188 f.

¹¹⁷ Meldung (Fn 2), Rz 190.

¹¹⁸ Meldung (Fn 2), Rz 191.

¹¹⁹ Meldung (Fn 2), Rz 192.

¹²⁰ Aktuell verfügt die Baloise-Gruppe über eine Minderheitsbeteiligung von 24 % ([...]) an der Prevo-System AG. Die Helvetia-Gruppe verfügt ebenfalls über eine Minderheitsbeteiligung von 24 %. [...] Der Geschäftszweck der Gesellschaft besteht in der Entwicklung, Betreuung und im Vertrieb einer BVG-Abwicklungssoftware für Lebensversicherer (vgl. <www.prevo.ch>), die u. a. an die Helvetia-Gruppe und an die Baloise-Gruppe lizenziert wird.

¹²¹ Meldung (Fn 2), Rz 193.

c. Fazit zu den übrigen Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen

169. Allen diesen übrigen Tätigkeiten ist gemeinsam, dass das Zusammenschlussvorhaben in diesen Geschäftsfeldern unabhängig von der definitiven Marktabgrenzung zu keinen Veränderungen bei den Wettbewerbsverhältnissen führt. Mithin sind diese Tätigkeiten nicht weiter zu besprechen. Das Zusammenschlussverfahren ist insoweit unbedenklich.

B.5.2 Relevante Märkte und voraussichtliche Stellung in vom Zusammenschluss betroffenen Märkten

170. Nachdem vorstehend zunächst diejenigen Versicherungszweige, -branchen und -sparten sowie ihre relevanten Märkte und übrige Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen beschrieben wurden, bei denen die Schwellen für «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» im Sinne von 11 Abs. 1 Bst. d VKU (s. oben Abschnitte B.5.1.3 ff.) nicht erreicht werden, werden nachfolgend nun jene Märkte näher erläutert, welche als in diesem Sinne «vom Zusammenschluss betroffenen Märkte» gelten. Eine vertiefte Auseinandersetzung erfolgt dort, wo entweder die Schätzungen der beteiligten Unternehmen oder die Ermittlungen des Sekretariats hinsichtlich gemeinsamer Marktanteile der beteiligten Unternehmen nach Zusammenschluss auf einen Anteil in einem sachlichen und räumlichen Markt in der Schweiz von 20 % oder mehr, je nach Erwägung der Marktabgrenzung (unter Umständen lediglich hypothetisch), hinweisen.

B.5.2.1 Markt für Kollektiv-Lebensversicherungen

171. Im Erstversicherungszweig Leben, zugleich auch eine Versicherungsbranche, wird praxisgemäss und anhand der Systematik des FINMA-Versicherer-Reports bisher zwischen den Versicherungssparten Einzel-Lebensversicherungen, anteilsgebundene Lebensversicherungen und Kollektiv-Lebensversicherungen unterschieden.¹²⁶ Alle drei Versicherungssparten werden in räumlicher Hinsicht national abgegrenzt.^{127 128}

172. Auf dem Markt für Kollektiv-Lebensversicherungen sind sowohl Baloise wie Helvetia tätig. Beide Unternehmen bieten Kollektiv-Lebensversicherungen innerhalb und ausserhalb der beruflichen Vorsorge an und erbringen gewisse Managementdienstleistungen für die von ihnen errichteten Sammelstiftungen. Im Rahmen der beruflichen Vorsorge bieten sowohl Baloise wie auch Helvetia Vollversicherungslösungen sowie teilautonome Risikorückdeckung für Vorsorgeeinrichtungen und zusätzlich damit zusammenhängende Dienstleistungen wie etwa Pensionsplanungsdienstleistungen im Rahmen der Beratungstätigkeit für ihre Versicherungsprodukte an. In diesem Zusammenhang erbringen Baloise und Helvetia auch Beratungsdienstleistungen für Unternehmen, wie diese die Altersvorsorge ihrer Mitarbeitenden ausgestalten können.¹²⁹

173. Die Versicherungssparte Kollektiv-Lebensversicherungen kann wie folgt beschrieben werden:

174. Bei der Kollektiv-Lebensversicherung wird eine Mehrzahl von Personen im gleichen Vertrag zusammengefasst. Hauptmerkmal der Kollektiv-Lebensversi-

cherung ist, dass der Abschluss, das Prämien-Inkasso sowie die Vertragspflege nicht mit dem Versicherten direkt, sondern via Kollektivvertretung erfolgen. Versichert werden in der Kollektiv-Lebensversicherung zunächst die Risiken Tod und Invalidität sowie zum Teil Langlebigkeit.¹³⁰

175. Die Marktgegenseite bei Kollektiv-Lebensversicherung sind zumeist Vorsorgeeinrichtungen, gemeinhin Pensionskassen genannt.

176. Dies ergibt sich daraus, dass die Arbeitgeber nach dem BVG¹³¹ verpflichtet sind, eine eigene Vorsorgeeinrichtung vorzusehen oder sich einer bestehenden Vorsorgeeinrichtung, Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung anzuschliessen. Je nach ihrer Risikotragung wird zwischen drei Typen von Vorsorgeeinrichtungen unterschieden:¹³²

- Autonome Vorsorgeeinrichtungen tragen sämtliche versicherungstechnischen Risiken (Alter, Tod, Invalidität) selbst. Autonome Sammelstiftungen sind eher selten, da sie hohe Anforderungen an die Governance und das Kapital stellen.¹³³
- Teilautonome Vorsorgeeinrichtungen tragen nur einen Teil der Risiken selbst. Sie decken entweder das Risiko Alter (insbesondere Lebenserwartung) oder das Risiko Invalidität oder Tod ganz oder teilweise bei einer Versicherungsgesellschaft ab.
- Vollversicherte Vorsorgeeinrichtungen sind für sämtliche versicherungs- und anlagetechnischen Risiken bei einer Versicherungsgesellschaft rückversichert.¹³⁴

177. Aus der obigen Darstellung ergibt sich, dass die Marktgegenseiten – also die drei Typen von Vorsorgeeinrichtungen – unterschiedliche Produkte von Versicherungen, wie es die beteiligten Unternehmen sind, nachfragen. Vorliegend interessieren vor allem die beiden Modelle Vollversicherung und Teilautonom:

¹²² Meldung (Fn 2), Rz 194 ff.

¹²³ Meldung (Fn 2), Rz 194.

¹²⁴ Meldung (Fn 2), Rz 195.

¹²⁵ Vgl. <www.helvetia.com/ch/web/de/geschaeftskunden/versicherungen/cyber.html> (27.8.2025).

¹²⁶ RPW 2018/3, 597 Rz 6, AXA SA/XL Group Ltd; Meldung (Fn 2), Rz 36.

¹²⁷ RPW 2014/3, 543 Rz 21, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*; Meldung (Fn 2), Rz 38, 41 und 57.

¹²⁸ S. zum Ganzen auch vorne Rz 75 ff.

¹²⁹ Meldung (Fn 2), Rz 58 und 130.

¹³⁰ Meldung (Fn 2), Rz 43.

¹³¹ Bundesgesetz vom 25.6.1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; 831.40).

¹³² Vgl. zum ganzen Abschnitt: <www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/glossar/vorsorgeeinrichtungen.html> (27.8.2025); vgl. zudem Meldung (Fn 2), Rz 48.

¹³³ Stellungnahme des SVV vom 1.8.2025.

¹³⁴ Die vorläufige Prüfung durch die Wettbewerbskommission fokussiert sich fallgegeben auf die Versicherung nach BVG. Eine Unterscheidung in Kollektivlebensversicherungen nach BVG oder ausserhalb des BVG führt in diesem Zusammenschluss nicht zu einer anderen Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens.

178. Die grösste Differenz zwischen diesen beiden Modellen ist, dass bei der Vollversicherung zusätzlich zu der Deckung der Risiken Alter (insbesondere Lebenserwartung), Invalidität und Tod auch die anlagetechnischen Risiken abgedeckt werden. Mit anderen Worten: Anders als das teilautonome Modell garantiert die Vollversicherung eine hundertprozentige Deckung des Vorsorgevermögens in der zweiten Säule.¹³⁵

179. Mit Blick auf die Marktumstände ist zu diesen beiden Modellen bereits jetzt festzuhalten, dass sich im Markt ein klarer Trend weg von der Vollversicherungslösung hin zu vor allem teilautonomen Lösungen zeigt. [...] sämtliche befragten Versicherungsunternehmen und Verbände weisen auf diesen strukturellen Wandel hin.¹³⁶ Ein Branchenverband ergänzt dazu, dass der vorliegende Zusammenschluss diesen strukturellen Wandel nicht wesentlich beeinflusst.¹³⁷ Ein anderer Branchenverband vertritt die Auffassung, dass die Vollversicherungslösung ohne Anpassung der regulatorischen Rahmenbedingungen – wie etwa dem BVG-Mindestzinssatz und dem Mindestumwandlungssatz – unabhängig vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben keine Zukunft hat.¹³⁸

180. Ein wesentlicher Grund dafür, dass die Vollversicherungslösung wenig nachgefragt wird oder gar ein Auslaufmodell zu sein scheint, ist, auch nach Einschätzung der Verbände, dass seit Jahren bestehende Tiefzinsumfeld: Gelingt es den Vollversicherern nicht, die notwendige Sollrendite zur langfristigen Sicherstellung der Leistungen zu erzielen, werden die Kosten für Vollversicherungen noch weiter steigen, und es werden sich immer weniger Kunden für eine solche Lösung entscheiden.¹³⁹ Oder anders ausgedrückt: In einem herrschenden Tiefzins-Marktumfeld erscheint die teilautonome Vorsorgeeinrichtung für die Marktgegenseite als die attraktivere Lösung, um von den Anlagechancen an den Kapitalmärkten profitieren zu können.

181. Zuletzt ist die AXA Versicherungen AG («AXA») im Jahr 2018 aus dem Vollversicherungsgeschäft ausgestiegen. Die AXA konnte aber praktisch alle ihrer vollversicherten Bestandskunden in eine teilautonome Sammelstiftung überführen. Nur ein verschwindend kleiner Teil ihrer Kunden wechselte zu einer Vollversicherungslösung bei anderen Anbietern.¹⁴⁰

182. Gegen den vorerwähnten strukturellen Trend hin zu weniger Anbietern von Vollversicherungslösungen bietet die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG («Zürich») seit dem Jahr 2024 wieder eine Vollversicherungslösung an.¹⁴¹

183. Nach dem Zusammenschluss werden, das fusionierte Unternehmen eingeschlossen, somit fünf Versicherungsunternehmen noch Vollversicherungslösungen anbieten.

184. Die befragten Versicherungsunternehmen und Verbände sehen in dieser Marktkonzentration aber kein grundlegendes Problem für den wirksamen Wettbewerb. Stellvertretend für alle anderen sei die Antwort eines Branchenverbandes angeführt: *«Die geplante Fusion zweier bedeutender Anbieter im Bereich der Vollversicherung betrifft primär einen bereits heute stark konzentrierten Teilmarkt, in dem nur wenige grosse Akteure tätig sind. Eine weitere Konsolidierung würde die beste-*

*hende Marktstruktur weiter verstärken, jedoch aus unserer Sicht keine grundlegende Marktveränderung darstellen, da weiterhin gewichtige Mitbewerber im Bereich der BVG-Vollversicherungen bestehen.»*¹⁴²

185. Nach diesen Ausführungen stellt sich die Frage, ob die Vollversicherung einen eigenen relevanten Markt darstellen könnte. Dafür spricht, dass die Vollversicherung sich hinsichtlich der abgedeckten Risiken und ihrer Kosten deutlich von der teilautonomen Lösung unterscheidet. Dem steht, jedoch nicht nur, der langfristige Markttrend weg von der Vollversicherungslösung hin zu vor allem teilautonomen Lösung entgegen. Vielmehr sprechen innerhalb dieses Trends insbesondere die Erfahrungen der AXA, dass praktisch alle ihrer vollversicherten Bestandskunden fast ausschliesslich in eine teilautonome Lösung der AXA gewechselt und sich die wenigen restlichen Bestandskunden entweder für eine teilautonome Lösung bei einem anderen Versicherungsunternehmen oder für eine externe Vollversicherungslösung oder für den Verbleib bei der AXA-Vollversicherung (Run off-Geschäft) entschieden haben, für eine grundsätzliche Substituierbarkeit der beiden Modelle. Auch die Antworten der übrigen befragten Versicherungsunternehmen und Verbände ergeben, dass der weit überwiegende Teil davon ebenso von einer Austauschbarkeit dieser beiden Lösungen ausgeht. Nur ein kleiner Teil davon meinte, diese Lösungen seien nur beschränkt oder gar nicht austauschbar. Ein Branchenverband ergänzt dazu: *«Der Schweizer Vorsorgemarkt hat sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelt: Die Angebotsvielfalt ist gewachsen, die Transparenz hat zugenommen und der Zugang zu Informationen sowie zu kompetenter Beratung erleichtert den Wechsel zwischen den Modellen erheblich. Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen mit (teil-)autonomen Lösungen konnten sich als verlässliche und zunehmend attraktive Alternativen mit starken Wachstumszahlen etablieren.»*¹⁴³

186. Eine definitive Marktabgrenzung kann vorliegend aber ohnehin offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch dann zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führen würde, wenn hier hypothetisch ein separater relevanter Markt für Vollversicherung abgegrenzt wird.

¹³⁵ www.vorsorgeforum.ch/tag/vollversicherung (27.8.2025); Meldung (Fn 2), Rz 46.

¹³⁶ [...].

¹³⁷ Stellungnahme inter-pension vom 12.8.2025, 2.

¹³⁸ Stellungnahme SIBA Swiss Insurance Brokers Association vom 30.7.2025, 2.

¹³⁹ www.vorsorgeforum.ch/tag/vollversicherung (27.8.2025).

¹⁴⁰ Stellungnahme AXA Versicherungen AG vom 13.8.2025; vgl. auch Meldung (Fn 2), Rz 53.

¹⁴¹ Stellungnahme der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG vom 11.8.2025, 2.

¹⁴² Stellungnahme inter-pension vom 12.8.2025, 2.

¹⁴³ Stellungnahme inter-pension vom 12.8.2025, 2.

187. Gestützt auf den FINMA-Versicherer-Report 2023 (Gesamtprämienvolumen) haben die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil in der Kollektiv-Lebensversicherung von 25,9 % errechnet, womit ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegt.¹⁴⁴

188. Die beteiligten Unternehmen machen dazu geltend, diese Berechnung sei weder korrekt noch aussagekräftig. Der FINMA-Versicherer-Report berücksichtige im Prämienvolumen nicht nur die Risiko- und Kostenprämien, sondern auch die Sparprämien. Diese machten sogar den grössten Teil des Prämienvolumens aus. Die Sparprämien seien aber keine Versicherungsprämien, auch wenn der Begriff zum gegenteiligen Schluss verleiten könnte. Die Sparprämie entspreche dem Sparbeitrag der versicherten Personen. Bei einer Vollversicherung leite die Vorsorgeeinrichtung den Sparbeitrag in der Regel 1:1 an die Versicherung weiter und die Versicherung investiere dann dieses Geld für die Vorsorgeeinrichtung und letztlich die Vorsorgenehmer.¹⁴⁵

189. Die Wettbewerbskommission teilt die Auffassung, dass die Sparprämie – sofern sie dem Sparbeitrag der versicherten Person entspricht – keine geeignete Grundlage für die Marktanteilsberechnung darstellt. Stattdessen sind nur die Risiko- und Kostenprämien als Grundlage heranzuziehen; die FINMA teilt diese Ansicht ebenfalls. Damit erübrigt sich zugleich die Frage, ob Einmaleinlagen die Marktanteile verzerren könnten, da die Einmaleinlagen lediglich den Sparanteil betreffen.

190. Vor diesem Hintergrund haben die beteiligten Unternehmen eine Marktanteilsschätzung vorgenommen, die nur die Risiko- und Kostenprämien berücksichtigt. Darin enthalten sind alle Versicherungsprämieinnahmen für kollektive Risikorückdeckung gegenüber Vorsorgeeinrichtungen (teilautonome Risikorückdeckung und Vollversicherung). Auf dieser Grundlage kommen die beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2023 auf einen kumulierten Marktanteil von 18,8 %, ¹⁴⁶ womit kein vom Zusammenschluss betroffener Markt mehr vorliegt.

191. Auf Aufforderung des Sekretariats haben die beteiligten Unternehmen zusätzlich eine Anteilschätzung an einem hypothetischen Markt für Vollversicherung vorgenommen. Da weder der FINMA-Versicherer-Report noch die Betriebsrechnung berufliche Vorsorge der FINMA Bruttoprämieinnahmen nur für die Vollversicherung ausweisen, erfolgte diese Anteilsschätzung anhand der Anzahl Versicherten. Gemäss dieser Schätzung beträgt der gemeinsame Marktanteil für das Geschäftsjahr 2023 28,2 %, ¹⁴⁷ womit ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorläge.

192. Unabhängig davon, welche der drei vorstehenden, geschätzten Marktanteilszahlen herangezogen wird, würde der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engster Marktabgrenzung auf einen Teilmarkt für Vollversicherung keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Darauf weisen alle vorerwähnten Stimmen aus dem Markt hin – ob von konkurrenzierenden Versicherungsunternehmen oder Verbänden.

193. Aufgrund der Marktumstände – mit der Swiss Life als bereits jetzt sehr starke Nummer 1 und mit der durch

den Zusammenschluss entstehenden stärkeren Nummer 2, die aber immer noch einen grossen Abstand zur Nummer 1 hat – verbleibt die Frage, ob eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte.¹⁴⁸ Dies ist allerdings im Wesentlichen nur dann relevant, wenn die Vollversicherung als ein eigener relevanter Markt abgegrenzt werden würde.

194. Gemäss den Schätzungen der beteiligten Unternehmen für das Jahr 2023 wies die Swiss Life damals einen Marktanteil von rund 54 % auf, gefolgt von der Baloise mit über 16 %, Helvetia und Allianz mit jeweils über 13 % und PAX mit über 5 %. Von diesen fünf im Jahr 2023 aktiven Anbieterinnen von Vollversicherungen würden nach dem Zusammenschluss nur noch vier im Markt tätig sein. Allerdings ist Anfang 2024 mit der Zürich eine neue Anbieterin in den Markt eingetreten.¹⁴⁹

195. Trotzdem gebietet es sich, summarisch zu prüfen, ob die Reduktion der Marktteilnehmer zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führt:

196. Eine erste Betrachtung im Rahmen der vorläufigen Prüfung mag aufgrund obiger Marktumstände nicht automatisch gegen die Möglichkeit des Entstehens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung sprechen. Die Vollversicherung ist im Marktvergleich ein relativ homogenes Produkt. Der Markt hat sich in den letzten Jahren zudem eher wieder stabil entwickelt. Verändernde Marktbedingungen wie ein sich änderndes Zinsumfeld betreffen alle Anbieter gleichermassen und dürften daher gut erfassbar sein. Es besteht zudem eine hohe Markttransparenz, da Kennzahlen aus der Betriebsrechnung sowie die Performance der Pensionskassen öffentlich verfügbar sind.¹⁵⁰

197. Trotz des marktübergreifenden Trends zu Marktkonzentration besteht aber dennoch kein Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Mit dem Wiedereintritt der Zürich Anfang 2024 verbleiben weiterhin fünf Anbieterinnen im Bereich der Vollversicherung. Zwar wird die Zürich einstweilen eher geringe Marktanteile bei Vollversicherungslösungen aufweisen, sie tritt aber bereits im Bereich der kollektiven Lebensversicherung mit Angeboten für teilautonome Vorsorgeeinrichtungen auf. Dadurch kann sie die dort erzielten Skaleneffekte und ihre dortige Präsenz bei den Kunden auch für ihr neues Angebot einer Vollversicherung nutzen.

¹⁴⁴ Meldung (Fn 2), Rz 213.

¹⁴⁵ Meldung (Fn 2), Rz 214.

¹⁴⁶ Meldung (Fn 2), Rz 217 ff.

¹⁴⁷ Meldung (Fn 2), Rz 224 ff.

¹⁴⁸ RPW 2023/2, 317 Rz 96 ff., *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen*.

¹⁴⁹ Meldung (Fn 2), Rz 227.

¹⁵⁰ FINMA Daten zur Betriebsrechnung der Beruflichen Vorsorge; Renditevergleich auf Stufe Pensionskasse vgl: www.vorsorgeforum.ch/bvg-aktuell/2025/6/10/pk-rating-2025.html.

198. Wie vorne schon dargestellt, wird diese Einschätzung durch die durchgeführte Marktbefragung gestützt – sowohl in den Antworten von Anbietern von Vollversicherungsleistungen als auch von Anbietern von Kollektivlebensversicherungen ohne Vollversicherungsangebot und den Antworten der Branchenverbände, welche die Perspektive der Nachfrager und Marktgegensenden einbringen. Die Marktteilnehmer wissen vom Trend, dass die Anzahl von Anbietern von Vollversicherungsleistungen abnimmt. Trotzdem äussern die Befragten keine Bedenken dahingehend, dass dadurch der Wettbewerb in einer Art verringert werden würde, welche für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung sprechen könnte. Bezeichnend hierfür auch die bereits vorne zitierte Antwort von einem Branchenverband: «*Der Schweizer Vorsorgemarkt hat sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelt: Die Angebotsvielfalt ist gewachsen, die Transparenz hat zugenommen und der Zugang zu Informationen sowie zu kompetenter Beratung erleichtert den Wechsel zwischen den Modellen erheblich.*»¹⁵¹

199. Daraus lässt sich prima facie schliessen, dass auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden könnte.

B.5.2.2 Markt für Transportversicherungen

200. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer bisherigen Praxis im Versicherungszweig Nichtleben einen separaten, nationalen respektive Schweizer Markt für Transportversicherungen ab.¹⁵² Auf diesem Markt sind sowohl Baloise wie auch Helvetia tätig.¹⁵³

201. Zu den Transportversicherungen gehören die See-, Luftfahrt- und Transportversicherung.¹⁵⁴ Bereits diese thematische Unterteilung im FINMA-Versicherer-Report zeigt, dass in diesem nach bisheriger Praxis abgegrenzten Markt Versicherungssparten und -arten zusammengefasst werden, die offensichtlich unterschiedliche Risiken abdecken.¹⁵⁵ Auch die Marktgegensenden unterscheiden sich mit sowohl Privatkunden als auch Geschäftskunden unterschiedlicher Wirtschaftsbranchen.

202. Überblicksweise kann dazu festgehalten werden, dass die Transportversicherungen insbesondere umfassenden Schutz für Waren- und Valorentransporte sowie für Ausstellungen gewähren.¹⁵⁶ Versichert werden die transportierten Güter, aber auch das Transportmittel selbst.¹⁵⁷ Die Universalversicherung von Risiken ist ein typisches Merkmal der Transportversicherung.¹⁵⁸

203. Nachfolgend werden vor diesem Hintergrund die *Transportgüterversicherung*, die eine Sach- und eine Vermögensversicherung ist, die *Seeversicherung* (Schiffahrtsversicherung und Wasserfahrzeugversicherung), die als Hauptprodukte Haftpflicht- und Kaskoversicherungen sowie weitere Zusatzdeckungen umfasst, und die *Luftfahrtversicherung*, die als Hauptprodukte Haftpflicht-, Kasko- und Produkthaftpflichtversicherungen sowie weitere Zusatzdeckungen umfasst¹⁵⁹, erläutert. Bereits jetzt kann festgehalten werden, dass die letzteren beiden Versicherungssparten hinsichtlich deren Zwecke, ihres Funktionierens und ihrer Kombination von Deckungen Ähnlichkeiten zur bekannten Motorfahrzeug-

versicherung (s. oben Rz 105 ff.) aufweisen, obwohl alle drei Sparten gesonderte Branchen betreffen.

204. Die beteiligten Unternehmen führen Folgendes dazu aus:¹⁶⁰

205. Die *Transportgüterversicherung* schütze die Versicherungsnehmer im gegebenen Rahmen des Versicherungsvertrags vor finanziellen Risiken im Zusammenhang mit Schäden an Sachen während Transporten, unabhängig vom verwendeten Transportmittel.¹⁶¹ Meist handle es sich um eine sogenannte «All Risks»-Versicherung, d. h. gedeckt sind Verlust und Beschädigung.¹⁶² Der Versicherungsschutz könne auf weitere Risiken wie Streik, Unruhen, Terrorismus, Verderb von temperaturgeführten Sachen, Krieg etc. erweitert werden.¹⁶³ Ebenfalls zu der Transportgüterversicherung gehöre die Gepäcksversicherung, die namentlich Schäden am Gepäck abdecke, sei es aufgrund von Diebstahl oder Beraubung oder sei es während der Beförderung mit einem öffentlichen Transportmittel, oder verspäteter Auslieferung (Ersatzanschaffungen). Weiter biete die Valorenversicherung Deckung für den Transport von Bargeld, Edelmetallen oder anderen hochwertigen Wertgegenständen. Zusätzlich würden Versicherungen für Transporte im Zusammenhang mit Events, Messen und Ausstellungen angeboten, ebenso wie für Uhren, Bijouterie, Instrumente oder Apparate, etwa Musikinstrumente.¹⁶⁴

206. Die beteiligten Unternehmen präzisieren dazu, dass Transportgüterversicherungen häufig als massgeschneiderte Lösungen angeboten würden und damit zum Individualgeschäft der Versicherer zählten. Inzwischen sei jedoch in vielen Sachversicherungsprodukten für kleine und mittlere Unternehmen auch ein standardisierter Baustein für eine begrenzte Transportgüterversicherungsdeckung enthalten. Bei den genannten Deckungen

¹⁵¹ Stellungnahme inter-pension vom 12.8.2025, 2.

¹⁵² RPW 2018/3, 597 Rz 7 und 9, AXA SA/XL Group Ltd; RPW 2014/3, 543 Rz 19, Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG; Meldung (Fn 2), Rz 114 und 129.

¹⁵³ Meldung (Fn 2), Rz 130.

¹⁵⁴ <www.vrep.finma.ch/reports/de/detail/REP11> (25.8.2025); Meldung (Fn 2), Rz 116.

¹⁵⁵ Vgl. auch Meldung (Fn 2), Rz 126.

¹⁵⁶ Meldung (Fn 2), Rz 115.

¹⁵⁷ <www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/transportversicherung> (25.8.2025).

¹⁵⁸ <www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/transportversicherung/von-der-seeversicherung-zur-transportversicherung> (25.8.2025).

¹⁵⁹ Vgl. generell dazu auch: FFAC Foundation for Aviation Competence, Haftung und Versicherung in der Luftfahrt, Prof. Dr. Roland Müller, 2024, <www.ffac.ch/wp-content/uploads/2024/10/Haftung-und-Versicherung-in-der-Luftfahrt.pdf> (25.8.2025).

¹⁶⁰ Meldung (Fn 2), Rz 115 ff.

¹⁶¹ Versichert seien dabei die aufgeführten Sachen, Kosten und Erträge (z. B. Waren aus dem Produktions-, Handels und Geschäftsbereich des Versicherungsnehmers, Einrichtungen des Versicherungsnehmers, Reisegepäck, Geldwerte, Fracht- und Überzeitkosten, Messe- und Ausstellungskosten etc.).

¹⁶² Meldung (Fn 2), Rz 118.

¹⁶³ Bestimmte Lagerisiken für die Gefahren Feuer und Elementar unterlagen hingegen der gesetzlichen Elementarschadensversicherung.

¹⁶⁴ Meldung (Fn 2), Rz 119.

ausserhalb der Transportgüterversicherung (Warentransport) handle es sich in vielen Fällen um standardisierte Lösungen, die in Abhängigkeit vom jeweiligen Einsatzbereich angepasst werden könnten. Transportgüterversicherungen würden in der Regel vom Eigentümer oder Besitzer der Waren (d. h. Sender, Empfänger oder Handelsfirma) abgeschlossen. Die angebotenen Transportgüterversicherungen der Parteien entsprächen nach bestem Wissen den branchenüblichen Marktusancen und Policen anderer Versicherungsanbieter.¹⁶⁵

207. Die *Seeversicherung* umfasse Haftpflicht- und Kaskodeckungen für Segelboote, Motorboote und sonstige Wasserfahrzeuge.¹⁶⁶ Die Wasserfahrzeuge könnten jeweils für die Geltungsbereiche A: Europäische Binnengewässer, B: Küstengewässer oder C: Hochsee (weltweit) versichert werden. Der Versicherungsschutz bestehe aus den Grundmodulen: Wasserfahrzeug-Haftpflichtversicherung, der Teilkasko- und Kollisionskaskoversicherung (Vollkasko) sowie den Zusatzdeckungen Innenraum, mitgeführte persönliche Sachen und dem Sicherheitsbaustein Sorglos mit dem Grobfahrlassigkeitsschutz.¹⁶⁷

208. Die beteiligten Unternehmen präzisieren dazu, die Policen der Parteien seien im Bereich Schifffahrt-/Seeversicherung als sogenannte Kombinationsverträge (Kombinationspolicen) ausgestaltet. Diese enthielten obligatorische (Haftpflichtversicherung) und freiwillige Versicherungsbausteine (freiwillige Voll- und Teilkasko sowie weitere Zusatzversicherungen), woraus der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz zusammenstelle.¹⁶⁸ Die beschriebenen Policen der Parteien entsprächen nach ihrem besten Wissen auch den Marktusancen. Die einzelnen Versicherungsbausteine seien deswegen nicht als einzelne Produkte anzusehen. Vielmehr seien die Kasko- und anderen Zusatzdeckungen Nebenprodukte der obligatorischen Haftpflichtversicherung.¹⁶⁹

209. Die *Luftfahrtversicherung* umfasse im Sinne einer «All Risks»-Versicherungen (mit definierten Ausschlüssen) verschiedene Deckungen, die sich auf alle Risiken im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Nutzung von Luftfahrzeugen bezögen. Dazu gehörten insbesondere die obligatorische Luftfahrt-Haftpflichtversicherung¹⁷⁰, die Luftfahrzeugkaskoversicherung¹⁷¹ und die Luftfahrtproduktehaftpflichtversicherung¹⁷². Zusätzlich könnten Haftpflichtrisiken im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flughäfen, Flugsicherungen, Hangars, Wartungseinrichtungen oder Bodenabfertigungsbetrieben versichert werden. Versicherungsnehmer in der Luftfahrtversicherung seien somit unter anderem Fluggesellschaften im Linien-, Fracht- oder Charterverkehr, Unternehmen aus dem Bereich Aerospace wie Hersteller, Flughäfen, Flugsicherungen und luftfahrtspezifische Dienstleister sowie Betreiber in der General Aviation, etwa von kommerziellen Kleinflugzeugen oder Helikoptern, industrielle Einsatzbetriebe oder Rettungsdienste. Angeboten würden auch Zusatzdeckungen von Krieg, Unfall, Kostendeckungen etc. Ergänzend könne auch eine Unfallversicherung für Insassen abgeschlossen werden, welche Leistungen im Todes- oder Invaliditätsfall von Piloten und Passagieren vorsieht.¹⁷³

210. Die beteiligten Unternehmen präzisieren dazu, dass der Luftfahrtversicherungsmarkt ein Individualgeschäft sei. Aufgrund der Komplexität und der häufig internationalen Ausrichtung der Luftfahrt würden Policen in der Regel kundenspezifisch ausgestaltet und über Makler vermittelt. Üblich sei eine internationale Mitversicherungsstruktur mit einer führenden Versicherungsgesellschaft, welche die Erstellung der angebotenen Police übernehme. Helvetia trete ausschliesslich als Mitversicherer auf und stelle daher keine Policen selbst aus (kein sogenanntes Führungsgeschäft). Zudem biete sie in diesem Bereich fakultative Rückversicherung an. Demgegenüber sei Baloise im Bereich der Luftfahrtversicherung nicht tätig.¹⁷⁴

211. Die beteiligten Unternehmen weisen schliesslich darauf hin, dass der Markt für Luftfahrtversicherung stark konzentriert ist auf wenige spezialisierte Anbieter. In der Schweiz seien daher nur wenige Versicherer direkt in der Luftfahrtversicherung tätig – und wenn, dann oft im Verbund über internationale Netzwerke oder spezialisierte Underwriting-Agenturen. Diese Aussagen der beteiligten Unternehmen dürften zutreffend sein. Bezeichnend dazu der SVV, gemäss welchem die Versicherung von Luftfahrzeugen meist über spezielle Pools erfolge, weil sehr hohe Werte im Risiko stehen würden.¹⁷⁵

212. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass in diesem Markt für Transportversicherungen, so wie bisher abgegrenzt, zahlreiche Versicherungen vor allem der Schadenversicherungsbranche zusammengefasst werden, die offensichtlich unterschiedliche Risiken abdecken, unterschiedliche Marktgeenseiten ansprechen und teils sehr spezifische Produkteigenschaften und -gestaltungen aufweisen. Bezeichnenderweise räumen denn auch die beteiligten Unternehmen ein, dass aus Sicht der Nachfrageseite die dazu angebotenen Versicherungsprodukte nicht austauschbar sind, da sie jeweils unterschiedlichen Versicherungsschutz bieten, also unterschiedliche Risiken abdecken und sich in ihren Leistungen unterscheiden.¹⁷⁶ Die beteiligten Unternehmen meinen dazu, dass es dennoch sachgerecht sei, an der bestehenden Praxis der WEKO festzuhalten und sämtliche dieser Versicherungen dem relevanten Produktmarkt für Transportversicherung zuzuordnen.¹⁷⁷

¹⁶⁵ Meldung (Fn 2), Rz 120.

¹⁶⁶ Neben dem versicherten Wasserfahrzeug könnten auch der zugehörige Steg oder die Boje sowie ein nicht immatrikulierter Trailer, Wasserungswagen, Lagerbock oder eine Krananlage in den Kaskoschutz einbezogen werden.

¹⁶⁷ Meldung (Fn 2), Rz 121.

¹⁶⁸ Meldung (Fn 2), Rz 122.

¹⁶⁹ Meldung (Fn 2), Rz 123.

¹⁷⁰ Sie deckt gesetzlich vorgeschriebene Haftpflichtansprüche Dritter ab, einschliesslich der Passagiere, bei Personen- und Sachschäden infolge des Einsatzes von Luftfahrzeugen.

¹⁷¹ Sie sichert Schäden oder Verluste an Luftfahrzeugen wie Flugzeugen, Helikoptern oder Drohnen ab – sowohl am Boden als auch während des Flugs.

¹⁷² Sie deckt Ansprüche gegen Hersteller von Flugzeugen oder Flugzeugteilen und -komponenten ab.

¹⁷³ Meldung (Fn 2), Rz 124.

¹⁷⁴ Meldung (Fn 2), Rz 125.

¹⁷⁵ www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/transportversicherung/von-der-seeversicherung-zur-transportversicherung (25.8.2025).

¹⁷⁶ Meldung (Fn 2), Rz 126.

¹⁷⁷ Meldung (Fn 2), Rz 127.

213. Letzteres kann mit Fug in Frage gestellt werden, eine weitere Segmentierung in eigene sachliche (Teil-)Märkte oder Umgruppierungen von bestimmten Versicherungsarten- oder -artengruppen in andere oder neue Versicherungssparten könnten aus kartellrechtlicher Sicht durchaus angezeigt sein. Immerhin dürfte die bisherige räumliche Marktabgrenzung, nämlich ein nationaler Markt für Transportversicherungen abzugrenzen, insofern nicht problematisch sein, da diese, egal wie letztlich abgegrenzt werden würde, mindestens national bleibt, je nach Versicherungsart oder Versicherungsartengruppen aber weiter, d. h. europa- oder weltweit, zu ziehen wäre.

214. Vorliegend erübrigt es sich aus verschiedenen Gründen, diese offenen Fragen weiter zu vertiefen, um ggfs. auf engere sachliche Marktabgrenzungen innerhalb des «traditionellen» (Gesamt-)Marktes für Transportversicherungen zu kommen:

215. Die beteiligten Unternehmen halten fest, dass das fusionierte Unternehmen mit einem kombinierten Marktanteil im Geschäftsjahr 2023 von etwas über 20 % auf dem nationalen Markt für Transportversicherungen zum Marktführer wird. Befragte grosse Versicherungsunternehmen bestätigen dies, schätzen den Marktanteil des fusionierten Unternehmens allerdings etwas tiefer ein, als dies es selbst tut. Trotzdem handelt es sich bei dem «traditionellen» nationalen Markt für Transportversicherungen um einen von dem Zusammenschluss betroffenen Markt. Die befragten Versicherungsunternehmen sehen aber dennoch keine wesentliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs und schon gar nicht eine Beseitigung des Wettbewerbs auf diesem Gesamtmarkt. Ihre Antworten gehen von *«im Bereich Transportversicherungen erwarten wir keine signifikanten Auswirkungen»*¹⁷⁸ über *«trotz höherem Marktanteil (...) gehen wir davon aus, dass die Konkurrenz ausreichend ist und genügend Angebote für die Kundinnen und Kunden bestehen»*¹⁷⁹ zu *«in Nischenbereichen der Transportversicherung sollte die erhöhte Marktmacht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sorgfältig beobachtet werden, (...) [aber trotzdem] wird keine grundlegende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs erwartet»*¹⁸⁰ und *«im Bereich Marine entsteht ein volumenstarker Anbieter, der sowohl Standardprodukte als auch spezielle Transportdeckungen für national und international agierende Kunden anbieten kann, (...) [aber trotzdem] erwarten wir keine wesentlichen Veränderungen im Marktumfeld oder im Wettbewerb durch diesen Zusammenschluss»* bis zu Hinweisen wie *«im Bereich der Transportversicherungen ist zudem der Zugang zu den internationalen Versicherungsmärkten gewährleistet»*¹⁸¹.

216. Vor diesem Hintergrund darf es auch als zutreffend erachtet werden, wenn die beteiligten Unternehmen darauf hinweisen, dass der Markt für Transportversicherungen dynamisch ist und sich die Marktverhältnisse rasch verändern können, weil die Markteintrittsschranken gering sind – dies jedenfalls dann, wenn die Luftfahrt davon ausgenommen wird. Es würden immer wieder neue Versicherungsunternehmen, insbesondere ausländische Versicherer, in diesen Markt eintreten.¹⁸² Zudem seien auf dem Schweizer Markt für Transportversicherungen neben dem fusionierten Unternehmen ohnehin noch eine Vielzahl weiterer Wettbewerber tätig,

so auch nahe Wettbewerber mit Marktanteilen von über 10 % bis zu um die 20 %.¹⁸³

217. Eine seitens des Sekretariats von den beteiligten Unternehmen eingeforderte feinere Unterteilung der eigenen Marktanteilsschätzungen nach einzelnen Versicherungsarten oder -artengruppen gemäss Anhang 1 zu der AVO (s. oben Rz 58) unterstützt die vorstehenden Ausführungen:

218. Zunächst ergibt sich bereits aus Rz 210 oben, dass Baloise im Bereich der Luftfahrtversicherung nicht tätig ist. In diesem Bereich findet somit keine Marktanteilsaddition statt, die Wettbewerbsverhältnisse beeinflussen könnte, und die Helvetia schätzt ihre Marktanteile in diesem Bereich auf allesamt [0–10] %.¹⁸⁴

219. Im Bereich Seeversicherung finden bei den verschiedenen Versicherungsarten Marktanteilsadditionen zwar statt, aber entweder bleiben die (geschätzten) kombinierten Marktanteile klar unter 20 % oder gehen jedenfalls nicht über die vorstehende Gesamtmarktschätzung in Rz 215 hinaus.¹⁸⁵

220. Einzig mit Bezug auf einen (hier hypothetisch abgegrenzten) Markt für Transportgüterversicherung schätzen die beteiligten Unternehmen ihren kombinierten Marktanteil im Geschäftsjahr 2023, je nach Berechnung, höher respektive auf [30–40] % ein.¹⁸⁶ Aber das von den beteiligten Unternehmen unter Rz 216 für den Gesamtmarkt Transportversicherungen Festgestellte, gilt genauso in diesem hypothetischen Teilmarkt davon. Es darf als zutreffend erachtet werden, wenn die beteiligten Unternehmen dazu ausführen, dass auch auf diesem Teilmarkt eine Vielzahl weiterer Wettbewerber, darunter nahe Wettbewerber mit (geschätzten) jeweils über 10 % Marktanteil, tätig sind. Es komme hinzu, dass Transportgüterversicherungen stark international ausgerichtet seien, da primär Risiken abgesichert würden, die im Rahmen grenzüberschreitender Warenbewegungen entstünden. Entsprechend gehörten die drei wichtigsten Wettbewerber in diesem Versicherungszweig internationalen Versicherungskonzernen an, die über grenzüberschreitende Expertise und ein globales Netzwerk verfügten. Auch dieser Vortrag wird, zumindest mittelbar, von

¹⁷⁸ Stellungnahme der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG vom 11.8.2025, 2.

¹⁷⁹ Stellungnahme der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG vom 13.8.2025, 1.

¹⁸⁰ Stellungnahme der Generali (Schweiz) vom 5.8.2025, 1.

¹⁸¹ Stellungnahme AXA Versicherungen AG vom 13.8.2025, 1.

¹⁸² Gemäss den beteiligten Unternehmen sind in den letzten drei Jahren die folgenden Versicherungsunternehmen neu in diesen Markt eingetreten; HCC International Insurance Company Plc. London, Zweigniederlassung Zürich und die SI Insurance (Europe), SA, Luxembourg, Zweigniederlassung Zürich. In den letzten fünf Jahren sind zudem folgende Versicherer neu in den Markt eingetreten: FM Insurance Europe S.A., Luxembourg, Zweigniederlassung Bern (2020), Liberty Mutual Insurance Europe SE, Leudelange, Zweigniederlassung Zürich (2021) und Starr International Insurance (Switzerland) AG (2021).

¹⁸³ Gemäss den beteiligten Unternehmen folgten als zweit- und drittgrösste Wettbewerber die Lloyd's, London, Zweigniederlassung Zürich mit einem Marktanteil von um die 20 % und die Axa-Gruppe mit einem Marktanteil von über 12 %. Noch im Geschäftsjahr 2022 sei die Lloyd's klare Marktführerin mit einem Marktanteil von über 25 % gewesen.

¹⁸⁴ Meldung (Fn 2), Beilage 15.

¹⁸⁵ Meldung (Fn 2), Beilage 15.

¹⁸⁶ Meldung (Fn 2), Rz 289 ff. und Beilage 15.

den in Rz 215 oben zitierten Antworten von anderen grossen Versicherungsunternehmen bestätigt.

221. Im Ergebnis liegt somit fern, dass der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engster Marktabgrenzung auf bestimmte Segmente eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Trotz betroffener Märkte je nach (hypothetischer) Marktabgrenzung ist der Zusammenschluss unbedenklich.

B.5.2.3 Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen

222. Die Wettbewerbskommission grenzt in ihrer bisherigen Praxis im Versicherungszweig Nichtleben und dort in der Versicherungsbranche Schadenversicherung einen separaten, nationalen respektive Schweizer Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen ab.¹⁸⁷ Auf diesem Markt sind sowohl Baloise wie auch Helvetia tätig.¹⁸⁸

223. Elementarschäden sind Schäden, die durch das Wirken der Natur verursacht werden.¹⁸⁹ Die Versicherung von entsprechenden Risiken untersteht in der Schweiz wegen ihrer grossen volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Bedeutung einer gesetzlichen Spezialregelung.¹⁹⁰

224. Nach Art. 33 VAG¹⁹¹ muss die Elementarschadendeckung in die Feuerversicherung eingeschlossen werden. Der Deckungsumfang, die versicherten Objekte und die Selbstbehaltregelungen sind in der dazu gehörenden AVO definiert. Die AVO gibt zudem vor, welche Schäden in diesem Sinne als Elementarschäden in die Feuerversicherung einzuschliessen sind (Elementarschäden nach AVO: ES-AVO). Die Prämientarife sind gestützt auf die Prämienverfügung der FINMA (vormals Bundesamt für Privatversicherungen, BPV) für alle Privatversicherer einheitlich und verbindlich.^{192 193}

225. Objekte, deren Versicherung gegen Elementarschäden gesetzlich in der AVO geregelt sind, sind obligatorisch zu versichern. Deckungsumfang und Prämientarif sind für alle Versicherungsnehmer einheitlich und verbindlich. Es werden Fahrnis und Gebäude (unbewegliche Sachen und Gebäude oder im Gebäude) versichert.¹⁹⁴

226. Nur bei Objekten und Risiken, die nicht unter die vorstehenden Regelungen fallen, verfügen die Versicherer über unternehmerischen Freiraum (Elementarschäden Spezial: ES-Spezial).¹⁹⁵ Versicherungsgegenstand sind in diesem Bereich «übrige Sachen», die unbeweglich sind, aber keine Gebäude und ausserhalb des Gebäudes.¹⁹⁶

227. Wie die FINMA und der SVV zudem ausführen, haben sich, seit Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen zur Elementarschadenversicherung unterschiedliche Auffassungen über deren Auslegung entwickelt. Der SVV stellt auf seiner Seite deswegen eine Excel-Liste zur Verfügung, die als Arbeitsinstrument die Abgrenzung der gesetzlich geregelten ES-AVO vereinfachen und zu einer einheitlichen Interpretation führen soll. Sie wird zusammen mit der FINMA bei Bedarf aktualisiert.¹⁹⁷

228. Es kommt hinzu, dass die Versicherung von Gebäuden kantonal unterschiedlich geregelt ist. In 19 Kantonen gibt es öffentlich-rechtliche Gebäudeversicherungen. In diesen Kantonen sind Eigentümer verpflichtet, ihre Gebäude obligatorisch bei der kantonalen Gebäudeversicherung zu versichern.

229. Anders verhält es sich in den sogenannten GUSTAVO-Kantonen. In diesen GUSTAVO-Kantonen bieten private Versicherungsunternehmen Versicherungen in diesem Bereich an. In den Kantonen Schwyz, Uri und Obwalden besteht eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss einer Gebäudeversicherung bei einem privaten Versicherungsunternehmen. In Genf, Tessin, Appenzell Innerrhoden und Wallis ist der Abschluss einer Gebäudeversicherung freiwillig.

230. Vor diesem Hintergrund versichert die gesetzlich kombinierte Feuer- und Elementarschadenversicherung gemäss Art. 171 AVO und Anhang 1 AVO, B8, sämtliche Sachschäden, die durch Feuer, Explosion, Sturm, weitere Elementarereignisse ausser Sturm, Kernenergie sowie Bodensenkungen und Erdbeben verursacht werden. Ausgenommen sind Schäden, die unter die Zweige B3 Landfahrzeug-Kasko (ohne Schienenfahrzeuge), B4 Schienenfahrzeug-Kasko, B5 Luftfahrzeug-Kasko, B6 See-, Binnensee- und Flussschiffahrts-Kasko oder B7 Transportgüter (einschliesslich Waren, Gepäckstücke und alle sonstigen Güter) fallen.

231. Art. 172 AVO formuliert die Ausnahmen von der obigen Versicherungspflicht respektive, welche Schäden nicht Gegenstand der obligatorischen, kombinierten Feuer- und Elementarschadenversicherung sind.

232. Als «sonstige Sachschäden» gelten gemäss Anhang 1 AVO, B9, sämtliche Sachschäden, die nicht unter die Zweige B3 bis B7 von Anhang 1 zur AVO fallen und durch Hagel, Frost oder andere Ursachen aller Art (beispielsweise durch Diebstahl) verursacht werden, sofern diese Ursachen nicht durch B8 abgedeckt sind. Versicherungen, welche solche «sonstigen Sachschäden» abdecken, werden von der Wettbewerbskommission bis anhin dem Markt für «übrige Sachversicherungen» zugeordnet.

¹⁸⁷ RPW 2014/3, 543 f. Rz 19 und Tabelle «Marktposition der beteiligten Unternehmen auf den relevanten Märkten», *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG*; RPW 2018/3, 597 Rz 7 und 9, AXA SA/XL Group Ltd; Meldung (Fn 2), Rz 131 und 143.

¹⁸⁸ Meldung (Fn 2), Rz 144.

¹⁸⁹ Meldung (Fn 2), Rz 133.

¹⁹⁰ www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenspezifische-instrumente/elementarschaden (26.8.2025).

¹⁹¹ Bundesgesetz vom 17.12.2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01).

¹⁹² <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenspezifische-instrumente/elementarschaden> (26.8.2025).

¹⁹³ www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/elementarschadenversicherung/ein-katalog-praezisiert-was (26.8.2025).

¹⁹⁴ www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenspezifische-instrumente/elementarschaden (26.8.2025).

¹⁹⁵ www.svv.ch/de/branche/schadenversicherung/elementarschadenversicherung/ein-katalog-praezisiert-was (26.8.2025).

¹⁹⁶ www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenspezifische-instrumente/elementarschaden (26.8.2025).

¹⁹⁷ www.svv.ch/sites/default/files/2017-12/Elementarschaden%20VAG%20AVO%20Katalog.xlsx (26.8.2025).

233. Die beteiligten Unternehmen folgen in ihren Ausführungen zu den ihrerseits angebotenen Versicherungsprodukten im Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen den vorerwähnten Versicherungsgegenständen.¹⁹⁸

234. Sie ergänzen aus ihrer Sicht Folgendes dazu:¹⁹⁹

235. Die Policen der beschriebenen Versicherungsprodukte der beteiligten Unternehmen seien in den überwiegenden Fällen als sogenannte Kombinationsverträge (Kombinationspolicen) ausgestaltet. Das bedeute, dass sie verschiedene Versicherungsbausteine anböten und die Versicherungsnehmer aus diesen wählen und so ihren Versicherungsschutz zusammenstellen könnten. Insbesondere bei grösseren Unternehmenskunden könne der angebotene Versicherungsschutz individuell auf die Bedürfnisse des jeweiligen Kunden angepasst werden.²⁰⁰

236. Und weiter: Aus Sicht der Nachfrageseite seien die unter den «übrigen Sachversicherungen» zusammengefassten Versicherungen grundsätzlich nicht austauschbar, da sie jeweils unterschiedlichen Versicherungsschutz böten, also unterschiedliche Risiken abdeckten und sich in ihren Leistungen unterschieden. In der Marktpraxis würden insbesondere obligatorische Versicherungen wie die Feuer- und Elementarschadenversicherung für Privatpersonen allerdings häufig in Kombination mit weiteren Versicherungen, etwa Hausrat- oder Gebäudeversicherung mit erweiterter Deckung, abgeschlossen. Diese Kombinationsprodukte würden oft um zusätzliche Deckungen wie Reise- oder Wertsachenversicherungen ergänzt. Gleiches gelte für Unternehmenskunden: Es komme selten bis gar nicht vor, dass Kundinnen und Kunden lediglich die Deckung eines einzelnen Risikos nachfragten, meist werde die Deckung von Feuer- und Elementarschäden in Kombination mit der Deckung weiterer Risiken wie z. B. Diebstahl, Wasser oder Glasbruch nachgefragt. Die unter die «übrigen Sachversicherungen» fallenden Versicherungen seien deswegen nicht als einzelne Produkte zu verstehen. Sie würden in der Regel vielmehr als Zusatzdeckung mit der Feuer- und Elementarschadenversicherung kombiniert und gemeinsam abgeschlossen.²⁰¹

237. Angebotsseitig seien die Voraussetzungen für die Erbringung der verschiedenen Versicherungen, die im Segment «übrige Sachversicherungen» zusammengefasst seien, weitgehend identisch und die grossen Versicherungsgesellschaften böten diese Versicherungen, insbesondere die Grunddeckungen von Hausrats-, Gebäude- und Wertsachenversicherung, mit weitgehend identischem Versicherungsschutz an. Bei den Zusatzdeckungen (z. B. für haustechnische Anlagen oder Ähnliches) kann sich die angebotene Versicherungsdeckung unterscheiden, wobei dieser Unterschied nach Ansicht der Parteien für die Entscheidung des Versicherungsnehmers eine untergeordnete Rolle spiele. Einzelne Nischenprodukte würden nur von einzelnen oder wenigen Versicherern angeboten.²⁰²

238. Aufgrund der zuvor beschriebenen Umstände – gesetzliche Koppelung der Elementarschadenversicherung an die Feuerversicherung, Marktusancen, Kombinationsversicherungen, Produkte zu «übrigen Sachversicherungen» werden von den verschiedenen Anbietern

mit weitgehend identischem Versicherungsschutz angeboten – vertreten die beteiligten Unternehmen die Auffassung, dass alle Versicherungsprodukte, die Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen im vorgeannten Sinne betreffen, einem einheitlichen Markt zuzuordnen seien.²⁰³

239. Ob dem tatsächlich so ist, braucht vorliegend nicht weiter erörtert zu werden. Eine definitive Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch dann zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führen würde, wenn hypothetisch einzelne Zweige oder Subsegmente des «traditionellen» Markts für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen als eigene sachliche (Teil-)Märkte abgegrenzt würden.

240. Die beteiligten Unternehmen schätzen den kombinierten Marktanteil des fusionierten Unternehmens im «traditionellen» Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen im Geschäftsjahr 2023 auf etwas über 20 %.²⁰⁴ Es handelt sich damit um einen von dem Zusammenschluss betroffenen Markt.

241. Eines der befragten Versicherungsunternehmen meint dazu, im Bereich der Sachversicherungen erwarte es durch den geplanten Zusammenschluss aufgrund von zu hoher Akkumulation eine Konsolidierung resp. Reduzierung von (Sach-)Versicherungskapazitäten (v. a. im Elementarschadenbereich). Es gehe daher davon aus, dass gewisse exponierte Risiken im Markt schwieriger zu platzieren sein werden.²⁰⁵ Alle anderen befragten grossen Versicherungsunternehmen äusserten keine speziellen Bedenken, die den «traditionellen» Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen betroffen hätten.

242. Die beteiligten Unternehmen weisen zutreffend weiter darauf hin, dass auf dem Schweizer Markt für Feuer-, Elementarschaden- und übrige Sachversicherungen neben dem fusionierten Unternehmen noch eine Vielzahl weiterer Wettbewerber tätig sind, darunter zumindest zwei nahe Wettbewerber mit Marktanteilen von über 10 % bzw. klar über 20 %.²⁰⁶ Nach ihrer Schätzung wird das fusionierte Unternehmen neu die Nummer 2 auf diesem Markt sein. Schliesslich seien in den letzten drei Jahren drei neue, darunter zwei ausländische, Versicherungsunternehmen in den Markt eingetreten.²⁰⁷

¹⁹⁸ Meldung (Fn 2), Rz 133 ff.

¹⁹⁹ Meldung (Fn 2), Rz 138 ff.

²⁰⁰ Meldung (Fn 2), Rz 138.

²⁰¹ Meldung (Fn 2), Rz 139.

²⁰² Meldung (Fn 2), Rz 140.

²⁰³ Meldung (Fn 2), Rz 141.

²⁰⁴ Meldung (Fn 2), Rz 307.

²⁰⁵ Stellungnahme der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG vom 11.8.2025, 2.

²⁰⁶ Die Marktführerin sei mit einem Marktanteil von 26,5 % die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG. Darauf folgten als zweit- und drittgrösste Wettbewerber die AXA Versicherung AG mit einem Marktanteil von 14,5 % und die Allianz Suisse Versicherungsgesellschaft AG mit einem Marktanteil von 7,1 %.

²⁰⁷ Beazley Insurance Designated Activity Company, Berkshire Hathaway International Insurance Limited und die Simpego Versicherungen AG.

243. Eine vom Sekretariat bei den beteiligten Unternehmen eingeforderte, detailliertere Aufschlüsselung der eigenen Marktanteilsschätzung nach einzelnen Versicherungsarten, die unter Anhang 1 AVO, B9 Sonstige Sachschäden fallen, zeigt, dass das fusionierte Unternehmen bei allen darunter angebotenen Versicherungen jeweils leicht unter ihrer Schätzung für den «traditionellen» Markt für Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherungen bleibt.²⁰⁸

244. Im Ergebnis liegt somit fern, dass der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engster Marktabgrenzung auf bestimmte Segmente eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Trotz eines vom Zusammenschluss betroffenen Marktes ist der Zusammenschluss auch insoweit unbedenklich. Daran ändern, wie gezeigt, auch engere, hypothetische Marktabgrenzungen nichts.

B.5.2.4 Zum behaupteten Markt für «Technische Versicherungen» gemäss SVV

245. Eines der befragten Versicherungsunternehmen trug in seiner Stellungnahme auf den Fragebogen des Sekretariats vor, «dass die fusionierte Gesellschaft im Bereich Technische Versicherungen (beispielsweise Maschinenversicherung) einen gemeinsamen Marktanteil von deutlich über [...] % hat. Dies kann zu einer marktdominierenden Stellung führen.»²⁰⁹

246. Auf Rückfrage des Sekretariats präzisierte das Unternehmen dazu Folgendes: «Unter dem Bereich technische Versicherungen verstehen wir, was in der SVV-Verbandsstatistik gemeldet wird, konkret die Sparten Maschinen, Maschinen-BU, Maschinenkasko und EDV Anlagen (das sogenannte Bestandesgeschäft), Projektgeschäft (Montage- und Bauwesenversicherungen) sowie Haftpflicht (Bauherrenhaftpflicht). Im Grundsatz unterscheiden sich diese Produkte zwischen den Gesellschaften nur wenig und lassen sich ohne weiteres substituieren (zumindest Grundbedingungen/AVB). Die Einschätzung des Risikos und der zu gewährenden Versicherungssumme sowie die Prämienberechnung können individuell je Gesellschaft unterschiedlich ausfallen. Gemäss der aktuellen Statistik SVV 2024 der technischen Versicherungen werden in der Sparte Bestandesgeschäft und Projektgeschäft zwischen [...] % Marktanteil durch die Fusion erreicht. Details sind beim SVV erhältlich. Die Marktanteile sind aus dieser Statistik gut ersichtlich inklusive aller relevanten Marktteilnehmer und deren Prämienvolumen sowie die Schadenquote des Gesamtmarktes. Zurzeit spüren wir keine Bewegungen des Marktes aufgrund der Fusion, denkbar sind Veränderungen in der Zeichnungspolitik in den Folgejahren, deren Umrisse aber bis heute noch nicht bekannt sind.»²¹⁰

247. Basierend auf diesen Informationen hat das Sekretariat eigene weitere Recherchen vorgenommen und zusätzlich Kontakt zum SVV aufgenommen. Der SVV hat die inhaltlichen Informationen des Versicherungsunternehmens im Wesentlichen bestätigt, aber zu seiner eigenen Statistik festgehalten, dass diese nicht das vollständige Volumen der Versicherungssparte «Technische Versicherungen» abbilde, insbesondere deswegen, weil

nicht alle in diesem Bereich tätigen Versicherungsunternehmen zu dieser Statistik beitrügen.

248. Aus diesem Grund kann bereits jetzt festgehalten werden, dass der tatsächliche Marktanteil des fusionierten Unternehmens in dieser Versicherungssparte nach Definition SVV tiefer ist als die dort ausgewiesenen [...] %.

249. Der SVV wies zusätzlich darauf hin, dass in ihrer Statistik der deutlich grössere Anteil am kombinierten Marktanteil des fusionierten Unternehmens auf Helvetia entfiel – konkret liege dieser Anteil bei knapp unter [...] %.

250. Die beteiligten Unternehmen hatten auf Aufforderung des Sekretariats Gelegenheit, zu den Informationen des befragten Versicherungsunternehmens Stellung zu nehmen.²¹¹

251. Ohne zuvor auf die Auskünfte des SVV hingewiesen worden zu sein, machten die beteiligten Unternehmen ebenfalls darauf aufmerksam, dass die SVV-Statistiken nur einen Teil der Marktteilnehmer erfasse.²¹² Zudem wiesen sie darauf hin, dass die Datenlieferung der Versicherer uneinheitlich erfolge.²¹³ Die beteiligten Unternehmen hätten deshalb für ihre Schätzungen in der Meldung nicht auf die SVV-Statistik, sondern vor allem auf den Versicherer-Report der FINMA abgestellt.²¹⁴

252. Weiter führten die beteiligten Unternehmen aus, dass der SVV keine klaren Vorgaben mache, welche Daten für die SVV-Statistik relevant seien. Unklar sei insbesondere, ob nur die in der Schweiz oder auch die im Ausland erwirtschafteten Prämien gemeldet werden sollen. Die Versicherer interpretierten dies denn auch sehr unterschiedlich, was zu massiven Verzerrungen führe. So bspw., wenn Prämien aus technischen Versicherungssparten ausserhalb der Schweiz geschrieben würden und alsdann der dafür zeichnenden Schweizer Gesellschaft oder ausländischen Tochtergesellschaft zugeordnet werden. Letzteres erscheine dann nicht in der SVV-Statistik.

253. Sowohl Helvetia als auch Baloise würden dem SVV im Bereich der Technischen Versicherungen sowohl das direkte Schweizer Geschäft als auch das Auslandsgeschäft (inkl. Rückversicherungsgeschäft) melden. Die übrigen beitragenden Versicherer hingegen erfassen laut den beteiligten Unternehmen primär das direkte Schweizer Geschäft. Das Auslandsgeschäft von Helvetia und Baloise sei daher von den dem SVV gemeldeten Zahlen abzuziehen.²¹⁵

²⁰⁸ Meldung (Fn 2), Rz 310 und Beilage 15.

²⁰⁹ Stellungnahme der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG vom 13.8.2025, 1.

²¹⁰ E-Mail der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG vom 18.8.2025.

²¹¹ Stellungnahmen der beteiligten Unternehmen vom 18.8.2025 und vom 25.8.2025.

²¹² Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 4.

²¹³ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 2 f.

²¹⁴ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 2.

²¹⁵ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 2 f.

254. Vor diesem Hintergrund – und unter der Annahme, dass diese Angaben tatsächlich zutreffen – kann festgehalten werden, dass gemäss den von beteiligten Unternehmen vorgelegten Volumen (basierend auf den Bruttoprämien) das Auslandsgeschäft der Helvetia ein Vielfaches ihres Schweizer Direktgeschäfts ausmacht. Der Vergleich der gelieferten Zahlen bestätigt darüber hinaus die Aussage des SVV, wonach der deutlich grössere Anteil am kombinierten Marktanteil des fusionierten Unternehmens in ihrer Statistik tatsächlich auf Helvetia entfällt. Die Baloise trägt nur in geringem Umfang zur Marktanteilsaddition beim fusionierten Unternehmen bei.

255. Die beteiligten Unternehmen weisen in diesem Zusammenhang weiter darauf hin, dass gemäss SVV im Bereich Nichtlebensversicherung 28 % der Prämieinnahmen auf Versicherer entfielen, die nicht Mitglieder des SVV seien. Deren Prämien werden in der SVV-Statistik folglich nicht erfasst. Die beteiligten Unternehmen ziehen weitere Vergleiche zwischen der SVV-Statistik und dem FINMA-Versicherer-Report und berechnen je daraus fehlende Prämienanteile von ungefähr 14 % bis 28 %.²¹⁶ Aus diesen Zahlen ziehen sie schliesslich einen Mittelwert von 20 % an fehlenden Prämienanteilen, wenn alle Marktteilnehmer der Statistik zugrunde gelegt würden.²¹⁷

256. Vor diesem Hintergrund schätzen die beteiligten Unternehmen ihren Anteil am Gesamtmarkt «Technische Versicherungen» gemäss der Definition des SVV auf [20–30] %. Diese Schätzung ergibt sich daraus, dass sie bei ihren Eingaben zur SVV-Statistik ihr Auslandsvolumen herausrechnen und stattdessen nur das Volumen ihres Schweizer Direktgeschäfts gemäss SVV-Statistik berücksichtigen. Zusätzlich erhöhen sie das sich aus der SVV-Statistik ergebende Gesamtvolumen an Bruttoprämien für den Gesamtmarkt «Technische Versicherungen» um 20 %, weil nicht alle in der Schweiz in dieser Versicherungssparte tätigen Versicherungsunternehmen zur SVV-Statistik beitragen.²¹⁸

257. Wie hoch der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen in der Schweiz bei Technischen Versicherungen tatsächlich ist, kann offenbleiben – er liegt jedenfalls deutlich unter 50–60%. Weiter weisen die beteiligten Unternehmen zutreffend darauf hin, dass keines der anderen befragten Versicherungsunternehmen – darunter etablierte und nahe Wettbewerber in dieser Versicherungssparte – die «Technischen Versicherungen» in seiner Stellungnahme als problematisch eingestuft hat.²¹⁹

258. Im Ergebnis liegt somit fern, dass der vorliegende Zusammenschluss, würde ein Gesamtmarkt Technische Versicherungen abgegrenzt, auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Der Zusammenschluss ist auch aus einer solchen Betrachtung unbedenklich.

B.5.3 Ergebnis

259. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben fusionieren zwei grosse Schweizer Versicherungsunternehmen, die in den beiden Versicherungszweigen Leben und Nichtleben und je darin in fast allen Versicherungssparten tätig sind. Die vorstehend durchgeführte Kontrol-

le des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat aber aufgezeigt, dass der Zusammenschluss keine erheblichen negativen Auswirkungen auf das Marktumfeld und den Wettbewerb in Einzelmärkten und im Gesamtmarkt erwarten lässt, obwohl das fusionierte Unternehmen in gewissen Versicherungssparten der obigen beiden Versicherungszweigen bis zur Nummer 4 oder gar 2 aufsteigt und über das Ganze gesehen als neue Nummer 2 des Schweizer Versicherungsgeschäfts bezeichnet werden kann, dies aber mit grossem Abstand zur jeweiligen Marktführerin im Versicherungszweig Leben oder Nichtleben. Die verschiedenen befragten Marktteilnehmer und Branchenverbände sehen durch den Zusammenschluss keine Einschränkungen beim Produktangebot, bei der Wahlmöglichkeit und -freiheit der Versicherungsnehmer oder bei der Innovationskraft des schweizerischen Versicherungsmarktes. Der Versicherungsmarkt, so die Befragten, bleibt trotz des Zusammenschlusses insgesamt diversifiziert und fragmentiert, mit einer Vielzahl etablierter Anbieter in den verschiedenen Versicherungszweigen, -branchen und -sparten. Darunter befinden sich verschiedene starke Wettbewerber, die das fusionierte Unternehmen in den verschiedenen Versicherungszweigen und -branchen stark konkurrenzieren werden. Einzelne befragte Marktteilnehmer gehen sogar davon aus, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb beleben könnte, da durch den Zusammenschluss ein neuer starker Wettbewerber entsteht, der näher zu den jeweiligen Marktführern in den Versicherungszweigen Leben und Nichtleben aufschliesst. Dies erhöht den Wettbewerbsdruck auf alle etablierten und führenden Versicherungsunternehmen.

260. Die vorläufige Prüfung ergibt aus diesen 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.

²¹⁶ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 4.

²¹⁷ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 5.

²¹⁸ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 5.

²¹⁹ Stellungnahme der beteiligten Unternehmen vom 25.8.2025, 5.

B 2.3

2. SCI/RAM II/Piffaretti/Activa Holding

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. August 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 13. August 2025

1. Am 22. Juli 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über die Activa Holding AG (nachfolgend: Activa) durch die Schweizerische Cement-Industrie-Aktiengesellschaft (nachfolgend: SCI), den RAM Alternative SICAV - RAM Mobility Fund II (nachfolgend: RAM II) und Sandro Piffaretti (nachfolgend: Piffaretti).

2. SCI mit Sitz in Rapperswil-Jona (SG) ist eine Holdinggesellschaft und hält Beteiligungen an Industrie- Handels- und Finanzierungsunternehmen in der Schweiz und im Ausland. SCI investiert insbesondere im Bereich der Bindemittelindustrie sowie anderer mit dieser in Beziehung stehenden Industrien. Darüber hinaus investiert SCI in Immobilienentwicklung, Kunst, Hotels und Wein-güter.

3. RAM II mit Sitz in Liechtenstein ist ein Investmentvehikel für die geplante Transaktion und wird von Rossberg Asset Management AG gehalten.

4. Piffaretti ist ein Schweizer Geschäftsmann und kontrolliert neben anderen Gesellschaften als Mehrheitsaktionär derzeit allein das Zielunternehmen Activa.

5. Activa (nachfolgend: GU bzw. das Gemeinschaftsunternehmen) mit Sitz in Cham (ZG) ist die indirekte (über ihre Tochtergesellschaft Derendinger Holding AG) Holdinggesellschaft der Swiss Automotive Group AG (nachfolgend: SAG). SAG ist eine europaweit (Österreich, Tschechien, Ungarn, Portugal, Rumänien, Serbien, Slowakei, Slowenien und Schweiz) im unabhängigen After-sales Markt für Autoteile (Personenwagen und Nutzfahrzeuge) tätige Grosshändlerin. Das angebotene Sortiment der SAG umfasst mehr als 1,8 Mio. Artikel. Neben Service- und Reparaturteilen verkauft SAG auch Schmierstoffe, Chemikalien, Zubehör, Werkzeugausrüstung und Verbrauchsmaterialien. Zu den Kundinnen der SAG zählen vor allem Werkstätten, unabhängige Reparaturbetriebe, Carrossiers sowie Sonderfahrzeugherstellerinnen, Wiederverkäuferinnen und Fachhändlerinnen.

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt SCI die Beteiligung an einer attraktiven Investition, um das bestehende Anlageportfolio weiter zu diversifizieren. Für RAM II ist es eine attraktive Investition mit nachhaltigem

Wachstum. Aus der Sicht von Piffaretti wird eine langfristige Nachfolgeregelung bezweckt.

7. Aktuell hat Piffaretti die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen Activa und hält [...] % der Anteile. Piffaretti, SCI und RAM II (nachfolgend: die Parteien) haben vereinbart, dass Piffaretti nach Vollzug des Zusammenschlusses noch einen Anteil von [...] %, SCI einen Anteil von [...] % und RAM II einen Anteil von [...] % am zukünftigen GU halten werden. Im Verwaltungsrat werden Piffaretti und SCI mit je drei Mitgliedern sowie RAM II mit zwei Mitgliedern vertreten sein. Die Parteien haben ein Vetorecht bei strategischen Entscheidungen des GU. Piffaretti, SCI und RAM II werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU wird eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen; somit kann es als unabhängige Marktteilnehmerin tätig sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.³

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 Geschäftsjahr 2024 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen erzielten jeweils 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.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU tätig ist und sich die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 5). Konkret handelt es sich um den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge auf der Gross- und Detailhandelsstufe, den Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder, den Vertrieb von Werkstatteinrichtungen, Werkstattaufrüstung und Prüf- und Einstellwerkzeugen, Marketingkonzepte für Werkstätten und Weiterbildungskurse für Mechaniker und Carrossiers.

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. 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*.

12. Die WEKO hat sich in ihrer Praxis im Rahmen von Zusammenschlussverfahren bisher noch nicht mit der Abgrenzung von Märkten für den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge auseinandergesetzt.⁴ Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat in ihrer Praxis Märkte für den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge abgegrenzt und diese zunächst nach Vertriebsstufe (Grosshandel und Detailhandel) und nach Fahrzeugkategorie (leichte und schwere Fahrzeuge) sowie weiter in Teilmärkte für Originalersatzteile und für Nicht-Originalersatzteile unterschieden, allerdings ohne eine weitere Segmentierung der Märkte nach Produktgruppen vorzunehmen.⁵ Für die Märkte für den Vertrieb von Originalersatzteilen hat die EU-Kommission zudem eine markenspezifische Abgrenzung erwogen.⁶

13. Auch aus Sicht der Parteien ist der Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge zunächst nach Vertriebsstufe (Grosshandel und Detailhandel) zu unterscheiden. Auf der Grosshandelsstufe fragten Werkstätten und Zwischenhändlerinnen ein Gesamtsortiment an Ersatzteilen für Fahrzeuge nach, welche sie für den Weiterverkauf und im Rahmen ihrer Service- und Reparaturtätigkeiten benötigten. Dieses Produktsortiment umfasse insbesondere Service- und Verschleisssteile, Antriebsteile, Bremssteile, Lenkungs- und Aufhängungsteile, Carrosserieteile, Schmierstoffe in Kleingebinden und Teile für das Thermo-Management (z.B. Thermostate, Kühler, Klimakompressoren und -kondensatoren), elektronische Teile (z.B. Starterbatterien, Alternatoren, Zündmodule, Kurbelwellensensoren), Beleuchtung (Scheinwerfer, Leuchten, Glühbirnen) und Pneu für Personenwagen. Das Angebot des Grosshandels (grössere Bestellmengen, Konditionen, Lieferungsprozesse usw.) entspreche nicht den Bedürfnissen von Endkundinnen und Endkunden und stelle daher aus deren Sicht kein Substitut zum Kauf im Detailhandel dar. Im Detailhandel würden Endkundinnen und Endkunden üblicherweise ihre Ersatzteile von Werkstätten oder anderen stationären bzw. nicht-stationären Ersatzteilhändlerinnen (z.B. Baumärkte, Amazon) erwerben und diese selbst in ihre Fahrzeuge einbauen. Die Parteien schlagen im Sinne einer Arbeitshypothese vor, den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge zunächst nach Vertriebsstufe in die Teilmärkte Grosshandel und Detailhandel zu segmentieren.

14. Aus Sicht der Parteien ist der Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge weiter nach Fahrzeugkategorie in Ersatzteile für Personenwagen (PW) und leichte Nutzfahrzeuge sowie Ersatzteile für schwere Nutzfahrzeuge zu segmentieren. Letztere würden sich hinsichtlich ihrer Eigenschaften (Qualität, Grösse, Funktionen, Belastbarkeit usw.) deutlich von jenen für Personenwagen (PW) und leichten Nutzfahrzeuge unterscheiden; die jeweiligen Ersatzteile seien daher nicht substituierbar. Die Parteien schlagen daher im Sinne einer Arbeitshypothese vor, den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge zusätzlich zur Vertriebsstufe weiter nach Fahrzeugkategorien in einen Teilmarkt für PW und leichte Nutzfahrzeuge sowie in einen Teilmarkt für schwere Nutzfahrzeuge zu segmentieren.

15. Die Parteien sind der Ansicht, dass eine weitere Segmentierung des Vertriebs von Ersatzteilen für Fahrzeuge in Teilmärkte für Originalersatzteile und für Nicht-Originalersatzteile sowie eine markenspezifische weitere

Segmentierung des Teilmarkts für Originalersatzteile nicht gerechtfertigt sei. Originalersatzteile und Nicht-Originalersatzteile stammten oft von denselben Herstellerinnen (ohne Qualitätsunterschied) und würden daher sowohl von den Kundinnen der Grosshandelsstufe als auch von den Endkundinnen und Endkunden der Detailhandelsstufe als Substitute angesehen. Auch eine markenspezifische Abgrenzung der Originalersatzteile sei nicht angezeigt, da zahlreiche Marken mit sogenannten Gleichteilen arbeiteten. Grosse Herstellerinnen stellten nicht mehr alle Ersatzteile für einzelne Marken her, sondern verwendeten im Rahmen von Plattformstrategien Gleichteile für Modelle unterschiedlicher Marken, die einer Plattform angehörten. Dies betreffe in besonderem Masse nicht sichtbare Ersatzteile (z.B. Motoren- und Aufhängungsteile).

16. Für die Märkte für den Vertrieb von Ersatzteilen für Fahrzeuge ging die EU-Kommission von nationalen oder europaweiten (EWR+CH-weiten) Märkten aus, liess aber eine genaue räumliche Abgrenzung letztlich offen.⁷ Das Sekretariat der WEKO ging im Rahmen einer Vorabklärung für einen (markenspezifischen) Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen von einer nationalen Marktabgrenzung aus.⁸ Nach Ansicht der Parteien sei räumlich ein europaweiter Markt abzugrenzen, da es sich um Produkte handele, welche weltweit verkauft werden könnten.

17. Im Sinne einer Arbeitshypothese unterteilt die WEKO den Vertrieb von Ersatzteilen vorliegend in Teilmärkte nach Vertriebsstufe (Grosshandel und in Detailhandel) und nach Fahrzeugkategorie (PW und leichte Nutzfahrzeuge und schwere Nutzfahrzeuge) sowie weiter in Teilmärkte für Originalersatzteile und für Nicht-Originalersatzteile. In räumlicher Hinsicht wird vorliegend von schweizweiten Märkten ausgegangen. Sowohl die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere hinsichtlich einer denkbaren weiteren markenspezifischen Segmentierung, als auch die genaue räumliche Abgrenzung können offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Aus Sicht der Parteien ist der Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder nach Vertriebsstufe (Grosshandel und Detailhandel) zu unterscheiden. Auf der Grosshandelsstufe fragten Werkstätten und Zwischenhändlerinnen ein Gesamtsortiment an Ersatzteilen für Motorräder nach, welche sie für den Weiterverkauf und im Rahmen ihrer Service- und Reparaturtätigkeiten benötigten. Dieses Produktsortiment sei spezifisch für Motorräder ausgelegt und umfasse insbesondere Service- und Verschleisssteile, Antriebsteile, Bremsteile, Lenkungs- und Aufhängungsteile, Carrosserieteile, Schmierstoffe in Kleingebinden, elektronische Teile (z.B. Starterbatterien), Beleuchtung (Scheinwerfer, Leuchten, Glühbirnen), Pneu

⁴ Das Sekretariat der WEKO hat sich im Rahmen der Vorabklärung AMAG Vertriebsnetz jedoch bereits mit dem Vertrieb von Ersatzteilen beschäftigt. Vgl. RPW 2019/2, 275 Rz 201 ff., *Vorabklärung AMAG Vertriebsnetz*.

⁵ COMP M. 10412, Rz 17 ff., *Scania Sverige/Din Bil Sverige/Bilmetro*; COMP M. 9720, Rz 20 ff., *Volvo Cars/Upplands Motor*.

⁶ COMP M. 10412, Rz 19, *Scania Sverige/Din Bil Sverige/Bilmetro*; RPW 2019/2, 275 Rz 203, *Vorabklärung AMAG Vertriebsnetz*.

⁷ COMP M. 10412, Rz 28 f., *Scania Sverige/Din Bil Sverige/Bilmetro*.

⁸ RPW 2019/2, 276 Rz 204 f., *Vorabklärung AMAG Vertriebsnetz*.

für Motorräder sowie Zubehör. Das Angebot auf der Grosshandelsstufe (z.B. grössere Bestellmengen) richte sich an kommerzielle Kundinnen, entspreche nicht den Bedürfnissen von Endkundinnen und Endkunden und stelle daher aus deren Sicht kein Substitut zum Kauf im Detailhandel dar. Das GU ist nur auf der Grosshandelsstufe tätig. Die Parteien schlagen aufgrund der Aktivitäten des GU im Sinne einer Arbeitshypothese vor, von einem sachlich relevanten Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder auszugehen, welcher räumlich europaweit abzugrenzen sei, da es sich um Produkte handele, welche weltweit verkauft werden könnten.

19. Die WEKO hat sich in ihrer Praxis im Rahmen von Zusammenschlussverfahren bisher noch nicht mit der Abgrenzung von Märkten für den Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder auseinandergesetzt. Im Rahmen einer Vorabklärung ging das Sekretariat der WEKO von einem räumlich mindestens nationalen sachlich relevanten Markt für den Verkauf von Zubehör und Ersatzteilen für Motorrädern aus.⁹

20. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder ausgegangen, welcher in räumlicher Hinsicht mindestens schweizweit abzugrenzen ist. Die genaue sachliche und räumliche Abgrenzung des Marktes können offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

21. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis bisher nicht mit der Abgrenzung von Märkten für den Vertrieb von Werkstatteinrichtungen, Werkstattausrüstung und Prüf- und Einstellwerkzeugen befasst. Aus Sicht der Parteien setze sich die Markgegenseite (mehrheitlich) aus Werkstätten zusammen. Die nachgefragten Produkte würden im Unterschied zu Ersatzteilen nicht in Fahrzeuge eingebaut, sondern verblieben grundsätzlich bei den Werkstätten und ermöglichten die Erbringung von Service- und Reparaturleistungen. Eine weitere Segmentierung in Teilmärkte sei nicht nötig, da die Werkstätten ein Gesamtsortiment an benötigten Einrichtungs- und Ausrüstungsgegenständen nachfragen würden. Die Parteien schlagen im Sinne einer Arbeitshypothese vor, einen sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Werkstatteinrichtungen, Werkstattausrüstung und Prüf- und Einstellwerkzeugen abzugrenzen. Nach Ansicht der Parteien sei räumlich ein schweizweiter Markt plausibel, da es sich bei den Produkten teilweise um Spezialanfertigungen handeln würde, welche die Werkstätten nach der Erfahrung des GU von Anbieterinnen in der Schweiz nachfrage. Zudem gebe es teilweise auch rechtliche Gründe für den Bezug in der Schweiz, da die Einrichtungen, Ausrüstungen und Werkzeuge den nationalen Anforderungen für eine Betriebsbewilligung genügen müssten.

22. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Werkstatteinrichtungen, Werkstattausrüstung und Prüf- und Einstellwerkzeugen ausgegangen, welcher in räumlicher Hinsicht schweizweit abzugrenzen ist. Die genaue sachliche und räumliche Abgrenzung des Marktes können

offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

23. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis bisher nicht mit der Abgrenzung von Märkten für Marketingkonzepte für Werkstätten befasst. Das GU betreibt verschiedene Franchisingssysteme für Werkstätten (carXpert, Garage Plus, Unicar und Autocoach). Nach Angaben der Parteien gibt es verschiedene Anbieterinnen von unterschiedlichen Franchise- und Marketingkonzepten. Im Sinne einer Arbeitshypothese sei von einem Markt für Marketingkonzepte für Werkstätten auszugehen, welcher in räumlicher Hinsicht schweizweit abzugrenzen sei, da Werkstätten Marketingkonzepte nachfragten, welche insbesondere Schweizer Kunden ansprechen würden.

24. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für Marketingkonzepte für Werkstätten ausgegangen, welcher in räumlicher Hinsicht schweizweit abzugrenzen ist. Die genaue sachliche und räumliche Abgrenzung des Marktes können offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

25. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis bisher nicht mit der Abgrenzung von Märkten für Weiterbildungskurse für Mechaniker und Carrossiers befasst. Aus Sicht der Parteien setze sich die Markgegenseite aus Fachkräften zusammen, welche als Mechanikerinnen und Mechaniker oder als Carrossiers tätig seien. Das GU bietet diesen Fachkräften entsprechende Weiterbildungskurse an. Die Parteien schlagen aufgrund der Aktivitäten des GU im Sinne einer Arbeitshypothese vor, von einem sachlich relevanten Markt für Weiterbildungskurse für Mechaniker und Carrossiers auszugehen, welcher räumlich schweizweit abzugrenzen sei, da die Weiterbildungskurse auf das Schweizer Bildungssystem abgestimmt seien und die Nachfrage im Wesentlichen rein national sei.

26. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für Weiterbildungskurse für Mechaniker und Carrossiers ausgegangen, welcher in räumlicher Hinsicht schweizweit abzugrenzen ist. Die genaue sachliche und genaue räumliche Abgrenzung des Marktes kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

27. Das GU wird (wie bisher) auf den genannten Märkten tätig sein. Keine der Parteien ist auf diesen Märkten tätig. Daher ergeben sich keine horizontalen Überschneidungen mit den Aktivitäten der Parteien und es kommt folglich zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Marktanteile des GU auf den schweizweiten Märkten für Originalersatzteile betragen im Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für PW und leichte Nutzfahrzeuge [0–10] %, im Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für schwere Nutzfahrzeuge [0–10] %, im Detailhandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für PW und leichte Nutzfahrzeuge [0–10] %

⁹ RPW 2023/3, 599 Rz 233 und Rz 236, *Vorabklärung Vertriebssystem von Yamaha-Produkten*.

und im Detailhandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für schwere Nutzfahrzeuge [0–10] %. Die Marktanteile des GU auf den schweizweiten Märkten für Nicht-Originalersatzteile betragen im Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für PW und leichte Nutzfahrzeuge [20–30] %, im Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für schwere Nutzfahrzeuge [10–20] %, im Detailhandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für PW und leichte Nutzfahrzeuge unter [0–10] % und im Detailhandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für schwere Nutzfahrzeuge [0–10] %. Auf dem schweizweiten Grosshandelsmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen für Motorräder beträgt der Marktanteil des GU weniger als [0–10] %. Das GU verfügt auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von Werkstatteinrichtungen, Werkstattausrüstung und Prüf- und Einstellwerkzeugen über einen Marktanteil von [10–20] % und auf dem schweizweiten Markt für Marketingkonzepte für Werkstätten über einen Marktanteil von [10–20] %. Auf dem schweizweiten Markt für Weiterbildungskurse für Mechaniker und Carrossiers beträgt der Marktanteil des GU maximal [0–10] %.¹⁰

28. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

¹⁰ Bei allen Angaben zu den Marktanteilen des GU handelt es sich um Schätzungen der Parteien.

B 2.3

3. Universitätsspital Basel/St. Claraspital AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 22. Oktober 2025

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2025

A Sachverhalt

1. Am 25. September 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt das Universitätsspital Basel (nachfolgend: USB) 100 % der Aktien der St. Claraspital AG (nachfolgend: SCS), 100 % der Aktien der St. Clara Infra AG und 90 % der Aktien der St. Clara Forschung AG, alle domiziliert in Basel, von der St. Clara AG zu übernehmen.

Die Unternehmen

2. Das **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 ÖSpG³ der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss KVG⁴. 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-Beschlussorgans⁵ ersichtlich.⁶

3. Insgesamt verfügt das USB über 615 Normal-Betten und 197 Spezial-Betten (Intensivstation, Intermediate Care, Isolierstation, Stroke Unit, Nuklearmedizin und Kurzzeitklinik). Als Maximalversorger deckt das USB den gesamten Bereich der Fachabteilungen für Chirurgie, innere Medizin, Hals-Nasen-Ohren, Dermatologie, Ophthalmologie, Gynäkologie und Geburtshilfe ab. Der universitäre Leistungsauftrag der medizinischen Fakultät der Universität Basel bezieht sich auf die medizinische Ausbildung bis und mit Staatsexamen.⁷

4. Das USB hält folgende relevante Beteiligungen.

- Das USB hat mit der SCS im Jahre 2018 das Gemeinschaftsunternehmen **Clarunis AG** (nachfolgend: Clarunis) gegründet. Mit dem Erwerb sämtlicher Aktien der SCS erwirbt das USB auch die alleinige Kontrolle (bisher hielt das USB 45 % der Aktien) an Clarunis, d.h. es findet ein Kontrollwechsel statt. Die von Clarunis abgedeckten Fachdisziplinen

werden nachfolgend in die allgemeine Betrachtung der Marktumschreibungen, Umsätze und Berechnung der Marktanteile integriert, jedoch separat ausgewiesen. Clarunis ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft mit universitärem Leistungs- und Ausbildungsauftrag und ein integraler Bestandteil der kantonalen und regionalen medizinischen Versorgung in der Nordwestschweiz. Clarunis betreibt als HSM-zertifiziertes Bauchzentrum spezialisierte, hochqualifizierte medizinische Leistungen in den Bereichen Viszeralchirurgie, Gastroenterologie sowie Hepatologie und ist ein vom Schweizerischen Institut für ärztliche Weiter- und Fortbildung (SWIF) anerkanntes Ausbildungszentrum. Die Gesellschaft führt unter anderem die hochkomplexen, bundesrechtlich geregelten Eingriffe gemäss HSM-Mandat (u.a. Pankreas-, Ösophagus-, tiefrektale Tumorsektionen, komplexe bariatrische Chirurgie) für die Region nördlich des Jurabogens durch.⁸

- Das USB hat im Jahr 2022 60 % der Aktien der **Bethesda Spital AG** (nachfolgend: BSB) übernommen.⁹ Die BSB ist ein gemeinnütziges, steuerbefreites Privatspital in Basel. Es verfügt über rund 150 stationäre Betten und bietet Leistungen in den Bereichen Frauenmedizin (Gynäkologie, Geburtshilfe, Brustzentrum), Bewegungsapparat (Rheumatologie, Wirbelsäulenchirurgie, Schmerzmedizin), Rehabilitation sowie spezialisierte Palliative Care an. Seit Oktober 2024 betreibt das Spital eine neu strukturierte Notfallaufnahme für die Bereiche Frauenmedizin und Bewegungsapparat.¹⁰
- Per 1. Januar 2024 hat die BSB das vormals am St. Alban-Ring angesiedelte **Palliativzentrum Hildgard** übernommen; zum 1. Januar 2025 wurde diese Einrichtung rechtlich und räumlich vollständig in die BSB integriert. Das Zentrum dient nun als Klinik für Palliativmedizin am BSB.¹¹

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 Gesetz vom 16. Februar 2011 über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (Öffentliche Spitäler-Gesetz, ÖSpG; SG BS 331.100).

⁴ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Krankenversicherungsgesetz, KVG; SR 832.10).

⁵ Mit weitergehenden Ausführungen RPW 2018/4, 1014 Rz 39, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

⁶ Meldung, Rz 16.

⁷ Meldung, Rz 17 ff.

⁸ Meldung, Rz 27 ff.

⁹ Vgl. RPW 2022/3, 657 ff., *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*; Meldung, Rz 30.

¹⁰ Meldung, Rz 30 ff.

¹¹ Meldung, Rz 33.

- **Healthcare Infra AG**, in Basel (100 %), **Rhenus Ergotherapie GmbH**, in Lörrach (100 %), deren Geschäftstätigkeit Ende 2024 eingestellt wurde und sich in Liquidation befindet, **Rhenus Infra AG**, in Basel (100 %), **Numeraria AG**, in Basel (100 %), **Videris AG**, in Basel (100 %), **Neurostatus-UHB AG**, in Basel (100 %), **Margarethenklinik AG**, in Basel (80 %), die im März 2025 vom USB ausgegründet wurde und die **24 Stunden Apotheke Basel AG**, in Basel (55 % seit Juni 2025).¹²

5. Der Kanton ist im Besitz folgender weiterer Unternehmen: Das **Universitäts-Kinderspital beider Basel**, welches ein eigenständiges, universitäres Kompetenzzentrum für Kinder- und Jugendmedizin sowie für Lehre und Forschung ist. Weiter besitzt der Kanton Basel-Stadt 100 % der Anteile der **Universitären Altersmedizin Felix Platter**. Diese ist spezialisiert auf die akute Altersmedizin (Geriatric), Alterspsychiatrie und Rehabilitation. Sodann sind die **Universitären Psychiatrischen Kliniken** zu 100 % im Kantonsbesitz. Sie sind im Bereich der psychiatrisch-psychotherapeutischen Versorgung von Erwachsenen, Kindern und Jugendlichen tätig.¹³ Diese drei Unternehmen sind gemäss der Meldung nicht im Bereich der Akutsomatik der Erwachsenenmedizin tätig und verfügen über Leistungsaufträge in anderen Bereichen als das USB.¹⁴

6. Die **St. Clara AG** ist eine Holdinggesellschaft und bezweckt den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen, namentlich an der SCS in Basel, der St. Clara Forschung AG in Basel, und der St. Clara Infra AG in Basel sowie an andern von den massgeblichen kantonalen (Gewinn-, Einkommens- und (Kapital-)Vermögenssteuern befreiten Einrichtungen mit Sitz im Kanton Basel-Stadt.¹⁵

7. Alleinige Eigentümerin der St. Clara AG ist das **Kloster Ingenbohl Provinz Schweiz**, eine gemeinnützige Ordensgemeinschaft mit Sitz in Ingenbohl. Das Kloster verfolgt ausschliesslich gemeinnützige und kirchliche Zwecke, insbesondere im Bereich der Bildung, Pflege und sozialen Fürsorge. Das Kloster übt keine operative Tätigkeit im Spitalbetrieb aus, sondern nimmt ausschliesslich die Trägerfunktion wahr.¹⁶

8. Die Übernahme betrifft drei Unternehmen, nämlich die SCS mit Sitz in Basel (zu 100 %), die St. Clara Infra AG mit Sitz in Basel (zu 100 %) und die St. Clara Forschung AG mit Sitz in Basel (zu 90 %). Die beiden letztgenannten Unternehmen haben «nur» Hilfsfunktionen für das Hauptunternehmen (Spitalbetrieb) ohne wesentliche wettbewerbsrechtliche Implikationen.¹⁷

9. Die **SCS** ist ein gemeinnütziges, steuerbefreites Privatspital mit Sitz in Basel. Das Spital gehört zu 100 % der St. Clara AG. Es ist Bestandteil der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung. Die SCS in ihrer Rolle als Zentrumsspital erfüllt umfassende Leistungsaufträge der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie weiterer Kantone und bietet Leistungen im Bereich der HSM an. Die SCS verfügt über 200 stationäre Betten und betreibt eine 24/7 Notfallaufnahme sowie eine Intensivstation. Das medizinische Angebot umfasst eine breite Palette von Grund- und Spezialversorgungsleistungen mit einem klaren Schwerpunkt auf Tumorerkrankungen und abdomineller Medizin

(insbesondere viszerale Chirurgie, Gastroenterologie und Hepatologie). Weiter verfügt das Spital über eine Palliativstation und hält aktuell sechs HSM-Leistungsaufträge. Weitere Leistungsbereiche sind unter anderem Kardiologie, Pneumologie und Thoraxchirurgie, Urologie, Endokrinologie, Gynäkologie (inkl. zertifiziertem Brustzentrum), Radiologie, Nuklearmedizin und Labordiagnostik. Die SCS ist als Forschungs- und Lehrspital der Universität Basel akademisch eingebunden und betreibt Forschung über die eigene Tochtergesellschaft Clara Forschung AG.¹⁸

10. Die SCS hält an folgenden Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung und die Umsätze und Aktivitäten dieser Unternehmen sind der SCS zuzurechnen:

- Mit dem USB besteht das gemeinsame Universitäre Bauchzentrum Clarunis. Die SCS hält 55 % der Anteile an Clarunis.¹⁹
- Am gemeinnützigen Begegnungszentrum **CURA AG** (nachfolgend: CURA) mit Sitz in Basel hält die SCS 85 % der Anteile. Es handelt sich dabei um einen niederschwellig zugänglichen Anlaufpunkt der SCS, der chronisch erkrankten Patientinnen und Patienten – etwa mit Krebs, Diabetes oder Atemwegserkrankungen – sowie deren Angehörigen ganzheitliche Beratung, psychosoziale Unterstützung und edukative Angebote aus einer Hand bietet.²⁰

Gründe und Ziele des Zusammenschlusses

11. Gemäss eigenen Angaben sehen sich die beiden Spitäler mit einem sich kontinuierlich beschleunigenden medizinischen Fortschritt, hohen Anforderungen von Patientinnen und Patienten, einem zunehmendem Fachkräftemangel und einem massiven Kostendruck konfrontiert.²¹ Um wirtschaftlich sinnvoller und effizienter arbeiten zu können und dadurch auch den Fortschritten im Bereich der Medizin adäquat zu begegnen, haben die Spitäler die Übernahme der SCS durch das USB beschlossen.²² Bereits bestehende Synergien sollen dabei weiter ausgebaut, Doppelspurigkeiten gezielt abgebaut, die akademischen Versorgungsstrukturen weiterentwickelt und langfristig auf hohem Standard gewährleistet werden.²³ Durch die Übernahme soll das USB seine Stellung in der Schweiz in der universitären Medizin stärken, sein Leistungsangebot patientenorientierter gestalten und seine Attraktivität als Arbeitgeber international erhöhen können.²⁴ Gemäss Meldung pflegen die Spitäler bereits heute eine erfolgreiche Kooperation

¹² Meldung, Rz 36.

¹³ Meldung, Rz 48 ff.

¹⁴ Meldung, Rz 52.

¹⁵ Meldung, Rz 56.

¹⁶ Meldung, Rz 57.

¹⁷ Meldung, Rz 21.

¹⁸ Meldung, Rz 22 ff.

¹⁹ Zum Tätigkeitsbereich von Clarunis vgl. Rz 4.

²⁰ Meldung, Rz 53 und 55.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 10 und 64.

²² Vgl. Meldung, Rz 10 f.

²³ Vgl. Meldung, Rz 2 und 62.

²⁴ Vgl. Meldung, Rz 2 und 10 f.

durch Clarunis. Die SCS ist dank dieser Zusammenarbeit mit dem USB in den Bereich der universitären Medizin und der HSM eingetreten und konnte sich dort erfolgreich etablieren.²⁵ Die Spitäler erachten das Zusammenschlussvorhaben als Chance, das Potenzial weiterer Kooperationen in vollem Umfang ausschöpfen zu können.

Frühere Zusammenschlussvorhaben in der Gesundheitsregion Basel

12. Das USB war bereits 2017 in ein den Wettbewerbsbehörden gemeldetes Zusammenschlussvorhaben zwischen dem USB selbst und dem Kantonsspital Basel-Land (nachfolgend: KSBL) involviert.²⁶ Die WEKO hatte damals im Rahmen einer vertieften Prüfung eine Stellungnahme verfasst und kam zu dem Ergebnis, dass trotz des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung des neuen Unternehmens diese nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf den damals definierten relevanten Märkten führen würde, insbesondere aufgrund der im Grundversicherungsbereich geltenden Regulierung.²⁷

13. Auch im Jahr 2022 befasste sich die WEKO mit der Gesundheitsregion Basel und dem USB. Damals betraf das Zusammenschlussvorhaben das USB, welches von der Stiftung Diakonath Bethesda 60 % der Aktien der BSB zu übernehmen beabsichtigte. Im Rahmen einer vorläufigen Prüfung und basierend auf den Erkenntnissen des Zusammenschlussvorhabens *Universitätsspital / Kantonsspital-Basel-Land* gelangte die WEKO zum Schluss, dass es durch die Übernahme zu keiner Beseitigung des Wettbewerbs kommen werde. Davon war insbesondere deshalb auszugehen, da auf den relevanten Märkten genügend Wettbewerbsdruck durch andere Gesundheitsdienstleister zu erwarten war. Ausserdem sorgten die geltende Regulierung sowie die unterschiedlichen Positionierungen des USB als Universitätsspital und der BSB als Privatspital dafür, dass diese auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in wichtigen Bereichen (wie bspw. den Tarifverhandlungen oder in Bezug auf die Vergabe von Leistungsaufträgen) eigenständig auftreten konnten.²⁸

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

15. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

16. In Anlehnung an die Überlegungen bei der Analyse des Zusammenschlussvorhabens USB/BSB kann die Frage, ob der Kanton oder das USB als das beteiligte Unternehmen gilt, vorliegend offengelassen werden, da so oder anders ein meldepflichtiges Zusammenschluss-

vorhaben vorliegt. Wie bereits bei der Beurteilung der Zusammenschlussvorhaben USB/KSBL und USB/BSB wird für die Zwecke vorliegender Zusammenschlusskontrolle vom USB als beteiligtem Unternehmen ausgegangen.²⁹ Sowohl die SCS als auch die St. Clara Infra AG und die St. Clara Forschung AG qualifizieren als beteiligte Unternehmen gemäss Kartellgesetz.

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, 100 % der Aktien der SCS, 100 % der Aktien der St. Clara Infra AG, 90 % der Aktien der St. Clara Forschung AG (die restlichen 10 % verbleiben bei der Stiftung Lindenhof Bern) von der St. Clara AG und indirekt über die SCS die übrigen 55 % der Anteile an der Clarunis sowie 100 % der Anteile an der CURA zu übernehmen.

19. Es handelt sich dabei um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften und regulatorischer Rahmen

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).

B.2.1 Grundversicherungsbereich

B.2.1.1 Spitalplanung

21. Das KVG definiert die Spitäler als Leistungserbringer (Art. 35 Abs. 2 Bst. h KVG). Spitäler sind Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Art. 39 Abs. 1 KVG). Als stationäre Behandlung gelten gemäss Art. 3 VKL³⁰ Aufenthalte zur Untersuchung,

²⁵ Meldung, Rz 12.

²⁶ Dieses Projekt scheiterte letztlich an der Urne und wurde nicht umgesetzt.

²⁷ RPW 2018/4, 1029 Rz 150, *Universitätsspital Basel-Stadt/ Kantonsspital Basel-Land*.

²⁸ RPW 2022/3, 669 Rz 79, *Universitätsspital Basel-Stadt/Bethesda Spital AG*.

²⁹ Vgl. RPW 2022/3, 659 Rz 16; dazu ausführlicher RPW 2018/4, 1013 Rz 31, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

³⁰ Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL; SR 832.104).

Behandlung und Pflege im Spital oder im Geburtshaus (Bst. a) von mindestens 24 Stunden, (Bst. b) von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird, (Bst. c) im Spital bei Überweisung in ein anderes Spital, (Bst. d) im Geburtshaus bei Überweisung in ein Spital und (Bst. e) bei Todesfällen.

22. Gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG werden Spitäler unter anderem zugelassen, wenn sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung miteinzubeziehen (Bst. d), und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Bst. e).

23. Die Kantone haben aufgrund der vom Bundesrat in Art. 58a bis 58e KVV³¹ aufgestellten Planungskriterien ihre Spitalplanung mittels Spitalliste zu erstellen und basierend auf dieser die Leistungsaufträge an die Einrichtungen zu vergeben (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG i.V.m. Art. 58f Abs. 1 KVV). Gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG koordinieren die Kantone ihre Planung.³² Die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft arbeiten innerhalb der sog. Gemeinsamen Gesundheitsregion (GGR) bei diversen Gesundheitsthemen eng zusammen. Die Grundlage für die GGR bildet der Staatsvertrag betreffend Planung, Regulation und Aufsicht in der Gesundheitsversorgung.³³ Dieser definiert die Rahmenbedingungen im stationären und ambulanten Bereich und führt die dazu notwendigen Planungsinstrumente ein. Leistungsaufträge an öffentliche und private Spitäler wurden durch die beiden Kantone nach einheitlichen und transparenten Kriterien gemeinsam vergeben. Die gleichlautenden Spitallisten traten in beiden Kantonen per 1. Juli 2021 in Kraft.³⁴

24. Durch die Spitalisten wird das Angebot durch die Kantone bedarfsgerecht gesteuert (Art. 58a und 58b KVV). Über die Gestaltung der Spitalliste kann die Anzahl der Akteure auf dem Markt beeinflusst werden.³⁵ Tatsächlich kommt den Kantonen³⁶ ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Spitalliste zu.³⁷ Bei der Ausübung des ihnen zustehenden Auswahlermessens haben die Behörden die allgemeinen Schranken der Ermessensbetätigung zu beachten.³⁸ Der Kanton ist zudem bei der Selektion der Spitäler für die Spitalliste an die Planungsgrundsätze von Art. 58a bis 58e KVV gebunden. Diese Planungskriterien nehmen den in Art. 32 Abs. 1 KVG statuierten Grundsatz der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit auf. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine umfangreiche Entscheidpraxis, die von den Kantonen bei der Beurteilung berücksichtigt werden muss.³⁹

25. Gemäss dieser Praxis muss eine Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgen, bei welcher die leistungsbezogenen Kostenunterschiede der verschiedenen Spitäler aufgrund der erhobenen finanziellen Daten untersucht werden müssen. Diese kann mit einem Benchmarking vorgenommen werden.⁴⁰ Zudem muss eine Qualitätsprüfung durchgeführt werden.⁴¹ Einen Rechtsanspruch auf die Aufnahme in die Spitalliste gibt das Gesetz den einzelnen Spitälern nicht.⁴²

26. Aufgrund dieser Kriterien und im Einklang mit einem Gutachten der WEKO aus dem Jahr 2010⁴³ ist festzuhal-

ten, dass der Entscheid über die Spitalplanung eine politische Dimension hat und eine kartellrechtliche Kontrolle der Gestaltung der Spitalliste aufgrund der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen ist.

27. Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 KG zu prüfen, wieweit die staatliche Marktregulierung – d.h. vorliegend die kantonale Spitalliste – den Wettbewerb ausschliesst.⁴⁴ Dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen und der Ausschluss der Anwendung des Kartellgesetzes ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.⁴⁵

28. Der auf die Aufnahme auf die Spitalliste gerichtete Wettbewerb unter den Spitälern wird durch die gesetzlich vorgesehene Spitalliste nicht ausgeschlossen, da ein Spital durchaus einen Anreiz hat, durch wirtschaftlich effiziente, qualitativ hochwertige und zweckdienliche Angebote auf der Spitalliste geführt zu werden. Auch wenn der Entscheid über die Aufnahme eine politische Dimension hat, sind dennoch nachvollziehbare Ermessensentscheide und insbesondere die Berücksichtigung der Planungskriterien, an welchen sich die Spitäler messen können, erforderlich (vgl. Rz 24 f.). Der Gesetzgeber wollte den Wettbewerb betreffend die Aufnahme auf die Spitalliste nicht ausschliessen, sondern die Zielsetzung der KVG-Revision war es im Gegenteil, dass «[...] einzig die Markt- und Wettbewerbsregeln bestimmen, wer [Eingang auf die kantonale Liste findet und somit] Zugang zum Markt erhält.»⁴⁶ Entsprechend ist davon auszugehen, dass keine Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG bestehen,

³¹ Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

³² Im Bereich der HSM beschliessen die Kantone gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung (Art. 39 Abs. 2bis KVG). Dieser Pflicht sind die Kantone durch den Abschluss der interkantonalen Vereinbarung vom 14. März 2008 über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) und der darauf basierenden Spitalliste für HSM nachgekommen.

³³ Staatsvertrag vom 6. Februar 2018 zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft betreffend Planung, Regulation und Aufsicht in der Gesundheitsversorgung (SG 333.200).

³⁴ Chance Gesundheit, <<https://chance-gesundheit.ch/de/medien/2021>> (19.9.2025).

³⁵ RPW 2018/4, 1016 Rz 53, *Universitätsspital Basel-Stadt/ Kantonsspital Basel-Land*.

³⁶ Im Bereich der HSM kommt das Ermessen dem HSM-Beschlussorgan zu. Bei der Erstellung der HSM-Spitalliste ist auch das HSM-Beschlussorgan an die Planungsgrundsätze von Art. 58a bis 58e KVV gebunden.

³⁷ BVGer, C-401/2012 vom 28.1.2014 E. 3.2; BVGer, C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.3.2; BVGer, C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 4.1; vgl. unter der alten Spitalfinanzierung BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen.

³⁸ BVGer, C-6504/2011 vom 3. Dezember 2013 E. 6.3.3.

³⁹ BVGer, C-3413/2014 vom 11. Mai 2017; BVGer, C-2389/2012 und C-1841/2014 vom 21. August 2015; BVGer, C-4302/2011 vom 15. Juli 2015; BVGer, C-6088/2011 vom 6. Mai 2014; BVGer, C-5647/2011 vom 16. Juli 2013.

⁴⁰ BVGer, C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 7.1.1.

⁴¹ BVGer, C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 8 ff.

⁴² BVGer, C-6504/2011 vom 3. Dezember 2013 E. 6.3.3; BVGer, C-255/2015 vom 19. April 2017 E. 4.2.5.

⁴³ RPW 2010/2, 430 Rz 34 und 43, *Gutachtauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012*.

⁴⁴ BGE 141 II 66, E. 2.2.1.

⁴⁵ BGE 141 II 66, E. 2.2.3.

⁴⁶ Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5587.

die den Wettbewerb zwischen den Spitälern über die Aufnahme auf die Spitalliste ausschliessen.

B.2.1.2 Tarifsysteem für akutstationäre Behandlungen

29. Im Grundversicherungsbereich werden für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich des Aufenthalts und der Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen vereinbart. Diese sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen (Art. 49 Abs. 1 KVG).⁴⁷ Seit dem 1. Januar 2012 ist SwissDRG (Swiss Diagnosis Related Groups) das in der Schweiz geltende Tarifsysteem für akutstationäre Spitaldienstleistungen. Es setzt die gesetzgeberischen Vorgaben um. In diesem System wird jeder Spitalaufenthalt anhand bestimmter Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnosen, Behandlungen usw.) einer Fallgruppe zugeordnet und pauschal vergütet. Die SwissDRG-Tarifstruktur wird jedes Jahr auf Basis neuer Kosten- und Leistungsdaten der Spitäler verfeinert und ergibt das schweizweit einheitliche Kostengewicht einer Behandlung.⁴⁸

30. Die Höhe der Abgeltung für akutstationäre Behandlungen wird berechnet, indem das für die jeweilige Behandlung geltende Kostengewicht (SwissDRG) mit dem Basispreis (Baserate) multipliziert wird. Die Basispreise werden jährlich durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) verhandelt und von der kantonalen Regierung genehmigt (Art. 46 Abs. 4 KVG). Die so berechnete Vergütung wird vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil mindestens 55 % beträgt (Art. 49a Abs. 1 und 2^{ter} KVG).

31. Bei den Tarifen der neuen Spitalfinanzierung steht der Wettbewerbsgedanke im Vordergrund.⁴⁹ Die neue Spitalfinanzierung soll den Wettbewerb zwischen den Spitälern stärken sowie zu einer Verbesserung der Qualität und Steigerung der Effizienz führen.⁵⁰ Trotz des Vorliegens eines Tarifsystems sind die Spitäler im Vergleich zur Vergangenheit einem stärkeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt (yardstick competition⁵¹). Mit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung wollte der Gesetzgeber mehr Wettbewerb unter den auf den Spitallisten erscheinenden Spitälern schaffen und nicht das Gegenteil. Hinzu kommt, dass im stationären Bereich unter Anwendung des SwissDRG durch die unterschiedlichen Baserates nicht durchwegs identische Preise zur Anwendung kommen. Das Vergütungssystem basiert zwar insgesamt auf einem regulierten Preissystem. Hinzu kommt, dass der Preis für die Versicherten aufgrund der Versicherungsdeckung nicht entscheidend ist und sie diesen oftmals gar nicht kennen bzw. ihre Entscheidung, in welchem Spital sie sich behandeln lassen wollen, jedenfalls nicht vom Preis abhängt.⁵² Der Preiswettbewerb gegenüber den Versicherern ist jedoch aufgrund der unterschiedlichen Baserates nicht vollständig ausgeschlossen. Die Spitäler haben zudem im Sinne der Wirtschaftlichkeitskriterien der neuen Spitalfinanzierung einen Anreiz, die Preise tief zu halten.

B.2.2 Zusatzversicherungsbereich

32. Die Tätigkeit der beteiligten Unternehmen beschränkt sich nicht auf Leistungserbringungen im Be-

reich der Grundversicherung, sondern sie bieten auch Behandlungen zu Lasten der Zusatzversicherung an. In diesem Bereich gilt das VVG⁵³ und somit grundsätzlich auch Vertragsfreiheit. Um im Zusatzversicherungsbereich wettbewerbsfähig zu sein, muss ein Spital allerdings faktisch auf der Spitalliste geführt sein. Dies rührt daher, dass sich die Einnahmen eines Spitals in der Regel aus einem Anteil der Grundversicherung und einem Anteil der Zusatzversicherung zusammensetzen. Ohne Entschädigung aus der Grundversicherung ist ein Spital deshalb nicht in gleichem Masse in der Lage, die Kosten zu decken. Entsprechend bietet die überragende Mehrheit der Spitäler auch im Zusatzversicherungsbereich nur Leistungen an, für die sie auf der Spitalliste sind.

33. Die Vertragsfreiheit im Zusatzversicherungsbereich zeigt sich insbesondere in Zusammenhang mit den Tarifverhandlungen zwischen den Zusatzversicherern und den Leistungserbringern für die entsprechenden Leistungen. Scheitern die Tarifverhandlungen, wendet ein Spital in der Regel die hauseigene, einseitig festgelegte Taxordnung an. Die Forderungen aus den Rechnungen richten sich an die Patientinnen und Patienten. Die von der versicherten Person der Zusatzversicherung eingereichte Rechnung wird in der Folge je nach Versicherer und Versicherungsprodukt vergütet oder nicht (resp. teilweise vergütet).

34. Weder die zwischen den Leistungserbringern und den Versicherern ausgehandelten Tarife im Bereich der Zusatzversicherung noch die Bestimmungen des VVG stellen vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG dar.⁵⁴

B.2.3 Weitere Kostenträger

35. Spitäler erbringen auch Leistungen zulasten der Kostenträger Unfallversicherung, Invalidenversicherung und Militärversicherung. Betreffend die vorliegend zu beurteilenden Leistungen der Spitäler ist festzuhalten, dass zwar der Umfang der Kostenübernahme variieren kann, die Abrechnung an sich jedoch vom oben beschriebenen Rahmen nicht abweicht. So wird im stationären Bereich ebenfalls nach SwissDRG abgerechnet

⁴⁷ Für die stationäre Rehabilitation wurde die einheitliche Tarifstruktur «Tarifsysteem Rehabilitation» («ST Reha») von der SwissDRG AG in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen entwickelt. Was Langzeitbehandlungen betrifft, so werden diese typischerweise von Pflegeheimen durchgeführt und von der Krankenversicherung nach Massgabe von Art. 25a KVG teilweise übernommen.

⁴⁸ Vgl. SwissDRG, Aufgaben und Verantwortung, <<https://www.swissdrg.org/de/ueber-uns/organisation/aufgaben-und-verantwortung>> (13.10.2025).

⁴⁹ Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5569.

⁵⁰ Vgl. RPW 2018/4, 1016 Rz 57, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*, m.w.H.

⁵¹ DRANOVE DAVID/SATTERTHWAITE MARK A., *Handbook of Health Economics*, S. 1118 ff.

⁵² Vgl. diesbezüglich RPW 2008/4, 573 Rz 157, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁵³ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

⁵⁴ Vgl. RPW 2006/3, 521 Rz 69 ff., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

(vgl. Art. 56 UVG⁵⁵ i.V.m. Art. 70 ff. UVV⁵⁶, Art. 14^{bis} IVG⁵⁷ und Art. 27 IVG i.V.m. Art. 3^{quater} IVV⁵⁸ und Art. 26 MVG⁵⁹ i.V.m. Art. 13 MVV⁶⁰). Zu beachten ist, dass der Kanton für Behandlungen im Rahmen der Unfall- und Militärversicherung keinen Kostenanteil zu tragen hat⁶¹ und für solche im Rahmen der Invalidenversicherung der Kostenanteil des Kantons 20 % bei Spitälern auf der Spitalliste beträgt (Art. 14^{bis} IVG).

B.2.4 Fazit

36. In den im Zusammenhang mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zu beurteilenden Märkten bestehen keine Vorschriften, die einer Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen.

37. Wie in der Stellungnahme USB/KSBL festgehalten und im Entscheid USB/BSB bestätigt, sind Spitalfusionen wie andere Unternehmenszusammenschlüsse den Wettbewerbsbehörden zur Zusammenschlusskontrolle

zu melden, sofern die Voraussetzungen (Unternehmenszusammenschluss sowie Erreichen der Melde-schwellen) erfüllt sind.

B.3 Meldepflicht

38. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO 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).

39. Im Jahr 2024 wurden gemäss den Parteien folgende Umsätze erzielt:

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2024

Unternehmen	Umsatz weltweit (in TCHF)	Umsatz Schweiz (in TCHF)
USB (inkl. Beteiligungen)	1 457 268	1 457 115
SCS	252 697	252 697
St. Clara Infra AG	1 758	1 758
St. Clara Forschung AG	1 476	1 476
CURA	641	641
Clarunis	32 236	32 236
Total	1' 746 076	1 745 923

Quelle: Angaben der Parteien.⁶²

40. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind erreicht, womit das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

41. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Sodann kann die WEKO einen Unternehmenszusammenschluss untersagen oder mit Auflagen zulassen, wenn die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung die Gefahr der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt (Art. 10 Abs. 2 KG).

42. 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.

43. 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.

⁵⁵ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

⁵⁶ Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

⁵⁷ Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

⁵⁸ Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201).

⁵⁹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1).

⁶⁰ Verordnung vom 10. November 1993 über die Militärversicherung (MVV; SR 833.11).

⁶¹ Vgl. Vereinbarung zwischen den Versicherern gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vertreten durch die Medizinaltarif-Kommission UVG (MTK); der Invalidenversicherung (IV) vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen; der Militärversicherung vertreten durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) betreffend der Mitfinanzierung von stationären UV/MV/IV-Patienten durch die Kantone vom August 2011.

⁶² Meldung, Rz 76.

44. Was die Beschaffungsmärkte betrifft, so kann den Parteien aufgrund der von ihnen vorgelegten Informationen insofern zugestimmt werden, dass die Übernahme der SCS keine wesentlichen Auswirkungen auf diese Märkte haben wird, was den Einkauf von Arzneimitteln, medizinischen Produkten und medizinischen Geräten betrifft.⁶³ Besondere Beachtung verdient hingegen die Stellung des USB als Arbeitgeber, insbesondere für Medizinalberufe im Zusammenhang mit der Spitalver-

sorgung. Diese Stellung wird durch den Erwerb der SCS gestärkt, und das USB beabsichtigt, weitere Schritte zu unternehmen, um kooperativere, ressourcenschonendere Versorgungsmodelle zu entwickeln und somit die vorhandenen knappen personellen Kapazitäten effizient und patientenorientiert einzusetzen.⁶⁴

45. Gemäss der Meldung werden folgende Leistungsbe-
reiche⁶⁵ durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

Tabelle 2: Übersicht über die gemeinsamen Leistungsbereiche (SPLB) bzw. Spitalgruppen (SPLG)

SPLB	SPLG	Bemerkungen
Basispaket	BP	
Dermatologie	DER1, DER1.1	Dermatologie (inkl. Geschlechtskrankheiten)
Endokrinologie	END1	
Gastroenterologie	GAE1, GAE1.1	
Gefässchirurgie	GEFA	Interventionen in Gefässchirurgie, intraabdomi- nale Gefässe
Gynäkologie	GYN1, GYN2, GYNT	
Hämatologie	HAE1, HAE2, HAE3	
Hals-Nasen-Ohren	HNO2	Schild- und Nebenschilddrüsenchirurgie
Kardiologie	KAR1, KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2 KAR1.3	
Nephrologie	NEP1	
Neurologie	NEU1, NEU2, NEU2.1, NEU3	
Onkologie	ONK1	
Pneumologie	PNE1, PNE1.1, PNE2	
Radiologie	RAD1	Interventionelle Radiologie
Radio-Onkologie	RAO1	
Rheumatologie	RHE1	
Schwere Verletzungen	UNF1	
Thoraxchirurgie	THO1, THO1.1	
Urologie	URO1, URO1.1, URO1.1.1, URO1.1.3, URO1.1.8	
Viszeralchirurgie	VIS1, VIS4	

Quelle: Angaben der Parteien,⁶⁶ Tabelle: Aufstellung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat).

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

46. 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).

47. Die WEKO hat sich bereits mehrfach mit der Abgrenzung des relevanten sachlichen Marktes bei Zusammenschlussvorhaben zwischen Spitälern befasst. Nicht nur verfasste sie im Jahr 2018 eine Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben USB/KSBL,⁶⁷ sondern liess zudem im Jahr 2022 die Fusion zwischen dem USB und der BSB zu.⁶⁸

48. Auf der Grundlage dieser Praxis im Zusammenhang mit Zusammenschlussvorhaben von Spitälern werden nachfolgend die wesentlichen Überlegungen im Hinblick auf den vorliegenden Fall herausgearbeitet und konkretisiert.

⁶³ Meldung, Rz 120.

⁶⁴ Meldung, Rz 64.

⁶⁵ Das Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept ist ein von der Gesundheitsdirektion Zürich entwickeltes Klassifikationssystem, in welchem medizinische Leistungen zu Leistungsgruppen zusammengefasst werden, und welches für die leistungsorientierte Spitalplanung und die Formulierung von Leistungsaufträgen an die Spitäler verwendet wird. Das SPLG-Konzept ermöglicht die Koordination der Spitalplanungen unter den Kantonen, vgl. GDK, Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept für die Akutsomatik, <<https://www.gdk-cds.ch/de/gesundheitsversorgung/spitaeler/planung/splg>> (19.09.2025).

⁶⁶ Meldung, Rz 200 ff.

⁶⁷ RPW 2018/4, *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-Landschaft*.

⁶⁸ RPW 2022/3, *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.

49. Eine erste Unterteilung im Hinblick auf das Angebot Gesundheitsdienstleistungen in der Schweiz ist jene zwischen ambulanter⁶⁹ und stationärer Behandlung. Diese beiden Arten der medizinischen Versorgung sind getrennt zu betrachten, da sie weder untereinander austauschbar sind noch den gleichen Tarifregelungen unterliegen.⁷⁰

50. Weiter ist im Bereich der stationären Behandlung der Versorgungsbereich der akutsomatischen Spitalbehandlung von den Versorgungsbereichen der Rehabilitation und der psychiatrischen Behandlung abzugrenzen. Dabei handelt es sich gemäss der Praxis der WEKO um separate Versorgungsbereiche, da sie aufgrund ihrer unterschiedlichen medizinischen Schwerpunkte und Zielsetzungen nicht untereinander austauschbar sind.⁷¹

51. Bei einer weiteren Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für akutsomatische Spitalbehandlungen ist auf eine Unterteilung der verschiedenen Gesundheitsdienstleistungen gemäss dem Klassifikationssystem der Spitalleistungsgruppen (SPLG)⁷² abzustellen. Dabei handelt es sich um ein von der Gesundheitsdirektion Zürich entwickeltes Klassifikationssystem, in welchem medizinische Leistungen zu Leistungsgruppen zusammengefasst werden und welches für die leistungsorientierte Spitalplanung und die Formulierung von Leistungsaufträgen an die Spitäler verwendet wird. Das SPLG-Konzept ermöglicht zudem die Koordination der Spitalplanungen unter den Kantonen.⁷³

52. Bei der Vergabe der Leistungsaufträge wird jedes Spital aufgrund der nach den SPLG erbrachten Leistungen bewertet, wobei insbesondere die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der erbrachten Gesundheitsdienstleistungen berücksichtigt werden. Zudem hängt die Anzahl vergebener Leistungsaufträge pro SPLG vom Deckungsbedarf der kantonalen Bevölkerung für die Dauer des Mandats ab. Bereits bei der Bewerbung für die Aufnahme auf die Spitalliste – und dementsprechend auch für den Erhalt von Leistungsaufträgen – werden die einzelnen SPLG relevant und legen die Tätigkeitsbereiche der Spitäler zumindest für die Dauer der kantonalen Spitalplanung klar fest. Die SPLG⁷⁴ sind daher als relevante Märkte bei Zusammenschlüssen zwischen Spitälern zu betrachten.

53. Unter den verschiedenen SPLG sind diejenigen abzugrenzen, die sich auf HSM beziehen, da sich die Planung und die Koordination diesbezüglich zentralisiert über das Gebiet der gesamten Schweiz erstrecken und deshalb nicht alle Spitäler in der Schweiz zum Anbieten solcher Leistungen berechtigt sind (vgl. Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG).

54. Schliesslich sind bei den Leistungen gemäss SPLG zwischen solchen, die von der Grundversicherung, und solchen, die von der Zusatzversicherung rückvergütet werden, zu unterscheiden. Auch diese Unterteilung entspricht der Praxis der WEKO.⁷⁵

⁶⁹ Ambulante Behandlungen sind im Allgemeinen diejenigen, die auch von Ärztinnen und Ärzten oder anderen ambulanten Leistungserbringern (Physiotherapeutinnen und -therapeuten, Chiropraktikerinnen und -praktiker usw.) in ihren Praxen angeboten werden. Da seit einigen Jahren der Grundsatz «Ambulant vor Stationär» gilt, werden Operationen zunehmend ambulant durchgeführt. Diese Behandlungen erfordern allerdings einen ausgestatteten Operationssaal und qualifiziertes Personal. Die Entwicklung des Angebots an ambulanten Operationen wird bei der Definition der relevanten Märkte und deren Analyse im Falle von Spitalfusionen zunehmend zu berücksichtigen sein, vgl. RPW 2025/1, 234 Rz 5, 22 und 28, *Hirslanden AG/Spital Männedorf AG/Ambulante Klinik Meilen AG*; Bundesamt für Gesundheit BAG, <<https://www.bag.admin.ch/de/ambulant-vor-stationaer>> (30.09.2025).

⁷⁰ Im Bereich der ambulanten Grundversicherung haben sich die Leistungserbringer und die Versicherungsgesellschaften auf die Tarifstruktur TARMED (tarif médical) geeinigt (Art. 43 Abs. 5 KVG). Die Tarifstruktur TARMED wird per 1. Januar 2026 durch die Einzelleistungstarifstruktur TARDOC sowie durch eine Tarifstruktur mit ambulanten Pauschalen ersetzt, vgl. Bundesamt für Gesundheit BAG, Ambulanter Arzttarif, <<https://www.bag.admin.ch/de/ambulanter-arzttarif>> (13.10.2025).

⁷¹ RPW 2018/4, 1020 Rz 82 ff., *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-Landschaft*; RPW 2022/3, 662 Rz 34, *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.

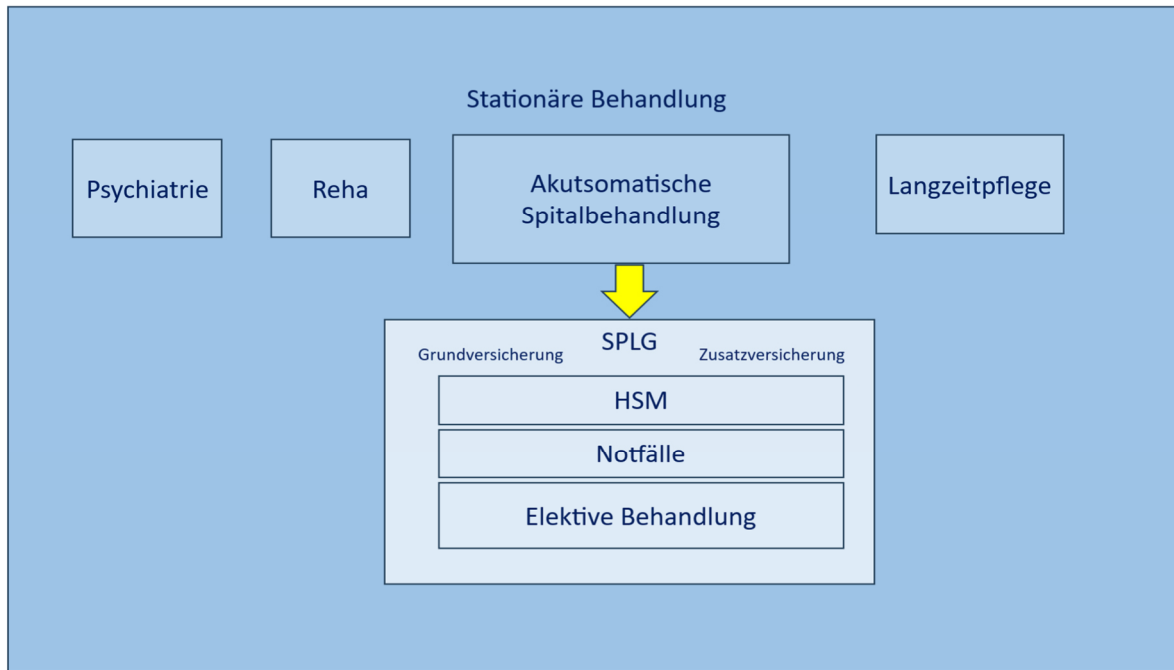
⁷² Vgl. GDK, Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept für die Akutomatik, <<https://www.gdk-cds.ch/de/gesundheitsversorgung/spitaeler/planung/splg>> (07.10.2025).

⁷³ Die Spitalliste Akutomatik des Kantons Basel-Stadt unterscheidet zwischen 38 Leistungsbereichen (SPLB, z.B. Dermatologie). Diese umfassen 145 Leistungsgruppen (z.B. DER1.1 Dermatologische Onkologie, DER1.2 Schwere Hauterkrankungen etc.). Diese Leistungsgruppen sind präzise bestimmt, vgl. hierzu Kanton Zürich, Spitalplanungs-Leistungsgruppen & Grouper-Software, <<https://www.zh.ch/de/gesundheitsversorgung/spitaeler/planung/splg-grouper.html#-1062264543>> (3.10.2025).

⁷⁴ Siehe Meldung, Beilage 1.

⁷⁵ RPW 2018/4, 1020 Rz 86 ff., *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-Landschaft*; RPW 2022/3, 662 Rz 36, *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.

Graphik 1: Unterteilung der Märkte im Bereich der stationären Behandlung



Graphik: Darstellung des Sekretariats.

55. Im vorliegenden Fall sind somit folgende Märkte zu berücksichtigen: Je ein Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen pro Spitaldienstleistungsgruppe, unterteilt in ein Grundversicherungs- und ein Zusatzversicherungsssegment.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

56. 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).

57. Für die Definition des relevanten räumlichen Marktes hat sich die WEKO in den Fällen, in denen dies erforderlich war, auf die in den Vereinigten Staaten entwickelte Praxis gestützt. Diese basiert auf der Analyse der Patientenströme zwischen den verschiedenen Regionen. Ausgangspunkt dieser Analyse ist der Elzinga-Hogarty-Test⁷⁶, der auf zwei Indikatoren basiert: LIFO (Little In From Outside) und LOFI (Little Out From Inside), wobei sich die Begriffe «In» und «Out» nicht auf Patientinnen und Patienten, sondern auf den Import und Export von Gesundheitsdienstleistungen beziehen.⁷⁷ Liegen die Werte dieser Indikatoren zwischen 10 und 25 %⁷⁸, kann der relevante räumliche Markt auf die untersuchte Region abgegrenzt werden. Bei höheren Werten muss der Markt hingegen erweitert werden, d. h. die Indikatoren würden unter Einbezug eines grösseren räumlichen Gebietes in den relevanten Markt neu berechnet, sodass die Werte innerhalb dieser Bandbreite angesiedelt sind.⁷⁹

58. Ein Abstützen auf den LIFO-/LOFI-Test bei Fusionen von Spitälern wurde in den USA zunehmend kritisiert⁸⁰ und durch andere, mehr oder weniger komplexe Tests ersetzt. Diese werden ebenfalls von europäischen Behörden angewendet.⁸¹

59. Angesichts der Besonderheiten des Schweizer Gesundheitssystems und insbesondere der institutionellen Aspekte, die das Angebot an Spitalleistungen prägen, stellt sich zudem die Frage, ob der Elzinga-Hogarty-Test sowie andere Tests, die zur Definition des geografischen Marktes bei Zusammenschlüssen verwendet werden, in der Schweiz uneingeschränkt anwendbar sind.

⁷⁶ Vgl. ELZINGA KENNETH G./HOGARTY THOMAS F., *The Problem of Geographic Market Definition Revisited: The Case of Coal*, 23 Antitrust Bull. 1 (1978).

⁷⁷ RPW 2018/4, 1021 Rz 96 ff., *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-Landschaft*.

⁷⁸ Ein Kritikpunkt an diesem Test betrifft die Wahl dieser prozentualen Werte, da sie nicht auf wissenschaftlichen Studien beruhen würden.

⁷⁹ Das deutsche Bundeskartellamt (BKart) stützt sich zur Analyse des räumlich relevanten Marktes ebenfalls auf die Patientenströme, entscheidet jedoch nicht auf der Grundlage starrer Grenzwerte, sondern passt diese im Rahmen einer mehrdimensionalen Gesamtanalyse aufgrund der tatsächlichen Umstände relativiert an. Aus den bisherigen Entscheidungen geht hervor, dass das BKart die kritische Schwelle in der Regel bei etwa 20% ansetzt, vgl. hierzu RPW 2008/4, 544 ff. Rz 97 ff., 101 und 104, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁸⁰ Vgl. TENN STEVEN/VENDERGRIFT SOPHIA, *Geographic Market Definition in Urban Hospital Mergers: Lessons from the Advocate-NorthShore Litigation*, in: the antitrust source, 2017.

⁸¹ Vgl. MAKHKAMOVA LOLA, *Techniques for Geographic Market Definition in Hospitals*, <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Techniques-for-geographic-market-definition-in-hospitals.pdf>> (8.10.2025).

60. Während die mangelnde Preissensibilität der Patientinnen und Patienten ein Problem vieler Gesundheitssysteme ist⁸², kommt in der Schweiz ferner die Frage der kantonalen Spitalliste und der Festlegung der Leistungsaufträge für Spitäler auf der Grundlage des geschätzten Bedarfs hinzu. Nachdem ein Kanton den Bedarf an Behandlungen in den verschiedenen SPLG ermittelt hat,⁸³ wendet er sich primär an die Anbieter in seinem Gebiet und subsidiär an Leistungserbringer ausserhalb des Kantons. Letztere kommen zum Einsatz, wenn es im Kantonsgebiet generell nicht genügend Anbieter gibt,⁸⁴ wenn nicht genügend Anbieter in einer bestimmten Fachrichtung vorhanden sind oder wenn, wie im Fall von HSM-Eingriffen, der Bedarf nur ausserhalb des Kantons gedeckt werden kann.

61. Ist die definitive Spitalliste inkl. der Leistungsaufträge gemäss SPLG und somit auch die von der Grundversicherung übernommenen Gesundheitsdienstleistungen bekannt, kann davon ausgegangen werden, dass sich potenzielle Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz im Kantonsgebiet, vor allem aber das Gesundheitspersonal, das die potenziellen Patientinnen und Patienten begleitet, vorrangig an diesem Angebot orientieren bzw. orientiert. Ein erster Faktor, der den Patientenfluss und damit den relevanten geografischen Markt beeinflussen könnte, sind somit die kantonalen Spitalisten. Je mehr Spitäler aus dem Kanton auf dieser Liste stehen, desto wahrscheinlicher ist es, dass die Bürgerinnen und Bürger dieses Kantons keine bzw. weniger Spitalbehandlungen ausserhalb der Kantonsgrenzen in Anspruch nehmen.⁸⁵

62. Die Spitalliste kann nicht nur ein Indikator für die Mobilität der im Kanton wohnhaften Patientinnen und Patienten sein, aber auch für den Patientenstrom von anderen Kantonen in den Ausgangskanton.⁸⁶ Mit anderen Worten lässt die Spitalliste Annahmen zu, wie stark der Export von Spitaldienstleistungen in andere Kantone (LOFI) ist. Der Export von Gesundheitsdienstleistungen bzw. die Zuwanderung von Patientinnen und Patienten aus anderen Kantonen ist das zweite wichtige Element für die Bestimmung des relevanten geografischen Marktes. Der Patientenstrom aus anderen Kantonen zeigt, inwieweit die Spitäler eines Kantons mit denen benachbarter Kantone konkurrieren. Je bedeutender dieser Patientenstrom ist, desto eher ist davon auszugehen, dass die benachbarten Kantone als Teil des relevanten geografischen Marktes zu betrachten sind. Statistische Daten zu diesen beiden Indikatoren sind auch für die einzelnen SPLG zunehmend öffentlich zugänglich.

63. Im vorliegenden Fall ist die Konstellation noch etwas komplexer, da die beiden Halbkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft gestützt auf einen Staatsvertrag (vgl. Rz 23) ihre Spitalisten⁸⁷ koordinieren und somit den Bedarf der Bevölkerung an Gesundheitsdienstleistungen gemeinsam ermitteln und abdecken. In bestimmten Fachgebieten konzentrieren sie somit die Gesundheitsdienstleistungen auf die wichtigsten Zentren (USB, SCS und KSBL).⁸⁸ Tatsächlich stehen diese Spitäler für bestimmte SPLG⁸⁹ nicht miteinander «im Wettbewerb». Das einzige Spital auf dieser Liste, das nicht in den beiden Halbkantonen liegt, ist das soH Spital Dornach im Kanton Solothurn, dem einige SPLG zugeordnet sind.

64. Die Untersuchung der Patientenströme in den Kanton Basel-Stadt hinein und aus ihm heraus bestätigt, dass der Kanton Basel-Landschaft als integraler Bestandteil des geografischen Marktes für die oben definierten sachlichen Märkte zu betrachten ist. Es gilt also zu prüfen, ob dieses geografische Gebiet erweitert werden muss, um den räumlich relevanten Markt abschliessend abzugrenzen.

65. Auf der Grundlage der Daten aus dem Jahr 2023 bestätigen die Patientenstrme⁹⁰ im Wesentlichen, dass sich die meisten Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz in Basel-Stadt oder Basel-Landschaft innerhalb dieses Gebiets behandeln lassen. Diese Erkenntnis zieht sich über alle SPLB, die vom Zusammenschluss betroffen sind, hinweg. Die Abwanderung in andere Kantone erreicht insgesamt knapp 10 %, konzentriert sich jedoch nie auf einen einzigen Kanton. Die Kantone, die am häufigsten von Basler Patientinnen und Patienten aufgesucht werden, sind Aargau und Solothurn. Die SPLB, bei denen mindestens 9 % der Patienten aus den beiden Halbkantonen ausserkantonal behandelt wurden, sind Basispaket (BP)⁹¹, HNO, Neurologie, Viszeralchirurgie und schwere Verletzungen.

⁸² Die Tatsache, dass die Patientin oder der Patient die Spitalleistungen nicht selbst bezahlt, ist eines der zentralen Elemente, die den Markt für Spitalleistungen von anderen Märkten unterscheiden und beispielsweise die Anwendung von Tests wie dem SSNIP-Test zur Definition des geografischen Marktes erschweren.

⁸³ Für ein Beispiel, wie ein Kanton den Bedarf anhand der Anzahl der erforderlichen Eingriffe definiert, vgl. Konsolidierte Prognose - Anzahl prognostizierte Hospitalisierungen von Patient/-innen aus der Analyse-region nach Prognoseszenario und Leistungsgruppe (Akutsomatik), 2023-2034, Analyseregion: SO, <https://so.ch/fileadmin/internet/ddi/ddi-gesa/PDF/Behandlung_und_Pflege/Spitaeler_und_Kliniken/2025-06-26_Fallzahlen_Prognose_je_SPLG.pdf> (07.10.2025).

⁸⁴ D.h. wenn die kantonale Bedarfsrechnung ergibt, dass die voraussichtlichen Fallzahlen nicht gedeckt werden können.

⁸⁵ übertragen auf die Sprache des Elzinga-Hogarty-Tests würde der Import von Spitaldienstleistungen (LIFO) reduziert werden oder zumindest prozentual innerhalb der Bandbreite liegen.

⁸⁶ Vom Bundesverwaltungsgericht wurde vorgegeben, dass nicht nur der innerkantonalen Nachfrage, sondern auch der ausserkantonalen Nachfrage Rechnung getragen werden muss (BVGer, C-1966/2014 vom 23.11.2015 E. 4.1.3). Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022, S. 9.

⁸⁷ Kanton Basel-Stadt, Gemeinsame Gesundheitsregion (GGR), <<https://www.bs.ch/gd/bereich-gesundheitsversorgung/strategien-programme-und-projekte/gemeinsame-gesundheitsregion-ggr>> (8.10.2025).

⁸⁸ Siehe hierzu Gesundheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt /Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion des Kantons Basel-Landschaft, Spitalliste des Kantons Basel-Stadt 2021 im Bereich der Akutsomatik (gültig ab 1. Januar 2025), <https://media.bs.ch/original_file/42bc8aaef34e2d5ff5282b4cee18b84f3578171/spitalliste-akutsomatik-25-01.pdf> (07.10.2025).

⁸⁹ Ohne Berücksichtigung der HSM-Leistungen hat das KSBL z.B. keinen Leistungsauftrag in Bereich Herzchirurgie (HER1 und ff.) oder im Bereich Neochirurgie (NCH1, NCH1.1 und NCH2). Andere solche Beispiele sind in der Spitalliste der beiden Kantone zu finden.

⁹⁰ Siehe hierzu Gesundheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt/Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion des Kantons Basel-Landschaft, Wirkungsanalyse GGR, <<https://bl-api.webcloud7.ch/politik-und-behorden/direktionen/volkswirtschafts-und-gesundheitsdirektion/amt-fur-gesundheit/spitaeler-und-therapieeinrichtungen/versorgungsplanung/dokumente-wirkungsanalyse-ggr/wirkungsanalyse-ggr.pdf>> (07.10.2025).

⁹¹ Das Basispaket umfasst alle medizinischen und chirurgischen Leistungen, die nicht zu den fachspezifischen Leistungsgruppen gehören (alle Leistungen der Grundversorgung). Das BP bildet die Grundlage für alle Spitäler mit einer Notfallstation und ist für diese obligatorisch.

66. Weniger einheitlich ist das Bild hinsichtlich der Patientenströme aus anderen Kantonen, d.h. dem Export von Gesundheitsdienstleistungen. Betrachtet man zunächst die Gesamtzahl der Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz ausserhalb der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, die sich 2023 im geografischen Gebiet der beiden Halbkantone behandeln liessen, so zeigt sich, dass diese 19 % der insgesamt behandelten Patientinnen und Patienten ausmachen. Werden die Ströme allerdings differenziert nach den einzelnen Kantonen untersucht, wird ersichtlich, dass die 10-Prozent-Grenze in keinem Fall erreicht wird.

67. Diese auf die einzelnen Kantone bezogene Perspektive wird teilweise durch eine detailliertere Aufschlüsselung der Daten zu den Patientenströmen auf der Grundlage der Medstat-Regionen⁹² in Frage gestellt. Diese zeigen, dass in bestimmten Regionen des Kantons Aargau und des Kantons Solothurn der Bevölkerungsanteil, der sich in den Spitälern der beiden Basel behandeln

lässt, deutlich über 20 % liegt. Dieser Faktor spricht für eine Ausweitung des relevanten geografischen Marktes auch auf diese Regionen.

68. Bei genauerer Betrachtung der zur Verfügung stehenden Daten zeigt sich, dass es bei einigen SPLB⁹³ Anzeichen dafür gibt, dass zum Markt der beiden Halbkantone Regionen des Kantons Aargau (für Ophthalmologie und Radio-Onkologie) und des Kantons Jura (für Neurochirurgie und Thoraxchirurgie) hinzukommen.

69. Zusammenfassend lässt sich auf der Grundlage der verfügbaren Daten und unter einer pragmatischen und an den Schweizer Markt angepassten Anwendung des Patientenstromtests feststellen, dass der relevante geografische Markt im Allgemeinen die Region nördlich des Jura darstellt. Diese besteht aus den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Teilen der Kantone Aargau und Solothurn. Je nach Verfügbarkeit der Daten ist dieser Markt entsprechend den verschiedenen SPLB auf Regionen des Kantons Jura auszuweiten.

Tabelle 3: Marktanteile in den wichtigsten Leistungsbereichen der meldenden Unternehmen basierend auf der Anzahl behandelter akutstationärer Fälle in der Region nördlich des Jura 2023

2023	Marktanteile			
	USB/BSB	SCS	Total	Andere
Gesamtmarkt	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%	[50-60]%
SPLB				
Basispaket (BP)	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[60-70]%
Dermatologie (DER)	[50-60]%	[0-10]%	[60-70]%	[30-40]%
Endokrinologie (END)	[20-30]%	[10-20]%	[40-50]%	[50-60]%
Gastroenterologie (GAE)	[20-30]%	[20-30]%	[50-60]%	[50-60]%
Gefässchirurgie (GEF)	[50-60]%	[0-10]%	[60-70]%	[30-40]%
Gynäkologie (GYN)	[50-60]%	[10-20]%	[60-70]%	[30-40]%
Hämatologie (HAE)	[30-40]%	[20-30]%	[60-70]%	[30-40]%
Hals-Nasen-Ohren (HNO)	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
Kardiologie (KAR)	[60-70]%	[0-10]%	[70-80]%	[20-30]%
Nephrologie (NEP)	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[60-70]%
Neurologie (NEU)	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%	[40-50]%
Onkologie (ONK)	[10-20]%	[60-70]%	[80-90]%	[10-20]%
Pneumologie (PNE)	[40-50]%	[10-20]%	[60-70]%	[30-40]%
Radiologie (RAD)	[30-40]%	[20-30]%	[60-70]%	[30-40]%
Radio-Onkologie (RAO)	[40-50]%	[40-50]%	[90-100]%	[0-10]%
Rheumatologie (RHE)	[60-70]%	[0-10]%	[60-70]%	[30-40]%
Schwere Verletzungen (UNF)	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%	[40-50]%
Thoraxchirurgie (THO)	[50-60]%	[20-30]%	[70-80]%	[20-30]%
Urologie (URO)	[20-30]%	[20-30]%	[40-50]%	[50-60]%
Viszeralchirurgie (VIS)	[20-30]%	[20-30]%	[50-60]%	[40-50]%

Quelle: Angaben der Parteien, Tabelle: Aufstellung des Sekretariats.

⁹² Bundesamt für Statistik, Medstat-Regionen, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheits/nomenklaturen/medsreg.html>> (8.10.2025).

⁹³ Womöglich würde die Betrachtung gemäss einer tiefergehenden Aufschlüsselung nach SPLG präzisere Aussagen ermöglichen. Mangels verfügbarer Daten auf der Stufe der SPLG wird in der vorliegenden Prüfung hiervon abgesehen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Vorbemerkungen

70. Um die voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten einschätzen zu können, ist es erforderlich, sich das Wettbewerbsumfeld und dessen Konzeption im Kontext des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zu gewärtigen. Wie vorstehend dargelegt, herrscht zwischen den Spitälern ein weitgehend regulierter Wettbewerb, welcher auf verschiedenen, ineinander verzahnten Ebenen greift. Nachfolgend wird einleitend auf die verschiedenen Erscheinungsformen von Wettbewerb eingegangen, die auf den betreffenden Märkten vorzufinden sind, und zudem deren jeweilige Funktionsweise kurz dargestellt.

71. Zunächst stehen die Spitäler im Wettbewerb beim Vergabeverfahren der Leistungsaufträge, also im Wettbewerb um Aufnahme, Verbleib und Wiederaufnahme auf die kantonale Spitalliste. Interessierte Spitäler reichen ihre Teilnahmeanträge ein und der Kanton teilt Leistungsaufträge insbesondere unter Beachtung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Leistungserbringung von den Bewerbern zu (Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV).⁹⁴ Spitäler haben dadurch den Anreiz, durch wirtschaftlich effiziente, qualitativ hochwertige und zweckdienliche Angebote auf der Spitalliste geführt zu werden. Die Wirtschaftlichkeit und die Qualität sind zentrale Wettbewerbsparameter, welche – im Anschluss an die Planung – auch in Zusammenhang mit anderen Erscheinungsformen des Wettbewerbs eine Rolle spielen. Auch wenn mit dem Erlass einer Spitalliste und im Anschluss daran bis zur Neuauflage der Spitalliste notwendigerweise eine gewisse Statik im Markt erzeugt wird, konkurrieren die Spitäler zunächst um Aufnahme auf die Spitalliste. Die Zielsetzung der KVG-Revision – und damit auch die Aufgabe der Kantone im Rahmen der Spitalplanung – ist es, die Aufnahme von Leistungserbringern auf die Spitalliste idealerweise durch Markt- und Wettbewerbsregeln zu gestalten.⁹⁵

72. Nach Erstellung der Spitalliste müssen die darauf aufgeführten Spitäler durch eine qualitativ hochstehende und möglichst effiziente Leistungserbringung die Zuweisenden, Patientinnen und Patienten und Krankenversicherer überzeugen (Qualitätswettbewerb in der Leistungserbringung). Die Qualität und das Leistungsniveau von Spitälern beeinflussen einerseits den Ruf eines Spitals und sind andererseits auch im Hinblick und zur Positionierung auf eine Aktualisierung und den Erlass neuer bzw. der Neuauflage der Spitallisten von erheblicher Relevanz.⁹⁶ Über Qualität können sich die Spitäler von der Konkurrenz abheben, ihre Kapazitäten auslasten und sich für die nächste Spitalplanung wettbewerbsstrategisch vorteilhaft positionieren.

73. Ergänzt wird dieser Qualitätswettbewerb in der Leistungserbringung durch einen gewissen Kosten- und/oder Preiswettbewerb bei den Tarifverhandlungen. Die Krankenversicherer als Tarifpartner bilden in dieser Hinsicht die Marktgegenseite. Aufgrund unterschiedlicher Baserate haben die Spitäler im Sinne der Wirtschaftlichkeitskriterien einen Anreiz, ihre Preise – oder zumindest die eigenen Kosten – tief zu halten. Darüber hinaus zeigen aktuelle Beispiele, dass einige Spitäler bereit sind,

mit Krankenversicherern zusammenzuarbeiten, um im Gegenzug für eine Senkung der Kosten (Tarife) einen grösseren Pool an Versicherten/Patientinnen und Patienten zu erschliessen.⁹⁷ Solche Projekte können einen direkten Wettbewerb zwischen den Spitälern auslösen, sofern es für bestimmte Spitalleistungen mehrere Anbieter gibt. Insofern haben sowohl Preise wie auch Qualität Einfluss auf die Anzahl Leistungen pro Leistungserbringer und die Positionierung derselben im Markt.

74. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass den Kantonen eine zentrale Funktion im wettbewerbsorientierten Spitaldienstleistungssystem zukommt, in welchem Qualität und Effizienz der Leistungserbringung eine wesentliche Rolle einnehmen. Die Kantone entscheiden über das Instrument der Spitalplanung mit, wie fest und wie gut der Wettbewerb in einem Markt spielt. Obschon sie teilweise selbst Eigner der grössten Spitäler sind, ist davon auszugehen, dass sie als staatliche Behörden selbst von einem effizienten und qualitätsorientierten Umgang mit Ressourcen profitieren. Vor dem Hintergrund der Interessen ihrer Wohnbevölkerung und deren ausreichenden und patientennahen Versorgung haben die Kantone ihre Planungsentscheide mit der entsprechenden und auch zu erwartenden Verantwortung zu treffen.

⁹⁴ Zusätzlich zu diesen ersten zwei Kriterien berücksichtigen die Kantone insbesondere den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist und die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrags (Art. 58b Abs. 4 Bst. b und c KVV).

⁹⁵ Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5587.

⁹⁶ Mit der Vergabe der kantonalen Leistungsaufträge verpflichten die Kantone die Spitäler, an den durch den Nationalen Verein zur Qualitätsentwicklung in Spitälern und Kliniken (ANQ) koordinierten nationalen Messungen teilzunehmen. Die spitalindividuellen Ergebnisse werden vom ANQ nach den vom Verein definierten Grundsätzen publiziert, vgl. Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren, Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022, S. 14.

⁹⁷ CSS, Neues integriertes Versorgungsmodell der Spitalgruppe Moncucco und der CSS, <<https://www.css.ch/de/ueber-css/story/medienpublikationen/medien/mitteilungen/css-versorgungsmodell-moncucco-tessin.html>> (15.10.2025).

75. Je höher die Fallzahl einer Spitaleinrichtung ist, desto mehr Routine entwickelt diese in Bezug auf die einzelnen Spitaldienstleistungen. Diese Erfahrung spiegelt sich in einer Erhöhung der Qualität wider.⁹⁸ Die Kantone sind auch in dieser Hinsicht bestrebt, die Spitaldienstleistungen und die entsprechenden Fallzahlen zu konzentrieren, um dadurch Überkapazitäten abzubauen und somit die Qualität der Leistungen zu fördern.⁹⁹ Nicht zuletzt hat die Spitalplanung zum Ziel, die Auswirkungen einer durch das Angebot induzierten Nachfrage zu minimieren.¹⁰⁰ Auch der potenzielle Wettbewerb beim Eintritt in diese Märkte wird dadurch konstant verringert. Letztlich wird sich, wie durch das Zusammenschlussvorhaben zwischen dem USB und der SCS bestätigt, die Leistungserbringung im akutstationären Spitalbereich zunehmend auf wenige Anbieter konzentrieren, denen der Grossteil der Leistungsaufträge zugeteilt wird.

76. Im vorliegenden Fall sind zweierlei Überlegungen hinsichtlich der Prüfung der Wettbewerbsintensität auf den verschiedenen betroffenen Märkten zu beachten. Einerseits ist das derzeitige Angebot an akutstationären Spitalleistungen das Ergebnis der kantonalen Spitalplanung und der darauf aufbauenden Spitalliste, die gemeinsam von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft aufgestellt wurde. In umfassender Kenntnis aller Aspekte, die für die Vergabe der Leistungsaufträge zu berücksichtigen sind, haben sich die beiden Halbkantone 2021 für eine Konzentration der Leistungen auf das USB, das KSBL und gezielt auch auf die SCS entschieden. Für das betreffende Gebiet ist dies die einzige Privatklinik, die einen massgeblichen Einfluss auf den Markt hat und sich nicht wie die anderen privaten Kliniken auf Spitalleistungen im Bereich des Bewegungsapparates konzentriert.¹⁰¹ Die SCS spielt daher seit Jahren eine wichtige Rolle bei der Abdeckung der notwendigen Spitalversorgung für Patientinnen und Patienten in den beiden Halbkantonen. Sie ist für das USB eine wichtige Stütze bei der Entwicklung von Kooperationen in bestimmten Bereichen. Schliesslich befürwortet der Kanton Basel-Stadt den Kauf der SCS, obwohl dieser Zusammenschluss den Verlust eines unabhängigen, privaten Konkurrenten von gewissem Rang unter den Anbietern bestimmter Spitalleistungen auf dem kantonalen Gebiet bedeutet. Seiner Ansicht nach sei die weitere Zunahme der Konzentration und damit der Qualität der heute der SCS anvertrauten Spitalleistungen gegenüber einem anhaltenden Wettbewerb um die Qualität dieser Leistungen, die der Bevölkerung von zwei Spitälern unabhängig voneinander erbracht würden, vorzuziehen.¹⁰²

77. Der Kanton Basel-Landschaft befürchtet anlässlich der Übernahme der SCS, dass hinsichtlich der Grundversorgung mit einer erheblichen Abnahme der Konkurrenz auf dem Gesundheitsmarkt zu rechnen sei und die Gefahr bestünde, dass eine Konzentration der Leistungen bei dem USB zu einer Gesundheitskostensteigerung ohne zusätzlichen Mehrwert für die Patientinnen und Patienten führen würde. Der Kanton weist insbesondere darauf hin, dass dies der Fall sein könnte, wenn Leistungen der SCS, die derzeit mit der SCS-Baserate vergütet werden, beim USB konzentriert und neu zur USB-Baserate vergütet würden.¹⁰³

78. Diese Bedenken können wiederum angesichts der planerischen Tätigkeiten der Kantone und deren Einfluss

auf die Spitaldienstleistungsmärkte relativiert werden. Die verschiedenen Leistungsaufträge werden auf Gesuch hin in einem bi-kantonalen Verfahren und standortbezogen an die unterschiedlichen Leistungserbringer vergeben. Eine konzerninterne Verschiebung von Leistungsaufträgen ohne formelle Genehmigung durch die Regierungsräte von Basel-Stadt und Basel-Landschaft ist deshalb nicht zulässig.¹⁰⁴

79. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in den vorliegend relevanten Märkten einerseits der Wettbewerb in den dargelegten Erscheinungsformen spielt, andererseits aber die Anwendung des Kartellgesetzes durch regulatorische Hürden beeinflusst wird. Der Kanton Basel-Stadt als unternehmerischer Entscheidungsträger über die Übernahme der SCS durch das USB verfügt im Bereich der Spitaldienstleistungen über die erforderlichen Fachkenntnisse und Kompetenzen, um das Zusammenschlussvorhaben zukunftsorientiert zu gestalten. Vom Kanton Basel-Stadt wird indes gefordert, dass dieser im Interesse seiner Bevölkerung handelt und eine Reduktion der Gesundheitskosten im Kanton Basel-Stadt sowie langfristig die Verbesserung der sozialen Wohlfahrt anstrebt. Entsprechend trägt auch der Kanton die Verantwortung über das Gelingen der Übernahme im Sinne der Sicherstellung einer qualitativ hochwertigeren, effizienteren medizinischen Versorgung sowie der Innovation und Patientenorientiertheit¹⁰⁵ ohne Kostenerrhöhung in der Grundversicherung¹⁰⁶.

⁹⁸ Beispielsweise sinken die Anzahl Komplikationen bei Eingriffen und die Anzahl Rehospitalisierungen wird vermindert.

⁹⁹ News Service Bund, Patienten erhalten mehr Informationen über die Behandlung in den Spitälern, <news.admin.ch/de/nsb?id=58340> (15.10.2025); vgl. auch <https://www.baseland.ch/> > Organisation > Regierungsrat > Medienmitteilung > Ab 1. Juli 2021: Gleichlautende Spitallisten für Basel-Stadt und Basel-Landschaft > 4_Stellungnahme Fachkommission, S. 6 (15.10.2025).

¹⁰⁰ Die Kantone können spezifische Massnahmen zur Vermeidung von medizinisch nicht indizierten stationären Behandlungen, von unverhältnismässigen Mengenausweitungen oder von Überkapazitäten ergreifen, vgl. Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren, Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022, S. 18.

¹⁰¹ Gemäss den Parteien erfolgte die Konzentration auf den relevanten Märkten aufgrund der Vergabe von Leistungsaufträgen nach objektiven Eignungsindikatoren (bspw. Anforderungen an Mindestfallzahlen, 24/7-Vorhaltepflcht von Notfall- und Intensivmedizin, Präsenz von Fachärztinnen und -ärzten der Inneren Medizin, chirurgischer Spezialdisziplinen usw.). Die Bedarfsmengen sollten in erster Linie durch jene Spitäler gedeckt werden, die in der jeweiligen SPLG den höchsten Nutzwert aufwiesen. Die Eignung von Privatkliniken wurde somit gleichermassen berücksichtigt, vgl. Zusätzliche Angaben der Parteien vom 13. Oktober 2025, Antwort zu Frage 1; <https://www.baseland.ch/> > Organisation > Regierungsrat > Medienmitteilung > Ab 1. Juli 2021: Gleichlautende Spitallisten für Basel-Stadt und Basel-Landschaft > 4_Stellungnahme Fachkommission, S. 14 (15.10.2025).

¹⁰² Vgl. Antworten Gesundheitsdepartement Kanton Basel-Stadt vom 29. August 2025, Antwort zu Fragen 1 und 9.

¹⁰³ Vgl. Antworten Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion Basel-Landschaft vom 13. Oktober 2025, Antwort zu Fragen 1 und 2.

¹⁰⁴ Vgl. Antworten Gesundheitsdepartement Kanton Basel-Stadt vom 29. August 2025, Antwort zu Frage 4.

¹⁰⁵ Vgl. Antworten Gesundheitsdepartement Kanton Basel-Stadt vom 29. August 2025, Antwort zu Frage 1.

¹⁰⁶ Vgl. Antworten Gesundheitsdepartement Kanton Basel-Stadt vom 29. August 2025, Antwort zu Frage 5.

80. Um die Effektivität des kantonalen Handelns nicht zu beeinträchtigen, ist es aufgrund dieser Erkenntnisse geboten, dass sich die Wettbewerbsbehörden in vorliegender Angelegenheit die gebotene Zurückhaltung auferlegen. In der Folge wird dennoch aufgezeigt, dass sich bei der Beurteilung der betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kritische Strukturen im Sinne des Kartellgesetzes ausweisen lassen. Deren Würdigung versteht sich zwar im Kontext des regulatorischen Rahmens (vgl. Rz 20 ff.) und der damit zusammenhängenden Auswirkungen auf das vorliegende Wettbewerbsumfeld, d.h. der vorstehend erläuterten Erscheinungsformen des Wettbewerbs (vgl. Rz 70 ff.). Gleichwohl obliegt es dem Kanton Basel-Stadt, diese Aspekte bei der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens sowie bei der Spitalplanung in Zusammenarbeit mit dem Kanton Basel-Landschaft miteinfließen zu lassen.

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

81. Im Vergleich zu den beiden Fällen USB/KSBL¹⁰⁷ und USB/BSB¹⁰⁸ sind vorliegend deutlich höhere Marktanteile in vereinzelt SPLG zu verzeichnen.

82. Angesichts der angestrebten und fortschreitenden Konsolidierung in der Spitaldienstleistungserbringung ist bei Zusammenschlussvorhaben zwischen Spitälern mit zunehmend hohen Marktanteilsadditionen zu rechnen. Daraus ergibt sich, dass die Anzahl der Marktteilnehmer kontinuierlich und zugunsten der Marktanteile verbleibender Wettbewerber abnimmt. Aus diesem Grund erweist sich in diesem Bereich ein Abstellen auf die Vermutung, wonach bei Marktanteilen ab 50 % grundsätzlich von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden kann,¹⁰⁹ als nicht in jeder Hinsicht sachgerecht. Vielmehr erfordert der Umstand des konzentrierten Marktes den Beizug höherer Marktanteilsschwellen, um gewisse, durch Zusammenschlüsse neu gebildete Unternehmensstrukturen als wettbewerbsrechtlich bedenklich einzustufen. Somit besteht vorliegend in jenen Spitalleistungsbereichen, in denen die restlichen, nicht auf die meldenden Unternehmen entfallenden Marktanteile 40 % oder mehr betragen, die begründete Annahme, dass im Verhältnis zur strukturell und politisch noch möglichen Wettbewerbsintensität genügend aktueller Wettbewerb durch alternative Leistungserbringer vorhanden ist.

83. Von jenen gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen, die über 60 % betragen, sind für die vorliegende Beurteilung jene Märkte von geringer Bedeutung, in denen eines der beiden Unternehmen einen Marktanteil von weniger als 10 % innehat, d.h. Gefässchirurgie (GEFA), Rheumatologie (RHE1) und Dermatologie (DER1, DER1.1). Dies ist darauf zurückzuführen, dass kleine Marktanteile bei einem Zusammenschluss in einem weitgehend konzentrierten Markt keinen massgeblichen Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse haben.

84. Bei vorstehend genannten Marktanteilsgrenzwerten handelt es sich um Schwellenwerte, die ein Indiz zur Relevanz des Zusammenschlussvorhabens in den entsprechenden Märkten liefern. Da aber die Grösse der Marktanteile nicht als alleiniges Kriterium zur Beurteilung von kritischen Strukturen herangezogen wird und der Schwellenwert je nach Kontext stark variiert,¹¹⁰ können

diese Schwellenwerte nicht einer statischen Betrachtung unterliegen.¹¹¹

85. Ferner ist auch in den Märkten im Grund- und Zusatzversicherungsbereich gemäss den SPLG Pneumologie (PNE1, PNE1.1, PNE2) und Radiologie (RAD1) nicht von der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung auszugehen. Die kumulierten Marktanteile überschreiten in beiden Märkten nur marginal die oben definierte Schwelle von 60 %, wobei der Anteil der SCS in der Pneumologie lediglich [10-20] % ausmacht. Angesichts des politischen Hintergrunds, der damit gewünschten Konzentration der Spitaldienstleistungen und der Spezialisierung auf wenige Anbieter kann der Restwettbewerb, der von weiteren Leistungserbringern mit insgesamt [30-40] % in beiden Märkten ausgeht, als ausreichend disziplinierend erachtet werden. Sowohl in der Pneumologie wie auch in der Radiologie stehen den meldenden Unternehmen das KSBL mit jeweils [10-20] % der Marktanteile sowie weitere, kleinere Wettbewerber gegenüber.¹¹²

¹⁰⁷ RPW 2018/4, 1022 Rz 103, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

¹⁰⁸ RPW 2022/3, 665 ff. Rz 52 und 61, *Universitätsspital Basel-Stadt/Bethesda Spital AG*.

¹⁰⁹ <<https://www.weko.admin.ch>> > Rechtliches/Dokumentation > Merkblätter > Merkblatt: Wettbewerbsregeln – kurz erklärt (15.10.2025); vgl. auch Urteil BGer, 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1, *Swisscom WAN-Anbindung I*; RPW 2011/1, 124 Rz 184, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 1999/4, 642 E. 5.1.2, *Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 betreffend Vorsorgliche Massnahmen*.

¹¹⁰ Die WEKO hat beispielsweise Bedingungen bei hohen Marktanteilen von 82–92 % verfügt, vgl. RPW 2003/2, 340 Rz 90, *Pfizer Inc./Pharmacia Corp*. Demgegenüber hat die WEKO auch bereits bei niedrigeren Marktanteilen bestimmte Auflagen erlassen, vgl. RPW 2003/2, 350 Rz 109, *Pfizer Inc./Pharmacia Corp*.

¹¹¹ Vgl. BGer, 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1, *Swisscom WAN-Anbindung I*; BGE 139 I 72 E 9.3.3.2, *Publigroupe SA*; BGer, 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹¹² Meldung Rz 234 und 236.

86. Die gemeinsamen Marktanteile der beteiligten Unternehmen deuten damit in fünf Leistungsbereichen auf die Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hin. In Anbetracht dessen würde in diesen Märkten auch die Frage nach der Möglichkeit einer Wettbewerbsbeseitigung aufgeworfen. So werden

das USB und die SCS in der Radio-Onkologie (RAO1), der Onkologie (ONK1), der Thoraxchirurgie (THO1, THO1.1), der Kardiologie (KAR1, KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3) und der Gynäkologie (GYN1, GYN2, GYNT) nach dem Zusammenschluss einen bedeutenden Marktanteil halten.

Tabelle 4: Problematische Marktanteile der meldenden Unternehmen basierend auf der Anzahl der behandelten akutstationären Fälle in der Region nördlich des Jura 2023

2023	Marktanteile			
	USB/BSB	SCS	Total	Andere
Gesamtmarkt	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%	[50-60]%
SPLB				
Radio-Onkologie (RAO)	[40-50]%	[40-50]%	[90-100]%	[0-10]%
Onkologie (ONK)	[10-20]%	[60-70]%	[80-90]%	[10-20]%
Thoraxchirurgie (THO)	[50-60]%	[20-30]%	[70-80]%	[20-30]%
Kardiologie (KAR)	[60-70]%	[0-10]%	[70-80]%	[20-30]%
Gynäkologie (GYN)	[50-60]%	[10-20]%	[60-70]%	[30-40]%

Quelle: Angaben der Parteien, Tabelle: Aufstellung des Sekretariats.

87. Durch die Meldung und die weiteren Informationen, die der Wettbewerbskommission auf Anfrage hin gestellt wurden, hatten die Parteien Gelegenheit, sich ausführlich zur Situation nach der Fusion im Allgemeinen und zu den in der Tabelle aufgeführten und anderen SPLG zu äussern. Das USB hat die Gründe, die seiner Meinung nach die Zusammenlegung der beiden Spitäler rechtfertigen, ausführlich dargelegt. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass nach den vorliegenden Informationen eine gezielte Verlagerung bestimmter Leistungen von der SCS zum USB vorgesehen ist. Diese Massnahme soll die universitäre Medizin des USB gegenüber anderen Universitätsspitalen in der Schweiz und im Ausland stärken und dabei die Qualität der Versorgung gewährleisten und verbessern. Die SCS wird ihre Tätigkeit in den Bereichen fortsetzen, die in seiner Zuständigkeit verbleiben und gegebenenfalls ausgebaut werden. Die Kooperationsfähigkeit der beiden Spitäler wurde bereits im Rahmen des Projekts Clarunis positiv getestet.

88. Ohne dies in Frage zu stellen, bleibt aus wettbewerblicher Sicht zumindest für die SPLG, in denen die Marktanteile der Parteien zusammen bedeutend sein werden, die Frage offen, ob die Qualität der Leistungen generell verbessert wird, wenn diese an einem einzigen Standort konzentriert werden, und ob für andere Leistungen nicht ein starker externer Konkurrent – in diesem Fall die SCS – fehlt, der dazu anregt, eine bestimmte Qualität und Effizienz der Versorgung aufrechtzuerhalten (vgl. Rz 76 ff.). Hinzu kommt, dass die Patientinnen und Patienten bei bestimmten Leistungen eine Wahlmöglichkeit weniger haben werden als heute.

89. Nicht zuletzt wird es in der Region zu einer Konzentration der medizinischen Berufe und der direkt oder indi-

rekt mit der Spitaltätigkeit verbundenen Berufe kommen, wobei das USB der wichtigste Arbeitgeber sein wird.

90. In diesem Zusammenhang werden die Entscheidungen des USB bzw. des Kantons von zentraler Bedeutung sein, um einen fairen Wettbewerb mit den anderen Akteuren auf den Märkten aufrechtzuerhalten.

B.4.2.3 Potenzieller Wettbewerb

91. Wie bereits erwähnt, wird der potenzielle Wettbewerb aufgrund der regulatorischen Hürden beim Eintritt in die vorliegenden Märkte und der bereits stattfindenden Konzentration in der Versorgungsregion kontinuierlich eingeschränkt (vgl. Rz 75). Insbesondere ist die Leistungserbringung zu Lasten der Krankenversicherung nur möglich mit einem entsprechenden Leistungsauftrag der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft.¹¹³ Die entsprechenden Leistungserbringer müssten über spezialisiertes ärztliches und pflegerisches Fachpersonal sowie über spezifische Infrastrukturen verfügen.¹¹⁴ Auch die damit zusammenhängenden hohen Kosten sprechen für wenig potenziellen Wettbewerb in Bezug auf die Möglichkeit eines neu in den Markt eintretenden Spitalleistungserbringers. Hinweise, dass in den nächsten drei Jahren ein Markteintritt eines neuen Spitalunternehmens erfolgen könnte, liegen ebenfalls nicht vor.¹¹⁵

¹¹³ Meldung, Rz 262.

¹¹⁴ Meldung, Rz 261.

¹¹⁵ Meldung, Rz 260.

92. Hingegen scheint naheliegender, dass es innerhalb der verschiedenen SPLG zu veränderten Wettbewerbskonstellationen kommen könnte. Auf Ebene der SPLG betrachtet, stehen die Leistungserbringer, die sich neu um Leistungsaufträge bewerben können, im potenziellen Wettbewerb mit jenen Gesundheitsdienstleistern, die bereits Leistungsaufträge von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft besitzen.¹¹⁶ Die disziplinierende Wirkung auf die Parteien geht also von der Vergabe der Leistungsaufträge gemäss den Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit (Art. 32 KVG) durch den Kanton aus und dem Streben der verbleibenden Spitäler nach zusätzlichen Leistungsaufträgen. Ungeachtet dessen bleibt die Vergabe der Leistungsaufträge und somit auch die Steuerung des über die folgende Planungsperiode herrschenden Wettbewerbsumfelds in der Verantwortung der Kantone.

B.4.2.4 Stellung der Marktgegenseite

B.4.2.4.1. Grundversicherungsbereich

93. Die Patientinnen und Patienten sind die direkten Nutzerinnen und Nutzer von Spitaldienstleistungen. Im Zusammenhang mit den Tarifen und deren Verhandlungen spielen indes die Krankenversicherer die Hauptrolle gegenüber den Spitälern (relevante Marktgegenseite).

94. In der obligatorischen Krankenversicherung ist der Verhandlungsspielraum sehr eingeschränkt, da das vom Gesetzgeber 2012 eingeführte System (SwissDRG) bewirkt, dass die Verhandlungsmacht der Spitäler zugunsten der Krankenversicherer durch einen nationalen Kostenbenchmark reduziert wird.¹¹⁷ 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 hierbei die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG).

95. Aufgrund der hohen Regulierungsdichte im Grundversicherungsbereich bleibt der Raum für autonomes Preissetzungsverhalten trotz verstärkter Marktanteile der Parteien nach erfolgtem Zusammenschluss beschränkt.

B.4.2.4.2. Zusatzversicherungsbereich

96. Anders als im obligatorischen Bereich gibt es in der Zusatzversicherung keine Regelungen, die ein staatliches Preissystem schaffen. Die Versicherer und die Spitäler können die Tarife entsprechend ihrer Verhandlungsmacht frei aushandeln.

97. Obwohl die starke Stellung der Spitäler und Kliniken, die auf der Spitalliste stehen, oft betont werden, haben die Krankenversicherer die Mittel, dieser Situation entgegenzuwirken. Sie haben, wie bereits in einer früheren Untersuchung der WEKO bezüglich der Tarifverträge der Zusatzversicherungen im Kanton Luzern erläutert,¹¹⁸ 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.¹¹⁹

98. Weiter zeigen die Massnahmen der Krankenversicherer zur Förderung der Transparenz bei der Spitalabrechnung im Zusatzversicherungsbereich, die nach Intervention der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und des Preisüberwachers und auf Basis eines gemeinsamen Konzepts (Branchen-Framework)¹²⁰ ergriffen wurden, dass die Krankenversicherer den Spitälern und Kliniken nicht hilflos ausgeliefert sind. Auch das Beispiel Helsana, welche 2018 infolge fehlender Einigung mit dem USB betreffend die Tarife für die halbprivate und private Abteilung zunächst einseitig Höchsttarife festsetzte, verdeutlicht das Ausmass der Verhandlungsmacht der Krankenversicherer.¹²¹

99. Damit bleibt auch im Zusatzversicherungsbereich nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens der Spielraum des neu strukturierten USB, höhere Tarife durchzusetzen, trotz des fehlenden rechtlichen Rahmens begrenzt.

B.4.3 Ergebnis

100. Liegen wie gegenwärtig Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben vor, wird dieses grundsätzlich in einer zweiten Phase gemäss Art. 33 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 KG eingehend geprüft (Art. 10 Abs. 1 KG). 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.

¹¹⁶ Vgl. die Bewerbungen für neue Leistungsaufträge, <<https://www.baselland.ch/>> > Organisation > Regierungsrat > Medienmitteilung > Ab 1. Juli 2021: Gleichlautende Spitalisten für Basel-Stadt und Basel-Landschaft > 3_Gemeinsamer Bericht zu den gleichlautenden Spitalisten, S. 30 ff. (15.10.2025).

¹¹⁷ Vgl. Einkaufsgemeinschaft HSK, Benchmark SwissDRG Tarifjahr 2023, <https://ecc-hsk.info/application/files/1316/6843/8690/221114_DRG_Benchmark-Dok_TJ2023_DE_FINAL.pdf> (16.10.2025).

¹¹⁸ RPW 2008/4, 544 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

¹¹⁹ RPW 2008/4, 591 Rz 233, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

¹²⁰ Vgl. SVV, Branchen-Framework zu «Mehrleistungen VVG», <<https://www.svv.ch/de/branche/regelwerke/branchen-framework-zu-mehrleistungen-vvg>> (15.10.2025).

¹²¹ Helsana, Einigung zwischen Helsana und dem Universitätsspital Basel, <<https://www.helsana.ch/de/helsana-gruppe/medienpublikationen/mitteilungen/einigung-mit-dem-universitaetsspital-basel.html>> (15.10.2025).

101. Wie vorstehend dargelegt wurde, haben die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft ihre gemeinsamen Versorgungsziele, u.a. die Konzentration und Koordination der Leistungen zur Sicherstellung der notwendigen Qualität sowie die Vermeidung von Über-, Unter- und Fehlversorgung, im gemeinsamen Gesundheitsraum im Interesse der Bevölkerung beider Kantone zu verwirklichen. Dies nicht zuletzt im Hinblick auf die Dämpfung des Gesundheitskostenwachstums und auf die nachhaltige Sicherung des universitären Leistungs- und Forschungsprofils der Region Basel. Zuzufolge dieses politischen Willens und der entsprechend hohen Regulationsdichte durch das KVG, ist davon auszugehen, dass eine Bereinigung der Spitallandschaft notwendig ist. Diese äussert sich zwangsläufig in Spitalschliessungen, Spitalfusionen und – wie auch im vorliegenden Fall – durch Spitalübernahmen. Die damit verbundene Leistungs- und Fallzahlkonzentration auf einige wenige Anbieter und daher fortschreitende Ballung der Marktanteile ist somit systemimmanent.

102. Schliesslich wird es dem USB nach erfolgtem Zusammenschluss auch im Falle einer marktbeherrschenden

Stellung nicht möglich sein, unabhängig die Wettbewerbssituation zu ändern. Die Spitäler sind an den oben beschriebenen regulatorischen Rahmen gebunden. Auch bezüglich der Tarifverhandlungen wird es dem USB nach erfolgtem Zusammenschluss nicht möglich sein, sich gegenüber den Grund- und Zusatzversicherern unabhängig zu verhalten. Die ausgeprägten Verhandlungspositionen letzterer – sei es aufgrund der verfügbaren Informationen aus Benchmark oder durch die Möglichkeit der Nachfragebündelung – beeinflussen die Verhandlungsführung massgeblich und schränken auch Spitäler mit hohen Marktanteilen in ihrer Autonomie ein.

103. Aus den oben genannten Gründen wird auf die Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet. Dem Kanton Basel-Stadt wird allerdings nahegelegt, die wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkte sowohl bei der konkreten Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens als auch bei künftigen Planungsprozessen in Bezug auf die Spitallisten und die Vergabe der Leistungsaufträge angemessen zu berücksichtigen.

B 2.3

4. Tata Motors/Iveco Group

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. November 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 18. November 2025

1. Am 24. Oktober 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb alleiniger Kontrolle über die derzeit unter der Kontrolle der Exor N.V. (nachfolgend: Exor) stehende **Iveco Group N.V.** (nachfolgend: Iveco Group) durch die **TML CV Holdings Pte Ltd** (nachfolgend: TMLCVH; TMLCVH zusammen mit den anderen Konzerngesellschaften: Tata Motors; Iveco Group und Tata Motors: die Parteien) mittels ihrer hundertprozentigen Tochtergesellschaft TML CV Holdings B.V. (nachfolgend: Bidco). Vom Zusammenschlussvorhaben ausgenommen ist das unter den Marken «IDV» und «Astra» betriebene «Defence Business Unit» von Iveco Group.³

2. **Tata Motors**, deren Konzernmuttergesellschaft Tata Motors Limited (nachfolgend: TML) ihren Sitz in Mumbai, Indien, hat, war zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Kaufabsichtserklärung ein weltweit im Automobilsektor tätiges Unternehmen, das sowohl Nutzfahrzeuge (*commercial vehicles*) als auch Personenwagen (*passenger vehicles*) entwickelte, herstellte und verkaufte.⁴ Mit Wirkung per 1. Oktober 2025 wurde das Nutzfahrzeuggeschäft aus TML ausgegliedert, auf TML Commercial Vehicles Limited übertragen und soll künftig – wie vormals die Konzernmuttergesellschaft – unter Tata Motors Limited firmieren. Das Personenwagengeschäft von Tata Motors wurde mit TML verschmolzen und soll künftig unter der Firma Tata Motors Passenger Vehicles Limited tätig sein.⁵

3. **Iveco Group** mit Sitz in Turin, Italien, entwickelt, produziert und vertreibt Lastkraftwagen, andere Nutzfahrzeuge und Busse sowie Antriebsstrangprodukte und Finanzprodukte für Händlerinnen sowie Kundinnen und Kunden.⁶

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben soll die Grundlage für eine Teilnahme am globalen Wettbewerb geschaffen werden, was insbesondere die Expansion in neue Märkte sowie Investitionen für langfristiges Wachstum einschliesse. Die Transaktion werde zudem die Risiken über Märkte und Segmente hinweg diversifizieren und damit die Auswirkungen von Konjunkturschwankungen auf den Cashflow verringern.⁷

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Oktober 2025 bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁸

6. Tata Motors beabsichtigt den Erwerb von 100 % der Stammaktien von Iveco Group durch TMLCVH mittels deren hundertprozentiger Tochtergesellschaft Bidco (Rz 1).⁹ Am 30. Juli 2025 schlossen TMLCVH, TML und Iveco Group einen Fusionsvertrag über die Einleitung einer freiwilligen Übernahme aller ausgegebenen Stammaktien von Iveco Group. TMLCVH gab gleichentags ihre Absicht bekannt, ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot für alle ausgegebenen und ausstehenden Stammaktien von Iveco Group abzugeben. Exor – die Iveco Group mittels 27,06 % der Stammaktien und 43,11 % der Stimmrechte kontrolliert (Rz 1) – verpflichtete sich unwiderruflich, alle Stammaktien anzudienen, die Übernahme uneingeschränkt zu unterstützen und anlässlich der ausserordentlichen Hauptversammlung für die entsprechenden Beschlüsse zu stimmen. TMLCVH ist dabei, ihre Rechte und Pflichten aus dem Fusionsvertrag an Bidco zu übertragen. Nach Abschluss der Transaktion wird Bidco 100 % der ausstehenden Aktien von Iveco Group halten und so die alleinige Kontrolle über Iveco Group ausüben.¹⁰ Als Bedingung für den Vollzug der Transaktion wird die «Defence Business Unit» von Iveco Group durch Verkauf oder Abspaltung von Iveco Group getrennt (Rz 1).¹¹ Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der geplante Erwerb alleiniger Kontrolle über Iveco Group durch TMLCVH einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU darstellt.

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

² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Meldung des Zusammenschlussvorhabens Tata Motors Limited / Iveco Group N.V. vom 24.10.2025 (nachfolgend: Meldung), Rz 3 f., 38.

⁴ Meldung, Rz 18, 22.

⁵ Meldung, Rz 4 f.

⁶ Meldung, Rz 28, 31.

⁷ Meldung, Rz 48.

⁸ EU-KOMM, COMP/M.12138, *Tata Motors / Iveco Group*; vgl. Meldung, Rz 16, Beilage 3.

⁹ Meldung, Rz 3, 43.

¹⁰ Meldung, Rz 45 f., Beilage 3, S. 5.

¹¹ Meldung, Rz 47.

7. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2024/2025 (Tata Motors) bzw. 2024 (Iveco Group) insgesamt einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken und schweizweit jeweils einen solchen von über 100 Mio. Franken, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.¹²

8. Die Parteien machen geltend, dass ihre Tätigkeiten in geografischer Hinsicht komplementär seien.¹³

- Tata Motors sei in der Schweiz ausschliesslich und im EWR überwiegend im *Personenwagengeschäft* tätig.¹⁴ Sie verkaufe weder in der Schweiz noch im EWR *Nutzfahrzeuge*.¹⁵ Im EWR erziele sie mit markenbezogenen *Ersatzteilen* («branded spare parts») für Lastkraftwagen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen jeweils rund [...] Euro Umsatz in Belgien, Deutschland, Frankreich und Spanien.¹⁶ Über Tata Cummins Private Limited, ein Gemeinschaftsunternehmen mit Sitz in Indien, stelle sie sodann *Antriebsstrangprodukte für Nutzfahrzeuge* her. Tata Cummins Private Limited beliefere jedoch ausschliesslich die Muttergesellschaften und tätige keine Verkäufe auf dem Markt.¹⁷ Sodann stelle Tata Motors über Fiat India Automobiles Private Limited, ein weiteres Gemeinschaftsunternehmen mit Sitz in Indien, *Antriebsstrangprodukte für Personenwagen* her. Fiat India Automobiles Private Limited beliefere ebenfalls nur die Muttergesellschaften und tätige keine Verkäufe auf dem Markt.¹⁸
- Iveco Group – unter Ausschluss der «Defence Business Unit» (Rz 1) – verkaufe keinerlei *Personenwagen*.¹⁹ Sie sei weltweit tätig im *Nutzfahrzeuggeschäft* sowie im Verkauf von Antriebsstrangprodukten und Finanzprodukten für die Händlerinnen und Kunden von Iveco Group.²⁰

9. Der Zusammenschluss führt gemäss den Parteien unter Berücksichtigung der denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen zu keinen Marktanteilsadditionen.²¹ Zwischen den Tätigkeiten der Parteien würde jedoch eine (potenzielle) vertikale Beziehungen bestehen, weil Iveco Group Antriebsstränge herstelle, die auch in Elektro-Personenwagen verwendet werden könnten. Es handle sich dabei um eine rein hypothetische vertikale Beziehung, deren Umsetzung insbesondere noch technische Machbarkeits- und Eignungsprüfungen voraussetzen würde. Gemäss den Parteien führt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf diesen Markt ohne Marktanteilsaddition zu keinem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU und es kann angesichts der begrenzten Marktanteile der Parteien sowie der Präsenz einer Vielzahl von Konkurrenzunternehmen eine Abschottung von Vorleistungen (*input foreclosure*) oder Kunden (*customer foreclosure*) ausgeschlossen werden.²²

10. In fünf hypothetischen Segmenten führt die Tätigkeit von Iveco Group zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU. Es handelt sich um folgende Segmente: Herstellung und Lieferung von Inter-City-Bussen im EWR und in der Schweiz (Anteilsschätzung: [50–60] %), Grosshandel mit Inter-City-Bussen im EWR und in der Schweiz (Anteilsschätzung: [50–60] %), Einzelhandel mit Inter-City-Bussen im EWR und in der

Schweiz (Anteilsschätzung: [40–50] %), Ersatzteile für Iveco-Gütertransportfahrzeuge in der Schweiz (Anteilsschätzung: [50–60] %) sowie Ersatzteile für Iveco-Gütertransportfahrzeuge im EWR und in der Schweiz (Anteilsschätzung: [50–60] %). Auf eine abschliessende Marktabgrenzung kann jedoch verzichtet werden, weil der Zusammenschluss unter Berücksichtigung der denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen weder zu Marktanteilsadditionen führt, noch relevante vertikale Beziehungen ersichtlich sind.²³

11. 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.

¹² Meldung, Rz 51–54. Für die Umsatzberechnung wurde abgestellt auf den Zeitpunkt der Publikation des Übernahmeangebots am 30. Juli 2025 (vgl. RPW 2023/4, 770 Rz 11, *Valora Schweiz AG – Ausbau der Kooperation mit der Volare-Gruppe im Tankstellengeschäft*; RPW 2023/1, 135 Rz 14, *Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Volare-Gruppe* m. w. H.; RPW 1998/1, 62 f. Rz 10–12, *Roche/Corange*; Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21. Oktober 2014 [BBI 2014 8321–8334; Stand am 10. März 2025], Rz 20; Meldung, Rz 8, 21).

¹³ Meldung, Rz 48, Beilage 3, S. 12.

¹⁴ Meldung, Rz 9, 53, 66, Beilage 3, S. 23.

¹⁵ Meldung, Rz 11, Beilage 3, S. 23.

¹⁶ Meldung, Beilage 3, S. 23.

¹⁷ Meldung, Beilage 3, S. 23 und 28.

¹⁸ Meldung, Beilage 3, S. 24.

¹⁹ Meldung, Rz 11, Beilage 3, S. 23.

²⁰ Meldung, Rz 10.

²¹ Meldung, Rz 64, 66, Beilage 3, S. 21, 23, 26.

²² Meldung, Rz 65.

²³ Vgl. Meldung, Rz 119, 130, 133, 137; TMLVCH, Schreiben vom 10. November 2025, S. 1 f.

B 2.3

5. Stonepeak LP/Triton Managers V/IFCO

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

setzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

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 14. November 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 14. November 2025

1. Am 27. Oktober 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Irel HoldCo GmbH (nachfolgend: IFCO) durch Stonepeak Partners LP (nachfolgend: Stonepeak) und Triton Fund V L.P. (Kanalinseln), Triton Fund V SCSp (Luxemburg) und weitere Limited-Partnership-Gesellschaften (zusammen nachfolgend: Triton Fund V).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Stonepeak mit Hauptsitz in New York (Vereinigte Staaten von Amerika) ist eine weltweit tätige alternative Investmentgesellschaft, die sich auf Infrastruktur- und Immobilienanlagen spezialisiert hat. Zu den Zielsektoren für Investitionen von Stonepeak gehören digitale Infrastruktur, Energie und Energiewende, Transport und Logistik sowie Immobilien.
- Triton Fund V gehört zu einer Gruppe unabhängiger europäischer Private-Equity-Fonds, die von der Triton Gruppe verwaltet und beraten werden. Diese Fonds investieren hauptsächlich in mittelständische Unternehmen mit Hauptsitz in West-, Mittel- und Nordeuropa mit Schwerpunkt auf die drei Kernsektoren Industrietechnologie, Unternehmensdienstleistungen und Gesundheitswesen.
- IFCO mit Sitz in Pullach i. Isartal (Deutschland) ist eine weltweit tätige Anbieterin von Mehrweg-Verpackungslösungen (Reusable Packaging Containers), welche hauptsächlich zum Transport und zur Lagerung frischer Lebensmittel und anderer Produkte von den Produzentinnen zu den Lebensmittelhändlerinnen verwendet werden. Zudem bietet IFCO für ihre Mehrweg-Verpackungslösungen Verwaltungsdienstleistungen an, die von der Lieferung gereinigter Behälter an die Produzentinnen über die Abholung bei den Einzelhändlerinnen bis hin zur Reinigung und Desinfektion der Behälter für die Wiederverwendung reichen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraus-

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).

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 10. Dezember 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. Dezember 2025

A Sachverhalt

1. Am 10. November 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt die Tertianum Gruppe AG (nachfolgend: Tertianum) die alleinige Kontrolle über die Senevita AG sowie die Stiftung Résidence Beaulieu (zusammen nachfolgend: Senevita) zu übernehmen.

2. **Tertianum** mit Sitz in Baar, Schweiz, bietet Dienstleistungen im Bereich des betreuten Wohnens und der stationären Pflegeleistung an.¹ Zu diesem Zweck betreibt Tertianum Heime mit Alterswohnungen, Altersresidenzen und Pflegezimmern an 100 Standorten in 20 Kantonen innerhalb der Schweiz. Dabei verfügte Tertianum im Jahr 2024 über rund 4'650 Pflegebetten und rund 2'700 Appartements.²

3. Die Tertianum Gruppe AG wird allein durch die Capvis Equity V L.P. (nachfolgend: Capvis V) kontrolliert, welche im Jahr 2020 100% der Anteile der Tertianum Gruppe AG von der Swiss Prime AG erwarb.³ Dieser Erwerb wurde am 12. Februar 2020 durch die WEKO freigegeben.⁴

4. Capvis V ist als unabhängige Investmentmanagement-Unternehmung tätig. Dabei handelt es sich um einen Investmentfonds mit grösstenteils institutionellen Investoren. [...] Nachfolgend werden Capvis III, Capvis IV und Capvis V unter Einschluss aller Portfoliogesellschaften, die diese Fonds kontrollieren, sowie deren General Partner, als Capvis bezeichnet.⁵

5. Keine der übrigen Portfoliogesellschaften der von Capvis beratenen Fonds ist in Bereichen tätig, in denen auch Tertianum bzw. Senevita tätig sind.⁶

6. **Senevita** mit Sitz in Muri b. Bern, Schweiz, ist ein in der Schweiz führendes Unternehmen im Bereich der Altersbetreuung. Senevita bietet Dienstleistungen in den Bereichen betreutes Wohnen, stationäre Pflegeleistung und ambulante Pflegeleistung (Spitex-Leistungen) an.⁷ Im Bereich Wohn- und Betreuungsangebot betreibt Senevita 38 Standorte in der Schweiz. Das ambulante Pflegeangebot wird von 23 Standorten aus betrieben.⁸

7. [...] ist die Holding-Gesellschaft der Senevita-Gruppe und wird indirekt von der emeis SA (nachfolgend: emeis)

kontrolliert. Die [...] kontrolliert nebst Senevita [...], welche jedoch nicht Teil der gemeldeten Transaktion sind.⁹

8. emeis ist eine weltweit führende Anbieterin von Gesundheits-, Pflege- und Unterstützungsdiensten. Die Tätigkeitsgebiete von emeis umfassen fünf Kernaktivitäten: Psychiatrische Kliniken, medizinische Versorgungs- und Rehabilitationskliniken, Pflegeheime, häusliche Pflegedienste und Einrichtungen für betreutes Wohnen.¹⁰

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Das Share Purchase Agreement sieht vor, dass die Tertianum 100 % der Aktien der Senevita von der [...] erwirbt. Ausserdem soll der Stiftungsrat der Stiftung Résidence Beaulieu ausgetauscht und so die Kontrolle über die Stiftung erlangt werden. Liegenschaften, die bisher im Eigentum von Senevita standen, sind nicht Teil der Transaktion. Aus diesem Grund werden diese vor dem Vollzug des Zusammenschlusses an Dritte verkauft und anschliessend von diesen zurückgemietet.¹¹

12. Mit der geplanten Transaktion erwirbt Tertianum die alleinige Kontrolle über Senevita. Die Transaktion stellt damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V.m. Art. 1 Bst. b VKU dar.¹²

¹ Meldung, Rz 1.

² Geschäftsbericht Tertianum 2024, S. 2.

³ Meldung, Rz 13 ff.

⁴ RPW 2020/1, 262 ff., *Capvis V LP./Tertianum Gruppe AG*.

⁵ RPW 2020/1, 262 ff. Rz 2, *Capvis V LP./Tertianum Gruppe AG*.

⁶ Meldung, Rz 1 und 17; für weitere Informationen zu den durch Capvis-Fonds kontrollierten Portfoliogesellschaften vgl. Beilage 1 der Meldung.

⁷ Meldung, Rz 23.

⁸ Senevita Qualitäts- und Nachhaltigkeitsbericht 2024, S. 6.

⁹ Meldung, Rz 31.

¹⁰ Meldung, Rz 32.

¹¹ Meldung, Rz 36.

¹² Meldung, Rz 37.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen würden. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien zudem nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäfts-

jahr 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. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen sind (in CHF Mio.):¹³

Tabelle 1: Umsätze im Geschäftsjahr 2024

2024	Capvis/Tertianum	Senevita	Zusammen
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]

EUR 1 = CHF 0.9524 (basierend auf dem Devisenkurs SNB Jahresmittel 2024)

16. Wie aus der obigen Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG überschritten. Die geplante Transaktion ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

19. 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).

20. Aus Sicht der meldenden Partei handelt es sich bei diesem Zusammenschluss um zwei sachlich relevante Märkte. Zum einen den Markt für betreutes Wohnen und zum anderen den Markt für Pflegedienstleistungen.¹⁴

I. Betreutes Wohnen

21. Nach Ansicht der meldenden Partei umfasst der Markt für betreutes Wohnen das Angebot von lebenslangen Wohn- und Betreuungsmöglichkeiten für ältere Menschen innerhalb einer Wohnanlage. Die Tätigkeit

innerhalb dieses Segments besteht aus dem Angebot von altersgerechten Wohnungen, integrierten Sicherheitsleistungen (Schliess- und Lichtsystemen, Notrufsystem etc.), Betreuungsdienstleistungen, ambulanten Pflegeleistungen (Spitex), Gastronomie- und Unterhaltungsleistungen. Die Dienstleistungen sind dabei frei wählbar. So sei es auch möglich, dass ältere Menschen bloss die betreffende Wohnung mieten ohne zusätzliche Leistungen zu beziehen.¹⁵

22. Dabei handle es sich aus Sicht der Nachfrager beim betreuten Wohnen um ein Substitut zum Wohnen in der eigenen Wohnung unter Bezug von Spitex-Leistungen. Die meldende Partei begründet dies damit, dass es sich bei den ambulanten Pflegeleistungen der Spitex-Anbieter um die gleichen Leistungen handelt, wie sie von Tertianum oder Senevita ihren Bewohnerinnen und Bewohnern angeboten werden. So sei es mittlerweile üblich, dass Spitex-Anbieter neben den ambulanten Pflegeleistungen auch Leistungen im Bereich Haushalt, Kochen, Sozialisierung und Unterhaltung etc. anbieten würden.¹⁶

23. Zudem seien die Gesamtkosten, die im Rahmen des betreuten Wohnens anfallen würden im Wesentlichen dieselben, die auch beim Wohnen in den eigenen vier Wänden unter Bezug von Spitex-Leistungen entstehen würden.¹⁷

¹³ Meldung, Rz 41.

¹⁴ Meldung Rz 43.

¹⁵ RPW 2013/3, 331 Rz 41, Swiss Prime Site/Tertianum; Meldung Rz 50.

¹⁶ Meldung, Rz 53.

¹⁷ Meldung, Rz 54.

24. Dass jedes Jahr rund [0-10] % der Bewohnerinnen und Bewohner in ihre ursprüngliche Wohnung zurückkehren und im betreuten Wohnen regelmässig auch externe Spitex-Dienste genutzt werden, spricht aus Sicht der meldenden Partei ebenfalls für die Substituierbarkeit des betreuten Wohnens und des Wohnens in der eigenen Wohnung unter Bezug von Spitex-Leistungen.¹⁸

25. Darüber hinaus begründet die meldende Partei die Zuordnung beider Wohn- und Betreuungsformen zum selben sachlich relevanten Markt damit, dass zwischen der ambulanten Pflege zu Hause und dem betreuten Wohnen eine Nachfragesubstituierbarkeit bestehe. Dadurch könnten Anbieter des betreuten Wohnens keine höheren Preise durchsetzen als jene, die beim Wohnen in den eigenen vier Wänden unter Inanspruchnahme von Spitex-Leistungen anfallen würden.¹⁹

II. Pflegedienstleistungen

26. Der Markt für Pflegedienstleistungen umfasst nach Ansicht der meldenden Partei stationäre Pflegeleistungen (anhaltende Unterbringung, Pflege und Versorgung von pflegebedürftigen Seniorinnen und Senioren in Pflegezentren) sowie ambulante Pflegeleistungen (pflegerische Versorgung von pflegebedürftigen Seniorinnen und Senioren).²⁰

27. Die meldende Partei ist der Auffassung, dass das Segment der Pflegedienstleistungen nicht nach der Art der Dienstleistung, d.h. in stationäre und ambulante Dienstleistungen, unterteilt werden muss. Das Erbringen von stationären und ambulanten Dienstleistungen stelle, unabhängig davon, ob die Pflegeleistungen innerhalb einer stationären Einrichtung oder im bisherigen zuhause erbracht würden, ähnliche Anforderungen an die Ausbildung und das Know-how der betreuenden Personen. Aufgrund der Austauschbarkeit stationärer und ambulanter Pflegedienstleistungen besteht aus Perspektive der Anbieter eine hohe Flexibilität bei der Umstellung ihres Angebots.²¹

28. Darüber hinaus bestehe hinsichtlich des Sortimentskonzepts auch eine anbieterseitige Substituierbarkeit zwischen dem betreuten Wohnen und der stationären Pflegeleistungen, da die meisten Anbieter sowohl betreutes Wohnen als auch stationäre Pflegedienstleistungen innerhalb derselben Wohnanlage anbieten.²²

III. Marktabgrenzung der WEKO

29. Aus Sicht des WEKO handelt es sich vorliegend, entgegen der Annahme der meldenden Partei, um drei sachlich relevante Märkte: Den Markt für betreutes Wohnen, den Markt für stationäre Pflegeleistungen und den Markt für ambulante Pflege.

30. Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU ist für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes entscheidend, welche Produkte bzw. Dienstleistungen die Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar ansieht. Somit ist zunächst die Marktgegenseite genauer zu bestimmen.

31. Ab einem Alter von 75 Jahren steigt der Pflegebedarf statistisch deutlich an. Daher lässt sich die Zielgruppe für betreutes Wohnen auf Menschen ab 75 Jahren eingrenzen, die aufgrund ihres Alters und der damit ver-

bundenen Einschränkungen ihre Lebenssituation anpassen müssen.²³

32. Beim betreuten Wohnen handelt es sich um eine Form der intermediären Langzeitversorgung älterer Menschen, die sich sowohl von der ambulanten Versorgung im eigenen zuhause als auch von der stationären Pflege und Betreuung in Alters- und Pflegeheimen abgrenzt. Das betreute Wohnen vereint insbesondere die Kernelemente einer altersgerechten Privatwohnung oder Wohneinheit mit einem Basispaket an Unterstützungsleistungen (Grundleistungen). Über diese Grundleistungen hinaus können weitere Pflege-, Service-, Hilfs- und Betreuungsleistungen in Anspruch genommen werden. Diese zusätzlichen Leistungen werden im Rahmen des betreuten Wohnens in der Regel ambulant erbracht.²⁴

¹⁸ Meldung, Rz 55 ff.

¹⁹ Meldung, Rz 57.

²⁰ Meldung, Rz 61.

²¹ Meldung, Rz 62.

²² Meldung, Rz 59.

²³ Pro Senectute, Betreuung im Alter, Bezug von Betreuungs- und Pflegeleistungen im Alter, Kap. Alter, <<https://www.prosenectute.ch/de/fachwelt/Grundlagen/studien/betreuung.html>> (19.11.2025); Bundesamt für Statistik, Clients et clientes des établissements médico-sociaux en 2018, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/alterspflegeheime.assetdetail.10627346.html>> (19.11.2025); BANNWART LIVIA/KÜNZI KILIAN/JÄGGI

JOLANDA/GAJTA PATRIK, Betreutes Wohnen - Aktualisierte Grundlagen, BASS AG im Auftrag des Bundesamts für Sozialversicherung, 2022, Kap. 2.4. ff.

²⁴ BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Kap. 2.1.1.; vgl. dazu auch OESCH THOMAS/KÜNZI KILIAN, Kantonale Rechtsgrundlagen und Regelungen für betreutes Wohnen, Schlussbericht, BASS AG im Auftrag der Age-Stiftung, 2016, Kap. 2.1., insbesondere für die Definitionen der Kantone AG, BL, BS, FR, SG, SZ, TG und TI.

33. Aus der Sicht der Nachfrageseite unterscheidet sich das betreute Wohnen vom Wohnen in der eigenen Wohnung mit ambulanten Pflegeleistungen vor allem dadurch, an welchem Ort die jeweilige Leistung erbracht wird. Auch wenn die erbrachten Leistungen und die jeweiligen Kosten bei beiden Modellen nahezu identisch sein können, liegt die entscheidende Komponente für die Nachfrageseite darin, wo die entsprechende Leistung erbracht wird. Für Personen, die vor der Wahl eines der beiden Modelle stehen, liegt darin der entscheidende Faktor. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass ältere Menschen so lange wie möglich zuhause wohnen bleiben möchten. Eine Veränderung dieser Wohnsituation kommt häufig nur in Frage, wenn die altersbedingten Umstände das Wohnen in der eigenen Wohnung übermässig erschweren. Dies lässt sich anhand eines Vergleichs der statistischen Zahlen ableiten. Im Jahr 2024 bezogen rund 424'000 Menschen in der Schweiz Spitex-Leistungen von ihrer Wohnstätte aus.²⁵ Dahingegen betrug die Zahl der in betreuten Wohnungen lebenden Personen lediglich rund 41'000.²⁶ Für diese Annahme spricht ebenfalls, dass nur 3.2 % der Menschen zwischen 66 und 79 Jahren ihre Wohnsituation verändern und Personen ab 80 Jahren nur noch zu 2.3 %.²⁷ Aus diesen Zahlen geht hervor, dass Personen ab einem gewissen Alter grundsätzlich an ihrer bisherigen Wohnsituation festhalten möchten. Zudem handelt es sich beim betreuten Wohnen um ein Kombinationsangebot aus altersgerechter Wohnung inklusive der dazugehörigen Unterhaltsleistungen und der Möglichkeit des Bezuges von Pflegeleistungen. Die ambulante Pflegeleistung stellt somit einen Bestandteil und nicht ein Substitut zum Modell des betreuten Wohnens dar.²⁸ Aus diesen Gründen kommt die WEKO zum Schluss, dass das Wohnen in der eigenen Wohnung in Kombination mit ambulanten Pflegeleistungen nicht als direkter Ersatz für das Modell des betreuten Wohnens betrachtet werden kann.

34. Wie in Rz 28 ausgeführt, geht die meldende Partei auch von einer Substituierbarkeit des betreuten Wohnens und der stationären Pflege aus. Aus Sicht der WEKO genügt die Unterbringung beider Modelle innerhalb desselben Wohn- bzw. Pflegeheims nicht für die Annahme einer Substituierbarkeit, da dies vor allem betriebswirtschaftlichen Gründen geschuldet sein dürfte.²⁹ Zudem liegen der WEKO Statistiken vor, die einer Pauschalisierung der Aussage, dass beide Formen meistens innerhalb desselben Heims angeboten würden, widersprechen.³⁰ Das betreute Wohnen bildet vielmehr eine Vorstufe zu stationären Pflegeleistungen. Der Hauptunterschied aus Sicht der Nachfrageseite besteht darin, dass der Bezug stationärer Pflegeleistungen in der Regel aufgrund zunehmender altersbedingter Einschränkungen oftmals unausweichlich ist, während der Umzug in ein betreutes Wohnen grundsätzlich freiwillig erfolgt. Für die Nachfrageseite handelt es sich diesbezüglich in der Regel kaum um eine Wahlsituation, sondern vielmehr eine Situation, in der die eine Leistung erst relevant wird, nachdem die andere Leistung unmöglich geworden ist.³¹

35. Daneben besteht auch aus der Anbietersicht ein klarer Unterscheid zwischen dem betreuten Wohnen und den stationären Pflegeleistungen. Während das betreute Wohnen grundsätzlich einen freien Markt darstellt, han-

delt es sich bei der stationären Pflege um einen gesetzlich regulierten und bewilligungspflichtigen Wirtschaftsbereich.³² Die Kantone sind darüber hinaus seit der Annahme der Initiative «Für eine starke Pflege» (Pflegeinitiative) am 28. November 2021 und der damit verbundenen Änderung von Art. 117b BV³³ verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, für die Schaffung ausreichender stationärer Pflegeplätze zu sorgen.

36. Während die meldende Partei hinsichtlich der Pflegedienstleistungen die Ansicht vertritt, dass es sich lediglich um einen sachlich relevanten Markt handelt, geht die WEKO davon aus, dass die stationären Pflegeleistungen und die ambulanten Pflegeleistungen zwei unterschiedliche sachlich relevante Märkte darstellen. Grundsätzlich bezieht sich die stationäre Pflege nicht nur auf die eigentliche Pflegedienstleistung, sondern umfasst auch die dazugehörigen Beherbergungsdienstleistungen. Demgegenüber beschränkt sich die ambulante Pflegeleistung im Wesentlichen auf die Pflegedienstleistung an sich (einschliesslich hauswirtschaftlicher Tätigkeiten). Aus Sicht der Nachfrager besteht der massgebliche Unterschied zudem darin, ob die leistungsbeziehende Person in ihrem Zuhause verbleiben kann oder ob sie ihre gewohnte Umgebung verlassen muss.³⁴ Für die Nachfrageseite besteht in der Regel somit keine Entweder-oder-Situation; vielmehr kommt die eine Leistung typischerweise erst dann zum Tragen, wenn die Inanspruchnahme der anderen Leistung für die betreffende Person nicht mehr möglich ist. Es handelt es sich daher bei beiden Leistungsarten nicht um Substitute.³⁵

²⁵ Bundesamt für Statistik, Zahlen und Fakten, Spitex-Statistik 2024 vom Bundesamt für Statistik <<https://www.spitex.ch/Spitex/Zahlen-und-Fakten/PfyoP/>> (19.11.2025).

²⁶ Basierend auf einer Schätzung der meldenden Partei, vgl. Meldung, Rz 58.

²⁷ HUGENTOBLE VALERIE/SEIFERT ALEXANDER, Age Report V, Wohnen und Nachbarschaft im Alter, 2024, Kap. 6.1.

²⁸ Für weitere Informationen zum betreuten Wohnen vgl. BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Kap. 2.1.

²⁹ BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Kap. 2.1.

³⁰ BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Tabelle 1; KRAFT ELIANE/LEHMANN JULIA/BÜCHLER SIMON, Alterswohnungen und Angebote des Betreuten Wohnens für ältere Menschen in der Schweiz, Ergebnisse einer Anbieterbefragung 2022, OBSAN BERICHT 02/2023, S. 3.

³¹ BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Kap. 2.1, siehe insbesondere Abbildung 1.

³² Für die Regulierung und Bewilligung von Pflegeheimen gelten dabei vor allem das Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), die Verordnung des EDI vom 29.9.1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV; SR 832.112.31) sowie die jeweiligen kantonalen Erlassen wie beispielsweise das Gesetz vom 11.6.2001 über die öffentliche Sozialhilfe (SHG; BSG 860.1) des Kantons Bern oder die Verordnung vom 18.9.1996 über die Betreuung und Pflege von Personen in Heimen und privaten Haushalten (HEV; BSG 862.51) des Kantons Bern.

³³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

³⁴ Vgl. dazu die Ausführungen von Rz 33.

³⁵ BANNWART/KÜNZI/JÄGGI/GAJTA (Fn 23), Kap. 2.1, siehe insbesondere Abbildung 1.

IV. Fazit

37. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind drei sachliche Märkte voneinander abzugrenzen: Ein Markt für betreutes Wohnen, ein Markt für stationäre Pflege sowie ein Markt für ambulante Pflege. Die von den jeweiligen Märkten umfassten Leistungen stellen keine Substitute dar, sondern bauen vielmehr aufeinander auf. So kommen die Leistungen aus einem Markt dann zum Tragen, wenn die Leistungen des vorhergehenden unmöglich geworden sind.

38. Tertianum bietet bisher keine ambulante Pflegeleistungen an, weshalb die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss nicht verändern werden. Es handelt sich somit nur beim Markt für betreutes Wohnen und dem Markt für stationäre Pflegeleistung um sachlich relevante Märkte. Im vorliegenden Antrag werden daher ausschliesslich diese Märkte weiter analysiert.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

39. 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).

40. Die meldende Partei geht aufgrund von einheitlichen Wettbewerbsbedingungen, denselben Know-how Bedingungen und der kantonsübergreifenden Expansion der meisten Anbieter für alle relevanten Märkte von nationalen Märkten aus.³⁶

41. Nach Ansicht der WEKO handelt es sich hierbei jedoch um lokale bzw. regionale Märkte, da deutliche Unterschiede in der regionalen Abdeckung der Heime bestehen. In der lateinischen Schweiz dominiert das Modell der ambulanten Pflege von zu Hause aus, während in der Deutschschweiz die Heimmodelle vorherrschen.³⁷ Zudem zeigen sich deutliche Unterschiede in der Heimabdeckung zwischen ländlichen Gebieten und städtischen Regionen.³⁸ Je nach Region kann es darüber hinaus zu deutlichen Preisschwankungen und unterschiedlich hohen Ersatzleistungsbeiträgen kommen.³⁹ Statistiken belegen zudem, dass Personen im Bedarfsfall in der Regel ein Heim in ihrer vertrauten Umgebung bevorzugen: Nur eine sehr geringe Zahl wechselt ab einem bestimmten Alter noch in eine weiter entfernte Region bzw. den Kanton.⁴⁰

42. Eine nationale Abgrenzung des räumlich relevanten Markts erweist sich somit nicht als angezeigt. Vielmehr sollte nach Meinung der WEKO die Abgrenzung auf Grundlage der tatsächlichen Herkunft der jeweiligen Bewohnerinnen und Bewohner erfolgen. Dabei soll relevant sein, aus welchem Gebiet 80 bis 90 % der Bewohnerinnen und Bewohner der jeweiligen Heime stammen.⁴¹ Auf der Grundlage der Ihnen zur Verfügung stehenden Daten, hat Tertianum die Herkunft der Bewohnerinnen und Bewohner von Pflegeheimen überprüft und ist zu dem Schluss gekommen, dass 90 % von ihnen aus einem Umkreis von etwa 15 km stammen. Allerdings handelt es sich dabei einerseits um unvollständige Daten, da der WEKO keine Informationen vorliegen, ob dies auch bei Senevita oder anderen Anbietern der Fall ist und andererseits entspricht diese Information möglicherweise nicht der Situation in Bezug auf das betreute Wohnen. Tatsächlich könnten die Bewohnerinnen und

Bewohner aufgrund der Auswahlmöglichkeiten und der fehlenden Dringlichkeit auch aus weiter entfernten Orten stammen.

43. Die WEKO hat die Zahlen bestmöglich überprüft. Dabei wurde ein Online-Tool (heiminfo.ch) beigezogen, welches es ermöglicht, Alterseinrichtungen anhand der Postleitzahl und eines Radius abzugrenzen. Die WEKO bleibt bei der Meinung, dass es für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes entscheidend sein sollte, aus welchem Herkunftsgebiet 80 bis 90 % der Bewohnerinnen und Bewohner stammen. Aufgrund der mangelhaften Datenlage hat die WEKO die geografische Markt-abgrenzung jedoch offengelassen und ist im vorliegenden Fall, im Sinne einer Arbeitshypothese, die sich auf die Angaben von Tertianum stützt, von einem geografischen Markt ausgegangen, der lokal definiert ist und einen Radius von rund 15 km umfasst.⁴²

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

44. 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.

³⁶ Meldung, Rz 65, 69 und 72.

³⁷ PELLEGRINI SONIA/DUTOIT LAURE/PAHAUD OLIVIER/DORN MICHAEL, Bedarf an Alters- und Langzeitpflege in der Schweiz, Prognosen bis 2040, Ergebnis einer Anbieterbefragung 2022, OBSAN BERICHT 02/2023, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Kap. 2.4.2; vgl. dazu Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Plätze in Alters- und Pflegeheimen, <<https://ind.obsan.admin.ch/de/indicator/obsan/plaetze-in-alters-und-pflegeheimen>> (20.11.2025).

³⁸ Vgl. Meldung, Rz 66.

³⁹ MEULI NORA, Kosten von Pflegeheimplätzen, SRF Rendez-vous vom 01.11.2024, <<https://www.srf.ch/news/schweiz/kosten-von-pflegeheim-plaetzen-die-unterschiede-bei-den-heimkosten-sind-immens>> (20.11.2025).

⁴⁰ FISTER LEONARD/KRAFT CHRISTIAN/MARAS VALENTINA/STEFFEN DANIEL, Wohnen im Alter, Eine empirische Untersuchung der Wohnsituation und Mobilität älterer Menschen in der Schweiz, Bundesamt für Wohnungswesen, Kap. 4.1; HUGENTOBLE/SEIFERT (Fn 27), Kap. 6.2.

⁴¹ Basierend auf der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2025 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-1125: *Universitätsspital Basel/St. Claraspital AG*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide > (04.12.2025), Rz. 56 ff.; siehe zudem RPW 2018/4, 1021 ff., Rz 97 ff. *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-land*.

⁴² Meldung, Rz 64 ff

B.4.2.1 Markt für betreutes Wohnen

45. Da bisher keine genauen Statistiken zu Wohnplätzen für betreutes Wohnen in der Schweiz vorliegen, beruhen alle von der meldenden Partei eingereichten Zahlen auf abgeleiteten Schätzungen. Die Gesamtzahl an Wohnplätzen für betreutes Wohnen in der Schweiz liegt nach Einschätzung der meldenden Partei bei ca. 41'000 Wohnungen. Die meldende Partei erklärt dazu: «Im Kanton Basel-Stadt gibt es 1'800 Wohnungen für das betreute Wohnen (www.zabs.ch). Setzt man die Zahl der über 80 Jahre alten Bevölkerung im Kanton Basel-Stadt (21'404) ins Verhältnis zur Schweizer Bevölkerung von über 80 Jahren (503'557) (Basis: Ständige Wohnbevölkerung nach Altersklasse und Altersmasszahlen nach Kanton von über 80 Jahren gemäss BfS), ergibt sich ein Total von 42'347 Wohnungen. Dies wurde im Sinne einer konservativen Annahme auf 41'000 gerundet».⁴³

46. Da der Kanton Basel-Stadt im schweizweiten Vergleich bei der Anzahl betreuer Wohnungen im Verhältnis zur über 80-jährigen Bevölkerung zu den Spitzenreitern zählt, kann er nicht repräsentativ für die gesamte

Schweiz herangezogen werden. Die von der meldenden Partei eingereichten Zahlen zur Gesamtzahl der Wohnungen für betreutes Wohnen (41'000) erscheinen nach Einschätzung der WEKO etwas zu hoch. Aufgrund der unzureichenden Datenlage ist es jedoch, wie bereits unter Rz 43 erwähnt, nicht möglich genauere Werte zu erheben. Daher muss auf eine liberale Auslegung der von der meldenden Partei übermittelten Zahlen vertraut werden.⁴⁴

47. Vergleicht man die einzelnen Wohnheime von Tertianum und Senevita für betreutes Wohnen auf lokaler Ebene innerhalb des 15-km-Radius, bei denen es durch den Zusammenschluss zu Überschneidungen kommt, fallen insbesondere zwei Regionen mit erhöhten Marktanteilen auf. Durch die hohe Konzentration des Angebots von Tertianum und Senevita in den Gebieten um die Städte Bern und Zürich kommt es durch den Zusammenschluss in diesen Regionen zu betroffenen Märkten. Für die Agglomeration der Stadt Bern und Zürich ergeben sich für die einzelnen Einrichtungen von Tertianum und Senevita durch den Zusammenschluss folgende gemeinsame Marktanteile:

Tabelle 2: Betroffene Märkte in den Regionen Bern und Zürich

2024	Marktanteiladditionen					
Lokale Märkte 15km-Radius	Tertianum	Senevita	Total	Erster Mitbewerber	Zweiter Mitbewerber	Übrige
Stadt Bern	10-20%	10-20%	20-30%	10-20%	0-10%	40-50%
Burgdorf	0-10%	10-20%	20-30%	10-20%	0-10%	50-60%
Kirchdorf	10-20%	20-30%	30-40%	0-10%	0-10%	50-60%
Lyss	10-20%	10-20%	30-40%	10-20%	0-10%	40-50%
Münsingen	10-20%	10-20%	20-30%	10-20%	0-10%	50-60%
Ostermundigen	10-20%	20-30%	30-40%	10-20%	0-10%	40-50%
Zollikofen	10-20%	10-20%	20-30%	10-20%	0-10%	40-50%
Affoltern am Albis	10-20%	0-10%	20-30%	30-40%	10-20%	20-30%
Oerlikon	10-20%	0-10%	20-30%	40-50%	10-20%	20-30%
Stadt Zürich	10-20%	0-10%	20-30%	40-50%	10-20%	20-30%

Quelle: Angaben der Partei; Darstellung der WEKO.⁴⁵

48. Geht man, wie von der WEKO unter Rz 45 ff. beschrieben, von zu hohen Zahlen für die Gesamtzahl der Wohnungen für betreutes Wohnen aus, sind die jeweiligen Anteile leicht nach oben zu korrigieren. Für die Stadtregion Bern kann somit von einem zusammengefassten Marktanteil von 20-30 % ausgegangen werden. In der Stadtregion Zürich lässt sich ein vergleichbares Szenario beobachten, jedoch mit einem Marktanteil von etwas über 20-30 %.⁴⁶

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

49. Je nach Region bestehen Unterschiede im Ausbau und in den Preisen des betreuten Wohnens, sodass sich nur schwer ein einheitliches Bild für die gesamte Schweiz erkennen lässt.⁴⁷

Vergleicht man die eingereichten Zahlen der einzelnen Heime in den Regionen um die Städte Bern und Zürich,

lässt sich ein breites Angebot anderer Anbieter von betreutem Wohnen erkennen. Zudem gibt es in der Region Bern mit der Domicil Bern AG und in der Region Zürich mit der Stiftung Alterswohnungen der Stadt Zürich weitere Anbieter in vergleichbarer Grösse.⁴⁸

⁴³ Meldung, Fussnote zu Rz 76.

⁴⁴ WERNER SARAH/KRAFT ELIANE/MOHAGHEGHI RAMIN/MEULI NORA/EGLI FLORIAN, Angebot und Inanspruchnahme von intermediären Strukturen für ältere Menschen in der Schweiz, OBSAN DOSSIER 52 2016, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Kap. 3.1; WERNER SARAH/KRAFT ELIANE/ELBEL ROMAN/KREIENBÜHL MICHÈLE, Intermediäre Strukturen für ältere Menschen in der Schweiz 2021, OBSAN BERICHT 05/2021, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Kap. 3.1.

⁴⁵ Meldung, Rz 86 ff.

⁴⁶ Meldung, Rz 86 ff.

⁴⁷ MEULI (FN 39).

⁴⁸ Meldung, Rz 99 ff.

B.4.2.3 Potenzieller Wettbewerb

50. Durch den demografischen Wandel wächst die Zahl der Seniorinnen und Senioren in der Schweiz stetig. Dadurch steigt langfristig auch der Bedarf an Wohnungen für betreutes Wohnen, selbst wenn der aktuelle Trend eher darauf hindeutet, dass die älteren Personen möglichst lange zu Hause bleiben und ambulante Pflegeleistungen nutzen möchten.⁴⁹ Das zieht neue Anbieter, Baugenossenschaften, Kapitalinvestoren, Private Equity und Immobilien-Investoren an (z.B. Pflegeimmobilien als Anlageklasse). Zudem ist auch das Gemeinwesen stark in Neubauprojekte engagiert. Ein Beispiel hierfür ist die Stadt Zürich.⁵⁰ Gleichzeitig setzt die Digitalisierung neue Impulse. Durch technologische Innovationen, vor allem im Hinblick auf KI, dürften in Zukunft effizientere Pflege- und neue Wohnkonzepte entstehen.⁵¹ Da der Markt für betreutes Wohnen im Gegensatz zur stationären Pflege kaum gesetzlich reguliert ist, bleibt er offen und attraktiv für neue Markteintritte. Die meldende Partei führt in ihrer Meldung mehrere potenzielle neue Wettbewerber auf.⁵²

B.4.2.4 Markt für stationäre Pflegeleistungen

51. Auf dem Markt für stationäre Pflege kommt es durch den Zusammenschluss einzig im Umkreis des Tertium Lyssbachpark in Lyss, Schweiz, zu einem Marktanteil von leicht über 20-30 %.⁵³

52. Für den Markt der stationären Pflegeleistung kann grundsätzlich auf das zuvor geschriebene verwiesen werden. Aufgrund der genaueren Datenlage auf dem Markt für stationäre Pflegeleistungen, geht die WEKO davon aus, dass dieser Markt durch den Zusammenschluss nicht betroffen wird, wodurch sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

B.4.3 Ergebnis

53. Durch den Zusammenschluss sind zwei lokale Märkte für das betreute Wohnen betroffen: Die Stadtregionen Bern und Zürich, auf welchen es durch den Zusammenschluss auf dem genannten Markt zu Marktanteilen von etwa 20-30 % bzw. 20-30 % kommt.

54. Es bestehen in den Stadtregionen Bern und Zürich ausreichend Mitwettbewerber, darunter auch solche in vergleichbarer Grösse zu den meldenden Unternehmen.

55.0 Der Markt für betreutes Wohnen befindet sich aufgrund des demografischen Wandels im Wachstum und ist offen sowie attraktiv für neue Markteintritte.

56. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 33 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 KG sind daher nicht gegeben.

⁴⁹ PELLEGRINI/DUTOIT/PAHAUD/DORN (Fn 37), Kap. 8.1.

⁵⁰ Meldung, Rz 209; für ausführlichere Informationen siehe Stadt Zürich, Alters- und Pflegeheime, <<https://www.stadt-zuerich.ch/de/lebenslagen/alter/wohnen/altersheime-pflegeheime.html>> (20.11.2025).

⁵¹ PFITZER ESTELLE/KOWATSCH TOBIAS, Challenges and innovations in digitizing elderly care in Switzerland: a single case study, <https://cocoa.ethz.ch/downloads/2025/02/2891_Pfitzer-Kowatsch-2025-Challenges-Innovations-Care-Switzerland.pdf> (20.11.2025), Kap. 3.2.

⁵² Meldung, Rz 213 ff.

⁵³ Meldung, Rz 175, Tabelle.

B 2.3

7. Hartree/ED&F Man Chile Holdings SpA

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 15. Dezember 2025

1. Am 4. Dezember 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der alleinigen Kontrolle durch die Hartree Partners LP (nachfolgend: Hartree) über das Zielunternehmen ED&F Man Chile Holdings SpA (nachfolgend: ED&F Man Chile Holdings) betrifft.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Hartree mit Hauptsitz in New York (USA) ist ein weltweit tätiges Rohstoffhandelsunternehmen, das auf Energie-, Rohstoff- und Finanzmärkte, einschliesslich Energie, Metalle, erneuerbare Energien und Wertpapiere, spezialisiert ist. Hartree wird von Oaktree Capital Holdings LLC kontrolliert, welches als globales alternatives und nicht-traditionelles Investment-Management-Unternehmen einen opportunistischen, wertorientierten und risikokontrollierten Ansatz für unterschiedliche Investitionen verfolgt. Oaktree Capital Holdings LLC wird indirekt gemeinsam von Oaktree Capital Group Holdings GP LLC und Brookfield Corporation kontrolliert. Brookfield Corporation bietet zudem als globale Vermögensverwalterin eine Reihe von öffentlichen und privaten Investitionsprodukten und -dienstleistungen an.³
- ED&F Man Chile Holdings mit Hauptsitz in Santiago (Chile) ist eine Holdinggesellschaft, die über ihre Tochtergesellschaften hauptsächlich in Chile und Peru im Agrar- und Lebensmittelsektor mit dem Schwerpunkt in der Produktion und dem Verkauf von Zucker, Melasse, Obst- und Gemüsepulpe, Püree, Saftkonzentrat, Lebensmitteln für den Einzelhandel, Tierfutter und landwirtschaftlichen Materialien tätig ist. ED&F Man Chile Holdings wird zurzeit indirekt allein von der Agman Group Limited (früher bekannt als ED&F Man Holdings Limited⁴) kontrolliert.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

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 2025/2, 473 Rz 2, *Hartree/ED&F Man Commodities*.

⁴ Vgl. RPW 2025/2, 473 Rz 2, *Hartree/ED&F Man Commodities*.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zu Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU»

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder anderen Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Dies beinhaltet die vorgesehene Beihilfeüberwachung im Rahmen des Luftverkehrs-, des Landverkehrs- und des Stromabkommens. Zum einen ist das Beihilferecht ein Pfeiler der Wettbewerbspolitik, zum anderen ist die WEKO als Behörde für die Beihilfeüberwachung vorgesehen und damit direkt von dieser Teilvorlage betroffen.

Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung von Vorlagen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Die WEKO begrüsst deshalb im Grundsatz Vorlagen, die den Wettbewerb stärken bzw. bestehende Wettbewerbsverzerrungen z.B. infolge staatlicher Eingriffe und Handelshemmnisse beseitigen oder reduzieren.

Als unabhängige und rechtsanwendende Behörde nimmt die WEKO hingegen keine Stellung zur politischen Entscheidung betreffend die Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU. Daraus kann vorliegend nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Bestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Ihrer Aufforderung nachkommend hat die WEKO ihre Anträge und Bemerkungen zu den verschiedenen Teilvorlagen im zur Verfügung gestellten Antwortformular festgehalten (vgl. Beilage).

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

1. Allgemein: Sind Sie damit einverstanden, die bilateralen Beziehungen zur Europäischen Union (EU) zu stabilisieren und weiterzuentwickeln?

Vgl. Begleitschreiben.

2. Verhandlungen: Wie beurteilen Sie die Abkommen, Protokolle und gemeinsamen Erklärungen, welche die Schweiz mit der Europäischen Union (EU) ausgehandelt hat

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt als unabhängige und rechtsanwendende Behörde keine Stellung zur politischen Entscheidung betreffend die Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen zur EU.

Grundsätzlich begrüsst die WEKO Abkommen, Protokolle und Erklärungen, die den Wettbewerb stärken bzw. bestehende Wettbewerbsverzerrungen, z.B. infolge staatlicher Eingriffe und Handelshemmnisse, beseitigen oder reduzieren. Marktzugangsabkommen sind aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich zu befürworten, weil damit der grenzüberschreitende Wettbewerb gefördert wird. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen zur EU aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Vor diesem Hintergrund ist namentlich das Stromabkommen aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen. Aufgrund des Stromabkommens werden sämtliche Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz die Möglichkeit erhalten, den Strom von einem Lieferanten ihrer Wahl im freien Markt einzukaufen. Die EU hat dies seit 2007 umgesetzt, erlaubt aber weiterhin unter bestimmten Bedingungen eine regulierte Grundversorgung.¹ Die vollständige Marktöffnung im Bereich der Endkundenversorgung in der Schweiz ist sehr zu begrüßen. Mit der vollständigen Marktöffnung wird das mit einer blossen Teilmarktöffnung einhergehende Diskriminierungspotenzial zum Nachteil der gebundenen Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Grundversorgung beseitigt. Die aktuell geltenden Vorgaben für die Grundversorgung schützen in erster Linie die Endversorger sowie die Produzenten von inländischen erneuerbaren Energien. Die Rahmenbedingungen in der Grundversorgung ermöglichen eine intransparente Subventionierung von inländischen erneuerbaren Stromerzeugungsanlagen, die ausschliesslich von den festen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern in der Grundversorgung finanziert werden müssen. Die nach geltendem Recht zwingende Grundversorgung für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch unter 100 MWh stellt zudem eine Absatzgarantie für die Verteilnetzbetreiber mit regulatorisch abgesicherten Gewinnen dar. Sie führt zu einem Wettbewerbsvorteil der Verteilnetzbetreiber gegenüber Lieferanten, die nicht Eigentümer eines Stromnetzes sind.

Aufgrund des zunehmenden Ausbaus der erneuerbaren Erzeugungskapazitäten erhöht sich in der Schweiz der Bedarf nach Regelleistungs- und Regelenergieprodukten. Durch das knappe Angebot sowie fehlende grenzüberschreitende Stromlieferungen für Systemdienstleistungen wird die Funktionalität des Systemdienstleistungsmarkts beeinträchtigt. Ohne ein Stromabkommen ist die Schweiz von den Handelsplattformen für Systemdienstleistungsprodukte ausgeschlossen. Dazu gehören insbesondere die Handelsplattformen für Regelenergie TERRE (Trans European Replacement Reserve Exchange; ab 2026), MARI (Manually Activated Reserves Initiative) und PI-CASSO (Platform for the International Coordination of the Automatic frequency restoration process and Stable System Operation).² Da die Schweiz ohne Stromabkommen kein Teilnahmerecht an diesen Plattformen erhält, können ausländische Marktakteure keine Regelenergieprodukte in der Schweiz anbieten. Durch die Integration der Schweiz mittels des Stromabkommens werden Marktakteure aus den EU-Mitgliedstaaten künftig Systemdienstleistungsprodukte in der Schweiz verkaufen können. Zudem können künftig auch Schweizer Marktakteure Systemdienstleistungsprodukte über die Plattformen in den EU-Mitgliedstaaten anbieten. Dank des Stromabkommens erhalten sie Marktzugang zum EU-Binnenmarkt.³ Die Erhöhung des Angebots auf den Systemdienstleistungsmärkten sollte zu tieferen Kosten für den Bilanzausgleich und einer entsprechend geringeren finanziellen Belastung der inländischen Endverbraucherinnen und Endverbraucher führen.

Bei grenzüberschreitenden Transaktionen im EU-Binnenmarkt werden Energie und Grenzkapazitäten an den Börsen integral gehandelt (sog. Market Coupling). Das Stromabkommen enthält die Zusicherung, dass die Übertragungsnetzbetreiberin Swissgrid und die Schweizer Marktakteure innerhalb von neun Monaten nach Inkrafttreten dieses Abkommens am einheitlichen day ahead und intraday Market Coupling für den EU-Binnenmarkt partizipieren können.⁴ Ohne Stromabkommen ist die Schweiz von den Kapazitätsmechanismen im europäischen Stromhandel ausgeschlossen. Insbesondere kann sie nicht am Flow Based Market Coupling (FBMC) teilnehmen. Durch den

¹ Vgl. Art. 27 Richtlinie (EU) 2019/944 des europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (Abl. L 158/125; nachfolgend: Strombinnenmarkt-Richtlinie) sowie Art. 7 Stromabkommen.

² Vgl. erläuternder Bericht, S. 606.

³ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 Bst. a und b Strombinnenmarkt-Richtlinie; Stromabkommen, Anhang I Ziff. 9 Bst. a.

Ausschluss aus dem FBMC entstehen den Schweizer Stromunternehmen mehr operationeller Transaktionsaufwand sowie höhere Kosten für den Stromimport. Die für den Transport erforderlichen grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten müssen in einem separaten Auktionsverfahren beschafft werden. Dies führt zu aufwändigeren und teureren grenzüberschreitenden Transaktionen und macht die Nutzung der Grenzkapazitäten weniger effizient, was sich negativ auf den Wettbewerb auswirkt.

Der grenzüberschreitende Stromhandel ist aus volkswirtschaftlicher Sicht von zentraler Bedeutung. Die Möglichkeit für grenzüberschreitende Stromimporte verbessert die Versorgungssicherheit und reduziert den Bedarf an inländischen Produktions- oder Reservekapazitäten für die Winterversorgung. Dadurch könnten die Kosten für Massnahmen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit in der Schweiz reduziert werden. Je mehr Übertragungskapazität für den zonenübergreifenden Handel zur Verfügung steht, desto grösser ist das Potenzial für den grenzüberschreitenden Stromhandel. Aufgrund der heutigen Situation ohne Einbezug der Schweiz in die auf EU-Ebene vorzunehmenden Kapazitätsberechnungsprozesse⁵ kommt es aufgrund vermehrter Handelstätigkeit zwischen EU-Mitgliedsstaaten zunehmend zu ungeplanten Stromflüssen im Schweizer Übertragungsnetz (sog. «Loop Flows») und damit zu Netzengpässen, wodurch die Importkapazitäten der Schweiz beschnitten werden. Dies führt zu umfangreicheren und kostenintensiveren Redispatchmassnahmen durch die Schweizer Übertragungsnetzbetreiberin Swissgrid. Die für Redispatchmassnahmen eingesetzte inländische Elektrizität steht nicht mehr für die Inlandversorgung zur Verfügung, was zu einer Verteuerung der Stromkosten für Schweizer Endverbraucherinnen und Endverbraucher führt. Mit dem Stromabkommen wäre die Schweiz automatisch in die Kapazitätsberechnungsmethoden und die Redispatch- sowie die Sicherheitskoordinationsprozesse der EU-Mitgliedstaaten miteinbezogen.⁶ Für die Sicherheit des Netzbetriebs in der Schweiz wäre dies von grossem Vorteil. Dies sollte es ermöglichen, insbesondere im Winter eine grössere Strommenge in die Schweiz zu importieren. Dadurch sollte der Bedarf an von den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern zu finanzierenden Reservekapazitäten entsprechend abnehmen.⁷

Im Stromabkommen wurde festgehalten, dass der Vorrang auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zugunsten der Halter von langfristigen Bezugs- und Lieferverträgen (LTC-Halter) aufgehoben werden soll. Das Stromabkommen sieht während einer Übergangsfrist von sieben Jahren finanzielle Abgeltungen zugunsten der LTC-Halter vor,⁸ welche für die Überführung ihres Übertragungsnetzes an Swissgrid bereits vollständig entschädigt wurden. Diese finanziellen Abgeltungen führen zu Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der drei grössten Schweizer Stromkonzerne Axpo, Alpiq und BKW. Überdies lässt es das Stromabkommen zu, dass der bestehende Vorrang für Grenzkraftwerke mit einer Kapazität von höchstens 65 MW während längstens 15 Jahren aufrechterhalten werden kann, falls die Konzession nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt ausläuft.⁹ Aus wettbewerblicher Sicht sollte auf die Gewährung solcher Privilegien zugunsten einzelner Akteure in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung verzichtet werden. In der EU wurden solche Vorränge bereits 2003 innert kurzen Fristen und ohne finanzielle Entschädigungen abgeschafft.¹⁰

Die wichtigsten Fördermassnahmen für den Zubau von erneuerbaren Energien im geltenden Schweizer Recht wurden in den Verhandlungen abgesichert, indem sie im Stromabkommen als mit dem EU-Binnenmarktrecht vereinbar erklärt wurden. Dabei handelt es sich insbesondere um Investitionsbeiträge und die gleitende Marktpremie.¹¹ Darüber hinaus kann der Gemischte Ausschuss des Stromabkommens künftig zusätzliche Ausnahmetatbestände formulieren, die vom EU-Recht abweichen können. Aus wettbewerblicher Sicht sollten zur Erreichung der vom Gesetzgeber definierten Ziele der ES 2050 möglichst wettbewerbsneutrale Massnahmen vorgesehen werden, damit in den Bereichen der Stromerzeugung und -versorgung trotz der diversen heute schon bestehenden regulatorischen Vorgaben ein ausreichender Restwettbewerb erhalten bleibt, der u. a. Anreize für innovative Produkte setzt und zu kosteneffizientem Verhalten anregt. Aus wettbewerblicher Sicht wäre eine Anreizregulierung anstelle von technologiespezifischen finanziellen Unterstützungsbeiträgen zu bevorzugen. Die WEKO vertritt den Standpunkt, dass spätestens nach dem Auslaufen der letzten auf finanziellen Unterstützungsbeiträgen basierenden Fördermassnahmen im Energiegesetz¹² ein marktnahes und wettbewerbs- bzw. technologieneutraleres System – z. B. ein Lenkungssystem oder ein Quotensystem mit Zertifikatshandel – zur Gewährleistung des Zubaus von erneuerbaren Energien eingeführt werden sollte.¹³

⁴ Vgl. Stromabkommen, Anhang I Ziff. 7 Bst. a.

⁵ Vgl. Art. 14 ff. Verordnung 2019/943 des europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (Abl. L 158/54; nachfolgend: Strombinnenmarkt-Verordnung).

⁶ Vgl. Anhang I Ziff. 7 Stromabkommen.

⁷ Vgl. FRONTIER ECONOMICS, Stromversorgungssicherheit Schweiz 2025, Studie beauftragt von ElCom und BFE vom 21.10.2021, S. 4; <http://www.elcom.admin.ch> > Dokumentation > Studien und Berichte > Versorgungssicherheit und Internationales (29.7.2025).

⁸ Vgl. Art. 8 Ziff. 1 und 2 sowie Anhang II Art. 1-4 und Abschnitt B Stromabkommen.

⁹ Vgl. Art. 8 Ziff. 3 sowie Anhang II Abschnitt C Stromabkommen.

¹⁰ Vgl. erläuternder Bericht, S. 618.

¹¹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 Bst. c sowie Anhang II Abschnitt A Stromabkommen.

¹² Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

¹³ Vgl. Stellungnahme WEKO zur Revision des Energiegesetzes, in: RPW 2020/4b, 2034, *Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023)*.

Schweizer Herkunftsnachweise (HKN) werden in der EU seit 2021 nicht mehr anerkannt. Hingegen dürfen Produzenten und Händler in der EU mangels anderslautender Vorgaben im nationalen Recht weiterhin HKN verkaufen. Mit Inkrafttreten des Stromabkommens würden HKN aus der Schweiz von der EU anerkannt und dürften im EU-Binnenmarkt gehandelt werden. Ab der Geltung des Stromabkommens werden auch HKN aus der Schweiz für Wärme, sowie erneuerbare Brenn- und Treibstoffe anerkannt.¹⁴ Dies ermöglicht es Schweizer Marktakteuren, HKN aus inländischer Produktion im EU-Binnenmarkt zu verkaufen, was aus wettbewerblicher Sicht positiv einzustufen ist. Die mittels des Stromabkommens wiederhergestellte gegenseitige Anerkennung unterstützt die Marktintegration der inländischen erneuerbaren Energien.

3. Wie beurteilen Sie die inländische Umsetzung?

Allgemeine Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹⁵ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder anderen Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. 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 nicht kommentierte Bestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung von geplanten Gesetzes- und Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

Die WEKO äussert sich im Folgenden detailliert zur jeweiligen Umsetzungsgesetzgebung im Zusammenhang mit dem Stromabkommen sowie den Beihilfeprotokollen. Das Stromabkommen und die damit einhergehenden Vorschläge für die innerstaatliche Umsetzung haben weitreichende wettbewerbliche Auswirkungen, wie bereits oben ausführlich dargelegt wurde. Auch die Bestimmungen zu den staatlichen Beihilfen in den Beihilfeprotokollen sowie in Teil III des Stromabkommens weisen einen direkten wettbewerblichen Bezug auf. Die Beihilfekontrolle ist ein mögliches Instrument, durch staatliches Handeln ausgelösten Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen bzw. solche zu reduzieren. So besteht das zentrale Ziel der neuen materiellen beihilferechtlichen Bestimmungen in der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen aus der EU und der Schweiz in den Bereichen des Binnenmarkts, die in den Geltungsbereich der Abkommen fallen (Art. 1 der Beihilfeprotokolle bzw. Art. 12 Abs. 1 des Stromabkommens). Darüber hinaus sieht Art. 3 Abs. 1 VE-BHÜG eine Beihilfekommission innerhalb der WEKO als künftige Überwachungsbehörde für die entsprechenden Beihilfen vor. Die nachfolgenden Änderungsanträge zum VE-BHÜG zielen hauptsächlich darauf ab, der zukünftigen Überwachungsbehörde zu ermöglichen, in fachkundiger Weise zielgerichtete und effiziente Verfahren zu führen. Die vorliegende Fassung des VE-BHÜG gewährleistet dies nicht und birgt somit nicht nur die Gefahr von ineffizienten und inhaltlich ungenügenden Beihilfeprüfungen, sondern setzt vielmehr auch den Ruf der WEKO aufs Spiel, sollte diese – oder eine Kammer der WEKO – als Überwachungsbehörde designiert werden. Die WEKO nimmt des Weiteren zur Kenntnis, dass mit den Abkommen das materielle EU-Beihilferecht übernommen wird und die zukünftige Schweizer Überwachungsbehörde folglich die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen hat. Dadurch wird letztlich der Rahmen für den Ermessensspielraum der Überwachungsbehörde eingeschränkt.

¹⁴ Vgl. Stromabkommen, Anhang VI.

¹⁵ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Bundesgesetze	Betroffener Artikel	Allfälliger Änderungsvorschlag	Bemerkungen
Stabilisierungsteil			
Staatliche Beihilfen			
Neues Gesetz			
Bundesgesetz über die Überwachung von [staatlichen] Beihilfen (BHÜG)	Erläuterungen ad Art. 1 Abs. 2 (S. 124 ff.)	Wir beantragen , den Verweis auf den Entscheid des EuGH in Sachen <i>Sumal</i> entweder zu streichen oder im Sinne der Bemerkungen zu präzisieren.	In den Erläuterungen wird in Frage gestellt, inwiefern nach dem erwähnten Entscheid des EuGH die Vorbildfunktion des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs der EU in Bezug auf den Schweizer Unternehmensbegriff nach KG weiterhin besteht. Diese Aussage wird nicht weiter präzisiert bzw. begründet und ist deshalb wenig zweckdienlich. Zudem scheint aus dem Urteil nach unserer Lesart vielmehr hervorzugehen, dass die EU denselben Unternehmensbegriff verwendet wie das KG.
	Erläuterungen ad Art. 2 Bst. a (S. 127 ff.)	Wir beantragen , den Begriff der Beihilfegeber schon eingangs, bspw. in den Erläuterungen ad Art. 2 Bst. a, zu definieren.	In den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln werden in der Regel nur Beihilfen erwähnt, welche durch die Kantone oder den Bund gewährt werden. Verschiedentlich ist nur von kantonalen Beihilfen und kantonalen Beihilfegebern die Rede. Der Begriff des Beihilfegebers umfasst jedoch sämtliche staatliche Einheiten – einschliesslich denjenigen ausserhalb der Zentralverwaltung – aller föderalen Ebenen unterhalb der Bundesebenen, insbesondere auch der Gemeinden. Diese Definition, was in der Botschaft unter «Kantonen» zu verstehen ist, wird erst in Kap. 2.2.11.2.2 (S. 203) gegeben. Es scheint uns zweckdienlich für das weitere Verständnis der Botschaft bzw. der darin gewählten Begriffe, wenn diese Definition schon eingangs, bspw. in den Erläuterungen ad Art. 2 Bst. a, figurieren würde.
	Erläuterungen ad Art. 2 Bst. b	Textänderungsantrag: S. 129, 1. Absatz: Der Marktbezug ist regelmässig dann zu bejahen, wenn die Tätigkeit keine rein hoheitliche Aufgabenerfüllung darstellt und grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen erbracht wird .	Um Missverständnissen vorzubeugen, beantragen wir, diesen Satzteil trotz des «grundsätzlich» zu streichen, da der Staat oft unternehmerisch tätig ist. Er kann somit ohne weiteres seiner eigenen Tochtergesellschaft eine Beihilfe gewähren, z.B. der SBB, der Post, der Skyguide (für nicht hoheitliche Tätigkeiten) etc.
	Art. 3 Abs. 1	Textänderungsantrag: Eine Beihilfe- und Binnenmarktkommissionkammer innerhalb der Wettbewerbskommission erfüllt die Aufgaben der Überwachungsbehörde nach diesem Gesetz. Die Beihilfekammer beschliesst endgültig. Eventualiter: Eine Beihilfekammer innerhalb der Wettbewerbskommission erfüllt die Aufgaben der Überwachungsbehörde nach diesem Gesetz. Die Beihilfekammer beschliesst endgültig.	Ad Antrag: Die vorgesehene Beihilfekammer innerhalb der Wettbewerbskommission erweckt falsche Erwartungen: «Es steht WEKO drauf, es ist aber nicht WEKO drin». Das WEKO-Mitglied der Beihilfekammer ist in der Unterzahl und kann somit überstimmt werden. Die für die Beihilfeüberwachung notwendige Kompetenz im Wettbewerbsbereich kann durch die Vorlage folglich nicht sichergestellt werden. Die vorliegend aufgezeigten Mängel der Vorlage (u.a. nicht genügend Ressourcen für eine professionelle Erfüllung der neuen Aufgaben, Verfahrensmängel, welche den grundlegenden Prinzipien der Verfah-

			renskonomie widersprechen und die Äquivalenz zum EU-Recht in Frage stellen) haben zudem zur Folge, dass die Überwachungsbehörde den Qualitätsanforderungen der WEKO nicht entsprechen kann und somit das Risiko eines Reputations- und Glaubwürdigkeitsverlustes der WEKO bergen. Aus diesen Gründen beantragt die WEKO, die Zuständigkeit für die Beihilfeüberwachung in eine von der WEKO unabhängige neue Behörde auszugliedern. Diese Behörde könnte sowohl für die Beihilfeüberwachung als auch für die Aufsichtsfunktionen im Bereich des Binnenmarktgesetzes tätig sein. Damit könnten einerseits im Innenverhältnis Synergien realisiert werden (bspw. in Bezug auf den vorgesehenen Rechtsmittelweg für Beschwerden gegen kantonale Entscheide) und andererseits der neuen Kommission (mit eigenem Namen) in der Aussenwahrnehmung entsprechende Sichtbarkeit und Gewicht verschaffen. <i>Ad Eventualantrag:</i> Sollte keine eigenständige Beihilfekommission geschaffen werden, wäre die Wettbewerbskommission als Überwachungsbehörde der vorgesehenen Beihilfekommission vorzuziehen. Neben den oben genannten Gründen birgt der aktuelle Vorschlag das Risiko eines Auseinanderfallens der bestehenden Kommissionsstrukturen (u.a. ungleich verteiltes Knowhow und die Schaffung von mehreren Klassen innerhalb derselben Behördenorganisation). Solange die Organisationsautonomie der WEKO gewahrt wird und ihr die nötigen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, könnte die WEKO bei Bedarf eine Beihilfekommission bestehend aus WEKO-Mitgliedern vorsehen. So könnten (aus Effizienzüberlegungen) auf Beihilferecht spezialisierte WEKO-Mitglieder Einsitz in eine solche Kommission nehmen und die aus Governance-Überlegungen abzulehnende Vertretung bzw. Mitbestimmung der Kantone betreffend die Kommissionzusammensetzung abgewendet werden.
	Art. 3 Abs. 2-4	Wir beantragen , Abs. 2-4 entsprechend dem/den vorangehenden Anträgen anzupassen.	
	Erläuterungen ad Art. 3 Abs. 1-3	Textänderungsantrag für den Fall einer Ablehnung der obigen Anträge zu Art. 3: S. 133, 3. Absatz: [...] Unter Einbezug der Kantone soll das Prozedere zur Einsetzung der Findungskommission ausgearbeitet werden, in welcher die Kantone eine Vertretung erhalten sollen. Die Findungskommission wird zuhanden des WBF eine Vorauswahl derjenigen Mitglieder und Vertretungsmitglieder der Beihilfekommission treffen, welche nicht dem WEKO-Präsidium angehören. Die kantonale	Die konkrete Mitwirkung bzw. die Tragweite des Mitbestimmungsrechts der Kantone in der Findungskommission wird in den Erläuterungen nicht explizit adressiert. Wir beantragen, in der Botschaft diesbezügliche Unklarheiten auszuräumen und folglich festzuhalten, dass die Kantone kein Vetorecht in Bezug auf die Vorauswahl der Mitglieder der Beihilfekommission haben. Dies ist insbesondere aus Governance-Gründen (keine Verschmelzung zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten) geboten.

		Vertretung hat kein Vetorecht in Bezug auf die Vorauswahl. Die Mitglieder und Ersatzmitglieder erfüllen dabei die nötigen Anforderungen bezüglich Qualifikation und Unabhängigkeit. [...]	
	Art. 4 Bst. a	Textänderungsantrag: Sie berät die Beihilfegeber auf Anfrage .	Wir beantragen, im Gesetzestext sowie in der Botschaft der Vollständigkeit halber auch in Art. 4 kenntlich zu machen, dass eine Beratung durch die Überwachungsbehörde vor der Anmeldung der Beihilfe fakultativ ist und nur auf Gesuch des Beihilfegebers erfolgt (vgl. auch Art. 5).
	Erläuterungen ad Art. 4 Bst. a	Textänderungsantrag: S. 135, 1. Absatz, 1. Lemma: Auf Anfrage eines Beihilfegebers berät die Überwachungsbehörde diesen berät die Beihilfegeber informell vor Beginn eines Prüfungsverfahrens im Sinne der Artikel 13 ff. VE-BHÜG. Damit die Überwachungsbehörde den Beihilfegeber angemessen beraten kann, hat dieser vorgängig einen Anmeldungsentwurf einzureichen. [...]	Eine Beratung kann nur gestützt auf solide Angaben erfolgen. Dies entspricht auch der Vorgehensweise der EU-KOM, die vor einer ersten Diskussion mit dem Beihilfegeber eine schriftliche Eingabe verlangt, in welcher das Vorhaben präsentiert wird (vgl. auch Randziffer 12 der Mitteilung C/2025/2810 der Kommission – Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren).
	Erläuterungen ad Schema, 3. Kapitel	Wir beantragen , - eine Legende für Kästchenform und -farbe einzuführen, und - die Darstellung i.S. der Bemerkungen anzupassen.	Wir begrüßen ausdrücklich, dass das ordentliche Verfahren schematisch dargestellt wird. Die graphische Darstellung ist allerdings in folgenden Punkten unklar: - Die Wahl der Formen und Farben der Kästchen erschliesst sich dem Leser nicht eindeutig (insbesondere in einer schwarz-weißen Printversion) und sollte erklärt werden (z.B. eckig-blau: Verfahrensschritte; rot/grün-rund: Beurteilungen der Überwachungsbehörde etc.). Es sollte klar ersichtlich sein, ob die Überwachungsbehörde oder der Beihilfegeber für das Kästchen verantwortlich ist, ob das Kästchen eine Handlung beschreibt oder einen Zustand/Verfahrensabschnitt. - Die Möglichkeit, dass der Beihilfegeber nach der Stellungnahme der Überwachungsbehörde von seinem Vorhaben ablässt, wird nicht abgebildet (auch damit wird das Verfahren beendet). Es wäre übersichtlicher, wenn die tatsächliche Handlung des Beihilfegebers nach der Stellungnahme der Überwachungsbehörde abgebildet würde, z.B. «Gewährung der Beihilfe» vs. «Keine Gewährung der Beihilfe». Allenfalls könnten die Gewährung der Beihilfe und die diesbezügliche Mitteilung zusammengefasst werden.
	Erläuterungen ad Art. 5	Textänderungsanträge: S. 137 f., 1. Absatz: Um das Risiko von unnötigen (vertieften) Prüfungen oder Beschwerden zu vermindern, im Rahmen einer Beratung wird eine informelle Erörterung der rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der geplanten Beihilfen durch die Überwachungsbehörde ermöglicht. In der Beratung kann die Überwachungsbehörde insbesondere auf die Anforderungen an eine Anmeldung sowie auf die	Es gilt zu vermeiden, dass das Instrument der Beratung bei den Beihilfegebern falsche Erwartungen weckt. Auch nach einer Beratung ist das Vorhaben anzumelden und durchläuft (mindestens) die einfache Prüfung (auch wenn es im Rahmen der Beratung möglicherweise als zulässig eingeschätzt wird). Für die Beihilfegeber gibt es weder eine Zeit- noch Kostenersparnis, da die für die Beurteilung notwendigen Ressourcen dadurch (teilweise) von der einfachen/vertieften Prüfung in die Beratungsphase verschoben werden.

		wichtigsten Elemente hinweisen, anhand derer die geplante Beihilfe beurteilt werden kann. Hierfür hat der Beihilfegeber vorgängig einen Anmeldungsentwurf einzureichen. Der Beihilfegeber kann im Rahmen der Beratung auch die geplante Anmeldung der Beihilfe konsultieren lassen. Teil der Beratung kann bereits darin bestehen, aufzuzeigen, welche Art von Beihilfen mögliche Handlungsformen zur Zielerreichung darstellen können sowie deren allfällige Vor- und Nachteile: [...] Diesbezüglich gilt es festzuhalten, dass die Überwachungsbehörde die Beihilfe nicht (mit)gestaltet. Die Verantwortung für die (beihilferechtskonforme) Ausgestaltung der Beihilfe liegt einzig beim Beihilfegeber. S. 138, 2. Absatz Im Überwachungsverfahren der EU ist ebenfalls eine Beratungsmöglichkeit durch die Europäische Kommission als Überwachungsbehörde vorgesehen. Die Beratung ist jedoch nicht positiv rechtlich geregelt, um der Europäischen Kommission einen maximalen Handlungsspielraum zu ermöglichen. Im schweizerischen System wird hingegen mit der vorliegenden Bestimmung Rechtssicherheit für allfällige Beihilfegeber, insbesondere auf kantonaler Ebene, geschaffen. Es besteht jedoch auch in der Schweiz kein Rechtsanspruch auf eine Beratung bzw. auf einen bestimmten Beratungsinhalt (bspw. auf eine allfällige materielle Vorabbeurteilung des Vorhabens). S. 138, 4. Absatz: [...] Die Stellungnahme oder andere amtliche Verrichtungen der Überwachungsbehörde sind hingegen nicht gebührenpflichtig.	ben werden. Es werden somit keine «unnötigen» Prüfungen bzw. Abklärungen vermindert. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass nicht jedes Vorhaben beihilferechtskonform ausgestaltet werden kann, wodurch eine vertiefte Prüfung aufgrund einer vorgängigen Beratung nicht ausgeschlossen werden kann. Damit die Überwachungsbehörde den Beihilfegeber sachdienlich beraten kann, hat dieser vorgängig einen Anmeldungsentwurf einzureichen. Dies entspricht auch der Vorgehensweise der EU-KOM. Des Weiteren ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es nicht die Aufgabe der Überwachungsbehörde ist, ein Vorhaben (beihilferechtskonform) auszugestalten. Sie kann dem Beihilfegeber zwar mögliche Ausgestaltungsoptionen aufzeigen (und auf deren Konsequenzen hinweisen), der Entscheid und die Verantwortung, welche Ausgestaltung die geeignetste für eine bestimmte Zielerreichung ist, liegt jedoch beim Beihilfegeber. Wir würden es vorziehen, wenn die Beratungstätigkeit in der Schweiz analog zur EU nicht positiv rechtlich geregelt würde. Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen ist diesbezüglich mindestens klarzustellen, dass kein Rechtsanspruch darauf besteht, dass die Überwachungsbehörde den Beihilfegeber abschliessend berät. Dies könnte zwar indirekt daraus abgeleitet werden, dass die Beratung unter Berücksichtigung der verfügbaren Ressourcen erfolgt (S. 138, 3. Absatz), der fehlende Rechtsanspruch ist dennoch explizit und unmissverständlich in den Erläuterungen zu verankern. Wir beantragen, dass auch für die einfache und die vertiefte Prüfung eine Gebührenpflicht eingeführt wird (analog zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen). Wäre nur die Beratungsphase gebührenpflichtig, bestünde für die Beihilfegeber kein Anreiz, die relevanten Fragen mit der Überwachungsbehörde im Rahmen einer Beratungsphase zu klären. Statt eine Beratung in Anspruch zu nehmen, könnten Beihilfegeber ohne Kostenfolgen eine Anmeldung einreichen, welche die Überwachungsbehörde auf Vollständigkeit prüfen müsste (Art. 11). Würde die Überwachungsbehörde feststellen, dass die Anmeldung unvollständig ist, würde sie dies dem Beihilfegeber rückmelden und ergänzende Informationen anfordern, wobei sich dieser Vorgang mehrfach wiederholen kann. <i>De facto</i> würde die Überwachungsbehörde damit eine (kostenlose) Beratungsdienstleistung für die Beihilfegeber erbringen. Insbesondere im Fall von wenig ausgereiften oder sehr umfangreichen Anmeldungen bestünde zudem das Risiko, dass die Überwachungsbehörde

			im Zweifelsfall eine vertiefte Prüfung einleiten müsste. Genau solche Fälle sollten jedoch durch die vorgesehene Beratung vermieden werden. Eventualiter beantragen wir, dass eine Gebührenpflicht mindestens bis zur Bestätigung der (vollständigen) Anmeldung durch die Überwachungsbehörde gemäss Art. 11 Abs. 1 eingeführt wird. Die oben beschriebene Anreizproblematik könnte dadurch entschärft werden. Sollte aufgrund von Äquivalenz-Überlegungen weiterhin angedacht sein, auf eine Gebührenpflicht während des ordentlichen Verfahrens zu verzichten, wäre aus den oben geschilderten Gründen – wie in der EU – ein Verzicht auf die Erhebung von Gebühren für die Beratung der Überwachungsbehörde der vorgeschlagenen Lösung vorzuziehen.
	Erläuterungen ad Art. 10 (S. 142 f.)	Wir beantragen , die Erläuterungen dahingehend anzupassen bzw. zu präzisieren, dass das Vorhaben gemäss Anmeldung beurteilt wird. Ob allfällige Anpassungen <i>nach</i> der Beurteilung noch vorgenommen werden können, darf keinen Einfluss auf die Form und den Zeitpunkt der Anmeldung haben.	Die Erläuterungen können dahingehend missverstanden werden, dass das Vorhaben <i>im Rahmen der einfachen Prüfung</i> noch an allfällige Bedenken der Überwachungsbehörde angepasst werden kann. Die einfache Prüfung lässt schon aus Fristgründen keinen Spielraum für Anpassungen zu. Mögliche Anpassungen des Anmeldungsentwurfs haben in der Beratungsphase vor der definitiven Anmeldung zu erfolgen. Bei signifikanten Änderungen am Beihilfevorhaben wird die Überwachungsbehörde gemäss Art. 6 Abs. 2 eine neue Anmeldung verlangen. Sollten die Erläuterungen Anpassungen <i>nach der Stellungnahme der Überwachungsbehörde</i> betreffen, können solche Anpassungen immer vorgenommen werden, solange die Beihilfe noch nicht gewährt wurde.
	Art. 11 Abs. 1	Textänderungsanträge (Alternativen): Die Überwachungsbehörde bestätigt dem Beihilfegeber innert fünf Arbeitstagen den Eingang der Anmeldung. Die Eingangsbestätigung ist keine Vollständigkeitsbestätigung. <i>Alternativ:</i> Die Überwachungsbehörde bestätigt dem Beihilfegeber innert fünf Arbeitstagen den Eingang der Anmeldung. <i>Eventualiter:</i> Sollte keine der beiden vorgeschlagenen Alternativen übernommen werden, beantragen wir, in den Erläuterungen festzuhalten, dass es sich bei der Frist von fünf Arbeitstagen um eine Ordnungsfrist handelt. Der untenstehende Textänderungsantrag zu den Erläuterungen ad Art. 11 Abs. 1 wird dadurch nicht aufgehoben, sondern lediglich ergänzt.	Gemäss Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 handelt es sich lediglich um eine <i>Eingangsbestätigung</i>. Die Erläuterungen hierzu (in Verbindung mit den Erläuterungen zu Art. 14 und 20) sind jedoch missverständlich und es scheint, dass mit der Eingangsbestätigung die Vollständigkeitsbestätigung geregelt werden soll. Es ist im Gesetzestext unmissverständlich klarzustellen, dass es sich in Abs. 1 <i>entweder</i> nicht um eine Vollständigkeitsbestätigung handelt <i>oder</i> diese nicht innerhalb von 5 Arbeitstagen erfolgen muss.

	Erläuterungen ad Art. 11 Abs. 1	Textänderungsantrag: S. 143: Die Bestätigung des Eingangs der Anmeldung ~~inner fünf Arbeitstagen~~ verschafft dem Beihilfegeber Sicherheit, dass er seine Anmeldepflicht eingehalten hat. ~~Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Anmeldung vollständig bzw. fristauslösend ist. Nach Eingang der Anmeldung beginnt die Überwachungsbehörde mit der Prüfung, ob diese alle für die Beurteilung notwendigen Informationen enthält (Vollständigkeitsprüfung). Die Vollständigkeitsprüfung kann sich – abhängig namentlich von der Komplexität und dem Umfang der Anmeldung sowie der Inanspruchnahme einer allfälligen vorgängigen Beratung – als ressourcen-/zeitintensiv erweisen. Unter gewissen Umständen, z.B. wenn der Beihilfegeber bereits eine Beratungsphase durchlaufen und Hinweise der Überwachungsbehörde berücksichtigt hat, ist es möglich, dass die Vollständigkeitserklärung bereits zusammen mit der Eingangsbestätigung erfolgen kann. Andernfalls ist der Überwachungsbehörde die für die (erstmalige) Vollständigkeitsprüfung erforderliche Zeit zu gewähren.~~	Eine sorgfältige Vollständigkeitsprüfung erfordert in der Regel ein aufwändiges Studium der eingegangenen Informationen, das über das «Abhaken einer Checkliste» hinausgeht. Die Vollständigkeitserklärung kann folglich nicht innerhalb von fünf Tagen erfolgen. Die Vollständigkeitsprüfung von Meldungsentwürfen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nimmt in der Regel je nach Komplexität und Umfang mehrere Tage bis Wochen in Anspruch. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass eine <u>sorgfältige (und möglicherweise zeitaufwändige) Vollständigkeitsprüfung im Interesse der Beihilfegeber liegt</u>. Würde nämlich aus Zeitdruck nur eine «oberflächliche» Vollständigkeitsprüfung vorgenommen und enthielte das Dossier folglich nicht alle für die Beurteilung relevanten Informationen, wäre die Überwachungsbehörde verpflichtet, im Rahmen der einfachen Prüfung Informationen nachzuverlangen, welche aus Fristgründen oft nicht rechtzeitig für die Beurteilung beschafft werden könnten. In einem solchen Fall wäre die Überwachungsbehörde gezwungen, ein vertieftes Prüfungsverfahren einzuleiten, um allfällige Bedenken aufgrund fehlender bzw. unvollständiger Informationen nach der einfachen Prüfung ausräumen zu können.
	Erläuterungen ad Art. 12 Abs. 2	Textänderungsantrag: S. 144: [...] Es sei denn, der Beihilfegeber teilt der Überwachungsbehörde vor Ablauf der festgesetzten Frist mit, dass er die Anmeldung als vollständig betrachtet, weil die angeforderten ergänzenden Informationen nicht verfügbar oder bereits übermittelt worden sind. In diesem Fall ~~entscheidet die Überwachungsbehörde, ob auf die angeforderten Informationen verzichtet werden kann oder ob dafür andere Informationen eingefordert werden müssen. ersetzt das Schreiben des Beihilfegebers die Nachreichung der eingeforderten Informationen.~~	Der Beihilfegeber darf nicht selbst darüber entscheiden dürfen, ob eine Anmeldung vollständig ist. Das muss in jedem Fall die Aufgabe der Überwachungsbehörde bleiben. So hat auch die Überwachungsbehörde im geschilderten Fall zu beurteilen, ob sie den Argumenten des Beihilfegebers folgen und gegebenenfalls darauf basierend die Vollständigkeit bestätigen kann. Das Risiko einer auf diese Weise provozierten unvollständigen Anmeldung würde schlussendlich der Beihilfegeber tragen, da die Überwachungsbehörde bei Bedenken nach der einfachen Prüfung, namentlich weil notwendige Informationen fehlen, ein vertieftes Prüfungsverfahren eröffnen müsste. Die durch die vorgesehene Regelung erhoffte Zeitersparnis ist somit weder im Interesse der Beihilfegeber noch der Verfahrensökonomie.
	Art. 14 Abs. 1	Textänderungsantrag: Die Überwachungsbehörde leitet eine einfache Prüfung ein, sobald sie die ~~Vollständigkeit der~~ Anmeldung bestätigt hat.	Wie ad Art. 11 aufgezeigt, ist die Wahl der Terminologie «Bestätigung der Anmeldung» nicht eindeutig und folglich klarzustellen.
	Erläuterungen ad Art. 14 Abs. 1	Textänderungsantrag: S. 145: [...] Die Überwachungsbehörde beginnt mit einer einfachen Prüfung, sobald sie die ~~Vollständigkeit der~~ Anmeldung ~~nach Artikel 11 VE-BHÜG~~ bestätigt hat. [...]	Gemäss Art. 20 beginnt die Frist für die einfache Prüfung mit der Bestätigung der Anmeldung. Es ist somit davon auszugehen, dass Art. 11 Abs. 1 entgegen dessen Wortlaut keine Eingangsbestätigung, sondern eine Vollständigkeitsbestätigung darstellen soll. [Wie oben ad Art. 11 aufgezeigt wurde, kann eine Vollständigkeitsbestätigung in den meisten Fällen

			nicht innert fünf Werktagen erfolgen, weshalb wir beantragen, Art. 11 zu modifizieren] Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Erläuterungen vorsehen, dass die einfache Prüfung mit der Vollständigkeitsbestätigung der Anmeldung beginnt. Dies soll hier klargestellt werden.
	Art. 20 Abs. 1	Textänderungsantrag: Die Überwachungsbehörde führt die einfache Prüfung innert zwei Monaten durch; die Frist beginnt mit der Bestätigung der vollständigen Anmeldung.	Vgl. obige Bemerkungen zu Art. 11 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1
	Erläuterungen ad Art. 20 Abs. 1	Textänderungsantrag: S. 148: [...] Die Frist beginnt, sobald die Überwachungsbehörde die Vollständigkeit der Anmeldung nach Artikel 11 VE-BHÜG bestätigt hat. [...]	Vgl. obige Bemerkungen zu Art. 11 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1
	Art. 20 Abs. 2	Die Überwachungsbehörde führt die vertiefte Prüfung innert zwölf achtzehn Monaten durch; [...].	Siehe nachfolgend die Bemerkungen zu den Erläuterungen ad Art. 20 Abs. 2.
	Erläuterungen ad Art. 20 Abs. 2	Textänderungsantrag: S. 149: Die vertiefte Prüfung wird innerhalb einer Frist von zwölf achtzehn Monaten abgeschlossen. Diese entspricht der Dauer in der EU kürzere Frist im Vergleich zur EU (18 Monate) erklärt sich dadurch, dass nach der vertieften Prüfung in der Schweiz unter Umständen ein Gerichtsverfahren folgt, wodurch die Gesamtdauer bis zu einer Entscheidung länger ausfallen kann.	Die Begründung für eine kürzere Verfahrensdauer als in der EU überzeugt uns nicht: - Auch in der EU gibt es oft Gerichtsverfahren (vor EuG und EuGH), welche die Gesamtverfahrensdauer verlängern. So können namentlich Beihilfegeber gegen Negativentscheide, Dritte gegen Genehmigungsentscheide und in speziellen Konstellationen sogar nicht beteiligte Mitgliedstaaten Beschwerde einreichen. - Je besser die Abklärungen und je sattelfester die Argumentation der Überwachungsbehörde im Rahmen der vertieften Prüfung sind, desto eher kann ein Beihilfegeber die Einschätzung der Überwachungsbehörde nachvollziehen und dieser folgen (weil er seine Chancen im Beschwerdeverfahren als gering betrachtet). Die Gesamtdauer dürfte somit bei einer längeren vertieften Prüfung im Schnitt kürzer sein als bei einer kürzeren vertieften Prüfung. Es ist nicht zu erwarten, dass die Verfahren in der Schweiz weniger komplex sein werden als in der EU. Schon vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, weshalb die Verfahrensdauer verkürzt werden soll.
	Erläuterungen ad Art. 22 (S. 150 f.)	Wir beantragen , in der Botschaft zu erläutern, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen ein «Leerausgegangener» die rechtswidrige Anwendung der beihilferechtlichen Bestimmungen der völkerrechtlichen Verträge rügen kann, wenn der potenzielle Beihilfegeber keine Beihilfe (mehr) gewähren möchte, oder diese geringer ausfällt als vom Beihilfeempfänger erhofft.	Im EU-Recht hat der Beihilfeempfänger keinen Rechtsanspruch auf eine Beihilfe, dies auch wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Beihilfe grundsätzlich erfüllt wären. Entscheidet sich der Beihilfegeber, keine Beihilfe (mehr) zu gewähren (ob aufgrund der negativen Stellungnahme der Überwachungsbehörde oder aus einem anderen Grund), kann der Beihilfeempfänger bzw. der «Leerausgegangene» grundsätzlich nicht dagegen vorgehen. Gemäss den Erläuterungen könne der Beihilfeempfänger vor der zuständigen Beschwerdeinstanz grundsätzlich auch die falsche Anwendung der beihilferechtlichen Bestimmungen der völkerrechtlichen

			Verträge rügen – dies abhängig von der konkreten Rechtsgrundlage für die Beihilfe sowie vom anwendbaren Verfahrensrecht. Wir empfehlen zu überprüfen, ob dies tatsächlich dem EU-Recht entspricht. Auch nach EU-Recht braucht jede Beihilfe eine Rechtsgrundlage. Würde diese Rechtsgrundlage aber bereits einen Rechtsanspruch des Empfängers begründen, wäre die Beihilfeprüfung obsolet bzw. es wäre zu prüfen, ob es sich bei der «Rechtsgrundlage» nicht um eine Beihilferegulierung handle, die Gegenstand der Beihilfeprüfung sein müsste (anstelle der Umsetzungsbeihilfe). Um zukünftige diesbezügliche Unsicherheiten auszuräumen, scheint es unabdingbar, in der Botschaft zu erläutern, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen ein «Leerausgegangener» die rechtswidrige Anwendung der beihilfrechtlichen Bestimmungen der völkerrechtlichen Verträge rügen kann, wenn der potenzielle Beihilfegeber keine Beihilfe (mehr) gewähren möchte, oder diese geringer ausfällt als vom Beihilfeempfänger erhofft. Die Klärung, ob die vorgesehene mögliche Beschwerdelegitimation eines leerausgegangenen «Beihilfeempfängers» mit dem Äquivalenzerfordernis zum EU-Recht vereinbar ist, scheint uns aus Rechtssicherheitsüberlegungen zentral. Das Ergebnis dieser Klärung hat nicht nur Einfluss auf die Erläuterung zu Art. 22, sondern auch auf die Erläuterungen zur vorgesehenen Anpassung des BGG und des VGG (welche wir nachfolgend nicht mehr einzeln zu diesem Punkt kommentieren werden).
	Art. 23	Streichungsantrag: ~~Art. 23 Vereinfachte Verfahren~~ ~~Die Überwachungsbehörde kann in Richtlinien Erleichterungen für das ordentliche Verfahren vorsehen.~~ Eventualiter: Textänderungsantrag Titel: ~~Vereinfachte Verfahren Erleichterungen~~	Grundsätzlich sehen wir keinen Bedarf für Art. 23, nehmen jedoch zur Kenntnis, dass es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift handelt. Nichtsdestotrotz generiert die mögliche Schaffung eines Vorbehalts für den Erlass von Richtlinien für ein vereinfachtes Verfahren (bzw. für «Erleichterungen» gemäss Eventualantrag) Unsicherheiten in Bezug auf das einzuhaltende Legalitätsprinzip und ist auch aus diesem Grund abzulehnen. Eventualiter ist auf die Bezeichnung «Vereinfachte Verfahren» zu verzichten, da es sich nicht um ein eigenes Verfahren handelt. Allfällige Erleichterungen können nur im Rahmen des ordentlichen Verfahrens gewährt werden.
	Erläuterungen ad Art. 23 (S. 151)	Eventualiter (falls der Streichungsantrag von Art. 23 abgelehnt werden sollte): - Wir beantragen, im Rahmen der gegenwärtigen Ausarbei-	Gemäss den Erläuterungen werden die Details dieser Bestimmung noch geprüft und während der Vernehmlassung sowie anhand allfälliger Vernehmlassungsantworten ausgearbeitet. Aus diesem Grund ist es uns vorliegend (noch) nicht möglich,

		tung dieser Bestimmung abzuklären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Schweizer Überwachungsbehörde über die Mitteilungen der EU-KOM hinausgehende Vereinfachungen vorsehen darf, ohne die Vorgabe eines äquivalenten Beurteilungsverfahrens zu gefährden. - Wir beantragen, dass keine Beispiele aufgeführt werden, die eine Verkürzung von Fristen des ordentlichen Verfahrens vorsehen.	die Tragweite dieser Bestimmung abzuschätzen. Wir weisen jedoch auf Folgendes hin: In der EU kann die EU-KOM Mitteilungen erlassen, in welchen sie festhält, nach welchen Kriterien sie gewisse Arten von Beihilfen prüft. Dies kann die Ausgestaltung einer Beihilfe für den Beihilfegeber sowie die Prüfung dieser Beihilfe durch die EU-KOM vereinfachen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Schweizer Überwachungsbehörde die Mitteilungen der EU-KOM, welche die Verfahren vereinfachen, berücksichtigt. Des Weiteren ist – trotz der Kann-Vorschrift – von vornherein in der Botschaft auszuschliessen, dass allfällige Erleichterungen eine Verkürzung von Fristen zum Gegenstand haben können. Die Überwachungsbehörde ist immer frei, eine Frist situationsbedingt nicht auszuschöpfen. So schöpft die WEKO im Zusammenschlusskontrollverfahren regelmässig die Frist nicht aus. Vor diesem Hintergrund ist es nicht angezeigt, allgemeine Verkürzungen von Fristen im Rahmen einer Mitteilung/Bekanntmachung vorzusehen. Namentlich hat auch die EU-Kommission in den diversen Covid-Krisenmitteilungen (Befristete Rahmen) keine Prüffristverkürzungen festgelegt.
	4. Kapitel (S. 157 ff.)	Wir beantragen , das ganze «4. Kapitel: Besondere Verfahren bei Verletzung der Anmelde- oder Mitteilungspflicht» im Sinne der Bemerkungen zu überarbeiten bzw. ergänzen.	Es geht aus den einzelnen <i>Artikeln</i> nicht hervor, welche der folgenden Konstellationen sie betreffen: - Verletzung der Anmeldepflicht, keine Verletzung der Mitteilungspflicht; - Verletzung der Mitteilungspflicht, keine Verletzung der Anmeldepflicht; - Verletzung der Anmelde- und Mitteilungspflicht. Die Erläuterungen enthalten zwar gewisse Präzisierungen und es lässt sich jeweils vermuten, welche Bestimmung welche Konstellation abbildet, die Ausführungen sind aber z.T. trotzdem unklar bzw. nicht eindeutig (siehe nachfolgende Bemerkungen).
	4. Kapitel Graphische Darstellung (S. 157)	Wir beantragen, klar und eindeutig darzustellen, welche Konstellation(en) zur <i>Nachmeldung</i> und welche zur <i>Direkten Beschwerde</i> führen. Vom Kästchen «Verletzung der Anmelde- oder Mitteilungspflicht» sollten bspw. die folgenden drei Kästchen weggehen: - Verletzung der Anmeldepflicht, keine Verletzung der Mitteilungspflicht - Verletzung der Mitteilungspflicht, keine Verletzung der Anmeldepflicht - Verletzung der Anmelde- und Mitteilungspflicht Von jedem dieser Kästchen sollte ein Pfeil zu dem dafür vorgesehenen Verfahren (unter Angabe des betreffenden Artikels/Abschnitts) weisen.	Aus dem Schema geht nicht hervor, welche (Unter-)Verfahren (der besonderen Verfahren) bei einer Verletzung der Anmelde- und/oder Mitteilungspflicht initiiert werden. Das Schema sollte die in den Erläuterungen <i>ad</i> Art. 27 (letzter Absatz der Erläuterungen) enthaltene Erklärung/Zusammenfassung graphisch darstellen, wobei auch die Erläuterungen z.T. unklar sind (siehe Bemerkungen unten). Wie bereits zum Schema in Kapitel 3 bemerkt, wäre es sinnvoll, wenn die Kästchengrösse und -farbe erkennen liessen, ob es sich dabei bspw. um ein bestimmtes Verfahren/Verfahrensabschnitt, um einen Auslöser dafür (Handlung/Unterlassung), um einen Entscheid etc. handelt. Die aktuelle Darstellung ist verwirrend. Eine Erklärung dazu bzw. eine Legende scheint uns unerlässlich.

		Wir beantragen zudem, - den Inhalt von Abschnitt 3 (Verfahren zur Beseitigung unzulässiger Beihilfen und deren Rückforderung) in der Graphik abzubilden, und - die graphische Darstellung mit einer Legende zu versehen (Bedeutung von Kästchenform und -farbe).	
	Erläuterungen ad Art. 27	Textänderungsantrag: S. 158, 5. Absatz: Als besondere Verfahren kommen die Nachmeldung nicht angemeldeter Beihilfen mit anschliessender Prüfung (Art. 29 ff. VE-BHÜG), ~~die direkte Beschwerde gegen nicht (rechtzeitig) angemeldete, aber mitgeteilte Massnahmen (Art. 34 VE-BHÜG)~~ sowie die direkte Beschwerde gegen (angemeldete und beurteilte aber) nicht mitgeteilte Massnahmen (Art. 35 VE-BHÜG) in Betracht.	Eine Nachmeldung mit anschliessender Prüfung ergibt nur Sinn, wenn die Beihilfe noch nicht angemeldet und folglich noch nicht beurteilt wurde (vgl. auch nachfolgende Bemerkungen zu Art. 29). Da wir die integrale Streichung von Art. 34 beantragen (siehe nachfolgend ad Art. 34), ist auch die Zusammenfassung der besonderen Verfahren anzupassen. Unklar ist, weshalb hier das besondere Verfahren von Abschnitt 3 nicht erwähnt wird. Es ist essenziell für das Verständnis des besonderen Verfahrens, dass alle Abschnitte (2-4) im 1. Abschnitt («Grundsätze») eingeführt bzw. ihr Zusammenspiel skizziert wird.
	Art. 29	Textänderungsantrag: Gibt eine nicht angemeldete mitgeteilte Beihilfe Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, so kann die Überwachungsbehörde innert 30 Tagen ab deren Kenntnis die Nachmeldung aller für eine Prüfung im besonderen Verfahren erforderlichen Informationen verlangen.	Eine Nachmeldung mit anschliessender Prüfung ergibt nur Sinn, wenn die Beihilfe noch nicht angemeldet und folglich noch nicht beurteilt wurde. Zwar wird in den Erläuterungen erwähnt, dass die Überwachungsbehörde von einer Nachmeldung absehen kann, wenn bereits ein Prüfungsverfahren durchlaufen wurde, dies sollte jedoch klar aus dem Gesetzestext hervorgehen. Ansonsten könnte der Eindruck entstehen, dass jede nicht mitgeteilte Beihilfe eine Nachmeldung zur Folge hat. Zudem muss nach Ansicht der WEKO – wie auch nachfolgend im Rahmen von Art. 34 festgehalten wird – eine Verletzung der Anmeldepflicht <i>unabhängig von einer Verletzung der Mitteilungspflicht</i> immer das besondere Verfahren mit Nachmeldung (Art. 29 f.) auslösen können. Dies würde auch dem Vorgehen der EU in solchen Fällen entsprechen, wo gemäss Art. 12 ff. der Verordnung (EU) 2015/1589 ein ordentliches Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen (d.h. nicht angemeldeten umgesetzten Beihilfen) vorgesehen ist.
	Erläuterungen ad Art. 29 (S. 159 f.)	Wir beantragen , in den Erläuterungen zu diesem Artikel nur Konstellationen beschreiben, die eine Nachmeldung auslösen.	Konstellationen, die nicht mitgeteilte Beihilfen betreffen, die bereits ein Prüfungsverfahren durchlaufen haben (und für die somit keine Nachmeldung mit anschliessender Prüfung notwendig ist), sind nicht in den Erläuterungen zu Art. 29 zu beschreiben (bspw. passt der 1. Absatz der Erläuterungen besser zu den Erläuterungen zu Art. 27 und der 3. Absatz, insb. die Bezugnahme auf Art. 31-35, besser zu den Erläuterungen zu Art. 31). Das Ziel der Erläuterungen sollte sein, dass der Leser die verschiedenen Kons-

			tellationen unterscheiden und deren Folgen (inkl. die betreffenden Artikel) zuordnen kann. Dies wird momentan nur teilweise gewährleistet.
	Art. 34	Streichungsantrag: ~~Art. 34-Beschwerdepflicht bei Beihilfen, die vor einer Stellungnahme der Überwachungsbehörde mitgeteilt werden~~ ~~Gibt eine mitgeteilte Beihilfe, die nicht angemeldet wurde oder die gewährt wird, bevor die Überwachungsbehörde eine Stellungnahme dazu abgegeben hat, Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, so erhebt die Überwachungsbehörde Beschwerde oder geht nach Artikel 26 vor.~~	Es geht nicht an, dass Beihilfegeber eine ordentliche Prüfung oder eine Prüfung im besonderen Verfahren (Art. 29 f.) durch die Überwachungsbehörde <u>umgehen</u> können, indem sie ihre Pflichten verletzen (siehe nachfolgende Bemerkungen zu den Erläuterungen). Aufgrund der verspäteten/unterlassenen Anmeldung verfügt die Überwachungsbehörde weder über genügend Informationen noch Zeit, um die Beihilfe angemessen beurteilen zu können. Mit dieser Bestimmung können Beihilfegeber eine «Beurteilung» innerhalb von 30 Tagen auf Basis von lakunären Informationen erwirken. Dies scheint ihnen <i>a priori</i> vielleicht zugute zu kommen, da der Überwachungsbehörde die Möglichkeit genommen wird, ein einfaches oder vertieftes Verfahren ordnungsgemäss durchzuführen und zu beenden. Diesbezüglich gilt jedoch zu bedenken, dass die negativen Wirkungen dieser Regelung insbesondere auch die kantonalen Gerichte spüren werden. Diese müssen – ebenso wie die Überwachungsbehörde – die Beihilfe gestützt auf unvollständige Informationen (mangels Anmeldung der Beihilfe und Prüfung [inkl. Instruktion des Dossiers] durch die Überwachungsbehörde) beurteilen, was zu langen Verfahrensdauern vor den Gerichten führen dürfte. Die vorgesehene Regelung ist somit auch aus verfahrensökonomischen Gründen abzulehnen. Andererseits besteht das Risiko, dass ein Gericht infolge einer zwangsläufig lückenhaften Beurteilung durch die Überwachungsbehörde deren Beschwerde abweist und somit eine potenziell unzulässige Beihilfe nicht verhindert werden kann, was dem Äquivalenzerfordernis zum EU-Recht widerspricht und aus wettbewerblichen Überlegungen abzulehnen ist. Wie aus den Erläuterungen zu Art. 27 (S. 158, 1. Absatz) hervorgeht, solle das Beschwerdeverfahren sicherstellen, dass keine unzulässigen Beihilfen gewährt werden. Es übernehme grundsätzlich die Funktion, welche innerhalb der EU dem Durchführungsverbot zukomme. Indirekt wird somit in den Erläuterungen geltend gemacht, dass die Beschwerdepflicht bei kantonalen/kommunalen mitgeteilten, aber (noch) nicht durch die Überwachungsbehörde (abschliessend) beurteilten Beihilfen aufgrund des Äquivalenzerfordernisses notwendig sei. Dieses Argument ist in zweierlei Hinsicht zurückzuweisen. Erstens besteht bei Bundesbeihilfen sehr wohl ein Durchführungsverbot, weshalb

			von vornherein nicht ersichtlich ist, weshalb die Überwachungsbehörde bei Verletzung des Durchführungsverbots durch den Beihilfegeber zur Beschwerde verpflichtet werden soll anstatt die Beihilfe im ordentlichen Verfahren zu prüfen. Zielführend in dieser Konstellation wäre vielmehr die Aufnahme einer Sanktionsmöglichkeit bei Verletzung der Durchführungsverbots analog zur Zusammenschlusskontrolle (vgl. Art. 51 Kartellgesetz). Zweitens wird das Äquivalenzerfordernis auch bei kantonalen/kommunalen mitgeteilten aber (noch) nicht beurteilten Beihilfen durch die vorgesehene Beschwerdepflicht nicht erfüllt, da – wie oben bereits erwähnt – durch eine oberflächliche Beurteilung innerhalb der Beschwerdefrist ein nicht zu vernachlässigendes Risiko besteht, dass potenziell unzulässige Beihilfen nicht wirksam geahndet werden können. Ein solches Resultat widerspricht dem Äquivalenzerfordernis diametral. Eine dem EU-Recht entsprechende äquivalente Lösung – in verfahrens- sowie in materiellrechtlicher Hinsicht – besteht u.E. einzig dann, wenn die vorgesehene Regelung ein «freiwilliges Durchführungsverbot» (bzw. eine Nichtgewährung bis zur abgeschlossenen Beurteilung) beanreizt, mitunter dann, wenn der Beihilfegeber, welcher eine (noch) nicht beurteilte Beihilfe gewährt, das Rückforderungsrisiko zu tragen hat. Die vorgesehene Möglichkeit der Umgehung einer Prüfung nach Art. 13 ff. und 29 f. – gegen Treu und Glauben bzw. durch Pflichtverletzung der Beihilfegeber – ist aus den genannten Gründen zu unterbinden.
	Erläuterungen ad Art. 34 (S. 163 f.)	Wie beantragen die integrale Streichung der Erläuterungen zu diesem Artikel. <i>Eventualiter:</i> Wir beantragen, in den Erläuterungen einen möglichen Beschwerdeweg nach dem Prinzip der Stufenklage zu diskutieren und gegebenenfalls zu begründen, weshalb dieser nicht in den Gesetzestext aufgenommen wurde. Mit einer Stufenklage könnten in einer ersten Stufe die für die Beurteilung des Dossiers notwendigen Sachverhaltselemente eingefordert werden.	Da wir die integrale Streichung von Art. 34 beantragen, erübrigen sich auch die Erläuterungen hierzu. Gerne geben wir dennoch nachfolgende Punkte zu bedenken, welche unseren Antrag auf Streichung noch zusätzlich untermauern. Art. 34 betrifft folgende Konstellationen: - Verletzung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots durch den Bund; - Keine Verletzung der Anmeldepflicht aber Verletzung des Durchführungsverbots durch Bund; - Verletzung der Anmeldepflicht durch den Kanton und Gewährung der Beihilfe (d.h. ohne Beurteilung durch die Überwachungsbehörde); - Keine Verletzung der Anmeldepflicht durch den Kanton, aber Gewährung der Beihilfe vor deren Beurteilung durch die Überwachungsbehörde. Kantonale Beihilfen sind zwar keinem Durchführungsverbot unterstellt, dennoch dürfte – vor dem Hintergrund des Äquivalenzerfordernisses zum EU-Recht – zumindest eine entsprechende Obliegenheit angenommen werden. Sollte auch eine entsprechende Obliegenheit abgelehnt werden, wäre zumindest zu erwarten,

			dass kantonale Beihilfegeber die Konsequenzen einer «nicht verbotenen» Beihilfegewährung vor der Beurteilung durch die Überwachungsbehörde zu tragen haben (allfälliges Rückforderungsrisiko). Das Rückforderungsrisiko würde kantonale Beihilfegeber auch beanreizen, Beihilfen nicht vor Abschluss der Prüfung durch die Überwachungsbehörde zu gewähren. Somit könnte u.E. dem Äquivalenzerfordernis mit dem Durchführungsverbot nach EU-Recht genügend Rechnung getragen werden. Es kann nicht Ziel und Zweck der vorgesehenen Regelung sein, Beihilfegeber für die Verletzung obengenannter Pflichten indirekt zu honorieren und im Gegenzug dazu der Überwachungsbehörde und den Gerichten eine ungerechtfertigte Last aufzubürden. Ziel sollte vielmehr die korrekte und effiziente Anwendung des materiellen Beihilferechts sein, welche allerdings durch die vorgesehene Regelung torpediert wird. U.E. müsste eine Verletzung der Anmeldepflicht <i>unabhängig von einer Verletzung der Mitteilungspflicht</i> immer das besondere Verfahren mit Nachmeldung (Art. 29 f.) auslösen. Dies würde auch dem Vorgehen der EU in solchen Fällen entsprechen, wo gemäss Art. 15 der Verordnung (EU) 2015/1589 ein ordentliches Verfahren – ohne die Bindung an dessen Fristen – vorgesehen ist. Ansonsten kann ein Beihilfegeber sowohl das ordentliche Prüfungsverfahren als auch das besondere Prüfungsverfahren umgehen. Das Argument, dass durch die in Art. 34 vorgesehene Beschwerde und der daraus folgenden aufschiebenden Wirkung die Gewährung der Beihilfe verhindert werden könne (was bei Art. 29 f. nicht der Fall sei), ist nicht stichhaltig. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Beihilfegeber bei Gewährung der Beihilfe trotz Nachmeldung bzw. während der Prüfung das entsprechende Risiko einer späteren Rückforderung trägt. Dies, da er in dieser Konstellation wissentlich und freiwillig die Beihilfe gewährt, ohne das Ergebnis der Prüfung abzuwarten. Dieses Risiko sollte er auch in den in Art. 34 genannten Konstellationen (Verletzung der oben genannten Pflichten) tragen. Gleiches muss zwingend auch für die Konstellation gelten, in der ein Beihilfegeber zwar der Anmeldepflicht nachkommt, jedoch die Stellungnahme der Überwachungsbehörde nicht abwartet.
	Art. 38	Textänderungsanträge (Alternativen): Die Überwachungsbehörde reicht ihre Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung oder nach Mitteilung gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. a der gemäss dem anwendbaren Recht massge-	Gemäss den Erläuterungen zu Art. 24 «stellt die Mitteilungspflicht sicher, dass die Überwachungsbehörde Beschwerde gegen eine Beihilfe erheben kann [...]» (S. 152, 4. Absatz) und «Aus Praktikabilitätsgründen umfasst die Mitteilungspflicht auch Erlasse. Zwar werden Erlasse unabhängig von einer Mitteilungspflicht publiziert, wodurch eine Kenntnisnahme der

		~~benden Veröffentlichung des Erlasses~~ ein. <i>Alternativ:</i> Die Überwachungsbehörde reicht ihre Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach ~~Mitteilung gemäss Art. 24 Eröffnung der Verfügung oder nach der gemäss dem anwendbaren Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses~~ ein.	Überwachungsbehörde grundsätzlich möglich wäre. Dies setzt jedoch eine kontinuierliche Beobachtung der publizierten Erlasse sämtlicher Kantone und Gemeinden voraus. Dieser Aufwand soll vermieden werden [...]» (S. 153, 4. Absatz) Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdefrist nicht an die Mitteilung, sondern an die Publikation geknüpft werden soll. Dies hat zur Folge, dass die Überwachungsbehörde – im direkten Widerspruch zu den Erläuterungen zu Art. 24 – die Publikationen sämtlicher Beihilfegeber kontinuierlich studieren muss, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Mitteilung nicht gleichzeitig mit der Publikation erfolgt. Erlangt die Überwachungsbehörde erst durch die (verspätete) Mitteilung Kenntnis über die Publikation, ist ihre Beschwerdefrist dementsprechend kürzer. Die entsprechenden Änderungen (Anknüpfung an die Mitteilung anstelle der Publikation) sind auch in den Erläuterungen zum VGG vorzunehmen (bspw. ad Art. 37 Abs. 2, S. 192).
	Erläuterungen ad Art. 51 (S. 182 f.)	Wir beantragen , auf eine im Vergleich zum EU-Recht weitergehenden Publikationspflicht der Überwachungsbehörde zu verzichten.	Die Begründung, weshalb die CH-Transparenzvorschriften durch die Pflicht der Veröffentlichung der beihilfegewährenden Rechtsakte (Bst. a) weitergehen sollen als die EU-Transparenzvorschriften, überzeugt nicht. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung in der Datenbank (vgl. Art. 49) ist die Beschwerdefrist gegen eine Beihilfe bereits abgelaufen, d.h. allfälligen Dritten nützt diese nachträgliche Kenntnisnahme des entsprechenden beihilfegewährenden Rechtsakts durch die Veröffentlichung in der Datenbank nichts mehr in Bezug auf eine mögliche Beschwerdebegründung. Eine konstante Schweizer Praxis wird zudem durch die Publikation der Stellungnahmen der Überwachungsbehörde und Gerichtsentscheide – und nicht durch den Wortlaut oder die Beschreibung der gewährten Beihilfen – geschaffen. Schliesslich wird die Überwachungsbehörde in ihren Stellungnahmen die geplanten Beihilfen detailliert umschreiben müssen. Eine Publikation der nach Art. 49 zugestellten oder mitgeteilten Beihilfen stellt sowohl für die Beihilfegeber (namentlich aufgrund der aufwändigen Geschäftsgeheimnisbereinigung) als auch für die Überwachungsbehörde (Kontrolle insb. des Erhalts aller erforderlichen Dokumente sowie der durch die Beihilfegeber vorgenommenen Geschäftsgeheimnisbereinigung) einen ressourcenmässig nicht zu vernachlässigbaren Aufwand dar. Vor dem Hintergrund, dass diese weitergehende Publikationspflicht nicht geeignet ist, eine konstante Schweizer Praxis zu entwickeln, ist davon abzulassen.

	Erläuterungen <i>ad</i> Auswirkungen des Pakelements (Abschnitt 2.2.10) (S. 195 ff.)	Wir stellen die folgenden Anträge: - In den Erläuterungen ist zu ergänzen, wie aus der Anzahl der zu erwartenden Fälle die für die Überwachungsbehörde vorgesehenen personellen Ressourcen hergeleitet werden; - In der Übergangsphase sind die vorgesehenen VZÄ-Stellen für mindestens drei (und nicht lediglich zwei) Jahre vor Inkrafttreten des BHÜG vorzusehen; - Die befristete Erhöhung der Anzahl VZÄ-Stellen der Überwachungsbehörde nach der Übergangsphase ist auf mindestens die ersten drei (und nicht zwei) Jahre auszuweiten; - Für die «<i>prima facie</i>»-Beurteilung im ersten Jahr nach der Übergangsphase sind zusätzliche personelle Ressourcen vorzusehen.	Die genannten Zahlen einerseits zu den zu erwartenden Fällen und andererseits – daraus abgeleitet – zu den finanziellen und personellen Ressourcen der Überwachungsbehörde erscheinen uns im Sinne einer Ausgangslage nicht unplausibel. Wir gehen jedoch zunächst davon aus, dass kurz- bis mittelfristig eher mehr als weniger Fälle zu erwarten sind. In der Botschaft wird dieses «Aufwärtsrisiko» mit den ausgeprägten föderalen Strukturen der Schweiz und dem fragmentierten Strommarkt begründet. Zu Letzterem ist anzumerken, dass in der Schweiz gemäss Bundesamt für Energie (BFE) mehr als 600 Elektrizitätsversorgungsunternehmen existieren, die sich meistens im Eigentum der öffentlichen Hand befinden¹⁶ und potenziell von Beihilfen ihrer Eigentümer profitieren. Hinzu kommt, dass die Schweiz im Vergleich zu verschiedenen anderen EU-Ländern, die zur Schätzung der zu erwartenden Anzahl Fälle herangezogen worden sein dürften, als ausgesprochen finanzkräftig einzustufen ist, was sich in einer höheren Anzahl Beihilfen niederschlagen könnte. Des Weiteren sind Schweizer Beihilfegeber im Gegensatz zu ihren Pendanten in den EU-Ländern hinsichtlich des Beihilferechts anfänglich noch nicht sensibilisiert. Derzeit basiert die Gewährung einer Beihilfe auf einer politischen Entscheidung, die keine beihilferechtlichen Voraussetzungen berücksichtigen muss. Damit Beihilfegeber diese Voraussetzungen von Beginn weg berücksichtigen und ihre Vorhaben entsprechend ausgestalten (oder nicht umsetzen), sind u.a. der Aufbau der nötigen Kompetenzen und die Etablierung einer Praxis durch die Überwachungsbehörde und die Gerichte erforderlich. Wir bezweifeln, dass sich die Anzahl der zu erwartenden Fälle rasch auf «EU-Niveau» einstellen und in der Folge der Mehraufwand bei der Überwachungsbehörde (aber auch bei Beihilfegebern und -empfängern sowie – zeitversetzt – bei den Gerichten) sinken wird. Für den Aufbau der Überwachungsbehörde sind während der beiden letzten Jahre vor Inkrafttreten des BHÜG je 1.5 VZÄ-Stellen vorgesehen, um den Wissens- und Kompetenzaufbau im (europäischen) Beihilferecht und dem sektorspezifischen Recht, die Vorbereitung der Prozess- und Organisationsabläufe sowie den Aufbau der Datenbank gemäss Art. 51 sicherzustellen. Diese Stellenprozente sind markant zu erhöhen (im Sekretariat sowie der WEKO, sollte Letztere als Überwachungsbehörde vorgesehen werden). Dabei gilt es zu bedenken, dass an Schweizer Universitäten kein Beihilferecht gelehrt wird und die Rekrutierung von

¹⁶ Vgl. <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung.html/>> (26.6.2025).

			bereits geschulten Mitarbeitenden somit erschwert sein dürfte. Auch dem Wissenstransfer durch bestehende Mitarbeitende der WEKO/Überwachungsbehörde sind Grenzen gesetzt, da diese – wie korrekt festgehalten wird – gegenwärtig nur über beschränktes «Beihilfewissen» verfügen. In Bezug auf den Aufbau der Prozess- und Organisationsabläufe ist zu berücksichtigen, dass sich dieser aufgrund der Komplexität des BHÜG aufwändig gestalten dürfte. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Grundlagendokumente (z.B. Merkblätter oder Anmeldeformulare) zur Unterstützung und <i>Guidance</i> potenzieller Beihilfegeber zu entwickeln, damit die Verfahren möglichst von Beginn weg effizient und zielorientiert ablaufen können. In den ersten beiden Jahren ab Inkrafttreten des BHÜG soll die Überwachungsbehörde über 10 und danach über 8 VZÄ-Stellen verfügen. Zunächst ist aus den Erläuterungen nicht ersichtlich, wie sich dieser Personalbedarf – ausgehend von der zu erwartenden Anzahl Fälle – ergibt. Ein Ausgangspunkt könnte die Anzahl <i>Case Handler</i> in den EU-Beihilfeverfahren sein. Dabei gilt es zum einen jedoch zu berücksichtigen, dass <i>Case Handler</i> in der Schweiz deutlich weniger Zeit für die Bearbeitung ihrer Fälle zur Verfügung steht (Art. 20 Abs. 1 und 2). Zum anderen weisen sie anfänglich nicht dieselben Kompetenzen, Erfahrung und Routine auf. Es dürfte deshalb einige Zeit in Anspruch nehmen, bis die Prozesse und Verfahren der Schweizer Beihilfekontrolle effizient ablaufen. Schliesslich gilt es die «<i>prima facie</i>»-Beurteilung aller bestehenden Beihilferegulungen zu berücksichtigen, welche die Überwachungsbehörde im ersten Jahr nach Inkrafttreten des BHÜG durchführen muss (Art. 56 Abs. 2). Diese «Zusatzaufgabe» wird bedeutende Ressourcen binden, zumal die Erfassung dieser Beihilferegulungen in einem ersten Schritt durch die Überwachungsbehörde selbst zu erfolgen hat. Eine Informationspflicht der Beihilfegeber ist nicht vorgesehen.
Gesetzesanpassungen			
Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110)		Wir beantragen , die Ergebnisse der im Rahmen des VE-BHÜG beantragten Abklärungen betreffend das Beschwerderecht Dritter ebenfalls in den Erläuterungen zum BGG an den betreffenden Stellen zu berücksichtigen (was allfällige Anpassungen der Erläuterungen zum Beschwerderecht von Beihilfeempfängern zur Folge haben könnte).	Wie wir in den Bemerkungen zum VE-BHÜG angeregt haben, sind die Vereinbarkeit mit dem EU-Recht bzw. mit dem Äquivalenzerfordernis in Bezug auf das Beschwerderecht von Beihilfeempfängern zu klären und allfällige Abweichungen vom EU-Recht in der Botschaft zu begründen.
Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32)		Wir beantragen , die Ergebnisse der im Rahmen des VE-BHÜG beantragten Abklärungen betreffend das Beschwerderecht Dritter ebenfalls in den Erläuterungen zum VGG an den betreffenden	Wie wir in den Bemerkungen zum VE-BHÜG angeregt haben, sind die Vereinbarkeit mit dem EU-Recht bzw. mit dem Äquivalenzerfordernis in Bezug auf das Beschwerderecht von Beihilfeempfängern zu klären und allfällige Abweichungen

		Stellen zu berücksichtigen (was allfällige Anpassungen der Erläuterungen zum Beschwerderecht von Beihilfeempfängern zur Folge haben könnte).	vom EU-Recht in der Botschaft zu begründen.
	Art. 37c und Erläuterungen dazu (S. 194)	Wir beantragen , die Beschwerdefrist der Überwachungsbehörde immer an die Mitteilung – und nicht an die Publikation – der Beihilfe zu knüpfen und die daraus folgenden Änderungen an den entsprechenden Stellen im VGG vorzunehmen.	Wie wir <i>ad</i> Art. 38 VE-BHÜG beantragt haben, ist die Beschwerdefrist der Überwachungsbehörde immer an die Mitteilung – und nicht an die Publikation – der Beihilfe zu knüpfen. Die entsprechenden Änderungen sind auch an den entsprechenden Stellen im VGG vorzunehmen.
Kartellgesetz (KG, SR 251)			Keine Bemerkungen
Luftfahrtgesetz (LFG, SR 748.0)			Keine Bemerkungen
Preisüberwachungsgesetz (PÜG, SR 942.20)			Keine Bemerkungen

Personenfreizügigkeit: Zuwanderung

Neues Gesetz

Bundesgesetz über die Verwaltungszusammenarbeit im Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen (Binnenmarkt-Informationssystem) (BGVB)	Keine Bemerkungen

Gesetzesanpassungen

Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20)	Keine Bemerkungen
Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG, SR 823.11)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz, SR 414.110)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG, SR 414.20)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40)	Keine Bemerkungen
Freizügigkeitsgesetz (FZG, SR 831.42)	Keine Bemerkungen
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten berufen (BGMD, SR 935.01)	Keine Bemerkungen
Medizinalberufegesetz (MedBG, SR 811.11)	Keine Bemerkungen
Gesundheitsberufegesetz (GesBG, SR 811.21)	Keine Bemerkungen
Psychologieberufegesetz (PsyG, SR 935.81)	Keine Bemerkungen

Personenfreizügigkeit: Lohnschutz

Gesetzesanpassungen

Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) (<i>siehe auch unter 3.2.5 Finanzieller Beitrag der Schweiz</i>)	Keine Bemerkungen
Obligationenrecht (OR, SR 220)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1)	Keine Bemerkungen

Landverkehr	
Gesetzesanpassungen	
Eisenbahngesetz (EBG, SR 742.101)	Keine Bemerkungen
Personenbeförderungsgesetz (PBG, SR 745.1)	Keine Bemerkungen
Finanzieller Beitrag der Schweiz	
Neues Gesetz	
Bundesgesetz über die Beiträge der Schweiz zur Stärkung der Kohäsion in Europa (Kohäsionsbeitragsgesetz, KoBG)	Keine Bemerkungen
Gesetzesanpassungen	
Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) (<i>siehe auch unter 3.2.3 Personenfreizügigkeit: Lohnschutz</i>)	Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über Massnahmen zur zivilen Friedensförderung und Stärkung der Menschenrechte (SR 193.9)	Keine Bemerkungen

Bundesgesetze	Betroffener Artikel	Allfälliger Änderungsvorschlag	Bemerkungen
Weiterentwicklungsteil			
Strom			
Gesetzesanpassungen			
Energiegesetz (EnG, SR 730.0)	Art. 15 Abs. 1		Gemäss den Vorgaben des EU-Rechts könnten bis Ende 2025 in Betrieb genommene Erzeugungsanlagen mit einer Leistung von <i>weniger als 400 kW</i> von der Bilanzverantwortung entbunden werden.¹⁷ Die WEKO begrüsst es, dass die Verpflichtung der Verteilnetzbetreiber zu Abnahme und Vergütung von Strom aus inländischen erneuerbaren Energien künftig auf Anlagen mit einer Leistung von <i>maximal 200 kW</i> beschränkt werden soll. Damit wird der Spielraum gestützt auf das europäische Recht nicht vollständig ausgeschöpft. Nach geltendem Recht beträgt diese Maximalleistung 3 MW. Betreiber von Anlagen, die nicht von der Abnahme- und Vergütungsregelung in Art. 15 profitieren, erhalten dadurch stärkere Anreize, sich marktkonform und systemdienlich zu verhalten; beispielsweise indem sie in Zeiträumen mit negativen Strompreisen auf eine Einspeisung des Stroms in das Netz verzichten oder den Strom für den Eigenverbrauch speichern. Dies sollte einen dämpfenden Effekt auf den Bedarf von Regelenergie für die Sicherstellung des Bilanzausgleichs

¹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. b Strombinnenmarkt-Verordnung.

			haben und zu einer Reduktion der hieraus resultierenden Kosten für die Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz führen.
	Art. 29 Abs. 4 und 33a Abs. 2 ^{bis}		Die WEKO unterstützt die angedachten Gesetzesanpassungen. Dadurch wird sichergestellt, dass die Produzenten von inländischen erneuerbaren Energien auf die Preissignale des Marktes reagieren. Damit wird den Anforderungen des EU-Rechts entsprochen, indem Anreize für eine <i>marktbasierte</i> Integration der erneuerbaren Energien gesetzt und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. ¹⁸ Es wäre systembedingt kontraproduktiv und würde zu Zusatzkosten beim Bilanzausgleich führen, wenn die Produzenten von erneuerbaren Energien in Zeiträumen mit <i>negativen</i> Strompreisen von einer finanziellen Förderung ihrer Stromproduktion mittels der gleitenden Marktprämie oder einem Betriebskostenbeitrag profitieren könnten.
	Art. 75d	Streichungsantrag: ~~Art. 75d Übergangsbestimmung zur Änderung vom ...~~ ~~Betreiber von Anlagen zur Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien mit einer Leistung von weniger als 150 kW haben ab Inkrafttreten der Änderung vom ... während drei Jahren Anspruch auf eine Minimalvergütung, sofern:~~ ~~a. ihre Anlage die Anforderungen nach Artikel 15 des bisherigen Rechts erfüllt; und~~ ~~b. ihre Anlage zwischen dem 1. Januar 2026 und dem Inkrafttreten der Änderung vom ... in Betrieb genommen wurde.~~	Die WEKO lehnt eine Minimalvergütung für Stromeinspeisungen aus Anlagen mit einer Leistung von weniger als 150 kW ab. Auch die Betreiber solcher Anlagen sollten – wie alle übrigen Produzenten von inländischen erneuerbaren Energien – eine Vergütung erhalten, die sich nach dem <i>Marktpreis</i> im Zeitpunkt der Einspeisung richtet. Damit sich mittel- und längerfristig ein fairer und nicht <i>ohne Notwendigkeit</i> durch staatliche Regulierungen verzerrter Wettbewerb auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung entwickeln kann, ist es zentral, dass die Betreiber von Erzeugungsanlagen, die erneuerbare Energien produzieren, <i>zeitnah</i> an den Markt herangeführt werden. Da in Art. 15 eine Maximalleistung von 200 kW für die Abnahme und Vergütung von erneuerbaren Energien beabsichtigt ist, würden in erster Linie <i>PV-Produzenten</i> von der in Art. 75d vorgesehenen Übergangsregelung profitieren. Diese Übergangsbestimmung würde die mit der Systemänderung erhoffte Verbesserung des Wettbewerbs im Bereich der Stromproduktion in wesentlichem Umfang wieder rückgängig machen. Zu beachten ist insbesondere, dass sämtliche PV-Produzenten, welche während drei Jahren eine garantierte Minimalvergütung erhalten sollen, gestützt auf Förderbestimmungen im Energiegesetz und der Energieverordnung¹⁹ bereits eine Einmalvergütung von bis zu 30 % der Investitions-

¹⁸ Vgl. erläuternder Bericht, S. 643.

¹⁹ Energieverordnung vom 1.11.2017 (EnV; SR 730.01.)

			kosten erhältlich machen können. Sie werden ihre Anlage für rund 25 Jahre in Betrieb nehmen können und aufgrund der Vorgaben in Art. 15 für sämtlichen von ihnen eingespeisten Strom eine Vergütung erhalten, sofern der Marktpreis nicht negativ ist. Eine noch weitergehende Fördermassnahme zugunsten der Fotovoltaik ist nicht erforderlich und würde den Wettbewerb zusätzlich beeinträchtigen. Die Energiewende führt zu einer höheren Nachfrage (Umstieg auf Wärmepumpen und zunehmende E-Mobilität) bei einem knappen Angebot (Abschaltungen von fossilen und nuklearen Erzeugungsanlagen). Auf mittlere Frist ist es daher kaum wahrscheinlich, dass der Marktpreis <i>über einen längeren Zeitraum</i> auf ein Niveau von unter 4 Rp./kWh sinken könnte. Insofern ist davon auszugehen, dass kleinere PV-Produzenten ihre Anlagen auch ohne eine während drei Jahren zu erstattende Mindestvergütung deutlich vor dem Ende der Lebensdauer werden amortisieren können.
Stromversorgungsgesetz (StromVG, SR 734.7)	Art. 4b Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 2	Streichungsantrag: 1 Die Lieferanten müssen: ~~a. hinreichend personelle und technische Ressourcen und genügend finanzielle Mittel bereitstellen;~~ ~~b. einen Kundendienst anbieten; und~~ ~~c. [...]~~ ~~2 Sie müssen sich bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) registrieren lassen. Das Register ist öffentlich.~~	Gemäss den Vorgaben des EU-Rechts hat die nationale Regulierungsbehörde sicherzustellen, dass die Energieversorger über angemessene <i>Absicherungsstrategien</i> verfügen. Aus wettbewerblicher Sicht sollte über diese zwingend umzusetzenden Vorgaben hinaus auf weitere von der ElCom fortlaufend zu überprüfende Anforderungen an die <i>Organisation von Lieferanten</i> verzichtet werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im EU-Recht keine Registrierung durch die Regulierungsbehörde erforderlich ist, damit ein Energie-lieferant Endkundinnen und Endkunden auf einem bestimmten Territorium beliefern kann. Die in Art. 4b angedachten Vorgaben führen zu einer Behinderung von Lieferanten auf den inländischen Märkten zur Endkundenversorgung. Solche Anforderungen könnten je nach Detaillierungsgrad auf Verordnungsstufe zu erheblichen Mehrkosten für die Lieferanten führen. Dies könnte negative Auswirkungen auf das heute schon beschränkte Angebot haben und Lieferanten mit kleinerem Portfolio behindern. Von solchen organisatorischen Anforderungen wären insbesondere ausländische Anbieter betroffen, die in den Markt zur Endkundenversorgung in der Schweiz eintreten möchten. Aus wettbewerblicher Sicht sollten neue Marktakteure nicht durch <i>übermässige</i> administrative Hürden von einem Markteintritt abgehalten werden; dies insbesondere unter Berücksichtigung

		der in der Schweiz seit geraumer Zeit vorherrschenden <i>Oligopolstrukturen</i> (vgl. die nachfolgenden Ausführungen zum BATE). Es liegt in erster Linie in der Verantwortung der Endkundinnen und Endkunden, sich einen Lieferanten auf dem freien Markt auszuwählen, der ihren <i>individuellen</i> Bedürfnissen gerecht wird. Auf inhaltliche Anforderungen an den Standort und die Ausgestaltung des Kundendienstes sollte verzichtet werden. Ob ein im Ausland domiziliertes Anbieter über einen Kundendienst in der <i>Schweiz</i> verfügt, der zu Geschäftszeiten geöffnet hat, sollte sich üblicherweise anhand der Angaben auf der Unternehmenswebseite eruieren lassen, sofern dies für einen Endkunden ein relevantes Kriterium darstellt. Die Entscheidung, auf einen jederzeit verfügbaren und möglichst kostengünstigen Kundendienst zu verzichten, um damit allenfalls Kosten zu sparen, sollte den Endkundinnen und Endkunden überlassen werden, wie dies auch in anderen Infrastrukturmärkten wie Breitbandinternet oder Mobilfunk entsprechend gehandhabt wird. Überdies bleibt unklar, wie und anhand welcher Kriterien die ElCom zeitnah ermitteln soll, ob ein Lieferant über hinreichende personelle, technische und finanzielle Ressourcen verfügt und dieser daher die für die Aufnahme des Geschäftsbetriebs erforderliche Registrierung erhält. Die Umsetzung derartiger detaillierter Vorgaben auf Verordnungsebene könnte dazu führen, dass der Markteintritt von neuen Lieferanten wesentlich verzögert würde.
	Art. 4d	Kurze Wechselfristen setzen für die Verbraucher Anreize, sich nach besseren Energieangeboten auf dem freien Markt umzusehen und den Versorger zu wechseln. Gemäss den Vorgaben des EU-Rechts hat der Wechsel des Versorgers oder des im Bereich der Aggregation tätigen Marktteilnehmers binnen <i>kürzestmöglicher</i> Zeit zu erfolgen. Die EU-Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass wechselwillige Kunden einen Anspruch auf den Wechsel innerhalb von <i>höchstens drei Wochen</i> nach dem Tag der Antragstellung haben. <i>Spätestens ab 2026</i> darf der technische Vorgang des Versorgerwechsels <i>nicht mehr länger als 24 Stunden</i> dauern und muss an jedem Werktag möglich sein.²⁰ Im Sinne der Vorgaben des EU-Rechts ist in Art. 4d Abs. 1 vorgesehen, dass Lieferantenwechsel innert

²⁰ Art. 12 Abs. 1 und E. 34 Strombinnenmarkt-Richtlinie.

			<i>möglichst kurzer Zeit</i> abzuwickeln sind. Dies ist für die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs in den inländischen Stromversorgungsmärkten von zentraler Bedeutung. Die im EU-Recht geltenden Vorgaben müssen auch von der Schweiz übernommen werden. Gestützt auf das Stromabkommen erhält die Schweiz hierfür eine <i>Übergangsfrist von maximal drei Jahren</i>.²¹ Gemäss dem Gesetzesentwurf soll der Bundesrat die Dauer der Wechselfrist auf Verordnungsstufe festlegen.²² Aus Wettbewerbsperspektive sollte bereits vor Ablauf der im Stromabkommen vereinbarten Übergangsfrist eine möglichst kurze Frist auf Verordnungsstufe vorgesehen werden, zumal die Messdaten der Endkundinnen und Endkunden über die zentrale Datenplattform an den neuen Lieferanten weitergeben werden können, was die Abwicklung des Lieferantenwechsels vereinfachen wird. Insofern sollte darauf verzichtet werden, von der maximal dreijährigen Übergangsfrist vollumfänglich Gebrauch zu machen. Während einer <i>möglichst kurzen</i> Übergangsfrist sollte der Versorgerwechsel <i>nicht länger als drei Wochen</i> dauern. Eine aus technischer Sicht nicht erforderliche Wechselfrist würde zu einer nicht legitimierbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung führen und wäre für die Entwicklung des Wettbewerbs schädlich. Weiter ist es aus wettbewerblicher Sicht zwingend erforderlich, dass den wechselwilligen Endkundinnen und Endkunden bei einem Lieferanten keine zusätzlichen Wechselkosten individuell weiterverrechnet werden dürfen. Die WEKO begrüsst es, dass dieser Grundsatz explizit im Gesetz festgehalten werden soll.²³
	Art. 6 Abs. 1	Textänderungsantrag: 1 Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen, ~~denen gemäss Artikel 5 Absatz 1 ein Netzgebiet zugeteilt wurde, sind in ihrem Netzgebiet die~~ für die Grundversorgung zuständig ~~sind~~ (Grundversorger), ~~werden mittels Ausschreibungen ermittelt. Der Bundesrat legt die Details zum Verfahren fest und teilt die Netzgebiete einzelnen regional tätigen Grundversorgern zu.~~	Im Gesetzesentwurf ist vorgesehen, dass <i>wie bislang</i> die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber für die Grundversorgung zuständig sein sollen. Dabei soll im Wesentlichen die bereits heute bestehende <i>gestehungskostenbasierte</i> Grundversorgungsregulierung fortgeführt werden. Dies hätte zur Folge, dass es sehr detaillierte Regulierungsvorgaben für rund 580 Grundversorger mit teils sehr unterschiedlichen Produkten und Preisen geben würde. Darunter würden sich kleine kommunale Genossenschaften wie auch vertikal integrierte Stadtwerke, Überlandwerke und Grosskonzerne befinden.

²¹ Vgl. Anhang I Ziff. 16 Bst. b. Stromabkommen.

²² Vgl. Art. 4d Abs. 3 E-StromVG.

²³ Vgl. Art. 4d Abs. 2 E-StromVG.

			Die Wirkungen der aktuell vorgesehenen Grundversorgungsregulierung auf die Stromlieferkosten fallen je nach Netzbetreiber sehr unterschiedlich aus und hängen von dessen Beschaffungs- und Produktionsportfolio ab. Im Tarifjahr 2025 variieren die Energietarife für Haushalte zwischen 1 und 40 Rp./kWh. Die meisten kleineren Stromversorger verfügen über keine eigenen relevanten Erzeugungskapazitäten oder Beteiligungen an Partnerwerken und kaufen den benötigten Strom stattdessen von Dritten auf dem Grosshandelsmarkt ein. Nur rund ein Dutzend Verteilnetzbetreiber verfügt über genügend eigene Erzeugungskapazitäten für die Grundversorgung. Bei Beibehaltung der bisherigen Konzeption wäre es nach wie vor einzig vom Standort einer Verbrauchsstätte abhängig, ob sie von günstigen Preiskonditionen für die Stromlieferung profitieren kann oder je nach Beschaffungsstrategie des lokal zuständigen Verteilnetzbetreibers von erheblichen Preissteigerungen betroffen ist. Aufgrund der gestützt auf das EU-Recht umzusetzenden <i>vollständigen Marktöffnung</i> bietet die Grundversorgung für Netzbetreiber keinen strategischen Vorteil mehr. Durch die Wechselmöglichkeit der Endkundinnen und Endkunden wird der Absicherungseffekt für die eigene Produktion weitgehend entfallen, was aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen ist. Bei tieferen Marktpreisen werden die grundversorgten Endkunden der Netzbetreiber mit wesentlicher Eigenproduktion verstärkt in den freien Markt wechseln. Bei hohen Marktpreisen und tieferen Gestehungskosten würden Endkunden mit einem Verbrauch von unter 50 MWh wieder in die Grundversorgung zurückkehren. Wechselprozesse aufgrund von sich je nach Netzbetreiber unterschiedlich auswirkenden Regulierungsvorgaben sind ineffizient und aus volkswirtschaftlicher Sicht abzulehnen. Für kleinere Netzbetreiber wäre es zudem äusserst aufwändig, die zahlreichen aufgrund des Mantelerlasses²⁴ geltenden Regulierungsvorgaben in der Grundversorgung zur Förderung von erneuerbaren Energien einzuhalten. Faktisch wären sie wohl dazu gezwungen, einen grösseren Versorger mit dem Geschäftsbereich Energieversorgung zu mandatieren, was mit Zusatzkosten für die grundversorgten Endkundinnen und End-

²⁴ Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 29.9.2023 (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes; AS 2024 679).

			kunden verbunden wäre und volkswirtschaftlich keinen Mehrwert hätte. Die Grundversorgungstarife sollten sich an den <i>Marktpreisen</i> orientieren und vor unangemessen bzw. überhöhten Preisen schützen (vgl. nachfolgend zu Art. 7 Abs. 1). Diese Anforderungen sollten in einem <i>schweizweit</i> liberalisierten Markt für <i>sämtliche</i> Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung <i>gleichermaßen</i> umgesetzt werden; es darf keine Rolle spielen, in welcher Gemeinde eine Verbrauchsstätte steht. Dies kann gewährleistet werden, wenn die Grundversorgung durch <i>einzelne</i> auf Verordnungsstufe festzulegende <i>regional tätige</i> Versorger wahrgenommen wird. Die Entkoppelung der Grundversorgung vom Netzbetrieb wäre auch unter Berücksichtigung der strengeren Entflechtungsvorgaben des EU-Rechts für vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber zu begrüssen. Überdies ist davon auszugehen, dass in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen zur vollständigen Marktöffnung im StromVG nur ein eher geringfügiger Teil der Haushalte und kleinen Unternehmen mit einem Jahresverbrauch von unter 50 MWh von der Grundversorgung in den freien Markt wechseln wird. Falls wie nach geltendem Recht vorgesehen in jedem Fall die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber überdies die Rolle des Grundversorgers ausüben sollten, würde ihre aufgrund der geltenden Regulierungsvorgaben sehr starke Stellung auf den inländischen Stromversorgungsmärkten auf unbestimmte Zeit zementiert. Auch dies spricht gegen die im Gesetzesentwurf vorgesehene Konzeption, wonach die zurzeit rund 580 Verteilnetzbetreiber weiterhin als Grundversorger tätig sein sollen. Ein <i>Ausschreibungsmodell</i> zur Bestimmung der regional zuständigen Grundversorger hätte den Vorteil, dass zwischen den interessierten Unternehmen ein Bieterwettbewerb stattfinden könnte, der die Grundversorgungstarife und Transaktionskosten entsprechend reduzieren würde.²⁵ Ein solches Ausschreibungsmodell zur Bestimmung der Grundversorger existiert auch in diversen EU-Mitgliedstaaten, u. a. in Italien, Griechenland, Polen, Portugal und Zypern.²⁶

²⁵ ANDREAS JAHN/JULIUS ECKE (Friedrich-Ebert-Stiftung), Die Grundversorgung mit Strom und Gas in Deutschland, Potenziale zur Verbraucherentlastung und Handlungsoptionen, S. 14 ff.; <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/15021-20190121.pdf> (11.9.2025).

²⁶ FRONTIER ECONOMICS, Grundversorgung und Preisregulierung in ausgewählten Ländern der EU, Ergebnisse für Phase 2, 25.3.2024 (nachfolgend: Studie FRONTIER ECONOMICS), S. 7 ff.; <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/11790> (11.9.2025).

	Art. 6 Abs. 2	Wir beantragen, Art. 6 Abs. 2 dahingehend zu ergänzen, dass Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von weniger als 50 MWh mit der Grundversorgung abgesichert werden, falls dies aufgrund der aktuellen Marktsituation erforderlich ist. Die aktuelle Marktsituation für die betreffenden Endkundinnen und Endkunden sei alle zwei Jahre durch die ECom zu prüfen.	Ein Bedarf für eine <i>abgesicherte</i> Versorgung mittels einer Grundversorgung ist nach Auffassung der WEKO nur dann gegeben, wenn aufgrund der <i>Marktsituation</i> die <i>be gründete</i> Gefahr besteht, dass kleineren Haushalts- und Gewerbekunden <i>keine angemessenen Angebote</i> auf dem freien Markt unterbreitet werden. In einem funktionierenden Markt benötigen Endkundinnen und Endkunden aus wettbewerblicher Sicht den Schutz einer Grundversorgungsregulierung (qualitativ ausreichende Stromlieferungen zu angemessenen Preisen) nicht. Die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber als angestammte Versorger können im geöffneten Markt ihre «Marktmacht» nur noch bedingt ausüben, falls hinreichende alternative Angebote im freien Markt für die Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von weniger als 50 MWh vorhanden sind. Insbesondere Verteilnetzbetreiber mit bedeutsamer Eigenproduktion sowie Stromlieferanten mit diversen grösseren inländischen erneuerbaren Stromerzeugungsanlagen in ihrem Portfolio werden bei einer vollständigen Marktöffnung ein Interesse daran haben, Endverbraucherinnen und Endverbraucher als Kunden hinzuzugewinnen. Im Übrigen ist anzunehmen, dass sämtlichen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern zumindest vom für sie örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber, der sie heute als Monopolist in der Grundversorgung beliefert, ein Angebot im freien Markt unterbreitet wird. Sollten es die Endverbraucherinnen und Endverbraucher verpassen, rechtzeitig einen neuen Elektrizitätsliefervertrag abzuschliessen oder sollte ihr Lieferant kurzfristig ausfallen, kommt die Ersatzversorgung gemäss Art. 7c zur Anwendung. Gemäss Art. 22b hat die ECom alle zwei Jahre ein Monitoring über den Grad und die Wirksamkeit der Marktöffnung durchzuführen. Dabei hat sie die Preise für Haushaltskunden und das Verhältnis zwischen Haushalts- und Grosshandelspreisen zu berücksichtigen. Insofern erscheint es sachgerecht, wenn die <i>ECom</i> unter Berücksichtigung dieses Monitorings über den <i>Bedarf</i> einer Grundversorgung entscheidet.
	Art. 6 Abs. 4	Streichungsantrag: ~~4 Tritt ein Endverbraucher während des Tarifjahres in die Grundversorgung ein oder aus dieser aus, so kann der Grundversorger einen finanziellen Ausgleich für die wirtschaftlichen Einbussen und Mehrkosten verlangen. Die ECom macht Vorgaben zu den anrechenbaren Kosten.~~	Für die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs im Stromlieferungsbereich ist es von massgeblicher Bedeutung, dass die Endkundinnen und Endkunden möglichst zeitnah von der Grundversorgung in den freien Markt wechseln können, <i>ohne dass ihnen dadurch Wechselkosten anfallen.</i> Grundversorger könnten

			den Anreiz haben, Endkundinnen und Endkunden durch die Auferlegung von hohen Wechselkosten an einem Lieferantenwechsel zu hindern, um diese auch weiterhin zu höheren Preiskonditionen als im freien Markt mit Strom beliefern zu können. In der Vergangenheit sahen später im Parlament gescheiterte Rechtsetzungsprojekte des BFE/UEVK zur Änderung des StromVG bereits verschiedentlich eine vollständige regulatorische Marktöffnung im Bereich der Endkundenversorgung vor. In keiner dieser Vorlagen war jedoch eine Möglichkeit für die Grundversorger vorgesehen, den Endkundinnen und Endkunden bei einem Wechsel in den freien Markt Zusatzkosten <i>individuell</i> auferlegen zu können. Dem Bundesrat war es damals ein Anliegen, die vollständige Marktöffnung und die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs nicht durch derartige Transaktionskosten zu behindern.²⁷ Grosskunden, deren kurzfristiger Wegfall <i>wesentliche</i> Kosten verursachen könnte, haben in aller Regel bereits heute auf dem freien Markt individualisierte Energielieferverträge mit <i>fixen</i> Kündigungsterminen abgeschlossen. Somit haben Verteilnetzbetreiber und Energielieferanten auslaufende Verträge bei der Planung der Strombeschaffung bereits heute zu berücksichtigen. Im Falle eines Lieferantenwechsels muss auch der neue Anbieter den zusätzlichen Strom nach Vertragsschluss auf dem Markt beschaffen und dies bei seinen Handelstätigkeiten berücksichtigen. Insofern ist zu vermuten, dass Lieferverträge mit grösseren Endverbrauchern von den neuen Anbietern in aller Regel mit einer gewissen Vorlaufzeit abgeschlossen würden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass insbesondere in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten der vollständigen Marktöffnung mit tiefen Wechselraten zu rechnen sein wird. Dies zeigen die Erfahrungen im Ausland. Abweichungen der Plan-Kosten gegenüber den Ist-Kosten dürften sich daher in verhältnismässig geringfügigem Umfang bewegen. Dass auf die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur individuellen Weiterverrechnung von Wechselkosten zum Schutz des Wettbewerbs verzichtet werden sollte, illustrieren entsprechend ausgestaltete Vorgaben in verschiedenen EU-Mitglied-

²⁷ Vgl. Vernehmlassung 2014/99 zum Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung, erläuternder Bericht zur Vernehmlassung vom Oktober 2014, S. 11 sowie Vernehmlassung 2018/70, Änderung des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung), erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom Oktober 2018, S. 29 und 61.

			staaten. Beispielsweise in Deutschland und Österreich ist ein Wechsel von der Grundversorgung in den freien Markt <i>jederzeit</i> mit einer Frist von zwei Wochen möglich. Der Grundversorger hat bei einem unterjährigen Wechsel <i>keine Möglichkeit</i> , einem wechselwilligen Endkunden Zusatzkosten aufzuerlegen. ²⁸
	Art. 7 Abs. 1	Wir beantragen , Art. 7 Abs. 1 dahingehend abzuändern, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der Preise in der Grundversorgung nicht auf die Gestehungs- und Beschaffungskosten von Strom, sondern auf Vergleichspreise im Markt abzustellen ist.	Der Begriff «angemessene Tarife» in Art. 7 Abs. 1 StromVG sollte nicht basierend auf einer Gestehungskostenregulierung konkretisiert werden. Stattdessen sollte auf <i>Vergleichspreise im Markt</i> abgestellt werden. Aufgrund der Tatsache, dass die Netzbetreiber zur Belieferung der Grundversorgung in aller Regel auf Stromeinkäufe am <i>Grosshandelsmarkt</i> angewiesen sind, sollten sich die Grundversorgungstarife an den betreffenden Preisen orientieren. Die Wettbewerbsbehörden haben sich seit jeher kritisch zur Etablierung einer <i>Gestehungskostenregulierung</i> im Bereich der Grundversorgung geäußert. Gestehungskostenbasierte Preise können sich erheblich von den Marktpreisen unterscheiden. Ein auf den Gestehungskosten basierendes Tarifungssystem sieht zudem <i>gesetzlich garantierte Gewinne</i> für die Grundversorger vor (WACC Produktion sowie Gewinn für den Energievertrieb). Überhöhte Gewinne, welche nicht den Marktkonditionen entsprechen, führen zu Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der Grundversorger. Dies ist besonders problematisch, wenn es sich bei den Grundversorgern um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die auf zahlreichen gewerblichen Märkten in Konkurrenz zu Unternehmen ohne solche Ertragsoptimierungsmöglichkeiten tätig sind. Gemäss Art. 27 Abs. 1 der Strombinnenmarkt-Richtlinie haben die EU-Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass alle Haushaltskunden und, soweit die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, Kleinunternehmen in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen, d.h. das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu <i>wettbewerbsfähigen</i>, leicht und eindeutig vergleichbaren, transparenten und <i>diskriminierungsfreien Preisen</i> haben. Es erscheint fraglich, ob <i>gestehungskostenbasierte</i> Preise, wie dies im Gesetzesentwurf angedacht ist, diese Kriterien zu erfüllen vermögen. Aus

²⁸ Vgl. § 20 Abs. 1 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz vom 26.10.2006 (Stromgrundversorgungsverordnung, StromGVV; BGBl. I S. 2391) sowie § 76 Abs. 1 und 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010; BGBl. I Nr. 110/2010).

			Sicht der WEKO sind gestehungskostenbasierte Preise für Stromlieferungen aus eigenen Kraftwerken oder aufgrund von Beteiligungen nicht wettbewerbsfähig, wenn bei der Überprüfung der Grundversorgungstarife keine Vergleichspreise von Wettbewerbern im freien Markt berücksichtigt werden dürfen. Aus einem Vergleich zur Grundversorgung und Preisregulierung in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten geht hervor, dass diejenigen Länder mit Vorgaben für Grundversorgungstarife sich im Wesentlichen an Beschaffungs- bzw. <i>Marktpreisen</i> orientieren und nicht auf die Gestehungskosten der eigenen Erzeugungsanlagen (inkl. WACC Produktion) der Grundversorger abstellen.²⁹ <i>Marktpreisorientierte</i> Preisvorgaben für die Grundversorgungstarife, die für die ECom keinen erheblichen Aufwand in der Rechtsanwendung verursachen würden, sind möglich und praktikabel. Beispielsweise besteht in Österreich die Anforderung, dass der Tarif für die Grundversorgung von Haushaltskunden nicht höher sein darf als der Tarif, der für die grösste Anzahl der Kunden des Anbieters gilt. Für Kleinunternehmen darf der Tarif nicht höher sein als jener Tarif, der gegenüber vergleichbaren Kundengruppen Anwendung findet.³⁰
	Art. 7a	Streichungsantrag: ~~Art. 7a Mindestanteile an erneuerbarer Energie~~ ~~1 Die Grundversorger bieten als Standard ein Elektrizitätsprodukt an, das insbesondere auf der Nutzung von erneuerbarer Energie beruht (Standardstromprodukt).~~ ~~2 Sie setzen in der Grundversorgung die folgenden Mindestanteile an Elektrizität ab:~~ ~~a. einen Mindestanteil an Elektrizität aus ihrer erweiterten Eigenproduktion aus erneuerbaren Energien;~~ ~~b. einen Mindestanteil an Elektrizität aus erneuerbaren Energien; reicht ihre erweiterte Eigenproduktion dafür nicht aus, so beschaffen sie die nötigen Mengen über mittel- und langfristige Bezugsvträge.~~ ~~3 Der Bundesrat legt die Mindestanteile an Elektrizität fest.~~	<i>Bemerkungen zu den Anforderungen an das Standardprodukt in der Grundversorgung (Art. 7a Abs. 1):</i> In Anbetracht der wohl zumindest anfänglichen Trägheit der Konsumenten nach der Einführung der vollständigen Marktöffnung im Bereich der Endkundenversorgung ist davon auszugehen, dass die Mehrheit der grundversorgungsberechtigten Endkunden nicht aktiv ein anderes Produkt als das Standardprodukt wählen würde. Durch eine solche Vorgabe würden somit die erneuerbaren Energien über die bestehenden – technologiespezifischen und nicht wettbewerbsneutral ausgestalteten – Fördersysteme in der Energiegesetzgebung hinaus gefördert. Eine Grundversorgung sollte dazu dienen, den Bevölkerungskreisen in allen Landesteilen die grundlegenden Infrastrukturdienstleistungen mittels eines <i>Basisangebots</i> zu erschwinglichen Konditionen zugänglich zu machen. Aufgrund des Sinns und

²⁹ Vgl. Studie FRONTIER ECONOMICS, S. 5 ff.

³⁰ § 77 Abs. 2 EIWOG.

			Zwecks der Grundversorgung erscheint es nicht zweckdienlich, wenn in diesem Rahmen staatliche Vorgaben gemacht werden, die in der Konsequenz dazu führen, dass die abgesicherten Endverbraucherinnen und Endverbraucher nicht nur Strom in der erforderlichen Qualität, sondern zusätzlich einen ökologischen Mehrwert geliefert erhalten. Eine Grundversorgungsregulierung eignet sich nicht, um bestimmte Technologien zum Nachteil anderer zusätzlich zu fördern. Vom Gesetzgeber gewollte Fördermassnahmen für bestimmte Technologien sollten so ausgestaltet werden, <i>dass sie möglichst von sämtlichen Endverbraucherinnen Endverbrauchern mitfinanziert werden</i>. Werden hingegen Anreize gesetzt, dass nur die Gruppe der Endverbraucher in der Grundversorgung mit zusätzlichen Kosten belastet wird, führt dies aufgrund der anfänglich zu erwartenden geringen Wechselrate dieser Kundengruppe zu Wettbewerbsverzerrungen in Märkten, in denen sowohl solche als auch drittbelieferte Endverbraucherinnen und Endverbraucher tätig sind. <i>Bemerkungen zu den Mindestanteilen an erneuerbarer Energie (Art. 7a Abs. 2):</i> Wenn die Kosten der Eigenproduktion eines Verteilnetzbetreibers längerfristig günstiger sind als der Marktpreis, können nur jene Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung von günstigen Preisen profitieren, welche primär mit Eigenproduktion (eigene Kraftwerke und Strom aus Partnerwerken zu Gestehungskosten) beliefert werden. Allerdings verfügen derzeit nur rund ein Dutzend Verteilnetzbetreiber in der Schweiz über genügend eigene Kraftwerke, um ihre gebundenen Kunden vollständig mit Eigenproduktion versorgen zu können. In Konstellationen mit hohen Marktpreisen werden Endkundinnen und Endkunden von Verteilnetzbetreibern, die den Grossteil ihrer Energie von Dritten einkaufen müssen, bei dieser Konzeption der Grundversorgungstarifizierung preislich benachteiligt. Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen, die für die Belieferung der grundversorgten Endkundinnen und Endkunden gelten sollen – insbesondere die einzuhaltenden Mindestanteile für Elektrizität aus erneuerbaren Energien – aus wettbewerblicher Perspektive kritisch zu beurteilen. Die gesetzliche Anforderung, wonach ein bestimmter Mindestanteil der für die Grundversorgung benötigten Elektrizität aus <i>erneuerbaren</i> Quellen

			stammen muss, stellt eine – vom Gesetzgeber gewollte – zusätzliche Wettbewerbsverzerrung auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung dar. Produzenten von erneuerbaren Energien werden dadurch zum Nachteil von Konkurrenten zusätzlich gefördert. Die mit der zusätzlichen Förderung verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für Produzenten von erneuerbaren Energien gehen nicht mit zusätzlichen Investitionsanreizen für <i>neue</i> erneuerbare Energieerzeugungsanlagen einher. Der grösste Teil der Beschaffung bezieht sich auf die Energie aus <i>Bestandsanlagen</i>, so dass die Mehrkosten für grundversorgte Endkundinnen und Endkunden primär zu Umverteilungs- bzw. Mitnahmeeffekten führen. Die geltende Regelung in der Stromversorgungsgesetzgebung bezieht sich lediglich auf inländische erneuerbare Energien. Sofern <i>entgegen dem Antrag der WEKO</i> an Art. 7a festgehalten werden sollte, unterstützt die WEKO, dass diese Fördervorgaben sich neu auch auf <i>ausländische</i> erneuerbare Energien respektive <i>ausländische</i> Herkunftsnachweise beziehen sollen. Der Ausschluss von <i>ausländischen</i> erneuerbaren Energien und Herkunftsnachweisen in Art. 7a würde zu einer Wettbewerbsverzerrung führen und inländische Produzenten von erneuerbaren Energien gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten bevorzugen. Auch aus binnenmarktrechtlicher Perspektive wäre eine solche <i>Besserstellung der einheimischen Produzenten unzulässig</i>.
	Art. 7b Abs. 2		Gemäss Art. 6 Abs. 5^{bis} Bst. c StromVG sollen Verteilnetzbetreiber Strombeschaffungen ohne öffentliche Ausschreibungen vornehmen dürfen. Sie müssen ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren gewährleisten. Diese Vorgabe ist seit dem 1. Januar 2025 in Kraft und soll unverändert in Art. 7b Abs. 2 überführt werden. Die Verteilnetzbetreiber sind aufgrund der am 1. Januar 2021 in der Schweiz in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vorgaben im <i>GPA 2012</i>³¹ allerdings dazu <i>verpflichtet</i>, Stromeinkäufe für die Grundversorgung <i>öffentlich auszuschreiben</i>, solange Endkundinnen und Endkunden im rechtlichen Monopol beliefert werden und keinen Anbieter auf dem freien Markt auswählen dürfen.³² Eine

³¹ Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30.3.2012 (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA 2012).

³² Vgl. VSE – Öffentliches Beschaffungsrecht in der Strombranche – Q&A, S. 2; www.strom.ch > Download Center (11.9.2025).

			<i>Ausnahme</i> vom Grundsatz des völkerrechtlichen Vorrangs (sog. «<i>Schubert-Praxis</i>») liegt vor, wenn ein <i>neueres</i> Bundesgesetz einem älteren völkerrechtlichen Vertrag <i>widerspricht</i> und der <i>Gesetzgeber bewusst</i> gegen das Völkerrecht verstösst. Dass die Bundesversammlung aktiv gegen völkerrechtliche Bestimmungen verstösst, sollte jedoch nicht leichtfertig angenommen werden.³³ Im Parlament wurde Art. 6 Abs. 5^{bis} Bst. c StromVG sowie dessen Verhältnis zum GPA 2012 inhaltlich <i>nicht diskutiert</i>. Die Bundesversammlung hat somit soweit ersichtlich <i>keinen Völkerrechtsverstoss bewusst in Kauf genommen</i>. Deshalb ist davon auszugehen, dass die rechtsanwendenden Behörden im Streitfall Art. 6 Abs. 5^{bis} Bst. c StromVG aufgrund der vorrangigen völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz nicht anwenden könnten. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sollte Art. 6 Abs. 5^{bis} Bst. c StromVG bei Gelegenheit aufgehoben werden.
	Art. 7c und Art. 22 Abs. 2 Bst. b und b^{bis} sowie Erläuterungen (S. 661)	Ad Art. 7c: Wir beantragen, einen neuen Abs 1^{bis} einzufügen: 1^{bis} Endverbraucher in der Ersatzversorgung mit einem Jahresverbrauch von unter 50 MWh werden zu den Preiskonditionen für grundversorgte Endverbraucher beliefert. Ad Art. 22 Abs. 2 Bst. b und b^{bis} sowie Erläuterungen (S. 661): Wir stellen die folgende Anträge: - Die Zuständigkeit der EICom zur Abänderung von missbräuchlichen Konditionen in der Ersatzversorgung gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b^{bis} sei auf Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von über 50 MWh zu beschränken. Der erläuternde Bericht sei dahingehend zu ergänzen, dass Art. 22 Abs. 2 Bst. b^{bis} so ausgestaltet ist, dass die Zuständigkeit im Bereich der Missbrauchsaufsicht nicht ausschliesslich bei der EICom verbleibt, sondern die WEKO diesbezüglich ebenfalls zuständig ist.	Gemäss dem erläuternden Bericht zu Art. 7c soll die Ersatzversorgung – im Unterschied zur Grundversorgung – keiner gesetzlichen Tarifordnung unterstehen. Die EICom soll mittels einer <i>Missbrauchskontrolle</i> lediglich gegen <i>offensichtlich</i> übersetzte Preiskonditionen vorgehen können.³⁴ Der für die Ersatzversorgung zuständige Lieferant befindet sich gegenüber den Endkundinnen und Endkunden, welche aufgrund des Verlusts ihres Lieferanten gezwungen sind, in dieses System zu wechseln, in einer marktbeherrschenden Stellung und kann den Preis für die Stromlieferung ohne Wettbewerbsdruck festsetzen. Es ist nicht plausibel, wieso für Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch von <i>weniger als 50 MWh</i> in der <i>Ersatzversorgung</i> andere Regulierungsvorgaben gelten sollen als in der <i>Grundversorgung</i>; insbesondere falls – wie zurzeit im Gesetzesentwurf angedacht – der örtlich zuständige Verteilnetzbetreiber als Grund- und Ersatzversorger tätig sein sollte. <i>Grundversorgungsberechtigte</i> Endverbraucher in der Ersatzversorgung sollten nicht zu höheren Preisen beliefert werden dürfen als die Endverbraucher mit Grundversorgung. Die Konstellation, dass es ein Endverbraucher unterlässt, nach

³³ ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER, DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 626.

³⁴ Vgl. erläuternder Bericht, S. 649.

			Auslaufen eines befristeten Elektrizitätslieferungsvertrags einen neuen Anbieter zu suchen, wird wohl eher die Ausnahme sein. Es ist damit zu rechnen, dass der bisherige Stromlieferant seinen Kunden rechtzeitig vor dem Auslaufen des Vertrages ein neues Angebot unterbreiten wird. Falls der Stromlieferant unerwartet ausfällt – etwa im Konkursfall –, kann dies nicht dem Endverbraucher angelastet werden. Insofern erscheint es nicht gerechtfertigt, dass ein Endverbraucher in einer solchen Situation durch einen höheren Preis pönalisiert wird, obwohl die geltend gemachten Zusatzkosten dem Grundversorger nicht vollumfänglich angefallen sind und er dadurch einen unangemessenen Gewinn erzielt. Ein solcher Ansatz würde für einen funktionierenden Wettbewerb falsche Anreize setzen und könnte kleinere Kundinnen und Kunden mit geringem Kosteneinsparpotential von einem Wechsel aus der Grundversorgung in den freien Markt abhalten. Beispielsweise auch in Deutschland³⁵ und Österreich³⁶ dürfen Haushaltskunden in der Ersatzversorgung nicht zu schlechteren Konditionen als jenen der Grundversorgung beliefert werden. Sofern entgegen dem Antrag der WEKO höhere Preise in der Ersatzversorgung zugelassen werden sollten, die von der EICom mittels einer Missbrauchskontrolle nur <i>eingeschränkt</i> überprüft werden können, sollte auf Verordnungsstufe vorgesehen werden, dass Endkundinnen und Endkunden dieses System <i>möglichst zeitnah</i> nach Abschluss eines neuen Elektrizitätslieferungsvertrags wieder verlassen können. Grundversorgungsberechtigte Endkundinnen und Endkunden sollten sehr zeitnah die Möglichkeit erhalten, zurück in die Grundversorgung zu wechseln. <i>Ad Zuständigkeiten der EICom und der WEKO im Bereich der Ersatzversorgung (Bst. 22 Abs. 2 Bst. b und b^{bis}):</i> Bei Berücksichtigung des Antrags der WEKO zu Art. 7c hinsichtlich der Preiskonditionen der Ersatzversorgung für <i>grundversorgungsberechtigte</i> Endverbraucherinnen und Endverbraucher ist diesbezüglich ebenfalls eine <i>Angemessenheitsprüfung</i> durchzuführen. Daher beantragt die

³⁵ § 38 Abs. 1 i.V.m. § 36 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG).

³⁶ § 77a Abs. 5 des Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetzes 2010 (EIWOG 2010): «Der neue Lieferant hat die zugeordneten Kunden zu angemessenen Preisen zu versorgen, wobei Haushaltskunden nicht zu höheren Preisen versorgt werden dürfen als die Kunden, die zu den Haushaltstarifen des jeweiligen Lieferanten versorgt werden.»

			WEKO, die Ersatzversorgung für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von unter 50 MWh in die Zuständigkeiten der ElCom gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b aufzunehmen. Lediglich in Bezug auf <i>nicht grundversorgungsberechtigte</i> Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von <i>mindestens 50 MWh</i> sollte eine <i>blosse Missbrauchsprüfung</i> durch die ElCom stattfinden. Mit der beantragten Ergänzung des erläuternden Berichts, wonach Art. 22 Abs. 2 Bst. b^{bis} so auszugestalten sei, dass die Zuständigkeit im Bereich der Missbrauchsaufsicht nicht ausschliesslich bei der ElCom verbleibt, sondern die WEKO diesbezüglich ebenfalls zuständig ist, wird sichergestellt, dass die WEKO in diesem Bereich, der keiner staatlichen Preisordnung unterliegen soll, gestützt auf das Kartellgesetz tätig werden kann. Sollte in einem konkreten Fall ein als Endversorger bestimmter Marktakteur eine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, um gegenüber einer Endverbraucherin oder einem Endverbraucher beispielsweise unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen, könnte dieser von der WEKO mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden.³⁷ Derartige einschneidende Möglichkeiten hätte die ElCom basierend auf dem Gesetzesentwurf nicht. Ein Nebeneinander der Zuständigkeiten verschiedener Behörden im Kontext mit den Zuständigkeiten der WEKO gestützt auf das Kartellgesetz ist nichts Aussergewöhnliches: Weitere parallele Zuständigkeiten bestehen beispielsweise im Bereich der Fernmeldegesetzgebung.³⁸
	Art. 8b		Aufgrund der Vorgaben des EU-Recht darf eine Energiereserve nicht lediglich zur Absicherung gegen ausserordentliche Situationen gebildet werden. Vielmehr kommt die Bildung einer solchen strategischen Reserve erst dann in Betracht, wenn zufolge der Abschätzung der Ressourcen, sei es auf der europäischen oder auf der nationalen Ebene (Art. 23 und 24 Strombinnenmarkt-Verordnung), <i>begründete</i> Bedenken bestehen und ein Umsetzungsplan mit geeigneten Massnahmen ausgearbeitet wurde.³⁹ Aus wettbewerblicher Sicht ist die

³⁷ Vgl. Art. 7 und Art. 49a Abs. 1 KG.

³⁸ Vgl. Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; 784.10).

³⁹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie Art. 21 Abs. 4 Strombinnenmarkt-Verordnung.

			Berücksichtigung dieser strengeren Vorgaben im Schweizer Recht zu begrüssen. Eine von den Endkundinnen und Endkunden zu finanzierende Stromreserve sollte unter der Voraussetzung gebildet werden dürfen, dass dies systembedingt <i>aufgrund der konkreten Versorgungssituation notwendig</i> ist, um im Bedarfsfall die Abschaltung des Stromnetzes zu verhindern. Die gesetzliche Verankerung eines Automatismus <i>ohne Bedarfsnachweis</i> könnte ohne Mehrwert für die Versorgungssicherheit zu neuen Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung führen. Die für die Energiereserve eingesetzten Erzeugungskapazitäten werden dem Strommarkt entzogen. Solche Mechanismen stellen regulatorische Eingriffe dar, welche die Wirkung von Preissignalen tangieren, dies v.a. durch die Eindämmung von Preisspitzen/Knappheitspreise. Kann die Spitzenlastdeckung auch alternativ erfolgen, ohne dass regulatorisch in das Gefüge von Angebot und Nachfrage eingegriffen werden muss, ist dies aus Sicht eines freien und funktionierenden Wettbewerbs vorzuziehen. Aus wettbewerblicher Sicht muss gewährleistet sein, dass die Bildung der Energiereserve nicht ohne sachliche Notwendigkeit erfolgt und diese nicht überdimensioniert wird. Der Bedarf an inländischen Erzeugungskapazitäten ist unter Berücksichtigung der Versorgungssituation in der Schweiz anhand des verfügbaren Angebots und der zu erwartenden Nachfrage zu beurteilen.
	Art. 10	Wir beantragen, einen neuen Abs. 2^{bis} mit folgendem Inhalt vorzusehen: 2^{bis} Elektrizitätsversorgungsunternehmen dürfen ihre in gesetzlichen Monopolbereichen erzielten Erträge nicht ausserhalb der Monopolbereiche in dem Wettbewerb unterstehenden Märkten einsetzen.	Entflechtung hat das Ziel, die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sicherzustellen. Das Ziel der Entflechtung besteht darin, einen freieren Zugang konkurrierender Energielieferanten zu ermöglichen sowie Transparenz und eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten. Dies dient der Förderung des Wettbewerbs und verhindert, dass Netzbetreiber ihre Monopolposition missbrauchen können. Hintergrund dieser Zielsetzung ist die <i>natürliche Monopolstellung</i> von Unternehmen, die über ein Energienetz verfügen. In derartigen Konstellationen besteht die Gefahr, dass andere Marktakteure Wettbewerbsnachteile erfahren; zum Beispiel, wenn der Netzbetrieb eines vertikal integrierten Unternehmens andere Unternehmensbereiche quersubventioniert. Hinreichende Entflechtungsvorgaben stellen faire Wettbewerbsbedingungen für alle Marktakteure

			sicher. Im Ergebnis dient die Entflechtung der Einhaltung der Verpflichtung des Netzbetreibers zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs sowie der Vermeidung von Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen auf Märkten, in denen vertikal integrierte Netzbetreiber im Wettbewerb tätig sind. Aus kartellrechtlicher Perspektive sind mit Erträgen aus gesetzlichen Monopolbereichen finanzierte Quersubventionierungen nicht per se verboten. Ein offerierter Preis, der sich unterhalb des Marktpreises für die betreffende Dienstleistung bewegt, ist aus kartellrechtlicher Sicht ebenfalls nicht per se problematisch. Solches Verhalten stellt nur dann einen zu sanktionierenden Missbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmens dar, wenn <i>systematische</i> Quersubventionierungen erfolgen und beispielsweise für ein über längere Zeit andauerndes Preisdumping eingesetzt werden. Eine missbräuchliche Preisunterbietung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG könnte vorliegen, wenn die erwirtschafteten Erträge der fraglichen Dienstleistung auf Dauer die eigenen Kosten nicht zu decken vermögen. Die Preisunterbietung muss zudem zum Ziel haben, bestimmte wirtschaftlich schwächere Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen bzw. neue Konkurrenten vom Markt fernzuhalten. Zusätzlich zur Verdrängungsstrategie muss das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage sein, in einem zweiten Schritt Preise über dem Wettbewerbsniveau durchzusetzen. Überdies darf die Preisunterbietung nicht aus sachlichen Gründen («legitimate business reasons») gerechtfertigt sein. Folglich sind der Durchsetzung eines die Erträge mitumfassenden Quersubventionsverbots gestützt auf das Kartellgesetz Grenzen gesetzt. Das Missbrauchspotenzial aufgrund von überhöhten Einnahmen in den gesetzlichen Monopolbereichen könnte wesentlich reduziert werden, wenn den Verteilnetzbetreibern die Verwendung solcher <i>Erträge</i> ausserhalb des Monopolbereichs <i>gesetzlich</i> untersagt würde. Ein die im Monopolbereich erzielten Erträge mitumfassendes Quersubventionsverbot ist in der Schweizer Rechtsordnung kein Fremdkörper. Es solches Verbot besteht beispielsweise im Bereich der Postgesetzgebung: Die Post darf die Erträge aus dem reservierten Dienst nur zur Deckung der Kosten aus der Grundversorgung verwenden, hingegen nicht zur Verbil-

			ligung von Dienstleistungen ausserhalb der beiden Grundversorgungsaufträge. ⁴⁰
	Art. 10 Abs. 3	Wir beantragen , im erläuternden Bericht darzustellen, ob und in welchem Ausmass die EU-Mitgliedstaaten von der de minimis-Regelung in Art. 35 Strombinnenmarkt-Richtlinie Gebrauch machen.	Vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber mit weniger als 100'000 Endkundinnen und Endkunden fallen unter die sog. «de minimis»-Regelung mit <i>weniger einschneidenden</i> Entflechtungsvorgaben. Sie müssen zwar die Vorgaben der informatorischen, buchhalterischen und organisatorischen Entflechtung erfüllen. Von den Vorgaben der rechtlichen und operationellen Entflechtung sowie von der Sicherstellung der Entscheidungshoheit des Netzbereichs bei Netzfragen sind sie jedoch ausgenommen. Das EU-Recht lässt diese Ausnahme für Verteilnetzbetreiber mit bis zu 100'000 Endkundinnen und Endkunden ausdrücklich zu.⁴¹ Somit steht es den EU-Mitgliedstaaten frei, ob und in welchem Ausmass sie von dieser Ausnahmeregelung zugunsten der kleineren vertikal integrierten Verteilnetzbetreiber auf ihrem Gebiet Gebrauch machen möchten. Legitimiert wird die «de minimis»-Regelung u. a. mit dem erhöhten organisatorischen und finanziellen Aufwand, den vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) bei der Erfüllung der strengerer Entflechtungsvorgaben zu tragen haben. Die unterschiedlichen Entflechtungsvorgaben für vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber, die sich über oder unter der Schwelle von 100'000 Endkunden befinden, könnte zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Aus wettbewerblicher Sicht wäre es zu bevorzugen, wenn auf hinsichtlich ihrer Grösse vergleichbare vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber im EU-Binnenmarkt dieselben strengen Entflechtungsvorgaben zur Anwendung kommen würden. Sofern andere Staaten von der de minimis-Regel nicht vollumfänglich Gebrauch machen, würde dies auch für eine entsprechende Umsetzung im nationalen Recht sprechen. Daher beantragt die WEKO, dass im erläuternden Bericht in Bezug auf alle Staaten, die von der Ausnahmeregelung in Art. 35 der Strombinnenmarkt-Richtlinie Gebrauch machen könnten, festgehalten wird, ob bei der Umsetzung im nationalen Recht ein tieferer Schwellenwert als 100'000 Endkundinnen und Endkunden vorgesehen wurde. Die Struktur der Verteilnetzbetreiber in der Schweiz ist äusserst heterogen ausgestaltet. Unter den Verteilnetzbetreibern finden sich grosse Überland-

⁴⁰ Vgl. 19 Abs. 1 Postgesetz vom 17.12.2010 (PG; SR 783.0).

⁴¹ Vgl. Art. 35 Strombinnenmarkt-Richtlinie.

			und Stadtwerke, jedoch auch sehr kleine Gemeindewerke und privat organisierte Genossenschaften, die nicht im relevanten Umfang in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind. Ende 2024 gab es noch 586 Verteilnetzbetreiber. 78 Netzbetreiber versorgten mehr als 10'000 Endkundinnen und Endkunden, 13 davon mehr als 100'000.⁴² Es ist damit zu rechnen, dass in Zukunft rund 15 bis 20 Verteilnetzbetreiber in der Schweiz bei <i>vollständiger</i> Ausnutzung der de minimis-Regel die strengeren Entflechtungsvorgaben des EU-Rechts umzusetzen hätten. Die Stromversorgungsgesetzgebung in der Schweiz erlaubt den Verteilnetzbetreibern übermässige Renditen in den gesetzlichen Monopolbereichen. Diese Erträge könnten eingesetzt werden, um die Marktstellung in gewerblichen Märkten zu verbessern; beispielsweise indem zu überhöhten Preisen auf solchen Märkten tätige Firmen aufgekauft werden. Wie aus den Geschäftsberichten diverser <i>mittelgrosser</i> vertikal integrierter Verteilnetzbetreiber hervorgeht, haben diese ihre gewerblichen Tätigkeiten insbesondere seit dem Inkrafttreten des StromVG in diversen dem Wettbewerb unterstehenden Märkten ausgedehnt. Aus wettbewerblicher Perspektive wäre daher allenfalls ein <i>tieferer</i> Schwellenwert für die strengeren Entflechtungsvorgaben geboten. Dadurch könnten die heute bestehenden Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil von Unternehmen, die nicht Verteilnetzbetreiber sind, verringert werden.
	Art. 10 Abs. 3 Bst. a	Wir beantragen , Art. 10 Abs. 3 Bst. a Satz 2 dahingehend anzupassen, dass die strengeren Vorgaben zur Entflechtung des Verteilnetzbetriebs nur in Bezug auf die Wasserversorgung nicht gelten sollen. Betreffend die übrigen Bereiche mit leitungsgebundener Infrastruktur – etwa die Fernwärme und die Gasversorgung – seien diese strengeren Entflechtungsvorgaben einzuhalten.	Im Gesetzentwurf ist angedacht, dass die strengeren Entflechtungsvorgaben für grosse vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber gegenüber anderen Bereichen mit leitungsgebundener Infrastruktur wie der Fernwärme und der Wasserversorgung nicht gelten sollen. Sie sollen sich demnach lediglich auf den Elektrizitätsbereich beziehen. Die strengeren rechtlichen, personellen und organisatorischen Entflechtungsvorgaben sollen Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil von Marktakteuren, die nicht Netzbetreiber sind, verhindern. Dadurch verringert sich insbesondere auch das Potenzial, dass wirtschaftlich sensible Informationen aus dem Netzbereich in anderen Tätigkeitsbereichen verwendet werden könnten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass vertikal integrierte Verteilnetzbetrei-

⁴² Vgl. Tätigkeitsbericht ElCom 2024, S. 11; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte (11.9.2025).

			ber auch in regionalen <i>Wärmemärkten</i> in Konkurrenz zu privaten Anbietern aktiv sind. Sofern beispielsweise eine Wärmepumpe mit einem separaten Zähler gemessen wird, erhält der Netzbetreiber diesbezüglich ein Lastprofil. Beim Heizungsersatz könnte es von Vorteil sein, wenn der Energielieferant über den Wärmebedarf eines potenziellen Kunden Bescheid weiss, so dass er zielgerichtete Offerten erstellen kann. Die Weitergabe solcher Informationen kann durch eine strikte Entflechtung verhindert werden. Hingegen ist nicht ersichtlich, inwiefern ein vertikal integrierter Verteilnetzbetreiber im Bereich der Wasserversorgung aufgrund der weniger einschneidenden Entflechtungsvorgaben von einem Vorteil profitieren könnte. Im Bereich der Wasserversorgung bestehen kommunale Monopole. Anders als in Bezug auf die Wärmemärkte ist der Wettbewerb in diesem Bereich ohnehin ausgeschlossen.
	Art. 10 Abs. 5	Wir beantragen , im erläuternden Bericht zu Art. 10 Abs. 5 festzuhalten, dass der Bundesrat nur restriktiv von seiner Befugnis, Ausnahmen von den in dieser Bestimmung enthaltenen Tätigkeitsverboten für vertikal integrierte Verteilnetzbetreiber vorzuzusehen, Gebrauch machen wird.	Mit dem Entflechtungsrecht wird eine strikte Trennung zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Aspekten der Energieversorgung bezweckt, um den Wettbewerb in diesen Bereichen zu gewährleisten. In Abs. 5 soll das grundsätzliche Verbot für Verteilnetzbetreiber statuiert werden, Speicher und Ladestationen für Elektromobilität zu halten und zu betreiben, wie dies in Art. 33 und 36 der Strombinnenmarkt-Richtlinie vorgesehen ist. Allerdings soll der Bundesrat in Anwendung von Art. 33 Abs. 3 (Ladestationen) und Art. 36 Abs. 2 (Speicher) der Strombinnenmarkt-Richtlinie dazu ermächtigt werden, <i>Ausnahmen</i> vorzusehen. Sofern Verteilnetzbetreiber eine <i>Ladestation betreiben</i>, sind sie zudem auch Netzbetreiber, Messdienstleister sowie allenfalls Energielieferanten. Durch die Fülle der gleichzeitig ausgeübten Funktionen haben sie in diversen Märkten eine sehr starke Marktstellung. Standorte für öffentliche Ladesäulen werden den lokalen Verteilnetzbetreibern teils ohne öffentliche Ausschreibung durch die Kommunen als deren Eigentümer zugewiesen. Unter solchen Bedingungen würde sich kaum ein funktionierender Wettbewerb im Bereich der E-Mobilität einstellen. Insofern sind die im EU-Recht vorgesehenen Verbote für Verteilnetzbetreiber aus Wettbewerbsperspektive zu begrüßen. Die Entflechtung der Ladeinfrastruktur vom Verteilnetzbetrieb soll sicherstellen, dass Netzbetreiber nicht in den Wettbewerb um den Betrieb von Ladepunkten eingreifen

			und eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Ladeinfrastruktur begründen. Die Trennung von Netz und Ladeinfrastruktur soll den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern von Ladedienstleistungen fördern und zu einem vielfältigen Angebot für die Endkundinnen und Endkunden führen. Wenn Netzbetreiber <i>Batteriespeicher</i> betreiben, finanzieren Stromkunden über die Netzentgelte den Bau und Betrieb der Anlagen. Dadurch tragen Netzbetreiber kein unternehmerisches Risiko und haben einen nicht vertretbaren Wettbewerbsvorteil gegenüber marktwirtschaftlichen Anlagenbetreibern. Letztere müssen ihre Investitionen in Anlagen aus Markterlösen refinanzieren. Werden Speicher als Netzbetriebsmittel eingesetzt und können diese <i>gleichzeitig marktdienlich</i> eingesetzt werden, droht eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung. Würden zu weitreichende Ausnahmen zugunsten der Verteilnetzbetreiber rechtlich zugelassen, könnte es zu Quersubventionierungen und Gewinnoptimierungen zum Nachteil der Endkundinnen und Endkunden kommen. Die mit den Verboten einhergehenden Vorteile, welche einem funktionierenden Wettbewerb sehr dienlich wären, würden dadurch weitestgehend wieder rückgängig gemacht. Daher sollte der Bundesrat von den Ausnahmeregelungen im EU-Recht nur <i>restriktiv</i> Gebrauch machen.
	Art. 17 Abs. 2		<i>Ad Streichung des LTC-Vorrangs sowie der Gewährung einer finanziellen Abgeltung gestützt auf das Stromabkommen</i> Vorränge auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zugunsten bestimmter Akteure widersprechen dem europäischen Grundsatz der wettbewerblichen Strommarktordnung, wonach grenzüberschreitende Kapazitäten in einem <i>marktorientierten Auktionsverfahren</i> zugeteilt werden sollen. Vorränge zugunsten privilegierter Akteure können zu einem künstlich erzeugten Kapazitätsengpass sowie entsprechend höheren Entgelten bei nicht privilegierten Marktakteuren führen, welche die benötigte Kapazität über Auktionen beschaffen müssen. Die nach geltendem Recht in Art. 17 Abs. 2 StromVG vorgesehenen Vorränge bei der Zuteilung von Kapazitäten auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz sind mit dem EU-Recht nicht vereinbar. Insofern <i>müssen</i> diese Vorränge aufgehoben werden.

			Im Stromabkommen wurde vereinbart, dass die Halter von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen (LTC-Halter) anstelle der bislang gewährten Vorränge nach dem Inkrafttreten des Stromabkommens während sieben Jahren eine <i>finanzielle Entschädigung</i> erhalten sollen.⁴³ Die WEKO begrüsst die Streichung der LTC-Vorränge. Dadurch erhöhen sich die zu verauktionierenden Übertragungskapazitäten insbesondere an der Grenze Frankreich-Schweiz erheblich, was zu tieferen Auktionserlösen und entsprechend tieferen Belastungen des Stromimports in die Schweiz für alle übrigen Stromversorger führen wird. Allerdings führt die sich <i>direkt gestützt auf das Stromabkommen ergebende</i> finanzielle Abgeltung der LTC-Halter zu Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der drei grössten Schweizer Stromkonzerne Axpo, Alpiq und BKW, welche zurzeit von LTC-Vorrängen auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz profitieren und im Umfang der ihnen gewährten Vorränge keine Übertragungskapazitäten für in die Schweiz zu importierenden Strom in den von Swissgrid durchgeführten Auktionen erwerben müssen. Bei den LTC geht es um Verträge, aufgrund derer schweizerische Marktteilnehmer aus dem Ausland Strom beziehen. Zu erwähnen sind insbesondere die Verträge zwischen den schweizerischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und ihren französischen Partnern über die Beteiligung an französischen Elektrizitätswerken, um sich auf diese Weise Importstrom zu sichern; diese Verträge sehen französische Lieferpflichten und schweizerische Bezugspflichten vor. Wie alle übrigen ehemaligen Übertragungsnetzeigentümer wurden die LTC-Halter anlässlich der Überführung des Übertragungsnetzes an Swissgrid basierend auf dem regulatorischen Wert ihrer Netzinfrastruktur im Rahmen einer formellen Enteignung <i>bereits vollumfänglich entschädigt</i>. Weiter ist zu beachten, dass die LTC-Halter aufgrund der geltenden Regulierungsvorgaben gegenüber allen übrigen Marktakteuren besser gestellt werden. Im Gegensatz zu ihren nicht über solche Bezugsrechte verfügenden Konkurrentinnen müssen LTC-Halter für ihren aus Frankreich importierten Atomstrom keine grenzüberschreitende Übertragungskapazität ersteigern, sondern profitieren von einem gesetzlich verankerten Vorrang. Rechtlich besteht

⁴³ Vgl. Art. 8 Ziff. 1 und 2 sowie Anhang II Art. 1-4 und Abschnitt B Stromabkommen.

			keine Verpflichtung, den aufgrund von LTC-Verträgen in die Schweizer Regelzone importierten Strom für die Inlandversorgung einzusetzen. Gestützt auf das StromVG können die Transportkosten des Transits über das inländische Übertragungsnetz auf die Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz überwält werden. Somit bezahlen LTC-Halter mit einem Vorrang im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Transite insbesondere nach Italien in der Schweiz keine Netzkosten. Aus wettbewerblicher Sicht hätte aus den genannten Gründen auf eine finanzielle Abgeltung der LTC-Halter verzichtet werden sollen.
	Art. 17 Abs. 2		Gestützt auf das Stromabkommen <i>dürfen</i> die Vorränge für grenzüberschreitende Übertragungsnetzkapazität zugunsten von bestimmten <i>Grenzkraftwerken</i> weiterhin 15 Jahre lang aufrechterhalten werden, sofern die massgebliche Konzession nicht zu einem früheren Zeitpunkt ausläuft.⁴⁴ Somit können die betreffenden Kraftwerksbetreiber im Umfang des Schweizer Hoheitsanteils vorrangig und unentgeltlich Strom über das grenzüberschreitende Übertragungsnetz in die Schweiz transportieren. Im vorliegenden Gesetzesentwurf soll am Vorrang für Grenzkraftwerke festgehalten werden. Insofern soll Strom aus den im Stromabkommen aufgeführten Grenzkraftwerken <i>besser</i> behandelt werden als alle anderen Stromimporte über das grenzüberschreitende Übertragungsnetz in die Schweiz, für welche in Auktionen Kapazität erworben werden muss. Dadurch erhalten die Betreiber dieser Grenzkraftwerke gegenüber allen übrigen ausserhalb der Regelzone Schweiz domizilierten Verkäufern von Strom an Abnehmer in der Schweiz einen <i>Wettbewerbsvorteil</i>. Gestützt auf das EU-Recht besteht grundsätzlich die Verpflichtung, die Vorgaben zur Nichtdiskriminierung und der Wahl <i>marktorientierter</i> Verfahren bei der Vergabe von Grenzkapazitäten umzusetzen.⁴⁵ Netzeengpässen ist mit diskriminierungsfreien marktbasierten Lösungen zu begegnen, von denen wirksame wirtschaftliche Signale an die Marktteilnehmer und beteiligten Übertragungsnetzbetreiber ausgehen. Netzeengpässe müssen mit nicht transaktionsbezogenen Methoden bewältigt werden; d. h. mit Methoden, bei denen nicht

⁴⁴ Vgl. Art. 8 Ziff. 3 sowie Anhang II Abschnitt C Stromabkommen.

⁴⁵ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 15–35 (in Kraft bis 31.12.2019).

			zwischen den Verträgen einzelner Marktteilnehmer unterschieden wird.⁴⁶ Aus Wettbewerbsperspektive sowie unter Berücksichtigung der Vorgaben des EU-Rechts hätte im nationalen Recht auf die Weiterführung von Vorrangrechten zugunsten von Grenzkraftwerken verzichtet werden sollen. Da die Schweiz und die EU im <i>Stromabkommen vereinbart</i> haben, dass Vorrangrechte für bestimmte Grenzkraftwerke während einer Übergangsfrist von maximal 15 Jahren weiterlaufen sollen, kann vorliegend nicht die Aufhebung von Art. 17 Abs. 2 StromVG beantragt werden.
	Art. 17c ^{bis}		Die WEKO begrüsst es, dass neuerdings ausdrückliche Gesetzesbestimmungen zum Schutz der Aggregatoren geschaffen werden sollen. Dadurch erhalten die Endverbraucher und Produzenten weitere Opportunitäten, um aktiv am Elektrizitätsmarkt teilnehmen zu können. Insbesondere befürwortet die WEKO den neu vorgesehenen Art. 17c^{bis} Abs. 2, worin die Aggregatoren vor <i>diskriminierenden</i> Verhaltensweisen der bestehenden Lieferanten – Grundversorger und Lieferanten auf dem freien Markt – geschützt werden.
	Art. 17e	Streichungsantrag (ganzer Artikel): ~~Art. 17e Versorgung der Gemeinschaft, Beanspruchung des Netzes und Entgelte~~ 	Gemäss dem Willen des Gesetzgebers soll es den lokalen Stromproduzenten durch die Bildung von Zusammenschlüssen zum Eigenverbrauch (ZEV) und lokalen Elektrizitätsgemeinschaften (LEG) bis zur vollständigen Marktöffnung ermöglicht werden, zumindest in der Nachbarschaft Strom zu verkaufen. Nach Inkrafttreten des Stromabkommens zwischen der Schweiz und der EU erfolgt eine vollständige Marktöffnung. Diese wird es auch den lokalen Produzenten ermöglichen, den in ihren Anlagen produzierten Strom an sämtliche Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz sowie auch an solche in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft zu verkaufen. Aus wettbewerblicher Sicht stellt sich die Frage, ob und inwiefern Elektrizitätsgemeinschaften auf lokaler Ebene für den Absatz von Strom aus erneuerbaren Energien nach Einführung der vollständigen Marktöffnung noch regulatorisch gefördert werden müssen. Die EU-Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass <i>Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften</i> berechtigt sind, erneuerbare Energien zu produzieren, zu verbrauchen, zu speichern und zu verkaufen; sie sollen zu allen

⁴⁶ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Strombinnenmarkt-Verordnung.

			geeigneten Energiemärkten diskriminierungsfreien Zugang erhalten. Gemäss den Vorgaben des EU-Rechts schaffen die Mitgliedstaaten einen Regulierungsrahmen, der es ermöglicht, die Entwicklung von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften zu unterstützen und voranzubringen. Dabei haben sie sicherzustellen, dass für Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften faire, verhältnismässige und transparente Verfahren, kostenorientierte Netzentgelte sowie einschlägige Umlagen, Abgaben und Steuern gelten, mit denen sichergestellt wird, dass sie sich <i>angemessen und ausgewogen an den Systemgesamtkosten beteiligen</i>.⁴⁷ Entsprechende von der Schweiz umzusetzende Vorgaben sind in der Strombinnenmarkt-Richtlinie in Bezug <i>Bürgerenergiegemeinschaften</i> enthalten.⁴⁸ Auch unter Berücksichtigung des EU-Rechts sollte nach der vollständigen Marktöffnung auf nicht wettbewerbsneutral ausgestaltete Regulierungen zur Förderung des lokalen Handels mit erneuerbaren Energien verzichtet werden. Die ab dem 1. Januar 2026 in der Schweiz geltenden Vorgaben für Teilnehmer der LEG führen zu Wettbewerbsverzerrungen.⁴⁹ Die Abschläge von 40 Prozent (Nutzung einer Netzebene) respektive 20 Prozent (Nutzung zweier Netzebenen) der Teilnehmer der LEG auf dem Netznutzungstarif⁵⁰ sind <i>nicht verursachergerecht</i>, da durch eine LEG keine wesentlichen Netzkosteneinsparungen erzielt werden können. Der Ausbaubedarf des Verteilnetzes wird dadurch nicht reduziert. Im Winter oder bei schlechtem Wetter sind die Teilnehmer einer LEG auf den Strombezug aus dem Netz angewiesen. Das Netz muss somit auch nach der Bildung einer LEG so ausgestaltet sein, dass die maximal benötigte Leistungsspitze abgedeckt werden kann. Die Kosteneinsparungen der Teilnehmer einer LEG müssen von den übrigen Stromkunden über höhere Netzentgelte finanziert werden. Überhöhte Abschläge auf dem Netznutzungstarif führen zu wettbewerbsverzerrenden <i>Quersubventionierungen</i> und einer <i>Entsolidarisierung</i> bei

⁴⁷ Vgl. Art. 22 Abs. 2 und Abs. 4 Bst. d Richtlinie (EU) 2018/2001 des europäischen Parlaments und des Rats vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (L 328/82). Zwar finden die Vorgaben der EU zu Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften in der Schweiz keine Anwendung. Die Schweiz hat sich aber im Stromabkommen dazu verpflichtet, *vergleichbare Vorschriften* bei Gemeinschaften im Bereich Elektrizität aus erneuerbaren Quellen zu behalten oder zu erlassen; vgl. Stromabkommen, Anhang IV Bst. m.

⁴⁸ Vgl. Art. 16 Abs. 3 Strombinnenmarkt-Richtlinie.

⁴⁹ Vgl. Art. 17e Abs. 3 StromVG in der Fassung des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 29.9.2023 (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes).

⁵⁰ Vgl. Art. 19h Abs. 1 und 3 in der ab dem 1.1.2026 geltenden Fassung der Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

			der Aufteilung der Netzkosten. Insbesondere die energieintensiven Unternehmen würden dadurch mit spürbaren Zusatzkosten belastet. Art. 17e sollte aus wettbewerblicher Sicht wieder aufgehoben werden. ZEV vermögen den Stromhandel mit erneuerbaren Energien im Sinne der Vorgaben des EU-Rechts zu fördern, ohne dass dies zur einer nicht verursachergerechten und wettbewerbsverzerrenden Aufteilung der Netzkosten führen würde.
	Art. 18	Wir beantragen, Art. 18 um die folgenden beiden Absätze zu ergänzen: Abs. 3^{ter} Tochterunternehmen von vertikal integrierten Unternehmen, die in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind, dürfen weder direkt noch indirekt Aktien an der nationalen Netzgesellschaft halten. Abs. 3^{quater} Vertikal integrierte Unternehmen, die in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind, haben jegliche unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf das laufende Geschäft der nationalen Netzgesellschaft bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu unterlassen. Sie dürfen an Generalversammlungen der nationalen Netzgesellschaft teilnehmen, haben aber in Bezug auf deren strategische Entscheide kein Stimmrecht.	Seit dem Inkrafttreten des StromVG wird das Übertragungsnetz in der Schweiz durch eine eigenständige nationale Gesellschaft betrieben. Hierzu wurde der Netzbetrieb von den bislang vertikal integrierten Verbundunternehmen an die Swissgrid ausgelagert. Nach einer Übergangsfrist von fünf Jahren wurden auch die Netze an Swissgrid übertragen. Die Unabhängigkeit von Swissgrid als Übertragungsnetzbetreiberin wird aber durch die Tatsache relativiert, dass deren Aktionärinnen insbesondere grosse vertikal integrierte Verbundunternehmen (sog. Überlandwerke) sind, die sich überwiegend im Eigentum der Kantone befinden. Diese Aktionärinnen von Swissgrid gehören gleichzeitig zu den grössten Stromproduzenten und -händlern in der Schweiz. Sowohl im Hinblick auf das Funktionieren des inländischen Wettbewerbs auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung als auch auf eine stärkere Integration in den europäischen Markt ist die Stärkung der Entflechtung des schweizerischen Übertragungsnetzes von zentraler Bedeutung. Gemäss den Vorgaben des EU-Rechts sind drei entflechtungsrechtliche Modelle zur Ausgestaltung des Übertragungsnetzbetreibers (ÜNB) im nationalen Recht zulässig. Dabei handelt es sich um das Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung (Ownership Unbundling, OU)⁵¹, welches aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich zu bevorzugen wäre, das Modell des unabhängigen Systembetreibers (Independent System Operator, ISO)⁵² sowie das Modell eines unabhängigen Transportnetzbetreibers (Independent Transmission Operator, ITO).⁵³

⁵¹ Vgl. Art. 43 Strombinnenmarkt-Richtlinie.

⁵² Vgl. Art. 44 f. Strombinnenmarkt-Richtlinie.

⁵³ Vgl. Art. 46 ff. Strombinnenmarkt-Richtlinie.

			Beim sog. ISO-Modell handelt es sich um ein Treuhandmodell. Anders als bei der vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung wird beim ISO-Modell nicht das Netzeigentum, sondern lediglich der Betrieb des Übertragungsnetzes strukturell separiert. Das Übertragungsnetz wird von einem vom Netzeigentümer unabhängigen Dritten betrieben. Da das Übertragungsnetz in der Schweiz an Swissgrid überführt wurde, würde die Umsetzung dieses Modells keinen Sinn ergeben. Möglich wäre hingegen die Umsetzung des OU-Modells. Hierfür müssten die vertikal integrierten EVU, die heute Aktionärinnen der Swissgrid sind, ihre Aktien an Akteure verkaufen, die nicht in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind. Das BFE/UVEK beabsichtigt, das ITO-Modell im Schweizer Recht umzusetzen. Das ITO-Modell unterscheidet sich vom OU dadurch, dass die eigentumsrechtliche Verbindung zwischen dem vertikal integrierten EVU und dem ÜNB weiterhin zugelassen wird. Im Gegensatz zum OU-Modell kann dabei sowohl das Eigentum wie auch der Betrieb des Übertragungsnetzes zumindest innerhalb der Konzernstruktur eines vertikal integrierten EVU verbleiben. Bei der Umsetzung des ITO-Modells muss die Unabhängigkeit des ÜNB durch eine <i>rigorose Entflechtung</i> hinsichtlich der Organisation, Entscheidungsgewalt und Aufgabenwahrnehmung des ÜNB erreicht werden. Der ÜNB muss derart abgekapselt werden, dass eine Einflussnahme auf ihn durch das vertikal integrierte Unternehmen weder rechtlich noch tatsächlich stattfinden kann. Zurzeit werden im Gesetzesentwurf nicht sämtliche Vorgaben des EU-Rechts übernommen. Unter Berücksichtigung von Art. 47 Abs. 3 und 4 der Strombinnenmarkt-Richtlinie beantragt die WEKO die inhaltliche Übernahme der betreffenden Bestimmungen, um die Unabhängigkeit von Swissgrid zu stärken und das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von vertikal integrierten Unternehmen, die in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind, zu verringern.
	Art. 18 Abs. 7	Textänderungsantrag: 7 Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung dürfen nicht Organen von Elektrizitätsversorgungsunternehmen angehören, die an der Netzgesellschaft beteiligt sind. Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der nationalen Netzgesellschaft dürfen nicht als Organe oder Personen mit Führungsver-	In Art. 18 Abs. 7 soll neu vorgesehen werden, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung von Swissgrid nicht <i>Organen</i> von EVU angehören dürfen, <i>die an der Swissgrid beteiligt sind</i>. Einem EVU soll es erlaubt werden, eine Person als ihren Vertreter in den Verwaltungsrat von Swissgrid zu entsenden, die dort einzig das EVU

		antwortung bei Unternehmen beschäftigt sein, die in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel tätig sind. Ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen darf aber eine Person in den Verwaltungsrat der Netzgesellschaft entsenden, die dort einzig das Elektrizitätsversorgungsunternehmen vertritt, im Übrigen aber nicht für dieses tätig ist.	vertritt, im Übrigen aber nicht für dieses tätig ist. Um das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Informationsflüssen sowie operationellen Entscheidungen von Swissgrid zu minimieren, sollten <i>weitergehende personelle</i> Entflechtungsmassnahmen vorgesehen werden. Es sollte den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Swissgrid gesetzlich untersagt werden, Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel auszuüben. Dadurch würde das Risiko von Interessenkonflikten bei den Entscheidungsträgern der Swissgrid minimiert und deren Unabhängigkeit von der Elektrizitätsbranche gestärkt. Für die Geltung dieser personellen Entflechtungsvorgaben darf es keine Rolle spielen, ob ein EVU an Swissgrid beteiligt ist. Sie sollten vielmehr für sämtliche Personen gelten, die in leitender Stellung (als Organ oder mit Führungsverantwortung) bei einem in diesen Bereichen tätigen EVU beschäftigt sind.⁵⁴ Aufgrund von <i>gleichgerichteten</i> Interessen der Stromproduzenten und -händler ist zudem nicht auszuschliessen, dass <i>nicht an Swissgrid beteiligte</i> EVU, die auf diesen Märkten tätig sind, nebst ihren eigenen Interessen auch jene der Aktionärinnen von Swissgrid, mit denen sie allenfalls in einer engen Geschäftsbeziehung stehen, wahrnehmen könnten. Das sich auf den Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung von Swissgrid beziehende Tätigkeitsverbot (Doppelmandatsverbot) sollte daher auch in solchen Konstellationen zur Anwendung kommen. Die von der WEKO beantragten Änderungen entsprechen im Wesentlichen dem Vorschlag des Bundesrats zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien.⁵⁵ Der damalige Vorschlag des Bundesrats beschränkte sich auf Personen, die mit <i>Organstellung</i> bei einem EVU beschäftigt sind, welches auf den Märkten für Stromhandel und -versorgung tätig ist. Aus Sicht der WEKO sollte das beantragte Tätigkeitsverbot auch für Personen gelten, die zwar formell keine Organfunktion in einem solchen EVU haben, jedoch mit <i>Führungsverantwortung</i> von diesem angestellt sind. Auch solche

⁵⁴ Vgl. hierzu auch die damaligen Auflagen der WEKO gegenüber Swissgrid im Zusammenschlusskontrollverfahren: RPW 2005/2 355 Rz 90 ff., *Swissgrid*.

⁵⁵ Vgl. Entwurf Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), S. 23, BBl 2021 1667.

			Personen würden in erster Linie die Interessen ihres Arbeitgebers vertreten, der dadurch gegenüber anderen Marktteuren einen Wettbewerbsvorteil erhalten könnte. Aus wettbewerblicher Sicht sollte zudem davon abgesehen werden, den vertikal integrierten EVU, die Aktionärinnen von Swissgrid sind, das Recht zuzugestehen, eine Person in den Verwaltungsrat von Swissgrid zu entsenden. Würde diese Ausnahmeregelung im StromVG verankert, wäre die personelle Entflechtung nicht mehr hinreichend gewährleistet. Auch wenn eine solche Person nebst ihrem Verwaltungsratsmandat keine weiteren Tätigkeiten beim <i>entsendenden</i> EVU ausüben dürfte, ist davon auszugehen oder droht mindestens die Gefahr, dass sie bei strategisch wichtigen Entscheiden des Verwaltungsrats von Swissgrid in erster Linie die Interessen dieses EVU sowie der Stromproduzenten und -händler wahrnehmen würde – und nicht die höherrangigen Interessen an einem funktionierenden und möglichst kosteneffizienten Übertragungsnetzbetrieb. Dadurch wäre die Unabhängigkeit von Swissgrid gegenüber den Marktteuren in den Bereichen Stromproduktion und Stromhandel nicht mehr gewährleistet.
	Art. 18 Abs. 8	Wir beantragen , Art. 18 Abs. 8 dahingehend abzuändern, dass der Bundesrat Bestimmungen auf Verordnungsstufe erlassen soll, um die Unabhängigkeit der nationalen Netzgesellschaft gegenüber in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätigen EVU zu gewährleisten.	Die WEKO befürwortet die Schaffung einer Delegationsnorm, wonach der Bundesrat weitere Bestimmungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetriebs von den auf den Stromproduktions- und -handelsmärkten tätigen EVU vorsehen kann. Anders als im Gesetzesentwurf angedacht, sollten die Rechtsetzungskompetenzen des Bundesrats <i>sämtliche</i> vertikal integrierte EVU mitumfassen und sich nicht nur auf jene EVU beschränken, die an der Swissgrid AG beteiligt sind. Dadurch könnten Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von bestimmten Akteuren auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung verhindert werden.
	Art. 22b Abs. 1	Wir beantragen , Art. 22b Abs. 1 wie folgt zu ergänzen: h. Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen.	Die beantragte Ergänzung ergibt sich aufgrund der Vorgaben des EU-Rechts. ⁵⁶ Im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes kann die WEKO gegen missbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen vorgehen (vgl. Art. 7 und Art. 4 Abs. 2 KG). Zurzeit ist im Gesetzesentwurf lediglich vorgesehen,

⁵⁶ Vgl. Art. 59 Abs. 1 Bst. o Strombinnenmarkt-Richtlinie.

			dass die EICom betreffend Hindernisse, die den Eigenverbrauch, Zusammenschlüsse zum Eigenverbrauch und lokale Elektrizitätsgemeinschaften erschweren, ein Monitoring durchzuführen hat. Damit wird den Vorgaben des EU-Rechts nicht hinreichend entsprochen. Vielmehr sollte die EICom <i>in allgemeiner Weise</i> Wettbewerbsverzerrungen und -beeinträchtigungen, von denen sie im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeiten Kenntnis erlangt, beim Monitoring berücksichtigen, die relevanten Informationen bereitstellen sowie der WEKO einschlägige Fälle melden.
	Art. 29	Wir beantragen , Art. 29 Abs. 1 wie folgt abzuändern: Unternehmen, welche gegen die nachfolgenden regulatorischen Vorgaben verstossen, werden zur Zahlung einer Geldleistung bis maximal 10 Prozent ihres Umsatzes im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr verpflichtet. Die EICom kann den aufgrund des fehlbaren Verhaltens in den letzten drei Jahren erzielten Geschäftsgewinn einziehen. Ein solches Einziehungsrecht besteht zudem, wenn durch den Gesetzesverstoss ein Verlust vermieden wurde.	<i>Einführung von abschreckenden Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen:</i> Gemäss den Vorgaben der Strombinnenmarkt-Richtlinie müssen die Regulierungsbehörden insbesondere befugt sein, wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen gegen Elektrizitätsunternehmen , die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, entweder selbst zu verhängen oder die Verhängung derartiger Sanktionen gegen solche Unternehmen einem zuständigen Gericht vorzuschlagen. Auch sollte den Regulierungsbehörden die Befugnis übertragen werden, unabhängig von der Anwendung der Wettbewerbsregeln über geeignete Massnahmen zu entscheiden, mit denen durch Förderung des wirksamen Wettbewerbs als Voraussetzung für einen ordnungsgemäss funktionierenden Energiebinnenmarkt Vorteile für die Kunden herbeigeführt werden. ⁵⁷ Gemäss dem erläuternden Bericht wird für die Umsetzung der Vorgaben des EU-Rechts zum Sanktionsregime von einer Übergangsfrist von fünf Jahren ausgegangen. Es soll im Rahmen des zweiten Pakets <i>geprüft</i> werden, ob hierfür eine Anpassung des geltenden Rechts erforderlich ist. ⁵⁸ Wie nachfolgend dargelegt wird, kann mit Geldbussen bis maximal 100'000 Franken gegen natürliche Personen nicht wirksam sichergestellt werden, dass sich im Strombereich tätige Unternehmen an die zentralen Vorgaben im StromVG zur Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs halten. Die Ausnutzung der Übergangsfrist zur Umsetzung der strengerer Vorgaben des EU-Rechts ist nicht erforderlich und würde primär den in der Schweiz domizilierten EVU dienen. Im Kartellgesetz sind seit

⁵⁷ Vgl. Art. 59 Abs. 3 und E. 84 Strombinnenmarkt-Richtlinie.

⁵⁸ Vgl. erläuternder Bericht, S. 633 f.

			2005 vergleichbare Verwaltungssanktionen verankert. Seither hat die WEKO zahlreiche Sanktionsverfügungen erlassen, die anschliessend bis vor Bundesgericht weitergezogen wurden. Es besteht somit diesbezüglich bereits eine reichhaltige Praxis, die bei der Schaffung des neuen Sanktionsregimes im Strombereich berücksichtigt werden kann; insbesondere zu den Rechten und Pflichten von Unternehmen, gegen die ein Verfahren geführt wird. Details zur Sanktionsberechnung könnten – wie im Kartellrecht – auf Verordnungsstufe geregelt werden. Mit der beabsichtigten Weiterführung der Straftatbestände gegen natürliche Personen im StromVG wird den Vorgaben des EU-Rechts nicht hinreichend entsprochen. In Art. 29 Abs. 1 sind verschiedene Straftatbestände aufgeführt, die im Falle eines <i>vorsätzlich</i> begangenen Verstosses mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken geahndet werden können. Wird die Tat <i>fahrlässig</i> begangen, so ist die Strafe Busse bis zu 20'000 Franken (Abs. 2). Die Strafbarkeit soll sich grundsätzlich gegen die natürliche Person richten, welche die Tat verübt hat. Das BFE führt das betreffende Verfahren (Abs. 3). Fällt eine Busse von höchstens 20'000 Franken in Betracht, kann unter den Voraussetzungen von Art. 7 VStrR anstelle der handelnden natürlichen Person die juristische Person zur Bezahlung der Busse verurteilt werden (Abs. 4). Insofern soll die Verhängung von Sanktionen gegen <i>Unternehmen</i>, die gegen zentrale Vorgaben zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs im StromVG verstossen, lediglich bei <i>fahrlässigem</i> Verhalten und nur unter der Voraussetzung, dass die Ermittlung der strafbaren natürlichen Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe <i>unverhältnismässig</i> wären, möglich sein. In der Praxis würde es insofern kaum zu Anwendungsfällen kommen, in denen die fehlbaren <i>Unternehmen</i> sanktioniert würden. Es wird sich in aller Regel eine innerhalb der Organisation für den betreffenden Geschäftsbereich <i>verantwortliche Person</i> finden lassen, der ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Von unzulässigen Verhaltensweisen, die im Zuge eines Angestelltenverhältnisses in Ausübung der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens begangen werden, profitiert in erster Linie das Unternehmen. Angestellte

			könnten sich in einer Zwangslage befinden, da sie einerseits weisungsgebunden den gewinnmaximierenden Geschäftsinteressen ihres Arbeitsgebers verpflichtet sind und andererseits die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten haben. Sollte ein Angestellter gegen ihn persönlich sanktionierendes Strafrecht verstossen, kommt das Unternehmen dennoch in den Genuss der Früchte des Gesetzesverstosses, was auf der einen Seite rechtlich stossend ist und auf der anderen Seite für das Unternehmen Anreize setzt, Mitarbeitende zu Verletzungen gegen gesetzliche Vorgaben zu verleiten. Aus Präventionsgründen sowie für die Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs sind – im Sinne der Vorgaben des EU-Rechts – Verwaltungssanktionen gegen die fehlbaren Unternehmen zu bevorzugen. Direkte Sanktionen wie die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldleistung und die Gewinnabschöpfung bieten Vorteile gegenüber strafrechtlichen Sanktionen, da sie effizienter und weniger bürokratisch sind. Verwaltungssanktionen zielen auf einen finanziellen Ausgleich für den aufgrund des gesetzeswidrigen Verhaltens des Unternehmens erhaltenen Vorteil und die Verhinderung künftiger schwerwiegender Gesetzesverstösse desselben Unternehmens ab, während bei Strafen gegen natürliche Personen in erster Linie die Bestrafung des Täters im Vordergrund steht. Zudem bieten Strafverfahren gegen Angestellte den Unternehmen die Möglichkeit, die Verantwortung für Gesetzesverstösse in der Aussenwirkung an die involvierten Einzelpersonen zu delegieren. Im Falle der Einführung von Verwaltungssanktionen gegen die Unternehmen dürfte die unternehmensinterne Compliance verstärkt werden. Auch aus Reputationsgründen wären die obersten Unternehmensgremien sehr bestrebt, Verwaltungssanktionen gegen ihr Unternehmen zu vermeiden. <i>Maximale Höhe der Geldbusse:</i> Gemäss der Strombinnenmarkt-Richtlinie können gegen den Übertragungsnetzbetreiber und vertikal integrierte Unternehmen Sanktionen in der Höhe von bis zu 10 Prozent des Jahresumsatzes des Übertragungsnetzbetreibers bzw. des vertikal integrierten Unternehmens verhängt werden.⁵⁹ Insbesondere bei grossen Verteilnetzbetreibern mit vielen Endkundinnen und Endkunden vermögen

⁵⁹ Vgl. Art. 59 Abs. 3 Bst. d Strombinnenmarkt-Richtlinie.

			die zurzeit angedachten Maximalstrafen keine genügenden Anreize für ein wettbewerbsneutrales und gesetzeskonformes Verhalten zu setzen. Grosse vertikal integrierte EVU erzielen mit der Netznutzung und der Energieversorgung jährliche Umsätze im dreistelligen Millionenbereich. Beispielsweise könnte ein vorderhand unentdeckt gebliebener Einsatz von der Energiereserve zugehörigen Kapazitäten im freien Markt über einen längeren Zeitraum zu hohen Zusatzeinnahmen führen.⁶⁰ Gleiches gilt etwa für Quersubventionierungen oder im Falle der Verwendung von wirtschaftlich sensiblen Daten aus dem Monopolbereich, um dadurch einen Wettbewerbsvorteil in gewerblichen Märkten zu erzielen. Eine Busse von maximal 100'000 Franken gegen natürliche Personen vermag einen durch den Gesetzesverstoss erlangten Vermögensvorteil des Unternehmens in solchen Konstellationen nicht abzuschöpfen und hätte keine genügende präventive Wirkung. Dies illustriert, dass zur Verhinderung von Gesetzesverstössen hinreichend hohe Maximalsanktionen gegen fehlbare Unternehmen im Gesetz verankert werden sollten. In ausländischen Rechtsordnungen sind die Regulierungsbehörden und Gerichte im Sinne der Vorgaben des EU-Rechts befugt, <i>Unternehmen</i>, die gegen gesetzliche Verhaltens- und Unterlassungspflichten verstossen, zur Bezahlung von <i>hohe Geldbeträgen</i> zu verpflichten. Hinzuweisen ist beispielsweise auf die Vorgaben in der österreichischen Energiegesetzgebung: Gegen Monopolbetriebe, die gegen Entflechtungsvorgaben verstossen oder andere Marktakteure diskriminieren, können Verwaltungsanktionen bis zu einem Höchstbetrag von 10 Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatzes angeordnet werden.⁶¹ <i>Befugnis der EnCom zur Einziehung von unrechtmässig erlangten Gewinnen und vermiedenen Verlusten:</i> Die Möglichkeit zur Einziehung von unrechtmässig erzielten Gewinnen im Falle eines in Art. 29 Abs. 1 erwähnten Gesetzesverstosses soll eine ausgleichende Wirkung erzielen und zur Fairness zwischen Marktteilnehmern im freien Wettbewerb beitragen. In diesem Rahmen sollte die EICom

⁶⁰ Vgl. Art. 29 Abs. 1 Bst. fbis StromVG.

⁶¹ Vgl. § 164 des Bundesgesetzes, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu geregelt wird (Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – EIWOG 2010), Fassung vom 6.6.2025.

			auch berechtigt sein, Vermögenswerte im Umfang eines durch den Gesetzesverstoss vermiedenen Verlustes einzuziehen. Für die Einführung dieses Aufsichtsinstruments sprechen einerseits Präventionsgründe. Andererseits geht es um den Ausgleich illegal erlangter finanzieller Vorteile. Eine exakte Berechnung des entstandenen Vermögensvorteils könnte sich in der Praxis oftmals als schwierig erweisen. Daher sollte der ECom die gesetzliche Befugnis eingeräumt werden, die Höhe des erlangten Gewinns bzw. des vermiedenen Verlusts zu schätzen, wenn sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Eine analoge Befugnis der FINMA ist in Art. 35 FINMAG⁶² verankert. <i>Verfahrensrechte und Rechtsmittelweg:</i> Aufgrund der Erfahrungen im Kontext mit den im Kartellgesetz verankerten direkten Sanktionen besteht hinsichtlich der relevanten Verfahrensfragen aufgrund der ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechtssicherheit. Direkte Sanktionen der ECom gegen Unternehmen im Sinne des vorliegenden Antrags der WEKO würden aller Voraussicht nach Verwaltungssanktionen mit <i>Strafcharakter</i> darstellen. Auch kartellrechtliche Sanktionen nach Art. 49a KG haben einen strafrechtsähnlichen Charakter. Die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK⁶³ sowie Art. 30 und 32 BV⁶⁴ sind bei solchen Sanktionen anwendbar.⁶⁵ Sanktionsverfügungen der ECom wären auf demselben Rechtsmittelweg wie anderweitige Anordnungen dieser Behörde anfechtbar: Gegen Entscheide der ECom soll beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden können. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die Anforderungen von Art. 6 EMRK in einem Kartellsanktionsverfahren auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden. Gleiches würde hinsichtlich eines Sanktionsverfahrens der ECom gelten.⁶⁶ Insofern müsste die ECom im Falle der Anordnung einer Verwaltungssanktion nicht die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV an ein

⁶² Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22.6.2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

⁶³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101); in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974.

⁶⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁶⁵ Vgl. BGE 139 I 72, E. 2.

⁶⁶ Vgl. BGE 139 I 72, E. 4.

			unabhängiges und unparteiliches Gericht erfüllen. Gestützt auf die Befugnis des Bundesrats zum Erlass von Ausführungsbestimmungen⁶⁷ könnten Details zum Verfahren und zur Sanktionsberechnung auf Verordnungsstufe geregelt werden. Im Kartellrecht wurde gestützt auf Art. 60 KG in analoger Weise die SVKG⁶⁸ erlassen, welche entsprechende Detailvorgaben enthält.
Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten (BATE)			Aus wettbewerblicher Sicht ist die Übernahme der Verpflichtungen in der REMIT-Verordnung⁶⁹ für den Stromgrosshandelsmarkt sowie die Geltung des BATE für den Gasbereich grundsätzlich zu begrüßen. Transaktionen im Energiebereich finden grenzüberschreitend statt. Diverse Schweizer Marktakteure sind an Handelsplätzen in der EU tätig und sollten folglich in der Schweiz denselben Rechten und Pflichten unterstehen. Ein funktionierender Energiegrosshandel sollte Preise gewährleisten, die auf dem Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage und somit einem wirksamen Wettbewerb beruhen. Damit der Grosshandelsmarkt die ihm zugewiesene Funktion effektiv gewährleisten kann, erscheint es unabdingbar sicherzustellen, dass sich einzelne Akteure nicht in wettbewerbsschädigender Weise unzulässig verhalten können. Die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation tragen dazu bei, die Voraussetzungen für einen funktionierenden und fairen Grosshandelsmarkt zu schaffen. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass die gestützt auf die REMIT-Verordnung für den Strombereich und das BATE für den Gasbereich einzuhaltenden Verpflichtungen zur Offenlegung von Insiderinformationen den funktionierenden Wettbewerb nicht gefährden. Die Wettbewerbsbehörden haben bereits in ihren Stellungnahmen im Rechtsetzungsverfahren zum BATE darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Insiderinformationen aufgrund der aktuellen Marktverhältnisse im Elektrizitätsbereich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz haben könnte.⁷⁰

⁶⁷ Vgl. Art. 30 Abs. 2 StromVG.

⁶⁸ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁶⁹ Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegrosshandelsmarkts, Fassung gemäss ABl. L 2024/1106 vom 17.4.2024.

⁷⁰ Vgl. Stellungnahme WEKO in der Vernehmlassung zum BATE, in: RPW 2023/3 721 ff., *Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz im Energiegrosshandelsmarkt – Vernehmlassung*.

			Auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung gibt es in der Schweiz eine überschaubare Anzahl grosser Anbieter, die den Grossteil des Umsatzes auf sich vereinigen (hohe Marktkonzentration). Zudem ist es aufgrund der beschränkt vorhandenen möglichen Standorte für neue grosse Produktionsanlagen – sowie der zurzeit sehr volatilen Marktpreise – für aktuelle und potenzielle Konkurrenten anspruchsvoll, neu in den Markt einzutreten (hohe Eintrittsbarrieren) resp. die bisherige Marktstellung wesentlich auszubauen. Vielmehr weisen diese verschiedene Merkmale von oligopolistischen Märkten auf. In einer solchen Marktkonstellation geschäftsrelevante Informationen (z. B. zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügbare Speicher- und Produktionskapazitäten) zu veröffentlichen, reduziert die strategische Unsicherheit über das aktuelle bzw. künftige Verhalten von Konkurrenten und erleichtert die Koordination (oder auch die Überwachung, ob eine bestehende kollusive Vereinbarung eingehalten wird) zwischen den Marktakteuren. Die erhöhte Transparenz infolge der angedachten Publikationsverpflichtungen der grossen Marktakteure über die Kapazitäten und den Einsatz ihrer Infrastruktur droht damit den Wettbewerb zu behindern. Im Elektrizitätsbereich ist die Übernahme der Inhalte der REMIT-Verordnung eine <i>zwingende</i> Voraussetzung für den Abschluss des Stromabkommens und muss insofern von der Schweizer Rechtsordnung mit Inkraftsetzung dieses Abkommens implementiert werden. Nach dem Inkrafttreten des Stromabkommens sollte sich der Wettbewerb im Elektrizitätsbereich verbessern, was längerfristig einen positiven Einfluss auf die Marktstrukturen in der Schweiz haben sollte. Insbesondere wird das Stromabkommen der Schweiz die Teilnahme an den Regelenergieplattformen der EU ermöglichen. Dadurch wird es auch europäischen Anbietern möglich sein, sich an Auktionen für Regelenergieprodukte für die Schweiz zu beteiligen. Insofern dürften sich die Anzahl Anbieter sowie die verfügbaren Kapazitäten in den Systemdienstleistungsmärkten wesentlich erhöhen, wodurch sich die potenziell schädliche Wirkung aufgrund der erhöhten Transparenzanforderungen in diesem Bereich verringern sollte, sofern ausländische Marktakteure an Auktionen partizipieren und Strom in

		die Schweiz liefern werden.
Lebensmittelsicherheit		
Gesetzesanpassungen		
Tierschutzgesetz (TSchG, SR 455)		Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG, SR 817.0)		Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über die Landwirtschaft (LwG, SR 910.1)		Keine Bemerkungen
Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG, SR 921.0)		Keine Bemerkungen
Tierseuchengesetz (TSG, SR 916.40)		Keine Bemerkungen

4. Gesamtbeurteilung: Wie beurteilen Sie das Paket Schweiz-EU (Verhandlungsergebnis und dazugehörige inländischen Umsetzung)?

Vgl. Begleitschreiben.

B 2.7

2. Vernehmlassung zum Verordnungspaket Umwelt Frühling 2026 (Änderung der Abfallverordnung)

"Die Wettbewerbskommission (WEKO) reichte im Rahmen der Vernehmlassung zum Verordnungspaket Umwelt Frühling 2026 eine Stellungnahme zuhanden der Kommission für Umwelt, Raumplanung, Energie und Kommunikation (UVEK) ein. Darin äussert sich die WEKO zu den vorgesehenen Änderungen der Abfallverordnung¹ zur Umsetzung der Motion 24.3475 «Regulatorische Blockade beim Zink-Recycling beheben» (nachfolgend: Motion) wie folgt:"

1 Keine Ausdehnung des Siedlungsabfallbegriffs

Antrag

Hauptantrag: Die Ergänzung in Art. 3 Bst. a Ziff. 4 VVEA ist zu streichen.

Eventualantrag: Die Ausdehnung des Siedlungsabfallbegriffs ist auf Rückstände aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen zu beschränken. Variante 2 betreffend Art. 3 Bst. a Ziff. 4 VVEA ist gegenüber Variante 1 vorzuziehen.

Begründung

1.1 Rückstände aus der Abfallbehandlung sind keine Siedlungsabfälle

1. Das Umweltschutzgesetz² unterscheidet zwischen Siedlungsabfällen und übrigen Abfällen. Während Siedlungsabfälle von den Kantonen entsorgt werden (Art. 31b USG), obliegt die Entsorgung der übrigen Abfälle der Inhaberin (Art. 31c USG). Die Abgrenzung zwischen den beiden Kategorien bildet also die Grundlage für die Zuweisung der Entsorgungspflicht.

2. **Siedlungsabfälle** stammen aus Haushalten oder aus Unternehmen und der öffentlichen Verwaltung, sofern die Zusammensetzung der Abfälle betreffend Inhaltsstoffen und Mengenverhältnissen mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar ist (Art. 3 Bst. a VVEA). Typisch für Siedlungsabfälle ist, dass sie laufend in kleinen Mengen bei einer Vielzahl von Inhaberrinnen anfallen und in ihrer Zusammensetzung uneinheitlich sind.

3. Die Kantone sind nach Art. 31b USG verpflichtet, die Entsorgung von Siedlungsabfällen sicherzustellen. Damit wird gewährleistet, dass solche Abfälle durch das Gemeinwesen flächendeckend, umweltgerecht, zuverlässig und wirtschaftlich entsorgt werden. In diesem Zusammenhang wird häufig vom kantonalen «Entsorgungsmonopol» oder vom «Siedlungsabfallmonopol» gesprochen. Gemeint ist damit, dass die Tätigkeit dem Staat vorbehalten ist. Dieser kann die Tätigkeit entweder selbst ausüben, einen oder mehrere Dritte dazu ermächtigen oder die Tätigkeit weitgehend dem freien Markt überlassen. Ob und inwieweit der Wettbewerb spielt, hängt von der konkreten Ausgestaltung durch den Staat – im vorliegenden Fall durch die Kantone – ab.

4. **Rückstände aus der Abfallbehandlung**, beispielsweise Flugasche und Hydroxidschlamm, unterscheiden sich deutlich von Siedlungsabfällen. Sie entstehen in einer begrenzten Anzahl von Anlagen und weichen in den Inhaltsstoffen und Mengenverhältnissen erheblich von Abfällen aus Haushalten ab. Rückstände aus der Abfallbehandlung sind deshalb den übrigen Abfällen – und nicht den Siedlungsabfällen – zuzuordnen. Diese Einordnung entspricht der geltenden umweltrechtlichen Literatur³ und wird durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴ gestützt.⁴

5. Mit der geplanten Revision der Abfallverordnung sollen Rückstände aus der Abfallbehandlung als Siedlungsabfälle qualifiziert und damit das kantonale Siedlungsabfallmonopol auf diese Abfälle ausgedehnt werden. Die Einführung oder Ausdehnung eines solchen rechtlichen Monopols setzt eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage voraus, die vom Parlament im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wird.⁵ Die vorgesehene Änderung der Abfallverordnung genügt diesen Anforderungen nicht. Mit Art. 31b USG liegt zwar eine formell-gesetzliche Grundlage vor, der Verordnungsgeber überschreitet aber seine Kompetenzen, wenn er das Siedlungsabfallmonopol über den klaren Wortlaut und Normsinn von Art. 31b USG hinaus ausdehnt.⁶ Eine solche Ausdehnung des Siedlungsabfallmonopols durch den Verordnungsgeber verstösst gegen das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV⁷ und ist deshalb als verfassungswidrig einzustufen. Es wäre Sache des Gesetzgebers, das Siedlungsabfallmonopol auf neue Abfallarten wie Rückstände aus der Behandlung von Siedlungsabfällen auszudehnen.⁸

¹ Verordnung vom 4.12.2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

² Bundesgesetz vom 7.10.1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

³ PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Vereinigung für Umweltrecht (VUR) / Helen Keller (Hrsg.), 2. Aufl. 2004, Art. 31c USG N 8; JOHANNES REICH, Abgrenzung von rechtl. Monopol und Wettbewerb im Abfallmarkt, URP 2014, 348.

⁴ BGE 131 II 271 E. 9.2.1, bestätigt in BGE 148 II 387 E.3.2.4.

⁵ Siehe dazu im Detail RPW 2024/1, 99 ff., SwissZinc AG.

⁶ Vgl. BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2019, S. 58; vgl. für die Einordnung des Siedlungsabfallmonopols als unmittelbares oder mittelbares rechtliches Monopol Tschannen (Fn 3), Art. 31b USG N 11.

⁷ Vgl. hierzu die Auslegung in den vorangehenden Abschnitten sowie die zitierten übereinstimmenden Auffassungen in der Rechtslehre (Fn 3) und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Fn 4).

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

6. Es besteht jedoch kein sachlicher Grund, das Siedlungsabfallmonopol auszudehnen und die Entsorgung von Filterasche, Hydroxidschlamm und anderen Rückständen in die Kompetenz der Kantone zu legen. Ein flächendeckendes Entsorgungssystem, wie es für Siedlungsabfälle erforderlich ist, ist für Rückstände aus der Abfallbehandlung weder notwendig noch zweckmässig. Vielmehr hätte die Ausdehnung des Siedlungsabfallmonopols erhebliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb:

- **Marktkonzentration:** Die Übertragung der Entsorgungspflicht an die Kantone kann den Marktzugang für Unternehmen erschweren oder sogar unterbinden (z.B. durch Konzessionen). Dies führt zu einer stärkeren Marktkonzentration und verringert den Wettbewerbsdruck.
- **Geringere Investitions- und Innovationsanreize:** Der fehlende Wettbewerbsdruck verringert den Anreiz aktueller Wettbewerber, Investitionen und Innovationen zu tätigen, da sie ihre Marktstellung als gesichert wahrnehmen. Auch die Investitions- und Innovationsbereitschaft potenzieller Wettbewerber ist aufgrund des erschwerten oder gar unmöglichen Marktzugangs erheblich eingeschränkt. Dies hemmt insgesamt den technologischen Fortschritt bei der Entsorgung von Rückständen aus der Abfallverbrennung.
- **Höhere Entsorgungskosten:** Der fehlende Wettbewerbsdruck wirkt sich auch nachteilig auf die Kosteneffizienz aus. Im Fall der SwissZinc AG wurden bereits leicht höhere Preise für die Entsorgung prognostiziert als bei alternativen Entsorgungswegen.⁹ Das kantonale Siedlungsabfallmonopol würde den Wettbewerbsdruck gegenüber der SwissZinc AG voraussichtlich weiter verringern, sodass langfristig nochmals mit einem Anstieg der Entsorgungspreise zu rechnen wäre.
- **Marktverzerrungen:** Die Kantone treten im Markt für die Entsorgung von Rückständen aus der Abfallverbrennung sowohl als Regulator als auch als Eigentümer von Anlagen auf. Dies führt zu Interessenkonflikten und birgt das Risiko, dass die Kantone ihre Verbrennungsrückstände einer (einzigen) staatsnahen Anlage zuweisen und dieser Wettbewerbsvorteile verschaffen. Private Anbieterinnen, die womöglich effizienter und innovativer arbeiten könnten, würden dadurch benachteiligt oder gar verdrängt.
- **Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit:** Kehrrichtverbrennungsanlagen (nachfolgend: KVA) und nachgelagerte Entsorgungsunternehmen würden in ihrer Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt, da sie sich an die von den Kantonen vorgegebenen Entsorgungswege halten müssten, selbst wenn alternative Lösungen ökologisch und ökonomisch günstiger wären.

7. Diese Auswirkungen beeinträchtigen nicht nur den Wettbewerb, sondern wirken sich auch nachteilig auf Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft aus. Aus Sicht der WEKO ist deshalb klar, dass Rückstände aus der Abfallverbrennung weiterhin im freien Markt entsorgt werden sollten.

8. Ergänzungshalber ist darauf hinzuweisen, dass das Projekt der SwissZinc AG zur Rückgewinnung von Zink aus der Filterasche von KVA auch ohne Änderung der VVEA realisiert werden kann. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat der SwissZinc AG im Rahmen einer Vorabklärung Wege für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung des Projekts aufgezeigt.¹⁰ Das Anliegen der Motion lässt sich somit auch ohne eine Anpassung der VVEA erreichen. Der Verzicht auf die Ergänzung von Art. 3 Bst. a Ziff. 4 VVEA wäre ein Signal an die SwissZinc AG, dass sie ihr Projekt im Einklang mit dem Kartellgesetz auszugestalten hat. Im Übrigen wird die SwissZinc AG aber auch mit der Anpassung der VVEA nicht integral vom Kartellgesetz ausgenommen (vgl. dazu Abschnitt 2).

1.2 Beschränkung auf Rückstände aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen (Variante 2)

9. Sollte der Siedlungsabfallbegriff und damit das Siedlungsabfallmonopol der Kantone dennoch ausgedehnt werden, so ist dies auf Rückstände aus der Behandlung von *Siedlungsabfällen* (Variante 2) zu beschränken. Rückstände aus der Behandlung von *übrigen Abfällen* sollen nicht in die Zuständigkeit der Kantone fallen.

10. Eine überzeugende Begründung für Variante 1, die sämtliche Rückstände aus der Verbrennung als Siedlungsabfälle qualifiziert, fehlt. Zwar wird im erläuternden Bericht ausgeführt, dass aus Gründen eines «umweltkonformen und effizienten Vollzugs» darauf verzichtet werde, zwischen Rückständen aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen und von übrigen Abfällen zu unterscheiden. Es bleibt aber unklar, welche umweltpolitischen Gründe dafürsprechen, sämtliche Verbrennungsrückstände ganzheitlich dem Siedlungsabfallmonopol zu unterstellen. Mit der Anwendung entsprechender Verteilungsschlüssel besteht zudem – wie mit Variante 2 vorgeschlagen – eine einfache Möglichkeit, die Rückstände den jeweiligen Abfallkategorien zuzuordnen. Im Übrigen verbrennen die Schweizer KVA entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht übrige Abfälle nicht in «vergleichsweise kleinen Mengen». Nach den neusten Zahlen aus dem Jahr 2023 machten die übrigen Abfälle mehr als ein Viertel der in den KVA verbrannten Abfälle aus.¹¹

11. Für Variante 2 spricht auch die Auslegung des Art. 7 Abs. 6^{bis} USG im erläuternden Bericht. Aus der Bestimmung wird gefolgert, dass Siedlungsabfall über den gesamten Entsorgungsweg bis zur Verwertung oder Ablagerung Siedlungsabfall bleibt. Dieser Grundsatz muss in gleicher Weise auch für übrigen Abfall gelten. Übriger Abfall bleibt somit bis zur Verwertung oder Ablagerung übriger Abfall. Rückstände aus der Verbrennung von übrigen Abfällen fallen daher nicht plötzlich unter das

⁹ Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht in einem Urteil die privatwirtschaftliche Entsorgung von Filterasche aus Kehrrichtverbrennungsanlagen betont hat (BGE 131 II 271 E. 9.2.1).

¹⁰ RPW 2020/4a, 1554 Rz 98, SwissZinc AG.

¹¹ RPW 2020/4a, 1541 ff., SwissZinc AG.

kantonale Siedlungsabfallmonopol. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass mit der Ablösung der Technischen Verordnung über Abfälle¹² durch die Abfallverordnung im Jahr 2016 der Begriff des Siedlungsabfalls bewusst enger gefasst wurde. Abfälle aus Unternehmen mit 250 oder mehr Vollzeitstellen erfüllen den Siedlungsabfallbegriff seither nicht mehr, selbst wenn deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar ist. Damit ging eine bewusst gewollte Teilliberalisierung des Siedlungsabfallmonopols einher, die den betroffenen Unternehmen mehr Flexibilität bei der Entsorgung von unspezifischen Betriebsabfällen ermöglicht. Diese Liberalisierung wird in gewisser Weise unterlaufen, wenn die Rückstände aus diesen Abfällen auf einer nachgelagerten Entsorgungsstufe wieder unter das Siedlungsabfallmonopol fallen. Dies gilt auch für alle weiteren übrigen Abfälle, die ausdrücklich nicht unter das Siedlungsabfallmonopol fallen. Schliesslich geht Variante 1 über die Stellungnahme des Bundesrats zur Motion hinaus, wonach Rückstände aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen als *Siedlungsabfälle* qualifiziert werden sollten.

2 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und des Binnenmarktgesetzes

Antrag

Hauptantrag: Kapitel 6 in Teil II des erläuternden Berichts zur Änderung der Abfallverordnung ist ersatzlos zu streichen.

Eventualantrag: Das Kapitel ist auf folgende Ausführungen zu beschränken:

Art. 3 Bst. a VVEA definiert den Begriff der Siedlungsabfälle. Die ergänzte Ziffer 4 hält fest, dass auch Rückstände aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen darunterfallen. Für die Entsorgung von Siedlungsabfällen sind die Kantone zuständig (Art. 31b USG). Die Regelung von Art. 31b USG i.V.m. Art. 3 Bst. a VVEA legt die Entsorgungspflicht für Siedlungsabfälle in die Hand der Kantone, sie bildet für sich jedoch keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG. Sofern die Kantone innerhalb ihrer Kompetenzen Vorschriften zur Entsorgung von Siedlungsabfall erlassen, ist zu prüfen, ob und inwieweit diese Regulierungen den Wettbewerb ausschliessen. Das Kartellgesetz ist anwendbar, sofern Raum für Wettbewerb bleibt.

Begründung

2.1 Grundlagen zum Kartellgesetz

12. Dem Kartellgesetz sind gemäss Art. 3 Abs. 1 KG¹³ Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts restriktiv anzuwenden. Ein Ausschluss von Wettbewerb ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt. Das Kartellgesetz bleibt anwendbar, sofern Raum für Wettbewerb bleibt.¹⁴

2.2 Auswirkungen der Revision auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

13. Kapitel 6 des erläuternden Berichts ist unklar, fehlerhaft und widersprüchlich formuliert. Der zentrale Fehlschluss liegt darin, dass das kantonale Siedlungsabfallmonopol nach Art. 31b USG mit einer umfassenden vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gleichgesetzt wird.

14. Art. 3 Bst. a VVEA definiert den Begriff der Siedlungsabfälle. Die ergänzte Ziffer 4 hält fest, dass neu auch Rückstände aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen darunterfallen. Gemäss Art. 31b USG i.V.m. Art. 3 Bst. a VVEA sind die Kantone für die Entsorgung der Siedlungsabfälle zuständig.¹⁵ Diese Bestimmung regelt die Entsorgungspflicht, sie bildet jedoch für sich – entgegen der Darstellung im erläuternden Bericht – keine vorbehaltene Vorschrift nach Art. 3 Abs. 1 KG. Sie schliesst den Wettbewerb für Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Entsorgung von Siedlungsabfall nicht umfassend aus.¹⁶ Es liegt vielmehr in der Hand der Kantone, ob und in welchem Umfang Wettbewerb zugelassen oder eingeschränkt wird.

15. In der Praxis steht ausser Frage, dass Unternehmen, die im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfall tätig sind (z.B. Transportunternehmen), grundsätzlich im Wettbewerb zueinanderstehen und in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen. Beispielsweise haben sich Unternehmen, die an einer Ausschreibung des Gemeinwesens für die Sammlung und die Beförderung von Siedlungsabfall teilnehmen, uneingeschränkt an das Kartellrecht zu halten. Dies bestätigte die WEKO im Jahr 2024, als sie Abreden zwischen mehreren Unternehmen, die ihre Angebote bei der Vergabe von Transportdienstleistungen für Abfälle (darunter auch Siedlungsabfälle) koordiniert hatten, als unzulässig beurteilte.¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass Unternehmen auf allen Entsorgungsstufen von der Sammlung bis zur Verwertung oder Ablagerung grundsätzlich dem Kartellgesetz unterstehen, selbst wenn es um die Entsorgung von Siedlungsabfall geht.

16. Erlassen die Kantone innerhalb ihrer Kompetenzen Vorschriften zur Entsorgung von Siedlungsabfall, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob und in welchem Umfang dadurch der Wettbewerb eingeschränkt wird. Die zukünftige Praxis im Bereich der Entsorgung von Rückständen aus Siedlungsabfällen wird zeigen, welche

¹² Die Schweizer KVA verbrannten im Jahr 2023 insgesamt 3,921 Mio. Tonnen Abfälle, wovon 2,891 Mio. Tonnen Siedlungsabfälle aus der Schweiz und aus Liechtenstein waren (Vgl. BAFU, Abfallmengen und Recycling 2023 im Überblick, www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/daten.html [19.8.2025]).

¹³ Technische Verordnung vom 10.12.1990 über Abfälle (TVA; SR 814.600).

¹⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁵ BGE 141 II 66 E. 2.2.3.

¹⁶ Falls für gewisse Rückstände aus der Verbrennung eine Rückgewinnungspflicht besteht, wäre zudem zu prüfen, ob diese nach Art. 31c USG zu entsorgen sind (Art. 31b Abs. 1 Satz 2 USG).

¹⁷ Art. 3 Bst. a Ziff. 4 VVEA ist eine reine Begriffsdefinition. Damit wird zwar das Siedlungsabfallmonopol ausgedehnt, aber keine wettbewerbsausschliessende Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG erlassen. Entsprechend ergeben die Ausführungen auf Seite 19 des erläuternden Berichts keinen Sinn.

Auswirkungen die geplante Ausdehnung des kantonalen Siedlungsabfallmonopols auf den Wettbewerb hat. Die Folgen hängen wesentlich von den konkreten kantonalen Regulierungen ab und müssen einzelfallweise beurteilt werden.

2.3 Auswirkungen der Revision auf die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes

17. Das Binnenmarktgesetz verpflichtet Kantone und Gemeinden, bei der Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private eine öffentliche und diskriminierungsfreie Ausschreibung durchzuführen (Art. 2 Abs. 7 BGBM¹⁸). Die Ausschreibungspflicht gilt insbesondere für rechtliche und faktische Monopole.¹⁹ Weiter bezieht sich der binnenmarktrechtliche Monopolbegriff auch auf geschlossene Märkte, wobei die Zahl der Anbietenden durch Rechtssatz oder aufgrund der beschränkt verfügbaren öffentlichen Sachen eingeschränkt ist.²¹

18. Das Siedlungsabfallmonopol stellt ein durch die Kantone verwaltetes rechtliches Monopol dar und unterliegt dieser binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht. Wird das Siedlungsabfallmonopol auf Rückstände aus der Behandlung von Siedlungsabfällen ausgedehnt und sollen Private mit der Entsorgung solcher Rückstände betraut werden, haben die Kantone die Ausschreibungspflicht zu beachten. Eine direkte Zuweisung der Rückstände an ein oder mehrere Unternehmen würde den Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM widersprechen und wäre unzulässig. Dies gilt namentlich auch für die Zuweisung von Hydroxidschlamm an die SwissZinc AG. In einem solchen Fall ist ein den Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM entsprechendes Ausschreibungsverfahren durchzuführen, an dem auch weitere Unternehmen teilnehmen können, wie beispielsweise solche, die Hydroxidschlamm an Verwertungsgesellschaften im Ausland exportieren.²²

2.4 Ergebnis

19. Kapitel 6 enthält falsche Ausführungen und ist daher zu streichen. Ausführungen zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sind aktuell nur beschränkt möglich und tragen deshalb kaum zur Rechtssicherheit der Unternehmen bei. Um Klarheit in einem spezifischen Fall zu schaffen, bedarf es einer Einzelfallbeurteilung, die beispielsweise in Form eines Widerspruchsverfahrens oder einer Beratung bei den Wettbewerbsbehörden erfolgen kann. Sofern Ausführungen zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im erläuternden Bericht dennoch erwünscht sind, wird auf den Eventualantrag verwiesen.

¹⁸ RPW 2025/1, 108 ff., *Transport de marchandises et déchets en Valais*.

¹⁹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

²⁰ BGE 143 II 598 E. 4.1.1; BGE 145 II 303 E. 6; BGer 2C_335/2019 vom 17.8.2020 E. 6.2.

²¹ BGer 2C_983/2022 vom 5.6.2024 E. 4.2. Weitergehend zu Art. 2 Abs. 7 BGBM: Nicolas Diebold, Ausschreibung des Zugangs zu geschlossenen Märkten der Kantone, Schweizerische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht 2/2025, 85.

²² Der Export von Hydroxidschlamm ist zulässig (vgl. Art. 17 der Verordnung vom 22.6.2005 über den Verkehr mit Abfällen [VeVA; SR 814.610]).

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3	1. Urteil vom 6. Oktober 2025 Ford Credit (Switzerland) GmbH gegen WEKO – Untersuchung betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede

Urteil B-4024/2021 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Oktober 2025 in Sachen Ford Credit (Switzerland) GmbH, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (Verfügung vom 10. Mai 2021).

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	1157	12. Grundlagen zu Art. 4 Abs. 1 KG	1179
1. Prozessvoraussetzungen	1163	12.1 Allgemeines	1179
2. Streitgegenstand	1164	12.2 Informationsaustausch	1180
3. Zweck und Geltungsbereich des Kartellgesetzes	1164	12.3 Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG	1181
4. Vorbehaltene Vorschriften	1164	12.4 Notwendigkeit einer Schadens- theorie?	1183
5. Anträge betr. Schriftenwechsel und Durchführung einer Verhandlung, betr. Geschäftsgeheimnisse und betr. Erlass eines Teilentscheides	1164	12.5 Fazit für die weitere Prüfung	1183
6. Beweisanträge	1166	13. Abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG hinsichtlich Informationsaustausche zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren	1183
7. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens	1167	13.1 Abgestimmte Verhaltensweise	1183
8. Grundlagen zum (Automobil)-Leasing	1170	13.1.1 Abstimmung	1183
9. Im Bereich Automobilleasing tätige Unternehmen	1172	13.1.2 Marktverhalten bzw. Abstimmungserfolg	1197
10. Aufgrund der Vorakten erwiesener Sachverhalt	1173	13.1.3 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten	1202
10.1 Captive Meetings	1173	13.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	1204
10.2 An den Captive-Meetings ausgetauschte Informationen	1174	13.3 Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen	1208
10.3 Monatlicher Austausch über Standard- und Sonderzinssätze	1177	13.3.1 Allgemeines	1208
10.4 Halbjährlicher Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten	1177	13.3.2 Vorbringen der Parteien	1209
10.5 Weiterer bi- oder multilateraler Informationsaustausch	1177	13.3.3 Marktabgrenzung	1211
10.6 Fazit zum erwiesenen Sachverhalt	1178	13.3.4 Marktverhältnisse	1215
11. Aufbau der materiellen Prüfung	1179	13.3.5 Beweisantrag, Beweispflicht und weitere Untersuchungshandlungen	1216
		13.4 Fazit	1217
		14. Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG hinsichtlich Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung	1217
		15. Unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG	1219
		15.1 Allgemeines	1219

15.2	Horizontale Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	1219
15.3	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	1224
15.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	1225
15.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	1225
15.6	Fazit	1226
16.	Massnahmen	1226
17.	Sanktionierung	1227
18.	Sanktionsbemessung	1227
18.1	Allgemeines	1227
18.2	Basisbetrag	1228
18.3	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	1233
18.4	Berücksichtigung der Dauer des Verstosses	1236
18.5	Erschwerende Umstände	1236
18.6	Mildernde Umstände	1236
18.7	Konkreter Sanktionsbetrag und Verzicht auf eine reformatio in peius	1239
18.8	Maximalsanktion	1239
18.9	Verhältnismässigkeitsprüfung	1239
19.	Verfahrenskosten vor der Vorinstanz	1240
20.	Fazit	1241
21.	Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht	1242

Sachverhalt:

A.

A.a Am 27. November 2013 erstattete Mercedes-Benz Financial Services Schweiz AG (nachfolgend: MBFS) eine Selbstanzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat).

A.b Da aufgrund dieser Selbstanzeige Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG insbesondere im Bereich des Leasings von Fahrzeugen vorlagen, eröffnete das Sekretariat am 10. März 2014 gegen nachfolgende Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. Importeuren (sog. Captives) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251):

- AMAG Leasing AG (nachfolgend: AMAG Leasing),
- BMW Finanzdienstleistungen (Schweiz) AG (nachfolgend: BMW Finanzdienstleistungen)
- CA Auto Finance Suisse SA (nachfolgend: CA Auto Finance, vormals FCA Capital Suisse SA; zuvor Fidis Finance [Suisse] SA),

- Ford Credit (Switzerland) GmbH (nachfolgend: Ford Credit),
- Opel Finance SA (nachfolgend: Opel Finance; vormals GMAC Suisse SA und GMFS),
- MBFS,
- Multilease AG (nachfolgend: Multilease),
- PSA Finance Suisse SA (nachfolgend: PFSU),
- RCI Finance SA (nachfolgend: RCI).

Gegenstand der Untersuchung bildete die Frage, ob diese neun Captives im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht hatten und ob mit diesem Informationsaustausch eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG getroffen wurde.

A.c In der Folge wurden am 11. und 12. März 2014 bei acht der oben genannten Leasing- und Finanzierungs-gesellschaften, unter anderem bei Ford Credit, Hausdurchsuchungen durchgeführt. Anlässlich dieser Hausdurchsuchungen erstatteten auch A._____, B._____ und C._____ Selbstanzeige.

A.d Daraufhin führte das Sekretariat zusätzliche Untersuchungsmassnahmen durch. Insbesondere wurden die Untersuchungsadressatinnen und die auf dem Markt als sogenannte Non-Captives tätigen Leasingunternehmen am 31. August 2015 mittels Fragebogen befragt. Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 und 11. Juli 2017 wurden von den Captives und Non-Captives die erzielten Umsätze im Zeitraum von 2011 bis 2013 erfragt. Der Schweizerische Leasingverband erhielt mit Schreiben vom 14. Februar 2017 einen Fragebogen in Bezug auf Marktdaten und am 24. Februar 2017 wurde ein Fragebogen an Mühlmann Consulting versandt. Das Einzelunternehmen Mühlmann Consulting ist darauf spezialisiert, den Automobilmarkt hinsichtlich Promotions- und Preisaktivitäten einzelner Hersteller zu beobachten und monatlich aus Internet-Recherchen, Werbebeobachtungen und Händlerrecherchen stammende Informationen zu erheben.

B.

B.a Ab dem 22. Februar 2018 nahm das Sekretariat mit allen neun Untersuchungsadressatinnen Gespräche über eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) auf. Bis Ende Dezember 2018 schloss es mit MBFS, AMAG Leasing, BMW Finanzdienstleistungen, RCI, Multilease, Opel Finance, PFSU und CA Auto Finance eine EVR ab. Mit Ford Credit kam keine EVR zustande.

B.b Mit Verfügung vom 26. Juni 2019 (nachfolgend auch: Genehmigungs- verfügung) genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO die EVR. Sie belastete die acht Untersuchungsadressatinnen MBFS, AMAG Leasing, BMW Finanzdienstleistungen, RCI, Multilease, Opel Finance, PFSU und CA Auto Finance wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zwischen Fr. 0.- und Fr. 8'564'064.- und auferlegte ihnen unter solidarischer Haftung je Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 123'809.-.

B.c CA Auto Finance erhob gegen die Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019 Klage und Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Die Klage wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-6759/2019 vom 13. Oktober 2020 ab. Die Beschwerde wurde mit Urteil B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 abgewiesen. Beide Entscheide sind in Rechtskraft erwachsen.

C.

C.a Das Verfahren gegen Ford Credit wurde nach Abbruch der Verhandlungen über eine EVR ordentlich weitergeführt.

C.b Am 1. Dezember 2020 stellte das Sekretariat Ford Credit seinen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu. Darin beantragte es der WEKO, Ford Credit zu untersagen, sich mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Restwerte und Gebühren in einer unzulässigen Weise i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG auszutauschen. Zudem sei Ford Credit wegen Beteiligung an unzulässigen Preisabreden nach Art. 49 Abs. 1 KG mit einem Betrag von Fr. 7'774'777.- zu belasten.

C.c Ford Credit nahm mit Eingabe vom 18. Februar 2021 zum Verfügungsantrag Stellung und beantragte die Einstellung der Untersuchung ohne Konsequenzen und Kostenfolge. Eventualiter sei keine Sanktion auszusprechen. Zudem ersuchte Ford Credit im Sinne eines allgemeinen Beweisantrages, es seien die notwendigen Untersuchungsmassnahmen vorzunehmen.

C.d Am 26. April 2021 fand vor der WEKO die Anhörung von Ford Credit statt.

D.

D.a Mit Verfügung vom 10. Mai 2021 entschied die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) was folgt:

1. Ford Credit (Switzerland) GmbH wird untersagt, sich mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Restwerte, und Gebühren in einer unzulässigen Weise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG auszutauschen.
2. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabreden wird Ford Credit nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag in der Höhe von CHF 7'774'777.- belastet.
3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten von CHF 332'657.-, bestehend aus einer Gebühr von CHF 329'864.- und Auslagen von CHF 2'793.-, werden Ford Credit auferlegt.
5. [...]

D.b Zur Begründung erwog die Vorinstanz, die Captives hätten sich in der Zeit von 2006 bis Januar 2014 im Rahmen sogenannter Captive-Meetings getroffen und dabei zahlreiche Informationen ausgetauscht. Zudem seien auch ausserhalb der Meetings bi- und multilateral regelmässig Informationen per E-Mail ausgetauscht worden. Dieser Austausch habe neben Informationen über Standard- und Sonderzinssätze und an Automessen angewandten Zinssätzen insbesondere auch die Besprechung von Restwerten und Gebühren sowie von

punktuell auftretenden Einzelfragen und Problemen im Geschäftsbereich der Captives umfasst. Ausserdem habe ein monatlicher Informationsaustausch über Standard- und Sonderzinssätze in Form von Tabellen stattgefunden, wobei die darin enthaltenen Informationen einen hohen Detaillierungsgrad ausgewiesen hätten.

D.c Ford Credit sei während des gesamten Untersuchungszeitraumes von 2006 bis Januar 2014 an den Informationsaustauschen mit den anderen Captives beteiligt gewesen. Sie habe von allen Captives sogar am häufigsten an den Meetings teilgenommen und einzelne Informationsaustausche angeregt sowie koordiniert.

D.d In rechtlicher Hinsicht folgte die Vorinstanz, die Informationsaustausche über Zinssätze, Restwerttabellen und Gebühren hätten eine bewusste und gewollte Verhaltensweise von Unternehmen derselben Marktstufe dargestellt, die darauf ausgerichtet gewesen seien, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken, womit der Tatbestand der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sei. Auch eine zwischen Ford Credit und weiteren Captives erfolgte Koordination über Gebühren für die Mehrwertsteuer-Rückerstattung erfülle den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG. Diesbezüglich liege eine Vereinbarung von Unternehmen derselben Marktstufe vor, mit welcher bewusst der Wettbewerb eingeschränkt worden sei.

D.e Aus den Abreden zwischen Ford Credit und den anderen Captives erschliesse sich ein eigentliches Verhaltensmuster, welchem der Entscheid der Captives zugrunde liege, untereinander zu kooperieren und so die Zusammenarbeit an die Stelle von Wettbewerb treten zu lassen. Die abgestimmten Verhaltensweisen und die Vereinbarung seien verbunden gewesen durch einen einheitlichen, fortdauernden Zweck, womit eine Gesamtabrede gegeben sei.

D.f Weiter erwog die Vorinstanz, der von Ford Credit mit den übrigen Captives praktizierte Informationsaustausch sowie die Vereinbarung betreffend Gebühren bei der Mehrwertsteuer-Rückerstattung seien als Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vor, die sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse.

D.g Die Voraussetzungen für die Sanktionierung seien gegeben. Der Basisbetrag sei auf 5% festzulegen. Dies erscheine angemessen, da im Vergleich mit dem Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen, bei welchem es ebenfalls um einen Informationsaustausch über den Preis gegangen und der Basisbetrag auf 7% angesetzt worden sei, vorliegend keine Wettbewerbsbeseitigung gegeben sei. Die Dauer des Verstosses sei sanktionserhöhend zu berücksichtigen (Erhöhung des Basisbetrages um 77.5%). Erschwerende oder mildernde Umstände seien nicht ersichtlich. Basierend darauf resultiere eine Ford Credit zu belastende Sanktion von Fr. 7'774'777.-.

E.

E.a Gegen diese Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2021 erhob Ford Credit (nachfolgend: Beschwerdeführe-

rin) am 8. September 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2021 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2021 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei sei die Vorinstanz anzuweisen, die Untersuchungsmassnahmen gemäss den Beweisanträgen durchzuführen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes.

E.b Zusätzlich stellt die Beschwerdeführerin folgende «Verfahrens- und Beweisanträge»:

1. Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit der Zustellung der vorliegenden Beschwerde und ihrer Ergänzung eine der 30-tägigen Beschwerdefrist entsprechende Frist zur Stellungnahme anzusetzen.
2. Es sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und es sei die Beschwerdeführerin anzuhören.
3. Der Beschwerdeführerin sei das Recht einzuräumen, die in dieser Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese Dritten offengelegt werden.
4. Die mit dieser Beschwerde offerierten Urkunden seien zu den Akten zu nehmen.
5. Es seien folgende Untersuchungsmassnahmen durchzuführen:
 - 5.1 Es seien die konkreten Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen, insbesondere, ob zwischen den Captives ein Konkurrenzverhältnis besteht.
 - 5.2 Es sei das Vertriebssystem von Neuwagen zu untersuchen.
 - 5.3 Es sei zu untersuchen, ob sich die Captives aufgrund der ausgetauschten Informationen über künftiges wettbewerbles Verhalten abgestimmt und entsprechend ihr Verhalten angepasst haben.
 - 5.4 Es sei zu untersuchen, ob die ausgetauschten Informationen kausal für das Verhalten von Ford Credit waren.
 - 5.5 Es sei zu untersuchen, ob Ford Credit überhaupt am Austausch über Gebühren beteiligt war.

E.c Mit der Beschwerde reichte die Beschwerdeführerin zudem diverse Beweismittel ein, namentlich ein ökonomisches Parteigutachten von Swiss Economics vom 7. September 2021.

E.d Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, die Untersuchung sei zu Unrecht infolge einer ungerechtfertigten Selbstanzeige von MBFS eröffnet worden. Die Vorinstanz habe ihr gegenüber letztmals vor sechs Jahren konkrete Untersuchungshandlungen vorgenommen und sich nicht bemüht, den Sachverhalt bes-

ser zu verstehen. Die in der angefochtenen Verfügung erhobenen Vorwürfe würden sich nur auf Vermutungen und Spekulationen stützen. Ein solches Vorgehen verletze Bundesrecht. Die Vorinstanz sei ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen.

E.e Zudem missverstehe die Vorinstanz den Markt für Neuwagenleasing. Namentlich seien Captives gar keine Wettbewerber. Und selbst wenn ein Wettbewerbsverhältnis bejaht würde, fehle es an einer abgestimmten Verhaltensweise. Die Beschwerdeführerin habe sich stets unabhängig von den anderen Captives verhalten. Ein Gleichverhalten liege nicht vor. Ebenso wenig sei nachgewiesen, dass die ausgetauschten Informationen wettbewerbswidrig verwendet worden seien bzw. zu einer Verhaltensanpassung geführt hätten. Zudem fehle es an einem Kausalzusammenhang. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang aufgestellten Vermutungen seien rechtswidrig und falsch. Denn die Merkmale des Leasingmarktes liessen gar keine Kollision zu. Nicht-wettbewerbsliche Leasingraten seien aufgrund der hohen Zahl an unterschiedlichen (d.h. asymmetrischen) Captives und Non-Captives ausgeschlossen. Auch seien die Leasingangebote zu unterschiedlich und der Markt zu dynamisch, als dass die Captives Leasingraten bzw. Leasingzinsen hätten koordinieren können. So würden sich die Leasingkosten aus zahlreichen Faktoren zusammensetzen, welche von unterschiedlichen Akteuren auf dem Markt festgelegt bzw. verhandelt würden. Die Höhe der Leasingzinsen sei massgeblich durch die Refinanzierungskosten in Folge des Tiefzinsumfelds bzw. der Finanzkrise bedingt. Die Beschwerdeführerin habe die Leasingzinsen unilateral und kostenbasierend festgelegt.

E.f Weiter bestreitet die Beschwerdeführerin, eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt zu haben. Auch das Vorliegen einer Gesamtabrede sei in der angefochtenen Verfügung fälschlicherweise bejaht worden. Die Beschwerdeführerin habe an den problematischen Austauschen gar nicht teilgenommen.

E.g Ferner verneint die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG. Sie habe keine Preise mit anderen Captives abgestimmt und den «Leasingpreis» gebe es nicht. Vielmehr setze sich die Leasingrate aus einer Vielzahl von Elementen zusammen. Die Voraussetzung der Festsetzung eines bestimmten Preises sei nicht erfüllt. Aus der einschlägigen Rechtsprechung lasse sich ableiten, dass ein eigenständiger Informationsaustausch nicht als harte Kartellabrede zu qualifizieren sei.

E.h Schliesslich wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die ihr auferlegte Sanktion. Sie habe nicht damit rechnen müssen, dass ein eigenständiger Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert werde. Es fehle daher an der Vorwerfbarkeit des Verhaltens. Ausserdem seien die Berechnungen des relevanten Umsatzes, des Basisbetrages sowie der Dauer des Verstosses fehlerhaft. Namentlich die Umsätze mit Occasionsfahrzeugen seien nicht in die Bemessung der Sanktion miteinzubeziehen. Aufgrund der überlangen Verfahrensdauer sei auf das Aussprechen einer Sanktion zu verzichten bzw. die Sanktion zumindest erheblich zu reduzieren.

F.

F.a Am 22. November 2021 liess sich die Vorinstanz vernehmen und beantragt, die Beschwerde sei unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

F.b In ihren Ausführungen weist die Vorinstanz zunächst die Kritik an ihrer Verfahrensführung zurück. Sie habe die Untersuchung unabhängig von den Selbstanzeigen durchgeführt und den Sachverhalt selbstständig ermittelt. Nach dem Eingang der Selbstanzeige von MBFS habe das Sekretariat acht Hausdurchsuchungen, 16 Partei- und zwei Zeugeneinvernahmen sowie weitere Ermittlungsschritte durchgeführt. Diese umfassenden Beweismittel habe sie frei gewürdigt.

F.c Ferner führt die Vorinstanz aus, die beteiligten Captives hätten sich - mit den Captive-Meetings als zentraler Plattform - entschieden, untereinander zu kooperieren und die Zusammenarbeit an die Stelle von Wettbewerb treten zu lassen. Dabei seien nicht nur regelmässig Informationen zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren ausgetauscht worden. Auch bei konkreten Problemen, spezifischen Fragestellungen oder Neuerungen sei der Kontakt zu den Wettbewerbern gesucht worden. Die Captives hätten dadurch regelmässig relevante Marktinformationen ihrer Wettbewerber erhalten und seien damit in die Lage versetzt worden, das Verhalten der übrigen Captives zu antizipieren und ihr eigenes Handeln mit weniger dem Markt inhärenten Unsicherheiten und Risiken festzulegen.

F.d Sodann hält die Vorinstanz daran fest, dass ein tatsächliches Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives bestehe. Der Wettbewerb zwischen Fahrzeugen verschiedener Marken bestehe nicht nur beim (Bar-)Kauf, sondern auch beim Leasing von Personenwagen. Endkunden hätten beim erstmaligen Leasing und nach Ablauf eines laufenden Leasingvertrags die Möglichkeit, zu einem Fahrzeug einer anderen Marke zu wechseln, wobei dann auch die Leasingkonditionen der verschiedenen Captives miteinander im Wettbewerb stünden. Spiegelbildlich zur Situation auf den Produktmärkten für Automobile sei deshalb von einem Konkurrenzverhältnis zwischen den Captives verschiedener Marken auszugehen.

F.e Der über mehrere Jahre aufrechterhaltene umfassende Informationsaustausch sei geeignet gewesen, die Ungewissheit bezüglich des Verhaltens der beteiligten Marktteilnehmer zu beseitigen, womit eine künstliche Markttransparenz erzeugt worden sei, die nicht den natürlichen Bedingungen entsprochen habe. Damit liege eine Abstimmung vor. Soweit die Beschwerdeführerin hinsichtlich des Abstimmungserfolges ein Gleichverhalten der Beteiligten fordere, verkenne sie, dass es für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise gar nicht erforderlich sei, dass sich die Teilnehmenden einer Abrede homogen verhielten. Das Verhalten könne auch heterogen sein. Wesentlich sei, dass das Marktverhalten nicht selbstständig erfolge, sondern aufgrund der Abstimmung die mit dem freien Wettbewerb verbundenen Unsicherheiten und Risiken umgangen würden.

F.f Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin sei auch das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zu

bejahen, zumal das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung die Kausalitätsvermutung auch im Schweizer Kartellrecht für anwendbar erklärt habe.

F.g Es liege eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Hierfür bedürfe es grundsätzlich keines Nachweises tatsächlicher Auswirkungen auf dem Markt. Es genüge, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet sei, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen. Vorliegend hätten die Analysen nach praxisgemässen Kriterien ergeben, dass die ausgetauschten Informationen geeignet gewesen seien, den Wettbewerb zu beschränken. Auch das von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Gutachten zeige nicht auf, dass die Captives aufgrund der ausgetauschten Informationen ihr Verhalten nicht hätten anpassen können. Zudem sei die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten grundsätzlich unerheblich.

F.h Ferner sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin der Begriff der Preisfestsetzung weit auszulegen. Erfasst sei sowohl die direkte als auch die indirekte Festsetzung von Preisen. Entsprechend liege eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vor. Zudem habe das Bundesgericht jüngst in BGE 147 II 72 i.S. Hors Liste Medikamente Pfizer (nachfolgend: Pfizer II) klargestellt, dass auch eine abgestimmte Verhaltensweise ein hartes Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG darstellen könne.

F.i Hinsichtlich der der Beschwerdeführerin auferlegten Sanktion führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin bestreite ein Verschulden zu Unrecht. Sie habe bezüglich der rechtlichen Qualifikation des vorliegend zu beurteilenden Informationsaustauschs keine Praxisänderung vorgenommen. Die Beschwerdeführerin berufe sich in diesem Zusammenhang auch nur auf Entscheide, die erst nach Beginn des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Captives ergangen und somit nicht relevant seien.

F.j Die im Rahmen der Sanktionsbemessung vorgenommene Berechnung des relevanten Umsatzes basiere auf den bereits gegenüber den EVR-Parteien angewendeten Kriterien. Entsprechend habe die Vorinstanz nur die Zinskomponente berücksichtigt und die auf Gebühren und Restwerte basierenden Umsätze nicht miteinbezogen. Bei der Festlegung des Basisbetrages habe sie ihr Ermessen nicht falsch ausgeübt. Entsprechend sei der auf 5% festgelegte Basisbetrag zu bestätigen. Schliesslich führe die Verfahrensdauer - entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin - vorliegend zu keiner Sanktionsmilderung.

G.

G.a Mit Replik vom 4. April 2022 hielt die Beschwerdeführerin an den mit Beschwerde vom 8. September 2021 gestellten Rechtsbegehren und Anträgen fest. Zusätzlich reichte sie ein zweites ökonomisches Gutachten von Swiss Economics vom 1. April 2022 ein.

G.b Mit Duplik vom 20. Juni 2022 beantragte die Vorinstanz unverändert die Abweisung der Beschwerde. Dabei nahm sie aufforderungsgemäss zum Parteigutachten vom 1. April 2022 Stellung. Zudem legte sie auf entsprechendes Ersuchen dar, wie sie das Konzept der Gesamtabrede definiert und begründete, weshalb sie

vorliegend auf dieses zurückgriff. Ebenfalls äusserte sie sich zu den Rügen der Beschwerdeführerin, es fehle an einer konsistenten Schadenstheorie und die Marktabgrenzung sei nicht aus Sicht der Marktgegenseite vorgenommen worden.

H.

H.a Am 9. September 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme sowie eine Ergänzung zum zweiten ökonomischen Gutachten von Swiss Economics, datierend vom 8. September 2022, ein.

H.b Mit Instruktionsverfügung vom 14. September 2022 wurde die Vorinstanz um eine weitere Stellungnahme ersucht und gebeten, sich dabei insbesondere zur ergänzenden ökonomischen Analyse von Swiss Economics vom 8. September 2022 zu äussern sowie auf einzelne Vorbringen der Beschwerdeführerin in deren Stellungnahme vom 9. September 2022 einzugehen. Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz am 14. November 2023 nach.

H.c Mit Eingabe vom 27. Februar 2023 äusserte sich die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 14. November 2023. Gleichzeitig teilte sie auf entsprechendes Ersuchen mit, an ihrem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung festzuhalten.

H.d Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 22. März 2023 auf eine weitere Stellungnahme.

I.

I.a Am 5. Juni 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-4596/2019 die Beschwerde von CA Auto Finance gegen die Genehmigungsverfügung der Vorinstanz vom 26. Juni 2019 ab. Das Urteil blieb unangefochten und erwuchs in Rechtskraft (s. Bst. I.a oben). In der Folge erhielt die Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 17. Juli 2023 Gelegenheit mitzuteilen, ob sie an ihrer Beschwerde festhalte. Zudem wurde sie aufgefordert, die vollständigen Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2011 bis 2013 einzureichen sowie anzugeben und zu belegen, welche Umsätze sie aus den in Rechnung gestellten Leasingraten erwirtschaftet hat und welcher Anteil dieses Umsatzes auf Zinszahlungen und welcher Anteil auf Amortisationszahlungen entfallen ist. Ferner wurde sie ersucht, anzugeben und zu belegen, welchen Umsatz sie mit den Gebühren aus den Leasingverträgen erwirtschaftet hat. Die Vorinstanz ihrerseits wurde gebeten, vier in den Vorakten fehlende Aktenstücke nachzureichen.

I.b Mit Eingabe vom 19. Juli 2023 gingen die gewünschten Aktenstücke der Vorinstanz ein.

I.c Die Beschwerdeführerin stellte am 13. September 2023 ein Ausstandsbegehren gegen die Instruktionsrichterin des vorliegenden Verfahrens, welches das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid B-4919/2023 vom 5. Oktober 2023 abwies.

I.d Mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 teilte die Beschwerdeführerin bezugnehmend auf die Instruktionsverfügung vom 17. Juli 2023 mit, dass sie an ihrer Beschwerde festhalte. Zudem reichte sie die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2011 bis 2013 zu den Akten. Ferner gab sie an, aus den Vertragsgebühren einen

Umsatz von Fr. [...] erwirtschaftet zu haben, wobei dieser Betrag von der Vorinstanz bei der Sanktionsberechnung bereits berücksichtigt worden sei. Die zusätzlich ersuchten Angaben zu den Amortisationsraten lägen ihr nicht vor, da Amortisationsraten in den Erfolgsrechnungen nicht erfasst würden.

I.e Daraufhin wurde die Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 25. Oktober 2023 aufgefordert, weitere Unterlagen und Angaben zu den mit den Vertragsgebühren erwirtschafteten Umsätzen in den Jahren 2011 bis 2013 einzureichen sowie ihren erwirtschafteten Umsatz aus Amortisationsraten der Jahre 2011 bis 2013 nachvollziehbar zu schätzen.

I.f Am 7. November 2023 erhob die Beschwerdeführerin gegen den Zwischenentscheid B-4919/2023 vom 5. Oktober 2023 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

I.g Mit Urteil 2C_619/2023 vom 21. Februar 2024 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Der im Zwischenentscheid B-4919/2023 vom 5. Oktober 2023 geltend gemachte Ausstandsgrund sei zu Recht verneint worden.

I.h Daraufhin wurde die Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 5. März 2024 erneut aufgefordert, weitere Unterlagen und Angaben zu den mit den Vertragsgebühren erwirtschafteten Umsätzen in den Jahren 2011 bis 2013 einzureichen sowie ihren erwirtschafteten Umsatz aus Amortisationsraten der Jahre 2011 bis 2013 nachvollziehbar zu schätzen.

I.i Mit Eingabe vom 7. Mai 2024 bezifferte die Beschwerdeführerin die Amortisationsraten für den Zeitraum 2011 bis 2013 basierend auf ihrem Gesamt-Cashflow auf fast Fr. [...]. Gleichzeitig führte sie aus, dass Amortisationsraten gemäss der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) und den anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften kein Umsatz seien. Gleiches ergebe sich auch aus den geprüften Jahresrechnungen der Beschwerdeführerin und der europäischen Praxis. Zudem reichte die Beschwerdeführerin eine Bestätigung ihrer Revisionsstelle und von Swiss Economics ein, wonach der in ihren Erfolgsrechnungen ausgewiesene «Zinsertrag» neben den Zinserträgen auch die Erträge aus Vertragsgebühren enthalte. Damit sei belegt, dass die Vertragsgebühren von Fr. [...] im von ihr gemeldeten Umsatz von Fr. [...] enthalten seien.

I.j Ausserdem beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. Mai 2024, es sei in einem selbständig eröffneten Teilentscheid festzustellen, dass Amortisationszahlungen bei Finanzierungsgesellschaften bzw. Banken kein sanktionsrelevanter Umsatz nach Art. 49 KG i.V.m. Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) seien. Eventualiter sei in einem anfechtbaren Entscheid konkret und in nachvollziehbarer Weise darzulegen, wie das Bundesverwaltungsgericht bei einer Abweisung der Beschwerde die Sanktion berechnen werde. Das Beschwerdeverfahren sei dabei während des Verfahrens zum Erlass eines Teilentscheids sowie während eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens zu sistieren. Eventualiter sei der beantragte Teilentscheid bzw. die beantragte anfechtbare

Verfügung vor einer allfälligen Mitteilung über eine reformatio in peius zu erlassen. Zur Begründung dieser Anträge hält die Beschwerdeführerin fest, es handle sich um eine isolierte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die abschliessend beurteilt werden könne und klar vom Prozessgegenstand abtrennbar sei, ohne dass eine Gefahr widersprüchlicher Entscheide bestehe. Zudem sei der Erlass eines Teilentscheides notwendig, um den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, ein faires Verfahren und die Rechtsweggarantie zu wahren. Ohne Teilentscheid bleibe es der Beschwerdeführerin verwehrt, die Sanktionsberechnung des Bundesverwaltungsgerichts höchsttrichterlich überprüfen zu lassen. Denn bei Androhung einer reformatio in peius sei sie infolge drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung faktisch gezwungen, ihre Beschwerde zurückzuziehen.

I.k Daraufhin wurde die Vorinstanz mit Verfügung vom 22. Mai 2024 ersucht, zu dieser Eingabe der Beschwerdeführerin und den neu gestellten Rechtsbegehren und Verfahrensanhträgen Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde sie gebeten, zu erläutern wie der gemeldete und der Sanktionsberechnung zugrunde gelegte Umsatz plausibilisiert worden sei.

I.l Mit Stellungnahme vom 18. Juni 2024 beantragte die Vorinstanz, die neu gestellten Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen und die neuen Verfahrensanhträge als gegenstandslos abzuschreiben. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilentscheides seien nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei ein solcher auch nicht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, des fairen Verfahrens und der Rechtsweggarantie erforderlich. Ferner zeigte die Vorinstanz auf, wie sie den gemeldeten und der Sanktionsberechnung zugrunde gelegten Umsatz plausibilisiert hatte. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Umsatz von Fr. [...] könne zwar nicht «bis ins letzte Detail» nachvollzogen werden, erscheine jedoch grundsätzlich plausibel. Enthalten seien in diesem gemeldeten Betrag die Zinsumsätze aus dem Neuwagenleasing, dem Gebrauchtwagenleasing und dem Nicht-Ford-Geschäft, nicht hingegen die als «gruppenintern» bezeichneten Umsätze in Höhe Fr. [...] sowie die Umsätze des Mitarbeiterleasings.

I.m Mit ergänzender Stellungnahme vom 3. Juli 2024 räumte die Vorinstanz ein, dass ihr bei der in der Stellungnahme vom 18. Juni 2024 aufgezeigten Plausibilisierung des gemeldeten Umsatzes ein Übertragungsfehler unterlaufen sei. Dieser ändere jedoch nichts an ihren Schlussfolgerungen.

I.n Mit Eingabe vom 2. September 2024 hielt die Beschwerdeführerin an ihren am 7. Mai 2024 gestellten Rechtsbegehren und Verfahrensanhträgen fest.

I.o Das Bundesverwaltungsgericht teilte den Parteien mit Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2024 mit, es bestehe die begründete Möglichkeit, dass das Bundesverwaltungsgericht beabsichtigen werde, das Vorliegen von nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabreden zu bestätigen. Zudem wurde die Beschwerdeführerin daraufhin gewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Betracht ziehe, auch die von der Beschwerdeführerin als «gruppenintern» bezeichneten

Umsätze in die Ermittlung des Basisbetrages miteinzubeziehen, und deshalb erwäge, bei der Sanktionsbemessung teilweise zu Ungunsten der Beschwerdeführerin von der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2021 abzuweichen (sog. reformatio in peius),

I.p Die Beschwerdeführerin beantragte daraufhin mit Eingabe vom 24. Januar 2025, das Beschwerdeverfahren bis zur Publikation der schriftlichen Urteilsbegründung des Bundesgerichts im Verfahren 2C_244/2022 i.S. elektronische Medikamenteninformationen Vifor zu sistieren. Mit Zwischenverfügung vom 4. Februar 2025 wurde das vorliegende Beschwerdeverfahren antragsgemäss sistiert.

I.q Nach Vorliegen der schriftlichen Begründung des Urteils des Bundesgerichts 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 nahm das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren am 23. April 2025 wieder auf und informierte die Beschwerdeführerin darüber, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die beabsichtigte reformatio in peius verzichte. Gleichzeitig erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine abschliessende Stellungnahme einzureichen bzw. mitzuteilen, ob sie die abschliessende Stellungnahme mündlich vorbringen möchte.

I.r Mit Eingabe vom 10. Juni 2025 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie an ihrem Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalte und ihre abschliessende Stellungnahme mündlich vorbringen wolle.

I.s Am 13. August 2025 fand die von der Beschwerdeführerin beantragte mündliche und öffentliche Parteiverhandlung statt.

I.t Mit Zwischenverfügung vom 14. August 2025 wurde den Parteien das Protokoll der öffentlichen Parteiverhandlung zugestellt und Gelegenheit gegeben, allfällige Bemerkungen dazu sowie eine letzte Stellungnahme einzureichen. Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 20. August 2025 auf eine letzte Stellungnahme zur Sache. Ebenso teilte sie mit, keine Anmerkungen zum Protokoll der öffentlichen Parteiverhandlung zu haben. Die Beschwerdeführerin bekräftigte mit abschliessender Stellungnahme vom 11. September 2025, dass es vorliegend an einem (korrespondierenden) Gleichverhalten der Captives fehle, weshalb die bundesgerichtlichen Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt seien.

I.u Am 3. Oktober 2025 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine weitere Stellungnahme ein.

J. Auf die dargelegten und weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin hat als Partei am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Rechtsvertretung hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.4 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Streitgegenstand

2.1 Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung - des Anfechtungsgegenstandes - bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (FLÜCKIGER, in: Waldmann/Krauskopf, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 7 N. 19; MOSER/BESCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., 2022, Rz. 2.8).

2.2 Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptbegehren die vollständige Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind daher die Rechtmässigkeit der Massnahmen, welche die Vorinstanz ihr gegenüber angeordnet hat (Dispositiv-Ziffer 1), sowie die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. 7'774'777.- (Dispositiv-Ziffer 2) und der Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 332'657.- (Dispositiv-Ziffer 4).

3. Zweck und Geltungsbereich des Kartellgesetzes

3.1 Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

3.2 Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das KG beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden (Art. 2 Abs. 2 KG).

3.3 Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG. Die Vorinstanz wirft ihr die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor. Demnach soll sie zusammen mit weiteren Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. -importeuren im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht haben. Das vorgeworfene Verhalten sowie die sich dar-

aus ergebenden Folgen beziehen sich auf die Schweiz. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge unbestritten gegeben.

4. Vorbehaltene Vorschriften

4.1 Dem KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Ebenso 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 dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

4.2 Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind vorliegend unbestritten nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin untersteht zwar dem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1) und als Finanzintermediärin im Sinne des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0) auch der Finanzmarktaufsicht. Diese beiden Erlasse enthalten jedoch keine Bestimmungen, die den Wettbewerb im Bereich Leasing und Fahrzeugfinanzierung ausschliessen würden. Überdies ergeben sich die vorliegenden Wettbewerbswirkungen auch nicht aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, womit auch ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 2 KG nicht zu diskutieren ist.

5. Anträge betr. Schriftenwechsel und Durchführung einer Verhandlung, betr. Geschäftsgeheimnisse und betr. Erlass eines Teilentscheides

5.1 Vernehmlassung und Durchführung einer Verhandlung

5.1.1 Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Beschwerde vom 8. September 2021 (Verfahrensanträge 1 und 2), der Vorinstanz sei gleichzeitig mit der Zustellung der vorliegenden Beschwerde und ihrer Ergänzung eine der 30-tägigen Beschwerdefrist entsprechende Frist zur Stellungnahme anzusetzen. Zudem sei eine Verhandlung durchzuführen, an der die Beschwerdeführerin anzuhören sei (s. Bst. E.b oben).

5.1.2 Das Bundesverwaltungsgericht bringt eine nicht zum vornherein unzulässige oder unbegründete Beschwerde ohne Verzug der Vorinstanz und allfälligen Gegenparteien der Beschwerdeführerin oder anderen Beteiligten zur Kenntnis. Sie setzt ihnen Frist zur Vernehmlassung an (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Das VwVG statuiert keine Ober- oder Untergrenze für die Vernehmlassungsfrist. Das Gebot der Waffengleichheit gebietet es allerdings, die Frist zur Vernehmlassung gleich lang zu bemessen wie die Rechtsmittelfrist (BERIGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 19; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., N 3.39).

5.1.3 Zudem kann die Beschwerdeinstanz die Parteien auf jeder Stufe des Verfahrens zu einem weiteren Schrif-

tenwechsel einladen oder eine mündliche Verhandlung mit ihnen anberaumen (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Die in Art. 57 Abs. 2 VwVG angesprochene Instruktionsverhandlung dient insbesondere der zusätzlichen Sachverhaltsabklärung, der Konfrontation, der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks von den Beteiligten oder der Durchführung von Vergleichsverhandlungen (BERIGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 48). Eine öffentliche Parteiverhandlung wird angeordnet, wenn dies von einer Partei verlangt wird und zivilrechtliche Ansprüche oder - wie vorliegend - strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beurteilen sind (Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG).

5.1.4 Die angefochtene Verfügung vom 10. Mai 2021 wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2021 zugestellt. Aufgrund des Fristenstillstandes nach Art. 22a VwVG endete die 30-tägige Beschwerdefrist erst am 8. September 2021. Das Bundesverwaltungsgericht stellte der Vorinstanz nach Beschwerdeeingang am 13. September 2021 unverzüglich eine Kopie der Beschwerde vom 8. September 2021 zu und forderte sie am 27. September 2021 auf, bis am 27. Oktober 2021 eine Vernehmlassung einzureichen. Die Vernehmlassung ging beim Gericht mit Schreiben vom 25. November 2021 innert einmal erstreckter Frist ein. Auch wenn dem Verfahrensantrag 1 der Beschwerdeführerin nicht vollumfänglich entsprochen wurde, wurde das Gebot der Waffengleichheit jederzeit gewahrt, zumal zwischen Zustellung der Beschwerde und Einreichung der Vernehmlassung nur rund 2,5 Monate lagen. Der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin ist deshalb abzuweisen, soweit er sich nicht als gegenstandslos erweist.

5.1.5 Eine öffentliche Parteiverhandlung wurde - wie von der Beschwerdeführerin beantragt - am 13. August 2025 durchgeführt.

5.2 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

5.2.1 Ferner beantragt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, ihr sei das Recht einzuräumen, die in der Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese Dritten offengelegt würde (Verfahrensantrag 3).

5.2.2 Dieser Antrag bezieht sich auf die ordnungsgemässe Verfahrensführung, welche mit beinhaltet, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Urteile vor der Veröffentlichung in elektronischer Form anonymisiert (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]). Das Bundesverwaltungsgericht wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben. Der Verfahrensantrag wird daher abgewiesen (vgl. in diesem Sinne Urteil des BVerG B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023, Hoch- und Tiefbau Engadin II, E. 11.1 f. m.w.H.).

5.3 Erlass eines Teilentscheides bzw. einer anfechtbaren Zwischenverfügung

5.3.1 Zudem beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. Mai 2024, es sei in einem selbständig eröffneten Teilentscheid festzustellen, dass Amortisationszahlungen bei Finanzierungsgesellschaften bzw. Banken kein sanktionsrelevanter Umsatz nach Art. 49 KG i.V.m. Art. 3 SVKG seien. Eventualiter sei in einem anfechtbaren Entscheid darzulegen, wie das Bundesverwaltungsgericht bei einer Abweisung der Beschwerde die Sanktion berechnen werde. In diesem Zusammenhang verlangte die Beschwerdeführerin, dass das Beschwerdeverfahren während des Verfahrens zum Erlass eines Teilentscheides sowie während eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens zu sistieren sei. Eventualiter sei der beantragte Teilentscheid bzw. die beantragte anfechtbare Verfügung vor einer allfälligen Mitteilung über eine reformatio in peius zu erlassen.

5.3.2 Zur Begründung dieser Begehren führt die Beschwerdeführerin aus, sie befürchte, das Bundesverwaltungsgericht werde die Beschwerde abweisen und wie im Urteil B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance eine Erhöhung der Sanktion prüfen. Die von ihr aufgeworfene Rechtsfrage sei grundsätzlicher Natur und höchststrichterlich noch nicht entschieden. Sie werde sich bei jedem künftigen Leasingverfahren und jedem Unternehmenszusammenschluss unter Beteiligung von Leasinggesellschaften wieder stellen. Es handle sich um eine isolierte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die im Rahmen des gestellten Antrags abschliessend beurteilt werden könne. Da der Streitgegenstand der Sanktionsberechnung klar vom Prozessgegenstand abtrennbar sei, entstehe auch keine Gefahr widersprüchlicher Entscheide. Ein Erlass eines Teilentscheides sei darüber hinaus notwendig, um den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, auf ein faires Verfahren sowie auf die Rechtsweggarantie zu wahren. Sie habe daher ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung dieser Rechtsfrage. Denn ohne Teilentscheid bliebe es ihr verwehrt, die Sanktionsberechnung des Bundesverwaltungsgerichts höchststrichterlich überprüfen zu lassen, zumal sie sich bei der Androhung einer reformatio in peius faktisch gezwungen sähe, die Beschwerde gemäss Art. 62 Abs. 3 VwVG zurückzuziehen. Sie befürchte diesfalls einen nicht wiedergutmachenden Reputationsschaden aufgrund der medialen Berichterstattung sowie eine Überschuldung. Auch aufgrund der langen Verfahrensdauer könne nicht verlangt werden, dass die Beschwerdeführerin diese Rechtsfrage erst im Rahmen einer Beschwerde gegen den Endentscheid durch das Bundesgericht überprüfen lassen könne.

5.3.3 Die Vorinstanz entgegnet, die Voraussetzungen für den beantragten Teilentscheid seien nicht erfüllt. Zudem sei ein Teilentscheid oder ein Vor- bzw. Zwischenentscheid für die Wahrung der Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin auch nicht erforderlich.

5.3.4 Auch wenn weder das VwVG noch das VGG das Institut des Teilentscheids erwähnen bzw. regeln, ergibt sich aus Art. 91 Bst. a BGG, dass das Bundesverwaltungsgericht (als Vorinstanz des Bundesgerichts) einen Entscheid fällen darf, der nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können (BVGE 2019 VI/6 E. 3.1; Teilurteile des BVGer B-5202/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 2, A-2519/2012 vom 21. November 2013 E. 2). Rechtsbegehren sind voneinander unabhängig, wenn diese auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können und wenn ein Teil des gesamten Prozessgegenstands abschliessend beurteilt werden kann, sodass keine Gefahr widersprüchlicher Entscheide entsteht. Das Beschleunigungsgebot und der Grundsatz der Prozessökonomie können dabei für einen Teilentscheid sprechen (BVGE 2019 VI/6; vgl. Teilurteil des BVGer A-592/2016 vom 22. Juni 2017 E. 2.1).

5.3.5 Ein Teilentscheid über die Frage, ob Amortisationszahlungen bei Finanzierungsleasinggesellschaften bzw. Banken sanktionsrelevanter Umsatz nach Art. 49a KG i.V. m. Art. 3 SVKG darstellen oder nicht, hätte nicht zu einem teilweisen Abschluss des vorliegenden Verfahrens geführt. Vielmehr kann das Bundesverwaltungsgericht in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren über diese Frage, welche sich im Zusammenhang mit der Sanktionsbemessung stellt, erst entscheiden, wenn sie den relevanten Sachverhalt festgestellt und den von der Vorinstanz festgestellten Kartellrechtsverstoss mit voller Kognition überprüft hat. Ein Teilentscheid kommt somit bereits deshalb nicht in Betracht.

5.3.6 Einem Begehren auf Erlass einer Feststellungsverfügung - wie dem vorliegenden - kann sodann ohnehin nur entsprochen werden, wenn die gesuchstellende Person hierfür ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweist. Dabei ist der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung subsidiär gegenüber einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung. Eine Feststellungsverfügung ist nur zu treffen, wenn das Interesse daran nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.5; BVGE 2019 I/1 E. 3.3; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 14 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; Urteil des BVGer B-3859/2019 vom 12. Dezember 2023, Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket, E. 26; Seethaler/Portmann, Praxiskommentar VwVG, Art. 52 N. 36).

5.3.7 Ausnahmen vom oben erwähnten Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsverfügung sind denkbar, wenn mit dem vorgängigen Erlass einer Feststellungsverfügung ein aufwändiges Verfahren vermieden werden kann (HÄNER, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N. 20).

5.3.8 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einen Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Sanktionsverfügung gestellt. Sie hat deshalb grundsätzlich kein schutzwürdiges Interesse an einer zusätzlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Verfügung. Zudem liegt - wie die Vorinstanz zutreffend feststellte - keine Konstellation vor, wonach mit der verlangten Feststellungsverfügung ein aufwändiges Verfahren vermieden werden kann. Denn das Bundesverwal-

tungsgericht muss die angefochtene Verfügung vorliegend auch dann in voller Kognition überprüfen, wenn sie die beantragte Feststellungsverfügung erlassen hätte. Etwas anderes hätte nur gegolten, wenn die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde nach Erlass der Feststellungsverfügung vollumfänglich zurückgezogen hätte, was jedoch alleine in ihrer Entscheidungsbefugnis liegt. Ausserdem war das vorliegende Verfahren im Zeitpunkt des Ersuchens der Beschwerdeführerin um Erlass einer Feststellungsverfügung (7. Mai 2014) bereits weit fortgeschritten. Die beantragte Feststellungsverfügung hätte deshalb keine wesentlichen Verfahrensverkürzung zur Folge gehabt.

5.3.9 Der Beschwerdeführerin fehlt es deshalb an einem schutzwürdigen Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung.

5.3.10 Auf das Begehren um Erlass eines Teilentscheids ist folglich nicht einzutreten. Über die Sanktionsbemessung und damit über die Frage, ob Amortisationszahlungen bei Finanzierungsleasinggesellschaften bzw. Banken sanktionsrelevanter Umsatz nach Art. 49 KG i.V.m. Art. 3 SVKG darstellen, ist im Rahmen der Überprüfung der Sanktion im vorliegenden Endentscheid zu befinden (vgl. dazu E. 18 unten). Eine erneute Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hat sich deshalb ebenfalls erübrigt. Der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin wird abgewiesen.

5.3.11 Den Parteien wurde mit Verfügung vom 23. April 2025 mitgeteilt, dass das Gericht auf eine reformatio in peius verzichte. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, eine abschliessende Stellungnahme einzureichen bzw. mitzuteilen, ob sie diese mündlich vorbringen will. Am 13. August 2025 fand die öffentliche Parteiverhandlung - wie bereits erwähnt - statt (vgl. E. 5.1.5). Weitere Vor- bzw. Zwischenentscheide zur Wahrung der Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin sieht das VwVG in diesem Zusammenhang nicht vor. Solche erweisen sich angesichts der Möglichkeit, den Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts mit Beschwerde beim Bundesgericht anzufechten, auch nicht als erforderlich.

5.3.12 Entsprechend ist auch der Eventualantrag auf Erlass einer zusätzlichen anfechtbaren Verfügung, in welcher die vorgesehene Sanktionsberechnung dargelegt wird, abzuweisen.

6. Beweisanträge

6.1 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, die von ihr im Beschwerdeverfahren offerierten Urkunden seien zu den Akten zu nehmen (Verfahrensantrag 4). Zudem seien verschiedene Untersuchungsmassnahmen durchzuführen. Es seien die konkreten Wettbewerbsverhältnisse, namentlich das Bestehen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen den Captives, sowie das Vertriebssystem von Neuwagen zu untersuchen. Ferner sei zu untersuchen, ob sich die Captives aufgrund der ausgetauschten Informationen über künftiges wettbewerblches Verhalten abgestimmt und ihr Verhalten angepasst hätten. Schliesslich sei zu prüfen, ob die ausgetauschten Informationen kausal für das Verhalten der Beschwerdeführerin gewesen seien und ob sie überhaupt am Aus-

tausch über Gebühren beteiligt gewesen sei (Verfahrensanträge 5).

6.2 Die Vorinstanz beantragt die Abweisung der «Verfahrensanträge 5».

6.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). In formeller Hinsicht setzt das Beweisanspruchsrecht gemäss Art. 33 VwVG voraus, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen und dadurch das betreffende Beweismittel «anbieten» (BVGE 2018 IV/5 E. 11.1; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 7, m.w.H.). In materieller Hinsicht muss das angebotene Beweismittel im betreffenden Verfahren zulässig, verfügbar und beweistauglich sein (BVGE 2018 IV/5 E. 11.1; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 12 ff.). Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen (BGE 144 II 194 E. 4.4.2; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 14). Das Gericht ist namentlich dann nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn die zu beweisende Tatsache nicht entscheidungswesentlich ist oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel bereits als bewiesen gelten kann (BGE 130 II 475 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.123c). Diesfalls werden von den Parteien gestellte Beweisansprüche im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen. Das ist zulässig, wenn das Gericht aufgrund bereits erhobener Beweise oder aus anderen Gründen den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und überzeugt ist, seine rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 134 I 148 E. 5.3; 131 I 157 E. 3; 130 II 429 E. 2.1; BVGE 2011/47 E. 2.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.144).

6.4 Über Beweisansprüche ist nicht in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden. Vielmehr sind Beweisansprüche immer nur bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen zu prüfen, wenn die Erwägungen zur Sache anzustellen sind.

6.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat die von der Beschwerdeführerin offerierten Urkunden - im Sinne des Verfahrensantrages 4 - zu den Akten genommen. Mit den weiteren Beweisansprüchen hat die Beschwerdeführerin keine konkreten Beweismittel angeboten. Vielmehr verlangt sie in ganz allgemeiner Weise zu einzelnen Sach- und Rechtsfragen weitere nicht näher konkretisierte Untersuchungshandlungen. Es erscheint daher fraglich, ob die «Verfahrensanträge 5» formgerechte Beweisansprüche darstellen. Wie noch zu zeigen sein wird (s. E. 13.3.5.5 unten), kann dies jedoch letztlich offen gelassen werden, da die Anträge ohnehin abzuweisen sind.

7. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

7.1 Die Beschwerdeführerin bringt zur Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens zahlreiche Rügen vor. So führt sie aus, die Rechtsprechung stelle hohe Anforderungen an die Untersuchungsführung der Wettbewerbsbehörden. Vorliegend sei der Sachverhalt nicht,

unvollständig und falsch abgeklärt worden. Damit habe Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz verletzt und sei ihrer Beweisführungslast nicht nachgekommen. Die Vorinstanz habe sich zu stark von der Selbstanzeige der MBFS leiten lassen. Ausserdem habe sie sich vorrangig darauf konzentriert, die Untersuchungsadressatinnen zu einer EVR zu bewegen. Dabei sei sie bereits bei den EVR-Verhandlungen vom Vorliegen einer Preisabrede überzeugt gewesen. Aufgrund dieser Voreingenommenheit habe sie notwendige Untersuchungshandlungen nicht mehr vorgenommen. Während mehreren Jahren seien der Beschwerdeführerin gegenüber keine konkrete Untersuchungshandlungen vorgenommen worden. Schliesslich sei die Vorinstanz auch an der Anhörung vom 26. Juni 2021 nicht bemüht gewesen, den Sachverhalt besser zu verstehen und weiter zu untersuchen. So seien der Beschwerdeführerin keine (Verständnis-)Fragen gestellt worden.

7.1.1 Ferner rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Markt für Neuwagenleasing nicht ausreichend untersucht. Sie habe es unterlassen, das Vertriebssystem von Neuwagen, die Stellung der Beschwerdeführerin in diesem sowie ihre Einflussmöglichkeiten auf die Wettbewerbsparameter zu untersuchen. Insgesamt missverstehe die Vorinstanz den Markt für Neuwagenleasing und bejahe ohne Abklärungen in unzutreffender Weise ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives. Zudem sei nicht untersucht worden, ob die Captives ihr Wettbewerbsverhalten aufgrund des Informationsaustausches überhaupt abgestimmt hätten und ob der Austausch eine Wirkung auf den Markt gehabt habe, d.h. ob ein Gleichverhalten vorgelegen habe. Sodann habe sie auch den Kausalzusammenhang sowie die effektive Teilnahme der Beschwerdeführerin am Austausch über Gebühren ungeprüft gelassen.

7.1.2 Zudem beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die angefochtene Verfügung die Beweismassanforderungen verletze. Im Kartellrecht gelte grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises. Die Vorinstanz habe aber nicht für jedes Tatbestandsmerkmal aufgrund der erhobenen Beweise geprüft, ob es erfüllt sei und ob andere Interpretationen ausgeschlossen werden könnten. Stattdessen habe sie sich auf Vermutungen und Spekulationen gestützt. Dies treffe namentlich bei der Qualifikation der ausgetauschten Informationen als nicht öffentliche und zukunftsgerichtete Daten zu sowie bei der Feststellung, die geteilten Daten hätten die strategische Unsicherheit bezüglich des zukünftigen Marktverhaltens der anderen Marktteilnehmer reduziert. Ebenfalls nicht mit dem erforderlichen Beweismass nachgewiesen sei, dass die Captives ihr Verhalten gestützt auf den Informationsaustausch angepasst hätten.

7.1.3 Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung stelle wiederholt auf Korrespondenzauszüge ab, die nicht von ihr, sondern von anderen Captives stammten. Diese angeblichen Beweismittel würden darüber hinaus auch nicht im korrekten Kontext wiedergegeben und die Hintergründe seien nicht abgeklärt worden. Die Vorinstanz habe Partei- und Zeugenaussagen sowie weitere Beweismittel nur insoweit beigezogen, als sie der Untermauerung der angeblichen Unzulässigkeit des Informationsaustauschs gedient hätten, namentlich im Zusammenhang mit den Aussagen

von Mühlmann Consulting. Ein solcher selektiver Beizug von Beweismitteln sei unzulässig.

7.1.4 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung missachte den Grundsatz «in dubio pro reo». Insbesondere komme die Vorinstanz zum Schluss, dass zukunftsbezogene und nicht öffentliche Daten ausgetauscht worden seien, obwohl von sämtlichen Captives bestätigt worden sei, dass der Austausch nur aktuelle und öffentliche Daten umfasst habe. Auch der Verzicht auf eine ökonomische Analyse des Gleichverhaltens beim Nachweis des Abstimmungserfolges und des Kausalzusammenhanges stelle eine Verletzung der Unschuldsvermutung dar.

7.2 Die Vorinstanz entgegnet, sie habe die Untersuchung unabhängig von der Selbstanzeige der MBFS und den weiteren Selbstanzeigerinnen durchgeführt und den Sachverhalt selbstständig ermittelt. Die Sachverhaltsdarstellung in der angefochtenen Verfügung basiere auf Dokumenten, welche anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmt und sichergestellt worden seien, auf 16 Partei- und zwei Zeugeneinvernahmen, auf Antworten auf Auskunftersuchen an die Untersuchungsadressatinnen, die Non-Captives und an Mühlmann Consulting sowie auf vier Selbstanzeigen. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes liege nicht vor. Entgegen der Beschwerdeführerin könne auch nicht aus dem Ausbleiben von (Verständnis)-Fragen an der Anhörung auf einen fehlenden Untersuchungswillen geschlossen werden, zumal sich die Beschwerdeführerin an der Anhörung darauf beschränkt habe, weitestgehend das bereits bekannte Argumentarium vorzubringen.

7.2.1 Zu den von der Beschwerdeführerin vermissten Untersuchungshandlungen hält die Vorinstanz fest, dass sie die Marktabgrenzung nach eingehender Analyse und spiegelbildlich zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf den Produktemärkten vorgenommen habe. Da sich die Marktabgrenzung mit gerichtlicher Rechtsprechung untermauern lasse, sei ein zusätzlicher empirischer Nachweis nicht erforderlich. Ferner habe sie auch das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise rechtsgenüglich nachgewiesen.

7.2.2 Ausserdem bestreitet die Vorinstanz, keinen Vollbeweis erbracht zu haben. Sie habe den Informationsaustausch umfassend nachgewiesen und gewürdigt. Die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich fehlender Ermittlungshandlungen bzw. unzureichender Beweisführung gingen mitunter auf ihre unzutreffende Rechtsauffassung zurück, dass ein Gleichverhalten ein notwendiges Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise darstelle. Beim Vorwurf der selektiven Beweismittelwürdigung handle es sich um ein unzutreffendes, generalisiertes Vorbringen. Denn die Beschwerdeführerin nenne als konkretes Beispiel lediglich die Aussagen von Mühlmann Consulting, bei welchen allerdings gute Gründe bestanden hätten, sie als glaubhaft zu qualifizieren.

7.2.3 Schliesslich verneint die Vorinstanz, die Unschuldsvermutung missachtet zu haben. Es sei rechtsgenüglich nachgewiesen, dass die ausgetauschten Informationen teilweise zukunftsbezogen und nicht öffentlich gewesen seien. Zudem setze eine abgestimmte

Verhaltensweise - wie erwähnt - kein Gleichverhalten voraus.

7.3 Im Kartellverwaltungsverfahren und im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG; Urteil des BVGer B-7756/2015 vom 16. August 2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.1.3 m.H.). Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind von der Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind. Dabei 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 (Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.1.3 m.H.).

7.3.1 Die behördliche Untersuchungspflicht wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG; BGE 143 II 425 E. 5.1; 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 7.1; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 185 ff., KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 22 und 88). Zusätzliche Tatsachen, die erst aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin fallrelevant werden, sind von dieser darzulegen und stellen keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz dar (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, Halenstadion, Rz. 17 m.H.).

7.3.2 Die erhobenen Beweismittel sind nach dem Grundsatz der freien Beweismittelwürdigung frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie 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 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Sammelrevers, E. 10.4; Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022, Luftfracht, E. 9.1.2; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 6.2; B-5685/2012, Altimum, E. 4.5.2).

7.3.3 Freie Beweismittelwürdigung bedeutet, dass alle erhobenen Beweismittel über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Einem bestimmten Beweismittel darf nicht vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abgesprochen werden (BGE 130 II 482 E. 3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.140; WALDMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 16). Zudem heisst freie Beweismittelwürdigung auch, dass das Gericht bzw. die Behörde die Überzeugungskraft der erhobenen Beweise von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände prüft und bewertet, ohne dabei an bestimmte starre Regeln gebunden zu sein (BGE 130 II 482 E. 3.2; BVGE 2013/34 E. 6.2; WALDMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 20). Einander widersprechende Beweisaussagen sind unter Berücksichtigung des gesamten Beweismaterials zu würdigen. Die Gründe, weshalb im Ergebnis auf die eine und nicht auf die andere Tatsachendarstellung abgestellt wird, sind anzu-

geben (WALDMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 24)

7.3.4 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, um einen rechtserheblichen Sachumstand als bewiesen erachten zu können. Generell qualifiziert die Praxis den Überzeugungsbeweis als Regelbeweis. Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich einerseits aus dem Gesetz, andererseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine «Beweisnot» besteht. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Davon zu unterscheiden ist die Glaubhaftmachung. Eine Tatsache gilt als glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2 f.; Urteile des BVGer B-710/2014, Luftfracht, E. 9.1.2; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 6.3.1 f.; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, SIX, E. 1217 f.; B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 6.4.4.1 f.; B-7633/2009, ADSL II, E. 155 ff.).

7.3.5 Im Kartellverfahren ist im Allgemeinen der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse erforderlich ist (Urteile B-710/2014, Luftfracht, E. 9.1.3; B-831/2011, SIX, E. 1219; B-771/2012, Cellere, E. 6.4.4.4; B-7633/2009, ADSL II, E. 80). Die Anforderungen an die Beweise dürfen aber bei Abreden - wie im Wettbewerbsrecht generell - nicht zu hoch sein (Urteil des BGer 2C_81/2023 vom 19. Februar 2025, Luftfracht American Airlines, E. 8.3 m.H.). Bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten kann ein Nachweis auf der Grundlage der Gewissheit nicht in ausreichender Weise herbeigeführt werden. Deshalb ist, soweit multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2 und 9.2.3.5; Urteile B-831/2011, SIX, E. 1219; B-771/2012, Cellere, E. 6.4.4.4; B-7633/2009, ADSL II, E. 80). Namentlich die Beurteilung von möglichen Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb gestaltet sich von der Natur der Sache her als komplex, zumal neben der objektiven Datenlage wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung stehen (Urteil 2A.430/2006, Sammelrevers,

E. 10.4; Urteile des BVGer B-710/2014, Luftfracht, E. 9.1.3; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 6.3.2; B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.5).

7.3.6 Dabei kann das erforderliche Beweismass nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf Indizien erbracht werden. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3, m.w.H.; Urteile B-710/2014, Luftfracht, E. 9.1.4; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 6.3.3; B-807/2012, Erne, E. 8.4.4.6; Entscheid der REKO/WEF FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, Betosan AG et al. [veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.]).

7.3.7 Die von der Beschwerdeführerin angerufene Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Danach gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Das heisst, dass jedermann als unschuldig behandelt werden muss, bis das zuständige Gericht seine strafrechtliche Schuld aufgrund eines fairen Verfahrens in rechtskonformer Weise nachgewiesen und festgestellt hat. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.5.1). 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 (Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granello, E. 6.3 und B-581/2012, Nikon, E. 5.5.2 f.). Als Beweismassregel folgt daraus, dass das Gericht eine Tatsache nur als gegeben betrachten 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; vgl. zum Ganzen Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.5.3).

7.3.8 Die Unschuldsvermutung erstreckt sich grundsätzlich auch auf Verfahren nach Art. 49a KG, denn Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen haben nach bundesgerichtlicher Diktion strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.1; 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.5.3). 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 keine absolute Geltung beanspruchen, sondern in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung mitzuberücksichtigen sind (BGE 140 II 384, 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 B-

829/2012, Granella, E. 6.3; B-581/2012, Nikon, E. 8.1.1 und B-7633/2009, ADSL II, E. 651). Es ist im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden (Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.5.3).

7.4 Vorliegend haben die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der Beweispflicht, des erforderlichen Beweismasses und der Unschuldsvermutung einen engen Bezug zur rechtlichen Würdigung des ihr vorgeworfenen Verhaltens. So gehen die Rügen weitestgehend auf eine andere Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin zurück. Deshalb werden die einzelnen formellen Rügen im Rahmen der materiellen Beurteilung in den nachfolgenden Erwägungen geprüft (vgl. in diesem Sinne bereits BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 1.1.2; Urteile des BVGer B-7920/2015 vom 16. August 2022 i.S. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.1.6; B-581/2012, Nikon, E. 5.5; B-771/2012, Cellere, E. 5.3; B-831/2011, SIX, E. 206).

7.5 Bereits an dieser Stelle ist allerdings festzuhalten, dass die Vorinstanz mit den Hausdurchsuchungen bei acht Untersuchungsadressatinnen bzw. den dabei beschlagnahmten Dokumenten, den Selbstanzeigen und den mit diesen eingereichten Beweismitteln, den Stellungnahmen auf Fragebögen und den Einvernahmen grundsätzlich umfangreiche Beweismassnahmen vorgenommen hat. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe sich vorrangig durch die Selbstanzeige leiten lassen und den Sachverhalt nicht eigenständig ermittelt, lässt sich deshalb nicht erhärten. Aus der angefochtenen Verfügung und den Verfahrensunterlagen ergibt sich ebenso nicht, dass die Vorinstanz von der Untersuchungsmaxime abgewichen wäre oder hinsichtlich Beweisgrad nicht die in E. 7.3.5 oben dargelegten Grundsätze als massgebend betrachtet hätte. Zudem ist weder eine Voreingenommenheit noch ein fehlender Untersuchungswille der Vorinstanz erkennbar. Letzterer ergibt sich auch nicht aus dem Ausbleiben von (Verständnis-)Fragen an der Anhörung, zumal sich die Beschwerdeführerin darauf beschränkte, bereits vorher bei der Vorinstanz geltend gemachte Argumente vorzutragen.

8. Grundlagen zum (Automobil-)Leasing

8.1 Wie bereits erwähnt, rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz missverstehe den Markt für Neuwagenleasing. Bei einem Leasinggeschäft kämen zwischen Leasingnehmer, Leasinggeberin und Händler je separate Rechtsgeschäfte zustande. Die Leasinggeberin erwerbe auf eigene Kosten gemäss den Anweisungen des Leasingnehmers den zu finanzierenden Neuwagen beim Händler. Die Leasinggeberin habe keinen Einfluss auf die Interaktionen zwischen dem Leasingnehmer und dem jeweiligen Händler, wenn über das konkrete Kaufobjekt verhandelt und der Nettopreis sowie der konkrete Restwert vereinbart werde. Zudem sei bei der Leasingrate zwischen der Zins- und Amortisationskomponente zu unterscheiden. Die Auswirkungen des Leasingzinses auf die Leasingrate seien vernachlässigbar. Entscheidend sei die Amortisationskomponente. Über den für die Bestimmung der Amortisationskomponente relevanten konkreten Restwert entscheide jedoch nicht die Leasinggeberin, sondern der Händler. Folglich entschei-

de indirekt der Händler - und nicht die Captive - über die Leasingrate des Leasingnehmers.

8.2 Nachfolgend sind deshalb zunächst die Grundlagen des (Auto-mobil-)Leasings (s. E. 8.3 sogleich) sowie die im Automobileasing tätigen Unternehmen (s. E. 9 unten) darzustellen.

8.3 Der Begriff «Leasing» stammt vom englischen Wort to lease (überlassen, vermieten; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, Rz. 3720). Das Leasing war zunächst eine Idee der Absatzförderung. Einige Hersteller begannen damit, ihre Produkte nicht nur zu verkaufen, sondern auch zu vermieten (Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2017, S. 459). Die wirtschaftliche Funktion des Leasinggeschäfts ist namentlich in der Möglichkeit zu sehen, ein individualisiertes, wirtschaftliches Gut zu gebrauchen und zu nutzen, ohne sofort einen grossen Geldbetrag zum Erwerb desselben einsetzen zu müssen (Cornelia Stengel, Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, Kredit und Leasing, Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten, Diss. 2014, Rz. 194; zur wirtschaftlichen Funktion des Leasings vgl. auch Thomas W. Merrill, The Economics of Leasing, Journal of Legal Analysis, 2020, Volume 12, S. 221-272).

8.4 Ein Leasingvertrag liegt - wie die Parteien zutreffend festhalten (Rz. 71 der angefochtenen Verfügung; Rz. 24 der Beschwerde) - vor, wenn die Leasinggeberin dem Leasingnehmer gegen ein in Teilbeträgen zu bezahlendes Entgelt eine bewegliche oder unbewegliche Sache (Leasingobjekt) zur freien Nutzung und Verwendung für einen bestimmten Zeitraum überlässt. Dabei trägt der Leasingnehmer die Gefahr und hat für die Erhaltung aufzukommen hat. Das formale Eigentum verbleibt bei der Leasinggeberin (Urteil des BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 4.1; Amstutz/Morin, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2019, Einl. vor Art. 184 ff. N. 59; CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3722; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2021, Rz. 2527).

8.5 Das in Teilbeträgen zu bezahlende Entgelt für die Gebrauchsüberlassung eines Leasingobjektes wird umgangssprachlich und in der Literatur entweder als Leasingzins (im weiteren Sinn) oder als Leasingrate bezeichnet. Im vorliegenden Urteil wird hierfür nachfolgend nur noch der Begriff Leasingrate verwendet. Der Begriff Leasingzins wird ausschliesslich im engeren Sinn für den Preis für die Zurverfügungstellung des notwendigen Kapitals gebraucht.

8.6 Der Leasingvertrag kommt in verschiedenen Formen vor (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023, Automobileasing CA Auto Finance, E. 4.1.3 ff.). Beim direkten Leasing, dem sog. Hersteller- oder Händlerleasing, finanziert der Hersteller oder Lieferant das Leasing, womit er selber die Rolle des Leasinggebers übernimmt. Es handelt sich um ein Zweiparteiengeschäft (Huguenin, a.a.O., Rz. 3729; Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl. 2021, Rz. 1308). Beim indirekten Leasing besteht dagegen ein Dreipersonenverhältnis (SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., Rz. 2528; HONSELL, a.a.O., S. 462). Der Kunde

bzw. Leasingnehmer wählt bei einem Händler bzw. Lieferanten (Dritter) das Leasingobjekt aus (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3730). Ergibt sich, dass der Kunde den Gegenstand nicht kaufen, sondern leasen will, so wird eine Leasinggesellschaft eingeschaltet, die in aller Regel bereits in laufendem Geschäftskontakt mit dem Verkäufer steht (HONSELL, a.a.O., S. 462). Zwischen dem Kunden und der Finanzierungsgesellschaft wird ein Leasingvertrag über das Leasingobjekt abgeschlossen, wonach die Finanzierungsgesellschaft das Leasingobjekt dem Kunden gegen Entgelt zum Gebrauch überlässt (vgl. HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3730). Die Leasinggeberin erwirbt daraufhin das vom Leasingnehmer gewählte Leasingobjekt gemäss den Anweisungen des Leasingnehmers beim Händler bzw. Lieferanten (Dritter; STENGEL, a.a.O., Rz. 192). Dieser Erwerb des Leasingobjektes durch die Leasinggesellschaft ist nicht Teil des Leasingvertrages zwischen der Leasinggesellschaft und dem Leasingnehmer, sondern ein eigener Vertrag zwischen Leasinggesellschaft und Händler bzw. Lieferant (PETER SCHATZ, Das Leasing von Automobilen, AJP 2006, S. 1042 ff., S. 1042). Der Erwerbsvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Händler ist mit dem eigentlichen Leasingvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Leasingnehmer jedoch gekoppelt, da die Leasinggeberin das Eigentum am bezeichneten Leasingobjekt einzig deshalb erwirbt, um dem Leasingnehmer - in Erfüllung ihrer leasingvertraglichen Verpflichtung - den vollen Nutzen und Gebrauch daran zu ermöglichen (STENGEL, a.a.O., Rz. 192). Die Übergabe des Leasingobjektes erfolgt in der Regel direkt vom Händler bzw. Lieferanten an den Kunden.

8.7 Der Begriff «Leasingvertrag» bezeichnet somit nur den Vertrag zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer, während das gesamte Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeberin, Leasingnehmer und Händler bzw. Lieferant als «Leasinggeschäft» oder «Leasing» bezeichnet wird. Das Leasinggeschäft umfasst die gesamte Transaktion - von der Auswahl und dem Kauf des Leasingobjektes und dessen Auslieferung an den Leasingnehmer bis zur Beendigung des Leasingvertrags (STENGEL, a.a.O., Rz. 193).

8.8 Beim Automobileasing besteht - was von den Parteien unbestritten ist (Rz. 72 der angefochtenen Verfügung; Rz. 25 der Beschwerde) - in der Regel ein solches Dreipersonenverhältnis. Dieses kann grafisch wie folgt dargestellt werden:

8.9 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend betont, setzt sich die beim Automobileasing vom Leasingnehmer zu entrichtende monatliche Leasingrate für die Nutzung des Fahrzeuges während der Leasingdauer aus einer Amortisations- und einer Zinskomponente zusammen. Die Berechnung dieser Elemente lässt sich (leicht vereinfacht) wie folgt darstellen (vgl. AMAG Leasing, Endlich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 12; www.amag-group.blog/wp-content/uploads/2019/01/AMAG_Leasing_Guide_148x210mm_4f_d_low.pdf [zuletzt abgerufen: 27.08.2025]; vgl. zum Ganzen: Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 4.1.9 ff.; Rz. 76 f. der angefochtenen Verfügung):

8.10 Mit den Zinskosten wird die Zurverfügungstellung des notwendigen Kapitals durch die Leasinggeberin

entschädigt. Mit der Amortisation wird die Wertverminderung abgegolten, die das Fahrzeug während des Leasings erfährt. Die Höhe der Amortisation ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Nettopreis des Fahrzeuges und dem Restwert des Fahrzeuges bei Ablauf der Leasingdauer.

8.11 Der Nettopreis wird vom Leasingnehmer für das konkrete Fahrzeug mit dem Fahrzeughändler ausgehandelt. Der Restwert stellt ein kalkulatorischer Wert dar. Er ist abhängig von der Leasingdauer und damit vom Alter des Autos bei Ablauf der Vertragsdauer sowie von der vertraglich vereinbarten Kilometerleistung.

8.12 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, wird der konkrete Restwert im jeweiligen Einzelfall vom Händler bestimmt. Dabei sind die Händler allerdings nicht völlig frei. Sie können sich bei der Festlegung des konkreten Restwertes nur innerhalb der von der Leasinggeberin vorgegebenen Bandbreite bewegen und haben deren Vorgaben für die Restwerte zu beachten. B._____ beispielsweise hatte eine Arbeitsanweisung erlassen, wonach die von B._____ empfohlenen Restwerte von den Händlern nicht um mehr als 10% unter- oder überschritten werden dürfen (vgl. Vorinstanz, act. 1211 Rz. 17 und Beilage 62a). Denn die Verantwortung einer korrekten Vertragsgestaltung gemäss Art. 11 KKG und einer korrekten Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 29 KKG obliegt den Leasinggeberinnen. Eine korrekte Kreditfähigkeitsprüfung bedingt, dass kein überhöhter Restwert festgelegt wird, zumal dies zu tieferen monatlichen Leasingraten führen würde, was die Kreditfähigkeitsprüfung verfälscht oder gar aushebelt. Dagegen ist ein zu niedrig festgesetzter Restwert aufgrund der daraus resultierenden unangemessen hohen monatlichen Leasingkosten für potentielle Leasingnehmer regelmässig wirtschaftlich uninteressant und wird deshalb - sofern tatsächlich Wettbewerb herrscht - auch für die Händler und Leasinggeberinnen kaum in Frage kommen. Ohne Wettbewerbsdruck wären die Leasinggeberinnen allerdings grundsätzlich eher an einem tiefen Restwert interessiert, da sie bei Vertragsende das Verwertungsrisiko für das Leasingobjekt tragen. In der Regel besteht jedoch zwischen der Leasinggeberin und dem Händler eine separate Vereinbarung, wonach sich der Händler verpflichtet, das Fahrzeug nach Ablauf des Leasingvertrages zu übernehmen bzw. zurückzukaufen. Damit wird das Verwertungsrisiko faktisch meist den Händlern überbunden.

8.13 Der Finanzierungsbetrag des Leasingfahrzeuges kann durch eine Anzahlung bzw. eine sog. «erste grosse Leasingrate» reduziert werden. Die Anzahlung wird vom Nettopreis in Abzug gebracht, womit die monatliche Leasingrate kleiner wird, da die Leasinggesellschaft weniger Geld zur Verfügung stellen muss (vgl. AMAG Leasing, Endlich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 12).

8.14 Nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Leasingdauer ist das Fahrzeug zurückzugeben (Rz. 81 der angefochtenen Verfügung; Rz. 59 der Beschwerde). Ein allfälliges Anschlussleasing wird von der Beschwerdeführerin als separates Rechtsgeschäft behandelt (Rz. 59 der Beschwerde). Die Rückgabe des Fahrzeuges erfolgt an den Fahrzeughändler bzw. an die von der Leasing-

geberin bezeichnete Garage. Es wird ein Rückgabeprotokoll erstellt. Der Leasingnehmer hat eine allfällige übermässige Abnutzung des Fahrzeuges (Überschreiten der vereinbarten Kilometerzahl, Schäden, etc.) finanziell auszugleichen (vgl. beispielhaft AMAG Leasing, Endlich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 11; CA Auto Finance, Allgemeine Vertragsbedingungen [AVB] Typ Leasing [Version 2023_1], Rn. N, www.ca-autofinance.ch/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/AVB_Leasing_2023_1.pdf [zuletzt abgerufen: 27.08.2025]).

8.15 Ferner zu beachten ist, dass Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen, die bei vorzeitiger Auflösung eine Erhöhung der vereinbarten Leasingraten vorsehen, als Konsumkreditverträge gelten (Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG). Auf solche Leasingverträge und damit auch auf einen namhaften Teil der Automobilleasingverträge findet das KKG in eingeschränkter Form Anwendung (Art. 8 Abs. 1 KKG). Art. 8 Abs. 1 KKG listet die anwendbaren Bestimmungen auf. Demnach gelten für Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG zahlreiche zwingende Bestimmungen hinsichtlich Formvorschriften, Mindestinhalt des Vertrages, Notwendigkeit einer Restwerttabelle, etc. (vgl. insbesondere Art. 11 KKG). Nicht unterstellt sind dem KKG Verträge über Kredite und Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG von weniger als 500 Franken oder mehr als 80'000 Franken (Art. 7 Abs. 1 Bst. e KKG; Urteil des BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 5.2; HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3744c) sowie Verträge, bei denen das Leasingobjekt dem geschäftlichen Gebrauch des Leasingnehmers dient.

8.16 Bei Leasingverträgen über Fahrzeuge, die in den Geltungsbereich des KKG fallen, kann der Leasingnehmer den Leasingvertrag vorzeitig kündigen, wobei das KKG eine Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer vorsieht (Art. 17 Abs. 3 KKG). Bei einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages muss die Leasingnehmerin der Leasinggeberin die Differenz zwischen dem aktuellen Buchwert des Fahrzeuges und der bereits geleisteten Amortisation entschädigen. Hierzu muss der Leasingvertrag eine nach anerkannten Grundsätzen erstellte Tabelle enthalten, aus der hervorgeht, was der Leasingnehmer bei einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrags zusätzlich zu den bereits entrichteten Leasingraten zu bezahlen hat und welchen Restwert die Leasingsache zu diesem Zeitpunkt hat (Art. 11 Abs. 2 Bst. g KKG; sog. Auflösetabelle).

8.17 Diese Auflösetabellen werden durch die Leasinggeberin definiert (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 4.1.16 ff., Rz. 83 ff. der angefochtenen Verfügung). Bei vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrags trägt die Leasinggeberin das Restwertrisiko. Denn in diesem Zusammenhang bestehen in der Regel - anders als zum ordentlichen Ablauf der Leasingdauer - keine branchenüblichen Vereinbarungen, wonach der Händler verpflichtet ist, das Leasingfahrzeug zu übernehmen.

8.18 Schliesslich sieht das KKG vor, dass die mit der üblichen Abwicklung des Leasingvertrages verbundenen

Kosten bereits im effektiven Jahreszinssatz enthalten sein müssen (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KKG), womit in diesem Zusammenhang keine weiteren Gebühren erhoben werden dürfen. Hingegen kann die Leasinggeberin für Kosten, welche bei Nichterfüllung einer im Vertrag aufgeführten Verpflichtung entstehen, Gebühren erheben (vgl. Art. 34 Abs. 2 Bst. a KKG). Ebenso können bei verspäteter Bezahlung der Leasingraten Verzugszinsen auf die ausstehenden Beträge in Rechnung gestellt werden (HANS GIGER, Berner Kommentar, Der Konsumkredit, 2007, S. 504 f.).

9. Im Bereich Automobilleasing tätige Unternehmen

9.1 Als Leasinggeberinnen im Bereich des Leasings von Fahrzeugen (PKW und leichte Nutzfahrzeuge) sind sowohl non-captive und als auch captive Finanzierungsgesellschaften tätig.

9.2 Non-Captives sind unabhängige Finanzinstitute, die Finanzierungsmöglichkeiten für Fahrzeuge sämtlicher Automobilmarken anbieten. Im Untersuchungszeitraum waren dies in der Schweiz Cembra Money Bank AG, EFL Autoleasing AG, BANK-Now AG und Cashgate AG. Demgegenüber sind Captives hersteller- bzw. importeurgebundene Finanzinstitute, die i.d.R. mit einer Automarke oder -gruppe (konzernmässig) verbunden sind. Im Untersuchungszeitraum waren die in Bst. A.b oben genannten Untersuchungsadressatinnen in der Schweiz als Captives tätig. Ihre Haupttätigkeit besteht in der Bereitstellung von Finanzierungsmöglichkeiten für Erzeugnisse ihrer Gruppe, bzw. für Produkte, die durch sie importiert werden.

9.3 Die Captives bzw. ihre Leasing- und Finanzierungsangebote dienen bzw. dienten namentlich der Absatzförderung von Fahrzeugen der mit ihr verbundenen Automarke(n) (s. E. 8.3 oben; vgl. Vorinstanz, act. 2602 Rz. 324 ff., act. 2503 S. 2). Sie sind bzw. waren in der Regel eng in das mehrstufige Vertriebssystem von Neuwagen ihrer Automarke eingebunden (Rz. 29 der Beschwerde).

9.4 Damit unterscheiden sich Captives und Non-Captives namentlich in ihrem Gewinnkalkül. Non-Captives interessieren sich aufgrund ihrer Unabhängigkeit beim Leasinggeschäft einzig für die erwarteten Zinszahlungen der Leasingnehmer (Maximierung des Ertrages aus dem Zinsdifferenzgeschäft). Demgegenüber entscheiden Captives immer auch vor dem Hintergrund, dass ihr Mutterkonzern durch das Leasing einen zusätzlichen Neuwagen absetzen kann. Mit anderen Worten blicken Captives beim Abschluss ihrer Leasingverträge auf den Gesamtertrag des Konzerns und nicht nur auf die Entschädigung für die Zurverfügungstellung des für die Finanzierung des Leasings notwendigen Kapitals.

9.5 Die Beschwerdeführerin gehört zum Ford-Konzern (Rz. 29 der Beschwerde) und war im Untersuchungszeitraum als Captive für Fahrzeuge der Ford-Gruppe tätig. Daneben war die Ford Motor Company während des Untersuchungszeitraums auch Eigentümerin der Volvo Car Corporation und die Beschwerdeführerin bis Ende 2011 über Volvo Car Finance als Captive für die Marke Volvo tätig (vgl. Vorinstanz act. 3100, S. 6). Zudem war die Ford Motor Company an Mazda beteiligt, weshalb

die Beschwerdeführerin auch für diese Marke Leasingdienstleistungen erbrachte.

9.6 Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin nutzte die Swiss Sales Company (Ford Motor Company [Switzerland] SA) die Beschwerdeführerin als «Absatzvehikel», um den Absatz der eigenen Automarken zu steigern (Rz. 29 der Beschwerde).

9.7 Damit ist klar, dass auch die Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften der jeweiligen Automobilmarken im Leasinggeschäft eine Rolle spielten. Die Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften subventionierten mit sogenannten Tiefzinsprogrammen die Leasingangebote ihrer (konzernmässig) verbundenen Captive für Fahrzeuge ihrer Automarken. D.h. die jeweilige Captive bot beispielsweise für ein bestimmtes gruppeneigenes Fahrzeug einen Sonderzinssatz an, welcher unter dem Standardzinsangebot lag, und die Hersteller- bzw. Importgesellschaft entschädigte die Captive hierfür im Gegenzug mit entsprechenden Unterstützungsleistungen. Diese Leasing- bzw. Finanzierungsangebote der Captives hatten das oben erwähnte Ziel, den Absatz der eigenen Markenfahrzeuge zu fördern. Zudem machten die Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften ihrer Captive-Gesellschaft preisrelevante Vorgaben (z.B. den anzubietenden Leasingzins oder die gewünschte Leasingrate bei einem bestimmten Fahrzeug; Rz. 30 der Beschwerde).

9.8 Daneben waren aber auch die Fahrzeughändler in das Automobilleasing involviert. Fahrzeughändler sind bzw. waren entweder unabhängig tätig oder haben mit einer oder mehreren Automobilmarken bzw. der jeweiligen Hersteller- oder Importeurgesellschaft für den Vertrieb der jeweiligen Fahrzeuge Händlervträge abgeschlossen (vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, BMW, Bst. A.a). Dass die Händler im Bereich Leasing ebenfalls eine wichtige Rolle spielten, wird bereits aus dem oben dargestellten Dreipersonenverhältnis beim Leasinggeschäft ersichtlich (s. E. 8.8 oben). Zudem gingen die Finanzierungsgesellschaften i.d.R. selbst nicht aktiv auf Kundenakquise (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 4.2.3). Der Kunde bzw. Leasingnehmer nahm bei der Suche nach einem Fahrzeug in der Regel zunächst Kontakt zu einem oder mehreren Fahrzeughändlern auf. Ergab sich, dass er das Fahrzeug leasen wollte, vermittelte der Fahrzeughändler den Kontakt zu einem oder mehreren Finanzierungsgesellschaften. Direkte Ansprechperson des Endkunden blieb regelmässig der Händler, namentlich auch im Zusammenhang mit dem Leasingangebot.

9.9 Der Händler profitierte nicht nur insofern vom Abschluss eines Leasinggeschäfts, als es dadurch mit der Leasinggeberin zu einem Verkaufsgeschäft über das fragliche Fahrzeug kam, sondern er erhielt bei einem erfolgreichen Abschluss eines Leasingvertrages von der Leasinggeberin auch eine Kommission bzw. Provision, welche i.d.R. aus einem bestimmten Prozentwert des Finanzierungswertes bestand (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 84 ff.). Es handelt sich dabei um eine Entschädigung für die Vermarktungsdienstleistungen der Vertragshändler bzw. der unabhängigen Garagisten. Insgesamt übernahm der Händler beim Abschluss des Leasingvertrages

zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer somit eine wichtige Vermittlerrolle.

10. Aufgrund der Vorakten erwiesener Sachverhalt

Die Vorinstanz hat den der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Sachverhalt in der angefochtenen Verfügung hinsichtlich des Informationsaustausches zwischen den Captives ausführlich dargelegt (Rz. 91 ff. der angefochtenen Verfügung). Ebenso dargelegt hat die Vorinstanz den relevanten Sachverhalt hinsichtlich der vorgeworfenen Festlegung von Gebühren für eine Mehrwertsteuer-rückerstattung. Diese Erwägungen sind von der Beschwerdeführerin zu weiten Teilen unbestritten geblieben. Die Beschwerdeführerin rügt jedoch, dass:

- der von der Vorinstanz behauptete «weitere Austausch zu Zinssätzen» in der angefochtenen Verfügung nicht dargelegt werde,
- dass die Beschwerdeführerin nie Absichten bzw. vorläufige oder geplante Zinsraten bzw. sonstige Wettbewerbsparameter geteilt habe,
- dass es keinen umfassenden Austausch über Restwerte gegeben habe, dieser sei höchstens punktuell und nur wegen vertragsrechtlicher Aspekte erfolgt,
- dass sie nie Informationen über Gebühren geteilt habe und an den von der Vorinstanz zitierten Austauschen nicht beteiligt gewesen sei,
- dass sie keine Informationen zu Refinanzierungszinsen und Löhnen geteilt habe.

Hinsichtlich dieser bestrittenen Punkte ist nachfolgend detailliert der relevante Sachverhalt zu ermitteln. Zusätzlich werden die unbestrittenen Aspekte des relevanten Sachverhalts zusammengefasst dargelegt. Denn nach Auffassung des Gerichts sind die vorgeworfenen Verhaltensweisen in einem Gesamtkontext zu sehen, auch wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde zu einem grossen Teil auf die ihr vorgeworfene Verhaltensweise betreffend Standard- und Sonderzinssätze fokussiert. Die einzelnen Elemente des Informationsaustausches, welche namentlich Informationen zu Standard- und Sonderzinssätzen, Gebühren oder Amortisationstabellen umfassten und anlässlich von Meetings, mittels tabellarischen Übersichten und per elektronischen bi- und multilateralen Anfragen stattfanden, stehen miteinander in Verbindung und beeinflussen sich gegenseitig.

10.1 Captive Meetings

10.1.1 Die in Bst. A.b genannten Untersuchungsadressatinnen trafen sich von Juli 2006 bis Januar 2014 anlässlich von Captive-Meetings, wobei das erste Meeting am 5. Juli 2006 in den Räumlichkeiten von D._____ stattfand.

10.1.2 Am ersten Treffen nahmen die Beschwerdeführerin, A._____, B._____, D._____, E._____, C._____ und F._____ teil. G._____ galt als entschuldigt. Die Teilnehmer einigten sich anlässlich dieses Treffens darauf, dass «die Meetings jeweils im Frühling (im Februar vor dem Autosalon), im Sommer (erste Hälfte Juli vor Ferienbeginn) und im Herbst (Oktober) stattfinden, und zwar in Rotation unter den teilnehmenden Gesellschaften». Gemäss Beschlussprotokoll sollte das

Meeting ein periodisches Treffen der Captives für den Erfahrungsaustausch und die Bearbeitung spezieller sowie allgemeiner Problemfälle sein, wobei der Teilnehmerkreis ausdrücklich so beibehalten werden sollte (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.). H._____ wurde erst im Februar 2012 zugelassen (vgl. Vorinstanz, act. 2301 S. 5 Rz. 165 ff., act. 2703 S. 4 f. und Beilage 20).

10.1.3 Die Captive-Meetings wurden in der Folge insgesamt vierundzwanzigmal organisiert und fanden wie folgt statt (vgl. Rz. 113 der angefochtenen Verfügung m.H.):

2006		05.07.2006	03.11.2006
2007	28.02.2007	20.06.2007	31.10.2007
2008	27.02.2008	24.06.2008	22.10.2008
2009	19.02.2009	11.06.2009	23.09.2009
2010	25.02.2010	24.06.2010	21.10.2010
2011	24.02.2011	16.06.2011	26.10.2011
2012	23.02.2012	21.06.2012	25.10.2012
2013	28.02.2013	19.06.2013	24.10.2013
2014	21.01.2014		

10.1.4 Die Beschwerdeführerin war an allen 24 Meetings anwesend. Für sie nahmen jeweils I._____ ([...]), J._____ ([...]) und/oder K._____ ([...]) teil.

10.1.5 Zu allen erwähnten Meetings, welche vor dem 21. Juni 2012 stattfanden, liegen Protokolle vor (vgl. Vorinstanz, act. 2803 Beilage 1; vgl. auch act. 1201 Beilage 20). E._____ kündigte vor dem Treffen vom 21. Juni 2012 an, aufgrund konzerninterner Regelungen bei den Traktanden «Feedback Workshop Leasing-Verträge» und «Restwertpolitik Importeur - Bank - Bank Importeur» das Meeting verlassen zu müssen. E._____ ersuchte deshalb um die Möglichkeit, zu Beginn des Treffens eine Präsentation mit dem Titel «Anforderungen bzgl. Antitrust» zu halten. In dieser Präsentation wurden unter anderem alle preisbezogenen Themen als «Tabu-Themen» kategorisiert (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 89 ff.). Nachdem E._____ das Meeting vorzeitig verlassen hatte, einigten sich die übrigen Teilnehmer darauf, in Zukunft auf die Erstellung von Protokollen der Meetings zu verzichten (vgl. Vorinstanz, act. 2908 S. 6 Rz. 187; act. 2801 S. 5 Rz. 145 ff.).

10.1.6 Zu den Captive-Meetings, welche nach dem 21. Juni 2012 stattfanden, finden sich in den Vorakten deshalb nur noch Programme, E-Maileinladungen und/oder handschriftliche Notizen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77 ff., 3023; vgl. auch handschriftliche Notizen von K._____ [Beschwerdeführerin; Vorinstanz, act. 3031 und 3032]).

10.1.7 Die Traktanden und Protokolle der Captive-Meetings wurden den Teilnehmenden über die Onlineplattform www.teamspace.de (nachfolgend: Teamspace) zur Verfügung gestellt. Auf dieser eigens eingerichteten Plattform wurden auch weitere Unterlagen abgelegt (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilage 20, act. 1202 S. 1 ff., act. 3009 und act. 3061). Zudem ermöglichte Teamspace mit Chat- und Nachrichtenfunktion einen direkten Austausch zwischen den Captives.

10.1.8 Neben den Captive-Meetings wurden auch mehrfach Workshops organisiert, an welchen einzelne Themen vertieft behandelt wurden. So gab es Workshops

zum Thema «Restwert/Restwerttabellen/Auflösungstabellen», zur Vermeidung von Doppelfinanzierungen und zum eCode 178. Mit dem eCode 178 kann bei einem Fahrzeug auf elektronischer Basis vermerkt werden, dass ein Halterwechsel verboten ist, um zu verhindern, dass geleaste Fahrzeuge unbefugter Weise verkauft werden.

10.1.9 Zudem fand am 24. Mai 2013 ein Workshop zur «Vertragsgestaltung» statt, dessen Ziel und Inhalt gemäss der Einladung ein Erfahrungsaustausch zu folgenden Themen war: Das Vertragswerk, kritische Punkte im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten, mit dem Geldwäschereigesetz und dem Konsumkreditgesetz etc., sowie die Identifikation von Vertragselementen, die innerhalb der Branche vereinheitlicht werden sollten (vgl. Vorinstanz, act. 2703 Beilage 25 [S. 68]). Im Nachgang tauschten die Workshop-Teilnehmenden, darunter auch die Beschwerdeführerin, per E-Mail Musterverträge aus (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilagen 24a-e [S. 80 ff.]).

10.2 An den Captive-Meetings ausgetauschte Informationen

Die an den Captive-Meetings diskutierten Themen waren vielfältig. Mehrfach Besprechungsgegenstand waren die Fahrzeugversicherung, der Lohnausweis im Zusammenhang mit an Verkäufer bezahlten Provisionen, ZEK-Einträge, das Projekt Code 178, schwarze Listen, GwG-Regelungen, etc. Ebenso Inhalt der Meetings waren die Zinssätze (generell und bezüglich der Automessen), Restwert- bzw. Auflösetabellen, Gebühren und Saläre.

10.2.1 Austausch über Zinssätze im Allgemeinen

10.2.1.1 Wie bereits die Vorinstanz festhielt (vgl. Rz. 140 der angefochtenen Verfügung), geht aus dem Protokoll zum Captive-Meeting vom 24. Juni 2008 hervor, dass sich die Teilnehmenden vor dem Hintergrund des damals angeblich ansteigenden Zinsniveaus über die Zinssätze ausgetauscht haben. Dabei wurde Folgendes protokolliert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 41):

«Verschiedenes - Die Situation auf dem Zinsmarkt tangiert jeden. Die Zinsen werden demnächst von jedem Captive angepasst. Erhöhungen zwischen 0.2% - 0,5% werden stattfinden. Ein angepasster Benchmark wird stattfinden. D._____ engagiert sich, die Informationen zu sammeln und diese zur Verfügung zu stellen.»

10.2.1.2 Auch die für das Captive-Meeting vom 20. Oktober 2008 erstellte Traktandenliste hält fest, dass von D._____ eine Diskussion betreffend «Zins + Spread» bzw. von F._____ eine Diskussion betreffend «aktuelle Situation im Markt und Zinsentwicklung (Kundentariife)» angeregt wurde (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 45).

10.2.2 Austausch über Zinssätze bezüglich Automessen

10.2.2.1 Wie erwähnt, hatten die Captives anlässlich des ersten Captive-Meetings vereinbart, dass «die Meetings jeweils im Frühling (im Februar vor dem Autosalon), im Sommer (erste Hälfte Juli vor Ferienbeginn) und im Herbst (Oktober) stattfinden». Nachfolgender Vergleich der Daten der Automesse Zürich mit den Daten der Captive-Meetings zeigt, dass die Treffen im Herbst jeweils wenige Tage bzw. wenige Wochen vor der Auto Zürich stattfanden:

Jahr	Auto Zürich	Captive-Meeting
2006	09. - 12.11.2006	03.11.2006
2007	01. - 04.11.2007	31.10.2007
2008	13. - 16.11.2008	22.10.2008
2009	05. - 08.11.2009	23.09.2009
2010	11. - 14.11.2010	21.10.2010
2011	03. - 06.11.2011	26.10.2011
2012	08. - 11.11.2012	25.10.2012
2013	31.10. - 03.11.2013	24.10.2013

10.2.2.2 Den Protokollen kann entnommen werden, dass die Zinssätze für die Automesse Zürich in den Jahren 2007, 2009 und 2011 an den Captive-Meetings besprochen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 33, 53 und 69). Für die Jahre 2007 und 2011 sind hierzu zusätzlich handschriftliche Notizen eines Teilnehmenden verfügbar (vgl. Vorinstanz, act. 3044 und 3022).

10.2.2.3 Das gleiche Bild ergibt sich beim Vergleich der Daten des Autosalons Genf mit den Daten der Captive-Meetings im Frühling:

Jahr	Automobilsalon	Captive-Meeting
2007	08. - 18.03.2007	28.02.2007
2008	06. - 16.03.2008	27.02.2008
2009	05. - 15.03.2009	19.02.2009
2010	04. - 14.03.2010	25.02.2010
2011	03. - 13.03.2011	24.02.2011
2012	08. - 18.03.2012	23.02.2012
2013	07. - 17.03.2013	28.02.2013
2014	06. - 16.03.2014	21.01.2014

10.2.2.4 Aus den Protokollen ergibt sich, dass an den Captive-Meetings vom 19. Februar 2009, 24. Februar 2011 und 23. Februar 2012 die Zinssätze in Bezug auf den darauffolgenden Genfer Autosalon besprochen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 47, 66 und 72). Handschriftliche Notizen legen zudem nahe, dass Gleiches auch an den Treffen vom 27. Februar 2008 und 25. Februar 2010 der Fall war (vgl. Vorinstanz, act. 3045 und 3021). Die Protokolle und Notizen zeigen zudem, dass auch die Beschwerdeführerin - zumindest an einzelnen Meetings - ihre Angebote bekannt gab (vgl. Vorinstanz, act. 1201, S. 66 und 72, act. 3022, 3044 f.).

10.2.3 Austausch über Restwert- bzw. Auflösetabellen

10.2.3.1 Wie erwähnt, sieht Art. 11 Abs. 2 Bst. g KKG das Vorhandensein einer nach anerkannten Grundsätzen erstellten Restwerttabelle vor, wobei diese Bestimmung mit Urteil des Bundesgerichts 4A.404/2008 vom 18. Dezember 2008 präzisiert wurde. Danach ist es unzulässig, Nachforderungen an die vorzeitige Kündigung des Leasingvertrages zu knüpfen, welche sich wirtschaftlich nicht mehr als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung rechtfertigen lassen. Die Auflösetabelle darf keine versteckten Strafklauseln für die vorzeitige Kündigung des Leasingvertrages enthalten und nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Leasinggebers führen.

10.2.3.2 Die Restwert- bzw. Auflösetabellen wurden wiederholt an den Captive-Meetings thematisiert. So gab es zunächst am Treffen vom 28. Februar 2007 - d.h. bevor das oben erwähnte Bundesgerichtsurteil erging - einen Austausch über die Auflösetabellen. Dabei wurde

über die Veröffentlichung einer Diplomarbeit-Studie zur Höhe der Restwerte in der Schweiz informiert, verbunden mit der Empfehlung sich auf deren Veröffentlichung vorzubereiten. Weiter wurde eine allfällige einheitliche Restwerttabelle diskutiert, wobei beschlossen wurde, dass eine solche nicht erforderlich werde (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 23 ff., 26).

10.2.3.3 Für das Captive-Meeting vom 19. Februar 2009 war das Thema «Bundesgerichtsentscheid RW-Tabelle in AVB / Wie weiter?» traktandiert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 45). Die Meetingteilnehmer wurden gebeten ihre «Leasingverträge mit den RW-Tabellen» mitzubringen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilage 36g). Die Kündigungstabellen wurden gemäss dem erstellten Beschlussprotokoll «zur Info in der Datei des Teamspaces abgelegt» (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 47).

10.2.3.4 Ferner waren die Auflösetabellen auch an folgenden Meetings traktandiert bzw. wurden thematisiert:

- 24. Juni 2010 («Restwert-Tabelle für vorzeitige Auflösung - Stand der Umsetzung und Erfahrungen damit?»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 58),
- 21. Oktober 2010 («Neue Kündigungstabelle Privat-Leasing (Erfahrungsaustausch)»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 51 f.),
- 24. Februar 2011 («AVB Privatleasing: /Kündigungstabelle Ex. mitnehmen zum Austausch»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 65) und
- 25. Oktober 2012 («Anpassung Tabellen vorzeitige Vertragsauflösung (KKG)»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77).

10.2.3.5 Sodann wurde an den Captive-Meetings die Entwicklung der Restwerte im Zusammenhang mit der Euroschwäche besprochen. Im Protokoll zum Meeting vom 26. Oktober 2011 wurde festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 69):

«Restwerte bedingt durch Europroblematik

Die Teilnehmer informieren darüber:

FMCC [die Beschwerdeführerin] senkt die RW generell um 2% Punkte vom LP. [...] hat 4 Kategorien, streicht ab Januar 2012 die zwei Ersten. Die restlichen Captives ändern momentan nichts.»

10.2.3.6 Ebenso traktandiert war dieses Thema für den 21. Juni 2012 («Erfahrung mit den Restwerttabellen in Anbetracht der Preisentwicklung», vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 75) und 25. Oktober 2012 («Restwertentwicklung durch Euro-Schwäche - Markterfahrungen», vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77).

10.2.3.7 Schliesslich fand ein Austausch zur Gestaltung der Auflösetabellen bei Automobileasing mit einem Betrag über Fr. 80'000.- statt. Hierzu wurde am 26. Oktober 2011 protokolliert, dass alle Captives für das Privatleasing über Fr. 80'000.- die gleiche Tabelle anwenden würden wie für Leasing unter Fr. 80'000.- (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 69). Für das Captive-Meeting vom 23. Februar 2012 war das Traktandum «KKG Verträge CHF 80'000.- (Regelung)» ebenfalls vorgesehen. Es wurde jedoch infolge der Abwesenheit des Vertreters

von E._____ nicht behandelt (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 71 ff.).

10.2.4 Austausch betreffend Gebühren

10.2.4.1 Ferner tauschten sich die Teilnehmenden an den Captive-Meetings mehrfach über Gebühren aus. So waren unter anderem die bei vorzeitigen Vertragsauflösungen anfallenden Gebühren an folgenden Treffen Besprechungsgegenstand:

- 24. Juni 2010 («Höhe der Auflösunggebühren bei vorzeitigen Auflösungen (fixe Gebühr oder A._____ nach Laufzeit degressiv, bei Anschlussgeschäft wegfallend/reduziert)?»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 58),
- 21. Juni 2021 («Vorzeitige Vertragsauflösungen - Trend und vertragliche Kosten»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 75), wobei für dieses Traktandum als verantwortliche Person J._____, [...] der Beschwerdeführerin, aufgeführt wurde, und
- 28. Februar 2013 («Vorzeitige Vertragsauflösung, z.B. bei einem Folgegeschäft, also nicht KKG-Abrechnung: Wer erhebt und wenn ja welche Vertragsabschlussgebühr?»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 78).

Zudem hielt D._____ in einer Notiz vom 31. Oktober 2007 in Hinblick auf das kommende Captive-Meeting fest: «Fragen wieviel die Mitbewerber verlangen bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung» (vgl. Vorinstanz, act. 3072).

10.2.4.2 Ferner fand anlässlich des Meetings vom 24. Juni 2008 ein Austausch über die Gebühren für Vertragsumschreibungen und die diesbezüglichen Bedingungen statt. Die Captives - namentlich auch die Beschwerdeführerin - gaben dabei die von ihnen hierfür erhobenen Dossierspesen bekannt (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 43 f.).

10.2.4.3 Aus dem Protokoll des Captive-Meetings vom 25. Februar 2010 geht hervor, dass auch ein Austausch betreffend die Gestaltung der Mahnspeisen stattfand. Dabei wurden insbesondere die verschiedenen Ansätze geteilt («10/20/30, 30/30/30, 0/20/20 oder 15/15/15»; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 55).

10.2.4.4 Schliesslich haben sich die teilnehmenden Captives am 24. Juni 2008 und 25. Februar 2010 gegenseitig bezüglich der Frage der allfälligen Verrechnung von Kosten beim Lastschriftverfahren (LSV) informiert. Am 24. Juni 2008 wurde festgehalten, das Lastschriftverfahren sei bei allen kostenlos, wobei D._____ eine Rechnungsstellung bei Kunden mit Einzahlungsscheinen prüfe. Am 25. Februar 2010 wurde protokolliert, dass D._____ die Leasingrate erhöhe (Fr. 0.75), wenn der Kunde bei Vertragsunterzeichnung eine Rechnungsstellung mit Einzahlungsscheinen wünsche (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 57).

10.2.5 Festlegung von Gebühren für eine Mehrwertsteuerrückerstattung

10.2.5.1 Mit dem Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20) auf den 1. Januar 2010 wurde im Rahmen der Aufhebung der Margenbesteuerung bei Leasingfahrzeugen ein fiktiver

Steuerabzug bei der Rücknahme der Fahrzeuge durch den Händler bei Ablauf der Leasingdauer eingeführt. Die Beschwerdeführerin bat die Bundesverwaltung deshalb um eine Stellungnahme betreffend die Behandlung der vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossenen Leasingverträge. Gemäss der erhaltenen Stellungnahme waren die Captives berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Rückerstattung eines Teils der bezahlten Mehrwertsteuer zu verlangen.

10.2.5.2 Dieses Thema floss in das Captive-Meeting vom 25. Februar 2010 ein. Im Protokoll wurde festgehalten, die anwesenden Captives könnten insgesamt rund 4,5 Mio. Fr. an Vorsteuern zurückfordern. Ziel sei ein gemeinsames Vorgehen und Auftreten. Die Beschwerdeführerin, B._____ und A._____ hätten die grössten Forderungen, weshalb diese Gesellschaften ein Meeting zwecks Besprechung des weiteren Vorgehens abhalten würden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 55). Das entsprechende Treffen fand am 7. Mai 2010 in Form einer Telefonkonferenz statt (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 23 [S. 348]).

10.2.5.3 Am darauffolgenden Captive-Meeting vom 24. Juni 2010 wurde was folgt festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 59):

«Mit Ausnahme von D._____ planen alle LG's, ein Ruling zu erwirken wo nicht bereits geschehen. Man einigt sich, dass nach einem Abzug von einem Rückbehalt von CHF 200.- ein Überschuss dem Kunden gutgeschrieben werden soll. Unklar ist noch, ob der Rückbehalt mehrwertsteuerpflichtig ist. LG's die noch kein Ruling erwirkt haben, werden diese Frage mit in den Antrag einbauen.»

10.2.5.4 B._____ äusserte den Wunsch, den Zeitpunkt der vorzunehmenden Rückerstattung gemeinsam festzulegen, um «unangenehme Kundenreaktionen vermeiden [zu] können» (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 28 [S. 363]). Anlässlich des Meetings vom 21. Oktober 2010 einigten sich die Captives, dass eine Rückzahlung frühestens im Frühjahr 2011 erfolgen solle, damit allfällige Rückstände aus der Mehrwertsteuererhöhung verrechnet werden könnten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 63 f.). Ob die Captives zu einem späteren Zeitpunkt noch einen Beschluss über das finale Vorgehen fällten - wie im Protokoll des Meetings vom 21. Oktober 2010 angekündigt -, geht aus den Akten nicht hervor (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 63 f.).

10.2.6 Austausch über Lohnentwicklung, Lohnhöhe und Lohnbestandteile

10.2.6.1 Auch die Lohnentwicklung, die Lohnhöhe und die Lohnbestandteile wurden an den Captive-Meetings wiederholt besprochen. Am 28. Februar 2007 wurde die Durchführung eines Lohn-Benchmarks beschlossen und am 20. Juni 2007 haben sich die Teilnehmenden über die Struktur der zu erhebenden Daten geeinigt. Die Captives wurden aufgefordert, die hierfür herunterzuladende Datei auszufüllen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 26 und 30 f.). Schliesslich wurde am 27. Februar 2008 der Salär-Benchmark diskutiert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 36 f.).

10.2.6.2 Ausserdem war das Salär auch am 25. Februar 2010 Besprechungsgegenstand. Dabei gaben einige

Captives, darunter auch die Beschwerdeführerin, Zeitpunkt und Umfang der bevorstehenden Lohnmassnahmen bekannt. Ebenso wurde beschlossen «eine Umfrage zu den Salären von einigen wenigen, klar definierten Jobs» zu machen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 56). Dieser Salärvergleich wurde auch an den Sitzungen vom 24. Juni 2010 und 21. Oktober 2010 thematisiert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 60 und 63), wobei am 21. Oktober 2010 gleichzeitig bekannt gegeben wurde, dass «die Captives [...] in ihren Budgets für 2011 Salärerhöhungen zwischen 2% und 5% eingeplant [haben]». Sodann wurde den Teilnehmenden am 26. Oktober 2010 das anonymisierte Resultat der Salärumfrage per E-Mail zugestellt. Ob es auch der Beschwerdeführerin zugestellt wurde, geht aus den Vorakten nicht hervor (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 116).

10.3 Monatlicher Austausch über Standard- und Sonderzinssätze

10.3.1 Beim ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 hatten sich die Captives geeinigt, den Benchmark der Zinssätze und Promotionen fortzuführen. So wurde im Protokoll festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.):

«Monatlicher Benchmark der Zinssätze und Promotionen

Alle Teilnehmer sind mit der Weiterführung des monatlichen Surveys durch die D. _____ einverstanden. Die Kontaktpersonen der Gesellschaften, gemäss Anhang, werden monatlich durch die D. _____ konsultiert. Der Benchmark wird anschliessend mit den möglichen Zusatzangaben der weiteren Gesellschaften/Banken an die Kontaktpersonen und Meeting-Teilnehmer per E-Mail zugestellt.»

10.3.2 Dieser Austausch fand bis im März 2014 monatlich statt, d.h. insgesamt 93 Mal (vgl. Vorinstanz, act. 3105-3114, 3038-3040) und umfasste Standard- und Sonderzinssätze.

10.3.3 Die Standardkonditionen wurden mit dem sogenannten Leasing-Survey ausgetauscht. Die entsprechenden Excel-Tabellen umfassten eine Zusammenstellung der laufenden Standard-Leasing-Angebote der Captives und verschiedener Non-Captives (z.B. [...], act. 2901 und 2903). Sie enthielten insbesondere Angaben zum nominalen und effektiven Zins, zur Laufdauer des Leasings und zu Kommissionen. Der Leasing-Survey enthielt neben dem Blatt «Leasing-Survey» die Blätter «Finanzierungs-Survey (Retail)», das Finanzierungszinssätze aufführte, und «PK-Survey (Personal Loan)», das Zinssätze für persönliche Kredite aufführte.

10.3.4 Mit dem sogenannten Benchmark wurden die aktuellen Sonderzinssätze geteilt. Darin waren namentlich Angaben zum Leasingsatz, zu einer allfälligen Minimalanzahlung, zur Laufzeit des Leasings und zum Zeitraum des entsprechenden Angebotes enthalten. Der Benchmark wies jeweils zahlreiche Positionen aus bzw. umfasste mehrere Seiten.

10.3.5 Die Beschwerdeführerin war unbestritten an diesen Austauschen beteiligt. Die Administration und Durchführung übernahm D. _____. Die Captives wur-

den in der Regel gegen Ende des Vormonates aufgefordert, ihre Standard- und Sonderzinssätze für den Survey und den Benchmark für den Folgemonat einzureichen. Dazu standen den Captives entsprechende Excel-Dateien zur Verfügung. Nach Erhalt der Daten ergänzte D. _____ diese und versandte die in Excel-Dateien zusammengestellten Daten wiederum per E-Mail an die Captives (vgl. Vorinstanz, act. 3025 und 3082). Veränderungen von Zinssätzen wurden farblich hervorgehoben (vgl. Vorinstanz, act. 3040 und 3039 S. 3).

10.4 Halbjährlicher Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten

10.4.1 Gemäss Beschlussprotokoll des ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 einigten sich die Captives auch auf einen halbjährlichen Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.):

«3. Halbjährlicher Benchmark mit Penetration, Anzahl Verträge etc.

Aus konzernpolitischen Gründen ist es nicht allen Gesellschaften möglich, die diversen diskutierten möglichen Daten bekannt zu geben. Die D. _____ erstellt in den nächsten Tagen eine Maske als Vorschlag. Die D. _____ dankt im Voraus für das Feedback, falls Änderungen/Ergänzungen gewünscht werden. Die Zusammenstellung des geplanten halbjährlichen Benchmarks wird allen Gesellschaften, die sich auch daran beteiligen, durch die D. _____ an die Meeting-Teilnehmer zugestellt. Es wird ausdrücklich vereinbart, dass diese Daten durch die Meeting-Teilnehmer vertraulich im Management behandelt und nicht an Drittpersonen, auch nicht an eigene Sachbearbeiter, weitergegeben werden.»

10.4.2 Es wurde basierend auf den erhaltenen Informationen i.d.R. zweimal jährlich eine Tabelle "Financing Market Benchmarking" erstellt, welche folgende Angaben enthielt (vgl. Vorinstanz, act. 2905):

- Anzahl finanzierter Neuwagen, Penetrationsraten, Promoanteile;
- Anzahl finanzierter Occasionswagen, Promoanteil;
- Anteil Leasing und Anteil Finanzierung zu Neu- und Occasionswagen;
- Prozentuale Verteilung des Leasings auf Privat- und Gewerbekunden.

10.4.3 Die Beschwerdeführerin nahm an diesem - wiederum von D. _____ administrierten und durchgeführten - Austausch nicht teil (vgl. Vorinstanz, act. 3060).

10.5 Weiterer bi- oder multilateraler Informationsaustausch

10.5.1 Schliesslich fand zwischen den Captives wiederholt ein bi- und multilateraler Austausch über Teamspace und per E-Mail statt.

10.5.2 Gegenstand solcher bi- und multilateralen Anfragen waren beispielsweise die an die Vertragshändler und unabhängigen Garagisten ausgerichteten Kommissionen (s. E. 9.9 oben). So richtete F. _____ über Teamspace eine Anfrage zur Höhe der Provisionen bei «Promozinssätzen», welche allerdings nur von der Be-

schwerdeführerin beantwortet wurde (vgl. Vorinstanz, act. 1202 S. 4).

10.5.3 Weiter waren auch die Verrechnungszinssätze Thema eines multilateralen Austausches. Mit einer Nachricht vom 28. August 2010 über Teamspace teilte A._____ mit, einen Vergleich betreffend die internen Verrechnungszinssätze, d.h. die durch die Captives an die Importeure weiterbelasteten Zinssätze bei Promotionen, machen zu wollen (vgl. Vorinstanz, act. 3001 S. 2). Diese Anfrage wurde von B._____, F._____ und C._____ sowie D._____ beantwortet (vgl. Vorinstanz, act. 3001 S. 1, 3004, 3005, 3006).

10.5.4 Ferner erkundigte sich die Beschwerdeführerin mit Teamspace-Nachricht vom 10. März 2009, ob und unter welchen Bedingungen die anderen Captives Leasing ohne Restwert anbieten. Sie erhielt Rückmeldung von fünf Captives (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 83 f.).

10.5.5 Mit E-Mail vom 16. April 2012 bat die Beschwerdeführerin um nähere Angaben zu den Auflösetabellen der Captives bzw. um Zustellung einer Beispielstabelle, um sich «einen Überblick zu verschaffen, ob wir allenfalls zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden) sind». Am Folgetag teilte die Beschwerdeführerin per E-Mail mit, es seien durch die erhaltenen Rückmeldungen weitere Fragen aufgetaucht. Sie bot an, eine Auswertung zum Thema zu machen, weshalb der E-Mail eine Excel-Tabelle zur Vervollständigung durch die anderen Captives angefügt war (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 181 ff.).

10.5.6 Mit E-Mail vom 13. Dezember 2012 wollte D._____ von den anderen Captives wissen, ob diese im Jahr 2013 beabsichtigen, ihre Restwerte zu erhöhen oder zu senken (vgl. Vorinstanz, act. 3014). Sie erhielt von fünf Captives eine Antwort, wobei entweder mitgeteilt wurde, dass die Restwerte unverändert blieben (vgl. Vorinstanz, act. 3015) bzw. eine Anpassung nicht vorgesehen sei (vgl. Vorinstanz act. 3017), die Wahrscheinlichkeit einer Erhöhung sehr gering sei (vgl. Vorinstanz, act. 3016), wann die nächste Überprüfung anstehe (vgl. Vorinstanz, act. 3018) oder dass die Frage nicht beantwortet werden könne (vgl. Vorinstanz, act. 3014). Die Beschwerdeführerin beantwortete die Anfrage nicht.

10.5.7 Schliesslich fand mehrfach ein multilateraler Austausch zu den Gebühren statt. So sandte B._____ am 16. Januar 2009 über Teamspace eine Nachricht an die anderen Captives, wonach sich diese durch Ausfüllen einer Mustertabelle freiwillig an einer Umfrage «Gebührenübersicht pro Captive» beteiligen könnten. In der Mustertabelle waren Art der Gebühr, die Häufigkeit und der Betrag anzugeben (vgl. Vorinstanz, act. 2503 S. 7 und Beilage 16 [S. 327 f.]). Die Ergebnisse wurden den teilnehmenden Captives - darunter auch der Beschwerdeführerin (sowie B._____, A._____, E._____) - mit E-Mail vom 16. Februar 2009 zugestellt (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 18 [S. 333 f.]).

10.5.8 Am 29. April 2010 fragte B._____ D._____ und F._____ um Zustellung der separaten Aufstellung der Gebühren bzw. um Angabe, welche Gebühren von ihnen verlangt würden. Beide Captives beantworteten die Anfrage und teilten ihr Interesse am entsprechenden Benchmark mit, «um - wenn nötig - die Anpassungen

vornehmen [zu] können» bzw. weil auch sie die «Gebühren anpassen respektive anpassen müssen» (vgl. Vorinstanz, act. 3019 und 3010). Kurz darauf stellte B._____ die nahezu identische Anfrage der Beschwerdeführerin, G._____ und C._____ zu (E-Mail vom 11. Mai 2010), welche von G._____ und C._____ - nicht jedoch von der Beschwerdeführerin - beantwortet wurde (vgl. Vorinstanz, act. 3076 und 3079).

10.6 Fazit zum erwiesenen Sachverhalt

10.6.1 Zusammengefasst ergibt sich, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen Captives anlässlich des ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 einig waren, sich zukünftig periodisch für den Erfahrungsaustausch und die Bearbeitung von Problemfällen zu treffen sowie den bereits bestehenden Informationsaustausch hinsichtlich Zinssätze und Promotionen fortzuführen. In der Folge fanden bi- und multilaterale Austausche über einen Zeitraum von mehr als sieben Jahren statt, wobei sich die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives insgesamt 93-mal mit Tabellen über die Zinssätze austauschten und 24 Captive-Meetings abhielten, an welchen die Beschwerdeführerin allesamt teilnahm. Besprechungsgegenstand an den Meetings waren u.a. die Zinssätze (generell sowie bezüglich der jeweils bevorstehenden Automessen), Restwert- bzw. Auflösetabellen und Gebühren. Schliesslich fand auch ein bi- und multilateraler Austausch über Provisionen, Restwerte und Gebühren per E-Mail und Team-Space statt.

10.6.2 Zu den oben erwähnten tatsächlichen Rügen der Beschwerdeführerin ist an dieser Stelle mit Verweis auf E. 10.2.1 festzuhalten, dass bereits die Vorinstanz korrekt dargelegt hatte, inwiefern die Zinssätze auch an den Captive-Meetings Besprechungsgegenstand waren (vgl. Rz. 139 ff. der angefochtenen Verfügung).

10.6.3 Weiter ergibt sich aus dem dargelegten Sachverhalt, dass Restwerte - entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin - nicht nur aufgrund des Bundesgerichtsurteils 4A.404/2008 vom 18. Dezember 2008 beraten wurden. Vielmehr waren sie auch im Zusammenhang mit der Preisentwicklung (s. E. 10.2.3.5 f. oben) und hinsichtlich des nicht unter das KKG fallenden Automobileasings mit einem Betrag über Fr. 80'000.- Besprechungsgegenstand (s. E. 10.2.3.7 oben). Ferner diskutierten die Captives am 28. Februar 2007 - und damit bevor das Bundesgerichtsurteil 4A.404/2008 erging - eine allfällige einheitliche Restwerttabelle. Ein solche wurde letztlich nicht als erforderlich erachtet (s. E. 10.2.3.2 oben). Zudem hat die Beschwerdeführerin die anderen Captive aktiv per Teamspace bzw. E-Mail um Angaben zu den Restwerten ersucht. Am 10. März 2009 erkundigte sie sich, ob und unter welchen Bedingungen die anderen Captives Leasing ohne Restwert anbieten (s. E. 10.5.4 oben). Am 16. April 2012 bat sie sogar um nähere Angaben zu den Auflösetabellen der Captives bzw. um Zustellung einer Beispielstabelle, um zu prüfen, ob sie «allenfalls zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden) sind» (s. E. 10.5.5 oben).

10.6.4 Ferner ist gestützt auf den dargelegten Sachverhalt nachgewiesen, dass die Beschwerdeführerin durchaus auch an Austauschen über Gebühren beteiligt war. So waren die Gebühren wiederholt Thema an den Captive-Meetings (s. E. 10.2.4 oben). Einen dieser Informa-

tionsaustausche zu den Gebühren an den Meetings hat die Beschwerdeführerin sogar selbst initiiert (s. E. 10.2.4.2 oben) und bei weiteren aktiv ihre eigenen Gebühren bekannt gegeben (s. E. 10.2.4.3 f. oben). Soweit eine aktive Beteiligung an anderen Austauschen zu Gebühren anlässlich der Captive-Meetings nicht nachgewiesen ist, ist zumindest belegt, dass die Beschwerdeführerin an den Treffen teilgenommen hatte, ohne sich von einem dieser Austausche (explizit) zu distanzieren.

10.6.5 Zudem spricht die Aktenlage dafür, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2009 auch am von B. _____ initiierten Informationsaustausch zu den Gebühren über Teamspace und E-Mail teilgenommen hat. Denn B. _____ hatte mit E-Mail vom 16. Februar 2009 die konsolidierten Umfrageergebnisse der Teilnehmenden an die Captives versendet und sich für deren Teilnahme bedankt. Die Nachricht ging u.a. an J. _____, [...] der Beschwerdeführerin, und die angefügte Gebührenübersicht enthielt u.a. die Gebühren der Beschwerdeführerin («FMCC Finance»; s. E. 10.5.6 oben). Den Akten sind zudem keine Hinweise zu entnehmen, dass sich die Beschwerdeführerin von diesem Austausch distanziert oder bei B. _____ interveniert hätte, sie sei irrtümlicherweise als Teilnehmende bezeichnet worden.

10.6.6 Ausserdem ist belegt, dass sich die Beschwerdeführerin auch an gewissen Informationsaustauschen zu den Löhnen aktiv beteiligt hat (s. E. 10.2.6.2 oben) und an weiteren Austauschen hierzu zumindest anwesend war (s. E. 10.2.6 oben). Nicht erwiesen ist hingegen, dass die Beschwerdeführerin Refinanzierungszinssätze geteilt hat.

10.6.7 Schliesslich ist zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, keine beabsichtigten, vorläufigen oder geplanten Zinsraten bzw. sonstige Wettbewerbsparameter ausgetauscht zu haben, an dieser Stelle zumindest bereits was folgt festzuhalten: Mit der Bekanntgabe vom 26. Oktober 2011, die Restwerte «generell um 2% Punkte vom LP zu senken» scheint eine Absicht geteilt worden zu sein (s. E. 10.2.3.5 oben). Weiter haben sämtliche teilnehmenden Captives - darunter auch die Beschwerdeführerin - am 24. Juni 2008 eine Absicht hinsichtlich Zinssätze geteilt, wenn festgehalten wurde, dass «die Zinsen [...] demnächst von jedem Captive angepasst [werden]» (s. E. 10.2.1.1 oben; vgl. im Folgenden dazu auch E. 13.1.1.27 und 13.1.1.52 f.). Ob die geteilten Absichten relevante Wettbewerbsparameter betrafen, wird Gegenstand der rechtlichen Würdigung sein.

11. Aufbau der materiellen Prüfung

11.1 Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, die Beschwerdeführerin habe mit den übrigen Captives an einer Gesamtabrede teilgenommen, weil die von den Captives an den Tag gelegten Verhaltensweisen einen einheitlichen Zweck verfolgt hätten (vgl. Rz. 234 ff. der angefochtenen Verfügung). Sie prüfte in der Folge jedoch nicht, ob die von ihr angenommene Gesamtabrede als solche die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Die Vorinstanz untersuchte hingegen detailliert, ob die einzelnen Verhaltensweisen der Captives abgestimmte Verhaltensweisen oder Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellten, die den Wettbewerb beseitigten oder erheblich be-

schränkten (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG; vgl. Rz. 242 ff. der angefochtenen Verfügung).

11.2 Nachfolgend wird deshalb zunächst geprüft, wie die in E. 10 dargelegten Verhaltensweisen im Einzelnen zu würdigen sind. Dabei werden vorab die allgemeinen Grundsätze zu Art. 4 Abs. 1 KG dargelegt, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere auch auf die von den Parteien kontrovers diskutierte Frage der Notwendigkeit einer Schadenstheorie einzugehen sein wird (s. E. 12 unten). Anschliessend wird untersucht, ob mit den oben dargelegten Informationsaustauschen hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren, wie von der Vorinstanz angenommen, abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (s. E. 13 unten). Ob zusätzlich zu prüfen ist, ob die von der Vorinstanz angenommene Gesamtabrede vorliegt und ob diese die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, wird am Ende dieser Beurteilung zu beantworten sein. In Bezug auf das Verhalten im Zusammenhang mit den Gebühren bei der Mehrwertsteuer-Rückerstattung (s. E. 10.2.5 oben) ging die Vorinstanz von einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aus, weshalb hierzu in E. 14 eine separate Prüfung der vorinstanzlichen Beurteilung zu erfolgen hat. Die Erwägung 15 hat sodann die Prüfung von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zum Gegenstand.

12. Grundlagen zu Art. 4 Abs. 1 KG

12.1 Allgemeines

12.1.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken (BGE 148 II 521, Dufflivre SA, E. 6.2; 147 II 72, Pfizer II, E. 3.1; Urteile des BGer 2C_81/2023 vom 19. Februar 2025, Luftfracht American Airlines, E. 6.2 und 2C_64/2023 vom 26. November 2024, Luftfracht United Airlines, E. 6.2 (zur Publikation vorgesehen); BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 19).

2.1.2 Dabei ist der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene Abredebegriff sehr weit gefasst. Es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat (Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022, Estée Lauder, E. 4.4.3.1.3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 28). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (BGE 148 II 521, Dufflivre, E. 6.2.1; 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.2). Abreden laufen dem Selbstständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszu-schliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken

verbundenen Wettbewerbs treten (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.2, 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 6.3; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.2; Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023, Wettbewerbsabreden betr. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II - Rocca + Hotz, E. 6.1.2).

12.1.3 Von der kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination abzugrenzen ist das erlaubte Parallelverhalten, bei welchem sich das Verhalten der Wettbewerber autonom gestaltet (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.1; 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 6.3; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 61). Solches bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen beruht auf Informationen, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten zulässigerweise «mit wachem Sinn» an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Eine unter Art. 4 Abs. 1 KG fallende Verhaltensweise beruht dagegen auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.2; Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.1).

12.1.4 Art. 4 Abs. 1 KG nennt, wie erwähnt, zwei Kategorien von Abreden: die Vereinbarungen und die abgestimmten Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination.

12.1.5 Eine Vereinbarung setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus, wobei die Willensäusserung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst sind aber auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle). Entsprechend geht die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus. Entscheidend ist der Bindungswille. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen, die keine Abrede bilden, ab (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.3; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.1; Urteile B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 8.3.1; B-5172/2019, Engadin II - Rocca + Hotz, E. 6.1.2; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 28 f. und 38 f.; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 52, 58 und 67 f.).

12.1.6 Die abgestimmte Verhaltensweise als eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4) bleibt immer im Vorfeld einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen, mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.1; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.2).

12.1.7 Für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise müssen drei Elemente erfüllt sein: (1) eine Abstimmung bzw. Koordinierung, (2) die darauf gestützte Verhaltensweise, das heisst ein korrespondierendes bzw. entsprechendes Marktverhalten des Unternehmens bzw. der Abstimmungserfolg und (3) der Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.1 m.w.H.; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.2; Weber/Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2023, Rz. 2.70; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 53; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand Art. 4 Abs. 1 N. 35; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 70 ff.).

12.1.8 Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5). Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N. 72; relativierend REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 431 ff.). Sie wird dann angenommen, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5; 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.1).

12.1.9 Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 119).

12.1.10 Eine solche Wettbewerbsbeschränkung muss gemäss Art. 4 Abs. 1 KG alternativ bezweckt oder bewirkt sein (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6).

12.1.11 Schliesslich setzt Art. 4 Abs. 1 KG voraus, dass es sich um Abreden von mindestens zwei Unternehmen auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen handelt. Damit werden alle Arten von Abreden erfasst, unabhängig davon, ob sich die daran teilnehmenden Unternehmen auf derselben oder verschiedenen Marktstufen befinden. Wesentlich ist einzig, dass die Unternehmen überhaupt auf dem Markt tätig sind. Entsprechend können neben den horizontalen und den vertikalen Abreden auch sog. konglomerate Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, bei denen die Unternehmen weder auf dem gleichen Markt aktiv noch auf jeweils vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind (Urteil B-3618/2013, Hallenstadion, E. 299 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 81).

12.2 Informationsaustausch

12.2.1 Der Informationsaustausch ist ambivalenter Natur. Er kann je nach Ausgestaltung wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd wirken (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 150; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 138 f.). Ob ein kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch als Vereinbarung oder als abge-

stimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

12.2.2 Ein Informationsaustausch kann bilateral oder multilateral, direkt zwischen den Unternehmen, indirekt über gemeinsame Einrichtungen bzw. Dritte oder durch einseitige Offenlegung erfolgen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 145; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 131; Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259/1 vom 21. Juli 2023, Rz. 368 und 401 [im Folgenden: EU-Horizontalleitlinien]). Dabei kann der Informationsfluss sowohl horizontal zwischen Wettbewerbern, vertikal zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen oder in konglomeraten Verhältnissen stattfinden (MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 132).

12.2.3 Zudem ist aus kartellrechtlicher Sicht zwischen selbständigen und unselbständigen Informationsaustauschen zu unterscheiden. Ein unselbständiger Informationsaustausch liegt vor, wenn dieser einen Bestandteil einer anderen Wettbewerbsabrede bildet und namentlich der Überwachung der Einhaltung dieser Abrede dient. Die Prüfung eines solchen Austausches erfolgt im Rahmen der Prüfung der Hauptabrede. Demgegenüber ist ein reiner oder selbständiger Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern ein Austausch, der auf einer «stand alone»-Basis erfolgt, d.h. nicht Teil einer anderen Wettbewerbsabrede ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 149; WOLFGANG DESELAERS, Anscheinsbeweis für das Entstehen eines Schadens bei blossen Informationsaustausch, S. 203 f., in: Kokott/Pohlmann/Polley, Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag, Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht, 2018).

12.3 Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG

12.3.1 Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit unter Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist, ob Wettbewerbsparameter berührt sind. Denn die Beschwerdeführerin macht geltend, ein Informationsaustausch müsse zwingend einen Wettbewerbsparameter betreffen, der aus Sicht der Marktgegenseite relevant sei, wobei die strategische Unsicherheit entgegen der Behauptung der Vorinstanz kein Wettbewerbsfaktor darstelle.

12.3.2 Als Wettbewerbsparameter gelten sämtliche Faktoren, die durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können, da sie von diesen - d.h. der Marktgegenseite - für den Geschäftsabschluss als relevant erachtet werden (Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023, Baubeschläge, E. 267; vgl. auch Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 4.5.3.1; BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: eine kartellrechtliche Beurteilung, Diss. 2012, S. 289; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 66). Das Bundesgericht nennt als Wettbewerbsfaktoren «im Wesentlichen» Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5). Sehr vergleichbar wer-

den in Rz. 421 der Horizontalleitlinien betreffend den Informationsaustausch Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation in nicht abschliessender Weise aufgezählt. Blattmann bezeichnet den Preis, die Menge, die Art und Qualität des Produktes (bzw. einer Leistung) sowie die Beratung, das Marketing, die Geschäftsbedingungen, die Lieferbedingungen, die Bezugsquellen oder die Vertriebskanäle als informationsaustauschspezifische Wettbewerbsparameter (BLATTMANN, a.a.O., S. 289).

12.3.3 Der Austausch von Preisinformationen ist dabei der eigentliche Klassiker unter den Informationssystemen (BLATTMANN, a.a.O., S. 290 f.).

12.3.4 Auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG muss eine Wettbewerbsabrede bzw. ein Informationsaustausch in einem Zusammenhang zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf diese(n) zulassen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 118; BLATTMANN, a.a.O., S. 289).

12.3.5 Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-141/2012 i.S. Estée Lauder allerdings klargestellt, dass unter Art. 4 Abs. 1 KG noch keine hohen Anforderungen an diese Prüfung zu stellen sind. Hinsichtlich des Wettbewerbsfaktors Preis reicht ein Preisbezug aus, um die Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsparametern ist hingegen erst Gegenstand der Untersuchung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit gemäss Art. 5 KG (Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 4.5.3.2 und 4.5.4.1.4).

12.3.6 Die strategische Unsicherheit ist - wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt - für sich kein Wettbewerbsparameter, wie es etwa der Preis ist. Jedoch bezieht sich die strategische Unsicherheit immer auf das Verhalten der Konkurrenten in Bezug auf einen bestimmten Wettbewerbsparameter.

12.3.7 Zinssätze und Restwerte stellen - wie in E. 8.9 oben und im Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.13 dargelegt - wesentliche Variablen bei der Berechnung der Leasingrate des Endkunden dar. Auch Gebühren bilden einen integralen Bestandteil des Leasingvertrages (s. auch E. 8.18 oben). Alle drei Variablen weisen damit einen Preisbezug auf. Damit kann bereits an dieser Stelle hinsichtlich der ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen, Restwerten und Gebühren den für Art. 4 Abs. 1 KG hinreichenden Wettbewerbsparameterbezug bejaht werden. Es ist die strategische Unsicherheit hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Preis betroffen.

12.4 Notwendigkeit einer Schadenstheorie?

12.4.1 Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei zwingend notwendig, dass eine fundierte ökonomische Schadenstheorie aufgestellt werde. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG, wonach Wettbewerbsabreden nur abgestimmte Verhaltensweisen bzw. Vereinbarungen sein könnten, die eine Wettbewerbsabrede bezweckten oder bewirkten. Um zu prüfen, ob ein Verhalten eine Wettbewerbsbehinderung bezwecken oder bewirken könne, sei es notwendig, zunächst die ökonomische Schadenstheorie zu ermit-

teln, die dieser Wettbewerbsbehinderung zugrunde liegen. Erst wenn diese bestimmt sei, könne das fragliche Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs.1 i.V.m. Art. 5 KG untersucht und beurteilt werden. Bei kartellrechtlich ambivalenten Informationsaustauschen zeige sich die Unerlässlichkeit einer ökonomisch fundierten Schadenstheorie im besonderen Masse.

12.4.2 Im von der Beschwerdeführerin eingereichten Parteigutachten von Swiss Economics vom 7. September 2021 wird ebenfalls das Fehlen einer konsistenten Schadenstheorie kritisiert. Ohne konkrete Schadenstheorie könne nicht beurteilt werden, ob von einem Informationsaustausch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausgehe. Deshalb hätte die Vorinstanz gemäss den Gutachtern in einem ersten Schritt eine konsistente Schadenstheorie formulieren müssen, wobei primär eine stillschweigende Kollusion betreffend Standardzinssätze in Frage komme. Diese hätte die Vorinstanz in einem zweiten Schritt eingehend prüfen müssen. Dabei wäre insbesondere darzulegen gewesen, dass bei perfekter Transparenz eine Kollusion in Bezug auf die spezifischen Merkmale des definierten Marktes für Automobilleasing überhaupt möglich gewesen wäre. In einem dritten Schritt wäre zu zeigen gewesen, dass der Markt durch den Informationsaustausch hätte (kausal) kollusionsanfällig werden können.

12.4.3 Die Vorinstanz ihrerseits verneint die Notwendigkeit einer Schadenstheorie. Das Bundesverwaltungsgericht habe sich im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 i.S. SIX gegen die Notwendigkeit der Anwendung einer Schädigungstheorie ausgesprochen. Zudem gehe auch aus BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II kein Erfordernis einer konkreten Schädigungstheorie bei abgestimmten Verhaltensweisen hervor. Die Unzulässigkeit von abgestimmten Verhaltensweisen betreffend Preise entspreche dem Willen des Gesetzgebers. Es gelte das Primat des gesetzgeberischen Willens gegenüber theoretischen ökonomischen Überlegungen, welche naturgemäss widersprüchlich seien. Die Forderungen im Parteigutachten, wonach bestimmte ökonomische Theorien zwingend zu prüfen seien, seien zurückzuweisen. Andernfalls würden einzelne theoretische Konstrukte auf systemfremde Weise zu eigentlichen Tatbestandsmerkmalen erhoben.

12.4.4 Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz bei kartellrechtlichen Untersuchungen eine konkrete einzelfallbezogene Schadenstheorie formulieren muss.

12.4.5 In der Lehre wird unter einer Schadenstheorie (theory of harm) eine ökonomische Darstellung verstanden, die es der Wettbewerbsbehörde oder dem Gericht ermöglicht, solide ökonomische Grundsätze auf die Fakten eines Falles anzuwenden (DIEBOLD/RÜTSCHKE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, 2024, § 3 Rz. 59; AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, Art. 7 N. 148; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Bailey/John (Hrsg.), European Union Law of Competition, 8. Aufl., 2018, Art. 102 AEUV Rz. 10.059). Bei der Formulierung einer Schadenstheorie geht es mit anderen Worten darum zu klären, ob unter Berücksichtigung der konkreten Umstände eine überzeugende ökonomische Argumentation existiert, die aus dem Wettbewerbsverhalten der Unternehmung kausal und plausibel einen Wohlfahrts-

schaden vermuten lässt. Damit geht die Prüfung einher, ob das untersuchte Verhalten auch pro-kompetitive Effekte haben kann (Nicht-Schadens-Theorie). Schadenstheorien drücken aus, wie der Wettbewerb im Vergleich zu einem angemessenen Alternativszenario beeinträchtigt würde und dies letztendlich zu einem Schaden für die anderen Marktteilnehmer führt. Insoweit füllt die Schadenstheorie den Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung aus (Monopolkommission, Hauptgutachten XXII, 2018, S. 252 f; abrufbar unter https://monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf [zuletzt abgerufen: 28.08.2025]).

12.4.6 Was die Beschwerdeführerin selbst und die Parteigutachter unter einer Schadenstheorie verstehen und weshalb und an welcher Stelle eine solche zu formulieren ist, ist gestützt auf ihre Vorbringen hingegen nicht restlos klar. Die Forderung der Parteigutachter scheint auf der Annahme zu beruhen, dass ein Informationsaustausch nur sanktioniert werden kann, wenn eine tatsächliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewiesen ist, die sich ursächlich auf den Informationsaustausch zurückführen lässt. Dies ergibt sich aus dem Aufbau des Parteigutachtens, welchem im Übrigen nicht die Qualität eines Beweismittels, sondern einer blossen Parteibehauptung zukommt (statt vieler Urteil des BGER 2C_750/2020 vom 25. März 2021 E. 9.3.2 m.w.H.; Urteil des BGER A-4721/2021 vom 3. Januar 2024 E. 6.5). Entsprechend fordern die Parteigutachter insbesondere im Zusammenhang mit Art. 5 KG das Formulieren einer Schadenstheorie. Demgegenüber scheint die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben vorrangig im Kontext von Art. 4 Abs. 1 KG das Formulieren einer Schädigungstheorie zu verlangen (vgl. insbesondere Stellungnahme vom 27. Februar 2023, Rz. 49 f.; s. 12.4.1 oben).

12.4.7 Die Notwendigkeit der Formulierung einer Schadenstheorie lässt sich jedenfalls nicht für alle kartellrechtlichen Tatbestände einheitlich beantworten. Vielmehr ist anhand der gesetzgeberischen normativen Konzeption zwischen den einzelnen Tatbeständen zu differenzieren.

12.4.8 Nachfolgend wird diese Frage deshalb zunächst für Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, anschliessend für Art. 5 Abs. 1 KG und schliesslich für Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (betr. Art. 7 KG: vgl. Urteil des BGER 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025, Medikamenteninformationen Vifor, E. 10).

12.4.9 In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG arbeitet das Kartellgesetz mit Vermutungstatbeständen für harte Kartelle, die an die zentralen Wettbewerbsparameter Preis, Mengen, Kunden und Gebiete sowie Marktzugang anknüpfen. Beeinträchtigt ein tatbestandsmässiges Verhalten das freie Spiel dieser Wettbewerbsparameter oder den freien Zugang zum Markt, so wird die unzulässige Gefährdung des Wettbewerbs basierend auf allgemeinen ökonomischen Erfahrungssätzen kraft Gesetzes vermutet oder als erwiesen erachtet (DIEBOLD/RÜTSCHKE, a.a.O., § 3 Rz. 69; HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N. 99). Den Vermutungstatbeständen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) liegen im Kern bereits allgemeingültige Schädigungstheorien zugrunde, die zufolge des mit BGE 143 II 297 i.S. Gaba (E. 5.4.2) festgelegten «Grundsatzes der Erheblichkeit» keiner Einzelfallprüfung mehr bedürfen (DIEBOLD, Edi-

toral, SZK 2024 9, S. 1; DIEBOLD/RÜTSCHKE, a.a.O., § 3 Rz. 69 i.V.m. Rz. 50 ff.; WASER/TRAVAGLINI, Keine ausufernden Per-se-Regeln, SZK 2024 9, S. 9 ff., S. 10 f.).

12.4.10 Art. 5 Abs. 3 und 4 KG stellen somit «im Grundsatz» abstrakte Gefährdungstatbestände dar, denen bereits eine allgemeingültige Schädigungstheorie zugrunde liegt, wobei der Rechtfertigungsgrund der wirtschaftlichen Effizienz zugelassen wird (Art. 5 Abs. 2 KG; DIEBOLD/RÜTSCHKE, a.a.O., § 3 Rz. 69).

12.4.11 Anders verhält es sich bei Art. 5 Abs. 1 KG. Diese Bestimmung ist als konkreter Gefährdungstatbestand ausgestaltet. Hier muss die konkrete Gefährdung des Wettbewerbs - d.h. die Eignung des Verhaltens zur Wettbewerbsbeeinträchtigung - im Einzelfall plausibel aufgezeigt werden. Die Wettbewerbsbehörden haben bei Art. 5 Abs. 1 KG somit eine konkrete Schädigungstheorie (theory of harm) zu entwickeln, aus der gestützt auf die empirische Evidenz und ökonomische Erfahrungssätze hervorgeht, dass das Verhalten der betroffenen Unternehmen im Einzelfall geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen (DIEBOLD/RÜTSCHKE, a.a.O., § 3 Rz. 71 und Rz. 56 ff.; vgl. DIEBOLD, Editorial, SZK 2024 9, S. 1).

12.4.12 Bei Art. 4 Abs. 1 KG ist demgegenüber - wie bereits erwähnt (s. E. 12.1.1) - nur zu prüfen, ob eine Verhaltenskoordination zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) vorliegt, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dabei genügt bereits das Potenzial einer Wettbewerbsbeschränkung (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.3.3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE KG Art. 4 Abs. 1 N. 118). Dieses Beschränken des Wettbewerbs gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich neutral. Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG (s. E. 12.1.9 oben). Allfällige prokompetitive Effekte des fraglichen Verhaltens werden grundsätzlich erst im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG geprüft (Urteil des BGer im vereinigten Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 vom 1. Dezember 2021, Markant, E. 4.1.5.2; Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 4.7.4.1 m.w.H. auf die Lehre in E. 4.7.3.2 f.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 119).

12.4.13 Daraus folgt, dass im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 KG nicht über das Prüfen der bereits aus dem Gesetzeswortlaut hervorgehenden, erwähnten Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 KG hinaus «eine Schädigungstheorie» formuliert werden muss. Andernfalls würden bei Art. 4 Abs. 1 KG - wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht - in unzulässiger- und systemfremder Weise zusätzliche Tatbestandsmerkmale eingeführt, die vom Gesetzgeber dort so nicht vorgesehen sind. Eine Schädigungstheorie im eigentlichen Sinne ist erst bei Art. 5 Abs. 1 KG notwendig. Greifen die Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG, muss grundsätzlich keine konkrete einzelfallbezogene Schadenstheorie formuliert werden, da diesen Bestimmungen bereits eine allgemeingültige Schädigungstheorie zugrunde liegt. Diese Fälle sind allerdings einer Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich, weshalb hier eine einzelfallbezo-

gene «Nicht-Schädigungstheorie» formuliert werden kann. Gelingt dies nicht oder überzeugt die formulierte «Nicht-Schädigungstheorie» nicht, ist von einer «Schädigung» auszugehen.

12.5 Fazit für die weitere Prüfung

Die Vorinstanz hat den der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Sachverhalt als eigenständigen Informationsaustausch geprüft. Daher ist nachfolgend in Übereinstimmung mit der Vorinstanz anhand der in E. 12.1.1 und 12.1.7 ff. aufgezeigten Tatbestandsmerkmale zu prüfen, ob mit den in E. 10 dargelegten Verhaltensweisen hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten. Das Formulieren einer konkreten Schädigungstheorie ist hierzu nicht erforderlich. Ein hinreichender Wettbewerbsparameterbezug wurde bereits in E. 12.3.7 oben bejaht.

13. Abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG hinsichtlich Informationsaustausche zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren

13.1 Abgestimmte Verhaltensweise

13.1.1 Abstimmung

13.1.1.1 Das erste Element der abgestimmten Verhaltensweise bildet, wie erwähnt, die Abstimmung bzw. Koordinierung.

13.1.1.2 Die Vorinstanz bejahte hinsichtlich der Austausche von Informationen zu den Zinssätzen, Restwerten und Gebühren eine Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und den übrigen Captives. Diese Informationsaustausche hätten eine Vielzahl an Daten umfasst, welche u.a. die zukünftige Marktstrategie betroffen bzw. Rückschlüsse auf das zukünftige Handeln der Wettbewerber zugelassen hätten. Der Austausch und die Art der Informationen habe es der Beschwerdeführerin erlaubt, die strategische Ungewissheit hinsichtlich des Marktverhaltens ihrer Wettbewerber erheblich zu reduzieren. Zudem seien damit die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert worden. Das Verhalten der Captives bzw. der Informationsaustausch sei weit über eine sogenannte Fühlungnahme hinausgegangen und habe damit das geforderte Mindestmass an Koordination deutlich überschritten.

13.1.1.3 Die Beschwerdeführer bestreitet demgegenüber das Vorliegen einer Abstimmung. Der blosser Austausch von Informationen sowie die Voraussehbarkeit des Marktverhaltens der übrigen Marktteilnehmer reiche für die Annahme einer Abstimmung nicht aus. Vielmehr sei erforderlich, dass sich die Beteiligten aufgrund des Informationsaustausches über ihr künftiges wettbewerblches Verhalten abstimmen würden, um bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten zu lassen. Dass mit den ausgetauschten Informationen leichter ein Kollusionsergebnis herbeigeführt werden könne, genüge nicht, zumal dies einen per se sanktionierten Kartellrechtsverstoss bei einem Informationsaustausch zur Folge hätte. Vorliegend seien keine Informationen über künfti-

ges geplantes Verhalten bzw. Strategien ausgetauscht worden. Auch hätten die Captives keine Informationen geteilt, um sich bezüglich ihres Marktverhaltens abzustimmen. Es sei weder die strategische Ungewissheit über das künftige Marktverhalten der anderen Captives in irgendeiner Weise reduziert, noch sonst wie das zukünftige Verhalten angepasst worden.

13.1.1.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfordert eine abgestimmte Verhaltensweise, dass die Wettbewerbsteilnehmer «bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen» (BGE 129 II 18, Sammelrevers, E. 6.3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 55). Es handelt sich hierbei um eine Übernahme der Umschreibung des EuGH, die ihren Ausgangspunkt im Selbstständigkeitspostulat hat. Danach hat jedes Unternehmen sein Marktverhalten selbständig zu bestimmen (statt vieler: Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343 Rn. 26; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 55; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 76) und sich im Wettbewerb selbständig zu behaupten, ohne sich mit Wettbewerbern abzustimmen (STEPHANIE PAUTKE, Compliance-Handbuch Kartellrecht, 2. Aufl. 2021). Verboten ist jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen mit dem Ziel oder der Wirkung, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen Mitbewerber über das eigene Marktverhalten ins Bild zu setzen, welches man entschlossen ist zu zeigen bzw. in Erwägung zieht zu zeigen (Urteile des EuGH T-Mobile Netherlands, Rn. 33; vom 19. März 2015 C-286/13 P Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe, ECLI:EU:C:2015:184 Rn. 120; vom 12. Januar 2023 C-883/19 P Euro-Zinsderivate [HSBC], ECLI:EU:C:2023:11 Rn. 113 f. und 202; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 55).

13.1.1.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt, dass die Abstimmung keine Willensübereinstimmung ist und auch nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen abstellt. Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme notwendig. Neben einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch kommt auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Die Verhaltensabstimmung beruht auf Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich sind. Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig, auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.2 m.H. auf BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.3; 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 6.3). Aus welchen Gründen die Informationen ausgetauscht werden, ist unerheblich. Relevant ist einzig, dass die Fühlungnahme geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen (Urteil B-4596/2019,

Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.7 m.H. auf BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 5.2.2; RAFFAEL GÜBELI, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, AJP 2017, S. 50 ff., 54).

13.1.1.6 Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls klargestellt, dass die blossе Tatsache, dass Informationen ausgetauscht werden, für die Annahme einer Abstimmung nicht ausreicht. Es erwog, die ausgetauschten Informationen müssten zudem objektiv geeignet sein, die Unsicherheit bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder die anderen Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Es müsse geprüft werden, ob der Informationsaustausch Daten beinhaltet habe, welche die zukünftige Marktstrategie der Marktteilnehmer betroffen bzw. Rückschlüsse darauf zugelassen hätten (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.7 m.H. auf BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.2; BLATTMANN, a.a.O., S. 286; vgl. Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.2.1; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 130 und 133). Bereits deshalb kann, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, nicht von per se sanktionsbewehrten Informationsaustauschen die Rede sein.

13.1.1.7 Das Tatbestandsmerkmal «Abstimmung» erfordert darüber hinaus aber nicht, dass sich die beteiligten Unternehmen effektiv über ein zukünftiges Verhalten abstimmen.

13.1.1.8 Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, wonach das Tatbestandsmerkmal Abstimmung eine tatsächliche Anpassung des Verhaltens erfordere (vgl. auch Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 76 und 129 ff.), widerspricht nicht nur der oben zitierten, noch jungen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, sondern weicht auch von den EU-Horizontalleitlinien (Rz. 375) und der Rechtsprechung des EUGH ab (Urteile des EUGH Euro-Zinsderivate [HSBC], Rn. 123; vom 26. Januar 2017 C-609/13 P Duravit u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2017:46 Rn. 135; vom 15. März 2000 T-25/95 et al. Cimentieries CBR u.a./Kommission, EU:T:2000:77 Rn. 1852; vom 16. Dezember 1975 40/73 Suiker Unie, Slg. 1975, 1993 Rn. 173 f.). Danach genügt es für den Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise, wenn zwischen Wettbewerbern zur Vorbereitung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung geschäftliche Informationen ausgetauscht werden. Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass sich diese Wettbewerber förmlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet oder ihr künftiges Marktverhalten gemeinsam festgelegt haben. Im Urteil i.S. Euro-Zinsderivate (HSBC) wurde ferner festgehalten, dass es auch nicht darauf ankomme, ob die Wettbewerber «ein wirtschaftliches Interesse daran hatten, den variablen Zinssatz auf einem bestimmten Niveau festzulegen» (Urteil des EUGH Euro-Zinsderivate [HSBC], Rn. 123).

13.1.1.9 Schliesslich bestätigen zahlreiche Lehrmeinungen implizit oder explizit, dass für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals «Abstimmung» keine effektive Abstimmung über das gemeinsame Marktverhalten vorausgesetzt wird (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 57; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 N. 34; PETER BEHRENS, Europäi-

sches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rz. 866 ff., 871 f.; DESELAERS, a.a.O., S. 204; WAGNER-VON PAPP, in: Säcker et al., Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl., 2023, Art. 101 AEUV Rz. 353; PASCHKE, in: Säcker et al., Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl., 2023, Art. 101 AEUV Rz. 157 ff.).

13.1.1.10 Folglich ist vorliegend beim Tatbestandsmerkmal «Abstimmung» nicht zu prüfen, ob die beteiligten Unternehmen sich effektiv über zukünftiges Verhalten abgestimmt haben. Vielmehr ist was folgt zu untersuchen (vgl. BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.2 m.H. auf PETER BEHRENS, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rz. 866 f., DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 6. Aufl. 2019, N. 87 zu Art. 101 Abs.1 AEUV; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 77):

- Liegt ein Informationsaustausch vor?
- Betrafen die ausgetauschten Informationen die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber bzw. liessen sie Rückschlüsse darauf zu?
- Ist die Kenntnis der ausgetauschten Daten geeignet, normalerweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen der anderen Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten zu vermindern oder zu beseitigen?

13.1.1.11 Dabei ist, wie bereits erwähnt (s. E. 13.1.1.5 oben), ein gemeinsamer Plan der Teilnehmenden nicht erforderlich. Ebenso unerheblich ist, aus welchen Gründen die Captives Informationen ausgetauscht haben. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe sich nicht bewusst und gewollt mit anderen Captives abgestimmt zum Zweck, den Wettbewerb zu beschränken, und der Informationsaustausch sei auch nicht darauf ausgerichtet gewesen, ein abgestimmtes Preismodell zu entwickeln oder eine entsprechende abgestimmte Verhaltensweise zu bewirken, erweisen sich daher nicht als stichhaltig.

13.1.1.12 Vorliegend unbestritten ist, dass zwischen der Beschwerdeführerin und den Captives während über sieben Jahren bi- und multilaterale Informationsaustausche stattfanden. Die Captives haben monatlich ihre Zinssätze geteilt, wobei insgesamt 93 Tabellen mit Standard- und Sonderzinssätzen (sowie Provisionen) erstellt und versendet wurden (s. E. 10.3 oben). Zudem gab es in diesem Zeitraum 24 Captive-Meetings, an welchen u.a. die Zinssätze (generell sowie bezüglich der jeweils bevorstehenden Automessen), Restwert- bzw. Auflösetabellen und Gebühren diskutiert wurden (s. E. 10.1 und 10.2 oben). Schliesslich fand auch per E-Mail und Team-Space ein bi- und multilateraler Austausch über Provisionen, Restwerte und Gebühren statt (s. E. 10.5 oben).

13.1.1.13 Umstritten und nachkommend zu untersuchen ist jedoch, ob diese ausgetauschten Daten die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betrafen bzw. Rückschlüsse darauf zu liessen und ob deren Kenntnis geeignet war, normalerweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen der anderen Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten zu vermindern oder zu beseitigen.

13.1.1.14 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance aufgezeigt, mit welchem Prüfprogramm untersucht werden kann, ob der Austausch Informationen beinhaltet, welche die zukünftige Marktstrategie der Marktteilnehmer betrafen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen. Dabei hielt es fest, dass hierzu nicht nur der Inhalt der Informationen im engeren Sinn relevant sei, sondern eine gegenseitige Abstimmung auch einfacher erzielt werden könne, je häufiger die Informationsaustausche erfolgten und je detaillierter, je aggregierter und aktueller die ausgetauschten Informationen seien. Entsprechend können die von der Praxis zur Prüfung des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung entwickelten Beurteilungskriterien herangezogen werden, womit das Wesen des Informationsaustausches und die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen anhand folgender Merkmale zu betrachten sei: (i) strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen bzw. Inhalt und Art der Information, (ii) Marktabdeckung des Informationsaustausches, (iii) Aggregationsniveau der ausgetauschten Informationen, (iv) Aktualität bzw. Alter der Daten, sowie (v) Frequenz bzw. Häufigkeit des Austausches. Von Bedeutung sei weiter, ob die ausgetauschten Informationen (vi) und das Resultat des Informationsaustausches (vii) öffentlich zugänglich seien (Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.5 f. m.H. auf BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.2.2; Rz. 86-94 der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Abl C 11/1 vom 14. Januar 2011 [EU-Horizontalleitlinien 2011]; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 159 ff.; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 130 und 133 f.; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 und 153; BLATTMANN, a.a.O., S. 286, 288 ff. und 316; GÜBELI, a.a.O., S. 231 m.w.H.; vgl. auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.109).

13.1.1.15 Hinsichtlich dieser einzelnen Kriterien kann gestützt auf die Lehre und Rechtsprechung im Allgemeinen was folgt festgehalten werden (vgl. dazu Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.11 f. E. 5.2.2.18, 5.2.2.20, 5.2.2.23 f., 5.2.2.34, 5.2.2.38 f., 5.5.5.46 f. m.w.H.; Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 6.4.1.1.1, 6.4.1.2.1, 6.4.1.3.1 m.w.H.; Rz. 384 ff. der EU-Horizontalleitlinien; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 und 153; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 158-163; BLATTMANN, a.a.O., S. 225, 289, 292 und 296-299; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 237 ff., 244, 246 f., 253 f.):

- Strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen: Die Verhaltensweise muss sich auf die Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters beziehen, wobei aufgrund bestehender Wechselwirkungen nicht nur der direkte Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter zu einer abgestimmten Verhaltensweise führen kann, sondern sich auch Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter oftmals auf solche zurückführen lassen. Strategisch am wichtigsten sind im Allgemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Generell wird der Austausch von

vertraulichen, firmenspezifischen bzw. strategischen Daten die Entscheidungen der Parteien beeinflussen.

- Marktabdeckung des Informationsaustausches: Die Gefahr einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Informationsaustausches steigt, wenn die daran beteiligten Unternehmen einen grösseren Teil des relevanten Marktes abdecken.
- Aggregationsniveau der Informationen: Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu. Daten gelten als hinreichend aggregiert, wenn sie anonym sind und keine Möglichkeit besteht, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können.
- Aktualität der ausgetauschten Daten: Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten. Der Austausch historischer Daten gilt in der Regel als wettbewerbsrechtlich unbedenklich.
- Frequenz des Informationsaustausches: Ein häufiger Informationsaustausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, das Verhalten der Konkurrenten und die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten. Je häufiger Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Unternehmen ihre Geschäftsstrategien an die Konkurrenz anpassen.
- Öffentlichkeit der ausgetauschten Informationen: Der Austausch leicht verfügbarer bzw. echter öffentlicher Informationen wird kaum als problematisch qualifiziert. Echte öffentliche Informationen sind Informationen, zu denen alle Marktteilnehmer (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermassen leicht Zugang haben. Für nicht am Austauschsystem beteiligte Marktteilnehmer darf es nicht teurer sein, sich diese Informationen zu beschaffen, als für die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen. Entsprechend handelt es sich dann nicht um echte öffentliche Daten, wenn die mit der Beschaffung der Daten verbundenen Kosten so hoch sind, dass die Kosten die Marktteilnehmer davon abhalten, sich diese Informationen zu beschaffen.
- Öffentlichkeit des Resultats des Austausches: Ein Austausch von Informationen einzig unter den Wettbewerbern unter Ausschluss der Marktgegenseite ist kartellrechtlich bedenklicher, als wenn die übrigen Marktteilnehmer, namentlich die Nachfrager, ebenso von der gesteigerten Transparenz profitieren bzw. wenn diesen der Zugang zum Resultat der ausgetauschten Informationen zu denselben Bedingungen offensteht. Solange der Zugang zum System offen ausgestaltet ist, kann es jedoch legitim sein, in einem Marktinformationssystem den Zugang zu ausgewerteten Daten auf diejenigen Unternehmen zu beschränken, die ihre Daten zur Verfügung gestellt haben.

13.1.1.16 Die Vorinstanz ihrerseits hat diese Prüfung in Rz. 340 ff. der angefochtenen Verfügung im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung vorgenommen. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe diese

Kriterien zu schematisch geprüft. Im zweiten Parteigutachten vom 1. April 2022 wird von einem sogenannten «blinden» Checklisten-Ansatz gesprochen.

13.1.1.17 Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass diese Kriterien der Praxis der ausländischen Wettbewerbsbehörden entsprechen und in den EU-Horizontalleitlinien enthalten sind. Die Horizontalleitlinien stellen ein ökonomisch fundiertes Prüfschema dar, welches bereits bei einer Vielzahl von Fällen zu Informationsaustauschen zur Anwendung gekommen ist und ihre Basis in der Theorie und Empirie von Kollusion hat. Mit der Neuformulierung der Horizontalleitlinien vom 21. Juli 2023 ist es ferner nicht zu einem grundsätzlich neuen Prüfschema gekommen, sondern das bestehende Prüfschema der Horizontalleitlinien 2011 wurde lediglich konkretisiert. Zudem werden die genannten Faktoren nachkommend - gleich wie in der angefochtenen Verfügung - nicht isoliert für sich alleine, sondern in einer umfassenden Gesamtabwägung analysiert. Schliesslich werden in einem weiteren Schritt auch die konkreten Wettbewerbsbedingungen und die Marktstruktur anhand unterschiedlicher Faktoren geprüft (s. E. 13.1.1.79 ff. unten). Diese wurden in der angefochtenen Verfügung ebenfalls bereits diskutiert. Die Rüge der Anwendung eines «blinden» Checklisten-Ansatzes vermag daher nicht zu überzeugen.

13.1.1.18 Nachkommend werden die von der Beschwerdeführerin und den anderen Captives praktizierten Informationsaustausche bzw. die ausgetauschten Informationen je separat hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren anhand der genannten Kriterien in einer Gesamtwürdigung analysiert.

Austausch von Informationen über Zinssätze

13.1.1.19 Hinsichtlich des Informationsaustausches zu den Zinssätzen erwog die Vorinstanz, dass die von den Leasingnehmerinnen im Rahmen der Leasingrate zu entrichtende Zinskomponente unmittelbar durch den Zinssatz bestimmt werde. Der monatliche Austausch von Standard- und Sonderzinssätzen, von Zinssätzen hinsichtlich der Automessen sowie von Kommissionen habe demnach unternehmensspezifische Informationen zu Endkundenpreisen enthalten. Dem Informationsaustausch sei strategische Bedeutung zugekommen. So seien die Captive-Meetings bewusst vor den wichtigsten Automessen angesetzt und für den Austausch von den dort geltenden Zinssätzen genutzt worden. Mit dem Teilen von Informationen zu Kostenfaktoren bezüglich der Zinssätze seien zudem weitere strategische Informationen betroffen gewesen.

13.1.1.20 Ferner sei erstellt, dass der Austausch einen Grossteil des von den Verhaltensweisen betroffenen Marktes abgedeckt habe. Die ausgetauschten Informationen seien nicht aggregiert gewesen. Die Daten hätten jederzeit den einzelnen Captives (und Non-Captives) zugeordnet werden können. Die von den Captives monatlich in Tabellen geteilten Daten zu den Zinssätzen seien weitestgehend aktuell und teilweise zukunftsbezogen gewesen (z.B. Gültigkeitsdauer der Promotionen). Auch der an den Captive-Meetings vorgenommene Austausch der an den Automessen gültigen Konditionen habe zukunftsbezogene Daten betroffen, zumal die Besprechungen jeweils im Vorfeld der Automessen stattgefunden hätten.

13.1.1.21 Zudem würden die geteilten Zinssätze keine echten öffentlichen Informationen darstellen, was namentlich durch die glaubhafte Aussage von Mühlmann Consulting bestätigt werde. Das Resultat des Austausches sei nur den beteiligten Captives zur Verfügung gestanden. Der Austausch sei sehr häufig und über einen sehr langen Zeitraum erfolgt. Dadurch sei ein konstantes, aktuelles sowie lückenloses Monitoring von Veränderung der Zinssätze auf dem Markt ermöglicht worden.

13.1.1.22 Die Beschwerdeführerin beanstandet im Wesentlichen die vorinstanzlichen Erwägungen zur strategischen Relevanz, zur Öffentlichkeit und zum Alter der ausgetauschten Zinsinformationen.

13.1.1.23 Hinsichtlich des Alters der ausgetauschten Daten macht sie geltend, keine zukunftsgerichteten Informationen geteilt zu haben. Die monatlich ausgetauschten Tabellen zu den Zinssätzen hätten nur aktuelle Informationen enthalten, welche den Captives keine Anpassung des künftigen Verhaltens ermöglicht hätten, was in diversen Einvernahmen bestätigt worden sei (L. _____ [D. _____], M. _____ [F. _____] und N. _____ [B. _____]). Die Captives hätten nicht gewusst, welche neuen Aktionen die anderen Captives nach Ablauf der laufenden Angebote lancieren würden. Zudem mache das von der Vorinstanz angesprochene konstante, aktuelle Monitoring mangels Vorliegens einer Verständigung über eine bestimmte Zinshöhe sowie der fehlenden Überwachung einer solchen Vereinbarung keinen Sinn.

13.1.1.24 Wie in E. 13.1.1.15 bereits erwähnt, ist nicht nur der Austausch von zukünftigen Daten, sondern bereits der Austausch von aktuellen Informationen als problematisch zu beurteilen (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.33 i.V.m. 5.2.2.22, vgl. dazu auch Urteil des EuGH vom 29. Juli 2024 C-298/22 Banco BPN/BIC Português SA et al., ECLI:EU:C:2024:638 Rn. 65 sowie Urteile des EuG vom 6. November 2024 T-386/21 und T-406/21 Crédit agricole et al., ECLI:EU:T:2024:776 Rn. 582; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 394). Vorliegend tauschten die Captives mit den als «Benchmark» und «Leasing-Survey» bezeichneten Tabellen jeweils gegen Ende des Vormonates bzw. zu Monatsbeginn die in diesem Monat gültigen Zinssätze aus (s. E. 10.3.5 oben; vgl. Vorinstanz, act. 3038 und 2907 Rz. 81 ff.). Es waren somit Daten betroffen, die in Kürze zur Anwendung gelangten oder zu jener Zeit angewandt wurden. Folglich liegt - wie die Vorinstanz zutreffend erwog - mindestens ein Austausch aktueller Informationen vor.

13.1.1.25 Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzustimmen, dass gestützt auf die ausgetauschten Daten keine Captive mit Gewissheit wusste, welche Zinssätze die anderen nach Ablauf einer Aktion anbieten würden. Allerdings erlaubt der regelmässige Austausch einer umfassenden und aktuellen Datensammlung wie der vorliegenden, Tendenzen vorauszusagen, das Verhalten der Wettbewerber zu überwachen, Veränderungen an ihrer Strategie zu erkennen und Anpassungen am eigenen Verhalten vorzunehmen. Daher ermöglicht bereits die Kenntnis aktueller Daten - vor allem, wenn diese wie im vorliegenden Fall über mehrere Jahre regelmässig aus-

getauscht werden - die Verhaltensweisen der Wettbewerber auf dem Markt zu antizipieren (s. E. 13.1.1.15 oben; s. Rz. 350 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass der vorliegende Austausch hinsichtlich der Zinssätze ein konstantes, aktuelles Monitoring der im Vergleich zu den Vormonaten vollzogenen Änderungen ermöglichte. Dieses Monitoring wurde zusätzlich vereinfacht, indem in den Tabellen Änderungen farblich hervorgehoben wurden.

13.1.1.26 Der Behauptung der Beschwerdeführerin, ein konstantes, aktuelles Monitoring mache nur Sinn, wenn sich die Beteiligten mit einer Vereinbarung auf eine bestimmte Zinshöhe verständigen und die Einhaltung der Vereinbarung überwachen, kann nicht gefolgt werden. Der Begriff Monitoring wird in vielen Zusammenhängen genutzt und bedeutet gemäss Duden «(Dauer)beobachtung (eines bestimmten Systems)» (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/Monitoring; zuletzt abgerufen: 28.08.2025). Monitoring stellt demnach ein Überbegriff für alle Arten von systematischen und kontinuierlichen Erfassungen, Messungen oder Beobachtungen eines Vorganges oder Prozesses dar. Ein konstantes, aktuelles Monitoring des Marktverhaltens mithilfe systematisch ausgetauschter preisrelevanter Informationen kann auch ohne explizite Verständigung über eine bestimmte Zinshöhe und ohne Überwachung einer solchen Vereinbarung relevant sein.

13.1.1.27 Zudem wurden - wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - ohnehin nicht nur aktuelle Zinsinformationen ausgetauscht. Vielmehr waren teilweise auch zukunftsbezogene Daten hinsichtlich Zinssätze betroffen. So enthielten die oben erwähnten Tabellen auch Angaben über die Gültigkeitsdauer der Zinsangebote (s. E. 10.3.4 oben; vgl. Vorinstanz, act. 3039). Informationen über eine Geltungsdauer von Promotionen enthalten - wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt - eine Zukunftskomponente, da sie anzeigen, bis zu welchem Zeitpunkt ein gewisser Zinssatz angewandt wird.

13.1.1.28 Weiter sind auch die an den Captive-Meetings hinsichtlich der bevorstehenden Automessen ausgetauschten Informationen als zukunftsbezogen zu beurteilen. Denn die Captives gaben in diesem Zusammenhang Spezialkonditionen bekannt, die erst in den nächsten Tagen bzw. Wochen zur Anwendung gelangten, wobei auch die exakte Dauer der Promotion bekannt war. Überdies informierten sich die Captives gegenseitig auch über das Ausbleiben von Spezialangeboten. So wurde beispielsweise am Captive-Meeting vom 23. September 2009 festgehalten, dass die Captives mit grosser Wahrscheinlichkeit an der «Auto Zürich» keine Spezialkonditionen anbieten werden (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 45). Die Bekanntgabe, dass an einer in rund eineinhalb Monaten stattfindenden Messe auf Spezialangebote verzichtet wird, ist eindeutig zukunftsbezogen.

13.1.1.29 Schliesslich ist es offensichtlich, dass die Captives im Zusammenhang mit einem allgemeinen Austausch über die Zinssätze zukünftige Informationen geteilt haben, wenn sie bekanntgaben, dass die Zinsen demnächst von allen Captives um 0,2 - 0,5% erhöht würden (s. E. 10.2.1.1 oben).

13.1.1.30 Im Sinne eines Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis kam, dass die Beschwerdeführerin und die anderen Captives hinsichtlich Zinssätzen aktuelle Informationen, die ein konstantes, aktuelles Monitoring der Zinssätze ermöglichten, ausgetauscht haben. Darüber hinaus waren teilweise auch zukunftsbezogene Daten betroffen.

13.1.1.31 Eine Verletzung des erforderlichen Beweismasses und/oder der Unschuldsvermutung - wie es von der Beschwerdeführerin gerügt wird - ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

13.1.1.32 Zusätzlich beanstandet die Beschwerdeführerin, wie erwähnt, die vorinstanzlichen Feststellungen zur Öffentlichkeit der ausgetauschten Daten.

13.1.1.33 Mit der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist hierzu zunächst festzuhalten, dass die mit den monatlichen Tabellen «Leasing Survey» und «Benchmark» ausgetauschten Zinssätze im Internet und durch die Werbetätigkeit der Captives mehrheitlich öffentlich verfügbar waren. Dies bestätigten u.a. auch K. _____ (Beschwerdeführerin; Vorinstanz, act. 2103 Rz. 237 ff.), L. _____ (D. _____; Vorinstanz, act. 2001 Rz. 65), O. _____ (D. _____; Vorinstanz, act. 2904 Rz. 167 ff.) und P. _____ (H. _____; Vorinstanz, act. 2301 Rz. 49 ff.).

13.1.1.34 Allerdings gelten nach den EU-Horizontalleitlinien Informationen nur dann als «öffentlich», wenn sie für alle Wettbewerber und Kunden hinsichtlich der Zugangskosten gleichermassen leicht zugänglich sind (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 388). Wesentlich ist, dass die mit der Erhebung der Informationen verbundenen Kosten andere Unternehmen und Kunden von deren Erhebung nicht abhalten dürfen (EU-Horizontalleitlinien, Fn. 251). Folglich bedeutet der Umstand, dass es möglich sein kann, bestimmte Informationen auf dem Markt zu sammeln, nicht zwangsläufig, dass es sich um leicht verfügbare, d.h. echte öffentliche Informationen handelt (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 388). Daran haben entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin an der öffentlichen Parteiverhandlung auch die oben erwähnten EU-Horizontalleitlinien vom 21. Juli 2023 nichts geändert, auch wenn diese den Begriff der «echten öffentlichen Informationen» - anders als die Horizontalleitlinien 2011 - nicht mehr explizit verwenden.

13.1.1.35 Ferner kommt hinzu, dass ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern kann, selbst wenn Informationen leicht verfügbar sind (z.B. von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen). Dies kann gemäss den EU-Horizontalleitlinien in folgenden nicht abschliessend aufgezählten Fällen gegeben sein: (1) wenn die Informationen in weniger aggregierter oder granularer Form ausgetauscht werden, (2) wenn die Informationen häufiger ausgetauscht werden, als sie öffentlich zugänglich gemacht werden oder (3) wenn den Informationen Kommentare beigefügt werden, die den Wettbewerbern die gewünschte gemeinsame Handlungsweise signalisieren könnten (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 389).

13.1.1.36 Gemäss der Rechtsprechung liegen daher nur dann öffentliche Informationen vor, wenn es sich um offenkundige objektive und unmittelbar verfügbare Marktgegebenheiten bzw. Marktdaten handelt (Urteile des EuG vom 2. Februar 2022 Scania u. a./Kommission T-799/17, ECLI:EU:T:2022:48 Rn. 347; vom 8. Juli 2008 BPB/Kommission T-53/03, ECLI:EU:T:2008:254 Rn. 236). Selbst wenn die Daten zum Zeitpunkt des Austausches bereits dem Markt entnommen werden konnten, hat das Gericht das Vorliegen öffentlicher Daten verneint, sofern die Wettbewerber die Informationen durch den Austausch leichter, schneller und direkter als über den Markt erhalten konnten und durch den Austausch ein Klima der gegenseitigen Gewissheit hinsichtlich ihrer Preispolitik geschaffen worden ist (Urteile des EuG BPB/Kommission, Rn. 236; vom 12. Juli 2001 Tate & Lyle u. a./Kommission T-202/98, T-204/98 und T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185 Rn. 60).

13.1.1.37 Vorliegend deutet bereits die grosse Menge des mit den monatlichen Leasing-Survey und Benchmark ausgetauschten Datenmaterials darauf hin, dass die Erhebung der Daten aus öffentlich verfügbaren Quellen mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre. Das monatliche Zusammentragen und Aufbereiten der Informationen stellen zeit- und ressourcenaufwändige Tätigkeiten dar. Die Captives sparten sich diesen Aufwand und diese Kosten, indem sie den übrigen Captives ihre eigenen Konditionen mitteilten und im Gegenzug deren Konditionen in aufgearbeiteter Form erhielten (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.40). Hinzukommt, dass die monatlich ausgetauschten Leasing-Survey und Benchmarks namentlich durch die Angabe der Kommissionen auch weitere Informationen enthielten, die unbestritten nicht im Internet und durch die Werbetätigkeit der Captives verfügbar waren (s. E. 10.3.3 oben). Gleiches gilt für die farblichen Hervorhebungen der Veränderungen der Zinssätze in den Zusammenstellungen (s. E. 10.3.5 oben). Der Austausch ermöglichte es den Captives die Informationen leichter, schneller und direkter als über den Markt zu erhalten. Denn die aufgearbeiteten und mit weiteren Daten ergänzten Tabellen wurden den Kunden und weiteren Wettbewerber gerade nicht zur Verfügung gestellt. Der Leasing-Survey und der Benchmark schufen überdies ein Klima der gegenseitigen Gewissheit hinsichtlich der Preispolitik der Captives. Die Vorinstanz hat die ausgetauschten Informationen deshalb zurecht als nicht echte öffentliche Informationen eingestuft.

13.1.1.38 Die Vorinstanz zog zur Begründung der Nicht-Öffentlichkeit der Informationen ferner Aussagen von F. _____ und C. _____ sowie die Antworten von Mühlmann Consulting heran. Die Beschwerdeführerin erachtet diese Aussagen und Antworten als nicht stichhaltig. Die fraglichen Aussagen von F. _____ und C. _____ würden sich nicht auf den monatlichen Austausch von Standard- und Sonderzinssätzen, sondern auf den halbjährlichen Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten beziehen.

13.1.1.39 Q. _____ von F. _____ gab bei der Parteieinvernahme vom 18. März 2014 an, dass die Informationen zwar auch im Internet verfügbar seien, man sie

aber nicht gleich zeitnah erhalten würde (vgl. Vorinstanz, act. 2402 Rz. 208 ff., Rz. 221). Dabei bezog er sich auf den vorgehaltenen Benchmark, d.h. die monatlich ausgetauschten Tabellen zu den Sonderzinssätzen.

13.1.1.40 C._____ führte in ihrer Unternehmenserklärung vom 3. Juli 2014 aus, dass sie die Informationen gestützt auf die ausgetauschten Tabellen schneller erhalten habe, als dies mit Hilfe anderer öffentlicher Quellen und Angaben von Händlern möglich gewesen wäre. Konkret hielt C._____ nach Erläuterungen zum monatlichen Leasing-Survey mit den Standardzinssätzen, zum monatlichen Market Survey mit den Sonderzinssätzen und zum halbjährlichen Financing Market Survey mit den Vertragszahlen und Penetrationsraten was folgt fest (vgl. Vorinstanz, act. 2804 Rz. 22.4):

«Aus diesen Informationen lässt sich die eigene Marktposition eruieren. Gegebenenfalls können entsprechende die Marktposition verbessernde Massnahmen getroffen werden. Da die fraglichen Informationen über die Captives-Banken rascher als über andere öffentlich zugängliche Quellen oder Händler bezogen werden konnten, konnten entsprechende die eigene Wettbewerbsposition verbessernde Massnahmen proaktiv und rascher getroffen werden und die eigenen Mitarbeiter von zeitraubenden Informationsbeschaffungen befreit werden.»

Diese Schlussfolgerungen beziehen sich zufolge der Systematik der Darlegungen von C._____ nicht nur auf den halbjährlichen Austausch von Penetrationsraten und Vertragszahlen, sondern auch auf den monatlichen Leasing-Survey hinsichtlich Standardzinssätze und den monatlichen Market Survey hinsichtlich Sonderzinssätze (vgl. Vorinstanz, act. 2804 Rz. 22.4). Im Ergebnis erweisen sich die Einwände der Beschwerdeführerin zu den Aussagen von F._____ und C._____ somit als unzutreffend. Einzugehen bleibt damit noch auf die von der Vorinstanz gewürdigten Angaben von Mühlmann Consulting.

13.1.1.41 Mühlmann Consulting führte am 21. März 2017 in Beantwortung des Auskunftsbegehrens des Sekretariates aus, dass eine mit dem Informationsaustausch vergleichbare Gegenüberstellung «nicht wirklich» anhand öffentlich zugänglicher Daten hätte erstellt werden können. Denn die beim Informationsaustausch verwendeten Daten würden weit über die Tiefe an Informationen hinausgehen, die auf Basis von Internet-Recherchen erhoben werden könnten. Es wäre ein Zugang zu deutlich umfangreicheren Daten erforderlich gewesen, beispielsweise zu Daten von Banken oder über Garagisten (vgl. Vorinstanz, act. 317 S. 3). Mühlmann Consulting bestätigte damit nicht nur den grossen Umfang der ausgetauschten Informationen, sondern auch, dass zumindest ein Teil der Daten nicht allen Marktteilnehmern ohne Weiteres öffentlich zugänglich war.

13.1.1.42 Die Beschwerdeführerin rügt, diese Antworten von Mühlmann Consulting seien nicht stichhaltig, da die Vorinstanz im Auskunftsbegehren bei der Frage nach der öffentlichen Verfügbarkeit nicht zwischen den drei vorgehaltenen Tabellen unterschieden habe. Bei den drei im Rahmen des Auskunftsbegehens vorgehaltenen Tabellen (vgl. Vorinstanz, act. 310) handelt es sich um

die Ergebnisse des monatlichen Leasing-Survey zu Standardzinssätzen und des monatlichen Benchmarks zu Sonderzinssätzen, welche beide die Zinssätze betrafen und an welchen die Beschwerdeführerin unbestritten beteiligt war. Nicht vorgehalten wurden demgegenüber die Tabellen mit Penetrationsraten und Vertragszahlen. Daher ist es irrelevant, ob bei den Fragen im Auskunftsbegehren zwischen den vorgehaltenen Tabellen unterschieden wurde.

13.1.1.43 Ferner wendet die Beschwerdeführerin ein, Mühlmann Consulting verfüge nicht über die erforderlichen Kenntnisse hinsichtlich des Fahrzeugleasingmarktes. Der Fokus von Mühlmann Consulting liege auf dem Automobilimportmarkt. Zudem würden ihre Antworten nicht ausschliessen, dass die Informationen für ein Unternehmen, das sich auf den Leasingmarkt konzentriere, verfügbar gewesen seien, etwa durch Werbebeobachtungen oder Händlerrecherchen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, verkennt die Beschwerdeführerin bei diesem Einwand allerdings, dass - wie bereits erwähnt (s. E 13.1.1.34 oben) - nicht massgeblich ist, ob gewisse Informationen überhaupt öffentlich verfügbar sind. Vielmehr ist für die Beurteilung wichtig, dass alle Wettbewerber und Kunden (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermassen leicht Zugang haben. Informationen, zu welchen nur bestimmte Marktteilnehmer mit vertieften Kenntnissen und besonderen Kontaktbeziehungen Zugang haben, gelten nicht als echte öffentliche Informationen. Insofern vermag die Rüge der Beschwerdeführerin schon deshalb nicht zu überzeugen. Zudem können Mühlmann Consulting die erforderlichen Kenntnisse über den «Fahrzeugleasingmarkt», selbst wenn ihr Fokus im «Automobilimportmarkt» liegen sollte, nicht abgesprochen werden. Denn Mühlmann Consulting ist darauf spezialisiert, den Automobilmarkt hinsichtlich Promotions- und Preisaktivitäten einzelner Hersteller zu beobachten und monatlich aus Internet-Recherchen, Werbebeobachtungen und Händlerrecherchen stammende Informationen zu erheben. Mehrere Captives haben von sich aus auf die Tätigkeit von Mühlmann Consulting hingewiesen (z.B. A._____ und B._____) und die durch Mühlmann Consulting erstellten Berichte wurden als sehr umfangreich und zuverlässig bezeichnet (vgl. Vorinstanz, act. 1206 Rz. 24 und 26, act. 2506 S. 5 f.).

13.1.1.44 Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann daher festgehalten werden, dass die Vorinstanz die mit den monatlichen Tabellen «Leasing Survey» und «Benchmark» ausgetauschten Daten zurecht als nicht echte öffentliche Informationen qualifiziert hat. Daran vermag letztlich auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, es sei ihr nach Untersuchungseröffnung problemlos und ohne grossen Aufwand möglich gewesen, die gleichen Daten mittels eigener Recherche zu beschaffen, nichts zu ändern. Denn den behaupteten geringen Aufwand vermochte die Beschwerdeführerin nicht zu belegen. Vielmehr deuten die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zu den Akten gereichten öffentlichen Leasingangebote von E._____, G._____ und D._____ ([...]) aus dem Jahr 2021 von über 700 Seiten gerade auf einen erheblichen Recherche- und Aufbereitungsaufwand hin (vgl. Beschwerdebeilage 5).

13.1.1.45 Zu überprüfen bleibt somit noch die Öffentlichkeit der im Zusammenhang mit den Automessen geteilten Zinssätze (s. E. 10.2.2 oben). Aus dem erwiesenen Sachverhalt ergibt sich, dass die Captives an den vor dem Autosalon Genf und der Auto Zürich abgehaltenen Meetings mindestens achtmal über die Spezialkonditionen für die jeweilige Automessen diskutierten und ihre Angebote kommunizierten. Die Vorinstanz qualifizierte die ausgetauschten Informationen als nicht öffentlich. Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die geteilten Zinssätze im Zeitpunkt des Austausches öffentlich verfügbar gewesen seien.

13.1.1.46 Zwar weist die Beschwerdeführerin zutreffend daraufhin, dass im Protokoll des Captive-Meetings vom 31. Oktober 2007 ausdrücklich festgehalten wurde, dass «Die aktuellen publizierten Zinssätze [...] verglichen [werden]» (vgl. Vorinstanz, act. 2803, S. 27). Dabei handelt es sich allerdings um die einzige Stelle, welche von «aktuellen publizierten» Zinsangeboten spricht. Im Zusammenhang mit den weiteren sieben Austauschen fehlt ein entsprechender oder vergleichbarer Hinweis in den Protokollen, Traktandenlisten und persönlichen Notizen.

13.1.1.47 Am Meeting vom 24. Februar 2011 teilten die Captives beispielsweise ihre Promotionen in Hinblick auf den Autosalon Genf mit, wobei im Protokoll gleichzeitig explizit festgehalten wurde, dass «Die Konditionen der Konkurrenz (...) zum Zeitpunkt des Meetings noch nicht bekannt (waren)» (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 67). Geht man davon aus, dass Non-Captives und Captives ihre Spezialkonditionen mehr oder weniger gleichzeitig publizierten, waren die am 24. Februar 2011 ausgetauschten Zinsangebote der Captives aber ebenfalls noch nicht öffentlich publiziert.

13.1.1.48 Zudem legt auch eine Aussage von L. _____ (D. _____) nahe, dass nicht nur bereits publizierte Sonderzinssätze bekannt gegeben wurden. So gab L. _____ an der Parteieinvernahme vom 11. März 2014 an, es sei im Hinblick auf die Automessen an den Meetings darüber gesprochen worden, wer was plane. Dabei führte er weiter aus: «wenn man die Promos weiss, vom Importeur, dann wird das ausgetauscht bzw. darüber gesprochen.» Es handle sich um die Sonderkonditionen, die auch im Fernsehen, in der Zeitung oder im Internet publiziert würden, wobei die Publikation teilweise 2-3 Wochen, teilweise erst wenige Tage vor der Automesse erfolge (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 491-513).

13.1.1.49 Ferner stellt die erfolgte Bekanntgabe, dass «mit grosser Wahrscheinlichkeit» von Spezialangeboten abgesehen werde (s. E. 13.1.1.27 oben; vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 45), eine nicht-öffentliche Information dar. Insofern ist im Ergebnis erwiesen, dass auch in Bezug auf die Automessen zumindest teilweise nicht-öffentliche Informationen über Zinsangebote geteilt wurden.

13.1.1.50 Ausserdem ist ebenso erwiesen, dass die Captives auch im Zusammenhang mit einem allgemeinen Austausch über die Zinssätze am 24. Juni 2008 nicht-öffentliche Informationen geteilt haben (s. E. 10.1.1 oben). Denn die demnächst geplanten Erhöhungen der Zinssätze wurden im Vorfeld nicht kommuniziert. Dies

behauptet im Übrigen auch die Beschwerdeführerin nicht.

13.1.1.51 Schliesslich ist noch auf die Rügen der Beschwerdeführerin zur strategischen Relevanz der ausgetauschten Informationen hinsichtlich der Zinssätze einzugehen. Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich vor, nie Absichten bzw. beabsichtigte, vorläufige oder geplante Zinsraten oder sonstige Wettbewerbsparameter geteilt zu haben. Indem nur aktuelle Informationen ausgetauscht worden seien, sei die strategische Ungewissheit bezüglich des künftigen Verhaltens anderer Marktteilnehmer nicht reduziert worden. Zudem hätten die Captives ihre Preisstrategie bei Erhalt der Informationen bereits festgelegt gehabt. Eine Anpassung sei nicht mehr möglich gewesen. Gleiches gelte hinsichtlich des Austausches der für die Automessen geltenden Zinssätze. Ohnehin seien Informationen über Zinssätze anderer Captives für eine Koordination des zukünftigen Verhaltens ungenügend, da die Höhe der Leasingraten nicht allein durch den Zinssatz beeinflusst werde. Der Zinssatz sei nur einer von vielen Parametern. Sie selbst orientiere sich bei der Festlegung des Zinssatzes an der Refinanzierungsrate oder der Strategie der Importeurin, ein bestimmtes Automodell zu fördern.

13.1.1.52 Der Zinssatz stellt - wie in E. 8.9 oben und im Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.13 dargelegt - eine wesentliche Variabel bei der Berechnung der Leasingrate des Endkunden dar. Ein Wettbewerbsparameterbezug (Preis) wurde hinsichtlich der ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen bereits in E. 12.3.7 bejaht. Das oben erwähnte konstante, aktuelle Monitoring ermöglichte, Tendenzen in der Festlegung der Zinssätze der anderen Captives vorauszusagen. Dadurch konnte das zukünftige Verhalten der anderen Captives hinsichtlich Festsetzung der Zinssätze antizipiert werden (s. E. 13.1.1.10 oben). Dies genügt, um die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen zu bejahen (Urteil Banco BPN/BIC Português SA et al., Rn. 65; Peter Behrens, Europäisches Marköffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, N. 870).

13.1.1.53 Der Einwand der Beschwerdeführerin, keine Absichten bzw. keine geplanten Zinsraten geteilt zu haben, erweist sich daher als nicht stichhaltig. Darüber hinaus erweist sich dieser Einwand ohnehin als Schutzbehauptung, da in E. 10.2.1.1 nachgewiesen wurde, dass die Beschwerdeführerin durchaus auch am Austausch über geplante Zinserhöhungen teilgenommen hat, auch wenn sie allenfalls ihre eigene zukünftige Zinserhöhung - wie von ihr behauptet - erst nach interner Beschlussfassung mitgeteilt hatte.

13.1.1.54 Gleiches gilt hinsichtlich der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Preisstrategien der Captives seien bei Erhalt der Informationen bereits festgelegt und eine Anpassung nicht mehr möglich gewesen. Denn wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, haben mehrere Captives bestätigt, dass sie ihre Preisstrategie auch kurzfristig anpassen konnten (vgl. Vorinstanz, act. 2402 Rz. 169 ff. und act. 2102 Rz. 68 ff.). Zudem widerspricht es der wirtschaftlichen Logik, über mehrere Jahre mit einem grossen Aufwand Informationsaustausche zu betreiben, wenn die Informationen für die Beteiligten offensichtlich unnütz gewesen wären.

13.1.1.55 Ausserdem verkennt die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen, sie habe ihre Preisstrategie bei Erhalt der ausgetauschten Informationen gar nicht mehr anpassen können, dass nicht nur relevant ist, ob die jeweils zum Ende des Vormonates bzw. zu Beginn des laufenden Monats ausgetauschten aktuellen Zinssätze für sich geeignet waren, normalerweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen der anderen Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten zu vermindern oder zu beseitigen. Vielmehr ist auch die grosse Menge der ausgetauschten Informationen und die Regelmässigkeit des Austausches zu berücksichtigen. Dadurch wurde ein konstantes Monitoring der Zinsangebote möglich, was es wiederum ermöglichte, das zukünftige Verhalten der anderen Captives hinsichtlich Festsetzung der Zinssätze über einen weiteren Zeitraum zu antizipieren.

13.1.1.56 Auch hinsichtlich des Austausches der Spezialangebote im Vorfeld der Automessen kann die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen nicht verneint werden. Dies gilt sowohl betreffend die wiederholt bekanntgegebenen zukünftigen Spezialangebote als auch in Bezug auf die geteilten Informationen über das Ausbleiben solcher. Daran ändert entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auch nichts, dass am Captive-Meeting vom 23. September 2010 nur festgehalten wurde, dass die Captives an der bevorstehenden Auto Zürich «mit grosser Wahrscheinlichkeit» auf Spezialangebote verzichten würden und die Vorinstanz nicht nachgewiesen hat, dass die Beschwerdeführerin in der Folge tatsächlich keine Spezialkonditionen gewährt hat. Denn bereits die Information, dass alle Captives mit grosser Wahrscheinlichkeit auf Spezialangebote an der bevorstehenden Automesse verzichten werden, vermochte die Unsicherheit über das Verhalten der Captives als Wettbewerber reduzieren.

13.1.1.57 Schliesslich ist noch die strategische Relevanz des allgemeinen Austausches der Captives vom Meeting vom 24. Juni 2008 zu prüfen, an dem bekanntgegeben wurde, dass alle Captives ihre Zinssätze demnächst um 0.2 - 0.5% erhöhen werden. Die Beschwerdeführerin stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, die damals bekanntgegebene Bandbreite habe die Unsicherheit bezüglich des Verhaltens der Captives nicht zu reduzieren vermocht, zumal die Bandbreite sehr gross gewesen sei, die Informationen keine Rückschlüsse auf die individuellen Zinssätze der Captives zugelassen hätten, eine Erhöhung der Zinssätze aufgrund des damals stark ansteigenden Zinsniveaus ohnehin vorhersehbar gewesen sei, es zu keiner tatsächlichen Koordination der Zinssätze gekommen sei und die Captives von den gestiegenen LIBOR Zinssätzen getrieben gewesen seien. Zwar trifft es zu, dass im entsprechenden Protokoll keine individuellen, zukünftigen Zinssätze festgehalten wurden. Dennoch waren die am 24. Juni 2008 erhaltenen Informationen, wonach alle Captives demnächst eine Zinserhöhung vornehmen werden und die Erhöhung bei allen mindestens 0,2% betragen, 0,5% aber nicht übersteigen werde, durchaus von strategischem Wert und haben die Unsicherheit bezüglich des zukünftigen Verhaltens der Wettbewerber gesenkt. Hinzu kommt, dass am Captive-Meeting vom 24. Juni 2008 gleichzeitig festgehalten wurde, dass ein angepasster

Benchmark stattfinden bzw. D. _____ die Informationen sammeln und zur Verfügung stellen werde. Damit verfügten die Captives spätestens mit der Zustellung des nächsten monatlichen Benchmarks auch über die Informationen betreffend die individuellen Erhöhungen der Captives. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass sie sich an den gestiegenen LIBOR-Zinssätzen orientiert habe, erweist sich überdies ebenfalls als nicht stichhaltig. Denn eine Korrelation zwischen dem Zinssatz, den ein Finanzinstitut von seinen Kunden für die Gewährung eines Kredits verlangt, und den eigenen Refinanzierungskosten, welche sich üblicherweise in Einklang mit dem Referenzmarktzinssatz, wie beispielsweise dem LIBOR, bewegen, stellt kein Argument gegen das Vorliegen einer Abrede dar. Durch den Abschluss einer Wettbewerbsabrede bündeln die beteiligten Unternehmen ihr Verhalten so, dass sich das Marktergebnis dem eines Monopols annähert. Selbst ein monopolistisches Finanzinstitut, dessen Zinssatzspielraum definitiv nicht durch das Verhalten anderer Anbieter eingeschränkt ist, wird den gewinnoptimalen Kreditzinssatz jedoch immer unter Berücksichtigung der eigenen Refinanzierungskosten festlegen. Deshalb dürfte selbst im Falle eines Monopols eine Korrelation zwischen dem Kreditzinssatz und dem LIBOR bestehen (vgl. zur Festlegung des Kreditzinssatzes unter unvollständigem Wettbewerb Ludwig Heinzelmann, Nichtlineare Zinssatz - Theoriegeleitete Modellierung und empirische Analyse für den deutschen Bankensektor, 2017, Ziff. 2.2.2 m.w.H.).

13.1.1.58 Die Vorinstanz hat daher die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen zu Recht bejaht. Eine Verletzung des erforderlichen Beweismasses ist nicht ersichtlich.

13.1.1.59 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die ausgetauschten Informationen strategisch relevant und aktuell bzw. teilweise zukunftsbezogen waren. Es handelte sich nicht um (echte) öffentliche Informationen. Nicht substantiiert gerügt hat die Beschwerdeführerin die weiteren vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die ausgetauschten Informationen nicht aggregiert waren, der Austausch sehr häufig und über einen sehr langen Zeitraum erfolgt ist bzw. dass die geteilten Informationen nur den am Austausch beteiligten Captives zur Verfügung gestellt wurden. Diese Beurteilung ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu bestätigen.

13.1.1.60 Der Informationsaustausch zu den Zinssätzen ermöglichte ein lückenloses, konstantes Monitoring und betraf das Preisverhalten. Er war somit geeignet, das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives zu beeinflussen und verminderte zugleich die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten.

Austausch von Informationen zu den Restwerten

13.1.1.61 Nachfolgend ist der Informationsaustausch zu den Restwerten zu würdigen. Die Vorinstanz erwog hierzu, Gegenstand der Austausche seien einerseits die von den Captives angewendeten Restwerte an sich gewesen, andererseits auch die Frage, ob die anderen Captives die Option eines Leasings ohne Restwert anbieten würden. Ein strategischer und vertraulicher Charakter

sei zu bejahen, zumal es sich um wesentliche Preis- sowie Mengeninformationen der Captives gehandelt habe. Zudem habe ein intensivierter Austausch stattgefunden, wenn durch äussere Umstände (bspw. Frankenstärke) seitens der Captives ein Handlungsbedarf erkannt worden sei.

13.1.1.62 Ferner erwog die Vorinstanz, die geteilten Informationen zu den Restwerten seien unternehmensspezifisch und nicht aggregiert gewesen. Der Austausch habe aktuelle und zukunftsbezogene Daten betroffen. Bezüglich der Auflösetabellen hätten die Captives mitunter besprochen, ob eine einheitliche Restwerttabelle einzuführen sei. Es sei diskutiert worden, wie künftig mit dem Problem der Frankenstärke umzugehen sei. Und auch ausserhalb der Captive-Meetings seien hinsichtlich zukünftiger Anpassungen der Restwerte Informationen geteilt worden, wobei einer dieser Austausche von der Beschwerdeführerin angeregt worden sei. Die Häufigkeit des Informationsaustausches sei - gemessen an der Häufigkeit der in der Praxis vorgenommenen Anpassungen der Restwerte - hoch. Der Austausch sei jeweils in strategisch entscheidenden Zeitpunkten angestossen worden. Schliesslich seien die geteilten Daten zu den Restwerten als nicht öffentlich zu qualifizieren und auch der Informationsaustausch selbst sei nicht öffentlich gewesen.

13.1.1.63 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, an der Festlegung der konkreten Restwerte gar nicht beteiligt gewesen zu sein. Es sei der jeweilige Händler, der aufgrund seiner eigenen Interessenlage (d.h. seiner Absatzstrategie) den konkreten Restwert bestimme. Restwerte anderer Marken seien für die Captives bedeutungslos, zumal diese je nach Marke, Fahrzeugmodell und Ausstattung anders ausfallen würden. Zudem seien die Restwerte immer nur wegen vertragsrechtlicher Aspekte auf der Agenda gewesen, wobei vorrangig das Bundesgerichtsurteil vom 18. Dezember 2008 Diskussionssthema gewesen sei. Konkrete Restwerte seien nie abgestimmt worden. Zwar sei im Zusammenhang mit der Frankenstärke auch darüber diskutiert worden, wie mit der aktuellen Entwicklung umzugehen sei. Damit habe man allerdings lediglich verhindern wollen, dass geleaste Fahrzeuge bei der Rücknahme durch den Händler nicht einen Restwert aufweisen würden, der aufgrund der Frankenstärke im Vergleich zum tatsächlichen Wert zu hoch sei. Es sei ihnen darum gegangen, eine Übervorteilung der Händler angesichts der Währungsverwerfungen zu vermeiden.

13.1.1.64 Entgegen ihrer Behauptung kann der Beschwerdeführerin das eigene (wirtschaftliche) Interesse an den Restwerten nicht abgesprochen werden. Denn, wie in E. 8.12 oben festgehalten, sind die Händler bei der konkreten Festsetzung des Restwertes bei Ablauf der Leasingdauer nicht völlig frei. Sie können sich nur innerhalb der von den Captives bestimmten Bandbreite bewegen, da die Verantwortung einer korrekten Vertragsgestaltung und einer korrekten Kreditfähigkeitsprüfung ihnen obliegt (Art. 11 und 29 KKG). Dadurch besitzen die Captives - auch wenn sie die einzelnen konkreten Restwerte gegenüber dem Kunden nicht selbst festlegen - einen gewichtigen mittelbaren Einfluss auf die effektiv angewandten Restwerte. Dies macht im Übrigen auch die Beschwerdeführerin selbst deutlich, wenn sie

vorbringt, die Captives hätten bei ihrer Diskussion zu den Restwerten im Zusammenhang mit der Frankenstärke eine Übervorteilung der Händler verhindern wollen. Schliesslich hätten die Captives wohl kaum besprochen, ob eine einheitliche Restwerttabelle einzuführen sei (s. E. 10.2.3.2 oben), wenn sie weder ein wirtschaftliches Interesse an den Restwerten noch die Möglichkeit zur Mitbestimmung gehabt hätten.

13.1.1.65 Die vorliegenden Preisvorgaben der Captives zu den Restwerten und damit ihr Einfluss auf die effektiv angewandten konkreten Restwerte gehen im Übrigen deutlich weiter, als der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Umstand, dass es für jeden Preis Grenzen gäbe wie beispielsweise Wuchervorschriften.

13.1.1.66 Ausserdem ist bei den Restwerten bei vorzeitiger Vertragsauflösung der Einfluss der Captives auf die Restwerttabellen - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt - noch viel unmittelbarer. Denn die Auflösetabellen werden durch die Leasinggeberinnen erstellt und bei vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrags trägt in der Regel die Leasinggeberin das Restwertrisiko, womit sich eine Verschlechterung der entsprechenden Konditionen unmittelbar zu Ungunsten der Captives auswirkt (s. E. 8.17 oben).

13.1.1.67 Insgesamt kann ein wirtschaftliches Interesse der Beschwerdeführerin und der übrigen Captives an den Restwerten daher nicht verneint werden.

13.1.1.68 Ferner wurde bereits in E. 10.6.3 festgehalten, dass der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann, soweit sie geltend macht, dass Restwerte nur wegen vertragsrechtlicher Aspekte und vorrangig aufgrund des Bundesgerichtsurteils vom 18. Dezember 2008 auf der Agenda gewesen seien. Die Restwerte waren namentlich auch im Zusammenhang mit der Preisentwicklung (s. E. 10.2.3.5 f. oben) und hinsichtlich des nicht unter das KKG fallenden Automobileasings mit einem Betrag über Fr. 80'000.- Besprechungsgegenstand (s. E. 10.2.3.7 oben). An einem Captive-Meeting wurde zudem über eine allfällige einheitliche Restwerttabelle diskutiert, wobei dies im Ergebnis nicht als notwendig erachtet wurde (s. E. 10.2.3.2 oben). Zudem hat die Beschwerdeführerin die anderen Captives aktiv per Teamspace bzw. E-Mail um Angaben zu den Restwerten ersucht, indem sie sich am 10. März 2009 erkundigte, ob und unter welchen Bedingungen die anderen Captives Leasing ohne Restwert anbieten (s. E. 10.5.4 oben). Und am 16. April 2012 bat sie die anderen Captives, sogar um nähere Angaben zu ihren Auflösetabellen bzw. um Zustellung einer Beispieltabelle, um zu prüfen, ob sie «allenfalls zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden) sind» (s. E. 10.5.5 oben).

13.1.1.69 Der Preisbezug der Restwerte und damit ein Wettbewerbsparameterbezug wurde bereits in E. 12.3.7 oben bejaht. Insgesamt ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die strategische Relevanz des Informationsaustausches zu den Restwerten bejaht hat.

13.1.1.70 Die geteilten Daten zu den Restwerten waren zudem unbestritten nicht aggregiert, nicht öffentlich und aktuell bzw. teilweise zukunftsbezogen. Ferner hat die Beschwerdeführerin auch die vorinstanzliche Feststel-

lung, dass der Austausch gemessen an der Häufigkeit der Anpassungen hoch war, nicht substantiiert gerügt.

13.1.1.71 Im Ergebnis waren die ausgetauschten Daten zu den Restwerten daher geeignet, das Marktverhalten anderer Captives zu beeinflussen bzw. die anderen Captives über das eigene Marktverhalten ins Bild zu setzen.

Austausch von Informationen zu den Vertragsgebühren

13.1.1.72 Schliesslich ist noch auf die ausgetauschten Informationen zu den Gebühren einzugehen. Die Vorinstanz erwog, dass es sich auch bei den Gebühren um unternehmensspezifische Preisinformationen gehandelt habe. Zudem seien strategische Absichten preisgegeben worden, beispielsweise indem kommuniziert worden sei, dass eine Überarbeitung der Gebühren im Gange sei. Die ausgetauschten Informationen seien nicht aggregiert gewesen. Der Austausch habe die aktuell gültigen Gebühren betroffen. Darüber hinaus sei beispielsweise von B._____ auch eine zukunftsgerichtete Information geteilt worden, indem sie bekanntgegeben habe, dass Änderungen der Gebühren vorgesehen seien. Die Häufigkeit des Informationsaustausches sei - gemessen an der Häufigkeit der in der Praxis vorgenommenen Anpassungen der Gebühren - wie bei den Restwerten als hoch zu beurteilen. Schliesslich sei der Informationsaustausch selbst nicht öffentlich gewesen und auch die geteilten Informationen seien teilweise nicht öffentlich gewesen, zumal nicht nur die aktuellen Gebühren, sondern auch die Absicht allfälliger Änderungen geteilt worden seien.

13.1.1.73 Die Beschwerdeführerin macht geltend, am Austausch über Gebühren gar nicht beteiligt gewesen zu sein. Ferner wendet sie ein, Gebühren seien im Gesamtkontext vernachlässigbar und nicht Teil des Leasingpreises bzw. der Leasingrate. Sie würden aus Sicht der Captives keinen Wettbewerbsparameter für das Leasing darstellen. Zudem seien die Gebühren in den allgemeinen Geschäfts- oder Leasingbedingungen der Captives enthalten und im Internet abrufbar und somit öffentlich. Auch L._____ (D._____), P._____ (H._____), R._____ (G._____) und I._____ (Beschwerdeführerin) hätten die Öffentlichkeit der geteilten Daten zu den Gebühren bestätigt.

13.1.1.74 Die Gebühren wurden verschiedentlich an den Captive-Meetings besprochen (s. E. 10.2.4 oben). Es ist nachgewiesen, dass sich die Beschwerdeführerin u.a. aktiv daran beteiligt hat. Soweit eine aktive Beteiligung an anderen Austauschen zu Gebühren anlässlich der Captive-Meetings nicht nachgewiesen ist, ist zumindest belegt, dass die Beschwerdeführerin an den Treffen teilgenommen hatte, ohne sich von einem dieser Austausche (explizit) zu distanzieren (s. E. 10.6.4 oben). Der Nachweis, dass ein Unternehmen an Sitzungen teilgenommen hat, bei denen wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen wurden, ohne sich offen dagegen auszusprechen, gilt gemäss ständiger Rechtsprechung des EuGH als ausreichender Beleg für deren Beteiligung; es sei denn, das Unternehmen kann nachweisen, dass es seine Wettbewerber darauf hingewiesen hatte, an den Treffen mit einer anderen Zielsetzung teilzunehmen als diese (Urteile des EuGH vom 1. Februar 2024 C-251/22 Scania Lkw-Kartell, ECLI:EU:C:2024:103 Rn. 99; vom

7. Januar 2004 C-204/00 P Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6 Rn. 81; vgl. auch Urteil 2C_81/2023, Luftfracht American Airlines, E. 8.3.3). Da Letzteres von der Beschwerdeführerin weder behauptet noch nachgewiesen wird, gilt ihre Beteiligung als erwiesen.

13.1.1.75 Ebenso wurde bereits oben dargelegt (s. E. 10.6.4 oben), dass die Beschwerdeführerin zudem am im Jahr 2009 von B._____ initiierten Informationsaustausch zu den Gebühren teilgenommen hat.

13.1.1.76 Ferner ist der Preisbezug der Gebühren und damit der für Art. 4 Abs. 1 KG hinreichende Wettbewerbsparameterbezug zu bejahen (s. E. 12.3.7 oben). Die weitere Frage, ob die Gebühren - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht - im Gesamtkontext vernachlässigbar sind, weil es sich um ein unerhebliches Preiselement handeln könnte, ist jedoch nicht Gegenstand der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern von Art. 5 KG (vgl. Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 4.5.4.1.4).

13.1.1.77 Hinsichtlich der Frage der Öffentlichkeit der ausgetauschten Informationen zu den Gebühren ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die geteilten Informationen - neben den aktuellen Gebühren - auch die Absicht allfälliger Änderungen umfassten (s. E. 10.2.4.4 oben). Solche Informationen sind nicht öffentlich verfügbar, sondern vertraulich. Ferner erscheint auch das Vorbringen, alle aktuellen Gebühren sämtlicher Captives seien in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ersichtlich und im Internet publiziert gewesen, wenig glaubhaft. Denn die Tatsache, dass die Captives wiederholt die Gebührenhöhe der anderen Captives direkt bei diesen erfragten, spricht eher dafür, dass die aktuellen Gebühren im Untersuchungszeitraum nicht ausnahmslos und ohne Weiteres öffentlich bzw. im Internet abrufbar waren (s. E. 13.1.1.37 oben). Dass die Gebühren im Untersuchungszeitraum allesamt öffentlich waren, lässt sich im Übrigen auch nicht aus den von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Allgemeinen Leasingbedingungen von A._____ aus dem Jahr 2022 und von D._____ aus dem Jahr 2020 schliessen. Denn damit wird lediglich belegt, dass in den Jahren 2020 und 2022 die allgemeinen Leasingbedingungen von zwei Captives im Internet abrufbar waren. Rückschlüsse für den gesamten Untersuchungszeitraum (2006 bis 2014) sind daraus aber nicht möglich.

13.1.1.78 Im Ergebnis ist zu bestätigen, dass es sich bei den ausgetauschten Informationen zu den Gebühren um strategische Informationen mit einem Preisbezug handelt, welche nicht aggregiert und zumindest teilweise nicht öffentlich waren. Es wurden aktuelle Daten sowie zukünftige Absichten geteilt. Zudem hat die Vorinstanz die Häufigkeit des Informationsaustausches zu Recht als hoch beurteilt. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives Informationen austauschten, die Rückschlüsse auf die zukünftige Strategie hinsichtlich Vertragsgebühren zulassen. Der Informationsaustausch zu den Gebühren war damit geeignet, das Marktverhalten eines Mitwerbers zu beeinflussen und die Mitbewerber über das eigene Marktverhalten ins Bild zu setzen.

Berücksichtigung der Wettbewerbsbedingungen und Marktstruktur

13.1.1.79 Nachfolgend ist weitergehend auf die Wettbewerbsbedingungen und die Marktstruktur einzugehen. Denn ob der Informationsaustausch geeignet war, die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber zu verringern, hängt nicht nur vom Wesen des Informationsaustausches ab, sondern auch von den Wettbewerbsbedingungen (Marktstruktur; Urteil B-4596/2019, *Automobilleasing CA Auto Finance*, E. 5.2.2.53; Urteil *Banco BPN/BIC Português SA et al.*, Rn. 58; BLATTMANN, a.a.O., S. 304 f.).

13.1.1.80 Auf hinreichend transparenten, konzentrierten, nicht komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten ist es eher wahrscheinlich, dass Unternehmen ein Kollusionsergebnis erzielen. Sind die Produkte auf dem vom Informationsaustausch betroffenen Markt homogen, können Wettbewerbsparameter aufgrund von Informationsaustauschverfahren einfacher koordiniert werden als in Märkten mit differenzierten Produkten. Eine wichtige Rolle spielt auch die Marktkonzentration. Je konzentrierter ein Markt ist, desto grösser ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung. Das Wettbewerbsereignis eines Informationsaustausches hängt allerdings nicht nur von den ursprünglichen Eigenschaften des Marktes ab, auf dem dieser Austausch erfolgt, sondern auch der Informationsaustausch selbst kann diese Marktmerkmale beeinflussen (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 412; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 164 ff.; BLATTMANN, a.a.O., S. 300 ff.; vgl. Urteil B-4596/2019, *Automobilleasing CA Auto Finance*, E. 5.2.2.54).

13.1.1.81 Die genannten Bedingungen müssen nicht kumulativ vorliegen. Allerdings gilt, dass der Informationsaustausch umso problematischer wird, desto mehr dieser Bedingungen erfüllt sind, da Unsicherheiten dann einfacher beseitigt werden können (BLATTMANN, a.a.O., S. 300 f.).

13.1.1.82 Die Vorinstanz erwog, die Dienstleistungen im Bereich des Leasings seien als weitgehend homogen zu qualifizieren. Die detaillierten Vorgaben im KKG betreffend Form und Inhalt von Leasingverträgen würden zu einer Standardisierung dieser Finanzdienstleistung führen. Auch hinsichtlich weiterer Elemente, wie typischen Laufzeiten von Leasingverträgen und weiteren Vertragsbedingungen, seien die Dienstleistungen der einzelnen Anbieter weitestgehend vergleichbar. Die Koordination zwischen den Marktteilnehmern durch den Informationsaustausch werde dadurch stark erleichtert. Zudem sei die Anzahl der im Bereich *Autoleasing* tätigen Akteure mit den neun *Captives* und wenigen *Non-Captives* sehr überschaubar. Am vorliegenden Informationsaustausch habe sich der Grossteil der in diesem Bereich tätigen Marktteilnehmer beteiligt.

13.1.1.83 Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die angefochtene Verfügung diskutiere die relevanten Marktmerkmale zu wenig fundiert, nur selektiv und oberflächlich. Zudem würden die Marktmerkmale fälschlicherweise nicht vor dem Hintergrund einer konsistenten Schadenstheorie betrachtet. Die Merkmale des Leasingmarktes würden keine Kollusion zulassen. Insbesondere schliesse die hohe Anzahl an unterschiedlichen (d.h. asymmetrischen) *Captives*

und *Non-Captives* eine Kollusion aus und verunmögliche nicht-wettbewerbliche Leasingraten. Auch seien die Leasingangebote zu unterschiedlich und der Markt viel zu dynamisch, als dass die *Captives* Leasingraten bzw. Leasingzinsen der Leasingnehmer hätten koordinieren können. Die gesamten Leasingkosten eines Leasingnehmers würden sich aus zahlreichen Elementen zusammensetzen. Diese Elemente würden von unterschiedlichen Akteuren im Markt für Neuwagenleasing festgelegt bzw. verhandelt werden.

13.1.1.84 Nachfolgend ist separat auf die einzelnen Marktmerkmale einzugehen. Entgegen der Beschwerdeführerin hat dies jedoch - wie vorne bereits ausgeführt - nicht vor dem Hintergrund einer konkret formulierten konsistenten Schadenstheorie zu erfolgen (s. dazu E. 12.4 oben).

13.1.1.85 Zunächst ist die Heterogenität und Komplexität des Marktes zu untersuchen. Die Beschwerdeführerin und die Parteigutachter machen geltend, dass die Produkte der *Captives* zu heterogen seien. Zudem sei der Leasingmarkt sehr komplex. Kollusion benötige ein gemeinsames Verständnis über die Kollusionsmodalitäten, einen sogenannten Fokalkpunkt. Ein solcher Fokalkpunkt sei sehr schwierig zu finden, wenn die Produkte - wie vorliegend - heterogen, die Märkte komplex und viele Preispunkte vorhanden seien. Die Zinssätze seien je nach Automarke und Modell ganz unterschiedlich. *Captives* würden ausserdem nicht nur «Standardleasing» anbieten, sondern oft auch umfassende Leasing-Kombipakete. Darüber hinaus sei die Funktionsweise des Leasingmarkts und gerade die Berechnung der Leasingzinsen multikausal (komplizierte Preisformel). Zudem würden einige Parameter, wie zum Beispiel der Restwert oder der Nettopreis des Neuwagens, von anderen Marktteilnehmern und nicht von den Leasinggeberinnen festgelegt. Entsprechend sei eine erfolgreiche Kollusion auf einen einheitlichen Leasingzinssatz höchst unwahrscheinlich.

13.1.1.86 Die Vorinstanz erwidert, in der angefochtenen Verfügung werde widerlegt, dass das *Automobilleasing* sehr komplex sei. Kollusion sei nicht höchst unwahrscheinlich. So seien an den *Captives-Meetings* und den mit diesen zusammenhängenden Verhaltensweisen hohe Kadermitglieder der *Captives* beteiligt gewesen, denen betreffend die Marktmechanismen nicht ein mangelnder Durchblick vorgeworfen werden könne.

13.1.1.87 Die Beschwerdeführerin und das Parteigutachten stützen sich bei ihrer Behauptung der grossen Heterogenität der Produkte, der hohen Komplexität des Marktes und der daraus geschlossenen Unwahrscheinlichkeit einer Kollusion - wie erwähnt - auf die Annahme, dass sich die *Captives* für das Erreichen eines Kollusionsgleichgewichtes auf einen einheitlichen Leasingzinssatz hätten koordinieren können müssen. Sie gehen deswegen davon aus, dass die Geschäftstätigkeit der *Captives* einzig darauf ausgerichtet gewesen ist, eine möglichst lukrative Verzinsung für die Zurverfügungstellung von Leasingfahrzeugen zu erwirtschaften. Mit anderen Worten reduzieren sie die Funktion und Tätigkeit der *Captives* auf die eigentliche Funktion und Tätigkeit der *Non-Captives*. Wie die Beschwerdeführerin an anderer Stelle selbst betont und aus E. 9.3 f. oben hervorgeht, kommt

den Captives jedoch zusätzlich die Funktion zu, den Absatz von gruppeneigenen Neuwagen zu fördern. Folglich haben sie bei ihrer Geschäftstätigkeit neben der Entschädigung für die Zurverfügungstellung des für ein Leasing notwendigen Kapitals immer auch den Gesamtertrag ihres Mutterkonzerns im Blick.

13.1.1.88 Aus der Funktion der Captives, den Absatz von gruppeneigenen Fahrzeugen zu fördern, folgt zudem, dass die Captives hauptsächlich gruppeneigene Fahrzeuge finanzieren. Folglich existiert eine gewisse Marktaufteilung. Marktaufteilungen haben - unabhängig davon, ob sie durch eine ausdrückliche Absprache oder durch historischen Zufall zustande gekommen sind - für die kolludierenden Unternehmen den Vorteil, dass sich die Preise an neue Nachfrage- oder Kostenbedingungen anpassen lassen, ohne dass es dadurch zu einem Preiskrieg kommt (MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004, S. 141). Die faktische Marktaufteilungsregelung der Captives vermeidet demnach das Risiko, dass eine unilateral vorgenommene Zinssatzsenkung - die wegen einer verringerten Marktnachfrage oder eines Schocks bei den Produktionskosten getätigt wird - Retorsionsmassnahmen auslöst. Solange die Captives nicht Nachfragesegmente bedienen, die (ausdrücklich oder stillschweigend) einem Konkurrenten zugewiesen sind, können sich die Zinssätze der Beteiligten ändern, ohne dass dadurch das Kollusionsergebnis zu Bruch geht. Für die Captives besteht damit letztlich keine Notwendigkeit, sich auf einen einheitlichen Leasingzinssatz zu einigen. Aufgrund ihrer Kernfunktion erscheint es daher naheliegender, dass sie sich in einem Kollusionsgleichgewicht einen gewissen gegenseitigen «Toleranzbereich» zugestehen und sich auf ein Zinsband zu koordinieren versuchen. Solange sich die Leasingzinssätze der Kollusionspartner in diesem Band befinden, besteht auch kein Anlass für Retorsionsmassnahmen.

13.1.1.89 Ferner ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Produkte der Captives weitestgehend homogen und standardisiert waren. Dafür spricht zunächst der Umstand, dass sämtliche Captives u.a. zum Schutze der Konsumentinnen und Konsumenten denselben rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen unterliegen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, enthält das KKG für das Automobilleasing zahlreiche zwingende Bestimmungen hinsichtlich Formvorschriften, Mindestinhalt des Vertrages, Notwendigkeit einer Restwerttabelle, etc. (s. E. 8.15 oben). Die Kreditberechnung und die Einschätzung von Risiken bei der Kreditvergabe sind im gesamten Finanzsektor ähnlich. Ausserdem boten alle Captives Standard- und Sonderzinssätze an und auch andere Vertragselemente, wie zum Beispiel die von der Vorinstanz erwähnten typischen Vertragslaufzeiten, waren bei allen Anbietern vergleichbar. Damit unterschieden sich die Dienstleistungen der Captives zwar insofern, als dass sich jeder Captive auf die Finanzierung von Neuwagen seines Mutterkonzerns bzw. der mit ihr verbundenen Fahrzeugmarken fokussierte. Ihr Finanzierungsgeschäft betrieben sie jedoch grundsätzlich auf dieselbe Art und ihre Dienstleistungen waren insofern homogen und standardisiert, als dass sie den gleichen rechtlichen Vorgaben unterlagen (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.58).

13.1.1.90 Schliesslich hielt die Vorinstanz im Zusammenhang mit der geltend gemachten Komplexität des Marktes zu Recht fest, dass den Kadermitgliedern der Captives, welche unbestritten an den Captive-Meetings und den mit diesen zusammenhängenden Verhaltensweisen beteiligt waren, nicht fehlende Kenntnisse in Bezug auf die Mechanismen des Automobilleasings unterstellt werden kann.

13.1.1.91 Im Ergebnis schliessen die Marktmerkmale «Heterogenität der Produkte» und «Komplexität des Marktes» eine erfolgreiche Koordination der Captives auf eine Zinsbandbreite nicht aus.

13.1.1.92 Als weiteres Marktmerkmal ist die Anzahl Unternehmen zu untersuchen. Die Beschwerdeführerin und die Parteigutachter erachten eine Kollusion aufgrund der Anzahl Captives als äusserst unwahrscheinlich. Es handle sich mit neun Captives um eine grosse Anzahl an Unternehmen, bei welcher es schwierig bis unmöglich sei, sich auf die Kollusionsmodalitäten zu einigen. Die gängige ökonomische Literatur zeige, dass stillschweigende Kollusion unter neun Unternehmen in höchstem Masse unwahrscheinlich sei.

13.1.1.93 Die Vorinstanz entgegnet, dass sich die von der Beschwerdeführerin zitierte Literatur auf theoretische Modelle oder auf entsprechende Kollusionsexperimente beziehe, bei welchen - im Unterschied zum Informationsaustausch der Captives - gerade keine Kommunikation zwischen den beteiligten Unternehmen möglich sei. Zudem gäbe es in der Realität durchaus Kartelle mit mehr als neun Unternehmen, welche auf einem Informationsaustausch basieren würden.

13.1.1.94 Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als dass mit neun Captives und vier Non-Captives die Anzahl der insgesamt im Markt tätigen Akteure tatsächlich eher als hoch zu bezeichnen ist. Vorliegend würde daher die Anzahl Leasinggeberinnen - isoliert betrachtet - Kollusionsergebnisse eher unwahrscheinlich erscheinen lassen. Wie das Bundesverwaltungsgericht aber bereits im Urteil B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance festhielt, ergibt sich ein anderes Bild, sobald Herkunft und Vorgeschichte der Captives in die Analyse miteinbezogen werden. Denn die Herkunft und Vorgeschichte sowie der Umstand, dass jeder Captive - namentlich zufolge der (Konzern-)Verbundenheit mit einem Hersteller bzw. Importeur - «seinen natürlichen Platz im Markt» bereits gefunden hat und dieser «Platz» den anderen Captives auch bekannt war, machen das Gelingen einer erfolgreichen Koordination trotz der eher hohen Zahl von im Markt tätigen Akteuren wahrscheinlich (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.60).

13.1.1.95 Hinzu kommt, dass es im Untersuchungszeitraum zu keinen wesentlichen Markteintritten und -austritten bei den Captives gekommen ist, welche geeignet gewesen wären, ein bestehendes Kollusionsergebnis aus dem Gleichgewicht zu bringen. Schliesslich sind auch keine Hinweise ersichtlich, wonach beispielsweise die Frankenstärke oder das Tiefzinsumfeld zu wesentlichen Veränderungen der Marktstruktur geführt haben. Vielmehr wurde speziell bei solchen exogenen Ereignissen die Zusammenarbeit gesucht und der Infor-

mationsaustausch unter den Captives entsprechend intensiviert (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.2.60).

13.1.1.96 In einem nächsten Schritt ist die Rolle der Non-Captives zu untersuchen. Hierzu halten die Beschwerdeführerin und das Parteigutachten vom 7. September 2021 fest, Kollusion sei nur stabil, wenn sich die grosse Mehrheit der Marktteilnehmer beteilige und die Markteintrittsschranken hoch seien. Aktuelle oder potenzielle Wettbewerber dürften den Kollusionsprofit nicht abschöpfen können. Andernfalls bestünden starke Anreize für die nicht an der Kollusion beteiligten Unternehmen, die überhöhten Preise rasch und kontinuierlich zu unterbieten, was zu Umsatzeinbussen bei den kolludierenden Unternehmen und letztlich zum Zusammenbruch jeglicher Kollusion führe. Vorliegend verunmögliche die hohe Anzahl an Non-Captives eine stabile Kollusion. Denn die vier Non-Captives hätten allfällige Kollusionsvorteile unter den Captives sofort ausgenutzt und mit tieferen Leasingraten Umsatzeinbussen auf Seiten der Captives verursacht.

13.1.1.97 Die Vorinstanz entgegnet, die Beschwerdeführerin verkenne die Bedeutung der Non-Captives im fraglichen Markt. Die Standardzinssätze der Non-Captives hätten sich zwar in einem ähnlichen Bereich wie diejenigen der Captives bewegt, bei den Sonderzinssätzen seien die Non-Captives jedoch mangels Subventionierung durch eine Sales Company nicht konkurrenzfähig gewesen. Von den Non-Captives sei kein «erheblicher» Wettbewerbsdruck ausgegangen. Zudem sei die Anzahl von (damals) bloss vier Non-Captives überschaubar.

13.1.1.98 Den neun Captives standen, wie bereits erwähnt, nur vier Non-Captives gegenüber (Cembra Money Bank AG, EFL Autoleasing AG, BANK-Now AG und Cashgate AG). Gemäss der Erhebung des Schweizerischen Leasingverbandes für das Berichtsjahr 2015 erzielten markengebundene Leasingunternehmen (Captives) im Bereich des Automobileasings ungefähr zwei Drittel der Umsätze (vgl. Vorinstanz, act. 319 Beilage 1). Der vorliegende Informationsaustausch deckte somit einen Grossteil des von den Verhaltensweisen betroffenen Marktes ab. Zudem muss mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass die Non-Captives bei den Sonderzinssätzen mangels Subventionierung durch eine Sales Company kaum konkurrenzfähig waren. Schliesslich sind bzw. waren Non-Captives vor allem im Bereich des Occasionsleasing tätig, während der Hauptfokus der Tätigkeit der Captives im Bereich des Neuwagenleasings lag. Damit bestand auch im Verhältnis zu den Non-Captives eine faktische Marktaufteilung, welche Kollusion begünstigen kann.

13.1.1.99 Weiter ist auf das Merkmal «Marktdynamik» einzugehen. Die Beschwerdeführerin und die Parteigutachter machen geltend, dass in dynamischen Märkten Kollusion schwieriger zu erreichen und aufrechtzuerhalten sei. Vorliegend sei es im Untersuchungszeitraum aufgrund von exogenen Ereignissen, namentlich wegen Kostenschocks aufgrund der starken Abhängigkeit vom Finanzmarkt, zu mehreren Anpassungen gekommen.

13.1.1.100 Mit der Vorinstanz ist hierzu festzuhalten, dass sich im Untersuchungszeitraum auch exogene (Markt-)Faktoren auf die Geschäftsaktivitäten der Capti-

ves ausgewirkt haben. Diese exogenen Faktoren haben jedoch gerade nicht zu einer Destabilisierung der Kooperation zwischen den Captives geführt. Vielmehr folgte darauf eine Intensivierung der Kooperation, was namentlich im Zusammenhang mit der Problematik der Frankenstärke oder beim Umgang mit einem Tiefzinsumfeld deutlich wird.

13.1.1.101 Schliesslich ist das Marktmerkmal «Symmetrie» zu diskutieren. Die Beschwerdeführerin und die Parteigutachter stellen sich auf den Standpunkt, die Captives seien in vielerlei Hinsicht asymmetrisch. Sie würden geprägt durch die Strategie der Autohersteller bzw. Importeure und je nach Händlerstruktur und Modellpalette unterschiedliche Absatzstrategien verfolgen. Auch die Kostenstruktur sei verschieden. Die Captives verfügten über unterschiedliche Credit Ratings und unterschiedliche Kapitalstrukturen, welche die Höhe der Refinanzierungskosten massgeblich beeinflussen würden. Entsprechend lägen substantielle Kostenasymmetrien vor, welche anerkanntermassen eine Verständigung über eine gemeinsame Preissetzung und Kollusion erschweren würden.

13.1.1.102 Die «Symmetrie» kann sich auf ganz verschiedene Dimensionen beziehen, so z.B. auf Marktanteile, Kostenstruktur, technologisches Wissen, Kapazitäten, etc. Deren Einfluss auf die Entstehung von Kollusion variiert von Branche zu Branche. Vorliegend stellen die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen insofern «symmetrische» Unternehmen dar, als dass es sich dabei ausschliesslich um Captives handelt. Non-Captives wurden nicht in den Informationsaustausch einbezogen, da sie eine andere Art von Geschäft betrieben. Dagegen spielt die Dimension der Kostenstruktur hier - anders als von der Beschwerdeführerin behauptet - eher eine untergeordnete Rolle, zumal sich die Captives «nur» auf eine Zinsbandbreite verständigen wollten. Deshalb und da das Marktmerkmal «Symmetrie» für sich alleine - wie alle Marktmerkmale (s. E. 13.1.1.81 oben) - kein zwingendes Merkmal für die Entstehung von Kollusion darstellt, schliessen die vorgebrachten Kostenasymmetrien der Captives nicht aus, dass sich die Captives auf ein kollusives Verhalten koordinieren konnten.

13.1.1.103 Insgesamt ergibt sich, dass die wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen eine Koordinierung auf eine Zinsbandbreite nicht verunmöglichten. Vielmehr lag insgesamt eine relativ günstige Marktstruktur vor, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen bzw. ein kollusives Marktergebnis zu stützen. Zudem führte der sehr umfangreiche und regelmässige Informationsaustausch zu einer Erhöhung der Markttransparenz.

Fazit

13.1.1.104 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Informationsaustausch und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives zu beeinflussen und die anderen Captives über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Die Marktstruktur erleichterte zudem eine Koordinierung. Das geforderte Mindestmass an Kommunikation, eine sogenannte Fühlungnahme, ist mit der Vorinstanz als offensichtlich erfüllt zu betrachten. Eine Abstimmung der Beschwerdeführerin mit den übrigen Captives ist somit zu bejahen.

13.1.2 Marktverhalten bzw. Abstimmungserfolg

13.1.2.1 Das zweite Element der abgestimmten Verhaltensweise bildet die Umsetzung der Abstimmung, d.h. das Marktverhalten bzw. der Abstimmungserfolg. Denn während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Diese Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern im anschließenden Marktverhalten der Parteien (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.5; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.2.2; Kling/Thomas, a.a.O., § 5 Rz. 72).

13.1.2.2 Die Vorinstanz erwog, die Umsetzung der Abstimmung müsse sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen. An die Konkretisierung der Verständigung seien jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt könnten auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen. Vorliegend habe das normale Marktverhalten der Captives u.a. darin bestanden, die Leasingzinssätze laufend festzulegen und von Zeit zu Zeit Sonderzinssätze anzubieten, was die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum unbestritten auch getan habe. Dabei habe der praktizierte, breit angelegte Informationsaustausch den Captives ein Monitoring bezüglich der Entwicklung der Zinssätze ermöglicht. Dadurch hätten sie über Marktinformationen der anderen Captives verfügt, welche für den betreffenden Markt relevant gewesen seien. Diese Informationen hätten die Captives in die Lage versetzt, das Marktverhalten der übrigen Captives zu antizipieren und ihr eigenes Handeln mit weniger dem Markt inhärenten Risiken festzulegen.

13.1.2.3 Dies sei nicht nur bei den Zinssätzen der Fall gewesen, sondern auch bei den Restwerten und Gebühren. Vor dem Hintergrund des umfassend angelegten und praktizierten Austausches, dem Wissen, das die Captives dadurch erhalten hätten und dem Wissen, dass die anderen Captives dadurch über sie erlangt hätten, sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives die ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens zwangsläufig nicht hätten unberücksichtigt lassen können.

13.1.2.4 Ferner erwog die Vorinstanz, es lasse sich durch innerbetriebliche Vorgänge auch belegen, dass ein entsprechendes Verhalten vorgelegen habe.

13.1.2.5 Die zwischen den Captives ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen hätten intern zirkuliert und seien dazu verwendet worden, interne Berichte zu erstellen, wodurch sie in die Entwicklung der Unternehmensstrategien miteinbezogen worden seien (Vorinstanz, act. 3026 [betr. die Beschwerdeführerin], act. 3063 [betr. G._____]). Die Beschwerdeführerin habe die ausgetauschten Zinsinformationen in die Erstellung von Vergleichen einfließen lassen und intern weiterverwendet (Vorinstanz, act. 3027 f.). Weiter seien die auf der Basis der ausgetauschten Zinsinformationen erstellten Dokumente für die Durchführung interner Analysen innerhalb der Unternehmen verwendet worden

(Vorinstanz, act. 3011 f. [betr. B._____], act. 3003 [betr. A._____]). Sodann habe die Beschwerdeführerin das Ergebnis des Informationsaustausches als Rechtfertigung für interne Vorschläge verwendet (Vorinstanz, act. 3055). Insgesamt habe der Informationsaustausch zu den Zinssätzen als Grundlage für das Verhalten am Markt gedient (Vorinstanz, act. 3043 [betr. C._____], act. 3041 [betr. G._____]) und die ausgetauschten Informationen seien in die strategische Entscheidungsfindung einbezogen worden. Dass die Captives die Ergebnisse des Austausches intern verwertet hätten, sei schliesslich auch von einigen Captives an den Einnahmen bestätigt worden (Vorinstanz, act. 2401 Rz. 74 ff., act. 2402 Rz. 227 ff., act. 2001 Rz. 455 ff., act. 2908 Rz. 88 ff., act. 2802 Rz. 181 ff.). Aufgrund des Informationsaustausches zu den Zinssätzen sei es den Captives möglich gewesen, auf aufwändige Informationsbeschaffungen zu verzichten. Sie hätten ihre Reaktionsmöglichkeit verbessern und ihre Strategie aufgrund neu erkannter Tendenzen festlegen können. Die Möglichkeit der Captives, die Zinssätze zu verändern und auch kurzfristige Anpassungen zu machen, könne trotz gegenteiliger Behauptungen nicht verneint werden (Vorinstanz, act. 2402 Rz. 169 ff. [betr. F._____], act. 2102 Rz. 68 ff. [betr. die Beschwerdeführerin]).

13.1.2.6 Auch hinsichtlich der Restwerte sei belegt, dass die ausgetauschten Informationen im Rahmen des Marktverhaltens berücksichtigt worden seien (Vorinstanz, act. 3073 [betr. D._____], act. 3073, S. 5 ff. [betr. A._____], act. 2803 S. 172 [betr. die Beschwerdeführerin]). Gleiches gelte für die ausgetauschten Gebühren. So habe B._____ die Einführung von Gebühren eruiert und hierzu eine mehrseitige Konkurrenzanalyse mit einem umfassenden Vergleich der eigenen Gebühren mit jenen der anderen Captives erstellt, nachdem sie zuvor die anderen Captives zu ihren Gebühren befragt habe. Zudem sei auch bei der Einführung einer Gebühr für Vertragsumschreibungen von Fr. 300.00 seitens C._____ im Jahr 2008 ein klarer Zusammenhang mit einem zuvor erfolgten Austausch im Rahmen eines Captive-Meetings erkennbar.

13.1.2.7 Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, dass die ausgetauschten Informationen und deren tabellarische Zusammenstellung durch die Captives als nützlich und interessant eingestuft worden seien und als Arbeitsinstrument gedient hätten. Im Ergebnis habe das Monitoring der Zinssätze, Kommissionen, Restwerte und Gebühren die Markttransparenz entscheidend erhöht. Durch die Menge an Informationen sowie deren hohen Detaillierungsgrad seien die Kenntnisse der Beschwerdeführerin über die Aktivitäten ihrer Wettbewerber verbessert und die strategische Unsicherheit der Marktteilnehmer hinsichtlich des Verhaltens der jeweiligen Wettbewerber weitestgehend minimiert worden. Damit habe das eigene Marktverhalten stets im Wissen um das Marktverhalten der Konkurrenten erfolgen können.

13.1.2.8 Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass an den Abstimmungserfolg hohe Anforderungen zu stellen seien. Abgestimmtes Verhalten könne sich - wie von der herrschenden und einheitlichen Lehre bestätigt werde (Reinert, BSK KG, Art. 4. Abs. 1 Rz. 161) - nicht durch heterogenes Verhalten offenbaren. Uneinheitliches Verhalten sei gerade

Ausdruck von wirksamem Wettbewerb. Als Abstimmungserfolg müsse ein Gleichverhalten gegeben sein. Denn bei einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG sei ein Konsens der Parteien festzustellen und bei abgestimmten Verhaltensweisen werde dieser Konsens durch das Gleichverhalten erstellt. Zudem folge auch aus BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II (E. 3.4.2.3 und E. 5.3), dass ein «entsprechend» abgestimmtes, planmässiges Gleichverhalten vorausgesetzt werde. Gemäss den Urteilen des Bundesgerichts i.S. Luftfracht müsse ein korrespondierendes Marktverhalten gegeben sein, womit ein Gleichverhalten betreffend einen für Art. 5 Abs. 3 KG relevanten Wettbewerbsparameter gemeint sei. Eine abgestimmte Verhaltensweise sei in jenen Fällen nur bejaht worden, weil die Luftfracht-Unternehmen die Treibstoffzuschläge entsprechend ihrer Abstimmung tatsächlich erhöht hätten. Und auch in der EU sei ein entsprechendes Marktverhalten zwingend (Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356 Rn. 118). Schliesslich habe sogar das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-710/2014 vom 16. November 2022 i.S. Luftfracht (E. 10.2.1) klargestellt, dass ohne Gleichverhalten weder auf eine abgestimmte Verhaltensweise noch auf einen Kartellrechtsverstoß geschlossen werden könne.

13.1.2.9 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, für den Nachweis des Gleichverhaltens gelte der Überzeugungsbeweis. Die Vorinstanz habe jedoch kein Gleichverhalten nachgewiesen. Die Captives hätten sich auch nicht gleich oder gleichförmig verhalten. Die Leasingzinsen der Captives seien vielmehr sehr unterschiedlich ausgefallen. Es gäbe kein einziges Beweismittel, das nachweise, dass die Beschwerdeführerin ihre Zinssätze, Restwerte oder Vertragsgebühren im Nachgang an den Informationsaustausch mit den anderen Captives hätte anpassen wollen oder angepasst hätte. Vielmehr hätten sich die Beschwerdeführerin und Ford Motor Company (Switzerland) SA immer unabhängig von den anderen Captives verhalten. Die Höhe ihrer Leasingzinsen sei von externen Faktoren beeinflusst und massgeblich durch Refinanzierungskosten in Folge des Tiefzinsumfelds bzw. der Finanzkrise bedingt gewesen.

13.1.2.10 Dass es im Markt für Neuwagenleasing zwischen 2007 bis 2014 kein Gleichverhalten gegeben habe, werde auch durch die Gutachten von Swiss Economics nachgewiesen. Entsprechend habe sie den Gegenbeweis erbracht. Die Parteigutachter seien gestützt auf eine Analyse der Leasingzinssätze von 2007 bis 2014 zum Schluss gekommen, dass die Standard- und Sonderzinssätze der Captive zu jedem Zeitpunkt eine signifikante Streuung aufgezeigt hätten. Gleichgerichtete Änderungen seien nicht zu beobachten. Der festgestellte leichte Abwärtstrend in der Höhe der Leasingzinssätze sei wohl durch sinkende Refinanzierungskosten in Folge des Tiefzinsumfelds- bzw. der Finanzkrise zu erklären.

13.1.2.11 Ferner kritisiert die Beschwerdeführerin, es treffe nicht zu, dass die Captives die ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung des Marktverhaltens zwangsläufig nicht unberücksichtigt lassen konnten. Ohnehin sei eine solche Behauptung unzulässig. Die Vorinstanz schliesse nur anhand von «anekdotischen» Beispielen auf die wettbewerbswidrige Verwendung der

Informationen und damit auf das Gleichverhalten. Zudem würde die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zahlreiche E-Mails zitieren, die gar nicht die Beschwerdeführerin betreffen, sondern von anderen Captives stammen würden. Solche E-Mails könnten nicht als Beweismittel für das Verhalten der Beschwerdeführerin dienen. Ausserdem würden sich die zitierten Aussagen der anderen Captives teilweise auch auf das Financing Market Benchmarking beziehen, an welchem die Beschwerdeführerin nicht teilgenommen habe. Mit den E-Mails der Beschwerdeführerin liesse sich lediglich die Kenntnisnahme der Informationen aufzeigen, nicht jedoch eine interne Verwendung der ausgetauschten Informationen oder ein Gleichverhalten belegen.

13.1.2.12 Bei der von der Vorinstanz erwähnten Gebührenanalyse von B._____ sei unklar, woher die in der Konkurrenzanalyse aufgeführten Informationen stammen würde. Ebenso sei nicht nachgewiesen, dass B._____ gestützt darauf ihre Gebühren angepasst habe. Damit bleibe als angeblicher Nachweis der Umsetzung der Abstimmung einzig die Aussage von C._____, welche die Einführung einer Gebühr mit der Anpassung an die Konditionen der anderen Captives begründet habe. Eine solche singuläre Aussage zu den Gebühren genüge aber nicht, um eine (Gesamt-)Abrede zu den Zinssätzen und/oder den Gebühren zu beweisen. Zudem lasse die Aussage gar keine Schlussfolgerung auf das Verhalten der Beschwerdeführerin zu, da sich nur C._____ angepasst habe. Ohnehin seien die Gebühren für die Preisfindung irrelevant.

13.1.2.13 Nachfolgend wird zunächst dargelegt, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein Abstimmungserfolg bejaht werden kann. Anschliessend wird geprüft, ob diese Anforderungen hier erfüllt sind.

13.1.2.14 Das Bundesgericht erwog zum Abstimmungserfolg in BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II (E. 3.4.3) was folgt:

«Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen. Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen.»

13.1.2.15 Mit Urteil 2C_64/2023 vom 26. November 2024 i.S. Luftfracht bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, indem es unter Verweis auf BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II ausführte, dass eine abgestimmte Verhaltensweise neben der Fühlungnahme ein entsprechendes bzw. korrespondierendes Marktverhalten bedürfe. Erforderlich sei somit auch ein Abstimmungserfolg, der sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeige (Urteil 2C_64/2023; Luftfracht, E. 6.3.2.2; bestätigt mit Urteil 2C_81/2023, Luftfracht, E. 6.3.2.2).

13.1.2.16 Damit setzt ein Abstimmungserfolg voraus, dass das Marktverhalten nicht mehr selbstständig erfolgt, sondern mithilfe der Abstimmung die dem freien Wettbewerb immanenten Unsicherheiten und Risiken umgangen werden. In der Regel zeigt sich der Abstimmungserfolg in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Verhalten (Urteile 2C_81/2023 und

2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.3.2.2). Neben beobachtbarem Verhalten auf dem Markt können - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen, etwa wenn sich aufzeigen lässt, dass die Abstimmung einen Einfluss auf das spätere Marktverhalten hatte, weil sie zu einer Verminderung der strategischen Unsicherheit über das Marktverhalten der Wettbewerber geführt hat (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.3; Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.2.3.3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 58; abweichend: REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 161; JÜRG BORER/LAURA BORER, Wettbewerbsrecht I, 4. Aufl. 2025, Art. 4 N. 4; vgl. auch Urteil B-7756/2015, VPVW Stammische/Projekt Repo 2013, E. 8.3.2).

13.1.2.17 Mit der Vorinstanz ist zu schliessen, dass an die Konkretisierung der Verständigung bzw. den Nachweis des Marktverhaltens keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss aber ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.3).

13.1.2.18 Zwischen den Parteien ist in diesem Zusammenhang umstritten, ob der Abstimmungserfolg ein Gleichverhalten voraussetzt.

13.1.2.19 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung fordert kein Gleichverhalten. Das Erfordernis eines Gleichverhaltens kann für einen Informationsaustausch wie dem vorliegenden auch nicht daraus abgeleitet werden, dass das Bundesgericht in BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II (E. 5.3) letztlich auf den Befolgungsgrad abgestellt hatte. Denn der Befolgungsgrad war in BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II zu prüfen, weil eine einseitige und als «unverbindlich» bezeichnete Preisempfehlung zu beurteilen war. Demgegenüber fehlt es bei einem multilateralen Informationsaustausch an einer potenziellen Handlungsanweisung im vertikalen Verhältnis. Folglich kann diese Rechtsprechung für den vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres übernommen werden (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.2.3.14).

3.1.2.20 Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil B-710/2014 i.S. Luftfracht (E. 10.2.4) zwar, dass es bei einem Informationsaustausch in der Regel erforderlich sei, dass der Empfänger der wettbewerbs sensitiven Informationen (wie z.B. Preise) sein Verhalten an seine Mitwettbewerber angleiche. Wie das Gericht allerdings bereits im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileleasing CA Auto Finance (E. 5.2.3.5) festhielt, ist damit nicht gemeint, dass das Marktverhalten zwingend parallel erfolgen muss. Entsprechendes lässt sich auch dem oben erwähnten Urteil B-710/2014 i.S. Luftfracht nicht entnehmen. Vielmehr muss die Verhaltensweise am Markt durch die Fühlungnahme nur beeinflusst worden sein. Massgeblich ist, ob das Verhalten irgendeine inhaltlich nicht näher bestimmte Wirkung auf das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen hatte (Urteil B-4596/2019,

Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.2.3.13; vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 10 N. 45).

3.1.2.21 Ferner gehen auch zahlreiche Lehrmeinungen davon aus, dass ein Gleichverhalten nicht zwingend erforderlich ist. So halten Bangerter/Zirlick ausdrücklich fest, es sei nicht erforderlich, dass das Marktverhalten parallel erfolge (Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 58). Raphael Brütsch führt ebenfalls aus, dass der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise - entgegen dem vordergründigen Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG - kein tatsächliches Parallelverhalten voraussetze (Raphael Brütsch, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003, S. 191). Und Weber/Volz führen aus, dass ein mehr oder weniger sichtbares tatsächliches Marktverhalten erforderlich sei, welches beobachtbar sei oder in rein innerbetrieblichen Massnahmen umgesetzt werde. Innerbetriebliche Massnahmen müssten Konsequenzen auf das Aussenverhalten haben (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.77). Für die gegenteilige Behauptung, dass die herrschende und einheitliche Lehre ein Gleichverhalten voraussetze, führt die Beschwerdeführerin sodann auch nur die Lehrmeinung von Reinert an (Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 89). Allerdings verlangt auch Reinert nicht explizit ein Parallelverhalten, sondern lediglich ein koordiniertes tatsächliches Marktverhalten entsprechend der Abstimmung (Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 89-91). Schliesslich erwähnen Borer/Borer zwar ausdrücklich, dass eine abgestimmte Verhaltensweise begriffsnotwendig ein Parallelverhalten voraussetze (BORER/BORER, a.a.O., Art. 4 N. 4). Allerdings fordern weder die von ihnen für diese Rechtsauffassung erwähnten Entscheide des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls (Rz. 161) und C-49/92 P vom 8. Juli 1999 Anic Partecipazioni (R. 118) noch der zitierte Aufsatz (BÖNI/WASSMER, Anforderungen an Beweismittel und Beweismass im kartellrechtlichen Verfahren, EWS 5/2017, S. 69 ff., S. 72) ein Parallelverhalten. Vielmehr wird dort neben der Abstimmung lediglich ein nicht näher umschriebenes «entsprechendes Marktverhalten» vorausgesetzt.

13.1.2.22 Bei Informationsaustauschen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wird sodann auch in der EU mehrheitlich vertreten, dass ein Parallelverhalten nicht nachgewiesen werden müsse (vgl. Urteile T-Mobile Netherlands, Rn. 29; Banco BPN/BIC Português SA et al., Rn. 61; PASCHKE, in: Säcker/Meier-Bock/Bien/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV Rz. 163; PETER BEHRENS, a.a.O., N. 872 f.). Auf den Nachweis konkreter Auswirkungen auf das Marktverhalten wird verzichtet und lediglich geprüft, ob das betreffende Unternehmen auch weiterhin auf dem relevanten, von der Fühlungnahme betroffenen, Markt tätig ist. Diesfalls gilt die Vermutung, dass das weiterhin auf dem Markt tätige Unternehmen die mit seinen Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung seines Marktverhaltens berücksichtigt. Es obliegt dabei dem betreffenden Unternehmen, diese Vermutung umzustossen (Urteil Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe, Rn. 127 m.w.H.; jüngst bestätigt im Urteil Scania Lkw-Kartell, Rn. 100).

13.1.2.23 Als Fazit ergibt sich, dass ein Abstimmungserfolg nicht den Nachweis eines Gleichverhaltens bedarf. Der Abstimmungserfolg muss sich nur in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen. Das heisst, dass die Verhaltensweise am Markt durch die Fühlungnahme beeinflusst worden sein muss. Massgeblich ist, ob ein korrespondierendes Verhalten vorliegt, was ohne weiteres gegeben ist (s. E. 13.1.2.24 ff.). Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können dabei auch innerbetriebliche Massnahmen in Frage kommen. Dabei gilt es zu beachten, dass das Marktverhalten den Erfolg der Abstimmung darstellt. Es sagt aber noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs.1 KG aus, auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.3; Urteile des EUGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls, Slg. 1999 I-4287 Rn. 165; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Slg. 1999 I 4125 Rn. 124).

13.1.2.24 Ob im konkreten Fall ein Abstimmungserfolg in diesem Sinne gegeben ist, ist nachfolgend zu prüfen. Hierzu ist zunächst festzustellen, worin das eigentliche Marktverhalten der Captives besteht.

13.1.2.25 Das eigentliche Marktverhalten der Captives besteht im Kauf eines vom Leasingnehmer gewählten Fahrzeugs und der anschliessenden Gebrauchsüberlassung dieses Fahrzeugs an den Leasingnehmer. Dies bedingt die Festlegung der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung, d.h. der Leasingraten. In diesem Zusammenhang werden laufend Leasing-zinssätze festgelegt und angepasst sowie in Zusammenarbeit mit den Sales Companies Sonderzinssätze angeboten. Im Weiteren werden Restwerte bzw. Restwertempfehlungen und Gebühren bestimmt. Anpassungen werden einerseits aus äusseren Anlässen, wie Gesetzesänderungen oder Wechselkursschwankungen vorgenommen, andererseits aus internen strategischen Überlegungen.

13.1.2.26 Dass die Beschwerdeführerin solche Handlungen im relevanten Zeitraum vorgenommen hat, ist offensichtlich. Im Untersuchungszeitraum hat die Beschwerdeführerin diese Handlungen - gleich wie die anderen Captives (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.3.16) - allerdings insbesondere vor dem Hintergrund des oben dargelegten Informationsaustausches ausgeführt. Denn alle vorerwähnten Parameter (Standard- und Sonderzinssätze, Restwerte, Gebühren) waren nachweislich vom Informationsaustausch betroffen. Zudem war der Umfang der ausgetauschten Daten, deren Detaillierungsgrad sowie die Frequenz des Austausches hoch. Der praktizierte Informationsaustausch ermöglichte den Captives ein lückenloses Monitoring bezüglich der Entwicklung der Zinssätze. Zusätzlich wurde der Austausch zwischen den Captives bei besonderen Ereignissen und besonderen äusseren Umständen intensiviert (s. E. 13.1.1.19 ff., insb. E. 13.1.1.59 und E. 13.1.1.95 oben).

13.1.2.27 Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, die Captives hätten die untereinander ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens zwangsläufig nicht unberücksichtigt lassen können. Aufgrund des Informationsaustausches waren die Captives insbeson-

dere in der Lage, auf aufwändige Informationsbeschaffungen zu verzichten. Sie konnten ihre Reaktionsmöglichkeiten verbessern und ihre Strategie aufgrund neu erkannter Tendenzen festlegen. Dass die Captives daneben auch auf die allgemeinen Marktbedingungen und insbesondere die Finanzierungskosten reagierten, wie dies seitens der Beschwerdeführerin vorgebracht wird, schliesst diese Feststellung nicht aus (vgl. in diesem Zusammenhang auch E. 13.1.1.57 oben). Auch das Vorbringen, eine kurzfristige Anpassung der Preisstrategie sei gar nicht möglich, verfängt in diesem Zusammenhang nicht. Denn einerseits geht es nicht nur um kurzfristige Anpassungen des Marktverhaltens, sondern um irgendwelche Wirkungen des Informationsaustausches auf das Marktverhalten (s. auch E. 13.1.1.55 oben). Andererseits zeigen die von der Vorinstanz beispielhaft dargelegten Verhaltensanpassungen (s. E. 13.1.2.4 oben), dass kurzfristige Anpassungen von Preiselementen durchaus möglich waren und vorgenommen wurden. Schliesslich bestätigten mehrere Captives an den Einvernahmen bzw. in den Unternehmenserklärungen, dass sie ihre Strategie - zumindest punktuell - kurzfristig anpassen konnten (vgl. Vorinstanz, act. 2102 Rz. 68 ff., act. 2402 Rz. 168 ff., act. 2802 Rz. 188 ff., act. 2804 S. 12 Rz. 46; Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2).

13.1.2.28 Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, zumal die Vorinstanz das entsprechende Marktverhalten zusätzlich durch innerbetriebliche Vorgänge belegt hat (s. E. 13.1.2.4 oben). So hat sie mit einer Vielzahl von Beispielen aufgezeigt, dass der Informationsaustausch tatsächlich einen Einfluss auf das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives hatte. Wie nachfolgend gezeigt wird, erweisen sich diese Belege - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - als stichhaltig.

13.1.2.29 Zunächst macht die Beschwerdeführerin, wie erwähnt, geltend, dass mit den von der Vorinstanz gewürdigten Nachrichten und Berichten anderer Captives kein Beleg für einen der Beschwerdeführerin anzulastenden Abstimmungserfolg vorliege.

13.1.2.30 Hierzu ist festzuhalten, dass eine passive Kartellbeteiligung grundsätzlich bereits genügt. Eine Abredebeteiligte hat sich das Verhalten der anderen Abredebeteiligten somit anrechnen zu lassen, es sei denn, sie habe dem Kartellverhalten ausdrücklich widersprochen. Wie bereits ausgeführt (s. E. 13.1.1.74 oben), reicht der Nachweis der Teilnahme an einem Treffen, an welchem es zu wettbewerbswidrigen Absprachen gekommen ist, für die Annahme einer Beteiligung am Kartell aus. Etwas anderes wird nur angenommen, wenn das Unternehmen dem Kartellverhalten deutlich widersprochen bzw. sich aktiv davon distanziert hat (anstatt vieler: Urteile Scania Lkw-Kartell, Rn. 99; Aalborg Portland, Rn. 81; vgl. in diesem Sinne auch Urteile 2C_81/2023, Luftfracht American Airlines, E. 8.3.3 und 2C_64/2023, Luftfracht United Airlines, E. 8.4.1 f.; Zimmer, Wettbewerbsrecht, N. 92 zu Art. 101 Abs.1 AEUV). Bei einem Informationsaustausch genügt es, wenn ein Unternehmen anwesend war oder die Informationen auf sonstige Weise (z.B. per E-Mail, Post etc.) erhalten hat. Sofern das Unternehmen die Informationen nicht aus-

drücklich zurückweist, wird davon ausgegangen, dass es sie akzeptiert hat und sein Marktverhalten entsprechend anpasst (Urteile Hüls, Rn. 162; Anic Partecipazioni SpA, Rn. 121; PAUTKE, a.a.O., Rz. 132; vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz. 435). Grund dafür ist, dass ein Unternehmen, welches an einem Treffen teilnimmt, ohne sich offen vom Inhalt des Treffens zu distanzieren, den anderen Teilnehmern Anlass zur Annahme gibt, sich dem Ergebnis des Treffens entsprechend zu verhalten (Urteil Aalborg Portland, Rn. 82; Zimmer, Wettbewerbsrecht, N. 92 zu Art. 101 Abs.1 AEUV).

13.1.2.31 Vorliegend hat sich die Beschwerdeführerin weder an den Captives-Meetings ausdrücklich vom Informationsaustausch distanziert, noch hat sie die per E-Mail und Team-Space ausgetauschten und erhaltenen Informationen ausdrücklich zurückgewiesen. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin aktiv am Informationsaustausch teilgenommen, neue Informationsaustausche angeregt (s. E. 10.5.4 f. und 10.2.4.1 oben) und ihre eigenen Daten mit den anderen Captives geteilt. Die anderen Captives stützten sich bei ihrem Marktverhalten und der Verwendung der ausgetauschten Informationen insbesondere auch auf die von der Beschwerdeführerin mitgeteilten Daten. Damit hat sie sich das entsprechende Marktverhalten der anderen Captives anrechnen zu lassen.

13.1.2.32 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die von der Vorinstanz exemplarisch aufgezeigten Beweise würden nur eine bloße Kenntnisnahme der ausgetauschten Informationen belegen.

13.1.2.33 Hinsichtlich der Zinssätze geht aus den Vorakten hervor, dass die ausgetauschten Informationen intern weitergeleitet, für Marktberichte und -analysen sowie als Argumentarium verwendet wurden (vgl. Vorinstanz, act. 3011, 3065 und 3086 S. 1 sowie act. 3026-3028 [betr. die Beschwerdeführerin]). Solche Marktberichte und -analysen fließen nach der allgemeinen Lebenserfahrung in die strategische Entscheidungsfindung eines Unternehmens mit ein (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.3.19). In internen E-Mails wurde das Ergebnis des Informationsaustausches teilweise - so auch bei der Beschwerdeführerin - als stärkendes Argument für interne Vorschläge, namentlich auch für die Anpassung der eigenen Zinsen, genannt (vgl. Vorinstanz, act. 3041 und 3055). Bei B._____ führte die Zustellung des Benchmarks und des Leasing-Surveys bzw. die Kenntnisnahme der darin enthaltenen Informationen im April 2008 überdies dazu, dass der damalige CFO beabsichtigte, gestützt darauf eine Erhöhung des Leasingzinssatzes zu beantragen (vgl. Vorinstanz, act. 3078). Die ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen flossen damit in das Marktverhalten, namentlich auch in die strategische Entscheidungsfindung, mit ein.

13.1.2.34 Auch hinsichtlich der Restwerte schloss die Vorinstanz zu Recht, dass das Verhalten auf dem Markt durch die Kenntnis der ausgetauschten Restwerttabellen der Konkurrenten beeinflusst wurde (vgl. z.B. Vorinstanz, act. 3081). So erfragte D._____ am Meeting vom 21. Oktober 2010 die Bereitschaft der Captives, ihre Restwerttabellen zu Vergleichszwecken zur Verfügung zu stellen (vgl. Vorinstanz, act. 3100 S. 16 f.). Wenige

Monate später, im Februar 2011, wurde bei D._____ intern ein Vorschlag zur Senkung der Restwerte für Autos der gehobenen Fahrzeugkategorien unterbreitet, in dessen Zusammenhang Restwerttabellen von anderen Captives zum Vergleich herangezogen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 3073, S. 1, 5, 7 und 8). Auch die Anfrage der Beschwerdeführerin um nähere Angaben zu den Auflösetabellen der Captives bzw. um Zustellung einer Beispielstabelle kann nur vor dem Hintergrund erfolgt sein, Unsicherheiten auf dem Markt zu beseitigen und das eigene Marktverhalten gegebenenfalls anzupassen. Zumal diese Umfrage gar mit dem erklärten Ziel erfolgte herauszufinden, ob die eigene Auflösetabelle «zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden)» sei (s. E. 10.5.5 oben). Gleiches gilt hinsichtlich der Anfrage von D._____ vom 13. Dezember 2012, ob die anderen Captives im Folgejahr beabsichtigen, ihre Restwerte anzupassen (s. E. 10.5.6 oben).

13.1.2.35 Schliesslich ist auch hinsichtlich der Gebühren nicht nur eine bloße Kenntnisnahme der ausgetauschten Informationen nachgewiesen, sondern belegt, dass das Marktverhalten durch den Informationsaustausch betreffend die Gebühren beeinflusst wurde. So ist belegt, dass sich die Captives am Meeting vom 24. Juni 2008 in Anwesenheit der Beschwerdeführerin zur Höhe der Gebühren bei Vertragsumschreibungen und den entsprechenden Bedingungen austauschten (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 35 f.) und C._____, die Initiatorin dieses Austausches, im unmittelbaren Nachgang per 1. Juli 2008 eine entsprechende Gebühr in der Höhe von Fr. 300.- einführte. Sie begründete deren Einführung ausdrücklich mit der Anpassung an die Marktbedingungen seitens der anderen Captives (vgl. Vorinstanz, act. 3042).

13.1.2.36 Ebenso ist belegt, dass B._____ bei den anderen Captives im April bzw. Mai 2010 deren Gebühren(höhe) erfragte und ein 21-seitiges Fachkonzept erstellte, welches einen Vergleich der eigenen Gebühren mit denjenigen der anderen Captives und Non-Captives enthielt. Dass sich B._____ für den Gebührenvergleich auf die von den Captives zuvor gemeldeten Zahlen stützte, erscheint äusserst wahrscheinlich, da die gemeldeten Zahlen mit jenen im Fachkonzept übereinstimmen und keine anderen Gründe für die vorangegangenen Befragungen ersichtlich sind. Das Fachkonzept kam zum Schluss, dass die Gebühren der B._____ unter dem Marktdurchschnitt lägen bzw. gewisse Gebühren noch gar nicht erhoben würden, weshalb die Einführung bestimmter neuer Gebühren (z.B. Kontoauszüge, Adressnachforschungen, Steuernachweise) empfohlen wurde (vgl. Vorinstanz, act. 1211 S. 32 ff.; vgl. auch act. 3076 f. und 3079 f.). Somit ist zumindest nachgewiesen, dass gestützt auf Informationsaustausche zwischen den Captives die Einführung von Gebühren eingehend geprüft und in Erwägung gezogen wurde, auch wenn - wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält - nicht nachgewiesen ist, ob es letztlich zu einer effektiven Einführung und/oder Erhöhung der Gebühren kam.

13.1.2.37 Im Sinne eines Fazits kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz aufgrund des langjährigen, häufigen und umfangreichen Informationsaustausches davon ausgehen durfte, dass die Beschwerdeführerin

die ausgetauschten Informationen nicht unberücksichtigt liess. Zudem ist nachgewiesen, dass der Informationsaustausch das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives effektiv beeinflusst hat und die Informationen entsprechend verwendet wurden. Angesichts des Umstandes, dass - wie im Wettbewerbsrecht generell - auch bei Abreden die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen, ist das oben angeführte Beweisergebnis für den Nachweis des Abstimmungserfolges ausreichend (Urteil 2C_64/2023, Luftfracht United Airlines, E. 8.5.1.3; vgl. E. 7.3.5 oben). Damit ist mit der Vorinstanz eine Umsetzung der abgestimmten Verhaltensweise bzw. ein korrespondierendes Marktverhalten und damit ein Abstimmungserfolg zu bejahen.

13.1.2.38 Da der Abstimmungserfolg, wie erwähnt, kein Gleichverhalten voraussetzt, muss auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum angeblich fehlenden Gleichverhalten sowie die entsprechenden Analysen im Parteigutachten nicht weiter eingegangen werden. Ohnehin beruhen diese allesamt - gleich wie das vorgetragene Argument, durch den Nachweis der unterschiedlichen Leasingzinsen, Restwerte und Gebühren den Gegenbeweis erbracht zu haben - auf der unzutreffenden Annahme, dass sich die Captives bei einer Kollusion auf einen einheitlichen Leasingzinssatz koordinieren würden bzw. müssten. Es ist jedoch - wie erwähnt - aufgrund der Kernfunktion der Captives naheliegender, dass sich diese in einem Kollusionsgleichgewicht einen gewissen «Toleranzbereich» zugestehen und sich deshalb auf eine Zinssatzbandbreite zu koordinieren versuchen (E. 13.1.1.87 f. oben).

13.1.3 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten

13.1.3.1 Schliesslich bedarf es zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen eines Kausalzusammenhangs. Dabei ist unbeachtlich, ob allenfalls weitere Ursachen für das Marktverhalten bestehen. Entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.4; Urteil 2C_81/2023, Luftfracht American Airlines, E. 6.3.2; Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.4.1).

13.1.3.2 Das Bundesgericht hat sich im Rahmen seiner Erwägungen zur Pfizer-Rechtssache der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen, wonach für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten zwei Beweiserleichterungen gelten. So gilt bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfand. Die Vermutung ist widerlegbar. Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dies eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren. In der Regel sind jedoch weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.4.4 m.w.H.; Urteil B-4596/2019, Au-

tomobilleasing CA Auto Finance, E. 5.2.4.4; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 60).

13.1.3.3 Die Vorinstanz erwog, es könne vorliegend gestützt auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts vermutet werden, dass sich der vorliegende Informationsaustausch auf das Marktverhalten ausgewirkt habe, zumal die Abstimmung regelmässig und während eines langen Zeitraums praktiziert worden sei. Zudem lägen gewichtige Gründe für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten vor. So habe die Abstimmung sämtliche wichtigen Wettbewerbsparameter betroffen und sei auf der obersten Führungsebene der Captives erfolgt. Diesen Führungspersonen sei es aufgrund des umfassenden Informationsaustausches möglich gewesen, ihre strategischen Unsicherheiten hinsichtlich des aktuellen und zukünftigen Verhaltens der anderen Wettbewerber weitestgehend zu minimieren. Ausserdem sei belegt, dass die ausgetauschten Informationen intern weiteren Personen als Arbeitsinstrumente zugänglich gemacht und bei der Festlegung des Marktverhaltens benutzt worden seien.

13.1.3.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es läge kein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und ihrem Marktverhalten vor. Aus der Praxis in der EU ergebe sich, dass die Kausalitätsvermutung nur greife, wenn sowohl eine Abstimmung als auch ein Gleichverhalten untersucht und nachgewiesen werde. Andernfalls entstehe ein per-se Verbot von Informationsaustauschen. Vorliegend werde das Gleichverhalten nur vermutet, worauf nicht abgestellt werden dürfe.

13.1.3.5 Weiter führt die Beschwerdeführerin auch im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang aus, dass die Marktmerkmale beim Fahrzeugleasing eine Kollusion gar nicht zuliessen. Insbesondere schliesse die hohe Anzahl an unterschiedlichen (d.h. asymmetrischen) Captives und Non-Captives mit verschiedenen Absatzstrategien und unterschiedlichen Kostenstrukturen eine Kollusion aus und verunmögliche nicht-wettbewerbliche Leasingraten für Leasingnehmer. Auch seien die Leasingangebote zu unterschiedlich und der Markt viel zu dynamisch, als dass die Captives Leasingraten bzw. Leasingzinsen der Leasingnehmer hätten koordinieren können. So setzten sich die gesamten Leasingkosten eines Leasingnehmers aus zahlreichen Elementen zusammen, die überdies von unterschiedlichen Akteuren im Markt für Neuwagenleasing festgelegt bzw. verhandelt würden. Die Beschwerdeführerin habe sich an ihren Refinanzierungskosten ausgerichtet. Ein Gleichverhalten liege nicht vor. Damit sei die Kausalitätsvermutung widerlegt bzw. habe sie den entsprechenden Gegenbeweis erbracht. An die Widerlegung der Vermutung dürften keine übertriebenen oder unrealistischen Anforderungen gestellt werden. Bereits die gänzlich unterschiedlichen Leasingzinsen der Captives würden Zweifel an der Richtigkeit der Kausalitätsvermutung wecken.

13.1.3.6 Schliesslich macht sie geltend, dass die Kausalitätsvermutung nach der Rechtsprechung des EuGH als widerlegt gelte, wenn das entsprechende Unternehmen nachweisen könne, dass es sich gar nicht an die Abstimmung gehalten habe. Vorliegend habe die Be-

schwerdeführerin den Leasingnehmerinnen und -nehmern nicht die vermeintlich abgestimmten Zinssätze verrechnet, womit der Gegenbeweis erbracht sei.

13.1.3.7 Wie erwähnt, gilt gemäss Rechtsprechung des EUGH und des Bundesgerichts bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet (s. E. 13.1.3.2 oben). Der Grund hierfür ist im ökonomischen Erfahrungswissen zu sehen, dass ein Unternehmen Kenntnisse über strategische Informationen eines Wettbewerbers in der Regel bei der Bestimmung des eigenen Marktverhaltens berücksichtigt. Tauschen Unternehmen wettbewerbsrelevante Informationen aus, so spricht erfahrungsgemäss eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass ihr künftiges Marktverhalten hierdurch nicht unbeeinflusst bleibt (vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofes Deutschlands vom 13. Juli 2020 KRB 99/19 i.S. Bierkartell, E. 42 m.w.H.).

13.1.3.8 Nachdem vorliegend sowohl das Vorliegen einer Abstimmung als auch das Vorliegen des Marktverhaltens bzw. Abstimmungserfolgs bejaht wurde, ist mit der Vorinstanz auf diese Vermutung abzustellen.

13.1.3.9 Dass auch andere Faktoren das Marktverhalten der Captives beeinflussen, steht schliesslich weder der Anwendung der Kausalitätsvermutung noch der Kausalität als solcher entgegen. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 i.S. Baubeschläge Koch die gegenteilige Rechtauffassung verworfen, wonach die Abstimmung der Unternehmen «einzig ursächlich» für das entsprechende Marktverhalten sein müsse (Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2018, Baubeschläge Koch, E. 3.2 in fine). Ob allenfalls weitere Ursachen bestehen, ist unbeachtlich (s. E. 13.1.3.2 oben).

13.1.3.10 Der Einwand der Beschwerdeführerin, es könne aufgrund des fehlenden Nachweises des Gleichverhaltens nicht auf die Kausalitätsvermutung abgestellt werden, beruht auf dem unzutreffenden Verständnis der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Nachweis des Abstimmungserfolgs. Wie erwähnt, ist der Nachweis des Gleichverhaltens für die Bejahung eines Abstimmungserfolgs nicht notwendig (s. E. 13.1.2.13 ff. oben).

13.1.3.11 Ein per-se Verbot von Informationsaustauschen wird mit der Kausalitätsvermutung im Übrigen nicht geschaffen. So gilt nicht jeder Informationsaustausch als Abstimmung. Die Kausalitätsvermutung ist zudem widerlegbar und es muss auch untersucht werden, ob die abgestimmte Verhaltensweise überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. dazu nachfolgend E. 13.2 ff.). Erst dann liegt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, welche für sich aber noch nichts über deren Unzulässigkeit aussagt. Letztere ergibt sich erst nach einer Prüfung von Art. 5 KG (vgl. dazu unten E. 15 ff.).

13.1.3.12 Die Kausalitätsvermutung kann, wie soeben erwähnt, widerlegt werden (s. auch E. 13.1.3.2 oben). Hierfür muss der Vermutungsgegner nicht den Beweis des Gegenteils antreten. Er kann sich mit dem Gegen-

beweis begnügen. Das bedeutet, dass er Zweifel an der Richtigkeit der Indizien (Vermutungsbasis) und der daraus gezogenen Schlussfolgerung (Vermutungsfolge) wecken muss. Gelingt dem Vermutungsgegner der Gegenbeweis, so greift die tatsächliche Vermutung nicht mehr und der Beweis ist gescheitert. Es stellt sich, sofern der Vermutungsgegner nicht weitergehend das Gegenteil beweist, die Beweislosigkeit ein, deren Folgen den beweisbelasteten Vermutungsträger treffen (Urteil des BGer 5A_182/2017 vom 2. Februar 2018 E. 3.2.2 m.w.H.; Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.2.4.6).

13.1.3.13 Das Bundesgericht hat sich nicht dazu geäussert, in welchen Konstellationen die Vermutung widerlegt werden kann. Die EU-Praxis zieht eine Widerlegung der Vermutung insbesondere in Erwägung, wenn ein Marktteilnehmer aus dem Markt ausscheidet, sich öffentlich vom Verhalten distanziert oder eine Anzeige bei der zuständigen Behörde einreicht (Urteile des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas, ECLI:EU:C:2016:42 Rn. 46; T-Mobile Netherlands, Rn. 51). Sind nicht kollusive Treffen gegenständlich, so können auch andere Beweise vorgelegt werden (Urteil Eturas, Rn. 46). Diesfalls könne die Kausalitätsvermutung namentlich auch durch den Nachweis der systematischen Gewährung eines über die fragliche Obergrenze hinausgehenden Preisnachlasses widerlegt werden (Urteil Eturas, Rn. 49).

13.1.3.14 Die Beschwerdeführerin bringt, wie erwähnt, vor, eine Kollusion sei aufgrund der besonderen Marktmerkmale ausgeschlossen. Wie die rechtliche und ökonomische Auseinandersetzung mit den einzelnen Marktmerkmalen in E. 13.1.1.79 ff. gezeigt hat, überzeugt dieses Vorbringen nicht. Die Marktmerkmale schliessen vorliegend eine Kollusion gerade nicht aus.

13.1.3.15 Soweit die Beschwerdeführerin ferner rügt, das fehlende Gleichverhalten und die gänzlich unterschiedlichen Leasingzinsen der Captives würden begründete Zweifel an der Richtigkeit der Kausalitätsvermutung wecken, ist mit der Vorinstanz und unter Verweis auf E. 13.1.1.87 f. und 13.1.2.38 oben festzuhalten, dass sich die Verhaltensweisen vorliegend gerade nicht auf gleiche oder gleichartige Preise oder simultane Preiserhöhungen richteten. Aufgrund der faktischen Marktaufteilungsregelung der Captives stand nicht die Verständigung auf einen einheitlichen Leasingzinssatz im Fokus. Vielmehr ist es aufgrund der Kernfunktion der Captives naheliegender, dass sich die Captives in einem Kollusionsgleichgewicht einen gewissen «Toleranzbereich» zugestanden haben. Folglich sind die ins Recht gelegten ökonomischen Gutachten, welche aufzuzeigen versuchen, dass die Leasingzinsen der Captives in der fraglichen Zeit nicht alle genau gleich waren bzw. dass nicht alle Captives zeitgleich Tiefzinsangebote offerierten, nicht geeignet, die Kausalitätsvermutung zu widerlegen.

13.1.3.16 Zudem ist die Beschwerdeführerin weder aus dem Markt ausgeschieden, noch hat sie sich öffentlich vom Verhalten der anderen Captives distanziert oder eine Anzeige bei der zuständigen Behörde eingereicht. Vielmehr hat sie über mehrere Jahre und bis zur Eröff-

nung der Untersuchung aktiv am Informationsaustausch teilgenommen.

13.1.3.17 Schliesslich hat die Beschwerdeführerin auch keinen Nachweis erbracht, dass sie den Leasingnehmerinnen und -nehmern systematisch einen über einer vereinbarten Obergrenze hinausgehenden Preisnachlass gewährt hat (vgl. Urteil Eturas, Rz. 49).

13.1.3.18 Im Ergebnis ist mit der Vorinstanz ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Beschwerdeführerin zu bejahen. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist aufgrund der von der schweizerischen und europäischen Rechtsprechung anerkannten Kausalitätsvermutung auch hier nicht ersichtlich.

13.1.3.19 Damit sind alle drei Voraussetzungen für das Vorliegen einer ab-gestimmten Verhaltensweise erfüllt.

13.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Eine Abrede wird insbesondere dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5). Diese Wettbewerbsbeschränkung muss gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein.

13.2.1 Vorbringen der Parteien

13.2.1.1 Die Vorinstanz erwog, eine Abrede bezwecke eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben». Dabei genüge es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet sei, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten sei unerheblich.

13.2.1.2 Die europäische Praxis und Rechtsprechung gehe davon aus, dass ein Informationsaustausch dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke, wenn der Austausch unternehmensspezifische Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten betreffe. Diese Praxis sei im Urteil i.S. Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe gefestigt worden. Demnach liege ein wettbewerbswidriger Zweck vor, wenn ein Informationsaustausch geeignet sei, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunktes, des Ausmasses und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen.

13.2.1.3 Werde der vorliegende Informationsaustausch vor dem Hintergrund dieser europäischen Praxis und Rechtsprechung beurteilt, sei eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen. Der Austausch der Informationen habe dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin und die weiteren Captives ihre Unsicherheiten hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber weitestgehend hätten reduzieren können. Sie seien in der Lage gewesen, künftige Anpassungen der Wettbewerber sowie deren Modalitäten im Voraus zu erfahren.

13.2.1.4 Ergänzend hierzu analysierte die Vorinstanz anhand der in E. 13.1.1.15 und 13.1.1.79 f. aufgezeigten und diskutierten Kriterien, ob der Informationsaustausch über Zinssätze, Restwerte und Gebühren geeignet war,

den Wettbewerb zu beschränken. Dabei kam sie zum Schluss, dass die ausgetauschten Informationen u.a. unternehmensspezifisch und sehr detailliert gewesen seien sowie u.a. zukünftiges Preisverhalten betroffen hätten. Zudem hätten die Captives Informationen vor dem Hintergrund konkreter strategischer Entscheidungen bezüglich der Festlegung von Zinssätzen, Restwerten und Gebühren ausgetauscht. Diese Informationsaustausche seien - angesichts ihres Zwecks und ihrer Auswirkungen auf das Verhalten der Captives - darauf gerichtet gewesen, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Damit sei der vorliegende Informationsaustausch über Zinssätze, Restwerte und Gebühren seinem Wesen nach geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken.

13.2.1.5 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, nie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt zu haben. Sie habe eine solche nicht beabsichtigt. Die angefochtene Verfügung belege nicht, worin der wettbewerbswidrige Zweck des Verhaltens der Beschwerdeführerin bestanden habe. Der Informationsaustausch habe weder eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken können, noch sei er geeignet gewesen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken. Er sei nicht von wettbewerbswidriger Natur gewesen und es habe keine solche Absicht gegeben. Die Captives hätten mit dem Informationsaustausch denn auch nicht die Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter «zum Programm erhoben».

13.2.1.6 Die Anforderungen an eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung seien bei einem Informationsaustausch hoch. Auch der EUGH lege den Anwendungsbe- reich der bezweckten Wettbewerbsabrede im Urteil vom 11. September 2014 C-67/13 i.S. Groupement des Cartes Bancaires, eng aus. Die Vorinstanz habe diese einschlägige Rechtsprechung zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Eine bezweckte Wettbewerbsabrede dürfe nicht leichtfertig bejaht werden. Vielmehr werde eine solche nur angenommen, wenn die Abrede schon ihrem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs sei. Eine Abrede bezwecke nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie allein durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden könne. Bei Abreden, die geeignet seien, wettbewerbsintensivierende oder ambivalente Wirkungen zu haben, sei eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausgeschlossen. Daher sei eine sorgfältige Abwägung der individuellen Umstände und der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge notwendig. Hierzu seien die Marktstruktur und die tatsächlichen Bedingungen im Lichte bestehender Erfahrungen und ökonomischer Erkenntnisse zu analysieren.

13.2.1.7 Nicht einschlägig sei hingegen das von der Vorinstanz zitierte Urteil des EUGH i.S. T-Mobile-Netherlands. Denn in dieser Rechtssache sei den beteiligten Unternehmen vorgeworfen worden, sich in Bezug auf die Senkung der Händlerprovision, d.h. in Bezug auf ein konkretes, künftiges Marktverhalten, gezielt abgesprochen zu haben. Die Unsicherheit über die Höhe der Händlerprovisionen sei durch den Informationsaustausch tatsächlich eliminiert worden. Vorliegend hätte sich die Beschwerdeführerin mit den anderen Captives

hingegen gerade nicht über künftige strategische Entschiede ausgetauscht. Zudem habe die Beschwerdeführerin weder beabsichtigt, ihr Verhalten aufgrund der ausgetauschten Informationen anzupassen, noch habe sie gestützt auf die erhaltenen Informationen ihr Verhalten tatsächlich angepasst. Das Urteil des EUGH i.S. T-Mobile-Netherlands sei umstritten. Es sei in der EU damit erstmals ein «Informationsaustausch» als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert worden. Allerdings sei gar kein reiner Informationsaustausch zu beurteilen gewesen. Zudem habe es sich um ein Vorlageverfahren gehandelt.

13.2.1.8 Ferner bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Prüfung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ein strenger Massstab anzuwenden. Demnach bezwecke eine Abrede nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben hätten. Dies sei vorliegend - wie erwähnt - nicht gegeben. Die D._____ -Studie und der damit verbundene Austausch von Zinsinformationen seien historisch gewachsen und hätten keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt.

13.2.1.9 Ohnehin sei der Frage einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung nur nachzugehen, wenn zukünftige Informationen ausgetauscht worden seien. Vorliegend seien die ausgetauschten Informationen aber nicht zukunftsbezogen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe keine Absichten oder zukünftige Zinssätze geteilt. Sie habe den anderen Captives ihre Zinssätze immer erst nach der internen Beschlussfassung und Publikation bekanntgegeben.

13.2.1.10 Die subjektive Ansicht und Absicht der Abredebeteiligten könne bei der Prüfung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliege, mitberücksichtigt werden. Gemäss der Rechtsprechung des EuG im Urteil vom 26. Januar 2022 T-286/09 RENV i.S. Intel Corporation/ Kommission sei es sogar zwingend, dass diese beachtet würden. Vorliegend sei der Zweck der Captive-Meetings nicht wettbewerbswidrig gewesen. Vielmehr sei es den Captives lediglich darum gegangen, industrietypische, oft rechtliche Themen zu besprechen. Dies sei nicht nur von der Beschwerdeführerin anlässlich der ersten Einvernahme so dargelegt worden, sondern auch andere Captives hätten den nicht-wettbewerbswidrigen Zweck bestätigt.

13.2.1.11 Ein Informationsaustausch bezwecke nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn das Ziel der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung sei, was nach den Leitlinien der EU nur der Fall sei, wenn es zu einem Kollusionsergebnis komme. Vorliegend fehle es aber an einem Kollusionsergebnis. Es seien keine gleichgerichteten Erhöhungen oder Senkungen der Zinsangebote der Captives festgestellt worden.

13.2.1.12 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, dass auch keine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung gegeben sei. Denn die Vorinstanz habe nicht nachgewiesen, dass sich die Captives stillschweigend auf nicht-wettbewerbliche Leasingraten des Leasingnehmers koordiniert hätten. Zudem würden auch die

theoretischen Merkmale der EU-Horizontalleitlinien dagegensprechen, dass der Informationsaustausch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hätte haben können.

13.2.2 Würdigung

13.2.2.1 Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N. 72; relativierend REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 431 ff.). Sie wird namentlich dann angenommen, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5, 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.1).

13.2.2.2 Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Der Wettbewerb gilt dann i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus ergibt. Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.5; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 119; vgl. Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.1.1 f.). Insofern geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie behauptet, bei Abreden, welche möglicherweise ambivalenter Natur sind, sei eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung von vornherein ausgeschlossen.

13.2.2.3 Das Bezwecken und das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung sind alternativ zu verstehen (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 410; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 N. 78; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 133). In der Regel wird mit der Prüfung des Bezweckens begonnen. Das Bewirken muss nur geprüft werden, wenn das Bezwecken verneint wird (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.1.3; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 157).

13.2.2.4 Nachfolgend wird daher zunächst auf das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung eingegangen. Dabei sind die rechtlichen Grundlagen darzulegen und die allgemeinen rechtlichen Einwendungen der Beschwerdeführerin zu prüfen.

13.2.2.5 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezweckt eine Abrede dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs. Mit anderen Worten ausgedrückt, wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Ver-

haltenskoordination inne (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 137).

13.2.2.6 Nach der Europäischen Praxis liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn die Verhaltenskoordination schon «ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs» angesehen werden kann (Urteile des EUGH *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rn. 50; vom 11. September 2014 C-67/1, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204 Rn.35; vom 14. März 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító*, ECLI:EU:C:2013:160 Rn. 17). Der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist dabei grundsätzlich eng auszulegen (Urteile des EuGH vom 2. April 2020 C-228/18 *Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265 Rn. 54; *Groupement des Cartes Bancaires*, Rn. 58; *Banco BPN/BIC Português SA et al.*, Rn. 43).

13.2.2.7 Sofern eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist, reicht es jedoch aus, dass das Verhalten das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten (Urteil *T-Mobile Netherlands*, Rn. 31). Das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Koordinierung zwischen Unternehmen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält, liegt in der Feststellung, dass eine solche Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt (Urteil *Groupement des Cartes Bancaires*, Rn.35; zum Ganzen *Wagner-von Papp*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 303). Um festzustellen, ob dies der Fall ist, ist auf den Inhalt der Abredebestimmungen und auf die mit der Abrede verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 413; *WAGNER-VON PAPP*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 306). Aufgrund ihrer Offensichtlichkeit stellen Abreden über Preis, Mengen und Marktaufteilung häufig bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar. Es kann in den konkreten Einzelfällen aber auch eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausserhalb dieser Kategorien vorliegen bzw. umgekehrt kann im Einzelfall innerhalb dieser Kategorien auch keine bezweckte, sondern allenfalls nur eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung gegeben sein (*WAGNER-VON PAPP*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 306 i.V.m. 313).

13.2.2.8 Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin trifft es nicht zu, dass eine Abrede nach der EU-Praxis nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn sie allein durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden kann. Dies ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem von ihr erwähnten Urteil des EUGH vom 30. Januar 2020 C-307/18 i.S. *Generics*. Denn in jener Rechtssache waren - anders als vorliegend - Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über ein Patent (Gültigkeit eines Arzneimittelpatents und dessen Verletzung durch ein Generikum) zu beurteilen, bei welchen sich der Generikahersteller verpflichtet hatte, nicht in den Markt einzutreten und der Patentinhaber im Gegenzug zusagte, Wertübertragungen an den Generikahersteller zu leisten. Solche Vereinbarungen können gemäss EuGH nicht

generell als bezweckte Beschränkungen angesehen werden. Sie sind jedoch dann als bezweckte Beschränkungen einzustufen, «wenn sich die vereinbarten Wertübertragungen allein durch das geschäftliche Interesse erklären lassen, das sowohl der Patentinhaber als auch das Unternehmen, dem vorgeworfen wird, das Patent zu verletzen, an der Vermeidung von Leistungswettbewerb haben» (Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 C-307/18 *Generics*, ECLI:EU:C:2020:52 Rn. 83 und 87; vgl. auch Urteil des EuGH vom 25. März 2021 C-591/16 *P Lundbeck/Kommission*, ECLI:EU:C:2021:243 Rn. 114). Daraus folgt jedoch keines Falls, dass abgestimmte Verhaltensweisen und Abreden generell nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wenn sie ausschliesslich durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden können. Dies wurde lediglich hinsichtlich Wertübertragungen festgestellt, wie sie in den Rechtssachen *Generics* und *Lundbeck* vorlagen.

13.2.2.9 Beim Informationsaustausch geht die europäische Rechtsprechung davon aus, dass er dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn der Austausch unternehmensspezifische Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten betrifft. Andernfalls wird der Informationsaustausch in aller Regel daraufhin geprüft, ob er eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Der EuGH hielt fest, bei einem Austausch solcher Informationen werde eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezweckt, da diese objektiv geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken (Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rn. 111 ff., insb. Rn. 134; vgl. auch Urteil *T-Mobile Netherlands*, Rn. 41; vgl. Urteil des EuG *Crédit agricole et al.*, Rn. 575 ff., wonach auch der Austausch über aktuelle Daten als bezweckte Beschränkung eingestuft werden kann). Ein wettbewerbswidriger Zweck sei zu bejahen, wenn ein Informationsaustausch «geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmasses und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen» (Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rn. 122; bestätigt im Urteil *Euro-Zinsderivate [HSBC]*, Rn. 116).

13.2.2.10 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Urteil *T-Mobile Netherlands* sei nicht einschlägig, ist festzuhalten, dass die vorliegend zitierten Erwägungen - wie soeben aufgezeigt - vom EuGH in weiteren Urteilen bestätigt wurden. Ausserdem werden auch in der europäischen Lehre Informationsaustausche über künftige Preise oder über zukünftiges Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert (*WAGNER-VON PAPP*, *Information Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines*, *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht*, KSzW I 2011, S. 87, 90; *WAGNER-VON PAPP*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 331 und 337; *WISH/BAILEY*, *Competition Law*, 8 Aufl., 2015, S. 578, *DIRK SCHROEDER*, *Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern*, WuW 2009/7-8, S. 720).

13.2.2.11 Gemäss Bangerter/Zirlick ist diese europäische Praxis auch für das Schweizer Recht überzeugend. Ein Austausch von identifizierenden Informationen über künftiges Preis- oder Mengenverhalten stelle eine bezweckte Wettbewerbsabrede in der Form einer abge-

stimmten Verhaltensweise dar (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 155; vgl. auch BLATTMANN, a.a.O., S. 317).

13.2.2.12 Die Beschwerdeführerin machte ferner zunächst geltend, dass die subjektive Ansicht und Absicht der Abredebeteiligten zwingend mitberücksichtigt werden müsse. Anlässlich der öffentlichen Parteiverhandlung führte sie demgegenüber aus, die subjektive Ansicht und Absicht könne beachtet werden.

13.2.2.13 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig. Auch ist es unerheblich, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6; Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.1.5).

13.2.2.14 Dass die subjektive Absicht der Abredebeteiligten nicht notwendig ist, entspricht nicht nur der Rechtsprechung, sondern der überwiegenden Lehrmeinung (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 N. 81 f.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 138; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.101; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz 33; vgl. auch REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 550).

13.2.2.15 Zudem ergibt sich - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt - auch nichts anderes aus der EU-Praxis. Denn auch in der EU-Praxis stellt die subjektive Absicht der Beteiligten kein notwendiges Element bei der Qualifizierung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, sie kann jedoch berücksichtigt werden (Urteile Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank, Rn. 53; Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe, Rn. 118; WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 308). Ebenfalls schliesst nach der EU-Praxis das Verfolgen eines mitunter zulässigen Zwecks einen unzulässigen Informationsaustausch in keiner Weise aus (Urteile des EUGH Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank, Rn. 52; vom 6. April 2006 C-551/03 P General Motors BV/Kommission, ECLI:EU:C:2006:229 Rn. 64 m.H.; WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 308).

13.2.2.16 Die Beschwerdeführerin beruft sich für die gegenteilige Auffassung auf das Urteil des EuG vom 26. Januar 2022 T-286/09 RENV i.S. Intel Corporation/Kommission und die Horizontalleitlinien.

13.2.2.17 Der Entscheid des EuG i.S. Intel ist allerdings im Zusammenhang mit dem Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung nicht einschlägig. Denn bei dieser Rechtssache war zu beurteilen, ob Intel ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt hat, indem sie mit ihrem Rabattsystem eine Strategie zur Verdrängung seiner Wettbewerber vom Markt umgesetzt hat (Urteil des EuG vom 26. Januar 2022 T-286/09 RENV Intel Corporation/Kommission, E-

CLI:EU:T:2022:19). Der vorliegende Fall liegt offensichtlich anders.

13.2.2.18 In Rz. 76 der Horizontalleitlinien 2011 wurde zwar, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, im Sinne einer allgemeinen Ausgangslage festgehalten, dass für die Prüfung des Informationsaustauschs die charakteristischen Eigenschaften des betreffenden Systems, insbesondere der Zweck des Systems von Bedeutung sind. Diese Ausführungen in den Horizontalleitlinien 2011 betrafen allerdings die Prüfung der bewirkten und nicht der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Zudem machte der Verweis in den Horizontalleitlinien 2011 auf das zugrundeliegende Urteil i.S. Asnef-Equifax deutlich, dass dieser «Zweck des Systems» nicht im Sinne einer subjektiven Komponente der Beteiligten im Einzelfall verstanden wird (Urteil des EuGH vom 23. November 2006 C-238/05 Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734 Rn. 46, 48 und 54 f.). Stattdessen wird geprüft, ob der Zweck des gegenständlichen Systems dem Wesen nach objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken.

13.2.2.19 Im Ergebnis ist deshalb zu bestätigen, dass bei der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung die objektive Eignung zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht. Die subjektive Absicht stellt kein notwendiges Element dar. Sie kann jedoch berücksichtigt werden. Namentlich kann die subjektive Absicht der Abredeteilnehmer, mit ihrem Zusammenwirken den Wettbewerb beschränken zu wollen, als ein Indiz für das Bezwecken herangezogen werden (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.101).

13.2.2.20 Ferner ist zwischen den Parteien umstritten, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung den Nachweis tatsächlicher Auswirkungen verlangt.

13.2.2.21 Nach der Rechtsprechung sind für das Bejahen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6; vgl. auch Urteil Banco BPN/BIC Português SA et al. Rn. 93). Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (Urteile B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.1.4 und 5.3.3.3 sowie B-141/2012, Estée Lauder, E. 4.6.4 und 4.6.5).

13.2.2.22 Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach in jedem Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt werden muss, überzeugt nicht. Denn diese widerspricht nicht nur der aufgezeigten herrschenden Rechtsprechung. Sie würde auch die in Art. 4 Abs. 1 KG vorgesehene Variante «Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung» angesichts der zusätzlichen Variante «Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung» vollständig ihres eigenständigen Gehalts entleeren.

13.2.2.23 Zusammengefasst ist damit zu bestätigen, dass eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die Verhaltenskoordination schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden kann, d.h. wenn der wettbewerbswidrige Zweck der Verhaltenskoordination innewohnt. Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verur-

sachen. Tatsächliche Auswirkungen sind nicht erforderlich, ebenso wenig eine subjektive Absicht der Abredebeteiligten. Ein Austausch von identifizierenden Informationen über künftiges Preis- oder Mengenverhalten stellt in der Regel eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

13.2.2.24 Einzugehen bleibt noch auf die allgemeinen Voraussetzungen des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung. Denn bei Fehlen eines Bezweckens kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Auch hier ist die subjektive Absicht unerheblich. Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt. Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert wurde, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat. Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen, sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6 m.H.; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 157, vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz. 421). Auch hier ist somit lediglich die Eignung erforderlich, mithin muss die Wirkung nur eine potentielle sein (BLATTMANN, a.a.O., S. 319).

13.2.2.25 Diese Beurteilung lässt sich nicht abstrakt bewerkstelligen, sondern die Wirkungen bzw. die Wahrscheinlichkeit von Wirkungen ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der von der Praxis entwickelten austausch-basierten und marktorientierten Kriterien zu prüfen und abzuwägen. Ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat oder nicht, hängt von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten und den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 75; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 153 und 157), was anhand der in E. 13.1.1.14 und 13.1.1.79 f. aufgezeigten Merkmale zu untersuchen ist (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.3.1.12 m.w.H.; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 422; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 159 ff.; MEINHARDT/ STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 und 153; BLATTMANN, a.a.O., S. 288 ff.).

13.2.2.26 Gestützt auf diese allgemeinen rechtlichen Erwägungen zum Bezwecken und Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung ergibt sich für den vorliegenden Fall was folgt:

13.2.2.27 Wie bereits oben (s. E. 13.1.1.19 ff., insb. E. 13.1.1.59 und 13.1.1.69) festgestellt, haben die Beschwerdeführerin und die anderen Captives zumindest aktuelle Preisinformationen ausgetauscht. Teilweise waren die ausgetauschten Informationen auch zukunftsbezogen. Die Daten waren detailliert und individualisiert bzw. nicht aggregiert. Zudem war aufgrund des intensiven (detaillierten, häufigen und umfangreichen) Austausches hinsichtlich Standard- und Sonderzinssätzen ein lückenloses Monitoring von Veränderungen möglich. Damit wurden in einem umfangreichen Informationsaustauschsystem firmenspezifische Informationen über ak-

tuelles und künftiges Preisverhalten und solche, die Rückschlüsse darauf zulassen, ausgetauscht.

13.2.2.28 Die oben erfolgte Prüfung (s. E. 13.1.1.19 ff., insb. E. 13.1.1.59 und 13.1.1.69) ergab ebenso, dass strategische Informationen betroffen waren. So wurden teilweise gemeinsame Absichten diskutiert und erörtert. Zudem erfolgten Austausche von Informationen namentlich vor dem Hintergrund besonderer Ereignisse oder bei besonderen Umständen (Gespräche rund um die Anpassung von Gebühren [s. E. 10.5.7 oben]; Leasing ohne Restwert [s. E. 10.5.4 oben]; Restwerttabelle bei Leasing über Fr. 80'000.- [s. E. 10.2.3.7 oben]; Automessen [s. E. 10.2.2 oben]; ansteigendes Zinsniveau [s. E. 10.2.1.1 oben]; Frankenstärke [s. E. 10.2.3.5 oben]). Auch die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen ist somit gegeben.

13.2.2.29 Da für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung keine tatsächlichen Auswirkungen der Abrede notwendig sind (s. E. 13.2.2.20 ff. oben) und damit keine Umsetzung der abgestimmten Verhaltensweise in Form eines homogenen Verhaltens nachzuweisen ist, stossen die Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei ein Kollusionsergebnis im Sinne von gleichgerichteten Erhöhungen oder Senkungen der Zinsangebote der Captives notwendig, ins Leere. Das Bezwecken erfordert bloss eine Gefährdung (s. E. 13.2.2.20 oben).

13.2.2.30 Ferner unbeachtlich ist auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, subjektiv keine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt zu haben, zumal die subjektive Absicht der Beteiligten bei der Qualifizierung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung kein notwendiges Element darstellt (s. E. 13.2.2.13 ff. oben). Das Verhalten muss nur das objektiv feststellbare Potenzial haben, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Aufgrund des oben beschriebenen Wesens der ausgetauschten Informationen und des Austausches selbst, ist dies für das vorliegend praktizierte Informationsaustauschsystem ohne Weiteres zu bejahen. Die Struktur des vorliegenden Marktes sowie der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang des Informationsaustausches schliessen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Captives schliesslich nicht aus (s. E. 13.1.1.84 ff. oben).

13.2.2.31 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem vorliegenden Informationsaustausch ein wettbewerbsbeschränkender Zweck innegewohnt hat, womit die Vorinstanz eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu Recht bejaht hat. Das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung braucht damit nicht mehr geprüft zu werden.

13.3 Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen

13.3.1 Allgemeines

13.3.1.1 Schliesslich setzt Art. 4 Abs. 1 KG voraus, dass es sich um Abreden von mindestens zwei Unternehmen auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen handelt. Damit werden alle Arten von Abreden erfasst, unabhängig davon, ob sich die daran teilnehmenden Unternehmen auf derselben oder verschiedenen Marktstufen befinden. Wesentlich ist einzig, dass die Unternehmen überhaupt auf dem Markt tätig sind. Entsprechend

können neben den horizontalen und den vertikalen Abreden auch sog. konglomerate Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, bei denen die Unternehmen weder auf dem gleichen Markt aktiv noch auf jeweils vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind (Urteil B-3618/2013, Hallenstadion, E. 299 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 81).

13.3.1.2 Auf der gleichen Marktstufe befinden sich Unternehmen dann, wenn ihre Produkte oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander stehen, d.h. wenn die Unternehmen Konkurrenten sind (Urteil B-3618/2013, Hallenstadion, E. 298 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 80). Dieses Wettbewerbsverhältnis bestimmt sich in Bezug auf einen sachlich und räumlich relevanten Markt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 84).

13.3.1.3 Die Vorinstanz erwog, es sei sowohl ein tatsächliches als auch ein potentes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives erstellt. Die Beschwerdeführerin betont hingegen, die Captives der verschiedenen Automarken seien weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenten. Zwischen ihnen bestehe kein Wettbewerbsverhältnis.

13.3.1.4 Auf die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, hat die Qualifikation einer Abrede als horizontal oder vertikal an sich keinen Einfluss. Die Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden ist grundsätzlich erst im Rahmen der Prüfung von Art. 5 KG von Bedeutung (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 82 f.).

13.3.1.5 Jedoch ist zumindest bei horizontalen Abreden eine abgestimmte Verhaltensweise bzw. eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG nur unter aktuellen oder wenigstens potentiellen Wettbewerbern möglich (Urteil B-4596/2019, Automobileleasing CA Auto Finance, E. 5.4.1.5; vgl. auch REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 123 ff., wonach nur ein Informationsaustausch unter Konkurrenten zu einer abgestimmten Verhaltensweise führe).

13.3.1.6 Deshalb und aufgrund der erhobenen Rügen, welche nachfolgend sogleich darzustellen sind, werden die Marktverhältnisse vorliegend bereits an dieser Stelle geprüft.

13.3.2 Vorbringen der Parteien

13.3.2.1 Die Vorinstanz ging in der angefochtenen Verfügung gestützt auf ihre eigene Praxis und nach Auseinandersetzung mit der EU-Praxis von einem sachlich relevanten Markt für Automobileleasing aus, welcher Leasing-Dienstleistungen von Captives und Non-Captives umfasse. Eine Segmentierung des Automobileleasingmarktes in verschiedene Teilmärkte für jeweils unterschiedliche Fahrzeugklassen, analog zur praxisgemässen Einteilung nach Fahrzeugklassen in den entsprechenden Produktemärkten, sowie eine Segmentierung in zwei Teilmärkte für Occasions- und Neufahrzeuge erübrige sich, da der Informationsaustausch sämtliche Fahrzeuge (Fahrzeugklassen, Neu- und Occasionsfahrzeuge) betroffen habe.

13.3.2.2 Weiter erwog die Vorinstanz, es bestehe unbestritten ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Captives und den Non-Captives. Denn die Endkunden könnten - unabhängig von der Marke des Leasing-Fahrzeugs - immer zwischen den Leasingangeboten der jeweiligen Captive und den Leasingangeboten der Non-Captives wählen. Die grundlegenden Dienstleistungen und Rahmenbedingungen der Captives und Non-Captives seien weitestgehend vergleichbar. Zudem hätten die Captives bei Konkurrenzanalysen regelmässig ihre Konditionen mit jenen der Non-Captives verglichen.

13.3.2.3 Darüber hinaus bestehe aber auch zwischen den Captives ein Konkurrenzverhältnis. Denn im Rahmen eines Fahrzeugleasings würden Endkunden nicht nur bezüglich der eigentlichen Produkte als Nachfrager (gegenüber den Händlern) auftreten, sondern auch als Nachfrager bezüglich der Leasingdienstleistung (gegenüber den Leasinggeberinnen). In diesem Dreiecksverhältnis gäbe es unbestritten einen Preiswettbewerb auf den Produktemärkten für Fahrzeuge verschiedener Marken und dieser Preiswettbewerb wirke sich nicht nur unmittelbar auf den Barkauf, sondern auch auf die im Falle einer Leasingfinanzierung anfallende Leasingrate aus. Endkunden hätten sowohl bei einem erstmaligen Leasing als auch nach Ablauf eines laufenden Leasingvertrags die Möglichkeit, zu einem Fahrzeug einer anderen Marke zu wechseln. Dadurch seien die Leasingkonditionen der verschiedenen Captives (und Non-Captives) dem Wettbewerb ausgesetzt.

13.3.2.4 Ferner erwog die Vorinstanz, interne Dokumente der Captives würden bestätigen, dass sich die Captives als Wettbewerber angesehen hätten. So hätten die Captives bei internen Konkurrenzanalysen die eigenen Leasingkonditionen mit denjenigen anderer Captives (typischerweise innerhalb derselben Fahrzeugklasse) verglichen. Auch der Inhalt des Informationsaustausches und die wirtschaftliche Logik, mit einem erheblichen Aufwand diesen Austausch aufrechtzuerhalten, sprächen für das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses.

13.3.2.5 Vor diesem Hintergrund könne - spiegelbildlich zur Situation auf den Produktemärkten - für die Leasingdienstleistungen von einem Konkurrenzverhältnis zwischen den Captives ausgegangen werden. Diese Schlussfolgerung werde schliesslich auch durch den Umstand bestätigt, dass die Leasingkonditionen im Rahmen von Promotionsaktivitäten prominent beworben worden seien. Solche Werbung unter Nennung konkreter (Sonder-)Zinssätze zielen darauf ab, die Endkunden zum Kauf eines Fahrzeugs einer bestimmten Marke zu bewegen. Es habe hinsichtlich Leasingkonditionen ein eigentlicher Interbrand-Wettbewerb geherrscht.

13.3.2.6 Schliesslich bejahte die Vorinstanz in einer Eventualbegründung auch das Bestehen eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Captives ihr Geschäftsmodell relativ kurzfristig ändern und auch Leasing von gruppenfremden Fahrzeugen finanzieren könnten. Es gäbe keine Schranken oder Hindernisse, das Geschäftsmodell auszuweiten, zumal dies bei einem Teil der Captives namentlich bei Occasionsfahrzeugen bereits der Fall sei.

13.3.2.7 Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass zwischen Captives und Non-Captives ein Konkurrenzverhältnis besteht, bestreitet jedoch das Vorliegen eines solchen zwischen den Captives. Letztere seien weder aktuelle Konkurrentinnen, noch treffe die Hypothese zu, dass zwischen ihnen ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis bestehe.

13.3.2.8 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zahlreiche unterlassene Untersuchungshandlungen. So seien das Vertriebssystem, das Zusammenspiel der verschiedenen Akteure innerhalb des Vertriebssystems und dessen Auswirkungen auf die Preisbestandteile nicht untersucht worden. Gleiches gelte für den Wettbewerb auf dem Produktemarkt und dessen Auswirkungen auf die Leasingraten. Ebenso fehle es an einer Untersuchung des Occasionsmarktes. Und auch das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives und Non-Captives habe die Vorinstanz nicht untersucht. Die Non-Captives seien weder dazu befragt worden, ob die Endkonsumenten vor oder nach der Verhandlung mit den Händlern ein Leasingangebot anfordern, noch ob sie typischerweise Konkurrenzofferten einholen würden.

13.3.2.9 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei auf die Sichtweise der Marktgegenseite abzustellen. Entsprechend wäre zu untersuchen gewesen, ob die Leasingnehmer überhaupt zwischen verschiedenen Leasingangeboten von Captives hätten wählen können. Die Captives würden nur Leasingangebote der eigenen Marke finanzieren. Ihr Geschäftsmodell bestehe in der Absatzförderung gruppeneigener Fahrzeuge. Gruppenfremde Fahrzeuge finanziere die Beschwerdeführerin nicht und auch ihre Importgesellschaft subventioniere nur Leasingangebote für Fahrzeuge der eigenen Marke. Folglich hätten zwei Captives nicht die gleichen Nachfrager bedienen können, womit ein Wettbewerbsverhältnis ausgeschlossen sei.

13.3.2.10 Ferner bringt die Beschwerdeführerin vor, beim Markt für Neuwagenleasing handle es sich um einen nachgelagerten Markt (sog. Aftermarket). Die Captives würden erst auftreten, wenn der Wettbewerb um den Neuwagen bereits entschieden sei. Denn erst nach der Auswahl des Fahrzeuges und den abgeschlossenen Verhandlungen mit dem Händler über den Nettofahrzeugpreis und die Zusatzausstattungen, werde über die Art der Finanzierung gesprochen. Erst dann entscheide sich die Endkonsumentin für die Art der Finanzierung (Barkauf, Leasing oder Kreditfinanzierungsvertrag). Ab diesem Moment beginne der Wettbewerb um die Finanzierung des Neuwagens. Dieser Wettbewerb finde nur zwischen der involvierten Captive des Herstellers und den Non-Captives statt.

13.3.2.11 Ausserdem entspreche es auch der gefestigten Praxis der EU-Kommission, dass Captives nicht miteinander im Wettbewerb stünden. Die EU-Kommission habe insbesondere in der Rechtssache Peugeot / BNP Paribas / Opel Vauxhall Fincos festgestellt, dass Captives keine Fahrzeuge anderer Marken finanzieren würden und mit anderen Captives nicht im Wettbewerb stünden. Diese Erwägungen würden entgegen der Behauptung der Vorinstanz weder blosser Vermutungen darstellen, noch nur die Kreditfinanzierung

betreffen. Ohnehin sei nicht nachvollziehbar, inwiefern Kreditfinanzierungen und Leasing im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Captives und Non-Captives strukturell unterschiedlich sein sollten, zumal Captives auch bei Kreditfinanzierungen von der nationalen Verkaufsgesellschaft bzw. dem Importeur unterstützt würden. Letztlich dürfe nicht einfach unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung der EU-Kommission von der in der Rechtssache Peugeot / BNP Paribas / Opel Vauxhall Fincos vorgenommenen Marktabgrenzung abgewichen werden, ohne dass die Wettbewerbssituation eingehend untersucht und das vermeintliche Wettbewerbsverhältnis belegt werde.

13.3.2.12 Zudem werde die Praxis, wonach Captives nicht miteinander im Wettbewerb stünden, durch zahlreiche europäische Verbraucherschutzbehörden gestützt. So würden die US-amerikanische Federal Trade Commission (FTC), das US-amerikanische Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) und die britische Financial Conduct Authority (FCA) festhalten, dass die Autokäufer die Autohändler nicht mit alternativen Finanzierungsangeboten konfrontieren würden. Gemäss FTC seien die Kaufentscheidungen über einen Neuwagen oft komplex und undurchsichtig.

13.3.2.13 Das Argument der Vorinstanz, dass gewisse Captives Occasionsfahrzeuge aller Marken finanzieren würden, sei nicht stichhaltig. Occasionsfahrzeuge würden sich im Sekundärmarkt befinden, der mit dem Primärmarkt für Neuwagen nicht vergleichbar und von diesem getrennt sei. Das gleiche gelte für den Markt für die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen und den Markt für die Finanzierung von Neuwagen. Der Markt für die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen werde von den Non-Captives dominiert und weise andere Wettbewerbscharakteristiken als jener für Neuwagen auf (andere Nachfragepräferenzen, Händlertypen und -strategien sowie Preisdynamiken). Captives würden Occasionsfahrzeuge nur zur Förderung des Absatzes von Neuwagen der gruppeneigenen Marke finanzieren.

13.3.2.14 Schliesslich überzeuge auch die Hypothese, dass zwischen den Captives ein potentiell Wettbewerbsverhältnis bestehe, nicht. Denn für ein potentiell Wettbewerbsverhältnis genüge eine rein theoretische Möglichkeit, das Geschäftsmodell auszuweiten, nicht. Vielmehr müssten die Unternehmen in der Lage sein, sofort oder durch Eintritt in den betroffenen Markt innert zwei bis drei Jahren Wettbewerbsdruck auszuüben. Captives würden aber seit Jahrzehnten Fahrzeuge der eigenen Marke finanzieren. Dabei handle es sich um ein langjähriges Geschäftsmodell, das vom Gesamtkonzern festgelegt und betriebswirtschaftlich erfolgreich umgesetzt werde. Die Finanzierung von Fahrzeugen fremder Automarken durch eine Captive würde einen Absatzrückgang von Fahrzeugen der eigenen Marke zur Folge haben. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb sich das langjährige Geschäftsmodell der Captives in den nächsten zwei bis drei Jahren ändern solle.

13.3.2.15 Zusätzlich enthält auch das Parteigutachten eingehende Ausführungen zur Marktabgrenzung und zur Frage des Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives. Dabei stellen sich die Parteigutachter insbesondere auf den Standpunkt, dass die Vo-

rinstanz die Marktabgrenzung mittels eines small but significant and non-transitory increase in price-Tests (SSNIP-Test) hätte vornehmen sollen. Ferner wird kritisiert, dass die vorinstanzliche Marktabgrenzung zu wenig substantiiert begründet sei. Auch diskutiert das Parteigutachten diverse alternative Marktabgrenzungen. Nach näherer Besprechung der drei Szenarien «Markt für leasingfinanzierte Fahrzeuge», «Fahrzeugleasing als vorgelagerter Markt» und «Fahrzeugleasing als nachgelagerter Markt», gelangen die Parteigutachter zum Ergebnis, dass das Szenario «Fahrzeugleasing als nachgelagerter Markt» am realistischsten sei.

13.3.3 Marktabgrenzung

13.3.3.1 Im Folgenden ist zunächst der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen, um anschliessend auf diesem die Marktverhältnisse zu prüfen, d.h. zu prüfen, ob die Captives in einem Konkurrenzverhältnis zueinanderstehen und damit eine horizontale Abrede vorliegt.

13.3.3.2 Für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b VKU analog angewendet werden (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.1; 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 5.1; REINERT/WÄLCHLI, BSK KG, Art. 4 Abs. 2 N. 105; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 100 f.).

13.3.3.3 Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.1; Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 5.3.1.3.1).

13.3.3.4 Der räumlich relevante Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.1).

13.3.3.5 Die Prüfung der Marktabgrenzung erfolgt in zwei Schritten: In einem ersten Schritt wird der Marktgegenstand bestimmt und in einem weiteren Schritt die eigentliche Marktabgrenzung gemacht (Urteile des BGer 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025, Medikamenteninformationen Vifor, E. 7, 2C_561/2022 vom 23. April 2024, Sport im Pay-TV, E. 8.2.1 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.2.1; Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 5.3.1.3.1).

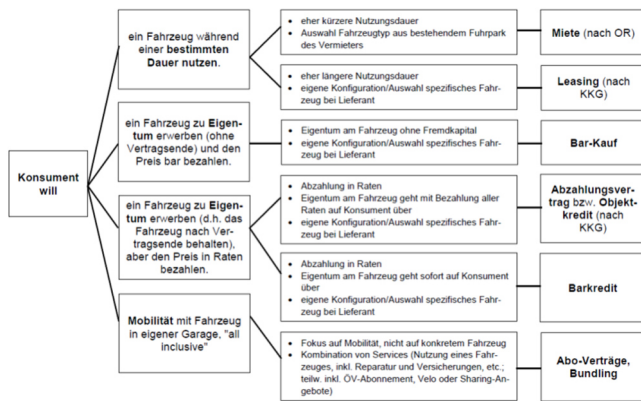
13.3.3.6 Bei der Marktabgrenzung ist auf den strittigen Einzelfall sowie den Untersuchungsgegenstand zu fokussieren und dabei auf die Sichtweise der von der konkreten Abrede betroffenen Nachfrager abzustellen (Urteil

B-141/2012, Estée Lauder, E. 5.3.1.3.2; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N. 64). Gemeint sind diejenigen Nachfrager, welche das abredebetroffene Gut aktuell (z.B. trotz Preisabrede) konsumieren oder potenziell, d.h. unter Wettbewerbsbedingungen, konsumieren würden, jedoch durch die Abrede davon abgehalten werden (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, Jusletter 11. September 2017, Rz. 14). Entsprechend hängt der relevante Markt sowohl von der konkreten Abrede als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (Urteil B-141/2012, Estée Lauder, E. 5.3.1.3.2; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 16).

13.3.3.7 Massgebend ist die subjektive Sichtweise der von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen. Die Austauschbarkeit beurteilt sich somit aufgrund der tatsächlichen, allenfalls empirisch beobachtbaren Sicht. Je grösser der Kreis der von einer Abrede Betroffenen, desto eher stimmt das tatsächlich beobachtete Ausweichverhalten der Gesamtheit der Betroffenen mit demjenigen eines typischen, repräsentativen Nachfragers des von der Abrede betroffenen Guts überein, da «Ausreisser» durch die Masse relativiert werden (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 18 f. m.H. auf BGE 139 II 316, L'Etivaz, E. 5.1 und Urteile B-3331/2012, BMW, E. 7.1.2 und B-3618/2013, Hallenstadion, E. 70).

13.3.3.8 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance im Zusammenhang mit dem vorliegenden Informationsaustausch bereits eingehend mit der Marktabgrenzung beim Automobileasing auseinandergesetzt (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.8 ff.). Dabei definierte es als Marktgegenseite - ausgehend vom Verfahrensgegenstand (Informationsaustausch der Captives, bei welchem Informationen zu den Leasingzinssätzen [Sonder- und Standardzinssätze], Restwerten, Gebühren, Provisionen betreffend das Automobileasing geteilt wurden) - sämtliche Automobileasingnehmer. Denn der Informationsaustausch war breit gefasst und zielte auf alle Nachfrager der Abredeteilnehmer (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N. 74). Die ausgetauschten Informationen waren nicht auf das Automobileasing bestimmter Automobilmarken oder Autoklassen beschränkt.

13.3.3.9 Anschliessend stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Automobileasingnehmer die Gebrauchsüberlassung bzw. das Nutzungsrecht an einem Fahrzeug zu den im Leasingvertrag genannten Bedingungen nachfragen würden. Dies wurde als die relevante Marktleistung definiert. Daraufhin prüfte es, ob andere Formen der Nutzung und Gebrauchsüberlassung eines Fahrzeuges für die Leasingnehmer ein Substitut zum Automobileasing darstellen. Die Ausgangslage wurde in Anlehnung an eine Übersicht des Schweizerischen Leasingverbandes SLV wie folgt dargestellt (SLV, Finanzierungsmodelle Fahrzeuge für Konsument*innen, Februar 2021 [abrufbar unter: www.leasingverband.ch/de/slv/services/finanzierungsmodelle_fahrzeuge; zuletzt abgerufen: 28.08.2025]; s. Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.15 ff.):



Der Leasingnehmer fragt somit die Nutzung eines selbst konfigurierten bzw. spezifisch ausgewählten Fahrzeuges während einer längeren Dauer nach. Bei der Miete eines Fahrzeuges will der Endkunde zwar - gleich wie beim Leasing - ein Fahrzeug während einer bestimmten Dauer nutzen. Die Miete wird jedoch typischerweise bei einer eher kürzeren Nutzungsdauer gewählt, während das Leasing i.d.R. ein bis vier Jahre dauert. Im Weiteren besteht bei der Miete anders als beim Leasing (sowie dem Bar- und Kreditkauf) nicht die Möglichkeit, ein Neufahrzeug nach den eigenen Wünschen zu konfigurieren. Entsprechend bildet die Fahrzeugmiete für den Leasingnehmer kein effektives Substitut zum Leasing. Beim Barkauf möchte der Endkunde ein Fahrzeug - ohne Fremdkapital - zu Eigentum erwerben. Ein Barkauf stellt deshalb aus Sicht des Leasingnehmers ebenfalls kein Substitut zum Leasing dar.

13.3.3.10 Die Modelle «Barkredit» und «Abzahlungsvertrag nach KKG» zielen ebenfalls darauf ab, ein Fahrzeug zu Eigentum zu erwerben, wobei hier der Erwerb - anders als beim Barkauf - mit Fremdkapital erfolgt. Der Endkunde wird sich also nur dann für einen Abzahlungsvertrag oder Barkredit entscheiden, wenn er auch das Eigentum am Fahrzeug erwerben möchte. Dagegen steht für den Endkunden beim Leasing i.d.R. primär die längerfristige Nutzung eines spezifischen Fahrzeuges im Vordergrund (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.15 f.). Zwar besteht teilweise auch beim Leasing die Möglichkeit, dass der Händler dem Leasingnehmer bei Abschluss des Leasingvertrages zusichert, dass er das Fahrzeug nach Ablauf der Leasingdauer zum Restwert von ihm erwerben könne. Anders als beim Abzahlungsvertrag und Barkredit handelt es sich aber nur um eine Option, welche im Einzelfall auszuhandeln ist. In der Regel stellen deshalb auch die Modelle «Barkredit» und «Abzahlungsvertrag nach KKG» aus Sicht des Leasingnehmers keine Substitute zum Leasing dar (zur fehlenden Substituierbarkeit aufgrund der höheren Zinsen beim Kredit vgl. Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2017 i.S. Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos [veröffentlicht in RPW 2017/4 S. 574 ff.], Rz. 18 m.w.H.). Abo-Verträge spielten schliesslich im Untersuchungszeitraum noch keine entscheidende Rolle, weshalb für dieses Modell offen gelassen werden kann, ob es aus Sicht des Leasingnehmers ein Substitut zum Leasing darstellt (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.15 f.).

13.3.3.11 Gestützt darauf kam das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance (E. 5.4.3.17) zum Schluss, dass für die Leasingnehmer die Miete, der Bar-Kauf, der Kredit-Kauf und/oder Abo-Modelle eines Fahrzeuges im Untersuchungszeitraum keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten zum Fahrzeugleasing darstellten.

13.3.3.12 Anschliessend definierte das Bundesverwaltungsgericht den Markt für Automobileasing genauer und erwoog was folgt (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.19 ff.):

«5.4.3.19 Wie erwähnt, sind die grundlegenden Dienstleistungen und Rahmenbedingungen beim Automobileasing weitestgehend vergleichbar [...]. Es werden Fahrzeuge verschiedener Autoklassen und verschiedener Automarken verleast. Weiter gehören zu den verleasteten Fahrzeugen sowohl Occasions- als auch Neufahrzeuge. Der Automobileasingvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Leasingnehmer steht dabei im Kontext des gesamten Leasinggeschäfts. Der Erwerbsvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Händler über das Fahrzeug ist mit dem Leasingvertrag eng gekoppelt [...]; ebenso die Wahl eines bestimmten zu leasenden Fahrzeuges durch den Leasingnehmer. Die Leasingkonditionen, insbesondere Promotionsangebote, sind bei der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Leasingfahrzeug für den Endkunden oft massgebend [...].

5.4.3.20 Beim Entscheid für ein zu leasendes Fahrzeug vergleicht der Kunde die Fahrzeuge der verschiedenen Automobilmarken insbesondere auch anhand der zahlungsrelevanten Kriterien wie Fahrzeugpreis, Anzahlung, monatliche Leasingrate, Restwert, etc. Für den Endkunden sind die Leasingkonditionen nicht erst nach dem Entscheid für ein Fahrzeug und der Verhandlung des entsprechenden Fahrzeugpreises von Relevanz. Er entscheidet sich vielmehr, parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine bestimmte Leasingdienstleistung. Daran vermag im Übrigen auch der Umstand, dass das konkrete Leasingangebot erst nach Regelung sämtlicher Modalitäten und unter Berücksichtigung aller Komponenten definitiv berechnet werden kann, nichts zu ändern.

5.4.3.21 Diese Sichtweise der Marktgegenseite wird sodann auch durch das Marktverhalten der Captives bestätigt. Die Captives fungierten nach eigenen Aussagen als Marketinghebel ihrer Mutterkonzerne bzw. der mit ihnen verbundenen Automobilhersteller bzw. -importeure. Die Marketing-Aktivitäten der Automobilmarken richteten sich mit Preisaktionen einerseits und attraktiven Leasingkonditionen andererseits sowohl an potenzielle Barkäufer als auch an potenzielle Leasingkunden. Die Leasingkonditionen - insbesondere konkrete Sonderzinssätze - wurden im Rahmen von Promotionsaktivitäten prominent beworben. Das Finanzierungsangebot der Captives wurde damit zu einem wichtigen Faktor für die Wahl eines bestimmten Fahrzeuges.»

13.3.3.13 Gestützt auf diese Erwägungen gelangte das Bundesverwaltungsgericht zur Überzeugung, dass das Automobileasing nicht nur beschränkt auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen der Leasinggeberin und dem Leasinggeber betrachtet werden könne. Vielmehr sei das Automobileasing bzw. Automobileasinggeschäft insgesamt relevant. Dieses umfasse die gesamte Transaktion von der Auswahl und dem Kauf des Fahrzeuges, dem Abschluss des Leasingvertrages über die Auslieferung des Fahrzeuges an den Leasingnehmer und die Beendigung des Leasingvertrages.

13.3.3.14 Ausserdem verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Notwendigkeit einer weiteren Segmentierung des Marktes für Automobileasing (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 5.4.3.23). Auf eine Unterteilung in verschiedene Teilmärkte für jeweils unterschiedliche Fahrzeugklassen könne verzichtet werden, da die ausgetauschten Informationen sämtliche Fahrzeugklassen betroffen und nicht spezifisch auf einzelne Autoklassen gezielt hätten.

13.3.3.15 Und zu einer allfälligen Segmentierung hinsichtlich Neu- und Occasionsfahrzeuge erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass in der bisherigen Rechtsprechung im Autohandel für die jeweiligen Autoklassen zwar von einem Markt für Neufahrzeuge ausgegangen worden sei (Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 i.S. VPVW Stammtische/ Projekt Repo 2013 [veröffentlicht in RPW 2019/1, S. 120] Rz. 249 ff.; implizit auch Urteil B-3332/2012, BMW, sowie Urteile des BVGer B-7756/2015, B-7834/2015 und B-7920/2015 vom 16. August 2022 i.S. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013), vorliegend jedoch die Besonderheiten des Automobileasings zu beachten seien. Beim Automobileasing frage der Endkunde «nur» die Gebrauchsüberlassung des Fahrzeuges für eine bestimmte Dauer nach, während es beim Bar- oder Kreditkauf um den Erwerb zu Eigentum gehe. Anders als beim Fahrzeugkauf trage der Endkunde beim Leasing das Risiko der Wertverminderung nicht selbst. Zudem vergleiche der Endkunde bei seiner Entscheidung für ein bestimmtes Leasingfahrzeug das «Gesamtpaket» aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingkonditionen. Es würden - im Vergleich mit dem Fahrzeugkauf - zumindest teilweise andere Aspekte in die Entscheidungsfindung einfließen. Daher sei davon auszugehen, dass für den Leasingnehmer das Leasing eines (gut erhaltenen bzw. neuwertigen) Occasionsfahrzeuges (wie z.B. Vorführwagen, Fahrzeuge, welche nach wenigen Jahren oder vorzeitig aus einem Leasing zurückgegeben wurden, etc.) mit dem Leasing eines Neuwagens durchaus substituierbar sei. Daher habe die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht auf eine Unterteilung des Marktes für Automobileasing hinsichtlich Neu- und Occasionsfahrzeuge verzichtet.

13.3.3.16 Inwiefern diese Rechtsprechung, mit welcher notabene letztlich der gleiche Sachverhalt beurteilt wurde, überholt sein soll, vermag die Beschwerdeführerin - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - nicht aufzuzeigen.

13.3.3.17 Insbesondere überzeugen ihre Argumente zum Vorliegen eines nachgelagerten Marktes nicht. Zwar wird im Parteigutachten hierzu zunächst zutreffend dargelegt, dass für die Marktabgrenzung insbesondere die Reihenfolge der Entscheidungen der Leasingnehmer

entscheidend ist, was mit der folgenden zweckdienlichen Abbildung illustriert wurde (Zweites Gutachten: Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen von Swiss Economics vom 1. April 2022, S. 13, Abbildung 1):



13.3.3.18 Ebenso wird zutreffend festgehalten, dass das Szenario «Fahrzeugleasing als vorgelagerter Markt» von einem unrealistischen Konsumentenverhalten ausgehe. Anders als von der Beschwerdeführerin und den Parteigutachtern suggeriert, steht damit jedoch nicht fest, dass das Szenario «Fahrzeugleasing als nachgelagerter Markt» die Realität am besten abbildet. Vielmehr erweist sich das umschriebene Szenario «Markt für leasingfinanzierte Fahrzeuge», welches das gesamte Automobileasinggeschäft umfasst, am realistischsten. Denn wie oben und im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance eingehend dargelegt, entscheidet sich der Endkunde parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine bestimmte Leasingdienstleistung. Das heisst, die Endkunden berücksichtigen die Leasingkonditionen bereits zum Zeitpunkt, indem sie ihren Gesamtentscheid über eine Fahrzeuganschaffung treffen. Daran vermag im Übrigen auch das Argument nichts zu ändern, dass die Auswahl eines Neuwagens mit viel Emotionen verbunden sei.

13.3.3.19 Im Weiteren erweist sich diese Marktabgrenzung, wonach das gesamte Automobileasinggeschäft relevant ist, auch vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsprechung nicht als unzutreffend.

13.3.3.20 Denn einerseits gilt bereits grundsätzlich, dass in der Vergangenheit abgegrenzte Märkte bei der Beurteilung anderer Abreden nur als Ausgangspunkt oder Orientierungshilfe dienen können. Die jeweilige Abgrenzung hängt von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall ab und kann nicht ohne weiteres auf andere Abreden übertragen werden. Selbst bei identischen Gütern ist je nach konkreter Abrede und der damit betroffenen Marktgegenseite das Substitutionsverhalten ein anderes (Zirlick/Blatter/Bangerter, a.a.O., Rz. 43).

13.3.3.21 Andererseits liegt zur Marktabgrenzung beim Automobileasing bzw. bei der Fahrzeugfinanzierung - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - keine gefestigte Rechtsprechung der EU-Kommission vor. So ist die EU-Kommission in früheren Entscheidungen im Automobil-Bereich zunächst von einem Markt für Leasing, allenfalls unterteilt in Operating Leasing und Financial Leasing, ausgegangen. Teilweise liess sie offen, ob eine weitere Segmentierung des Leasingmarktes not-

wendig sei (Entscheidungen der EU-Kommission vom 20. Dezember 2011 COMP/M.6436 i.S. Volkswagen Financial Services/D'leteren/Volkswagen D'leteren Finance JV, Rz. 15-31; vom 7. Juni 2017 M.8553 i.S. Banco Santander/Banco Popular Group, Rz. 23; vom 26. Juli 2017 M.8309 i.S. Volvo Car Corporation/First Rent a Car, Rz. 27 ff.). Im darauffolgenden Entscheid vom 8. August 2017 M.8460 i.S. Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos liess die EU-Kommission die Marktabgrenzung explizit offen. Und später ging die EU-Kommission wiederum von einem Markt für Leasing (Finanzierungs- und Operating-Leasing) aus (Entscheidung der EU-Kommission vom 7. November 2018 M.8744 i.S. Daimler/BMW/Car Sharing JV, Rz. 83-86).

13.3.3.22 Es trifft zwar zu, dass die EU-Kommission im Entscheid vom 8. August 2017 M.8460 i.S. Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos im Sinne einer vorläufigen Feststellung erwog, dass der Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kfz-Finanzierungen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen in Bezug auf ein Fahrzeug einer bestimmten Marke im Allgemeinen zwischen der Captive der betreffenden Marke und anderen Anbietern von Finanzierungslösungen, insbesondere Privatkundenbanken, stattfindet. Zudem hielt die EU-Kommission auch fest, dass andere Captives diese Dienstleistungen nicht für Fahrzeuge anderer Marken anbieten würden. Markenunabhängige Verkäufe kämen im Wesentlichen nur bei Gebrauchtwagen vor. Ein Markt, der sich nur auf den Verkauf von Fahrzeugen für Nichtkunden beschränke (und die Eigengeschäften der Captives für ihre jeweiligen Marken ausschliesse), widerspiegle die wirtschaftliche Realität und die Wettbewerbsdynamik dieser Märkte wahrscheinlich besser (Rz. 31-33).

13.3.3.23 Allerdings ist hinsichtlich des Entscheides vom 8. August 2017 M.8460 i.S. Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos nicht nur zu berücksichtigen, dass die EU-Kommission die Marktabgrenzung letztlich explizit offen gelassen hat, sondern auch, dass es sich um eine Zulassung eines Zusammenschlusses nach einer Phase I-Prüfung handelt, welche auf einer bloss summarischen Prüfung des seitens der Zusammenschlussparteien vorgebrachten Sachverhalts basiert. Ausserdem betrifft die Marktbetrachtung im Entscheid Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos nicht primär den Bereich des Automobilleasings, sondern den separaten Bereich der Automobilkredite («motor vehicle lending»). Wohl deshalb enthält der Entscheid auch keine konkreten Feststellungen zum Entscheidungsprozess der Endkunden beim Abschluss eines Automobilleasings. Inwiefern sich der Bereich der Automobilkredite aus der (hier relevanten) Sicht der Nachfrager vom Bereich Automobilleasing unterscheidet, wurde im Übrigen bereits in E. 13.3.3.9 f. oben dargelegt.

13.3.3.24 Zudem wurde der gleiche Zusammenschluss im Rahmen einer vorläufigen Prüfung auch durch die WEKO analysiert, wobei diese von einem sachlich relevanten Markt für Automobilleasing ausgegangen ist (Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2017 i.S. Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos [veröffentlicht in RPW 2017/4 S. 574 ff.], Rz. 18; zur Praxis der WEKO vgl. auch Stellungnahme der WEKO vom 28. November 2014 i.S. Santander Consumer Finance

S.A./Peugeot S.A. [veröffentlicht in RPW 2015/1, S. 88 f.], Rz. 12 m.H. auf Stellungnahme der WEKO vom 26. Januar 2012 i.S. Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA [veröffentlicht in RPW 2012/1, S. 121 ff.], Rz. 17 ff.; Stellungnahme der WEKO vom 1. Dezember 2008 i.S. BNP Paribas/Entités Fortis SA [veröffentlicht in RPW 2009/1, S. 68 ff.], Rz. 58 ff. und Stellungnahme der WEKO vom 4. Dezember 2006 i.S. Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A. [veröffentlicht in RPW 2007/1, S. 83 ff.], Rz. 19).

13.3.3.25 Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, diverse europäische Verbraucherschutzbehörden würden eine abweichende Marktabgrenzung, wonach Captives nicht miteinander im Wettbewerb stünden, bestätigen. Zur Untermauerung dieser Behauptung stützt sie sich hauptsächlich auf die Auto-Buyer-Study der US-amerikanischen Federal Trade Commission (FTC; www.ftc.gov/system/files/documents/reports/auto-buyer-study-lessons-depth-consumer-interviews-related-research/bcpreportsautobuyerstudy.pdf [zuletzt abgerufen: 28.08.2025]).

13.3.3.26 Die Auto-Buyer-Study der US-amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) basiert auf qualitativen Interviews mit 38 Personen, die einen Neu- oder Gebrauchtwagen gekauft haben und diesen über ihren Autohändler finanzieren liessen (vgl. Auto-Buyer-Study, S. 3). Die Anzahl an Konsumenten in dieser Studie ist somit gering. Auch die Studie selbst weist explizit auf die mangelnde Repräsentativität hin (vgl. Auto-Buyer-Study, S. 1). Zudem erfasst die Studie nur die Thematik des Kreditkaufs. Denn alle Studienteilnehmer haben ihr Fahrzeug mittels Abzahlungsvertrags zu Eigentum erworben (vgl. Auto-Buyer-Study, S. 31). Leasingnehmer wurden bewusst von der Befragung ausgeschlossen. Daher ist die Auto-Buyer-Study der FTC für den vorliegenden Fall aus mehreren Gründen nicht aussagekräftig. Gleiches gilt für die weiteren globalen Verweise der Beschwerdeführerin auf die Dokumentationen des US-amerikanischen Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) und der britischen Financial Conduct Authority (FCA). Diese erschöpfen sich im Wesentlichen darin, die Komplexität der Kaufentscheidungen über einen Neuwagen darzustellen.

13.3.3.27 Schliesslich lässt sich auch aus der Rechtssache *Vendita auto tramite finanziamenti* der italienischen Wettbewerbsbehörden bzw. der entsprechenden Entscheide des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio und des Consiglio di Stato der Republik Italien nichts für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall ableiten. Denn zwar wurde in der Rechtssache *Vendita auto tramite finanziamenti* die Verfügung der italienischen Wettbewerbsbehörde, mit welcher in einer ähnlichen Angelegenheit ein Informationsaustausch zwischen Captives als Wettbewerbsabrede qualifiziert wurde, aufgehoben. Eine falsche Marktabgrenzung auf dem Markt für Finanzierungsdienstleistungen für Automobile oder auf dem Markt für leasingfinanzierter Fahrzeuge stellte aber weder das TAR Lazio und noch das Consiglio di Stato fest. Das TAR Lazio machte keine abschliessenden Aussagen zur Marktabgrenzung und das Consiglio di Stato äusserte sich überhaupt nicht zum kartellrechtlich relevanten Sachverhalt bzw. dessen Würdigung. Die entsprechende Verfügung wurde vielmehr deshalb auf-

gehoben, weil die italienische Wettbewerbshörde einen Markt für Finanzierungsdienstleistungen vertieft analysiert hatte, die eigentliche unzulässige Preisabrede jedoch auf dem Produktmarkt für leasingfinanzierte Fahrzeuge erblickte und sanktionierte, ohne aufzuzeigen, wie aufgrund der analysierten Verhaltensweisen auf dem einen Markt eine unzulässige Preisabrede auf dem anderen Markt entstehen konnte.

13.3.3.28 Letztlich bleibt noch auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen, dass das Leasing von Occasionsfahrzeugen nicht zum selben relevanten Markt gehöre wie das Leasing von Neuwagen. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, es existiere ein Primärmarkt für die Finanzierung von Neuwagen sowie ein davon getrennter Sekundärmarkt für die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen. Dies verhalte sich insbesondere deshalb so, weil die Captives Occasionsfahrzeuge nur finanzieren würden, wenn dadurch ein Verkauf eines Neufahrzeuges der eigenen Gruppe erzielt werden könne. So erfolge die Finanzierung von gruppenfremden Occasionsfahrzeugen durch Captives ausschliesslich, wenn ein Autohändler beim Verkauf eines Neuwagens das alte Fahrzeug des Kunden in Anzahlung nehme. Dieses Occasionsfahrzeug werde weiterverkauft und dabei könne es zu einer Finanzierung durch die jeweilige Captive kommen.

13.3.3.29 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, ist für die Marktabgrenzung abzuklären, ob die relevanten Produkte aus Sicht der Nachfrager substituierbar sind. Diese Frage hat das Bundesverwaltungsgericht oben (E. 13.3.3.9 ff.) sowie im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance (E. 5.4.3.15 ff.) explizit thematisiert und letztlich festgestellt, dass für den Leasingnehmer das Leasing eines (gut erhaltenen bzw. neuwertigen) Occasionsfahrzeuges (wie z.B. Vorführgewagen, Fahrzeuge, welche nach wenigen Jahren oder vorzeitig aus einem Leasing zurückgegeben wurden, etc.) mit dem Leasing eines Neuwagens durchaus substituierbar sein könne. Die oben dargelegten weiteren Argumente der Beschwerdeführerin hinsichtlich eines separaten Marktes betr. Automobilleasing von Occasionsfahrzeugen stellen auf die Sichtweise der Captives und nicht auf jene der Nachfrager ab. Sie erweisen sich deshalb nicht als stichhaltig.

13.3.3.30 Im Ergebnis ist somit daran festzuhalten, dass von einem sachlich relevanten Markt für Automobilleasing, der das gesamte Automobilleasinggeschäft umfasst, auszugehen ist.

13.3.3.31 Gegen die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes hat die Beschwerdeführerin keine Einwände erhoben. Mit der Vorinstanz ist der Markt in räumlicher Hinsicht national abzugrenzen. Auf diesem nationalen Markt für Automobilleasing sind nachfolgend die Marktverhältnisse zu prüfen.

13.3.4 Marktverhältnisse

13.3.4.1 Auf dem nationalen Markt für Automobilleasing bieten, wie erwähnt, Captives und Non-Captives Leasingdienstleistungen an. Non-Captives finanzieren Fahrzeuge sämtlicher Automobilmarken. Bei den Captives liegt aufgrund der (konzernmässigen) Verbundenheit mit einer oder mehreren Automobilmarken der Hauptfokus

der Geschäftstätigkeit in der Finanzierung von (Neu-)Fahrzeugen des mit ihr verbundenen Autoherstellers bzw. Importeurs (s. E. 9.2 f. oben).

13.3.4.2 Die hier relevante Leistung des Automobilleasings ist, wie erwähnt, nicht auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt, sondern es ist das gesamte Automobilleasing(-geschäft) relevant (s. E. 13.3.3.12 f. und 13.3.3.17 f.). In den Marketing-Aktivitäten der Automobilmarken werden die Leasingkonditionen prominent beworben. Der Kunde vergleicht beim Entscheid für ein zu leasendes Fahrzeug die Fahrzeuge der verschiedenen Automobilmarken insbesondere auch anhand der zahlungsrelevanten Kriterien wie Fahrzeugpreis, Anzahlung, monatliche Leasingrate, Restwert, etc. Er entscheidet sich parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine Leasingdienstleistung. Das heisst, die Endkunden berücksichtigen die Leasingkonditionen bereits dann, wenn sie ihren Gesamtentscheid über eine Fahrzeuganschaffung treffen.

13.3.4.3 Auf den Produktmärkten für Fahrzeuge besteht unbestritten ein Preiswettbewerb. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance (E. 5.4.4.4) festgestellt hat, besteht spiegelbildlich zu diesem Wettbewerb auf dem Automobilmarkt auch ein Preiswettbewerb hinsichtlich der Leasingkonditionen. In diesem Markt stehen die Captives nicht nur zu den Non-Captives, sondern auch zu den anderen Captives in einem Wettbewerbsverhältnis.

13.3.4.4 Des Weiteren geht - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - aus internen Dokumenten der Beschwerdeführerin und anderer Captives hervor, dass sich die Captives durchaus als Konkurrentinnen betrachten und bei Konkurrenzanalysen die eigenen Konditionen mit jenen anderer Captives verglichen haben. Neben der von der Vorinstanz erwähnten internen E-Mail vom 9. Februar 2012 an I. _____ mit dem Betreff «Konkurrenzanalyse» (vgl. Vorinstanz, act. 3030) sowie einer von der Beschwerdeführerin erstellten «Competitive Overview» (vgl. Vorinstanz, act. 3105) kann hierfür beispielhaft auch die nachfolgende E-Mail vom 21. November 2012 von D. _____ mit dem Betreff «AW: Offerta [...] 2013» genannt werden, worin was folgt festgehalten wurde (vgl. Vorinstanz, act. 3070):

«Ho guardato cosa sta facendo la concorrenza per vetture dello stesso segmento e devo costatare che è un segmento molto aggressivo.

[...] opera con un leasing al 1.9%, [...] al 0%, [...] al 3.9% e [...] al 5.9%.

Ho fatto 2 calcolazioni:

1° offerta a un tasso del 5.5%, per 48 mesi e un anticipo del 17.7% = Fr. 7'071.15, rata mensile Fr. 399.60 (contributo Fr. 140)

2° offerta a un tasso del 3.9%, per 48 mesi e un anticipo del 19% = Fr. 7'590.50, rata mensile Fr. 359.40 (contributo Fr. 1'100)».

13.3.4.5 Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kann bei dieser Marktbetrachtung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives nicht mit dem angeblich fehlenden Interesse der Captives an der Finanzierung von Fahrzeugen von gruppenfremden Automarken verneint werden. Denn dieses Argument wäre nur stichhaltig, wenn mit der Beschwerdeführerin von einem gesonderten nachgelagerten Markt für Automobilleasing ausgegangen würde, was vorliegend in E. 13.3.3.17 f. als nicht sachgerecht beurteilt wurde.

13.3.4.6 Zudem erweist sich dieses Argument ohnehin als Schutzbehauptung (vgl. Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.4.4.4). So ist belegt, dass mehrere Captives auch Fahrzeuge von nicht mit ihnen verbundenen Automobilmarken finanziert haben (insb. G._____, B._____, C._____ und D._____; vgl. Vorinstanz, act. 2201 Rz. 372 ff., act. 1206 S. 3, act. 2804 Rz. 9; Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.4.4.7). Teilweise war dies beschränkt auf die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen, teilweise wurden auch Neufahrzeuge finanziert (vgl. Vorinstanz, act. 2502 Rz. 217 ff.; Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.4.4.7).

13.3.4.7 Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin zudem, wenn sie ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives verneint, indem sie vorbringt, die Leasingangebote der Captives würden von der Importgesellschaft des gleichen Konzerns subventioniert, wobei es die Swiss Sales Company sei, welche über die Tiefzinsprogramme als Teil ihres Marketing- und Verkaufsförderungskonzepts entscheide.

13.3.4.8 Auch wenn die Swiss Sales Companies einen wesentlichen Einfluss auf die Sonderzinsangebote hatten, kam den Captives - namentlich auch der Beschwerdeführerin - auf dem vorliegend relevanten Markt keinesfalls die Rolle von unbeteiligten Dritten zu. So geht aus mehreren Einvernahmen hervor, dass die Captives die Sonderzinssätze gemeinsam mit den Herstellern/Importeuren festsetzten oder zumindest darauf Einfluss nehmen konnten (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 155 ff. und 188 ff., act. 2709 Rz. 208 ff., act. 2501 Rz. 217 ff.; act. 2502 Rz. 131 f.). So führte beispielsweise S._____ (C._____) auf die Frage, ob bei der Zinsfestsetzung mitrede, was folgt aus (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 152 ff.):

«Ja. Ich rede mit der Marke. Zum Beispiel. Wollen wir eine Aktion mit 2.9% machen? Die Marke muss dann damit einverstanden sein.».

Als weiteres Beispiel kann die Aussage von T._____ (E._____) erwähnt werden, der ausführte, dass die Rabattaktionen betreffend das Autoleasing für die Marken von U._____ in der Schweiz in Abstimmung des Sales Bereiches von E._____ und des Sales Bereiches des Importeurs erfolgt seien (vgl. Vorinstanz, act. 2709 Rz. 208 ff.).

13.3.4.9 Ferner ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass auch der praktizierte Informationsaustausch für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives spricht. Denn mit dem vorliegenden Informationsaustausch über Standard- und Sonderzinssätze und

weitere Konditionen in gesamthaft 93 Tabellen, an 24 Meetings und mit weiteren bi- und multilateralen Kontakten während über sieben Jahren wurde ein erheblicher Aufwand betrieben. Es würde der wirtschaftlichen Logik widersprechen, diesen erheblichen Aufwand für den Informationsaustausch zu betreiben, wenn die Captives nicht auf dem gleichen sachlich relevanten Markt als Wettbewerber tätig wären. Zumal der Informationsaustausch offensichtlich nicht alleine auf die Einhaltung der Vorgaben des Konsumkreditgesetzes und der Verordnung zum Konsumkreditgesetz gezielt haben kann. Denn hierfür bedarf es keiner monatlichen Orientierung während mehr als sieben Jahren über die aktuellen Standard- und Sonderzinssätze (inkl. Dauer des Angebotes und Provisionen) der anderen Captives. Auch handelt es sich bei den ausgetauschten Informationen nicht um ein Kostenbenchmarking zur Kostenoptimierung oder um Aufzeichnungen zu Kreditausfällen oder um Informationen, welche für die Bonitätsprüfung notwendig wären. Insofern sind keine Gründe ersichtlich, wonach die Captives unabhängig von einer möglichen Wettbewerbsbeziehung das Bedürfnis haben konnten, Informationen mit diesem Inhalt und in diesem Umfang bzw. in dieser Frequenz auszutauschen.

13.3.4.10 Schliesslich überzeugt auch der Einwand der Beschwerdeführerin nicht, dass es sich auf dem Markt für leasingfinanzierte Fahrzeuge bei den Leasingzinsen nur um einen unwesentlichen Entscheidungsfaktor handle. Denn der Informationsaustausch der Captives war nicht auf Informationen zu Leasingzinssätzen beschränkt, sondern umfasste namentlich auch weitere Themenbereiche wie beispielsweise Restwerte und Gebühren.

13.3.4.11 Zusammenfassend ergibt sich, dass Non-Captives und Captives auf dem nationalen Markt für Automobilleasing auf der gleichen Marktstufe tätig waren und miteinander in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis standen. Es liegt somit eine horizontale Abrede vor.

13.3.4.12 Auf die Rügen der Beschwerdeführerin zu den Eventualerwägungen der Vorinstanz, wonach zumindest ein potentielles Konkurrenzverhältnis zwischen den Captives vorliege, muss bei diesem Ergebnis nicht mehr eingegangen werden.

13.3.5 Beweisantrag, Beweispflicht und weitere Untersuchungshandlungen

13.3.5.1 Die Beschwerdeführerin beantragt im Zusammenhang mit dem bestrittenen Wettbewerbsverhältnis, es seien die konkreten Wettbewerbsverhältnisse, namentlich das Bestehen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen den Captives, sowie das Vertriebssystem von Neuwagen zu untersuchen (s. E. 6 oben). Zudem rügt sie, wie in E. 13.3.2.8 erwähnt, zahlreiche weitere unterlassene Untersuchungshandlungen.

13.3.5.2 Wie bereits ausgeführt (s. E. 7.3), sind im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind. Dabei ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünft-

tigerweise erwartet werden kann. Zudem sind die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Das Gericht ist namentlich dann nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn die zu beweisende Tatsache nicht entscheidungswesentlich ist oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel bereits als bewiesen gelten kann (s. E. 6.3 oben).

13.3.5.3 Das Bundesgericht hat ausserdem zum erforderlichen Beweismass festgestellt, dass die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit kaum je exakt möglich ist, sondern zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen beruht. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden. Eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen ist kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 8.3.2, bestätigt mit BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.4; Urteil des BGer 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.2.6; vgl. zur Beweispflicht, dem erforderlichen Beweismass und der Begründungspflicht im Allgemeinen E. 7.3.4 ff. oben).

13.3.5.4 Vorliegend wurde in den vorstehenden Erwägungen gestützt auf die umfangreichen Vorakten aufgezeigt, dass ein sachlich relevanter Markt für Automobilleasing abzugrenzen ist. Dieser ist nicht beschränkt auf den Abschluss von Leasingverträgen über unwiderruflich gewählte (Neu-)Fahrzeuge zu verstehen, sondern in Bezug auf das gesamte Automobilleasing(geschäft). Weiter wurde dargelegt und begründet, dass sich eine weitere Segmentierung dieses Marktes nicht aufdrängt. Ebenso wurde aufgezeigt, dass die Captives (und Non-Captives) auf diesem abgegrenzten Markt in einem tatsächlichen Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen.

13.3.5.5 Folglich erscheinen für die Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktverhältnisse auf dem relevanten Markt keine weiteren Untersuchungshandlungen und Nachweise notwendig. Der Beweisantrag auf Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, sofern er überhaupt formgerecht gestellt wurde (s. E. 6.5 oben).

13.3.5.6 Auch der Verzicht der Vorinstanz auf die Durchführung eines SSNIP-Tests (small but significant and nontransitory increase in price-Test) zur Untermauerung des Beweisergebnisses ist nicht zu beanstanden. Ein SSNIP-Test stellt eine modellhafte Verhaltensanalyse dar, bei der mittels geringer, aber spürbarer und nicht nur vorübergehender Preiserhöhung im Rahmen von 5% bis 10% untersucht wird, bei welcher Preiserhöhung die Nachfrager das zu beurteilende Produkt durch welche vergleichbaren Produkte ersetzen. Der SSNIP-Test stellt jedoch keine zwingende Voraussetzung einer Marktabgrenzung dar. Er bildet nur ein Mittel, das zur Ermittlung der massgeblichen Gruppe an austauschbaren Produk-

ten zusätzlich herangezogen werden kann, soweit die Austauschbarkeit im Hinblick auf den Verwendungszweck nicht bereits aufgrund eines Vergleichs der Produktmerkmale der verfügbaren Produkte oder des bisherigen Ausweichverhaltens der Nutzer festgestellt werden kann. Diese ergänzende Funktion folgt bereits daraus, dass ein SSNIP-Test selbst immanente Schwächen und ein gewisses Fehlerpotential in sich birgt und für bestimmte Sachverhaltskonstellationen nicht anwendbar ist. Angesichts dessen stellt ein SSNIP-Test kein Mittel dar, welches im Rahmen einer Marktabgrenzung in jedem Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen kann oder muss (Urteile des BVer B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 5.4.5.6; B-831/2011, SIX, E. 269-275 m.w.H.).

13.3.5.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass keine weiteren Nachweise zur Marktabgrenzung und zur Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses notwendig sind.

13.4 Fazit

13.4.1 Die von der Beschwerdeführerin und den anderen Captives praktizierten Informationsaustausche über Zinsen, Restwerte und Gebühren stellen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen dar, die als Wettbewerber auf dem nationalen Markt für Automobilleasing auf der gleichen Marktstufe tätig waren. Die Verhaltensweisen waren objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung des Wettbewerbsparameters «Preis» zu verursachen, womit sie eine solche bezweckten.

13.4.2 Ob das Verhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives bezüglich Zinsen, Restwerten und Gebühren auch als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 KG qualifiziert werden muss, kann deshalb offen bleiben.

13.4.3 Ebenso kann bei diesem Ergebnis darauf verzichtet werden zu prüfen, ob die fraglichen Verhaltensweisen zusätzlich auf einer Gesamtabrede basieren, die für sich die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

14. Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG hinsichtlich Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung

Zu würdigen bleibt das in E. 10.2.5 oben beschriebene Verhalten der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer-Rückerstattung.

Belegt ist, dass die Captives nach einer Gesetzesrevisi- on per 1. Januar 2010 berechtigt waren, die Rückerstattung eines Teils der bezahlten Mehrwertsteuer zu verlangen (insgesamt rund 4,5 Mio. Fr.). Am Meeting vom 25. Februar 2010 hielten die Captives in diesem Zusammenhang protokollarisch fest, dass ein gemeinsames Vorgehen und Auftreten beabsichtigt werde. In der Folge fand zwischen der Beschwerdeführerin, B._____ und A._____ eine Telefonkonferenz zwecks Besprechung des weiteren Vorgehens statt. Am darauffolgenden Captive-Meeting einigten sich alle Captives (mit Ausnahme von CA Auto Finance), dass der Überschuss der rückerstatteten Mehrwertsteuer «nach einem Abzug von einem Rückbehalt von Fr 200.- [...] dem Kunden gutgeschrieben werden soll». Zudem äusserte B._____ gegenüber den anderen Captives den Wunsch, den Zeitpunkt der vorzunehmenden Rückerstattung gemeinsam festzulegen, um «unangenehme

Kundenreaktionen vermeiden [zu] können». In der Folge einigten sie sich darauf, dass eine Rückzahlung frühestens im Frühjahr 2011 erfolgen solle (s. E. 10.2.5 oben).

14.1 Vorbringen der Parteien

14.1.1 Die Vorinstanz erwo, die Beschwerdeführerin sei an diesen Vorgängen massgeblich beteiligt gewesen. Die gemeinsamen Beschlüsse der Captives hinsichtlich der Erhebung der Gebühr und deren Höhe sowie des Zeitpunktes der Rückerstattung seien in den Protokollen der Captive-Meetings festgehalten worden. Der Zweck dieses Vorgehens habe insbesondere darin bestanden, «unangenehme Kundenreaktionen» zu verhindern. Anders als unter normalen Wettbewerbsbedingungen hätten die Captives damit die Sicherheit gehabt, trotz Rückbehalt nicht mit wesentlichen wettbewerblichen Nachteilen rechnen zu müssen. Durch das gemeinsame Festlegen der Gebühr hätten die Captives bewusst den Wettbewerb hinsichtlich dieses Wettbewerbsparameters eingeschränkt. Entsprechend liege eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt habe.

14.1.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Captives seien gemäss einer Stellungnahme der Bundesverwaltung berechtigt, nicht aber verpflichtet gewesen, von der Bundesverwaltung einen Teil der bezahlten Mehrwertsteuern zurückzufordern. Im Rahmen einer einmaligen Besprechung - mit der Absicht eine (steuer)rechtskonforme und möglichst tiefe Gebühr zu finden - hätten die Captives eine einmalige Bearbeitungsgebühr von Fr. 200.- beraten. Diese Gebühr habe lediglich die Kosten für die Kundensuche und die Abwicklung der Rückerstattung gedeckt. Für die Captives habe daraus kein Gewinn resultiert. Vielmehr sei das einheitliche Vorgehen im Interesse der Konsumenten erfolgt, zumal diese andernfalls gar keine Mehrwertsteuer-Rückerstattung erhalten hätten. Folglich sei eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ausgeschlossen.

14.1.3 Ferner rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe es unterlassen, darzulegen, inwiefern die Rückerstattungsgebühr als Preis bzw. Preiselement zu definieren sei. Die Gebühr sei nur einmalig erhoben worden und nicht Teil des Leasingvertrages gewesen. Sie habe weder von den Captives noch von den Endkonsumenten vorhergesehen werden können. Sie sei daher kein Wettbewerbsparameter im relevanten Markt.

14.1.4 Schliesslich macht sie geltend, die Vorinstanz habe - anders als in der vorliegend angefochtenen Verfügung - gegenüber den anderen Captives in der Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019 hinsichtlich der Rückerstattungsgebühr der Mehrwertsteuer nicht das Vorliegen einer Vereinbarung, sondern einer abgestimmten Verhaltensweise festgestellt. Die Beschwerdeführerin könne nicht mit sich selbst eine Vereinbarung treffen, womit auch gegenüber der Beschwerdeführerin das Vorliegen einer Vereinbarung ausscheide.

14.1.5 Die Vorinstanz hält diesen Einwänden entgegen, es sei unerheblich, dass es sich nur um einen einmaligen Vorgang gehandelt habe. Zudem seien keine Gründe ersichtlich, weshalb für die Rückerstattung an die Konsumenten ein gemeinsames Vorgehen der Captives

notwendig gewesen sei, zumal das gemeinsame Vorgehen u. a. damit begründet worden sei, unangenehme Kundenreaktionen zu vermeiden und die Branche nicht zu exponieren. Jede Captive hätte die Rückerstattung eigenständig durchführen können. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, andernfalls hätten die Konsumenten gar keine Mehrwertsteuer-Rückerstattung erhalten, sei unbelegt. Der Vorgang rund um die Mehrwertsteuer-Rückerstattung zeige vielmehr die damals existierende Bereitschaft der Captives, sich - wenn nötig - bis ins kleinste Detail abzustimmen und die praktische Zusammenarbeit anstelle des Leistungswettbewerbs treten zu lassen.

14.2 Würdigung

14.2.1 Eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung von mindestens zwei Parteien voraus (s. E. 12.1.5 oben). Erfasst werden sowohl rechtlich erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Entscheidend ist, dass ein Bindungswille der Parteien vorhanden ist (s. E. 12.1.5 oben). Ferner muss es sich um eine Vereinbarung von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen handeln (s. E. 12.1.11 und E. 13.3.1.1 f. oben), die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (s. E. 12.1.8 ff. und E. 13.2.2.1 ff.).

14.2.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Captives untereinander ausgemacht hatten, sich hinsichtlich der Rückerstattung der Mehrwertsteuer zu koordinieren und von den Kunden eine einheitlich festgelegte Gebühr in der Höhe von Fr. 200.- zurückzubehalten. Diese übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Captives wurde schriftlich protokolliert. Das Bestehen eines Bindungswillens der Captives ist deshalb ohne Weiteres zu bejahen.

14.2.3 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin erfüllt die Rückerstattungsgebühr auch die auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG erforderliche Wettbewerbsparameterqualität. Denn, wie in E. 12.3.4 f. oben festgehalten, muss eine Wettbewerbsabrede auf dieser Stufe lediglich in einem Zusammenhang zu einem Wettbewerbsparameter stehen bzw. Rückschlüsse auf diese(n) zulassen. Bei einer mit dem Leasinggeschäft in direktem Zusammenhang stehenden Mehrwertsteuer-Rückerstattung bzw. einer damit verbundenen Gebührenerhebung zu Lasten der Endkunden ist ein solcher Preisbezug klar zu bejahen.

14.2.4 Diese Vereinbarung über die Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung wurde von Unternehmen auf gleicher Marktstufe getroffen. Denn bereits oben wurde festgestellt, dass die Captives auf dem nationalen Markt für Automobileasing auf der gleichen Marktstufe tätig waren und miteinander in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis standen (s. E. 13.3 oben).

14.2.5 Schliesslich hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt hat. Der Zweck lag insbesondere darin, «unangenehme Kundenreaktionen» zu verhindern. Anders als unter normalen Wettbewerbsbedingungen hatten die Captives damit die Sicherheit, trotz Erhebung dieser Gebühr nicht mit wesentlichen wettbewerblichen Nachteilen rechnen zu müssen; weder durch Re-

klamationen noch durch Wechsel zu konkurrierenden Captives nach Ablauf des Leasinggeschäfts. Dass die Rückerstattungsgebühr nur einmalig erhoben wurde und von den Captives und den Leasingnehmerinnen allenfalls nicht vorhergesehen werden konnte, ist unerheblich.

14.2.6 Im Ergebnis ist hinsichtlich der Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG somit zu bejahen. Daran ändert auch die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei gegenüber den weiteren Captives in der Genehmigungsverfügung nicht von einer Vereinbarung, sondern von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen, nichts. Denn das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an die Beurteilung durch die Vorinstanz in der Genehmigungsverfügung gebunden. Mangels Beteiligung von CA Auto Finance hatte das Gericht zudem keinen Anlass die Verhaltensweise hinsichtlich Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung im rechtskräftigen Urteil B-4596/2019 von Amtes wegen zu überprüfen.

14.2.7 Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vereinbarung im Interesse der Endkunden gewesen sei und die Gebühr gerade einmal die Kosten der Captives gedeckt habe, wird im Rahmen der Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG eingegangen (s. E. 15.4.1 unten).

15. Unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG

15.1 Allgemeines

15.1.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6.1; 143 II 297, Gaba, E. 4.1; 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 3; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4; 2C_39/2020, Diffulivre, E. 8.1).

15.1.2 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits direkt nachgewiesen werden; sie kann sich andererseits auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6.1 und 6.5; 143 II 297, Gaba, E. 4.1; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.1; 2C_785/2022 vom 16. April 2024, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 4; 2C_39/2020, Diffulivre, E. 8.2).

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

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

15.1.4 Massgebend für den Entscheid, die Wettbewerbsparameter Preise, Menge und Gebiet in Art. 5 Abs. 3 KG aufzunehmen, war der Umstand, dass derartige Abreden allesamt negative Auswirkungen auf den Markt haben und das Wettbewerbsgeschehen unmittelbar beeinflussen, da sie zentrale Grundparameter des Wettbewerbs aufheben (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994, BBI 1995 I 468, 517 und 566, nachfolgen Botschaft zum KG 1995; Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 370). Der Bestimmung von Art. 5 Abs. 3 KG liegt damit bereits eine allgemeingültige Schädigungstheorie zugrunde, weshalb - anders als bei Fällen von Art. 5 Abs. 1 KG - im konkreten Einzelfall keine einzelfallbasierte Schädigungstheorie mehr formuliert werden muss (vgl. dazu bereits E. 12.4.13 oben).

15.1.5 Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6.1 und 6.5; 143 II 297, Gaba, E. 5; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.1; 2C_39/2020, Diffulivre, E. 8.2).

15.1.6 Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6.5; 144 II 194, BMW, E. 4.3.1; 143 II 297, Gaba, E. 5.6; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.3; 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 4 und 5.6.2.2; 2C_39/2020, Diffulivre, E. 8.3). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist damit nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6.1).

15.1.7 Nachfolgend zu prüfen ist, ob vorliegend Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gegeben sind.

15.2 Horizontale Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

15.2.1 Allgemeines

15.2.1.1 Nach dem Gesetzeswortlaut gelten «Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» als Preisabreden. Die dafür relevante Botschaft führt dazu konkretisierend was folgt aus (Botschaft zum KG 1995, BBI 1995 I 468, 567):

«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.»

15.2.1.2 Daraus ergeben sich zwei Tatbestandselemente: (1) der Preis als Gegenstand der Abrede und (2) die (in)direkte Festsetzung des Preises als Wirkung der Abrede (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 379).

15.2.1.3 Unter einem Preis ist die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung zu verstehen, wobei sich der Preis sowohl auf das Endprodukt bzw. die Enddienstleistung als auch auf Teilprodukte bzw. -dienstleistungen beziehen kann. In aller Regel handelt es sich dabei um eine monetäre Gegenleistung (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 375; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 381).

15.2.1.4 Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 6.5.5; Urteil 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.5.1 f.; Urteile B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023, Baubeschläge Koch II, E. 281 und 285; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.3.4 m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 375; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 380; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.166; vgl. auch Botschaft zum KG 1995, BBI 1995 I 468, 567; relativierend: BORER/BORER, a.a.O., Art. 5 N. 34). Unter Preiselementen oder -komponenten sind Bestandteile der Preisbildung zu verstehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 382). Entsprechend fällt unter den Vermutungstatbestand nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern beispielsweise auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, preisbeeinflussenden Geschäftsbedingungen oder Preiskalkulationen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 382 und 392 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 401 ff.; BORER/BORER, a.a.O., Art. 5 N. 34; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.166; vgl. auch Urteile 2C_75/2023 vom 19. Februar 2025, Luftfracht Singapore Airlines, E. 9 und 2C_64/2023, Luftfracht United Airlines, E. 9, wonach es sich bei Treibstoffzuschlägen und bei der Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen ebenfalls um Preiselemente im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr [Luftverkehrsabkommen, LVA, SR 0.748.127.192.68] i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt). Ob sich an dieser Auffassung im Rahmen der laufenden Kartellrechtsrevision etwas ändern wird, ist zurzeit offen (Botschaft vom 24. Mai 2023 zur Teilrevision des Kartellgesetzes, BBI 2023 1463). Die Revision konnte im Rahmen der Herbstsession 2025 nicht verabschiedet werden (vgl. www.parlament.ch/de/ratsbetrieb

/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20230047 [zuletzt abgerufen: 06.10.2025]).

15.2.1.5 In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements keine Kriterien für die Abgrenzung oder Differenzierung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bilden. Eine Koordination von Preiselementen sei ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten (Urteile B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 291 f.; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.3.6). Denn Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weise kein entsprechendes Tatbestandsmerkmal auf und der Herleitung eines entsprechenden stillschweigenden Tatbestandsmerkmals stehe entgegen, dass eine Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Preisabreden der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von horizontalen Preisabreden widerspreche. Der Gesetzgeber habe eine Differenzierung zwischen leichten und schweren Fällen einer Preisabrede ausdrücklich abgelehnt. Art. 5 Abs. 1 KG sehe mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein entsprechendes Kriterium vor, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Erfassung durch Art. 5 Abs. 1 KG ausgesondert würden. Schliesslich stelle auch das EU-Wettbewerbsrecht kein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer horizontalen Preisabrede auf. Vielmehr sei eine Koordination von Preiselementen unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts unzulässig (Urteile B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 291 f.; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.3.6).

15.2.1.6 Das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG setzt, wie erwähnt (s. E. 15.2.1.2 oben), voraus, dass die Abrede zu einer Festsetzung des Preises oder von Preiselementen bzw. -komponenten führt. Die Art und Weise der Festsetzung (indirekt oder direkt) ist gleichgültig. Gemäss Botschaft wird «jede Art des Festsetzens» erfasst. Die Botschaft stellt klar, dass es nicht auf das eingesetzte Mittel, sondern auf die Wirkung der Preisfestsetzung ankommt (s. E. 15.2.1.1 oben; vgl. auch KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 382). Die Preisabrede kann somit sowohl in Form einer Vereinbarung als auch in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zustande kommen (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 6; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 386; für eine Preisabrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise vgl. auch Urteile 2C_75/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 9). Auch Marktpreisinformationssysteme taugen als Instrument zu einer Verhaltenskoordination i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Sie erhöhen die Preis-Transparenz am Markt und können dazu führen, dass die beteiligten Unternehmen ihre Preisfestsetzungsverhalten i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG implizit aufeinander abstimmen können. In solchen Fällen ist das Marktpreisinformationssystem Mittel und Ursache der Preisfestsetzung zugleich (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 384 und 387).

15.2.1.7 Die Botschaft nimmt zwar nur Bezug auf die Wirkung der Abrede (s. E. 15.2.1.1 oben). Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297 i.S. Gaba jedoch klarge-

stellt, dass die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG («bezwecken oder bewirken») für das gesamte Kartellgesetz Geltung beansprucht und bei der Anwendung von Art. 5 KG ebenfalls zu beachten ist (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2). Zudem hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei (i.S. von Art. 96 BV und Art. 1 KG), bereits mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG geschaffen werde. Bei Art. 5 Abs. 1 KG genügt es somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Tatsächliche Auswirkungen oder eine Umsetzung der Abrede sind nicht nachzuweisen (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2; Urteile 2C_75/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.3; 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.6.2.2).

15.2.1.8 Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG. Entsprechend ist neben der Wirkung der Abrede auch der Zweck der Abrede entscheidend. Es genügt, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen (Urteil 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.6.3). Die Abrede muss m.a.W. geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 387).

15.2.1.9 Dabei setzt eine Preisharmonisierung keine Angleichung von Preisen voraus (Urteile B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 289; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.3.4). 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 (Urteil B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.3.4; vgl. Bangerter/Zirlick, Art. 5 KG N. 390). Eine Preisabrede liegt daher auch dann vor, wenn der Inhalt der Koordination zum Beispiel auf den Erhalt oder die Herstellung einer inhaltlichen Differenz der jeweiligen Preise oder Preiselemente ausgerichtet ist. Denn auch mit einer derartigen Verhaltenskoordination wird auf die Preissetzungsfreiheit der beteiligten Unternehmen eingewirkt und der Preiswettbewerb eingeschränkt (Urteil B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 289).

15.2.2 Vorbringen der Parteien

15.2.2.1 Die Vorinstanz erwog, der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sei weit auszulegen und umfasse als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Unter einer Preisabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sei eine Abrede zu verstehen, die direkt oder indirekt die Preisgestaltung beeinflusse. Die Captives hätten ein System für den Austausch von Informationen, welches Zinssätze, Gebühren und Restwerte umfasst habe, errichtet sowie eine Vereinbarung über Gebühren bei einer Mehrwertsteuer-Rückerstattung getroffen. In Bezug auf die Zinssätze und Restwerte habe die Abrede Preise betroffen. Denn ein Zinssatz stelle den Finanzierungspreis, d.h. den Zeitwert für die ausgeliehene Summe, dar. Die Zinskosten - sich erge-

bend aus der Laufzeit, dem Nettopreis des Fahrzeuges und dessen Restwert - würden hauptsächlich von der Höhe des Leasingzinses abhängen.

15.2.2.2 Hinsichtlich der ausgetauschten Informationen zu vertraglich vereinbarten Gebühren seien Preiselemente betroffen. Denn die von den Captives diskutierten Gebühren seien integraler Bestandteil des Leasingvertrages gewesen. Sie seien durch die Endkunden zu bezahlen gewesen, wenn zusätzliche Dienstleistungen in Anspruch genommen worden seien und hätten im Ergebnis die von den Leasingnehmern zu bezahlenden Endkosten beeinflusst.

15.2.2.3 Anders als im Fall ASCOPA habe der vorliegende Informationsaustausch der Captives ein lückenloses Monitoring erlaubt. Dadurch sei eine umfassende Vergleichbarkeit der ausgetauschten Preisinformationen gegeben, zumal die Informationen zu den einzelnen Fahrzeugklassen hätten zugeteilt werden können und dadurch auch über Fahrzeugmarken hinweg gut vergleichbar gewesen seien.

15.2.2.4 Die abgestimmten Verhaltensweisen über Zinssätze, Restwerte und Gebühren seien deshalb als Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Zu diesem Ergebnis gelange man auch, wenn der Zinssatz nicht als ein Preis im eigentlichen Sinne, sondern als ein Preisbestandteil beurteilt werde.

15.2.2.5 Ebenfalls eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG liege hinsichtlich der Vereinbarung über die Gebühren bei der Mehrwertsteuer-Rückerstattung vor.

15.2.2.6 Die Beschwerdeführerin rügt, keine Preise mit anderen Captives abgestimmt zu haben. Beim Fahrzeugleasing gebe es nicht den Leasingpreis. Die effektive Leasingrate sei bei jedem Leasingnehmer unterschiedlich. Sie setze sich aus einer Vielzahl von Elementen zusammen. Es handle sich um eine «komplexe Berechnungsformel». Sowohl der Restwert als auch die Leasingzinsen seien zwar Teil der Leasingraten, könnten jedoch nicht mit dem Leasingpreis gleichgesetzt werden. Angesichts der multikausalen Preiskomponenten im Leasingmarkt könne nicht behauptet werden, dass Zinssätze und Restwerte ohne Weiteres geeignet seien, den Gesamtpreis zu beeinflussen. Gebühren hätten ohnehin nichts mit der Leasingrate zu tun.

15.2.2.7 Zudem fehle es an der erforderlichen Festsetzung eines bestimmten Preises. Denn Art. 5 Abs. 3 KG sei eng auszulegen und erfasse nur Abreden, welche zu einer Festlegung eines konkreten Preises führen würden. Dass für das Vorliegen einer Preisabrede ein Preis bzw. einzelne Komponenten der Preisbildung fixiert werden müssten, ergebe sich sowohl aus Botschaft zum KG 1995 (BBI 1995 I 468, 567) als auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, namentlich aus BGE 129 II 18, Sammelrevers, E. 6.5.5.

15.2.2.8 Auch die Vorinstanz habe im Fall ASCOPA festgehalten, dass die blosser Mitteilung von Preisdaten bzw. Preiselementen nicht genüge. Vielmehr sei eine Abstimmung von Preisdaten erforderlich. Das Bundesverwaltungsgericht habe diese rechtliche Beurteilung durch die Vorinstanz mit Urteil B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 i.S. ASCOPA bestätigt. Vorliegend hätten sich die Captives - gleich wie im Fall ASCOPA - nicht auf

den Umfang und Zeitpunkt zukünftiger Preise bzw. Preisspannen verständigt. Zudem seien in beiden Fällen die Preisangebote im Zeitpunkt des Informationsaustausches bereits entschieden und kommuniziert gewesen. Das bloss «Potenzial, eine Preisabrede herbeizuführen», reiche dagegen nicht aus.

15.2.2.9 Ferner habe entgegen der Vorinstanz beim vorliegenden Informationsaustausch auch kein lückenloses Monitoring bestanden. Denn die Captives hätten sich nicht gegenseitig kontrolliert, ob ein abgemachter Preis eingehalten werde.

15.2.2.10 Hinzukomme, dass ein eigenständiger Informationsaustausch bereits generell keine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen könne. Dies gehe aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-807/2012 vom 25. Juni 2018 i.S. Erne (E. 10.2.3) hervor. Und auch im Fall Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren habe das Bundesverwaltungsgericht den von der Vorinstanz als Preisabrede qualifizierten Informationsaustausch nicht als harte Kartellabrede qualifiziert (Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, Baubeschläge Siegenia-Aubi, aufgehoben mit Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017). Schliesslich habe das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 i.S. Estée Lauder (E. 6.1 und E. 6.3.1.4.1) erwogen, dass bei fehlender Einigung respektive Verständigung über (zukünftige) Preise und blosser Mitteilung von Preisinformationen nicht auf eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG geschlossen werden könne.

15.2.2.11 Dass ein eigenständiger Informationsaustausch keine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle, ergebe sich auch aus der übrigen Praxis der Vorinstanz (Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA [veröffentlicht in: RPW 2011/4, S. 529 ff.], Rz. 425 ff.; Presserohstoff vom 22. Februar 2022 «WEKO: Berner-Belagswerk verletzte Kartellgesetz» [www.news.admin.ch/news/message/attachments/70346.pdf; zuletzt abgerufen: 29.08.2025]). Im Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen habe die Vorinstanz zwar einen Informationsaustausch als Preisabrede qualifiziert. Allerdings habe jener Fall eine eigentliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über Preise zwischen direkten Wettbewerbern betroffen.

15.2.2.12 Hinsichtlich der Vereinbarung über die Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung rügt die Beschwerdeführerin schliesslich, dass es die Vorinstanz unterlassen habe, darzulegen, inwiefern die Rückerstattungsgebühr als Preis bzw. Preiselement zu betrachten sei (s. E. 14.1.3 oben).

15.2.2.13 Die Vorinstanz entgegnet diesen Rügen der Beschwerdeführerin, es sei letztlich irrelevant, ob es sich bei den Zinsen, Restwerten und Gebühren um eigentliche Preise oder um Preisbestandteile der Leasingrate handle. Auch Preisbestandteile würden von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst, sofern sie für die Preissetzung nicht vernachlässigbar seien. Dass es sich bei den Zinssätzen um unwesentliche Preisbestandteile der Leasingrate handle, behaupte selbst die Beschwerdeführerin nicht, auch wenn sie von einer komplexen Berechnungsformel ausgehe. Sowohl die Leasingzinssätze als auch die

Restwerte seien geeignet, den Gesamtpreis zu beeinflussen.

15.2.2.14 Im Fall ASCOPA habe die Vorinstanz den Informationsaustausch zwar nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert, es sich aber explizit vorbehalten, einen Austausch von sensiblen Informationen als Preisabrede zu qualifizieren. Vorliegend habe der Informationsaustausch den Captives ein lückenloses Monitoring bezüglich der Entwicklung der Zinssätze erlaubt. Damit hätten sich die Captives in ihrem Preissetzungsverhalten aufeinander abstimmen können, ohne dass ein explizites Festsetzen von Preisen bzw. die Verständigung auf den Umfang und den Zeitpunkt zukünftiger Preise notwendig gewesen wäre. Das Wissen um das Preissetzungsverhalten der Konkurrenten habe als Grundlage für das eigene Verhalten der Captives hinsichtlich ihrer Preissetzungspolitik gedient. Mit dieser Gewissheit über die Preissetzung der Konkurrenz seien sie in der Lage gewesen, den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck untereinander zu verringern.

15.2.2.15 Zudem treffe es nicht zu, dass ein selbständiger Informationsaustausch bereits generell keine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle. Die von der Beschwerdeführerin genannten Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts seien vor dem Hintergrund der Einzelfallkonstellation zu sehen. Dass komplexe Informationstausche und -systeme eine Preisabrede bilden könnten, entspreche ausserdem auch der EU-Praxis.

15.2.3 Würdigung

15.2.3.1 Wie dargelegt, fand zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives ein Informationsaustausch über Zinssätze, Restwerte und Gebühren statt. Zudem trafen sie eine Vereinbarung über Gebühren bezüglich der Mehrwertsteuer-Rückerstattung.

15.2.3.2 Der Zins ist der Preis für die Überlassung eines Geldbetrages während einer bestimmten Zeitdauer. Er ist vom Schuldner an den Gläubiger zu entrichten. Der Zins wird in Prozenten der zur Verfügung gestellten Summe ausgedrückt (Zinssatz) und bezieht sich in der Regel auf die Dauer eines Jahres (vgl. Glossar SNB; https://www.snb.ch/de/services-events/digital-services/glossary#_Z [zuletzt abgerufen: 29.08.2025]). Er stellt damit den Zeitwert für die ausgeliehene Summe, d.h. einen Finanzierungspreis, dar. Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung des Leasingfahrzeuges, d.h. die (monatlich) vom Endkunden zu bezahlenden Leasingraten, errechnen sich aus der Höhe des Zinssatzes zusammen mit dem Nettopreis des Fahrzeuges, dem Restwert des Fahrzeuges und der Laufzeit des Vertrages. Dabei werden die monatlichen Leasingraten von den Captives nach derselben mathematischen Formel berechnet (s. E. 8.9 oben). Kommt es bei einem der oben genannten Elemente (Zinssatz, Nettopreis des Fahrzeuges, Restwert des Fahrzeuges, Laufzeit des Vertrages) zu einer Koordination, hat dies zwangsläufig auch einen koordinierenden Effekt auf die Leasingraten.

15.2.3.3 Damit handelt es sich bei den Zinssätzen und Restwerten um Preiselemente. Sie bilden zwei von vier Elementen der Preisbildung, welche sich unmittelbar auf

die Höhe der von den Endkunden zu entrichtenden Leasingraten auswirken. Die Zinssätze und Restwerte haben daher einen Einfluss auf den Entscheidungsprozess der Konsumentinnen und Konsumenten (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 6.2.3.3). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach es den Leasingpreis nicht gebe und die effektive Leasingrate bei jedem Leasingnehmer unterschiedlich sei, erweist sich in diesem Kontext als unerheblich. Denn auch wenn es den Leasingpreis nicht gibt, wird die effektive Leasingrate, die der Endkunde für die Überlassung zum Gebrauch des Fahrzeugs zu bezahlen hat, namentlich von den angewandten Leasingzinsen und vom Restwert beeinflusst.

15.2.3.4 Weiter umfasste der Informationsaustausch - wie erwähnt - auch Informationen zu Gebühren. Diese Gebühren waren durch die Endkunden zu bezahlen, wenn im Zusammenhang mit dem Leasingvertrag zusätzliche Dienstleistungen in Anspruch genommen wurden (z.B. Umschreibung des Leasingvertrages auf eine andere Vertragspartei) bzw. bei Nichterfüllung einer im Vertrag aufgeführten Verpflichtung (s. E. 8.18 oben). Sie stellen einen integralen Bestandteil des Leasingvertrages dar. Dass sie dabei - wie von der Beschwerdeführerin vorgetragen - keinen Bestandteil der mit dem Leasingvertrag vereinbarten monatlichen Leasingrate bilden, sondern nur bei Inanspruchnahme von zusätzlichen Dienstleistungen bzw. bei Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung anfallen, ist unbeachtlich. Solche vertraglichen Gebühren stellen nichts desto trotz Preiselemente des Leasingvertrags dar.

15.2.3.5 Oben wurde erwähnt (s. 15.2.1.5), dass die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements gestützt auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Kriterien für die Abgrenzung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bilden.

15.2.3.6 Einzugehen ist damit noch auf die Gebühren im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer-Rückerstattung. In E. 14.2.3 oben wurde festgestellt, dass die Rückerstattung der Mehrwertsteuer in direkter Verbindung zum Leasinggeschäft bzw. Leasingvertrag steht und die in diesem Zusammenhang gemeinsam festgelegte Gebühr entsprechend einen Preisbezug aufweist. Ob eine Leasinggeberin dem Leasingnehmer zu viel bezahlte Mehrwertsteuern zurückerstattet, ob hierfür eine Gebühr erhoben wird und wie hoch diese Gebühr ausfällt, hat letztlich einen direkten Einfluss auf die von den Leasingnehmern zu bezahlenden Endkosten für die erworbene Gesamtleistung. Dies gilt selbst dann, wenn die Vertragsparteien eine Mehrwertsteuer-Rückerstattung allenfalls nicht vorhersehen konnten. Die gemeinsam festgelegte Gebühr bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung stellt damit ein preisbeeinflussendes Element und damit ein Preiselement im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.

15.2.3.7 Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass mit den Zinssätzen, Restwerten, Gebühren sowie der Gebühr bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung zumindest Preiselemente betroffen waren. Entsprechend ist das Vorliegen des ersten Tatbestandselements von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, «Preis als Gegenstand der Abrede», zu bejahen.

15.2.3.8 Zu prüfen bleibt damit das zweite Tatbestandselement «(in)direkte Festsetzung des Preises als Wirkung der Abrede».

15.2.3.9 Mit der formalen Übereinkunft der Abredebeteiligten im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer-Rückerstattung über die Gebührenerhebung und deren Höhe liegt unzweifelhaft eine Preisfestsetzung im oben erwähnten Sinne vor (s. E. 15.2.1.6 ff.). Damit wurde die Preisautonomie der einzelnen Abredebeteiligten eingeschränkt und eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorgenommen.

15.2.3.10 Aber auch durch den vorgenommenen Informationsaustausch über Zinssätze, Restwerte und Gebühren und namentlich mit dem umfassenden Monitoring konnten sich die Captives in ihrem Preissetzungsverhalten implizit aufeinander abstimmen, ohne dass ein explizites Festsetzen von Preisen bzw. die Verständigung auf den Umfang und den Zeitpunkt zukünftiger Preise notwendig gewesen wäre. Das Wissen um das Preissetzungsverhalten der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten der Captives hinsichtlich ihrer Preissetzungspolitik. Mit der Gewissheit über die Preissetzung der Konkurrenz waren sie in der Lage, den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck untereinander zu verringern. Die Captives haben sich einen gewissen «Toleranzbereich» zugestanden und der Informationsaustausch ermöglichte eine Koordinierung auf eine gewisse Bandbreite (s. E. 13.1.1.88 oben).

15.2.3.11 Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin kann ein umfassendes Monitoring auch ohne explizite Verständigung auf eine bestimmte Zinshöhe und Überwachung der Einhaltung der Vereinbarung vorliegen (s. 13.1.1.26 oben). Entsprechend verfügte der Informationsaustausch über das Potenzial, eine Preisharmonisierung herbeizuführen.

15.2.3.12 Dies genügt nach dem in E. 15.2.1.7 ff. oben Gesagten, damit Abreden von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst werden. Ein Nachweis von tatsächlichen Wirkungen ist nicht erforderlich. Ebenso wenig verlangt Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG - anders als von der Beschwerdeführerin behauptet - weder die Festlegung eines konkreten Preises noch die Angleichung von Preisen (s. E. 15.2.1.9 oben).

15.2.3.13 Der Beschwerdeführerin kann zudem nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, dass Informationsaustausche bereits grundsätzlich keine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen können. Denn für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend und nicht das Mittel, mit dem diese erreicht wird (s. E. 15.2.1.6 oben; Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 i.S. Kreditkarten - Interchange Fee [veröffentlicht in: RPW 2006/1, S. 65 ff.], Rz. 149; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 384). Das Bundesgericht hat entsprechend in BGE 147 II 72 i.S. Pfizer II klargestellt und mit Urteil 2C_64/2023 i.S. Luftfracht bestätigt (vgl. auch Urteile 2C_75/2023 und 2C_81/2023 i.S. Luftfracht), dass auch eine abgestimmte Verhaltensweise die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfüllen kann. Folglich ist auch ein selbständiger Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 3

Bst. a KG zu subsumieren, sofern die Wirkung der Preisfestsetzung als entscheidendes Element gegeben ist.

15.2.3.14 Dass ein Informationsaustausch generell keine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bildet, geht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hervor.

15.2.3.15 So hielt das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5919/2017 i.S. Baubeschläge Koch II (E. 286) jüngst ausdrücklich fest, dass eine Verhaltenskoordination, die mittels eines blossen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen über ihre Preise zu einer Beschränkung ihrer Preissetzungsfreiheit führe, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren sei.

15.2.3.16 Im von der Beschwerdeführerin erwähnten Rechtsmittelverfahren B-807/2012 i.S. Erne hatte das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der Vorinstanz i.S. Strassenbau und Tiefbau im Kanton Aargau zu überprüfen. Die Vorinstanz hatte in jener Verfügung mangels bewiesenen Zuschlags im Rahmen einer Submissionsabsprache in einem Fall (Fall 35) eine abgestimmte Verhaltensweise in Form eines Informationsaustauschs bejaht, war allerdings bei der Prüfung der Preisabrede nicht weiter darauf eingegangen (Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Rz. 948 ff. und 995 ff. [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff.]). Das Bundesverwaltungsgericht rügte dieses Vorgehen und hielt fest, dass selbst bei weiter Auslegung des Gesetzeswortlauts in einer solchen Preisbeeinflussung (wie im Fall 35) keine Preisfestsetzung erkannt werden könne (Urteil B-807/2012, Erne, E. 10.2.3).

15.2.3.17 Daraus kann indes nicht generalisierend abgeleitet werden, dass ein selbstständiger Informationsaustausch nie unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen kann. Der im Zusammenhang mit einer Submission stehende Informationsaustausch des Falles 35 im Urteil B-807/2012 unterscheidet sich in Kontext, Art und Umfang deutlich vom vorliegenden komplexen Informationsaustauschsystem, das ein lückenloses Monitoring der Zinssätze ermöglichte (Urteil B-4596/2019, Automobileasing CA Auto Finance, E. 6.2.3.13 f.).

15.2.3.18 Gleiches gilt hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin erwähnten Urteils B-141/2012 i.S. Estée Lauder. Zwar kam das Bundesverwaltungsgericht in diesem Fall zum Schluss, dass das fragliche Informationsaustauschsystem nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfülle. Es erwog jedoch keineswegs, dass ein Informationsaustausch nicht auch unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert werden könne. Vielmehr sah das Bundesverwaltungsgericht aus Opportunitätsgründen (fehlende Präjudizien, Verfahrensdauer) von einer Prüfung von Art. 5 Abs. 3 KG ab, nachdem bereits die Vorinstanz auf das fragliche Informationsaustauschsystem einzig Art. 5 Abs. 1 KG angewandt hatte. Zusätzlich ist zu erwähnen, dass selbst die Vorinstanz in der Verfügung i.S. ASCOPA explizit festgehalten hatte, dass eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG «allenfalls zu bejahen gewesen wäre, wenn [...] den Parteien ein lückenloses Monitoring hätte nachgewiesen werden können»

(Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA [veröffentlicht in: RPW 2011/4, S. 529 ff.], Rz. 430).

15.2.3.19 Dass komplexe Informationstausche und Informationsaustauschsysteme eine Preisabrede darstellen können, entspricht schliesslich auch der EU-Praxis (Urteile des EuGH Banco BPN/BIC Português SA et al.; vom 26. September 2018 C-99/17 P Infineon Technologies AG, ECLI:EU:C:2018:773 Rn. 157-160; Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe, Rn. 119-134). Zudem findet sich diese Auffassung auch in der Literatur (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 386; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 387).

15.2.3.20 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der vorliegende umfassende Informationsaustausch bzw. das Informationsaustauschsystem über Zinssätze, Restwerte und Gebühren mit dem lückenlosen Monitoring der Zinssätze geeignet war, eine preisharmonisierende Wirkung bei den von den Endkunden zu entrichtenden Leasingraten bzw. allgemein bei dem von ihnen im Zusammenhang mit dem Leasinggeschäft zu entrichtenden Entgelt zu entfalten. Die Beschwerdeführerin und die anderen Captives bezweckten mit dem erwähnten komplexen Informationsaustauschsystem, sich hinsichtlich der Preisbildung der Leasingraten zu koordinieren. Diese Verhaltensweisen erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Gleiches gilt für die Vereinbarung der Gebühr bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung.

15.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

15.3.1 Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 4.1 m.w.H.; Urteil 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.6.1).

15.3.2 Um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen, sind die relevanten Märkte, welche von der Abrede betroffen sind, in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Als dann ist zu prüfen, ob auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden genügender bzw. hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb spielt (Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 453 m.w.H.). Ein genügender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn das Angebot (oder die Nachfrage) der nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenz für die möglichen Handelspartner der Abredeteiligen eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellt. Entscheidend ist letztendlich die Disziplinierungsmöglichkeit und der tatsächliche Einfluss der Alternativenanbieter bzw. -nachfrager (Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 462 m.w.H.).

15.3.3 Vorliegend wurde der relevante Markt bereits oben in E. 13.3.3 in sachlicher und räumlicher Hinsicht

abgegrenzt. Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden. Es ist demnach von einem nationalen Markt für Automobileasing auszugehen, wobei die Dienstleistung des Automobileasings sich nicht auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt, sondern das gesamte Automobileasing bzw. Automobileasinggeschäft relevant ist. Auf diesem Markt waren sowohl Captives als auch Non-Captives tätig.

15.3.4 Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass die Captives in Konkurrenz mit den Non-Captives standen, welche grundsätzlich nicht am untersuchten Informationsaustausch teilgenommen hätten. Diese würden einen nicht vernachlässigbaren Anteil am vorliegend relevanten Markt ausmachen. Folgerichtig schloss die Vorinstanz, es bestehe Aussenwettbewerb in Form aktueller Konkurrenz durch die Non-Captives.

15.3.5 Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann damit bereits aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Nachfolgend bleibt daher noch zu prüfen, ob die Abreden den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt haben.

15.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

15.4.1 Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.1 (bestätigt in BGE 144 II 194, BMW, E. 4.3.1 sowie Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.2, 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.6.2.1) festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.

15.4.2 Demnach nimmt das Merkmal der Erheblichkeit eine Aussonderung der unbedeutenden Fälle vor, die aus Gründen der administrativen und wirtschaftlichen Praktikabilität keiner Verfolgung zuzuführen sind (Urteil B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 329).

15.4.3 Dabei erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon grundsätzlich das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (s. E. 15.1.6 oben), und zwar in der Regel ohne Bezug auf einen konkreten Markt bzw. eine konkrete Marktzugabe (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.5; Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 99). Sie gelten im Allgemeinen bereits aufgrund ihres Gegenstandes als erheblich (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2). Eine fehlende Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann daher nur im Falle von besonderen Ausnahmekonstellationen festgestellt werden (Urteil B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 330).

15.4.4 Tatsächliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind nicht notwendig. Eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abrede genügt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2; 144 II 194, BMW, E. 4.3.2; Urteile 2C_81/2023 und C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.3; 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.6.2.2; Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.5).

15.4.5 Bezugnehmend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stellte die Vorinstanz fest, dass mit den abgestimmten Verhaltensweisen hinsichtlich Zinssätzen, Restwerten und Gebühren sowie der Vereinbarung über Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vorliege. Die Abreden könnten aufgrund der Gesamtumstände, namentlich der Marktabdeckung der Captives und der umfassenden Preisabreden über Zinssätze, Restwerte und Gebühren auch nicht als Bagatelle qualifiziert werden.

15.4.6 Die Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Art. 5 KG richten sich primär gegen die Qualifikation des Informationsaustausches bzw. der Vereinbarung hinsichtlich Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (s. 15.2.2.6 ff. oben). Gegen die Anwendbarkeit der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 KG (s. E. 15.4.3 oben) auf die vorliegende Sachlage bringt die Beschwerdeführerin nichts vor.

15.4.7 Es sind folglich keine Gründe ersichtlich, die gegen die Anwendung dieser vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze sprechen. Eine besondere Ausnahmekonstellation im Sinne einer völlig bedeutungslosen Preisabrede ist zudem nicht gegeben. Die vorliegenden Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllen daher das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG; zumal tatsächliche Wettbewerbswirkungen, wie erwähnt, nicht nachgewiesen werden müssen. Insofern erübrigen sich auch die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang verlangten ergänzenden Untersuchungsmassnahmen.

15.4.8 Zu überprüfen bleibt damit noch, ob die Abreden sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.

15.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

15.5.1 Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) 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 (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG). Aufgrund der Mitwirkungspflicht obliegt es dabei der Beschwerdeführerin, darzulegen, inwiefern die Wettbewerbsabrede positive Wirkung auf den Wettbewerb gehabt haben soll (BGE 144 II 246, Altimur, E. 13.4.2; Urteile des BVGer B-141/2012, Estée Lauder, E. 6.6.2.3; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud [Suisse] SA, E. 17.4.1).

15.5.2 Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die «positiven» Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei oben genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt

sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (s. Ziff. 2 oben) gegeben ist (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 7.2; 143 II 297, Gaba, E. 7.1; Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 6.4.4, 2C_785/2022, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 5.7.1).

15.5.3 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 (Urteile B-5919/2017, Baubeschlüsse Koch II, E. 354; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 10.3; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N. 258).

15.5.4 Notwendig ist eine Abrede nur dann, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.; d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist. 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.; Urteile B-5919/2017, Baubeschlüsse Koch II, E. 351; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 10.3).

15.5.5 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.; Urteile B-5919/2017, Baubeschlüsse Koch II, E. 352; B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 10.3).

15.5.6 Die EU-Horizontalleitlinien halten in Bezug auf Informationsaustausche Folgendes fest: Um die Voraussetzung der Unerlässlichkeit zu erfüllen, müssen die Parteien nachweisen, dass die Art der ausgetauschten Informationen und die Merkmale des Austausches das am wenigsten beschränkende Mittel zur Verwirklichung der Effizienzgewinne sind. Insbesondere sollte der Austausch keine anderen Informationen betreffen als die Variablen, die für die Erzielung der Effizienzgewinne relevant sind (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 426). Diese Voraussetzung der Unerlässlichkeit entspricht der oben genannten Voraussetzung der Notwendigkeit.

15.5.7 Zum vorliegenden Informationsaustausch erwog die Vorinstanz, selbst wenn dieser zu einer Steigerung der Effizienz hätte führen können, wäre ein solcher Effekt bereits mit aggregierten Daten möglich gewesen. Der praktizierte Informationsaustausch sei in dieser Form daher nicht notwendig gewesen. Es seien auch keine weiteren Effizienzgründe ersichtlich, welche üblicherweise mit prokompetitiven Informationsaustauschen erreicht werden könnten. So handle es sich insbesondere nicht um ein Kostenbenchmarking, welches es den Unternehmen erlaubt hätte, ihre Kosten zu optimieren.

15.5.8 Diese Erwägungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen

weder Rügen vor, noch macht sie im Beschwerdeverfahren genügend substantiiert Rechtfertigungsgründe geltend.

15.5.9 Hingegen macht die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Vereinbarung hinsichtlich Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung Rechtfertigungsgründe geltend. Sie argumentiert, die Rückerstattung sei im Interesse der Konsumenten erfolgt. Die Gebühr habe lediglich die Kosten der Captives gedeckt. Ohne das einheitliche Vorgehen der Captives hätten die Leasingnehmer gar keine Mehrwertsteuer-Rückerstattung erhalten.

15.5.10 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb zur Steigerung der Effizienz für die Rückerstattung an die Endkunden ein gemeinsames Vorgehen der Captives notwendig gewesen wäre, weder in genereller Hinsicht, noch bezüglich Festlegen einer einheitlichen Gebührenhöhe. Jede Captive hätte die Rückerstattung zugunsten ihren Kunden eigenständig durchführen und eine allfällige Gebühr gestützt auf ihre individuellen Kosten bestimmen können. Damit fehlt es für eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen bereits an der Voraussetzung der Notwendigkeit.

15.5.11 Die Behauptung der Beschwerdeführerin, ohne das gemeinsame Vorgehen der Captives hätten die Endkunden gar keine Mehrwertsteuer-Rückerstattung erhalten, erweist sich zudem als unbelegt.

15.5.12 Im Ergebnis ist deshalb mit der Vorinstanz zu schliessen, dass für die Preisabreden zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind bzw. das Vorliegen solcher zu verneinen ist.

15.6 Fazit

15.6.1 Die Preisabreden zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives in Form eines Informationsaustausches bzw. von abgestimmten Verhaltensweisen hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren sowie in Form einer Vereinbarung über Gebühren bei Mehrwertsteuer-Rückerstattung sind folglich nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG unzulässig.

15.6.2 Zu überprüfen bleiben damit die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung betreffend die angeordneten Massnahmen zur Beseitigung des Kartellrechtsverstosses (s. E. 16 unten) sowie die der Beschwerdeführerin in Dispositiv-Ziffer 2 auferlegte Sanktion von Fr. 7'774'777.- (s. E. 17 und 18 unten).

16. Massnahmen

16.1 Die Beschwerdeführerin beantragt - ohne diesbezügliche Begründung - auch die Aufhebung von Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. In der Dispositiv-Ziffer 1 ordnete die Vorinstanz eine Massnahme i.S.v. Art. 30 Abs. 1 KG an. Dabei wird es der Beschwerdeführerin untersagt, sich mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Restwerte und Gebühren in einer unzulässigen Weise i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG auszutauschen.

16.2 Der Antrag auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist vor dem Vorbringen

der Beschwerdeführerin, es würden keine unzulässigen Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vorliegen, zu sehen. Ansonsten bringt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren, wie erwähnt, keine Rügen dagegen vor.

16.3 Da das Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsabreden bestätigt wird, ist folglich auch die Beschwerde hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung abzuweisen.

17. Sanktionierung

17.1 Art. 49a Abs. 1 KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird.

17.2 Vorliegend ist erstellt und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) ist. Zudem liegen unzulässige Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor.

17.3 Zu prüfen bleibt, ob der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin auch subjektiv zurechenbar ist. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 8.4.2; 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2; Urteil 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.3.1; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 10a).

17.4 Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG. Die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten. Sie haben Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 8.4.2; 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2; 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2; Urteile des BGer 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.3.1; 2C_596/2019 vom 2. November 2022, SIX, E. 9.3.1 f.; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 10a).

17.5 Die Beschwerdeführerin hat wissentlich und willentlich mit den anderen Captives aktuelle und teilweise zukunftsbezogene Informationen zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren ausgetauscht und diese Informationen in ihr Marktverhalten einfließen lassen. Zudem hat sie sich mit den anderen Captives hinsichtlich der Mehrwertsteuer-Rückerstattung wissentlich und willentlich auf ein einheitliches Vorgehen und dabei insbesondere auf eine gemeinsam festgelegte Gebühr geeinigt. Ihr hätte bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Die Beschwerdeführerin hat den Informationsaustausch auch fortgeführt, nachdem E._____ am Captive-Meeting vom 21. Juni 2012 alle preisbezogenen Themen als «Tabu-Themen» kategorisiert hatte (s. E. 10.1.5 oben).

17.6 Die Vorinstanz führt in diesem Zusammenhang zusätzlich an, dass die Beschwerdeführerin auch an der Löschung von Protokollen der Captive-Meetings direkt beteiligt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin kritisiert diese Feststellung. Damit werde suggeriert, dass die an den Captive Meetings beteiligten Personen der Beschwerdeführerin ihre Verhaltensweisen als kartellrechtlich heikel eingestuft hätten, was nicht zutreffe.

17.7 Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass die Hintergründe der Löschung der Protokolle nicht hinreichend nachgewiesen sind. Belegt ist einerseits ein E-Mailkontakt zwischen N._____ (B._____) und I._____ (Beschwerdeführerin), aus welchem hervorgeht, dass kurz nach dem oben erwähnten Captive-Meeting vom 21. Juni 2012 Teamspace bereinigt und Protokolle gelöscht wurden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilage 20; zu Teamspace, s. E. 10.1.7 oben). Andererseits liegen aber auch Notizen von A._____ und C._____ vor, wonach bereits am vorangegangenen Captive-Meeting vom 23. Februar 2012 beschlossen wurde, die Dateien auf Teamspace zu bereinigen bzw. zu löschen (vgl. Vorinstanz, act. 3023 und 3032). Bei dieser Ausgangslage kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Bereinigung von Teamspace stehe im Zusammenhang mit dem Hinweis von E._____, dass der Austausch zu preisbezogenen Themen kartellrechtlich problematisch sei.

17.8 Allerdings ändert dies nichts an der in E. 17.5 festgestellten Vorwerfbarkeit der von der Beschwerdeführerin praktizierten, objektiv kartellrechtswidrigen Verhaltensweise.

17.9 Der Kartellrechtsverstoss ist der Beschwerdeführerin somit subjektiv zurechenbar, womit auch das Verschulden gegeben ist. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG sind erfüllt.

18. Sanktionsbemessung

18.1 Allgemeines

18.1.1 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren. Art. 9 Abs. 3 KG ist dabei sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) enthaltenen Kriterien bestimmt (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 8.4.2; 146 II 217, ADSL II, E. 9.1; 144 II 194, BMW, E. 6.2; 143 II 297, Gaba, E. 9.7.1; Urteile 2C_442/2023 vom 14. April 2025, Pfizer III, E. 4.2; 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 11.2; 2C_561/2022, Sport im Pay-TV, E. 13.2 und 2C_596/2019, SIX, E. 10.1). Demnach wird der Sanktionsbetrag in folgenden drei Schritten festgelegt: Ermittlung des Basisbetrages (Art. 3 SVKG); Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG); Erhöhung bzw.

Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG; Urteile des BGer 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 11.2; 2C_575/2023 vom 10. April 2024, Diffusion Transat, E. 4.1; 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.2; 2C_596/2019, SIX, E. 10.1; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N. 30).

18.1.2 Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten (Basisbetrag, Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründe) ein Ermessensspielraum zu (BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 8.5.2; Urteil 2C_575/2023, Diffusion Transat, E. 4.2; Urteile B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 419; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.4; B-831/2011, SIX, E. 1556; B-7633/2009, ADSL II, E. 709). Dieser Ermessensspielraum wird einerseits durch die Vorschriften des Bundesrates in der SVKG begrenzt und konkretisiert, andererseits wird er auch durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingeschränkt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; Urteile B-5919/2017, Baubeschläge Koch II, E. 420; B-831/2011, SIX, E. 1556; B-7633/2009, ADSL II, E. 709; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N. 61; ROTH/BOVET, Commentaire romand, Art. 49a KG Rz. 15 und 17, 28 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.379; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 41). Jegliches Ermessen ist indes pflichtgemäss auszuüben (Urteil 2C_442/2023, Pfizer III, E. 4.2 m.H.). Die Wettbewerbsinstanzen haben bei der Ermessensausübung das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, den Grundsatz des öffentlichen Interesses, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten (ZIBUNG/HOFSTETTER, Praxiskommentar VwVG, Art. 49 N. 29).

18.2 Basisbetrag

18.2.1 Allgemeines

18.2.1.1 Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung ist der Basisbetrag. Der Basisbetrag beträgt nach Art. 3 SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Dieser Umsatz bildet die Grund- und Ausgangslage für die Festlegung der Sanktion. Er wird wie folgt ermittelt: (1) Feststellung der relevanten Märkte; (2) Umsätze auf diesen relevanten Märkten; (3) Anpassung an die objektive Schwere des Verstosses (BGE 144 II 194, BMW, E. 6.2; Urteile 2C_442/2023, Pfizer III, E. 4.3.1; 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.4.1; 2C_596/2019, SIX, E. 10.1; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 41).

18.2.1.2 Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sehen keine gesonderte Regelung zur Bestimmung der relevanten Märkte bei der Sanktionsbemessung vor. Für die Sanktionierung gelten diejenigen Märkte als relevant, auf welche das Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise einwirkt (Urteile B-831/2011, SIX, E. 1568; B-7633/2009, ADSL II, E. 723). Der Begriff «relevante Märkte» ist auf die Erfassung aller derjenigen Märkte ausgerichtet, auf denen eine nachteilige Einwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht (Urteil B-831/2011, SIX, E. 1573).

18.2.1.3 Für die Sanktionsbemessung kann deshalb regelmässig auf die Marktabgrenzung zum sachlich und räumlich relevanten Markt, auf welchem das wettbewerbswidrige Verhalten festgestellt wurde, abgestellt werden. Das wettbewerbswidrige Verhalten wirkt in der Regel nur auf diesen Markt ein. Es bedarf daher für die Sanktionsbemessung regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Marktes (Urteile B-831/2011, SIX, E. 1568 f.; B-7633/2009, ADSL II, E. 723; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 42).

18.2.1.4 Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Umsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.1). Als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags gelten die letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.6; Urteil 2C_575/2023, Diffusion Transat, E. 4.4.1; Urteil B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.5; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 12a und 48).

18.2.2 Vorbringen der Parteien

18.2.2.1 Gemäss den Feststellungen in der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz für die Sanktionsberechnung die von der Beschwerdeführerin auf dem nationalen Markt für Automobileasing erzielten Zinsumsätze herangezogen, wobei dieser Markt konkrete Leasingdienstleistungen für PKWs, leichte Nutzfahrzeuge und Occasionsfahrzeuge umfasse. Sie bezifferte die obere Grenze des Basisbetrages folglich auf Fr. [...].

18.2.2.2 Im Beschwerdeverfahren gibt die Vorinstanz präzisierend an, dass die Berechnung des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerin auf denselben Kriterien beruhe, wie sie sie gegenüber den EVR-Parteien angewendet habe. Demzufolge seien die Umsätze aus dem Mitarbeiterleasing sowie aus dem Flottengeschäft nicht zum relevanten Umsatz gezählt worden. Ebenso seien Umsätze basierend auf Gebühren sowie auf Restwerten bei der Sanktionierung nicht berücksichtigt worden. Es sei lediglich auf die Zinskomponente abgestellt worden.

18.2.2.3 Ferner hält die Vorinstanz fest, sie habe sich bei der Berechnung der Sanktion auf die von der Beschwerdeführerin gemeldeten Umsatzzahlen gestützt. Den von der Beschwerdeführerin mitgeteilten relevanten Umsatz von Fr. [...] habe sie anhand der Erfolgsrechnungen der Jahre 2011 bis 2013 und der von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Zuordnung zu einzelnen Teilbereichen plausibilisiert. Insgesamt erscheine der gemeldete relevante Umsatz von Fr. [...] als plausibel. In diesem Betrag seien gemäss der Zuordnung der Beschwerdeführerin die Zinsumsätze aus dem Neuwagenleasing (Fr. [...]), aus dem Nicht-Ford-Geschäft (Fr. [...]), aus dem Gebrauchtwagenleasing (Fr. [...]) enthalten, nicht jedoch die Zinsumsätze aus dem Mitarbeiterleasing (Fr. [...]) und die als «gruppenintern» bezeichneten Umsätze (Fr. [...]).

18.2.2.4 Die Beschwerdeführerin erhebt gegen den von der Vorinstanz auf Fr. [...] bezifferten Basisumsatz diverse Einwände. So macht sie - wie bereits vor der Vo-

rinstanz - geltend, der Basisbetrag sei ohne Einbezug der Occasionsfahrzeuge zu berechnen. Der Occasionsmarkt und die (Leasing-)Finanzierung von Occasionsfahrzeugen würden je einen eigenen relevanten Markt bilden. Dies ergebe sich aus dem Geschäftsmodell der Captives sowie aus dem Ablauf des Kaufentscheides der Endkunden. Ferner habe sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalten, da sie ihre Position hinsichtlich Occasionsfahrzeuge nach Ausscheiden der Beschwerdeführerin aus den EVR-Verhandlungen geändert habe.

18.2.2.5 Zudem sei der Basisbetrag auch ohne die Erträge aus den Vertragsgebühren zu ermitteln. Die erwirtschafteten Bruttoerträge der Beschwerdeführerin aus den Vertragsgebühren (Fr. [...]) seien im gemeldeten Ertrag von Fr. [...] enthalten gewesen. Da die Vorinstanz auf diesen Umsatz abgestellt habe, habe sie bei der ihr auferlegten Sanktion die Vertragsgebühren in die Berechnung des Basisbetrages miteinbezogen. Bei allen anderen Untersuchungsadressatinnen, d.h. den Captives, welche eine EVR abgeschlossen hätten, habe die Vorinstanz die Erträge aus den Vertragsgebühren hingegen nicht in die Sanktionsberechnung miteinbezogen. Damit sei die Beschwerdeführerin im Vergleich zu den anderen Untersuchungsadressatinnen schlechter behandelt worden. Gestützt auf die Gesichtspunkte der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung im Unrecht seien deshalb auch ihr gegenüber die Vertragsgebühren vom relevanten Bruttoertrag in Abzug zu bringen.

18.2.2.6 Schliesslich seien die Amortisationsraten von der Vorinstanz zu Recht nicht in die Sanktionsberechnung miteinbezogen worden. Denn Amortisationsraten seien für die kartellrechtliche Sanktionsberechnung irrelevant. Sie würden keinen Umsatz bzw. Ertrag darstellen. Vielmehr seien sie aus ökonomischer Sicht mit Kapitalrückzahlungen bei einem Kreditvertrag gleichzusetzen. Dass Amortisationsraten keinen Umsatz bzw. Ertrag darstellen würden, ergebe sich aus den einschlägigen kartellrechtlichen Vorschriften für die Sanktionsberechnung, den relevanten Rechnungslegungsvorschriften und aus den geprüften Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin. Ferner habe auch die Europäische Kommission klargestellt, dass Amortisationsraten kein Umsatz bzw. Ertrag seien. Zudem würde eine Berücksichtigung der Amortisationszahlungen bei der Sanktionsberechnung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen und hätte zur Folge, dass der von Leasingnehmern geschuldete Amortisationsbetrag bei der Festsetzung des Basisbetrags zu Unrecht doppelt gezählt werde. Schliesslich würde das Bestimmtheitsgebot verletzt. Denn ein Miteinbezug der Amortisationsraten sei für die Beschwerdeführerin angesichts der klaren gesetzlichen Vorgaben und der Praxis der EU-Kommission nicht vorhersehbar gewesen.

18.2.2.7 Die Beschwerdeführerin bezifferte den eingekommenen Betrag aus Amortisationsraten für den Zeitraum 2011 bis 2013 gestützt auf einer auf dem Gesamt-Cashflow basierenden Schätzung auf fast [...] Mio. Fr. (s. Bst. I.i oben).

18.2.3 Würdigung

18.2.3.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Basisumsatz korrekt festgelegt hat. Hierzu gilt es zunächst nochmals auf den relevanten Markt einzuge-

hen, auf welchen die Beschwerdeführerin mit ihrer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise eingewirkt hat (s. E. 18.2.1.1 oben).

18.2.3.2 Das Gericht hat den sachlich und räumlich relevanten Markt bereits vorne bei der Prüfung des Bestehens einer horizontalen Abrede bzw. eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives abgegrenzt (s. E. 13.3.3 oben). Dabei wurde - wie bereits im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance (E. 5.4.3, insbs. E. 5.4.3.29) - von einem relevanten Markt für Automobilleasing in der Schweiz ausgegangen und darauf hingewiesen, dass sich dieser Markt nicht auf den blossen Abschluss der Leasingverträge zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt. Relevant sei vielmehr das ganze Automobilleasing bzw. Automobilleasinggeschäft.

18.2.3.3 Auf diese Abgrenzung kann nach dem in E. 18.2.1.3 oben Gesagten grundsätzlich auch für die Sanktionsbemessung abgestellt werden.

18.2.3.4 An sich könnte bei dieser Marktabgrenzung geschlossen werden, dass bei der Sanktionsberechnung auf die gesamten Umsätze im nationalen Markt für leasingfinanzierte Fahrzeuge abzustellen ist. Dies würde allerdings dem Umstand nicht gerecht werden, dass keine (Preis-)Informationen hinsichtlich des Kaufes der Fahrzeuge durch die Leasinggeberin ausgetauscht wurden, sondern «lediglich» Informationen zu Zinsen, Restwerten und Gebühren. Deshalb erscheint es - wie bereits im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance (E. 9.2.10) festgestellt - sachgerecht, bei der Sanktionsberechnung nur die Umsätze aus dem Automobilleasing im engeren Sinne heranzuziehen und nicht auf die Umsätze des gesamten nationalen Marktes für leasingfinanzierte Fahrzeuge abzustellen.

18.2.3.5 Das Automobilleasing im engeren Sinn umfasst verschiedene Teilbereiche. Hinsichtlich dieser Teilbereiche ist zu eruieren, ob sie in den relevanten Markt fallen bzw. ob die entsprechenden Umsätze bei der Festsetzung des Basisbetrages zu berücksichtigen sind.

18.2.3.6 Wie oben festgestellt, wurde mit dem unzulässigen Verhalten auf das Automobilleasing von PKWs und leichten Nutzfahrzeugen eingewirkt, nicht jedoch auf das Leasing von LKWs. Entsprechend hat die Vorinstanz bei der Sanktionsberechnung die Umsätze aus dem Bereich LKW zu Recht ausgenommen.

18.2.3.7 Ebenfalls bei der Festlegung des Basisumsatzes nicht einzubeziehen sind mit der Vorinstanz die Umsätze aus dem Flottengeschäft. Denn beim Flottenleasing ist die Marktgegenseite eine andere. Betroffen sind Firmen und Behörden. Zudem sind im Bereich des Flottenleasings diverse spezialisierte Flottenleasing-Unternehmen tätig und es werden erweiterte Dienstleistungen angeboten. Das Flottenleasing findet demnach auf einem anderen sachlichen Markt statt. Ob auf diesem Markt spezifische Informationen zu den Leasingkonditionen und -bedingungen des Flottenleasings ausgetauscht wurden bzw. ein Informationsaustausch stattfand, der eine unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG darstellt, wurde von der Vorinstanz nicht untersucht (vgl. Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 9.2.12. f.).

18.2.3.8 Ähnlich verhält es sich - wie von der Vorinstanz im Resultat zutreffend erwogen - hinsichtlich des Mitarbeiterleasings. Auch hier ist die Marktgegenseite ein andere. Vom Mitarbeiterleasing profitieren können stets nur die Mitarbeitenden der jeweiligen Captive. Dabei ist es fraglich, kann aber letztlich offen gelassen werden, ob das Mitarbeiterleasing überhaupt auf einem Markt stattfindet, auf welchem eine Marktleistung erbracht wird. So oder anders findet das Mitarbeiterleasing nicht auf jenem sachlichen Markt statt, für welchen der Informationsaustausch erstellt ist. Ob zwischen den Captives Informationen zu den Leasingkonditionen und -bedingungen für Mitarbeitende ausgetauscht wurden bzw. ob diesbezüglich ein Informationsaustausch stattfand, der eine unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG darstellt, wurde von der Vorinstanz nicht untersucht. Damit sind auch die Umsätze aus dem Mitarbeiterleasing nicht in die Festsetzung des Basisumsatzes miteinzubeziehen.

18.2.3.9 Ferner fordert die Beschwerdeführerin, der Basisbetrag sei auch ohne Einbezug von Occasionsfahrzeugen zu berechnen. Die Captives haben sich jedoch erwiesenermassen über für das Leasing von Occasionsfahrzeugen relevante Preiselemente ausgetauscht. So kommen beim Leasing von Occasionsfahrzeugen typischerweise die Standardzinssätze zur Anwendung, über die sich die Captives mit dem sogenannten Leasing-Survey während über sieben Jahren intensiv gegenseitig informiert haben (vgl. E. 10.3.3 oben). Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es bestehe zufolge des Geschäftsmodells der Captives und dem Ablauf der Kaufentscheidungen der Endkunden ein eigener relevanter Markt für das Leasing von Occasionsfahrzeugen, ist auf die Erwägungen 13.3.3.15 und 13.3.3.28 ff. zur Marktabgrenzung zu verweisen, wo das Vorliegen eines separaten Marktes verneint wurde.

18.2.3.10 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Einbezug der Umsätze aus dem Leasing von Occasionsfahrzeugen ein widersprüchliches Verhalten der Vorinstanz bzw. des Sekretariats. Dabei verkennt sie jedoch, dass den Ansichten des Sekretariats über die Höhe eines Sanktionsbetrags - und damit auch über die Höhe des Basisbetrages - im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung keine rechtserhebliche Bedeutung für das weitere Verwaltungs- oder Rechtsmittelverfahren zukommt. Denn weder die Wettbewerbskommission - sowohl im Hinblick auf die notwendige Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung als auch im Falle einer Verfügung zum Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens - noch ein Rechtsmittelgericht sind inhaltlich an einen entsprechenden Vorschlag des Sekretariats gebunden (Urteile B-5919/2017, Baubeschlüsse Koch II, E. 450; B-831/2011, SIX, E. 753). Damit lässt sich auch aus dieser Rüge nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

18.2.3.11 Im Ergebnis für die Sanktionsberechnung relevant ist somit der Markt für Leasing von Neu- und Occasionsfahrzeugen (PKWs und leichte Nutzfahrzeuge) im engeren Sinn, unter Ausschluss des Flottenleasings und des Mitarbeiterleasings.

18.2.3.12 Der auf diesem Markt erzielte relevante Umsatz der Beschwerdeführerin der Jahre 2011 bis 2013 gilt es daher nachfolgend festzustellen.

18.2.3.13 Aus den von der Revisionsstelle geprüften Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin der Jahre 2011 bis 2013 geht hervor, dass sie gesamthaft Zins- und Diskonterträge von Fr. [...] sowie andere ordentliche Erträge von Fr. [...] erwirtschaftet hat (vgl. Vorinstanz, act. 314). Die Beschwerdeführerin hat diesen Ertrag analytisch verschiedenen Positionen zugeordnet (vgl. Vorinstanz, act. 314 und 473; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 2. September 2024):

- Nicht-Leasinggeschäft Fr. [...]
- Ford-Neuwagenleasing (ohne Flottengeschäft) Fr. [...]
- Gebrauchtwagenleasing: Fr. [...]
- «gruppeninterne Erträge» Fr. [...]
- Nicht-Ford Geschäft Fr. [...]
- Mitarbeiterleasing Fr. [...]
- Flottengeschäft: Fr. [...]

Beachtet man, dass gemäss Angaben der Beschwerdeführerin in der Position «Nicht-Ford Geschäft» Fr. [...] aus dem «Nicht-Ford-Flottengeschäft» enthalten sind und dieser Betrag daher gleichzeitig auch in der Position «Flottengeschäft» berücksichtigt wird, erscheint die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Zuordnung rechnerisch plausibel.

18.2.3.14 Entsprechend sind aufgrund der oben vorgenommenen Abgrenzung (s. E. 18.2.3.11) - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - die Umsätze aus dem Ford-Neuwagenleasing (Fr. [...]), dem Gebrauchtwagenleasing (Fr. [...]) und dem Nicht-Ford-Geschäft (Fr. [...] abzüglich Fr. [...] aus dem «Nicht-Ford-Flottengeschäft») zum für die Festlegung des Basisbetrages relevanten Umsatz zu zählen, nicht jedoch die Umsätze aus dem Nicht-Leasinggeschäft (Fr. [...]), dem Mitarbeiterleasing (Fr. [...]) und dem Flottengeschäft (Fr. [...]), da diese Umsätze nicht auf dem vorliegend einschlägigen relevanten Markt erzielt wurden.

18.2.3.15 Zu klären ist damit weiter, wie es sich mit den als «gruppenintern» bezeichneten Umsätzen, d.h. den Unterstützungszahlungen für Tiefzinsprogramme (vgl. Vorinstanz, act. 314), in der Höhe von Fr. [...] verhält. Hierzu ist vorab kurz darzustellen, was in allgemeiner Weise hinsichtlich konzerninterner Umsätze gilt.

18.2.3.16 Wie bereits erwähnt, sehen Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG keine spezifischen Regelungen für die konkrete Ermittlung des Umsatzes im Einzelfall vor. Literatur und Rechtsprechung nehmen deshalb Bezug auf die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Für Unternehmenszusammenschlüsse statuieren Art. 4 und 5 VKU Regelungen zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes. Art. 5 Abs. 2 VKU bestimmt, dass Umsätze zwischen gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Unternehmen, sogenannte konzerninterne Umsätze, nicht zu berücksichtigen sind. Der Grund dafür liegt darin, dass die Umsätze die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen im Markt widerspiegeln sollen. Konzerninterne Umsätze reflektieren diese Stärke nicht, weshalb nur Umsätze mit Dritten herangezogen werden sollen (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.4; Urteil 2C_244/2022, Medikamenteninformationen Vifor, E. 12.7.3.1; REINERT/VISCHER, BSK KG, Art. 9 N. 115).

18.2.3.17 Die Literatur geht davon aus, dass die Bestimmungen der VKU zur Berechnung des Basisbetrages sinngemäss herangezogen werden können, soweit sie passen (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N 45; Roth/Bovet, Commentaire romand, Art. 49a N 26). Entsprechend sei Art. 5 Abs. 2 VKU im Rahmen von Art. 3 SVKG bzw. bei der Sanktionsbemessung anwendbar, weshalb konzerninterne Umsätze aus Geschäften zwischen der kontrollierten und der kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen) in der Regel nicht zu berücksichtigen seien (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 13; Krauskopf, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1 und 2 N. 38).

18.2.3.18 Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass bei der Berechnung des Basisumsatzes Art. 4 VKU zu berücksichtigen sei (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.3; 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; Urteile 2C_244/2022, Medikamenteninformationen Vifor, E. 12.7.3.1; 2C.484/2010, Publigroupe, E. 12.3.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]). Generell seien die Bestimmungen der VKU jedoch nur insoweit anwendbar, als sie zum konkreten Sachverhalt passen (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.3; Urteile 2C_244/2022, Medikamenteninformationen Vifor, E. 12.7.3.1). In BGE 146 II 217 i.S. ADSL II erwog das Bundesgericht, dass Art. 5 Abs. 2 VKU nicht auf den dort zu beurteilenden Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere passe. Denn es gehe weder um ein Zusammenschlussvorhaben, noch sei die Ausgangslage vergleichbar. Die Kosten-Preis-Schere funktioniere notwendigerweise nur bei einer vertikalen Integration und mache sich insofern die Konzernstruktur zu Nutze. Sie könne einen zweifachen Preisdruck aufbauen und die Preise der vor- und nachgelagerten Produkte und damit zwei Marktebenen verbinden. Insofern bestünde die in BGE 146 II 217 zu beurteilende unzulässige Verhaltensweise (Kosten-Preis-Schere) gerade im Verbund der beiden Unternehmen. Würde Art. 5 Abs. 2 VKU in einem solchen Fall Anwendung finden, würden die Beschwerdeführerinnen wegen ihrer Verhaltensweise noch begünstigt, was nicht der Intention des Gesetzgebers bei Einführung der Sanktionen entsprochen habe (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.4). Demgegenüber bejahte das Bundesgericht im Verfahren 2C_244/2022 i.S. Medikamenteninformationen Vifor, in welchem unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens durch Koppelung (Art 7 Abs. 2 Bst. f KG) und Einschränkung des Absatzes (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) zu überprüfen waren, die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 VKU. Entsprechend kam es zum Schluss, dass im dort zu beurteilenden Fall die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages gemäss Art. 3 SVKG nicht zu berücksichtigen seien. Denn die Ausgangslage sei nicht mit jener von BGE 146 II 217 i.S. ADSL II vergleichbar. Es liege keine Kosten-Preis-Schere vor. Die Apotheken und Grossisten des fraglichen Konzerns seien nicht am missbräuchlichen Verhalten beteiligt gewesen und der Umstand, dass auf vertikaler Stufe ebenfalls Unternehmen im Konzernverbund mit den Beschwerdeführerinnen existiert hätten, sei nicht ausgenutzt worden. Der blosser Umstand, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise auch mit Hilfe des Umsatzes der konzernverbundenen Apotheken eine marktbeherrschende Stellung erreicht habe, sei nicht

missbräuchlich (Urteil 2C_244/2022, Medikamenteninformationen Vifor, E. 12.7.3.3).

18.2.3.19 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die als «gruppenintern» bezeichneten Umsätze nicht in die Festsetzung des Basisumsatzes der Beschwerdeführerin miteinbezogen. Weshalb diese Erträge bei der Sanktionsberechnung ihrer Auffassung nach unberücksichtigt zu bleiben haben, legte sie weder in der angefochtenen Verfügung noch im Beschwerdeverfahren dar. Auch in der Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019 betreffend EVR äusserte sich die Vorinstanz nicht zu den gruppeninternen Umsätzen. Allerdings hatte das Sekretariat die Methodologie der Umsatzberechnung für die Sanktionsfestsetzung gegenüber den EVR-Parteien mit Präsentation vom 13. März 2018 detailliert dargestellt. Dabei führte sie hinsichtlich verschiedener Positionen wie Amortisationskomponente, erste grosse Leasingrate, Umschreibungsgebühren, etc. explizit aus, dass diese ausgeklammert würden. Gruppeninterne Umsätze erwähnte sie in diesem Kontext nicht. Im Allgemeinen wurde die Zinskomponente für die Umsatzberechnung als relevant erklärt (vgl. Beilage 3 zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. September 2023).

18.2.3.20 Vorliegend geht es weder um ein Zusammenschlussvorhaben noch um eine Kosten-Preis-Schere (wie in BGE 146 II 217 i.S. ADSL II), sondern um eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 KG. Der hier als «gruppenintern» bezeichnete Ertrag der Beschwerdeführerin stammt aus Unterstützungszahlungen der Ford Motor Company für die von der Beschwerdeführerin angebotenen Tiefzinsprogramme hinsichtlich Leasing von Ford-Neufahrzeugen. Das heisst, dieser Umsatz resultierte daraus, dass die Beschwerdeführerin jeweils für bestimmte gruppeneigene Neufahrzeuge Sonderzinssätze anbot, welche unter dem Standardzins lagen, und hierfür von Ford Motor Company mit entsprechenden Unterstützungsleistungen entschädigt wurde (s. E. 9.7 oben). Es handelte sich somit im Ergebnis um Zahlungen der konzernmässig verbundenen Herstellergesellschaft für die aufgrund der Sonderzinsangebote im Vergleich zu den Standardzinsangeboten entgangenen Zinseinnahmen hinsichtlich Automobileasingverträge von gruppeneigenen Neufahrzeugen. Die von der Preisabrede betroffenen Sonderzinsangebote, welche die Absatzförderung der eigenen Markenfahrzeuge bezweckten (s. E. 9.7 oben) wurden daher durch die Unterstützungszahlungen nicht nur beeinflusst, sondern durch diese gerade ermöglicht.

18.2.3.21 Kalkulatorisch liesse sich bezogen auf das Sonderzinsleasing jeder Markttransaktion sowohl ein direkter Umsatz vom Leasingnehmer (Leasingzinsen zum Sonderzinssatz) als auch eine Unterstützungszahlung (Differenz zwischen Standard- und Sonderzinssatz) zuordnen. Die als «gruppenintern» bezeichneten Umsätze wurden demnach durch die Tätigkeit auf dem relevanten Markt für Leasing von PKWs und leichten Nutzfahrzeugen erzielt. Sie bilden Bestandteil der «Zinskomponente».

18.2.3.22 Zwar ist nachgewiesen, dass die Ford Motor Company von der Beschwerdeführerin mit den Informationen aus dem hier fraglichen Austausch bedient wurde. So stellte die Beschwerdeführerin am 24. Oktober 2011

dem [...] der Ford Motor Company (V. _____; [...]) gestützt auf den monatlichen Austausch der Standard- und Sonderzinssätze der Captives eine Übersicht der Konkurrenzangebote zu. Gleichentags bat V. _____ um regelmässige Zurverfügungstellung dieser Übersicht (vgl. Vorinstanz, act. 3027). Ebenso steht fest, dass die Captives und die Herstellerinnen/Importeurinnen die Sonderzinsangebote gemeinsam festgesetzt hatten bzw. beide darauf Einfluss nehmen konnten, was auch hinsichtlich der Beschwerdeführerin bestätigt wurde (s. E. 13.3.4.7 ff. oben). Dass die Herstellerinnen ein grosses Interesse an den Tiefzinsprogrammen hatten, folgt im Übrigen bereits aus dem Zweck der Sonderzinsangebote, den Absatz der eigenen Markenfahrzeuge zu fördern (s. E. 9.7 oben).

18.2.3.23 Der Informationsaustausch diente damit auch den Herstellerinnen. Zudem machten sich die Captives und die Herstellerinnen bei der gemeinsamen Festsetzung der Sonderzinsangebote, bei der - wie festgestellt (s. E. 13.1.2.37) - die ausgetauschten Informationen mitberücksichtigt wurden, die Konzernstruktur zu Nutze. Dennoch kann bei dieser Ausgangslage nicht mit dem erforderlichen Beweismass (des Vollbeweises) nachgewiesen werden, dass die Herstellerinnen/Importeurinnen direkt am Informationsaustausch und damit an der Preisabrede beteiligt gewesen sind. Auch bestand die unzulässige Verhaltensweise - anders als bei der in BGE 146 II 217 beurteilten Kosten-Preis-Schere - nicht gerade im Verbund der beiden Unternehmen. Entsprechend ist gestützt auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. E. 18.2.3.18 oben) davon auszugehen, dass Art. 5 Abs. 2 VKU im vorliegenden Fall anwendbar ist und die «gruppeninternen» Umsätze bei der Sanktionsberechnung nicht berücksichtigt werden dürfen.

18.2.3.24 Die als «gruppenintern» bezeichneten Umsätze sind folglich nicht zum relevanten Basisumsatz (Gebrauchtwagenleasing [Fr. {...}] + Ford-Neuwagenleasing [Fr. {...}] + Nicht-Ford-Geschäft [Fr. {...}]; Total Fr. {...}) hinzuzurechnen.

18.2.3.25 Mit diesem Umsatz von Fr. [...] wird hauptsächlich auf die Einnahmen der Beschwerdeführerin aus der Zinskomponente des Automobilleasings abgestellt. Im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch die Frage aufgeworfen, ob neben den Zinsumsätzen nicht auch die Umsätze aus den von den Leasingnehmern bezahlten Vertragsgebühren und Amortisationsraten bei der Festlegung des Basisumsatzes zu berücksichtigen wären. Dabei hielt es fest, dass hierfür insbesondere die Tatsache spreche, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede neben dem Austausch von Zinsinformationen auch den Austausch von Informationen zu Gebühren und Restwerten umfasst habe. Die unzulässige Verhaltensweise sei geeignet gewesen, auch auf die von den Leasingnehmern zu bezahlenden Vertragsgebühren und Amortisationsraten einzuwirken (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 9.2.14 ff.). Aufgrund der Zeitdauer und der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung im Unrecht verzichtete das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis jedoch darauf, die Amortisations- und Gebührenkomponenten zusätzlich in die Sanktionsberechnung miteinzubeziehen. Es wurde als stossend angesehen, bei der Beschwerdeführerin als

einzig der acht EVR-Parteien und Verfügungsadressantinnen diese Umsätze bei der Sanktionsberechnung mitzuberücksichtigen und damit nur ihr gegenüber eine weit höhere Sanktion auszusprechen (Urteil B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance, E. 9.2.15 ff.).

18.2.3.26 Vorliegend erhebt die Beschwerdeführerin, wie oben erwähnt (s. E. 18.2.2.6), zahlreiche Einwände gegen die vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance vertretene Auffassung, dass neben den Zinsumsätzen grundsätzlich auch die Umsätze aus den von den Leasingnehmern bezahlten Vertragsgebühren und Amortisationsraten bei der Festlegung des Basisumsatzes zu berücksichtigen wären.

18.2.3.27 Zunächst ist festzuhalten, dass auch hinsichtlich der Beschwerdeführerin nachgewiesen ist, dass mit den unzulässigen Verhaltensweisen auf die Amortisationskomponente eingewirkt wurde.

18.2.3.28 Der Beschwerdeführerin ist allerdings insofern zuzustimmen, als dass die Amortisationszahlungen weder gemäss ihren geprüften Jahresrechnungen noch gemäss den von ihr bis 30. Juni 2013 angewandten Rechnungslegungsvorschriften Umsatz dargestellt haben (vgl. Vorinstanz, act. 314).

18.2.3.29 Zudem trifft es zu, dass gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 2 KG für die Berechnung des Umsatzes Art. 9 Abs. 3 KG sinngemäss anwendbar ist. Art. 9 Abs. 3 KG besagt, dass bei Banken und übrigen Finanzintermediären, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz; BankG; SR 952.0) unterstellt sind, an die Stelle des Umsatzes die Bruttoerträge treten. Den Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 6 BankG und Art. 25 ff. der Verordnung vom 30. April 2014 über Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02) unterstehen Banken gemäss Art. 1a BankG und Personen nach Art. 1b BankG, Finanzgruppen und Finanzkonglomerate nach Art. 3c Abs. 1 und 2 BankG sowie Wertpapierhäuser nach Art. 2 Bst. e und Art. 41 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutgesetz, FINIG, SR 954.1; REINERT/VISCHER, BSK KG Art. 9 N. 134 f.; vgl. auch PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., 2019, S. 587). Reine Finanzierungsleasinggesellschaften, soweit sie keine Tätigkeit i.S.v. Art. 1a und 1b BankG ausüben, fallen nicht darunter (REINERT/VISCHER, BSK KG Art. 9 N. 135).

18.2.3.30 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei bis zum 30. Juni 2013 eine von der FINMA zugelassene Schweizer Zweigniederlassung einer ausländischen Bank im Sinne des Bankengesetzes gewesen. Allerdings dauerten die unzulässigen Verhaltensweisen über den 30. Juni 2013 hinaus, nämlich bis zum Tag der Hausdurchsuchung (11./12. März 2014; vgl. E. 18.4 unten). Dass sie auch in diesem Zeitraum eine Bank oder Finanzintermediärin im vorne erwähnten Sinn gewesen sei, behauptet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht. Auch heute untersteht die Beschwerdeführerin nicht (mehr) den Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 6 BankG und Art. 25 ff. BankV.

18.2.3.31 Es stellt sich damit die Frage, ob bei dieser Ausgangslage, die Amortisationszahlungen zum sanktionsrelevanten Umsatz zu zählen sind oder nicht. Diese Frage kann vorliegend allerdings letztlich offengelassen werden. Denn es erscheint - gleich wie im Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance - im konkreten Fall sachgerecht, aufgrund der Zeitdauer und der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung im Unrecht, auf eine Berücksichtigung der Amortisationsraten bei der Sanktionsberechnung zu verzichten (vgl. zu den Voraussetzungen einer reformatio in peius E. 18.7.2 ff. unten). Die Untersuchung in der vorliegenden Angelegenheit wurde bereits vor elf Jahren eröffnet und die unzulässige Preisabrede dauerte von 2008 bis 2014. Ausserdem waren insgesamt neun Captives an den hier beurteilten Wettbewerbsabreden beteiligt, wobei hinsichtlich der weiteren acht Captives ein rechtskräftiger Endentscheid vorliegt. Dabei wurde bei sämtlichen ausgesprochenen Sanktionen der Basisumsatz einzig gestützt auf die Zinskomponente festgelegt. Es erscheint daher stossend, bei der Beschwerdeführerin als einziger der neun Untersuchungsadressatinnen die Umsätze aus den Amortisationsraten in die Sanktionsberechnung miteinzubeziehen und damit nur ihr gegenüber eine weit höhere Sanktion auszusprechen.

18.2.3.32 Gleiches gilt hinsichtlich der Vertragsgebühren. Bei sämtlichen anderen im Zusammenhang mit dem Untersuchungsverfahren «22-0446 Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen» ausgesprochenen Sanktionen wurden die Erträge aus den Vertragsgebühren nicht miteinbezogen (vgl. Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019; Urteil B-4596/2019 i.S. Automobileasing CA Auto Finance). Auch im vorliegenden Verfahren wollte die Vorinstanz diese Erträge der Beschwerdeführerin an sich nicht zum relevanten Basisumsatz hinzuzählen (s. E. 18.2.2.2 oben).

18.2.3.33 Gemäss dem Einwand der Beschwerdeführerin waren die mit den Vertragsgebühren erwirtschafteten Umsätze in der Höhe von Fr. [...] im von ihr gemeldeten und von der Vorinstanz für den Basisbetrag übernommenen Umsatz von Fr. [...] aber dennoch enthalten. Hierzu legt die Beschwerdeführerin nachvollziehbar dar, dass die von ihr mit Vertragsgebühren erwirtschafteten Erträge in den geprüften Erfolgsrechnungen unter der Position «Erfolg aus dem Zinsengeschäft» erfasst wurden, was auch ihre Revisionsstelle mit Schreiben vom 26. Oktober 2023 bestätigte (vgl. Beilage 4 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 7. Mai 2024).

18.2.3.34 Damit hat die Vorinstanz die Erträge aus den Vertragsgebühren vorliegend irrtümlicherweise in die Festlegung des Basisbetrages miteinbezogen. Aus den vorerwähnten Gründen (s. E. 18.2.3.31 oben) ist daher gerechtfertigt, den mit den Vertragsgebühren erwirtschafteten Umsatz von Fr. [...] bei der Berechnung des Basisbetrages nicht zu berücksichtigen und vom in E. 18.2.3.24 erwähnten Umsatzbetrag von Fr. [...] in Abzug zu bringen.

18.2.3.35 Der für die Berechnung des Basisbetrages massgebliche Umsatz beträgt somit im Ergebnis Fr. [...]. Die Obergrenze des Basisbetrages beläuft sich auf Fr. [...].

18.3 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

18.3.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, der Basisbetrag werde nach Schwere und Art des Verstosses gebildet. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Zu berücksichtigen ist insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.3.2; 144 II 194, BMW, E. 6.4; Urteile des BGer 2C_442/2023 vom 14. April 2025, Pfizer III, E. 4.3.1; 2C-596/2019, SIX, E. 10.2.3; 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 11.3.1; B-294/2022 vom 31. August 2022, Dargaud II, E. 6.3.2.1 KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N. 41). Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist angemessen Rechnung zu tragen (BGE 144 II 194, BMW, E. 6.4; 143 II 297, Gaba, E. 9.7.1 f.; Urteil B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, Swisscom WAN-Anbindung, E. 10.4.1 m.H.).

18.3.2 Subjektive Elemente sind demgegenüber unbeachtlich (Urteile 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.4.4; 2C_596/2019, SIX, E. 10.2.3; Urteil des BVer B-1781/2021 vom 13. Juni 2023, Pfizer III, E. 3.4).

18.3.3 Die Vorinstanz erwog, die Schwere der Zuwiderhandlung sei grundsätzlich im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, würden aber in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse darstellen. Unter anderem seien horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalteten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens einzuordnen (7-10%). Tendenziell leichter zu gewichten seien Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liessen. In der Verfügung vom 10. Mai 2010 i.S. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen (veröffentlicht in: RPW 2012/3, S. 615 ff.) habe die Vorinstanz ebenfalls einen Informationsaustausch zu beurteilen gehabt und einen Basisbetrag von 7% angesetzt. Da dort anders als vorliegend eine Wettbewerbsbeseitigung bejaht worden sei, rechtfertige sich hier ein tieferer Basisbetrag von 5%.

18.3.4 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe sich bei der Festsetzung des Basisbetrages nicht mit den konkreten Umständen des Einzelfalls beschäftigt. Sie erwähne lediglich den Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen und gewähre in willkürlicher Weise von dem dort angewandten Basisbetrag von 7% je ein Prozent Abzug, da der Wettbewerb nicht beseitigt worden sei und ein gewisser Innenwettbewerb zwischen den Captives bestanden habe. Allerdings sei bereits der «Ausgangspunkt» von 5% viel zu hoch. Die Vorinstanz habe die Vorgabe von Art. 3 SVKG verletzt, wonach der Basisbetrag je nach Schwere und Art des Verstosses

festzusetzen sei. Aufgrund der konkreten Umstände sei gegenüber der Beschwerdeführerin lediglich ein Basisbetrag von höchstens 3% angemessen.

18.3.5 Für einen Basisbetrag von höchstens 3% würde insbesondere sprechen, dass kein Gleichverhalten nachgewiesen sei, keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt worden sei und der Kausalzusammenhang nur vermutet werde. Die Schwere des Verstosses sei vorliegend gar nicht quantifizierbar. Denn die Non-Captives hätten stets Wettbewerbsverhältnisse gewährleistet. Von ihnen sei immer ein hoher Wettbewerbsdruck ausgegangen.

18.3.6 Zudem habe die Vorinstanz in der Verfügung vom 29. Juni 2015 i.S. Badezimmer bei der Art und Schwere des Verstosses ausdrücklich auch eine subjektive Komponente der Vorwerfbarkeit bzw. des Verschuldens berücksichtigt. Vorliegend sei die Beschwerdeführerin stets überzeugt gewesen, sich kartellrechtskonform zu verhalten. Die Vorinstanz habe in der Vergangenheit selbständige Informationsaustausche auch nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beurteilt. Mit der hier angefochtenen Verfügung vollziehe sie diesbezüglich eine Praxisänderung, auch wenn sie in der Verfügung vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA festgehalten habe, dass nicht ausgeschlossen sei, dass die Wettbewerbsbehörden den Austausch sensibler Informationen in Zukunft als Preisabreden qualifizieren würden. Aufgrund des reduzierten Verschuldens sei diese bewirkte Praxisänderung sanktionsmindernd zu berücksichtigen.

18.3.7 Die Vorinstanz hält diesen Rügen entgegen, es sei nicht zu beanstanden, wenn sie den Basisbetrag ausgehend vom Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, der sich ebenfalls mit einem Informationsaustausch befasst habe, aufgrund der Dauer, der hohen Frequenz und des Detaillierungsgrades des vorliegenden Informationsaustausches sowie des Einflusses auf die Strategie der Captives ausgehend von 7% festgelegt habe. Mit der Absenkung um 2% habe sie auch die Umstände des Einzelfalls angemessen berücksichtigt. Insbesondere habe sie damit beachtet, dass der Wettbewerb nicht beseitigt worden und von den Non-Captives ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgegangen sei. Zudem läge - entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin - keine Praxisänderung vor. Denn es habe gar nie eine Praxis bestanden, wonach ein selbständiger Informationsaustausch nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen könne. Auch aus der Tatsache, dass der Sachverhalt in der Verfügung der Vorinstanz i.S. ASCOPA nicht unter den Tatbestand der Preisabrede subsumiert worden sei, könne nicht geschlossen werden, ein selbständiger Informationsaustausch falle generell nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, zumal explizit ein entsprechender Vorbehalt gemacht worden sei.

18.3.8 Für das Gericht fällt bei der Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses vorliegend Folgendes ins Gewicht: Die Beschwerdeführerin hat den Tatbestand von unzulässigen, als besonders schädlich zu wertenden Preisabreden erfüllt (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.4). Sie hat den Wettbewerb nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Sie beteiligte sich von Beginn weg an den Abreden und übernahm eine aktive Rolle (s. z.B. E. 10.5.4 f., E. 10.2.4.1 und

E. 10.2.5.2 oben). Ihre Tatbeiträge sind insgesamt als hoch zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives gingen beim Informationsaustausch systematisch vor. Das Informationsaustauschsystem wurde über eine lange Dauer erfolgreich aufrechterhalten und der Austausch erfolgte in einer hohen Frequenz. Auch hat sich die Beschwerdeführerin nicht aus eigener Initiative entschieden, das unzulässige Verhalten abzubauen. Sie hat es bis zur Untersuchungseröffnung weitergeführt.

18.3.9 Zudem handelt es sich bei den Zinssätzen, Restwerten und Gebühren als Gegenstand der Wettbewerbsabrede - unter Berücksichtigung ihres Zusammenwirkens - um wesentliche Preiskomponenten im Rahmen der Preisbildung. Das Verhalten richtete sich gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn gemäss der Erhebung des Schweizerischen Leasingverbandes für das Berichtsjahr 2015 erzielten markengebundene Leasingunternehmen, d.h. Captives, im Bereich des Automobileasings ungefähr zwei Drittel der Umsätze (vgl. Vorinstanz, act. 319 Beilage 1). Schliesslich war eine Vielzahl von Kunden der Abredeteiligen von der Abrede betroffen. Das Wissen um das Preissetzungsverhalten der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten der Captives hinsichtlich ihrer Preissetzungspolitik. Die Abrede war geeignet, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten. Es ist erwiesen, dass der systematische Informationsaustausch nicht nur der blossen Information der anderen Captives gedient hat, sondern das Marktverhalten beeinflusst hat. Die erhaltenen Informationen wurden effektiv verwendet und berücksichtigt (s. E. 13.1.2.33 ff. oben).

18.3.10 Das abstrakte Gefährdungspotenzial der vorliegend unzulässigen Abreden erweist sich als erheblich, auch wenn effektive Auswirkungen des Wettbewerbsverstosses nur im beschränkten Umfang nachgewiesen wurden. Insgesamt ist unter Berücksichtigung aller Faktoren von einem mittelschweren Fall auszugehen. Deshalb ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den Basisbetrag im Ergebnis auf 5% festgesetzt hat.

18.3.11 Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände gegen den auf 5% festgesetzten Basisbetrag überzeugen nicht. Denn der von ihr vorgebrachte Umstand, dass die Non-Captives stets Wettbewerbsverhältnisse gewährleistet und einen gewissen Wettbewerbsdruck ausgeübt hätten, findet bereits Niederschlag im berücksichtigten Umstand, dass die Preisabreden den Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt haben (s. E. 18.3.8 oben).

18.3.12 Ferner ist entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin unter der Schwere die objektive, d.h. die verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.3.2 144 II 194; BMW, E. 6.4; s. E. 18.3.2 oben), was von der Rechtsprechung jüngst erneut bestätigt wurde (Urteile 2C_442/2023 vom 14. April 2025, Pfizer III, E. 4.3.3; 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.4.4; 2C_75/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 11.3.1; Urteil B-1781/2021, Pfizer II, E. 3.4). Insofern ist der Beschwerdeführerin nicht zu folgen, wenn sie der Vorinstanz vorwirft, bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses keine subjektiven Gründe berücksichtigt zu haben. Gleichzeitig überzeugt

damit auch das Vorbringen nicht, die von ihr vorgetragene Praxisänderung sei aufgrund des reduzierten Verschuldens sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Hinzukommt, dass - wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten - ohnehin nicht von einer Praxisänderung auszugehen ist. Es bestand bei Aufnahme des vorliegenden kartellrechtswidrigen Verhaltens der Captives, keine Praxis, wonach ein selbständiger Informationsaustausch nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen kann.

18.3.13 Die Beschwerdeführerin beruft sich für ihre genteilige Auffassung sodann auf die Verfügungen der WEKO vom 10. Mai 2010 i.S. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, vom 18. Oktober 2010 i.S. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA und vom 16. Dezember 2011 i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. Diese Entscheide sind jedoch alle erst deutlich nach Beginn des vorliegenden kartellrechtswidrigen Verhaltens der Captives ergangen und können sich deshalb bereits insofern nicht präjudiziell auf das Verhalten der Captives ausgewirkt haben. Zudem lassen sich diese Entscheide der Vorinstanz nicht unbesehen auf die vorliegende Verhaltensweise übertragen. Auch aus der Tatsache, dass der Sachverhalt in der Verfügung der Vorinstanz i.S. ASCOPA nicht unter den Tatbestand der Preisabrede subsumiert wurde, ergibt sich nicht eine Praxis, wonach ein selbständiger Informationsaustausch generell nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen kann, zumal die Vorinstanz eine mögliche Subsumtion unter den Vermutungstatbestand bei lückenlosem Monitoring explizit erwähnt hatte (vgl. dazu auch oben E. 15.2.3.14 ff.).

18.3.14 Nicht zu überzeugen vermag ferner der Einwand der Beschwerdeführerin, dass das Fehlen von Gleichverhalten einen tieferen Basisbetrag zur Folge haben müsse. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-5919/2017 i.S. Baubeschläge Koch II (E. 449) erwogen, dass, selbst wenn das Ausmass einer Koordination hinsichtlich einer Wettbewerbsabrede bei der Festlegung des Basisbetrags zu beachten wäre, im Einzelfall ebenfalls zu berücksichtigen sei, in welchem Ausmass die jeweils vorgenommene Preiskoordination unter den konkreten Umständen überhaupt hätte vorgenommen werden können. Im vorliegenden Fall trägt die Beschwerdeführerin selbst vor, dass es den Leasingpreis nicht gebe. Die Captives haben sich, wie oben festgestellt, einen gewissen «Toleranzbereich» zugestanden (s. E. 13.1.1.88 oben). Der Informationsaustausch ermöglichte eine Koordinierung auf eine gewisse Bandbreite. Demzufolge stellte die Herbeiführung einheitlicher Preise für die Abredeteiligen von vornherein keine praktische Handlungsalternative dar. Unter diesen Umständen scheidet eine Reduktion des Basisbetrages wegen fehlender umfassender Koordination bzw. fehlendem Nachweis von Gleichverhalten aus.

18.3.15 Ebenso nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Rüge, es sei keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt worden. Denn die Beschwerdeführerin verkennt dabei, dass bereits mit der Feststellung einer abgestimmten Verhaltensweise eine Umsetzung vorliegt. Entsprechend zeitigten die Abreden auch Auswirkungen (Urteile B-4596/2019, Automobilleasing CA Auto Finance,

E. 9.3.9; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.6; Tagmann/Zirlick, BSK KG, Art. 49a N. 10d). Die Preisabreden sind somit nicht folgenlos geblieben. Im Übrigen unterliegt nach der Rechtsprechung zu Art. 49a KG auch ein Verstoss, aus dem kein Umsatz resultiert, der Sanktionierung (Urteile B-5172/2019, Engadin II - Rocca + Hotz, E. 9.4.2.5 ff.; B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.6; B-807/2012, Erne, E. 11.5.8.1 ff.).

18.3.16 Ferner ist für das Gericht auch nicht ersichtlich, inwiefern das Abstellen auf die vom Bundesgericht bestätigte Kausalitätsvermutung (s. E. 13.1.3.2 und E. 13.1.3.7 f. oben) - welche vorliegend von der Beschwerdeführerin nicht widerlegt werden konnte (s. E. 13.1.3.2 und E. 13.1.3.12 ff.) - eine geringfügigere Schwere des unzulässigen Verhaltens zur Folge haben sollte.

18.3.17 Schliesslich ist auch die Vorgehensweise der Vorinstanz, bei der Festlegung des Basisbetrags auf die Verfügung vom 10. Mai i.S. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen Bezug zu nehmen, nicht zu beanstanden. Denn nach dem verfassungsmässigen Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1 BV) ist Gleiches nach der Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es gebietet deshalb, dass vergleichbare Fälle, etwa horizontale oder vertikale Abreden, gleich zu behandeln sind. Das heisst, vergleichbare Fälle sind unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall mit einer Sanktion in derselben Grössenordnung zu belegen (Tagmann/Zirlick, BSK KG, Art. 49a N. 23).

18.3.18 Im Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen war wie vorliegend ein Informationsaustausch zu beurteilen, wobei ein Basisbetrag von 7% festgelegt wurde. In beiden Fällen lag eine Abrede über die Festsetzung von Preisen vor. Insofern liegen vergleichbare Fälle vor. Die Vorinstanz hat aber auch die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt (s. E. 18.3.3 oben). So setzte sie im vorliegenden Fall aufgrund der unterschiedlichen Auswirkungen - namentlich aufgrund des Umstandes, dass hier anders als im Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen keine Wettbewerbsbeseitigung gegeben ist - den Basisbetrag tiefer an.

18.3.19 Zudem erscheint die Festlegung des Basisbetrages auf 5% auch im Vergleich mit dem Urteil B-4596/2019 i.S. Automobilleasing CA Auto Finance, wo das Gericht ebenfalls von einem Basisbetrag von 5% ausging, angemessen. Gleiches gilt hinsichtlich des Urteils des Bundesgerichts vom 26. November 2024 bzw. 19. Februar 2025 i.S. Abreden im Bereich Luftfracht. Bei jener Rechtssache wurde auch eine unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG in Form eines Informationsaustausches bejaht. Der Verstoss lag wie vorliegend in einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Basisbetrag wurde auf 5 bzw. 6% festgelegt (Urteile 2C_75/2023, 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 11.3.2; 2C_65/2023 vom 19. Februar 2025, Luftfracht British Airways, E. 8.3.1).

18.3.20 Im Ergebnis ist daher von einem mittelschweren Fall auszugehen, womit der von der Vorinstanz auf 5%

festgelegte Basisbetrag zu bestätigen ist. Dies entspricht einem Basisbetrag in der Höhe von Fr. [...].

18.4 Berücksichtigung der Dauer des Verstosses

18.4.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, als dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist.

18.4.2 Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0.8333% je angefangenen Monat vorzunehmen ist, sofern besondere Umstände fehlen und dem Wettbewerbsverstoss von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkungen allerdings nicht gleichmässig über die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten, besteht auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung (Urteile B-7633/2009, ADSL II, E. 755; B-831/2011, SIX, E. 1600). Das Bundesgericht hat diese Erhöhung als bundesrechtskonform beurteilt (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.3). Hinsichtlich der Erhöhung bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren erwog das Bundesgericht hingegen jüngst, dass Art. 4 Abs. 2 SVKG hier einen «Jahreszuschlag» vorsehe, weshalb die Forderung, den Zuschlag gestützt auf die Anzahl Monate zu berechnen, ausdrücklich abzulehnen sei (Urteil 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.5).

18.4.3 Vorliegend erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe von Juli 2006 bis zum Tag der Hausdurchsuchung (11./12. März 2014) am Informationsaustausch teilgenommen. Der Beschwerdeführerin könne nicht gefolgt werden, soweit sie geltend gemacht habe, sie habe den Informationsaustausch bereits am 21. Januar 2014, d.h. ca. 2 Monate zuvor, eingestellt. Zwar liege im Zusammenhang mit dem Captive-Meeting vom 21. Januar 2014 eine mehrseitige handschriftliche Notiz von K._____ (Beschwerdeführerin) vor, worin u.a. was folgt notiert worden sei: «[...] Ford Credit zieht sich zurück.». Der Kontext dieser Einzelnotiz sei jedoch unklar. Zudem gäbe es keine Beweismittel hinsichtlich einer vorzeitigen Einstellung der Verhaltensweise durch die Beschwerdeführerin. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 4. März 2014 ihren Beitrag zum aktuellen Leasing-Survey und Benchmark an D._____ gesandt (vgl. Vorinstanz, act. 3038) und auch die entsprechenden Excel-Tabellen für die Monate Januar bis März 2014 seien bei der Beschwerdeführerin sichergestellt worden. Folglich sei von einer Dauer von 93 Monaten auszugehen und der Basisbetrag um 77,5% zu erhöhen.

18.4.4 Die Beschwerdeführerin bringt im Beschwerdeverfahren in der Zusammenfassung ihrer Beschwerdepunkte zwar vor, die von der Vorinstanz angenommene Dauer des Verstosses sei fehlerhaft. Genauere Vorbringen hierzu macht sie jedoch keine.

18.4.5 Da vorliegend keine Aspekte ersichtlich sind, die auf eine fehlerhafte Feststellung der Dauer des Verstosses durch die Vorinstanz hindeuten, ist die von ihr angenommene Dauer von 93 Monaten (von Juli 2006 bis zur Hausdurchsuchung im März 2014) zu bestätigen. Der Inhalt und die Art des Informationsaustausches waren im Wesentlichen über die gesamte Zeitdauer gleich. Besondere Umstände fehlen. Dem Wettbewerbsverstoss kann deshalb über die gesamte Dauer die gleiche Wirkung zugesprochen werden.

18.4.6 Bei der Berechnung der Erhöhung des Basisbetrags wegen der Dauer des Verstosses ging die Vorinstanz offensichtlich von einer linearen Erhöhung von 0.8333% für jeden der 93 Monate aus. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat jedoch bei einer Dauer des Verstosses von mehr als fünf Jahren ein Jahreszuschlag zu erfolgen (s. E. 18.4.2 oben). Entsprechend ist der Basisbetrag bei der hier bestehenden Dauer von 93 Monaten nicht um 77,5% (Monatszuschlag für 93 Monate), sondern um 80% (Jahreszuschlag für 8 Jahre) zu erhöhen.

18.4.7 Somit ist der Basisbetrag aufgrund der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens um Fr. [...] zu erhöhen.

18.4.8 Zu prüfen bleibt das Vorliegen von erschwerenden und/oder mildernden Umständen.

18.5 Erschwerende Umstände

18.5.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag bei Vorliegen erschwerender Umstände erhöht. Als erschwerende Umstände nennt Art. 5 Abs. 1 SVKG drei Gründe: (i) das Unternehmen hat wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen, (ii) das Unternehmen hat mit dem Verstoss einen Gewinn erzielt, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausfällt, (iii) das Unternehmen hat die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht, die Untersuchungen sonst wie zu behindern. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

18.5.2 Vorliegend sind - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - keine erschwerenden Umstände ersichtlich.

18.6 Mildernde Umstände

18.6.1 Bei Vorliegen von mildernden Umständen ist gemäss Art. 6 SVKG eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen. Als mildernder Umstand wird in Art. 6 Abs. 1 SVKG die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor Eröffnung eines Kartellverfahrens gemäss Art. 26-30 KG statuiert. Dabei müssen die eigenen Massnahmen derart sein, dass die wettbewerbswidrigen Handlungen aus eigenem Antrieb eingestellt werden (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.4). Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Die Aufzählung ist nicht abschliessender Natur. Daher sind auch sonstige mildernde Umstände bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist jedoch zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln darf, die bereits bei der Festlegung des Basisbe-

trags zu berücksichtigen sind (Urteile B-831/2011, SIX, E. 1628; B-7633/2009, ADSL II, E. 778).

18.6.2 Die Vorinstanz erwog, es seien keine mildernden Umstände ersichtlich. Auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte lange Verfahrensdauer führe nicht zur einer Sanktionsreduktion.

18.6.3 Die Beschwerdeführerin verlangt hingegen, die Sanktion sei aufgrund einer unangemessen, überlangen Verfahrensdauer vollständig zu erlassen bzw. eventualiter um 40-50% zu reduzieren. Von der Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung seien über sieben Jahre vergangen. Durchschnittlich daure das Verfahren von Eröffnung bis zum Erlass der Verfügung aber nur ca. zwei bis drei Jahre. Zudem habe das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass sich ein für die Sanktion massgebendes Untersuchungsverfahren, das vier Jahre und vier Monate dauere, an der oberen Grenze der zulässigen (Höchst-)Dauer befinde (Urteil B-2977/2007, Publigroupe, E. 7.5.5).

18.6.4 Die lange Verfahrensdauer von über sieben Jahren könne vorliegend nicht mit der Komplexität des Falles begründet werden, zumal lediglich eine Gesamtabrede ausserhalb eines internationalen Kontexts angenommen worden sei, ohne ein Gleichverhalten, den Kausalzusammenhang oder die Auswirkungen zu untersuchen. Auch die sequenziell-hybride Verfahrensart vermöge diese Verfahrensdauer nicht zu rechtfertigen. Schliesslich könne die überlange Verfahrensdauer auch nicht mit dem Verhalten der Beschwerdeführerin begründet werden, zumal die Beschwerdeführerin bereits nach zwei Monaten mitgeteilt habe, aus den EVR-Verhandlungen auszutreten. Die Verfahrensverzögerung sei ausschliesslich der Vorinstanz anzulasten.

18.6.5 Die vorliegende Verfahrensdauer verletze daher das Beschleunigungsgebot nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe bei Verletzung des Beschleunigungsgebots ein Sanktionsverzicht oder zumindest eine Reduktion zu erfolgen. Zudem entspreche die Berücksichtigung einer unangemessen langen Dauer eines Kartellverfahrens als sanktionsmildernder Umstand auch der europäischen Praxis. Schliesslich habe der italienische Staatsrat in den Urteilen vom 26. Januar 2022 (N. 00552/2022 REG. PROV. COLL. N. 10234/2020 REG.RIC) und 1. Februar 2022 (N. 00685/2022 REG. PROV. COLL. N. 10207/2020 REG.RIC) erwogen, dass einem Unternehmen nicht zugemutet werden könne, während einer Periode von drei Jahren im Ungewissen darüber zu sein, ob das fragliche Verhalten von der Wettbewerbsbehörde letztlich als kartellrechtswidrig eingestuft werde. Vorliegend sei die Beschwerdeführerin aber sogar während über sechs Jahren im Ungewissen darüber gewesen.

18.6.6 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, konkret sei bei der Sanktionsreduktion von der durchschnittlichen Verfahrensdauer von zwei bis drei Jahren auszugehen und für jedes Differenzjahr - (vorliegend vier bzw. fünf Jahre) - eine Milderung von 10% zu gewähren.

18.6.7 Die Vorinstanz entgegnet diesen Rügen, dass sich die Angemessenheit der Dauer nicht absolut be-

stimme, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen sei. Entsprechend könne der im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 gesetzte Referenzmassstab für Publigroupe nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Angelegenheit übertragen werden. Denn die Ausgestaltung der beiden Fälle sei nicht vergleichbar. Die vorliegende Untersuchung habe sich gegen neun Unternehmungen gerichtet und einen umfassenden Informationsaustausch zum Gegenstand gehabt. Es hätten umfangreiche sichergestellte physische und elektronische Dokumente ausgewertet werden müssen. Zudem sei das hier zu beurteilende Verfahren sequenziell-hybrid geführt worden, weshalb erst noch die EVR-Parteien aus dem Verfahren zu entlassen gewesen seien. Die Beschwerdeführerin habe sich die Länge des Verfahrens teilweise selbst zuzuschreiben. Im Ergebnis liege keine Verfahrensdauer vor, die sanktionsmildernd zu berücksichtigen sei.

18.6.8 Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Für straf- und zivilrechtliche Verfahren ist dieser Anspruch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auf die «strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen» Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; Urteile 2C_442/2023, Pfizer III, E.4.6.1; 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 12.2; Urteil B-5172/2019, Engadin II - Rocca + Hotz, E. 9.2.3.1).

18.6.9 Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind wegen ihres strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.1) grundsätzlich beförderlich zu behandeln. Das heisst, je weniger komplex ein Verfahren oder je bedeutender es für die Parteien ist, desto schneller muss es abgeschlossen werden (BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4; Urteil B-710/2014, Luftfracht, E. 15.2.2). Zu berücksichtigen ist aber, dass Kartellrechtsverfahren nicht selten umfangreiche und komplexe Sachverhalte betreffen, die den Rechtsanwender hinsichtlich der geforderten Abklärungstiefe vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen können (Urteil B-831/2011, SIX, E. 1651).

18.6.10 Ob sich die Dauer eines Verfahrens als angemessen erweist, bestimmt sich - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - nicht anhand von festen Fristen, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit zu beurteilen. Hierzu zählen der Umfang und die Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe. Zur Rechtfertigung der Verfahrensdauer kann neben einem befristeten personellen behördlichen Engpass oder dem Grad der Komplexität der Angelegenheit grundsätzlich auch das Bedürfnis der Behörde nach einer Koordination mit anderen Verfahren beitragen, nicht aber deren chronische Überlastung, mangelnde Organisation oder strukturelle Mängel des Verfahrens. Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (Urteile 2C_442/2023, Pfizer III, E.4.6.1; 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 12.2; 2C_596/2019, SIX,

E. 11.2 m.w.H.; Urteil B-5172/2019, Engadin II - Rocca + Hotz, E. 9.2.3.2).

18.6.11 Ferner ist zu untersuchen, ob die Untersuchungsadressaten bzw. Beschwerdeführenden die ihnen zustehenden Möglichkeiten zur Verfahrensverkürzung ausgeschöpft haben (Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022, Les Editions Flammarion SA, E. 12.6 [nicht publiziert in BGE 148 II 321]; Urteile B-294/2022, Dargaud II, E. 6.7.1; B-3866/2022, Diffulivre, E. 6.6.1).

18.6.12 Die Untersuchung 22-0446 «Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen» wurde am 10. März 2014 eröffnet und richtete sich gegen neun Untersuchungsadressatinnen (s. Bst. A.b oben). Nachdem einzelne Untersuchungsadressatinnen im Herbst 2017 Interesse an einer EVR-Verhandlung bekundeten, nahm das Sekretariat ab 22. Februar 2018 mit allen neun Parteien Gespräche über eine EVR auf. Auch die Beschwerdeführerin beteiligte sich an diesen Gesprächen, teilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 15. Mai 2018 jedoch mit, die EVR-Verhandlungen unter den gegebenen Umständen abubrechen. Den Verhandlungsabbruch bestätigte sie mit Schreiben vom 31. Mai 2018 (vgl. Vorinstanz, act. 536; vgl. Beilage 1 zur Eingabe der Vorinstanz vom 19. Juli 2023). Mit den weiteren acht Untersuchungsadressatinnen schloss das Sekretariat einvernehmliche Regelungen ab, welche die Vorinstanz mit Teilverfügung vom 26. Juni 2019 genehmigte (s. Bst. B.a f. oben). Gegen die Beschwerdeführerin wurde die Untersuchung ordentlich weitergeführt und mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 10. Mai 2021 abgeschlossen (s. Bst. C.a und D.a oben).

18.6.13 Die die Beschwerdeführerin betreffende Untersuchung dauerte somit insgesamt sieben Jahre und zwei Monate. Eine Verfahrensdauer von über sieben Jahren muss mit der Beschwerdeführerin in der Tat als lang bezeichnet werden.

18.6.14 Bei der Beurteilung der vorliegenden Verfahrensdauer fällt jedoch gleichzeitig ins Gewicht, dass sich die Untersuchung nicht nur gegen eine, sondern gegen insgesamt neun Untersuchungsadressatinnen gerichtet hat. Gegenstand der Untersuchung bildeten namentlich Informationsaustausche. Diese bedürfen regelmässig - so auch vorliegend - einer komplexen Einzelfallbeurteilung. Zudem hat die Vorinstanz acht Hausdurchsuchungen durchgeführt. Im Nachgang musste sie neben vier Substanzen eine grosse Anzahl an sichergestellten physischen und elektronischen Dokumenten auswerten. Zusätzlich ordnete sie weitere Untersuchungsmassnahmen an. Schliesslich wurde das vorliegende Verfahren, wie oben dargestellt, sequenziell-hybrid geführt, weshalb die EVR-Parteien erst noch aus dem Verfahren zu entlassen waren.

18.6.15 Unter diesen Gesamtumständen ist es nachvollziehbar, dass die Bearbeitung der Untersuchung 22-0446 «Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen» relativ viel Zeit in Anspruch genommen hat. Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass die lange Verfahrensdauer auf eine chronische Überlastung der Wettbewerbsbehörden, deren mangelnde Organisation oder auf strukturelle Mängel des Verfahrens zurückgeführt werden müsste.

18.6.16 Zudem trifft es zwar zu, dass ein Unternehmen bei einer mehrjährigen Untersuchungsdauer auch entsprechend lange im Ungewissen darüber ist, ob das fragliche Verhalten von der Wettbewerbsbehörde letztlich als kartellrechtswidrig eingestuft wird. Allerdings kann erwartet werden, dass eine Partei, welche diese Ungewissheit als unzumutbar erachtet, auch die ihr zustehenden Möglichkeiten zur Verfahrensverkürzung ausschöpft.

18.6.17 Vorliegend fällt auf, dass die Beschwerdeführerin das Sekretariat nie aufgefordert hat, die Untersuchung 22-0446 «Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen» rascher zu behandeln. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 beantragte sie aufgrund der von CA Auto Finance vor Bundesverwaltungsgericht eingelegten Rechtsmittel sogar die Sistierung der Untersuchung, hielt an diesem Antrag letztlich jedoch nicht fest. Erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2021 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 1. Dezember 2020 beanstandete sie die Untersuchungsdauer. Damit blieb die Länge des Verfahrens seitens der Beschwerdeführerin bis kurz vor Abschluss der Untersuchung unbeanstandet.

18.6.18 Die Beschwerdeführerin hat daher nicht genug unternommen, um die lange Dauer des Verfahrens zu beheben. Vielmehr scheint sie sich damit weitgehend abgefunden zu haben. Unter diesen Umständen kann sich die Beschwerdeführerin, die sich passiv verhielt, nicht auf die Verfahrensdauer berufen, um einen Verzicht oder eine Reduktion der von ihr zu zahlenden Sanktion zu erreichen (vgl. Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht; E. 12.4.2, 2C_44/2020, Les Editions Flammarion SA, E. 12.6.3 [nicht publiziert in BGE 148 II 321]; Urteil B-294/2022, Dargaud II, E. 6.7.1).

18.6.19 Im Ergebnis liegt deshalb trotz der unstrittig langen Verfahrensdauer vor der Vorinstanz keine Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Frist vor.

18.6.20 Daran ändert auch nichts, dass vorliegend der im Urteil B-2977/2007 i.S. Publigroupe gesetzte Referenzmassstab hinsichtlich zulässiger Prozessdauer für den damals zu beurteilenden Fall von vier Jahren und vier Monaten überschritten wurde (vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 11 [nicht publiziert in BGE 139 I 72]). Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, kann jener Referenzmassstab nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Angelegenheit übertragen werden. Hinzukommt, dass die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung gestützt auf die jeweiligen Einzelfallprüfungen durchaus auch längere Verfahrensdauern als angemessen beurteilt hat.

18.6.21 So wurde in der Rechtssache Les Editions Flammarion SA eine Dauer von rund fünf Jahren und zwei Monaten als insgesamt rechtmässig bestätigt (Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022, Les Editions Flammarion SA, E. 12.6 [nicht publiziert in BGE 148 II 321]). Im Urteil B-5172/2019 i.S. Engadin II - Rocca + Hotz (E. 9.2) kam das Bundesverwaltungsgericht in Würdigung des konkreten Einzelfalls zum Schluss, dass die Dauer der Untersuchung von rund sechs Jahre und einem Monat eine Sanktionierung der Beschwerdeführe-

rin nicht ausschliesse und das Recht auf eine Beurteilung innert angemessener Frist nicht verletze. Schliesslich verneinte das Bundesgericht in Sachen «Abreden im Bereich Luftfracht» bei einer Untersuchungsdauer von sieben Jahren und neun Monaten aufgrund der konkreten Umstände eine Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die Vorinstanz (Urteile 2C_81/2023 und 2C_64/2023, Luftfracht, E. 12.3).

18.6.22 Im Ergebnis schliesst die vorliegende Verfahrensdauer eine Sanktionierung weder aus, noch ist der Sanktionsbetrag zufolge Vorliegens eines mildernden Umstandes herabzusetzen.

18.7 Konkreter Sanktionsbetrag und Verzicht auf eine reformatio in peius

18.7.1 Zusammenfassend ergibt sich folgender Sanktionsbetrag:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	Fr. [...]
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere (Art. 3 SVKG; 5%)	Fr. [...]
Zuschlag wegen der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG; 80%)	Fr. [...]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG	Fr. 7'790'624.–
Zuschlag wegen erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG)	Fr. 0.00
Reduktion wegen mildernder Umstände (Art. 6 SVKG)	Fr. 0.00
Total	Fr. 7'790'624.–

Der Sanktionsbetrag fällt somit im Vergleich mit der in der angefochtenen Verfügung ausgesprochenen Sanktion (Fr. 7'774'777.–) um Fr. 15'847.– höher aus.

18.7.2 Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes beruht. Eine reformatio in peius setzt demnach zunächst eine Rechtsverletzung voraus. Wegen blosser Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zugunsten einer Gegenpartei (Art. 62 Abs. 2 VwVG).

18.7.3 Bei Art. 62 Abs. 2 VwVG handelt es sich um eine Kann-Bestimmung, die dem Gericht einen Entscheidungsspielraum einräumt, der nach pflicht-gemäsem Ermessen wahrzunehmen ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.200a; vgl. aber BGE 144 V 153 E. 4.2.4, wonach das Sozialversicherungsgericht bei Feststellung einer Rechtsverletzung verpflichtet ist, eine reformatio in peius ins Auge zu fassen). Eine solche schlechterstellende Korrektur wird nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur vorgenommen, wenn der betroffene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (Urteile des BVGer B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.2; A-4007/2016 vom 18. Mai 2018 E. 2.3, je m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.200a).

18.7.4 Vorliegend ist die fragliche Korrektur im Vergleich zur Höhe der Sanktion betragsmässig von geringer Bedeutung (vgl. Urteile B-5371/2020 vom 22. September 2022 E. 6.3.3; A-4007/2016 E. 8.1 sowie Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2024). Sie ist darauf zurückzuführen, dass die Vorinstanz den Basisbetrag wegen der Dauer der unzulässigen Verhaltensweise gestützt auf die Anzahl Monate und nicht im Sinne eines Jahreszuschlages erhöht hat. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Bundesgericht sich erst jüngst präzisierend mit der Frage der Berechnung des Zuschlages bei einer Dauer der unzulässigen Verhaltensweise von mehr als fünf Jahren beschäftigt und eine Berechnung der Erhöhung gestützt auf die Anzahl Monate abgelehnt hat (Urteil 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.5), sowie aufgrund der Tatsache, dass der Vorinstanz bei der Sanktionsberechnung ein Ermessensspielraum zukommt (s. E. 18.1.2 oben), kann zudem nicht von einem offensichtlichen Rechtsfehler der Vorinstanz gesprochen werden. Die Voraussetzungen für eine reformatio in peius sind folglich nicht erfüllt.

18.7.5 Es ist demzufolge keine reformatio in peius vorzunehmen und die in der angefochtenen Verfügung festgesetzte Sanktion von Fr. 7'774'777.– ist zu bestätigen.

18.8 Maximalsanktion

18.8.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG darf die Belastung in jedem Fall nicht mehr als 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz betragen. Dieser Maximalbetrag der Sanktion ergibt sich in der Regel aus der Addition der Umsätze der drei Geschäftsjahre vor dem Entscheid der Vorinstanz, ausnahmsweise können auch frühere Jahre berücksichtigt werden (Urteil B-7920/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.5; Tagmann/Zirlick, BSK KG, Art. 49a N. 12a). Wenn die Sanktion tiefer als die Maximalsanktion zustehen kommt, kann aus prozessökonomischen Gründen auf eine genaue Bestimmung der Maximalsanktion verzichtet werden (Urteil B-3332/2012, BMW, E.11.2.4; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 95).

18.8.2 Der Sanktionsbetrag von Fr. 7'774'777.– liegt nach unstrittiger Auffassung der Parteien unterhalb dieser Maximalsanktion. Er ist daher nicht zu begrenzen.

18.9 Verhältnismässigkeitsprüfung

18.9.1 Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ff. SVKG stellen zwar bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz aber im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten (Urteile B-823/2016, Flügel und Klaviere, E. 6.5.1; B-831/2011, SIX, Rz. 1557). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grund-

rechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Entsprechend soll der Bussenbetrag bei kartellrechtlichen Sanktionen in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; Urteile 2C_575/2023, Diffusion Transat, E. 4.2; 2C_561/2022, Sport im Pay TV, E. 13.8).

18.9.2 Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass die Sanktion für die Beschwerdeführerin finanziell nicht tragbar und somit unverhältnismässig wäre. Es bestehen auch keine Hinweise, dass die Beschwerdeführerin durch die Sanktion in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde. Entsprechendes bringt die Beschwerdeführerin auch nur hinsichtlich des Falles der Berücksichtigung der Amortisationszahlungen bei der Sanktionsberechnung und damit betreffend eine weit höhere Sanktion vor.

19. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

19.1 Die Wettbewerbsbehörden erheben für die Ausarbeitung von Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 ff. KG Gebühren (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG). Der Bundesrat legt die Gebührensätze fest und regelt die Gebührenerhebung (Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 erlassen (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Dabei gilt ein Stundensatz von Fr. 100.- bis 400.- je nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG). Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV, SR 172.041.1]).

19.2 Im Grundsatz gilt das Verursacherprinzip. Dieses verlangt, dass eine Tätigkeit unmittelbar von der gebührenpflichtigen Person verursacht beziehungsweise veranlasst worden ist. In Bezug auf Untersuchungen gemäss Art. 27 KG sind das z.B. diejenigen Unternehmen, die mutmasslich am Wettbewerbsverstoss beteiligt waren und damit einen Anfangsverdacht ausgelöst haben. Das Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip relativiert (vgl. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG), indem nur diejenige Person gebührenpflichtig wird, die in einem von ihr verursachten Verfahren gegen die Wettbewerbsbehörden unterliegt. Massgebend für die Gebührenpflicht ist also das Ergebnis des verursachten beziehungsweise veranlassten Verfahrens (Urteil B-710/2014, Luftfracht, E. 17.3.2; BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a Rz. 33 f.; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53a Rz. 4 ff. und 11).

19.3 Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von ihr erhobenen Verfahrenskosten haben

jedoch in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand zu stehen. Pauschalisierungen sind aus Gründen der Verfahrensökonomie zulässig. Gebühren müssen nicht in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen. Sie sollen aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 145 I 52 E. 5.2.3, BGE 143 I 227 E. 4.2.2, BGE 139 III 334 E. 3.2.4; Urteile des BVGer B-5172/2019, Engadin II - Rocca + Hotz, E. 10.9.5; B-5161/2019 vom 9. August 2021, Implenia, E. 8.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 2777 ff., insbs. Rz. 2785 ff.).

19.4 Die Vorinstanz auferlegte der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 329'894.- sowie Auslagen in der Höhe von Fr. 2'793.-

19.5 Dabei erwog sie, dass bis zum Tag des Erlasses der Teilverfügung vom 26. Juni 2019 (Genehmigungsverfügung), mit welcher die Kammer für Teilverfügungen der WEKO die EVR der anderen acht Verfügungsadressatinnen genehmigte, ein Arbeitsaufwand von 5'904.81 Stunden aufgelaufen sei. Dies entspreche einem Betrag von Fr. 1'125'143.-. Achtheuntel dieser Kosten bzw. je Fr. 125'016.- seien den acht Verfügungsadressatinnen der Teilverfügung auferlegt worden. Der übrige Neuntel sei der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Fr. 125'016.-). Ebenso habe die Beschwerdeführerin einen Neuntel der Auslagen und Kosten, die durch die Hausdurchsuchungen, verursacht worden seien, zu tragen (Fr. 2'793.-; Auslagen gesamthaft: Fr. 25'138.-). Hinzukämen schliesslich die Gebühren die bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin entstanden seien. Der Zeitaufwand hierfür belaufe sich auf 1'103.98 Stunden, was einem Betrag von Fr. 204'848.- entspreche.

19.6 Zur Begründung der anteilmässigen Auferlegung der bis zum Erlass der Genehmigungsverfügung aufgelaufenen Kosten hielt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin erst am Ende des EVR-Verfahrens aus diesem ausgeschieden sei. Ferner habe sie das EVR-Verfahren gleichermassen wie die anderen Parteien mitverursacht. Zudem habe die Beschwerdeführerin auch nach ihrem Ausscheiden aus dem EVR-Verfahren Kosten verursacht, so beispielsweise im Zusammenhang mit der Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen sowie der Akteneinsicht vor Ort in die Selbstanzeigen.

19.7 Die Beschwerdeführerin hat die vorinstanzlichen Untersuchungshandlungen fraglos im Sinne von Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 GebV-KG (mit-)verursacht.

19.8 Auch gegen den Zeitaufwand der Vorinstanz von 5904,81 Stunden (ab der Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019) und von 1103,98 Stunden (bis zum Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung) an sich erhebt die Beschwerdeführerin keine Einwände. Dieser Zeitaufwand erscheint nachvollziehbar. Anhaltspunkte dafür, dass er im Widerspruch zum Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzip stehen könnte, bestehen nicht.

19.9 Die Beschwerdeführerin beanstandet jedoch die Verteilung der bis am 26. Juni 2019 entstandenen Kosten. Die Kosten, welche nach ihrem Austritt aus dem

EVR-Verfahren entstanden seien, insbesondere sämtliche Kosten für die Analyse und Verwertung der Stellungnahmen der EVR-Parteien und für die Redaktion der Teilverfügung, dürften ihr nicht auferlegt werden. Denn sie habe dem Sekretariat am 26. April 2018 und damit bereits nach zwei Monaten mitgeteilt, aus den EVR-Verhandlungen auszusteigen. Der Antrag sei aber erst im Februar 2019 versandt und die Genehmigungsverfügung am 26. Juni 2019 erlassen worden. Folglich treffe es nicht zu, dass sie erst am Ende des EVR-Verfahrens ausgeschieden sei.

19.10 Die Vorinstanz hält zu diesen Rügen fest, es treffe im Wesentlichen zwar zu, dass die Beschwerdeführerin zwei Monate nach Beginn der EVR-Verhandlungen mitgeteilt habe, aus diesen austreten zu wollen. Allerdings habe sie in der Zeit von Mai 2018 bis Mai 2019 dennoch diversen Aufwand verursacht, der dem EVR-Verfahren angerechnet worden sei, namentlich die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen, die Einsicht in die Selbstanzeigedossiers, die Auskunftersuchen nach Umsätzen, die Antragskonsultation im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG, das Verhandlungsjournal sowie die jeweils damit verbundene Korrespondenz. Zudem seien die für die Teilverfügung analysierten Beweismittel, die Analyse der Marktverhältnisse, Teile der rechtlichen Würdigung etc. auch in die Schlussverfügung gegen die Beschwerdeführerin eingeflossen. Deshalb erweise sich die vorgenommene Kostenaufteilung nach Köpfen im Ergebnis als rechtmässig.

19.11 Zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz die bis zum Erlass der Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019 aufgelaufenen Kosten zu Recht gleichmässig auf die neun beteiligten Unternehmen verteilt hat.

19.12 Nach der Praxis der Behörden werden die Kosten in der Regel «pro Kopf» auf die gebührenpflichtigen Beteiligten verteilt. Ein gewisser Schematismus wird dabei zu Gunsten der Einfachheit und Klarheit der Vorgehensweise hingenommen. Denn eine exakte Zuweisung der einzelnen Kostenbestandteile wäre regelmässig unverhältnismässig aufwendig. Zudem ist oft ein erheblicher Teil der Kosten kaum individualisierbar bzw. sind geeignete Kriterien zur Aufschlüsselung und Ausscheidung parteispezifischer Aufwände kaum zu definieren. Schliesslich stimmt die Pro-Kopf-Verteilung im Ergebnis auch mit dem Gedanken von Art. 2 Abs. 2 Allg-GebV überein, wonach mehrere Personen, welche gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht haben, für diese Gebühr solidarisch haften (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53a N. 5g).

19.13 Eine individuelle Kostenverteilung ist demgegenüber ausnahmsweise dann angezeigt, wenn die Pro-Kopf-Verteilung im Einzelfall zu völlig unsachgemässen Ergebnissen führen würde. Dies ist insbesondere bei offensichtlich unterschiedlicher Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung gegeben oder wenn einzelne Parteien im Vergleich zu den anderen ausserordentlich hohen oder tiefen Aufwand verursacht haben, der in keinem Verhältnis zu den durchschnittlichen berechneten Pro-Kopf-Kosten steht (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53a N. 5h).

19.14 Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als dass sich ein solcher offensichtlich unterschiedlicher

Aufwand bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit nur einem Teil der Parteien ergeben kann (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53a Rz. 5h). Vorliegend hat sich die Beschwerdeführerin jedoch anfangs ebenfalls an den EVR-Verhandlungen beteiligt, auch wenn sie nach rund zwei Monaten mitteilte, aus diesen auszusteigen. Zudem hat sie - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - auch nach ihrem Ausscheiden aus den EVR-Verhandlungen diversen dem EVR-Verfahren angerechneten Aufwand verursacht (z.B. Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen, Einsicht in die Selbstanzeigedossiers, Auskunftersuchen nach Umsätzen, Antragskonsultation im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG, Verhandlungsjournal). Schliesslich erscheint es plausibel, dass die für die Genehmigungsverfügung analysierten Beweismittel, die Analyse der Marktverhältnisse sowie Teile der rechtlichen Würdigung auch in die vorliegend angefochtene Verfügung eingeflossen sind.

19.15 Deshalb musste die Vorinstanz die vorliegende Rechtssache nicht als einen Fall qualifizieren, bei welchem einzelne Parteien im Vergleich zu den anderen ausserordentlich hohen oder tiefen Aufwand verursacht haben, der in keinem Verhältnis zu den Pro-Kopf-Kosten steht. Dies gilt namentlich auch in Anbetracht des Ermessens, das der Vorinstanz bei der Festsetzung der Gebühr zukommt (E. 19.3 oben).

19.16 Die von der Vorinstanz vorgenommene Pro-Kopf-Verteilung der bis zum Erlass der Genehmigungsverfügung vom 26. Juni 2019 aufgelaufenen Kosten erweist sich daher als rechtmässig. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten ist somit abzuweisen.

20. Fazit

20.1 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, eventualiter die Zurückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung verlangt (s. Bst. E.a oben), vollumfänglich abzuweisen ist.

20.2 Denn das in der angefochtenen Verfügung festgestellte wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin wird durch das vorliegende Urteil bestätigt. Die Beschwerdeführerin hat sich an nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabreden beteiligt. Sie und die anderen Captives haben im Rahmen eines Informationsaustauschsystems Informationen zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren betreffend das Automobileasing ausgetauscht (s. E. 13 und 15 oben). Zudem haben sie und andere Captives hinsichtlich einer Mehrwertsteuer-Rückerstattung ein gemeinsames Vorgehen und eine einheitlich festgesetzte Gebühr vereinbart (s. E. 14 und 15 oben).

20.3 Die angeordneten Massnahmen betreffend diese festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sind zu bestätigen (s. E. 16 oben). Zudem hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG belastet. Die in Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion von Fr. 7'774'777.- ist, nachdem die Voraussetzungen für eine reformatio in peius nicht erfüllt sind (s. E. 18.7.2 ff. oben), zu bestätigen (s. E. 18 oben).

20.4 Schliesslich wurde die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten bestätigt (s. E. 19 unten). Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt daher ebenfalls bestehen.

20.5 Im Ergebnis ist die Beschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, eventualiter die Zurückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung verlangt (s. Bst. E.a oben) daher abzuweisen.

21. Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht

21.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegen-den Partei aufzuerlegen.

21.2 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 und Art. 2 Abs. 1 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts 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 Fr. 5'000'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 15'000.- und Fr. 50'000.- vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4bis VwVG festgesetzte Höchstbetrag von Fr. 50'000.- in keinem Fall überschritten werden (MOSER/BESCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 4.22a).

21.3 Die vorliegende Angelegenheit erforderte nach Umfang und Schwere einen grossen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von Fr. 7'774'777.- und der für das vorinstanzliche Verfahren auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 332'657.- (zzgl. Auslagen von Fr. 2'793.-), des Aktenumfangs, des aufwendigen In-

struktionsverfahrens sowie des angefallenen Prüf- und Begründungsaufwands wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 40'000.- festgesetzt.

21.4 Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 8. September 2021 unterlegen. Sie hat demnach die Verfahrenskosten zu tragen. Zur Bezahlung der Verfahrenskosten wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe verwendet.

21.5 Gemäss Art. 64 Abs.1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegen-den Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen. Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht.

21.6 Angesichts ihres Unterliegens ist der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin vorliegend keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Auf den Antrag auf Erlass eines Teilentscheids zur Frage, ob Amortisationszahlungen bei Finanzierungsgesellschaften bzw. Banken sanktionsrelevanter Umsatz nach Art. 49 KG i.V.m. Art. 3 SVKG darstellen, wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 40'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 16. Oktober 2025 in Sachen A. AG gegen WEKO – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abt. II, vom 12. Februar 2024

Urteil 2C_158/2024 vom 16. Oktober 2025 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO. Gegenstand: Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 12. Februar 2024 (B-4714/2021).

Sachverhalt:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 4. September 2019 eine Vorabklärung betreffend die A._____ AG - ein Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: Unternehmen). Im Rahmen der Vorabklärung sollte ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Unternehmen in kartellrechtswidriger Weise aus dem Monopolbereich stammende Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten verwendet hat. Konkret ging es um den Vorwurf, das Unternehmen habe Daten aus dem Stromnetz - und damit aus dem Monopolbereich - verwendet, um damit Werbung für bestimmte Produkte zu machen.

A.a. Mit Schlussbericht vom 18. August 2020 (1) stellte das Sekretariat fest, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege und (2) es beschloss, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen, (3) teilte den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit und (4) beschloss, diesen Schlussbericht zu publizieren. In der Folge übermittelte das Sekretariat seinen Schlussbericht an das Unternehmen und informierte dieses über die Publikation in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW). Das Sekretariat ersuchte das Unternehmen um Mitteilung, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Publikation zu eliminieren seien. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2020 nahm das Unternehmen Stellung.

A.b. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2020 begründete das Sekretariat gegenüber dem Unternehmen, weshalb es die am 6. Oktober 2020 gestellten Anträge betreffend Publikationsaufschub nicht berücksichtigen könne. Überdies übermittelte das Sekretariat dem Unternehmen eine Publikationsversion des Schlussberichts zur erneuten Stellungnahme. Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2021 beantragte das Unternehmen, dass auf die Veröffentlichung des Schlussberichts zu verzichten sei, wobei das Unternehmen mit einer um Geschäftsgeheimnisse zu bereinigenden Zusammenfassung im Jahresbericht

einverstanden wäre. Andernfalls sei der Schlussbericht mit den Bereinigungen gemäss der Eingabe vom 6. Oktober 2020 zu publizieren.

B.

Mit Verfügung vom 23. September 2021 ordnete das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) an, dass der Schlussbericht vom 18. August 2020 in der Version veröffentlicht wird, die sich im Anhang der Verfügung befindet.

B.a. Am 26. Oktober 2021 erhob das Unternehmen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Es beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 23. September 2021. Es sei der WEKO zu untersagen, den Schlussbericht vom 18. August 2020 zu publizieren. Eventualiter sei der Schlussbericht vom 18. August 2020 unter Weglassung der strittigen Passagen zu publizieren. Subeventualiter sei der Schlussbericht vom 18. August 2020 mit einer vollen Gegendarstellung des Unternehmens zu publizieren.

B.b. Mit Urteil vom 12. Februar 2024 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab. Es erwog im Wesentlichen, beim Schlussbericht vom 18. August 2020 handle es sich um einen publikationsfähigen Entscheid. Die strittigen Passagen in der Publikationsversion des Schlussberichts enthielten keine Geschäftsgeheimnisse. Die Veröffentlichung der strittigen Textstellen sei sodann auch datenschutzrechtlich zulässig. Für eine Gegendarstellung in der RPW fehle die gesetzliche Grundlage.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 18. März 2024 gelangt das Unternehmen, die A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin), an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 12. Februar 2024. Es sei der WEKO zu untersagen, den Schlussbericht vom 18. August 2020 zu publizieren. Eventualiter sei der Schlussbericht vom 18. August 2020 unter Weglassung der strittigen Passage zu publizieren. Subeventualiter sei der Schlussbericht vom 18. August 2020 mit einer vollen Gegendarstellung der Beschwerdeführerin zu publizieren.

Mit Verfügung vom 8. April 2024 hat die Präsidentin der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde soweit die aufschiebende Wirkung zuerkannt, als der WEKO untersagt werde, den Schlussbericht vom 18. August

2020 vor Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens zu publizieren. Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, nimmt die WEKO zu Beschwerde Stellung und beantragt deren Abweisung.

Erwägungen:

1.

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) und richtet sich gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), in dem es die Publikation eines Schlussberichts betreffend eine Vorabklärung bestätigt hat (Art. 83 BGG; vgl. Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]; vgl. auch Art. 26 KG). Für die Frage der Publikation des Schlussberichts wirkt die (Publikations-) Verfügung vom 23. September 2021 respektive das darüber ergangene Urteil vom 12. Februar 2024 verfahrensabschliessend. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich somit um einen anfechtbaren Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (vgl. Urteil 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1; 143 I 1 E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zulässigkeit der Publikation von Schlussberichten im Allgemeinen und rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 48 Abs. 1 KG.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, gemäss Art. 48 Abs. 1 KG könnten die Wettbewerbsbehörden ihre Ent-

scheide veröffentlichen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bildet Art. 48 Abs. 1 KG keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation eines Schlussberichts. Eine Auslegung der Gesetzesbestimmung spreche gegen die vorinstanzliche Würdigung, wonach es sich bei einem Schlussbericht um einen publikationsfähigen Entscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG handle. Die Norm sei primär auf die Publikation von Verfügungen ausgerichtet. Der Schlussbericht sei aber keine Verfügung. Ferner habe die Vorinstanz eine Ermessensunterschreitung durch die WEKO erkennen müssen, da Art. 48 Abs. 1 KG eine "Kann-Bestimmung" sei und die WEKO auf eine Veröffentlichung des Schlussberichts hätte verzichten müssen.

3.2. Die Wettbewerbsbehörden können laut Art. 48 Abs. 1 KG ihre Entscheide veröffentlichen. Das Bundesgericht hat diese Gesetzesbestimmung bereits ausführlich ausgelegt und sich mit dieser eingehend befasst (vgl. BGE 142 II 268 E. 4; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.1 ff.).

3.2.1. Dabei hält das Bundesgericht fest, dass der Begriff der Entscheide weiter zu verstehen ist als der Begriff der Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (vgl. Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.2.1). Mit dem Begriff "Entscheide" ist keine spezifische juristische Bedeutung verbunden (vgl. Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.2.2). Vielmehr ist der Begriff "Entscheide" im Lichte des Zwecks der Veröffentlichung zu lesen. Die Publikation von Entscheiden dient der Prävention und der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.5). Insgesamt hängt die Veröffentlichungswürdigkeit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht von der verwaltungsrechtlichen Handlungsform ab, sondern davon, ob der Inhalt des Entscheids mit den Zwecken der Publikation - d. h. der Prävention, der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden - im Einklang steht (vgl. Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.5.5).

3.2.2. Bei der Anwendung von Art. 48 Abs. 1 KG steht den Wettbewerbsbehörden ein Ermessen zu (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3; Urteil 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 5.2.1). Jegliches Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben. Bleibt eine Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens, lässt sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten, handelt sie nicht pflichtgemäss. Es liegt ein Ermessensmissbrauch vor. Rechtsfehlerhaft handelt eine Behörde auch bei Überschreitung oder Unterschreitung ihres Ermessens (vgl. BGE 149 I 146 E. 3.4.1; 137 V 71 E. 5.1 f.).

3.3. In Bestätigung der Publikationsverfügung vom 23. September 2021 erwägt die Vorinstanz, dass die Wettbewerbsbehörden bestrebt seien, die gesamte Praxis möglichst vollständig und umfassend zu veröffentlichen. Dieses Vorgehen entspreche einer transparenten und bürgernahen Verwaltung. Es bestehe eine jahrzehntelange Praxis des Sekretariats, Schlussberichte zu veröffentlichen, wenn die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt werde. Durch die Publikation werde die Rechtssi-

cherheit erhöht, und es könnten Unternehmen unter Umständen vor möglichen Sanktionen bewahrt werden. Der vorliegende Schlussbericht vom 18. August 2020 enthalte überdies neue materiell-rechtliche Erkenntnisse, insbesondere allgemeine Ausführungen zur Frage, wie die Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten aus kartellrechtlicher Sicht einzuordnen sei. Die Frage, ob und unter welchen Umständen es kartellrechtswidrig sein könnte, wenn ein Energieversorgungsunternehmen mit aus dem Monopolbereich erlangten Adressdaten Werbung für ein bestimmtes Produkt verschickt habe, hätten die Wettbewerbsbehörden zuvor noch nicht beurteilt (vgl. E. 4.3.3 des angefochtenen Urteils).

3.4. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Schlussbericht vom 18. August 2020 als Entscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG betrachtet und die Publikation des Schlussberichts als zulässig erachtet hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin spricht die vom Bundesgericht bereits vorgenommene Auslegung von Art. 48 Abs. 1 KG für die Publikation von Schlussberichten. So enthält der vorliegend massgebende Schlussbericht vom 18. August 2020 wesentliche Angaben, die der Prävention, der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden dienen. Wie bereits dargelegt, kommt es auf die vom Sekretariat gewählte Handlungsform nicht an (vgl. E. 3.2 hiavor). Ausserdem hält das Sekretariat im Schlussbericht vom 18. August 2020 fest, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Im Weiteren beschloss das Sekretariat, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen, (3) teilte den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit und (4) entschied, diesen Schlussbericht zu publizieren (vgl. Bst. A.a hiavor). Darin lässt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein Regelungsgehalt erkennen, der sich inhaltlich unter den Begriff des Entscheids im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG fassen lässt. Art. 48 Abs. 1 KG stellt somit eine hinreichende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV für die Publikation von Schlussberichten im Allgemeinen und für die Publikation des Schlussberichts vom 18. August 2020 im Besonderen dar (zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit siehe z. B. Urteil 2C_341/2023 vom 30. April 2025 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen).

3.5. Zu prüfen verbleibt, ob der von der Beschwerdeführerin erhobene Vorwurf zutrifft, es liege eine Ermessensunterschreitung vor. Die Beschwerdeführerin will eine Ermessensunterschreitung darin erkennen, dass die WEKO eine Nichtveröffentlichung des Schlussberichts nicht in Betracht gezogen habe, da sie grundsätzlich sämtliche Schlussberichte zu publizieren beabsichtige. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: In der Praxis, wonach die WEKO im Grundsatz sämtliche Schlussberichte publiziert, ist keine Ermessensunterschreitung zu erkennen, solange die Publikation im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegt. Die Vorinstanz legt ausführlich dar, weshalb in Bestätigung des Vorgehens der WEKO an der Veröffentlichung des Schlussberichts in der vorliegenden Angelegenheit ein öffentliches Interesse besteht (vgl. E. 3.3 hiavor). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang einen Reputationsschaden geltend macht, bestreitet sie nicht das Vor-

liegen des öffentlichen Interesses an der Publikation, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass ihr privates Interesse am Verzicht auf die Veröffentlichung überwiege. Damit zeigt sie indes keine Ermessensunterschreitung auf, sondern zielt auf die datenschutzrechtliche Interessenabwägung ab (vgl. E. 4.5.6 hiernach). Weitere Anhaltspunkte, dass die WEKO ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hat, sind im Übrigen nicht ersichtlich. Folglich hat die Vorinstanz ebenso keinen Ermessensmissbrauch anerkennen müssen.

3.6. Nach dem Dargelegten liegt keine Verletzung von Art. 48 Abs. 1 KG vor.

4.

Im Weiteren verlangt die Beschwerdeführerin, der Schlussbericht vom 18. August 2020 sei nur teilweise zu publizieren. Es liege eine Verletzung von Art. 25 Abs. 4 KG sowie eine Missachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben vor.

4.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei zwischen der Publikation von Verfügungen und Schlussberichten zu unterscheiden. Es rechtfertige sich eine "differenzierte Publikationspraxis", da die Schlussberichte zwar individuell-konkret formuliert seien, aber im Gegensatz zu Verfügungen nicht angefochten werden könnten. Entsprechend könne das Sekretariat - abgesehen von den Geschäftsgeheimnissen - faktisch selbst entscheiden, welcher Inhalt publiziert werde. Dabei sei den individuell-konkreten Wirkungen des Inhalts des Schlussberichts bei der Veröffentlichung Rechnung zu tragen. Bei einem inhaltlich umstrittenen Schlussbericht bestehe im Vergleich zur Publikation von Verfügungen ein erhöhtes Risiko der Publikation einer inkorrekten Praxis. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Schlussbericht vom 18. August 2020 deshalb nur im Umfang der unstrittigen Passagen zu publizieren. Überdies seien Sachverhalte, die die Reputation der Beschwerdeführerin schädigten, wie Geschäftsgeheimnisse zu behandeln - mithin nicht preiszugeben. Da es sich, so die Beschwerdeführerin weiter, bei den reputationsschädigenden Informationen um Geschäftsgeheimnisse handle, müsse auch keine Interessenabwägung vorgenommen werden. Ferner habe die Vorinstanz diverse andere Geschäftsgeheimnisse in rechtswidriger Weise nicht als solche anerkannt.

4.2. Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betrifft nur ganze Entscheide und nicht einzelne Passagen. Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum, wie vorliegend (vgl. E. 3.5 hiavor), in Bezug auf die Publikation einer Entscheidung insgesamt angemessen ausgeübt, verbleiben nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Entscheidung rechtskonform publiziert wird. Dazu gehört unter anderem der Schutz des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.6; E. 4.4 f. hiernach).

4.2.1. Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bilden (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim hal-

ten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Das Interesse an der Geheimhaltung stellt ein objektives Kriterium dar. Massgebend ist insofern, ob die Informationen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.1).

4.2.2. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens haben (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.2.1). Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.2.2).

4.2.3. Aufgrund des Wortlauts von Art. 25 Abs. 4 KG erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse, die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zu publizieren, und dem Interesse am Schutz des Geschäftsgeheimnisses. Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses gegeben sind, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Diese Beurteilung hat für jede relevante Tatsache gesondert zu erfolgen. Steht fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden (vgl. Urteile 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 5.3; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268).

4.3. Die Beschwerdeführerin verlangt zunächst, dass auf die Veröffentlichung von Schlussberichten eine "differenzierte Publikationspraxis" zur Anwendung gelange.

4.3.1. Da die Eröffnung respektive Nichteröffnung der Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG unmittelbar keine Rechte und Pflichten begründet, sondern nur eine Vorstufe zum Entscheid der Wettbewerbskommission darstellt, bildet sie keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Vorabklärung findet ihren Abschluss (a) mit der Einstellung des Verfahrens, (b) mit einer einvernehmlichen Regelung oder (c) mit dem Schlussbericht. Weder der Schlussbericht noch der Beschluss, gestützt auf die Vorabklärung eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteil 2C_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.1). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich aus dem Umstand, dass der Schlussbericht nicht angefochten werden kann, aber nicht ableiten, es sei an die Publikation eines Schlussberichts höhere

Anforderungen zu stellen als an die Publikation von anfechtbaren Verfügungen.

4.3.2. Die Einschränkung der Parteirechte im Zuge der Vorabklärung basiert auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 26 Abs. 3 KG; vgl. auch BGE 135 II 60 E. 3.1.2). Wie die WEKO in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung zutreffend darauf hinweist, darf das Rechtsmittelverfahren, in welchem die Publikationsverfügung betreffend eines Schlussberichts überprüft wird, nicht dazu dienen, die im Rahmen der Vorabklärung fehlenden Parteirechte auf dem Weg der Beschwerde gegen die Publikationsverfügung nachzuholen, respektive die Parteirechte über das gesetzlich Vorgesehene zu erweitern. Vor diesem Hintergrund besteht kein Raum für eine - nach Auffassung der Beschwerdeführerin - "differenzierte Publikationspraxis", der zufolge bei Schlussberichten nur unstrittige Passagen zu publizieren seien (vgl. auch E. 4.2.2.1).

4.3.3. Im Übrigen handelt es sich bei der Vorabklärung nach der gesetzlichen Konzeption um eine "Triage" (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2). Aus den Schlussberichten, die das Ergebnis dieser "Triage" sein können, geht jeweils klar hervor, dass diese vom Sekretariat stammen und infolge der gesetzlichen Konzeption auch nur dessen rechtliche Auffassung wiedergeben. Es ist somit ohne Weiteres ersichtlich, dass die Kartellrechtspraxis, die sich aus einem publizierten Schlussbericht ergibt, nicht gerichtlich überprüft ist. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, bei einem inhaltlich umstrittenen Schlussbericht bestehe im Vergleich zur Publikation von Verfügungen ein erhöhtes Risiko der Publikation einer inkorrekten Praxis, kann sie daher nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.4. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht reputationsschädigende Sachverhalte nicht als Geschäftsgeheimnisse anerkannt.

4.4.1. Dabei geht die Beschwerdeführerin allerdings selbst davon aus, dass es sich bei den reputationsschädigenden Informationen an sich nicht um eigentliche Geschäftsgeheimnisse handelt. Vielmehr seien sie analog zu Geschäftsgeheimnissen zu behandeln, da sie negative Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis hätten. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Geschäftlich relevant sind Informationen, deren Preisgabe den Konkurrentinnen und Konkurrenten des betroffenen Unternehmens einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschafft. Dieser Vorteil der Konkurrenz muss sich in der Folge negativ auf das Geschäftsergebnis des betroffenen Unternehmens auswirken können (vgl. E. 4.2.2.2.1).

4.4.2. Demgegenüber macht der blosse Umstand, dass eine Information möglicherweise einen negativen Einfluss auf das Geschäftsergebnis haben kann, da sich Kundinnen und Kunden aufgrund eines Vertrauensverlusts von einem Unternehmen abwenden, eine Information nicht zu einem Geschäftsgeheimnis (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Wie bereits die Vorinstanz zu Recht erwägt, ist vorliegend nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht schlüssig dargelegt,

inwiefern die (behaupteten) reputations-schädigenden Sachverhalte die Anforderungen an geschäftlich relevante Informationen erfüllen würden (vgl. E. 5.2.2 des angefochtenen Urteils).

4.4.3. Nach dem Dargelegten bilden die reputations-schädigenden Sachverhalte vorliegend keine Geschäftsgeheimnisse. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt stellt, ihre Reputation sei im Rahmen der Interessenabwägung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, richtet sie sich nicht mehr gegen die vorinstanzliche Würdigung der Geschäftsgeheimnisse, sondern gegen die datenschutzrechtliche Schwärzung von Personendaten, die die rechtlichen Anforderungen an Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG nicht erfüllen (vgl. E. 4.5.6 hiernach). Hingegen besteht bei der Beurteilung, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Raum für eine Interessenabwägung (vgl. E. 4.2.3 hiervor; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.3).

4.5. Die Beschwerdeführerin kritisiert im Weiteren eine Vielzahl von zur Publikation vorgesehenen Angaben, die ihrer Auffassung nach Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 25 Abs. 4 KG darstellen.

4.5.1. Die Beschwerdeführerin verlangt die Schwärzung der Angaben über den Verfahrensgegenstand, den Zeitraum des zu beurteilenden Verhaltens und den relevanten Markt.

Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwägt, der Gegenstand einer Untersuchung respektive Vorabklärung kein Geschäftsgeheimnis (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.1; E. 5.2 des angefochtenen Urteils). Da der Untersuchungsgegenstand in zeitlicher Hinsicht durch den Zeitraum des zu beurteilenden Verhaltens und in sachlicher Hinsicht durch den relevanten Markt definiert und umschrieben wird, stellen auch die Angaben zum Zeitraum und zum relevanten Markt im Grundsatz keine Geschäftsgeheimnisse dar. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, um von diesem Grundsatz abzuweichen.

4.5.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Beschreibung eines bestimmten Produkts, die Inhalte von Werbeschreiben und die Angaben über Daten- und Adresslieferungen sowie über die maximale Anzahl versendeter Werbeschreiben nicht geschwärzt worden seien.

Die Beschwerdeführerin lässt ausser Acht, dass sie selbst für ihr Produkt mit der entsprechenden Beschreibung (öffentlich) Werbung gemacht hat. Folglich handelt es sich, wie die Vorinstanz zu Recht anerkennt, um kein Geheimnis. Die Werbung ist allgemein zugänglich gewesen. Es fehlt somit an der Voraussetzung der relativen Unbekanntheit (vgl. E. 4.2.1 hiervor; E. 5.3 ff. des angefochtenen Urteils). Gleiches gilt für die angewendeten Werbemethoden - namentlich mit Blick auf die Anzahl versendeter Werbeschreiben. Dies stellt die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht auch nicht in Abrede. Sie bestreitet in diesem Zusammenhang bloss die vorinstanzliche Auffassung, wonach diese Angaben zusätzlich zur fehlenden relativen Unbekanntheit auch

keinen Einfluss auf die Geschäftsergebnisse haben könnten. Der Charakter als Geschäftsgeheimnis kann allerdings bereits mangels relativer (Un-) Bekanntheit verneint werden.

4.5.3. Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die Preisgabe der Angaben zur Anreicherung und Bereinigung von Adressen, der geschätzten Kosten für den Einkauf der aus dem Monopolbereich verwendeten Adressen sowie der Informationen über die Werbemassnahmen für ein bestimmtes Produkt.

In diesem Zusammenhang erwägt die Vorinstanz, es sei nicht ersichtlich, dass diese Angaben einen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit hätten und den Konkurrentinnen und Konkurrenten der Beschwerdeführerin einen Vorteil verschaffte (vgl. E. 5.6 ff. des angefochtenen Urteils). Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht nachvollziehbar dargelegt, weshalb diese vorinstanzliche Würdigung nicht zutreffen sollte. Folglich betreffen diese Angaben, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, keine geschäftlich relevante Informationen. Im Übrigen sind die Werbemassnahmen aufgrund der Sichtbarkeit der Werbung allgemein zugänglich (vgl. E. 5.8.2 des angefochtenen Urteils).

4.5.4. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Angaben zur Marktentwicklung, über die Einstellung der Geschäftstätigkeit sowie über das Gebiet, in dem ein bestimmtes Produkt angeboten worden sei, seien zu schwärzen.

Die Auffassung der Beschwerdeführerin stösst ins Leere: Mit Bezug auf die Angaben zur Marktentwicklung bringt die Beschwerdeführerin lediglich vor, es handle sich um nicht notwendige Ausführungen. Damit zeigt sie jedoch nicht auf, dass die Vorinstanz diesen Angaben zu Unrecht den Charakter eines Geschäftsgeheimnisses abgesprochen habe (vgl. E. 5.9 des angefochtenen Urteils). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin das umstrittene Produkt nicht mehr anbietet - mithin die Geschäftstätigkeit eingestellt hat - sowie die Angabe zum Gebiet, in dem das Produkt angeboten worden ist, sind im Weiteren, wie die Vorinstanz zutreffend anerkennt, allgemein zugängliche Tatsachen (vgl. E. 4.2.1 hiervor; E. 5.9 und E. 5.11 des angefochtenen Urteils). Es fehlt diesbezüglich an der relativen Unbekanntheit, weshalb es sich um keine Geschäftsgeheimnisse handelt.

4.5.5. Ferner kritisiert die Beschwerdeführerin die Nicht-Schwärzung der Ausführungen zur Marktabgrenzung, zu Art. 7 Abs. 2 lit. e KG sowie zur Verwendung von Adressdaten, zum Kausalzusammenhang und zur Wettbewerbsverfälschung.

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind die Ausführungen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung allgemein gehalten und betreffen keine geschäftlich relevante Informationen der Beschwerdeführerin. Es handelt sich um kein Geschäftsgeheimnis (vgl. E. 5.10 des angefochtenen Urteils). Gleiches gilt auch für die Ausführungen zu Art. 7 Abs. 2 lit. e KG sowie zur Verwendung von Adressdaten, zum Kausalzusammenhang und zur Wettbewerbsverfälschung (vgl. E. 5.12 f. des angefochtenen Urteils). Im Übrigen stehen letztere Angaben in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verfahrensgegenstand, der im Grundsatz kein Geschäftsgeheimnis

im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG darstellt (vgl. E. 4.5.1 hiervor).

4.5.6. Nach dem Gesagten liegen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG vor.

4.6. Zu prüfen verbleibt angesichts der Beanstandung an der vorinstanzlichen Interessenabwägung, ob die Publikation der umstrittenen Angaben mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

4.6.1. Die Publikation von anderen, nicht Geschäftsgeheimnisse betreffenden Personendaten sind nach den Vorgaben von Art. 19 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (aDSG; AS 1993 1945 ff.; aufgehoben per 1. September 2023) sowie nach den allgemeinen Massstäben des Datenschutzrechts zu beurteilen (vgl. BGE 147 II 227 E. 4.2; 142 II 268 E. 6.4.3). Das aDSG gilt unter anderem für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b aDSG), worunter auch das Sekretariat der WEKO fällt (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.2; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.2.2). Art. 48 Abs. 1 KG bildet die nach Art. 19 Abs. 1 aDSG erforderliche formell-gesetzliche Grundlage, um Personendaten zu veröffentlichen. Sie stellt die gesetzliche Grundlage für eine bereichsspezifische aktive Informationstätigkeit dar. Dabei genügt als gesetzliche Grundlage eine Ermächtigung zur Datenbekanntgabe (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.2; Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.2.5). Sofern es sich bei den personenbezogenen Daten um Geschäftsgeheimnisse handelt, hat der Gesetzgeber indes in Art. 25 Abs. 4 KG eine Spezialregelung getroffen (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.3). Es ist deshalb lediglich zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 4 DSG aufgeführten Interessen für Daten, die keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG betreffen, gegen eine Veröffentlichung sprechen (vgl. Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.2.5).

4.6.2. Die Beschwerdeführerin macht als privates Interesse namentlich einen Reputationsverlust geltend. Sie bringt vor, die Publikation des Schlussberichts hätte für sie einen Reputationsschaden zur Folge, welcher sich in sinkenden Verkaufszahlen und letztlich einem geschmäleren Geschäftsgewinn niederschläge. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren führt die Beschwerdeführerin aus, die "heute herrschende neuere Lehre und Rechtsprechung" bezüglich des Übereinkommens vom 11. April 1980 der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1) anerkenne, dass dem durch eine Pflichtverletzung enttäuschten Vertragspartner nicht nur am Vermögen, sondern insbesondere auch an der Reputation Schäden zugefügt werden könnten.

4.6.3. Reputation bedeutet den Ruf der Beschwerdeführerin. Dieser wird durch deren Geschäftsgebaren bestimmt, welches sich in geschäftlich relevanten Informationen äussert, mithin Informationen, die einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen und somit Teil des Geschäftsgeheimnisses bilden, was bereits im Rahmen von Art. 25 Abs. 4 KG als datenschutzrechtlicher Spezialregelung geprüft wird (vgl. E. 4.5 hiervor; Urteile 2C_874/2020 vom 19. Oktober

2021 E. 6.3.2.2; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Daran vermögen die Ausführungen zum Übereinkommen nichts zu ändern. Im Übrigen überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerin an der Beibehaltung ihres guten Rufs die öffentlichen Interessen an der Publikation ohnehin nicht (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Die Beschwerdeführerin macht keine anderen privaten Interessen geltend. Demgegenüber bestehen gewichtige, im öffentlichen Interesse liegende Publikationsziele des Schlussberichts einer Vorabklärung (vgl. E. 3.4 hiervor). Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen, wenn sie pauschal das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung verneint. Die Veröffentlichung der strittigen Textstellen ist mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben demnach rechtmässig.

4.7. Nach dem Ausgeführten liegt keine Verletzung von Art. 25 Abs. 4 KG sowie keine Missachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben vor.

5.

Die Beschwerdeführerin verlangt ferner die Publikation einer von ihr formulierten Gegendarstellung zusammen mit dem Schlussbericht. Sie beanstanden in diesem Zusammenhang die vorinstanzliche Auffassung, wonach für eine Gegendarstellung die gesetzliche Grundlage fehle. Die vorinstanzliche Erwägung ist nicht zu beanstanden (vgl. E. 7.3.2 des angefochtenen Urteils): Weder das Kartellgesetz noch andere anwendbare Erlasse sehen ein Recht auf Gegendarstellung bei der Publikation von Schlussberichten gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG vor. Darin ist keine Gesetzesunvollständigkeit zu erblicken. Für eine analoge Anwendung von Art. 28g ff. ZGB besteht kein Raum, da der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz über öffentlich-rechtliche Normierungen sicherzustellen ist (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Nach dem gesetzgeberischen Willen ist ein Schlussbericht zu veröffentlichen, sofern ein hinreichendes Interesse besteht (vgl. E. 3.2.1 und E. 3.5 hiervor). Diesfalls stellen der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 25 Abs. 4 KG sowie die datenschutzrechtlichen Vorgaben das gesetzlich explizit vorgesehene Korrektiv zum Schutz der Persönlichkeit dar (vgl. E. 4 hiervor). Es besteht keine Grundlage für die Einräumung eines Gegendarstellungsrechts.

6.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Diesem Verfahrensausgang entsprechend trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

B 4

2. Urteil vom 24. September 2025 in Sachen Sunrise GmbH gegen Swisscom, A. AG – Kartellrecht: Sanktion; Eishockey im Pay-TV, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2023

Urteil 2C_683/2023 vom 24. September 2025 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Sunrise GmbH (vormals: UPC Schweiz GmbH; Sunrise UPC GmbH), Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Swisscom (Schweiz) AG, A. _____ AG (vormals: B. _____ AG), Beschwerdegegnerinnen, beide vertreten durch [...], Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Kartellrecht: Sanktion; Eishockey im Pay-TV, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 31. Oktober 2023 (B-5819/2020).

Sachverhalt:

A.

Die UPC Schweiz GmbH (vormals: Cablecom GmbH; upc cablecom GmbH; nachfolgend auch nur: UPC) mit Sitz in Wallisellen gehörte zur britischen C. _____ -Gruppe und bezweckte die Verfolgung geschäftlicher Aktivitäten in der Kabelindustrie, insbesondere die Projektierung, Erstellung und den Betrieb von Grossgemeinschaftsanlagen mit Verteilnetzen oder mit anderen Mitteln - namentlich für Radio und Fernsehen. Sie betrieb eine TV-Plattform ("UPC TV"). Im Sommer 2016 erwarb die UPC exklusive Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen NLA und NLB (sowie der Regio League) ab der Saison 2017/2018 für fünf Jahre und begann, diese in ihrem 2017 lancierten Sportsender "MySports" zu verwerten. Im Rahmen der Übernahme der Sunrise Communications AG durch die C. _____ -Gruppe fusionierten die Sunrise Communications AG und die UPC Schweiz GmbH per 1. Mai 2021 zur Sunrise UPC GmbH (seit Juni 2022: Sunrise GmbH).

Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend auch nur: Swisscom) mit Sitz in Ittigen bezweckt namentlich die Erbringung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten. Sie ist Teil der Swisscom-Gruppe und betrieb seit November 2006 unter anderem die TV-Plattform "Bluewin TV", welche später in "Swisscom TV" und danach in "Blue TV" umbenannt wurde. Gestützt auf einen Ende 2005 zwischen Swisscom und der D. _____ AG (nachfolgend auch nur: D. _____) unterzeichneten Vertrag wurde auf "Swisscom TV" unter anderem das Programmangebot von D. _____ ausgestrahlt. Seit Anfang Oktober 2012 war die B. _____ AG (seit September 2020: A. _____ AG; nachfolgend auch nur: B. _____) Alleinaktionärin der D. _____ AG. Anfang Mai 2013 erwarb die Swisscom eine Mehrheitsbeteiligung an der B. _____ AG. Bis zur Saison 2016/2017 war B. _____ Inhaberin der exklusiven medialen Verwertungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen NLA (seit Saison 2006/2007) und NLB (seit Saison 2012/2013). Sie war Inhaberin der Übertragungsrechte der obersten Schweizer Fussballligen Su-

per League (seit Saison 2006/2007) und Challenge League (seit Saison 2012/2013). Gestützt auf den Fusionsvertrag vom 26. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der D. _____ AG auf die A. _____ AG über. Infolge der Fusion wurde die D. _____ AG am 30. April 2021 im Handelsregister gelöscht.

A.a. Am 24. März 2017 reichten die Swisscom und B. _____ bei der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige ein. Sie brachten vor, das "MySports"-Angebot werde exklusiv auf den Kabelnetz-TV-Plattformen verbreitet. Sie hätten von der UPC keine Distributionsofferte für das "MySports"-Angebot respektive für die Schweizer Eishockeyübertragungen erhalten können. Gegen die UPC sei daher eine Untersuchung zu eröffnen. Die WEKO eröffnete am 29. Mai 2017 gegen die UPC ein Untersuchungsverfahren (Verfahren 32-0260 "Eishockey im Pay-TV"). Sie führte aus, es lägen Anhaltspunkte vor, dass die UPC im Bereich von Schweizer Eishockeyübertragungen eine marktbeherrschende Stellung haben könnte und Geschäftsbeziehungen verweigert habe. Sie teilte der Swisscom und B. _____ mit Schreiben vom 20. Juli 2017 mit, dass sie als Parteien in das Untersuchungsverfahren einbezogen würden.

Zuvor hatte die WEKO am 3. April 2013 infolge einer ähnlichen Ausgangslage eine Untersuchung (Verfahren 32-0243 "Sport im Pay-TV") unter anderem gegen die Swisscom eröffnet. Mit Verfügung vom 9. Mai 2016 auflegte die WEKO diesen eine Sanktion von Fr. 71'818'517.-- mit der Begründung, diese hätten sich in Ausnützung der beherrschenden Stellung auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie von ausländischen Fussballübertragungen kartellrechtswidrig verhalten. Mit Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 bestätigte das Bundesgericht das in dieser Angelegenheit ergangene Urteil B-4003/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Mai 2022.

A.b. Mit Zwischenverfügung vom 28. März 2019 beteiligte die WEKO die Sunrise Communications AG (nachfolgend auch nur: Sunrise) auf deren Ersuchen hin als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren. Mit Zwischenverfügung vom 14. Oktober 2019 verpflichtete die WEKO die UPC, ihr Auskünfte zu den Umsatzzahlen zu erteilen. Die UPC lieferte mit Schreiben vom 14. November 2019 die von ihr geforderten Umsatzzahlen.

Zum Antrag des Sekretariats vom 17. Dezember 2019 nahmen mit Eingabe vom 3. März 2020 die UPC und mit Eingabe vom 4. März 2020 die Swisscom Stellung. Die Sunrise äusserte sich mit Schreiben vom 4. August 2020 zu einem Auszug des Antrags. Am 17. August 2020 fanden Anhörungen vor der WEKO statt.

B.

Mit Verfügung vom 7. September 2020 entschied die WEKO:

"1. Die UPC Schweiz GmbH wird in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG verpflichtet, allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen der National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots MySports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten.

2. Die UPC Schweiz GmbH wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a KG mit einer Sanktion von 29'995'979 Franken belastet.

3. Die UPC Schweiz GmbH hat die Verfahrenskosten von insgesamt 236'102 Franken zu tragen."

B.a. Zur Begründung führte die WEKO in der Verfügung vom 7. September 2020 aus, wie in der parallel gegen die Swisscom geführten Untersuchung "Sport im Pay-TV" sei ein Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abzugrenzen. Da die UPC in diesem Markt die einzige Anbieterin sei, betrage ihr Marktanteil 100 %. Entsprechend gebe es keinen aktuellen Wettbewerb. Es gebe auch keinen genügenden potenziellen Wettbewerb, um die UPC in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren. Selbst gegenüber der Swisscom als ehemaliger Rechteinhaberin verweigere die UPC die Übertragung von Eishockeyinhalten. Es sei somit festzustellen, dass der UPC auf dem relevanten Markt im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukomme. Die WEKO stellte fest, dass die UPC nicht gewillt gewesen sei, die fraglichen Eishockeyinhalte der Swisscom vor der Saison 2020/21 zu überlassen. Die UPC habe diesen Willen direkt zum Ausdruck gebracht und zudem eine Verzögerungsstrategie verfolgt. Eishockey stelle einen objektiv notwendigen Input dar, um auf dem TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können. Zwar könnten die Swisscom-Kunden auf Angebote im Internet ausweichen, mit denen auf das Angebot von "MySports" zugegriffen werden könne, nicht aber die Swisscom selbst. Zudem habe die Vorenthaltung von Eishockeyübertragungen zumindest potenziell nachteilige Einwirkungen auf den bestehenden Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und den damit verbundenen Fernmeldemärkten. Die UPC könne ihr Verhalten nicht mit legitimen Gründen rechtfertigen. Somit habe sie mindestens im Zeitraum vom 17. März 2017 bis zum 16./17. Juli 2020 die Geschäftsbeziehung gegenüber der Swisscom im relevanten Markt in ungerechtfertigter Weise verweigert.

B.b. Gegen die Verfügung vom 7. September 2020 erhob die UPC am 19. November 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Auf die Anordnung von Massnahmen sowie auf die Belastung mit einer Sanktion sei zu verzichten. Eventualiter sei die Sanktion auf den Betrag von höchstens Fr. 11'200.-- herabzusetzen und die der UPC auferlegten Verfahrenskosten angemessen zu reduzieren. Zur Begründung führte die UPC namentlich aus, die Ausgangslage sei vorliegend

anders als im Verfahren "Sport im Pay-TV", da Fussball- und Eishockeyrechte nicht (mehr) in einer Hand konzentriert seien. Insofern fehle es am damaligen Ungleichgewicht der Kräfte. Zudem habe sie die exklusiven Übertragungsrechte in einem freien, transparenten, behördlich begleiteten öffentlichen Ausschreibungsprozess erworben. Die Marktabgrenzung der WEKO sei falsch, da aus Sicht der TV-Plattformanbieterinnen nationale Eishockey-Ligaspiele durch Fussballübertragungen und weitere Sportübertragungen substituiert werden könnten. Im Weiteren sei die UPC angesichts der Verhandlungsmacht der Swisscom-Gruppe nicht marktbeherrschend. Im Übrigen stellten Eishockey-Übertragungen im Pay-TV angesichts der begrenzten Zuschauernachfrage sowie des Zugangs der Endkunden zu Eishockey-Übertragungen im Internet und im Free-TV kein objektiv notwendiges Gut dar. Sie könne sich ferner auf "legitimate business reasons" stützen, da es ihr nicht zumutbar gewesen sei, der Swisscom Zugang zu den Eishockey-Übertragungen zu gewähren, solange die Swisscom ihr den marktgerechten Programmmzugang verweigert habe.

B.c. Mit Zwischenverfügung vom 11. März 2021 wurden die Swisscom und B. _____ als Parteien am bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligt. Die Swisscom und B. _____ beantragten mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2021, die Beschwerde sei abzuweisen. Ihnen seien das "MySports"-Angebot und somit die Schweizer Eishockeyübertragungen bewusst vorenthalten worden. Die Swisscom-Gruppe habe den Kabelnetzunternehmen dagegen seit 2006 stets mindestens das Sportgrundangebot (D. _____-Sportkanäle 1-3) zur Verfügung gestellt. Entgegen der Behauptung der UPC fehle es der Swisscom-Gruppe an einer die Marktbeherrschung der UPC ausschliessenden Verhandlungsmacht. Die UPC habe der Swisscom-Gruppe mit Schreiben vom 17. März 2017 explizit ein Distributionsangebot für "MySports" verweigert und von einer Sublicenzierung abgesehen.

B.d. Mit Urteil B-5819/2020 vom 31. Oktober 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde zufolge Feststellung einer kürzeren Dauer des Kartellrechtsverstosses teilweise gut. Die Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung vom 7. September 2020 wurde mit Bezug auf die auferlegte Sanktion wie folgt neu gefasst (Dispositiv-Ziffer 1) :

"Die UPC Schweiz GmbH wird in Anwendung von Art. 49a aAbs. 1 i.V.m. Art. 7 aAbs. 1 und 2 Bst. a KG mit einer Sanktion von CHF 29'093'844.- belastet."

Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (Dispositiv-Ziffer 2). Die Verfahrenskosten von Fr. 50'000.-- wurden der UPC Schweiz GmbH auferlegt (Dispositiv-Ziffer 3). Der Swisscom und B. _____ wurde zulasten der UPC Schweiz GmbH eine Parteientschädigung von Fr. 29'000.-- zugesprochen (Dispositiv-Ziffer 4).

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit vom 14. Dezember 2023 gelangt die Sunrise GmbH an das Bundesgericht.

C.a. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4 des Urteils vom 31. Ok-

tober 2023. Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils vom 31. Oktober 2023 sei wie folgt neu zu formulieren:

"Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. September 2020 aufgehoben. Auf die Belastung der Beschwerdeführerin mit einer Sanktion sowie auf die Anordnung einer Massnahme wird verzichtet."

Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils 31. Oktober 2023 aufzuheben und die in der Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils vom 31. Oktober 2023 bezifferte Sanktion sei auf den Betrag von Fr. 153'573.-- zu reduzieren. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin den Beizug der Verfahrensakten des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG und A._____ AG gegen Sunrise GmbH und Wettbewerbskommission betreffend "Sport im Pay-TV".

C.b. Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die WEKO, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Die Swisscom und B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen) schliessen auf Abweisung der Beschwerde und des Verfahrensanktrags, wonach die Verfahrensakten des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG und A._____ AG gegen Sunrise GmbH und Wettbewerbskommission betreffend "Sport im Pay-TV" beizuziehen seien. Mit Eingabe vom 22. Mai 2024 repliziert die Beschwerdeführerin, woraufhin die Beschwerdegegnerinnen mit Eingabe vom 27. August 2024 duplizieren. Dabei halten die Verfahrensbeteiligten an den gestellten Anträgen fest. Die Beschwerdeführerin nimmt mit Eingabe vom 23. September 2024 nochmals Stellung.

Erwägungen:

I. Eintreten und Kognition

1.

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts (vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]), womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (Art. 83 BGG). Sie richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin ist die Rechtsnachfolgerin der UPC (vgl. Bst. A hiervor; vgl. auch E. 1 des angefochtenen Urteils). Sie ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da die Vorinstanz den ihr von der WEKO auferlegten Sanktionsbetrag von Fr. 29'995'979.-- im Umfang von Fr. 29'093'844.-- bestätigt hat. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf

die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin stellt in der Beschwerde vom 14. Dezember 2023 den prozessualen Antrag um Beizug der Verfahrensakten des bereits rechtskräftig beurteilten, bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG und A._____ AG gegen Sunrise GmbH und Wettbewerbskommission betreffend "Sport im Pay-TV". In der Replik vom 22. Mai 2024 präzisiert die Beschwerdeführerin, dass sie damit die "Vorakten" des Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 - mithin die Akten des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO - meint. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Beschwerdegegnerinnen hätten im gegen sie geführten Untersuchungs- und Beschwerdeverfahren in Sachen "Sport im Pay-TV" einen gegenteiligen Standpunkt vertreten als sie im vorliegenden Verfahren einnehmen. Sie verhielten sich widersprüchlich.

Indessen ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, weshalb ein Aktenbeizug für das vorliegende Verfahren erforderlich wäre (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG). Mit Blick auf den Sachverhalt zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, inwiefern ein Beizug der Akten im Lichte von Art. 99 Abs. 1 BGG zulässig und angezeigt wäre. Ausserdem lässt die Beschwerdeführerin ausser Acht, dass sich der (rechtliche) Standpunkt der Beschwerdegegnerinnen ohne Weiteres auch aus der Begründung des Urteils 2C_561/2022 vom 23. April 2024 entnehmen lässt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung - so auch das Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 - ist der vorliegenden Angelegenheit auch ohne Aktenbeizug zugänglich und im bundesgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Der Antrag um Beizug der Verfahrensakten des Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 ist folglich abzuweisen.

3.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und lit. b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1; 143 I 1 E. 1.4).

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der festgestellte Sachverhalt kann nur

erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 149 II 337 E. 2.3; 142 I 135 E. 1.6). Die Sachverhaltsfeststellung oder die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt lässt oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen zieht. Dass die gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (vgl. BGE 144 II 281 E. 3.6.2; 140 III 264 E. 2.3). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 148 V 366 E. 3.3; 147 I 73 E. 2.2).

II. Streitgegenstand und formelle Rügen

4.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Vorwurf, wonach die (marktbeherrschende) Beschwerdeführerin ab dem 17. März 2017 die Geschäftsbeziehung gegenüber der Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV verweigert habe. In diesem Zusammenhang anerkannte die Vorinstanz ein kartellrechtswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und bestätigte die Sanktionierung im Umfang von Fr. 29'093'844.--. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren ist vor Bundesgericht unbestritten, dass der Geltungsbereich des Kartellgesetzes eröffnet ist (vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.2). Die Beschwerdeführerin beruft sich zu Recht nicht auf den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG. Selbst wenn immaterialgüterrechtlich geschützte Rechtspositionen der Beschwerdeführerin betroffen wären, wird deren Nutzung vorliegend nicht beschränkt, sodass der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG nicht greift (vgl. Urteile 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 4.2.1 f., zur Publikation vorgesehen; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.3.2 i.f.; vgl. auch Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG; SR 784.40]; Art. 73 RTVG).

5.

Die Beschwerdeführerin macht zunächst eine Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend und rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 2 KG, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 BV sowie von Art. 6 EMRK.

5.1. Die Beschwerdeführerin legt dar, die Beschwerdegegnerinnen hätten ein Schreiben der UPC vom 17. März 2017, mit welchem die UPC einen Zugang der Swisscom-Gruppe zum "MySports"-Angebot sowie eine Sublizenzierung der Eishockeyrechte abgelehnt habe, zum Anlass genommen, Anzeige bei der WEKO zu erstatten und nicht mehr zu vereinbarten Gesprächen mit der UPC zu erscheinen. Allerdings seien die Verhandlungen im Jahr 2018 wieder aufgenommen worden. Die-

se Verhandlungen seien in der Folge in eine Verzögerungsstrategie der UPC umgedeutet worden. Mit diesem Vorwurf sei die Beschwerdeführerin jedoch nicht vorgängig konfrontiert worden. Auch seien keine konkreten Verzögerungshandlungen der UPC benannt worden. Im Verfügungsentwurf des Sekretariats, zu dem die Beschwerdeführerin habe Stellung nehmen können, sei ihr eine direkte Verweigerung vorgeworfen worden. Erst in der Sanktionsverfügung sei die WEKO alsdann zum Schluss gelangt, im Zeitraum ab der Wiederaufnahme der Verhandlungen mit der Swisscom-Gruppe habe die Beschwerdeführerin eine Verzögerungsstrategie verfolgt. Vorgeworfen werde ihr also nicht mehr eine Ablehnungshandlung, die es im fraglichen Zeitraum auch nicht gegeben habe, sondern eine Verzögerungshandlung. Darüber sei Beweis zu führen und damit sei das beschuldigte Unternehmen vorgängig zu konfrontieren. Es liege daher eine Verletzung des Anklagegrundsatzes vor. Im Übrigen folge aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör von Art. 29 Abs. 2 BV, dass die Parteien vom Rechtsstandpunkt der Behörde nicht überrascht werden dürften. Dabei sei zu beachten, dass im Kartellverfahren gemäss Art. 30 Abs. 2 KG ein eigenständiger gesetzlicher Anspruch auf eine schriftliche Stellungnahme zum Verfügungsentwurf bestehe, der über den verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch hinausgehe. Eine Gewährung des rechtlichen Gehörs sei allein schon geboten gewesen, da die WEKO die Sanktionsverfügung im Vergleich zum 59-seitigen Verfügungsentwurf des Sekretariats um 39 Seiten auf 98 Seiten erweitert habe.

5.2. Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können laut Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (vgl. Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Wettbewerbskommission allerdings nicht an die Begründung des Verfügungsentwurfs ihres Sekretariats gebunden, sodass sie im Rahmen ihrer Verfügung ohne Weiteres davon abweichen darf (vgl. Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 7.2). Die Möglichkeit gemäss Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen, ist eine Erweiterung des nach der Verfassung und dem Verwaltungsverfahrensgesetz bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.2; Urteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 E. 3.4). Denn Art. 29 Abs. 2 BV räumt den verfahrensbeteiligten Parteien nicht das Recht ein, sich zu jedem möglichen Ergebnis zu äussern, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (vgl. BGE 145 I 167 E. 4.1; 132 II 257 E. 4.2).

5.3. Die Vorinstanz stellt fest, das Sekretariat habe in seinem Antrag vom 17. Dezember 2019 Folgendes festgehalten (vgl. E. 4.1.3 des angefochtenen Urteils) :

"Spätestens mit dem Schreiben von UPC vom 17. März 2017 [...] liegt gegenüber Swisscom eine Ablehnungshandlung vor. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass UPC gegenüber Swisscom schon vor diesem Zeitpunkt eine Hinhaltenaktik verfolgt und damit das Tatbestandselement der Ablehnungshandlung erfüllt hat. Im Zweifel ist jedoch zu Gunsten von UPC von einer Ablehnung und damit der Vollendung des Tatbestandsmerkmals der Geschäftsverweigerung spätestens mit Schreiben von UPC vom 17. März 2017 auszugehen."

In der Folge, so die Vorinstanz weiter, habe die WEKO die (Sanktions-) Verfügung vom 7. September 2020 wie folgt begründet (vgl. E. 4.1.3 des angefochtenen Urteils):

--.] Somit spielt es keine Rolle, dass nach der direkten Geschäftsverweigerung durch das Schreiben vom 17. März 2017 UPC und Swisscom erneut Verhandlungen aufgenommen haben. Wie sich zeigt, waren diese Verhandlungen nicht von einem Abschlusswillen seitens UPC vor Sommer 2020 geprägt.

--.] Alle vorangehend genannten Indizien ergeben zusammen ein konsistentes Gesamtbild, wonach UPC auch nach der direkten Verweigerung vom 17. März 2017 zumindest für die ersten drei Saisons Swisscom die fraglichen Eishockeyinhalte vorenthalten wollte. Daran bestehen keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel. Es erscheint daher in Würdigung aller Umstände als zweifelsfrei nachgewiesen, dass UPC trotz Verhandlungen nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte Swisscom vor der Saison 2020/21 zu überlassen."

5.4. Aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt sich, dass bereits der Antrag des Sekretariats vom 17. Dezember 2019 neben der Ablehnungshandlung eine mögliche Hinhaltenaktik respektive Verzögerungsstrategie thematisiert hat. Das Sekretariat hat zugunsten der Beschwerdeführerin lediglich offengelassen, ob Letztere "schon vor diesem Zeitpunkt [d. h. vor dem 17. März 2017] eine Hinhaltenaktik verfolgt" habe. Für die Zeit nach dem 17. März 2017 lässt sich im Antrag des Sekretariats durchaus der Vorwurf einer Verzögerungsstrategie erkennen. Dazu hat die Beschwerdeführerin denn auch Stellung genommen: Wie die Vorinstanz unbestritten festhält (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), habe die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 3. März 2020 zum Antrag des Sekretariats bestritten, die Zugangsgewährung ungerechtfertigt verzögert zu haben, wobei sie sich auch auf Ereignisse nach dem 17. März 2017 bezogen habe. Zudem habe ein Vertreter der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 17. August 2020 ausführlich Auskunft zu den Verhandlungen mit den Beschwerdegegnerinnen gegeben. Dabei habe er sich ausdrücklich nicht auf den Zeitraum von 2016 bis 2017, sondern ab Frühjahr 2018 berufen (vgl. E. 4.1.4 des angefochtenen Urteils). Folglich hat sich die Beschwerdeführerin zu den (tatsächlichen) Grundlagen der Verfügung der WEKO vom 7. September 2020 vor dessen Erlass umfassend äussern und ihre Standpunkte zu den Geschehnissen ab dem 17. März 2017 einbringen können.

5.5. Im Weiteren trägt die Beschwerdeführerin zwar zutreffend vor, dass die WEKO von der (rechtlichen) Begründung des Verfügungsentwurfs ihres Sekretariats

abgewichen und die Verfügung vom 7. September 2020 gegenüber dem Verfügungsentwurf erheblich umfangreicher sei.

5.5.1. Die Beschwerdeführerin lässt indes ausser Acht, dass die WEKO nicht an die Begründung des Verfügungsentwurfs ihres Sekretariats gebunden ist (vgl. Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 7.2). Überdies räumt Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG den am Verfahren beteiligten Personen lediglich die Möglichkeit ein, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Hingegen ist eine Stellungnahme zur Verfügung der WEKO im Grundsatz nicht vorgesehen. Solange sich die WEKO in ihrer Verfügung mit demselben Tatvorwurf wie das Sekretariat im Verfügungsentwurf befasst und den Vorwurf in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen gleich würdigt, sodass das Dispositiv in materieller Hinsicht nicht angepasst wird, besteht im Lichte von Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG sowie unter dem Gesichtspunkt des Gehörsanspruchs im Grundsatz keine Veranlassung, die betroffenen Personen neuerlich (schriftlich) anzuhören (vgl. auch Zirlick/Tagmann, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl. 2022, N. 31 f. und N. 35 zu Art. 30 KG). In Bezug auf die Rechtsanwendung anerkennt die Rechtsprechung denn auch bloss dann einen Anspruch auf vorgängige Stellungnahme, wenn eine Behörde ihren Entscheid auf eine Argumentation stützen will, die im bisherigen Verfahren nicht Thema war und mit der vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste (vgl. BGE 150 I 174 E. 4.1; 148 II 73 E. 7.3.1; 145 I 167 E. 4.1; 131 V 9 E. 5.4.1; zum Überraschungsverbot siehe auch Urteil 2D_4/2025 vom 28. April 2025 E. 3.2.1-3.2.4).

5.5.2. Wie die Vorinstanz zu Recht anführt, beruht die Verfügung vom 7. September 2020 wie bereits der Verfügungsentwurf auf dem Tatvorwurf der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. Dabei gründet der Tatvorwurf in tatsächlicher Hinsicht sowohl im Verfügungsentwurf als auch in der Verfügung vom 7. September 2020 auf den Sachverhaltskomplexen "Ablehnungshandlung" einerseits und "Hinhaltenaktik" respektive "Verzögerungsstrategie" andererseits. Ausserdem haben am 17. August 2020 Anhörungen vor der WEKO stattgefunden. Dass die anlässlich der Anhörung gewonnenen Eindrücke Eingang in die Verfügung finden und eine allenfalls differenziertere Sichtweise als das Sekretariat in seinem Antrag vom 17. Dezember 2019 zutage fördert, ist gesetzgeberisch gewollt, zumal die Anhörung durch die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG nach der Antragsstellung durch das Sekretariat erfolgt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die von der WEKO vorgenommene Abweichung in der (rechtlichen) Begründung nicht wesentlich ist und sich auch nicht sanktionserhöhend ausgewirkt hat. Gegenüber dem Antrag des Sekretariats hat die WEKO die Sanktion vielmehr von Fr. 30'421'733.-- auf Fr. 29'995'979.-- leicht reduziert (vgl. auch E. 4.1.5 des angefochtenen Urteils).

5.5.3. Nach dem Dargelegten liegt keine Verletzung von Art. 30 Abs. 2 KG sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV vor.

5.6. Die Beschwerdeführerin macht unter Hinweis auf Art. 6 EMRK ausserdem eine Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend.

5.6.1. Die kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG haben einen strafrechtlichen respektive strafrechtsähnlichen Charakter. Die Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 7 EMRK sowie Art. 30 BV und Art. 32 BV sind bei solchen Sanktionen entsprechend anwendbar (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 9.1). Über ihre Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2 i.f.), denn das kartellrechtliche Verfahren bleibt ein Verwaltungsverfahren. Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützt sich direkt auf die EMRK und nicht auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0), das Strafgesetzbuch (SR 311.0) oder die Strafprozessordnung (SR 312.0). Diese innerstaatlichen Erlasse sind nicht anwendbar (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3; Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 5.3; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.4.1). Der Anklagegrundsatz ist indes nicht nur in Art. 9 StPO kodifiziert, sondern wird auch aus Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und lit. b EMRK abgeleitet (vgl. BGE 149 IV 128 E. 1.2; 144 I 234 E. 5.6.1; 143 IV 63 E. 2.2).

5.6.2. Insofern greift es zu kurz, wenn die Vorinstanz die Verfahrensgarantie des Anklagegrundsatzes pauschal für nicht anwendbar erklärt, da die Strafprozessordnung im Kartellverwaltungsverfahren nicht einschlägig sei (vgl. E. 4.1.9 i.f. des angefochtenen Urteils). Zwar ist der Anklagegrundsatz nach dem strafprozessualen Massstab nicht anwendbar. Jedoch ist dem Grundsatz in einer funktional modifizierten Form - d. h. im Sinne eines Rechts auf Information - auch im Kartellverwaltungsverfahren Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des EGMR Pélissier und Sassi gegen Frankreich vom 25. März 1999, Nr. 25444/94, § 52 f.; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 2.2.2 i.f.). Dieser Tragweite der Garantie nach Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und lit. b EMRK sowie Art. 32 BV schenkt die WEKO - nach dem bereits Ausgeführten (vgl. E. 5.4 f. hiervor) - vorliegend ohne Weiteres genügend Beachtung. Der Beschwerdeführerin war der Gegenstand des Untersuchungsverfahrens bekannt. Der Verfügungsentwurf (Anklage) hat den der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Tatvorwurf (Verweigerung der Geschäftsbeziehungen) so präzise umschrieben, dass dieser in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert war. Es war für die Beschwerdeführerin klar, dass sich der Tatvorwurf einerseits auf eine Ablehnungshandlung und andererseits auf eine Hinhaltetaktik stützt. Dazu äusserte sie sich denn auch im Rahmen des Untersuchungsverfahrens. Damit wurde dem Zweck des Rechts auf Information hinreichend Nachachtung verschafft.

5.6.3. Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV vor.

6.

Die Beschwerdeführerin beanstandet im Weiteren eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach Art. 9 BV im Zusammenhang mit dem behördlichen Verhalten beim Rechteerwerb und der nachgelagerten Rechteverwertung.

6.1. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die damalige UPC habe die Rechte für die strittigen Eishockeyübertragungen in einem von der WEKO eng begleiteten, freien und fairen Bieterverfahren, an dem auch die Swisscom-Gruppe teilgenommen habe, exklusiv erworben. Die zeitlich befristete exklusive Vermarktung von Sportübertragungen im Bezahlfernsehen sei im europäischen Ausland eine gängige und von den europäischen Wettbewerbsbehörden auf der Stufe der TV-Anbieterinnen anerkannte Praxis. Das widersprüchliche und zu Wettbewerbsverzerrungen längs der Wertschöpfungskette führende Vorgehen der WEKO, die die exklusive Vermarktung der Übertragungsrechte auf der vorgelagerten Marktstufe zugelassen, aber auf der nachgelagerten Marktstufe verboten habe, sei mit dem Schutz des Vertrauens der Rechteerwerberin im Sinne von Art. 9 BV in die Zulässigkeit einer bestimmungsgemässen Nutzung der exklusiv vergebenen Rechte nicht zu vereinbaren. Indem die WEKO im Sommer 2016 die Vergabe der Eishockeyübertragungsrechte nicht beanstandet habe, habe sie eine Vertrauensgrundlage für die Rechtmässigkeit der nachgelagerten Rechteverwertung geschaffen.

6.2. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf den Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, die betreffende Person berührende Angelegenheit bezieht. Vorausgesetzt ist im Weiteren, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage hat vertrauen dürfen und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Ausserdem scheitert die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1; 129 I 161 E. 4.1; Urteil 2C_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 150 I 183).

6.3. Mit dem Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach die zeitlich befristete exklusive Vermarktung von Sportübertragungen im Bezahlfernsehen im europäischen Ausland eine gängige und von den europäischen Wettbewerbsbehörden auf der Stufe der TV-Anbieterinnen anerkannte Praxis sei, hat sich das Bundesgericht bereits im Verfahren 2C_561/2022 befasset. Es hat festgehalten, dass im europäischen Ausland lediglich auf der Ebene der Rechtevergabe eingegriffen worden sei, weil in jenen Jurisdiktionen kein vergleichbares wettbewerbsrechtliches Problem bei der Rechteverwertung auf der TV-Plattformebene wie in der Schweiz bestanden habe (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.4.2). Dass sich an dieser Ausgangslage etwas geändert haben sollte, ist nicht ersichtlich.

6.3.1. Die Wertschöpfungskette im Fernsehsektor zeichnet sich im Wesentlichen durch drei aufeinanderfolgende Produktionsschritte respektive Ebenen aus. Auf der ersten Ebene, der sogenannten "Contentebene", werden Inhalte produziert, die Elemente oder Vorleistungen von Sendungen und Fernsehprogrammen sind. Die Signalproduktion für die Programmausstrahlung erfolgt durch Verwertungsunternehmen oder Programmveranstalterinnen. Die zweite Ebene, die sogenannte "Programmebene", umfasst die Beschaffung der Inhalte und ihre

Zusammenstellung zu einem fortlaufenden, inhaltlich zusammenhängenden Fernsehprogramm durch die Programmveranstalterinnen, gegliedert in die Programmarnten Free-TV und Pay-TV. Im Pay-TV werden Programminhalte von den Programmveranstalterinnen gegen Bezahlung ausgestrahlt, wobei zwischen der Einzelvermarktung bestimmter Inhalte ("pay per view") und der Pauschalvermarktung eines vollständigen Fernsehkanals oder mehrerer Kanäle ("pay per channel") zu unterscheiden ist. Zudem gibt es die Möglichkeit, über einen Videodienst Filme auf Abruf ("video on demand") zu betrachten. Auf der dritten Ebene, der sogenannten "Distributionsebene" (auch "Multiplikationsebene"), erfolgt die Programmübermittlung respektive die Übertragung der Fernsehsignale (analog oder digital, verschlüsselt oder entschlüsselt) an die Zuschauer. Auf dieser Ebene werden auch die Bündelung von Programmen zu Programmpaketen und das Abonnementmanagement angesiedelt (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 5.1.1).

6.3.2. Die Beschwerdeführerin nimmt - wie auch die Beschwerdegegnerinnen - vertikal vollständig integriert am Wettbewerb auf sämtlichen Ebenen der Wertschöpfungskette teil. Sie beschafft auf der Contentebene die medialen Verwertungsrechte und bereitet diese auf. Auf der Programmebene stellt sie die Programme für ihren Sportsender "Mysports" zusammen und als Kabelnetzbetreiberin leitet sie auf der Distributionsebene das Signal des "MySports"-Programms über ihre TV-Plattform an die TV-Kunden weiter (vgl. E. 5.3 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 5.1 und E. 7.4.3). Diese Ausgangslage bildet die wettbewerbsrechtliche Grundproblematik auf der Ebene der Rechteverwertung. Für die WEKO hat angesichts der vertikalen Integration der Beschwerdeführerin, wie bereits bei den Beschwerdegegnerinnen, ohne Weiteres Veranlassung bestanden, auf der Ebene der Rechteverwertung einzugreifen (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 5.1; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 5.2).

6.3.3. Der Umstand, dass die WEKO vorliegend die Vergabe der Übertragungsrechte im Rahmen des Bieterverfahrens durch den Eishockeyverband "begleitet" und die Modalitäten der Rechtsvergabe nicht beanstandet habe, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, zeitigt keine Wirkung auf die vorgenannten wettbewerbsrechtlichen Unzulänglichkeiten auf der Ebene der Rechteverwertung. Der Rechteerwerb lässt sich von der Rechteverwertung in zeitlicher sowie sachlicher Hinsicht klar abgrenzen. Auch sind auf den beiden Ebenen unterschiedliche Personen involviert und betroffen. Die WEKO hat nur dann einzugreifen, wenn ein Anhaltspunkt für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.4.1). Gibt es bei der Rechtsvergabe keine solchen Anhaltspunkte, besteht für die WEKO keine Veranlassung, mit Massnahmen zu intervenieren. Damit trifft die WEKO indes keine Aussage darüber, ob auf der nachgelagerten Ebene der Rechteverwertung Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen.

6.4. Entsprechend ist die vorinstanzliche Auffassung zu bestätigen, wonach die WEKO mit der fehlenden Intervention anlässlich der Rechtevergabe keine Vertrauens-

grundlage für die nachgelagerte Ebene der Rechteverwertung geschaffen hat. Es liegt keine Verletzung des Vertrauensschutzes im Sinne von Art. 9 BV vor.

III. Verweigerung der Geschäftsbeziehungen

7.

Nach Art. 7 aAbs. 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. Art. 7 KG ist per 1. Januar 2022 geändert worden (vgl. AS 2021 576, S. 1; vgl. auch E. 9.2 hiernach). Im vorliegenden Verfahren ist noch die alte Fassung vom 6. Oktober 1995 anwendbar, da die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung im Grundsatz nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens - d. h. im Zeitpunkt der Verfügung vom 7. September 2020 - zu beurteilen ist (vgl. BGE 150 II 390 E. 4.3; 149 II 187 E. 4.4; vgl. auch Urteile 2C_276/2024 und 2C_469/2024 vom 21. Juli 2025 E. 4; 2C_341/2023 vom 30. April 2025 E. 4.1, zur Publikation vorgesehen).

7.1. Das Kartellgesetz enthält keine Definition des Begriffs "Markt", obwohl es mehrfach darauf Bezug nimmt. Stattdessen wird der Begriff in Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) näher erläutert, indem die Bestimmung eine Definition der Begriffe "sachlich relevanter Markt" und "räumlich relevanter Markt" enthält (vgl. Urteile 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 8.2; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.1). Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Art. 11 Abs. 3 VKU bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung analog anzuwenden. Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist daher der relevante sachliche, räumliche und zeitliche Markt zu definieren (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteile 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 7.1, zur Publikation vorgesehen; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.2.1; zum sachlich relevanten Markt im Besonderen siehe Urteile 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 7.2, zur Publikation vorgesehen; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 8.2.1 f.; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1 f.).

7.2. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber respektive Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 8.1, zur Publikation vorgesehen; vgl. auch BGE 139 II 316 E. 6.1). Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht,

dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., S. 2045). Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 8.4, zur Publikation vorgesehen; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 9.2; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1). Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (vgl. Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1; vgl. auch Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1).

7.3. 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. Marktbeherrschung wird dann problematisch, wenn, wie Art. 7 aAbs. 1 KG festhält, als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; Urteile 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 9.2, zur Publikation vorgesehen; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 6.1 ff.; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.1 f.). Als solche Verhaltensweise fällt laut Art. 7 Abs. 2 lit. a KG insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre) in Betracht.

7.3.1. Die Geschäftsbeziehung kann direkt (ausdrücklich, explizit) oder indirekt (z. B. mit einem Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder der Forderung unangemessener Geschäftsbedingungen) verweigert werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2022, N. 217 zu Art. 7). Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG setzt im Weiteren grundsätzlich voraus, dass das strittige Gut für die wirksame Teilnahme am Wettbewerb auf einem benachbarten oder nachgelagerten Markt unerlässlich ist, da zumutbare Alternativen fehlen (vgl. BGE 139 II 316 E. 7; 129 II 497 E. 6.5.1; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4). Ein Gut ist insbesondere dann unerlässlich ("indispensable"; vgl. BGE 139 II 316 E. 7) und damit objektiv notwendig, wenn die Marktgegenseite ohne dieses Gut am Wettbewerb nicht mehr wirksam teilnehmen kann. Hierfür ist es ausreichend, dass der Wettbewerb behindert wird, da dann der wirksame Wettbewerb nicht mehr gewährleistet ist. Insofern stellt Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine ausdrücklich geregelte Form des Behinderungsmissbrauchs im Sinne von Art. 7 aAbs. 1 KG dar. Eine gänzliche Beseitigung des Wettbewerbs im Sinne einer eigentlichen Marktverschlössung oder eines drohenden Marktausschlusses ist zur Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4).

7.3.2. Zu prüfen ist, ob das marktbeherrschende Unternehmen sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, obwohl das verweigerte Gut für die Geschäftstätigkeit der Marktgegenseite unerlässlich ist. Die Verweigerung muss sodann wettbewerbsbehindernde Wirkung haben, wobei die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kausal für die wettbewerbsbehindernde Wirkung sein muss (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.2; vgl. auch BGE 139 II 316 E. 7; 129 II 497 E. 6.5.1). Die bloss abstrakte Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt noch keine Wettbewerbsbehinderung dar. Erforderlich ist eine tatsächliche, auf den Umständen des konkreten Falls beruhende Eignung des Verhaltens, den Wettbewerb zu behindern (vgl. Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.2.2 und E. 10.3, zur Publikation vorgesehen; vgl. auch E. 8.5.1 hiernach). Ferner ist zu beurteilen, ob sich die Verweigerung durch "legitimate business reasons" rechtfertigen lässt. Die sachlichen Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden. Eine pauschale Aussage genügt nicht (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 i.f.; 139 I 72 E. 10.4.2 i.f.).

7.3.3. Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auch auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47) zurückgegriffen werden, da sich die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG grundsätzlich an Art. 102 AEUV orientieren (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3; Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.2, zur Publikation vorgesehen; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.2.3). Liegen im Wesentlichen gleiche Sachlagen vor, kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.3; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.2.3). Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da "die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten".

8.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. Es liege keine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vor.

8.1. Die Beschwerdeführerin führt aus, Hintergrund des vorliegenden Verfahrens bilde ein Zweiparteienstreit zwischen der damaligen UPC und der Swisscom-Gruppe über den gegenseitigen Zugang zu Sportinhalten im Pay-TV. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 habe die Swisscom-Gruppe um Zugang zum "MySports"-Angebot von UPC ersucht. Ebenfalls mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 habe die Swisscom-Gruppe eine Offerterte für den Zugang zum D._____-Sportangebot unterbreitet, welches von der UPC jedoch als diskriminierend und nicht marktgerecht zurückgewiesen worden

sei. Auf eine Gegenofferte der UPC vom 24. Oktober 2016 sei die Swisscom-Gruppe nicht eingegangen. Der UPC, so die Beschwerdeführerin weiter, sei es nicht zuzumuten gewesen, der Gegenseite Zugang zum eigenen Sportangebot zu gewähren. Bei den strittigen Spielübertragungen handle es sich auch nicht um ein objektiv notwendiges Gut, für welches gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine Kontrahierungspflicht bestünde. Die Annahme, die Swisscom-Gruppe könne ohne Schweizer Eishockeyübertragungen nicht wirksam am Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt teilnehmen, sei angesichts des umfassenden Sportangebots der Swisscom-Gruppe im Untersuchungszeitraum abwegig, zumal die strittigen Spielübertragungen ohnehin in substantiellem Umfang in der Netzinfrastruktur der Swisscom-Gruppe über das Internet und Free-TV zugänglich gewesen seien. Es interessiere sich nur eine Minderheit des Gesamtpublikums für Eishockey. Die Swisscom-Gruppe habe im Untersuchungszeitraum denn auch keine Marktanteile verloren, sondern ihre Marktführerschaft weiter ausgebaut, und sei in der Lage gewesen, sich als grösste Anbieterin von Sportübertragungen und als "Nummer 1" im Bezahlfernsehen anzupreisen.

8.2. Die Beschwerdeführerin setzt sich in der bundesgerichtlichen Beschwerde nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur vorliegend relevanten Marktabgrenzung (vgl. dazu E. 7.1 hiervor) und Marktstellung respektive Marktbeherrschung (vgl. dazu E. 7.2 hiervor) auseinander. Die Vorinstanz bestätigt denn auch zu Recht den von der WEKO abgegrenzten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 8.3-8.9; E. 6 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz hält im Weiteren - angesichts des Marktanteils der Beschwerdeführerin von 100 % während des gesamten Untersuchungszeitraums - zutreffend für erstellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV eine beherrschende Stellung innehatte. Diese Marktstellung erlangte die Beschwerdeführerin durch den am 1. Juli 2016 erfolgten Erwerb der ab der Saison 2017/18 für fünf Jahre geltenden Verwertrungsrechte (vgl. E. 7 des angefochtenen Urteils). Demgegenüber beanstandet die Beschwerdeführerin ausführlich die vorinstanzliche Anwendung von Art. 7 KG (vgl. dazu E. 7.3 hiervor). Sie trägt in diesem Zusammenhang Sachverhaltsrügen vor (vgl. E. 8.3 hiernach) und kritisiert die rechtliche Würdigung der Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG durch die Vorinstanz (vgl. E. 8.4 ff. hiernach).

8.3. Zunächst ist auf die Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Sämtliche Sachverhaltsrügen zielen auf die Dauer des gegebenenfalls wettbewerbswidrigen Verhaltens.

8.3.1. Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen ist erstellt, dass B._____ mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 die Beschwerdeführerin um eine Offerte zur Verbreitung und Vermarktung des Sportangebots "MySports" auf den Swisscom TV-Plattformen ersucht hat und in der Folge mehrere Treffen zwischen den Parteien stattgefunden haben. Im Antwortschreiben vom 17. März 2017 habe die Beschwerdeführerin ge-

genüber den Beschwerdegegnerinnen erklärt, dass sie von einer Verbreitung von "MySports" auf den Swisscom TV-Plattformen sowie von einer Sublizenzierung der Eishockeyrechte absehe. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat die Beschwerdeführerin mit diesem Schreiben klar zum Ausdruck gebracht, dass sie mit den Beschwerdegegnerinnen keine Geschäftsbeziehungen unterhalten wolle (vgl. E. 9.2.1 des angefochtenen Urteils).

Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren kritisiert die Beschwerdeführerin hingegen die Feststellungen zu ihrem Verhalten im Nachgang zum Schreiben vom 17. März 2017. Dabei macht sie im Wesentlichen geltend, die (direkte) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen habe spätestens mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen zwischen den Beschwerdegegnerinnen und ihr ab dem 30. Oktober 2018 geendet. Es seien ihr danach keine konkreten Verzögerungshandlungen nachgewiesen worden. Die Beschwerdeführerin stellt damit in Abrede, dass sie eine Hinhaltetaktik respektive Verzögerungsstrategie verfolgt habe, die als indirekte Geschäftsverweigerung gewertet werden könne. Dennoch gehe die Vorinstanz davon aus, dass das wettbewerbswidrige Verhalten vom 17. März 2017 bis zum 5. Februar 2020 gedauert habe.

8.3.2. Ausgangspunkt der vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist eine Aussage des ehemaligen CEO von UPC, der zufolge "UPC will not sub-license the hockey rights, but will use them as a competitive tool against Swisscom". Im Weiteren weist die Vorinstanz auf die Aussagen des "MySports"-Programmverantwortlichen anlässlich einer Anhörung im Jahr 2017 vor der WEKO hin, wonach die Beschwerdeführerin "als new-entrant [...] Monopolstrukturen aufbrechen [möchte]. Eine unmittelbare Offerte würde dem entgegenstehen - deshalb sicherlich nicht zum heutigen Zeitpunkt. Allenfalls kann die Diskussion in 3 Jahren (langfristig) geführt werden, aber nicht zum heutigen Zeitpunkt" (E. 9.2.2.2 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz setzt sich ausführlich mit der Relativierung der Aussagen durch die Beschwerdeführerin auseinander und anerkennt auch, dass zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnerinnen ab Ende Oktober 2018 Gespräche stattfanden, die in eine Vereinbarung datierend vom 16./17. Juli 2020 mündeten (vgl. E. 9.2.2.3 des angefochtenen Urteils).

Im Lichte der beiden eindeutigen Aussagen ist die vorinstanzliche Beweiswürdigung, wonach die Beschwerdeführerin eine Hinhaltetaktik respektive eine Verzögerungsstrategie verfolgt habe, allerdings nicht unhaltbar (vgl. E. 3 hiervor). Daran vermögen auch die Hinweise der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, dass die beiden (zitierten) Personen bei der Wiederaufnahme der Verhandlungen mit den Beschwerdegegnerinnen im Oktober 2018 nicht mehr für die Beschwerdeführerin tätig gewesen seien und die Beschwerdegegnerinnen die Kooperationsbereitschaft der Beschwerdeführerin nie bemängelt hätten.

8.3.3. Die WEKO hat das Ende der Verzögerungsstrategie und damit der (indirekten) Verweigerung der Geschäftsbeziehung noch auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 16./17. Juli 2020 festgelegt,

da, wie sie vor Bundesgericht erneut ausführt, ihrer Ansicht nach die Geschäftsverweigerung erst mit Erhalt des verweigerten Produkts endet. Dagegen sieht die Vorinstanz die Hinhaltetaktik per 5. Februar 2020 als beendet an. Hintergrund dieser vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist der Umstand, dass die Verhandlungen zwischen dem 27. Februar 2019 und dem 5. Februar 2020 ruhten, da am 27. Februar 2019 das Vorhaben von Sunrise bekannt wurde, die UPC zu übernehmen. Nach dem Scheitern des Fusionsvorhabens wurden die Verhandlungen am 5. Februar 2020 wieder aufgenommen (vgl. E. 9.2.2.4 f. des angefochtenen Urteils).

Zwar bringt die Beschwerdeführerin zutreffend vor, dass aus dem angefochtenen Urteil nicht überzeugend hervorgehe und entsprechend nicht nachvollziehbar sei, was die Verhandlungen ab dem 5. Februar 2020 neuerdings als ernsthaft erscheinen liessen. Da die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich jedoch zugunsten der Beschwerdeführerin würdigt, vermag Letztere im Ergebnis keine willkürliche Beweiswürdigung aufzuzeigen (vgl. Art. 107 Abs. 1 BGG; vgl. auch Art. 62 VwVG). Jedenfalls lässt sich aus dieser Unzulänglichkeit nicht ableiten, die Beschwerdeführerin habe auch vor dem 5. Februar 2020 ernsthaft verhandelt und keine Verzögerungsstrategie verfolgt. Da die willkürfrei gewürdigten Anhaltspunkte für eine Hinhaltetaktik respektive Verzögerungsstrategie vor dem 5. Februar 2020 im bundesgerichtlichen Verfahren Bestand haben (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), ist es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend, aus welchem Grund es zwischen dem 27. Februar 2019 und dem 5. Februar 2020 zu einem Abbruch der Verhandlungen kam und die Verfahrensbeteiligten nicht Hand für eine Teillösung boten (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG).

8.3.4. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung, wonach die Beschwerdeführerin ihre Verweigerungshaltung erst am 5. Februar 2020 mit der Wiederaufnahme der Verhandlungen aufgegeben habe, ist nach dem Dargelegten nicht als offensichtlich unrichtig zu beanstanden. Die Vorinstanz hält somit willkürfrei fest, dass ab dem 5. Februar 2020 ernsthafte Verhandlungen stattgefunden hätten (vgl. E. 9.2.2.7 des angefochtenen Urteils). In tatsächlicher Hinsicht ist für das bundesgerichtliche Verfahren somit von einer direkten sowie indirekten Verweigerungshaltung gegenüber den Beschwerdegegnerinnen im Zeitraum vom 17. März 2017 bis zum 5. Februar 2020 auszugehen.

Soweit die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung eine Verletzung der Unschuldsvermutung von Art. 6 EMRK rügt, ist darauf hinzuweisen, dass dem Grundsatz "in dubio pro reo" in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor dem Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl. BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 144 IV 345 E. 2.2.3.3 i.f.). Eine unzulässige Umkehr der Beweislast ist im Übrigen nicht zu erkennen.

8.4. In rechtlicher Hinsicht ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin sich weigerte, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, obwohl das verweigerte Gut für die Geschäftstätigkeit der Marktgegenseite

- d. h. die Beschwerdegegnerinnen - unerlässlich war (vgl. E. 7.3.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin bestreitet in diesem Zusammenhang, dass die strittigen Eishockeyübertragungen objektiv notwendig gewesen seien. Eishockeyübertragungen seien für eine attraktive TV-Plattform nicht ausschlaggebend. Es habe Ausweichmöglichkeiten im Internet und Free-TV gegeben.

8.4.1. Von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG wird sowohl die direkte als auch indirekte Verweigerung von Geschäftsbeziehungen erfasst (vgl. E. 7.3.1 hiervor). Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass die von der Vorinstanz auf der Sachverhaltsebene festgestellten und soeben dargelegten Verhaltensweisen nicht als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zu betrachten sind. Wie im vorinstanzlichen Verfahren ist vor Bundesgericht vielmehr strittig, ob die Schweizer Eishockeyübertragungen im Untersuchungszeitraum ein objektiv notwendiges Gut waren, um auf dem TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können. Die Vorinstanz stellt unbestritten fest (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), in einer Marktbefragung vom Juni 2013 haben 18 TV-Plattformen auf eine Frage der WEKO zur Verfügbarkeit von Sport-Ligen geantwortet, dass die National League A (Eishockey Schweiz) "sehr wichtig" für die Kundengewinnung und Kundenbindung auf ihrer TV-Plattform sei (vgl. E. 9.3.2 des angefochtenen Urteils). Im Übrigen komme Eishockey in der Schweiz bezüglich des Zuschauerinteresses, der Medienberichterstattung und der generierten Umsätze eine gewichtige Stellung zu und werde neben Fussball als "Hauptsportart" bezeichnet. Selbst die Beschwerdeführerin und ihre Distributionspartner machten vor allem mit Eishockey für "MySports" Werbung, obwohl auf "MySports" auch andere Sportarten wie Fussball, Handball, Basketball, Beachvolleyball, Motorsport und Pferdesportevents gezeigt würden (vgl. E. 9.3.3 des angefochtenen Urteils).

8.4.2. Die Gegendarstellung der Beschwerdeführerin - namentlich der Hinweis, dass dem (Schweizer) Fussball ein noch grösseres Interesse zukomme - vermag die vorinstanzlichen Feststellungen zur Stellung und Bedeutung des Schweizer Eishockeys im relevanten Untersuchungszeitraum nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen lassen (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG). Es ist nach der Rechtsprechung im Übrigen nicht erforderlich, dass das Sportangebot mit den Eishockeyübertragungen der einzige Grund für die Wahl der TV-Plattform war, sondern lediglich, dass es aufgrund seiner Attraktivität das ausschlaggebende Auswahlkriterium bildete (vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.1). Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Kern mit den Eishockeyübertragungen für "MySports" warb, lässt sich durchaus ableiten, dass der Pay-TV-Kunde dem Schweizer Eishockey eine ausschlaggebende Bedeutung bei der Auswahl der TV-Plattform beimass. Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass in der Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden einzig dem Fussball eine herausragende Stellung eingeräumt werde, nicht aber der Sportart Eishockey, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführerin macht in tatsächlicher Hinsicht keine genauen Angaben zur Stellung und Bedeutung von Eishockey in der EU. Ausserdem besteht, wie bereits ausgeführt (vgl.

E. 6.3 hiervor), in der EU kein vergleichbares wettbewerbsrechtliches Problem auf der Ebene der Rechteverwertung.

8.4.3. Überdies vertritt die Beschwerdeführerin wie im vorinstanzlichen Verfahren die Ansicht, es habe gewisse Eishockeyübertragungen im Free-TV sowie im Internet als Alternativen zu den Übertragungen auf "MySports" gegeben. Mit Blick auf das Free-TV stellt die Vorinstanz fest, dass lediglich eine geringe Anzahl Spiele während den Playoffs ausgestrahlt worden seien. Die Vorinstanz geht diesbezüglich zu Recht von einer ungenügenden Ausweichmöglichkeit aus (vgl. E. 7.3 und E. 9.3.5.4 des angefochtenen Urteils). Mit Bezug auf die Ausweichmöglichkeiten im Internet - die sogenannten "Over-the-Top"-Angebote (nachfolgend: OTT-Angebote) - nimmt die Vorinstanz eine differenzierte Würdigung vor, der zu folgen ist (vgl. E. 9.3.5.2 f. des angefochtenen Urteils):

8.4.3.1. Das im September 2017 von Quickline aufgeschaltete kostenlose OTT-Angebot "Quickline TV Air Free", das unter anderem den Kanal "MySports" enthalte, sei auf den Sender "MySports HD" beschränkt. Dieser biete wöchentlich ein Spiel der Swiss League und der National League. Zwei Spiele pro Woche, verteilt auf zwei Ligen, könnten nicht als genügende Alternative betrachtet werden. Dagegen stelle sich das Problem des eingeschränkten Angebots nicht beim OTT-Angebot von Sky ("MySports Go"), das am 21. September 2018 aufgeschaltet worden sei. Dieses habe alle Schweizer Eishockeyübertragungen von "MySports" zum Inhalt. Bezüglich dieses Angebots bemängelt die Vorinstanz indes, ohne dass dies die Beschwerdeführerin hinreichend infrage stellen würde, dass es nicht auf der Swisscom TV-Box verfügbar sei.

8.4.3.2. Im Übrigen zeichneten sich die OTT-Angebote dadurch aus, so die Vorinstanz weiter, dass deren Inhalte unabhängig vom jeweiligen Internetprovider empfangen werden könnten. Dies bedeute im vorliegenden Fall, dass auch Swisscom-Kunden in den Genuss von "MySports"-Eishockeyübertragungen kommen könnten. Die einzige Leistung von Swisscom bestehe darin, die entsprechenden Datenpakete zu übermitteln. Der Provider sei also nicht in die Angebote und Inhalte involviert, sondern fungiere allein als Datenlieferant. Die OTT-Angebote könnten somit nicht in die konkurrierenden TV-Plattformen integriert werden. Mit anderen Worten werde das Angebot nicht den Beschwerdegegnerinnen bereit-, sondern über das offene Internet beliebigen Endkonsumenten zur Verfügung gestellt. Damit entfalle für Swisscom die Möglichkeit, das "MySports"-Angebot über ihre TV-Plattform anzubieten.

8.4.4. Im Übrigen verlangen weder die Vorinstanz noch die WEKO von der Beschwerdeführerin, dass diese sämtliche Schweizer Eishockeyübertragungen bereitstellt.

8.4.4.1. Im Verfahren "Sport im Pay-TV" gegen die Beschwerdegegnerinnen erachtete die Vorinstanz die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Umfang der auf den D. _____-Sportkanälen 1-3 übertragenen Spiele als objektiv notwendigen Input. Die auf den weiteren D. _____-Sportkanälen übertragenen Spiele, die zusammen mit den Übertragungen auf den Kanälen 1-3 ein vollständiges Sportangebot ermöglicht

hätten, wurden dagegen nicht als objektiv notwendiger Input qualifiziert (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.1). Mit anderen Worten wurde ein Grundangebot an Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen als ausreichend erachtet, um auf dem TV-Plattformmarkt konkurrieren zu können.

8.4.4.2. Vor diesem Hintergrund besteht für die Beschwerdeführerin keine Bereitstellungspflicht hinsichtlich aller Schweizer Eishockeyübertragungen gegenüber den Beschwerdegegnerinnen. Da die Beschwerdeführerin die Schweizer Eishockeyübertragungen auf "MySports" anders zusammenstellt als zuvor die Beschwerdegegnerinnen auf den D. _____-Sportkanälen, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin allerdings nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz kein Grundangebot von auf "MySports" übertragenen Schweizer Eishockeyübertragungen definiert hat, das dem Angebot von Schweizer Eishockeyübertragungen auf den D. _____-Sportkanälen 1-3 (im für das Verfahren "Sport im Pay-TV" relevanten Zeitraum von 2006 bis 2013) entspricht (vgl. auch E. 10.4 hiernach).

8.4.5. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen wird ersichtlich, dass auch die OTT-Angebote jedenfalls aus Sicht der TV-Plattformanbieterinnen keine genügenden Ausweichmöglichkeiten boten. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Schweizer Eishockeyübertragungen einen TV-Inhalt betrafen, der in einem beschränkten Umfang (Grundangebot) objektiv notwendig war, um auf dem benachbarten TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können. Die Übertragungen im Free-TV sowie die OTT-Angebote stellten entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - namentlich aus Sicht der konkurrierenden TV-Plattformanbieterinnen - keine genügenden Alternativen zu den Schweizer Eishockeyübertragungen auf "MySports" dar.

8.5. Im zweiten Schritt ist zu beurteilen, ob die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen eine wettbewerbsbehindernde Wirkung hatte, wobei die Verweigerung kausal für die wettbewerbsbehindernde Wirkung sein musste (vgl. E. 7.3.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Kontext vor, es sei keine Marktverschliessung erfolgt und der Wettbewerb sei nicht beseitigt worden.

8.5.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine gänzliche Beseitigung des Wettbewerbs im Sinne einer eigentlichen Marktverschliessung oder eines drohenden Marktausschlusses, wie es die Beschwerdeführerin verlangt, nicht erforderlich (vgl. E. 7.3.1 hiervor; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4). Es reicht ferner, dass das Verhalten geeignet ist, sich wettbewerbsbehindernd auszuwirken (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.4). Für die Feststellung der Eignung für eine Behinderung des Wettbewerbs muss der Eintritt von tatsächlichen Auswirkungen somit nicht nachgewiesen werden. Eine auswirkungsbezogene Analyse ist somit nicht erforderlich (vgl. Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.3, zur Publikation vorgesehen). Allerdings ist nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 lit. e KG und mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof (EuGH), auf die auch die Beschwerdeführerin vorliegend verweist, zumindest eine tatsächliche, auf den Umständen

des konkreten Falls beruhende Eignung nötig, den Wettbewerb zu behindern (vgl. Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.2.2, zur Publikation vorgesehen). Mit anderen Worten genügt für den Nachweis nicht eine bloss hypothetische Gefahr oder ein bloss hypothetisches respektive theoretisches Potenzial der Wettbewerbschädigung. Vielmehr müssen die Wettbewerbsbehörden nachweisen, dass allfällige Verhaltensweisen auch effektiv potentiell geeignet sind, den Wettbewerb zu behindern. Die Gefahr der Wettbewerbschädigung darf nicht bloss abstrakter Natur sein (vgl. Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.3, zur Publikation vorgesehen).

8.5.2. Entsprechend hält die Vorinstanz in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zu Recht fest, dass der Nachweis einer potenziell nachteiligen Einwirkung respektive der Nachweis einer tatsächlichen Eignung des Verhaltens, sich wettbewerbsbehindernd auszuwirken, genügt, soweit die Eignung nicht nur rein hypothetischer Natur ist (vgl. E. 9.4.1 des angefochtenen Urteils). Folglich ist nachzuweisen, dass das in Rede stehende Verhalten im Zeitraum, in dem es stattgefunden hat, unter den Umständen des konkreten Falls trotz seiner (möglicherweise) fehlenden Wirkung in der Lage war, den Wettbewerb zu beschränken respektive zu behindern (vgl. Urteil des EuGH vom 19. Januar 2023 C-680/20 Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Rn. 41). In diesem Sinne weist die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass es gemäss den Aussagen des ehemaligen CEO von UPC erklärter Zweck der Geschäftsverweigerung gewesen sei, die Beschwerdegegnerinnen im Wettbewerb zu behindern (vgl. E. 8.3.2 hiervor). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann aus der genannten Aussage ("competitive tool against Swisscom") nicht abgeleitet werden, sie habe damit einen wirksamen Wettbewerb schaffen wollen. Wie die Vorinstanz weiter erwägt, ohne dass dies die Beschwerdeführerin infrage stellt, wählten die TV-Kunden grundsätzlich nur eine TV-Plattform (sogenanntes "single-homing"). Entsprechend hätten sie sich in der vorliegenden Konstellation (Schweizer Fussballrechte bei den Beschwerdegegnerinnen und Schweizer Eishockeyrechte bei der Beschwerdeführerin) grundsätzlich entweder für die eine oder andere TV-Plattform entscheiden müssen. Vor diesem Hintergrund bestehen ohne Weiteres tatsächliche Anhaltspunkte, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin konkret geeignet war, den Wettbewerb zu behindern.

8.5.3. Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass die Beschwerdegegnerinnen im Untersuchungszeitraum keine Marktanteile verloren hätten, während ihr Marktanteil gesunken sei. Sie lässt allerdings ausser Acht, dass sie sich damit im Kern nicht zur Eignung der Verweigerungshandlung, den Wettbewerb zu behindern, sondern zu den potenziellen Auswirkungen äussert. Überdies stehen die Veränderungen der Marktanteile, soweit sie denn etwas zur Eignung eines Verhaltens, sich wettbewerbsbehindernd auszuwirken, aussagen, der Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht von vornherein entgegen. Es lässt sich, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, regelmässig nicht ausschliessen, dass der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens

ohne das missbräuchliche Verhalten noch mehr oder schneller gesunken wäre. Im Gegenzug ist denkbar, dass die Beschwerdegegnerinnen ohne die Verweigerungshaltung der Beschwerdeführerin noch deutlicher an Marktanteilen gewonnen hätten. Die Hinweise der Beschwerdeführerin zu den Veränderungen der Marktanteile vermögen auch nicht die Kausalität zwischen der Verweigerungshaltung und der Wettbewerbsbehinderung zu unterbrechen (vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.3.1).

8.5.4. Nach dem Dargelegten ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerinnen bis zum Abschluss der Distributionsvereinbarung mit der Beschwerdeführerin vom 16./17. Juli 2020 im Wettbewerb insofern eingeschränkt waren, als sie im Wesentlichen nur noch Fussballübertragungen als Premium-Sportcontent anbieten und anpreisen konnten, ohne die Bedürfnisse der TV-Kunden nach regelmässigen Schweizer Eishockeyübertragungen bedienen zu können. Im Weiteren ist auf die grosse Bedeutung von Bündelangeboten hinzuweisen. Zwischen 2017 und 2019 nahm nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen in der Schweiz die Anzahl Verträge für Pakete mit Telefonie, Breitbandinternet und Fernsehen von 1'382'967 auf 1'532'018 zu (vgl. E. 9.4.3 des angefochtenen Urteils). Für die Konkurrenten von "MySports" bedeutet dies der Verlust von Internet-, Telefon- und TV-Vertragsbeziehungen gleichzeitig. Damit ist ein fehlendes Sportangebot im TV-Programm auch dazu geeignet, den Wettbewerb auf den benachbarten Fernmeldemärkten (Internetzugang, Festnetztelefonie, Mobilfunk) zu behindern.

8.5.5. Die Weigerung der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegnerinnen Schweizer Eishockeyübertragungen bereitzustellen, eignete sich somit, eine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt und auf den benachbarten Fernmeldemärkten in kausaler Weise herbeizuführen. Die Vorinstanz bestätigt damit zu Recht, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin im Untersuchungszeitraum unter den Umständen des konkreten Falls in der Lage war, den Wettbewerb zu behindern.

8.6. Ferner ist zu beurteilen, ob sich die Verweigerung durch "legitimate business reasons" rechtfertigen liess (vgl. E. 7.3.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, es liege keine Missbräuchlichkeit vor. Sie könne sich auf den Investitionsschutz berufen. Ausserdem hätten auch die Beschwerdegegnerinnen ihr den Zugang zum D. _____-Sportangebot verwehrt.

8.6.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestehen die "legitimate business reasons" nur insoweit, als die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung "legitimate" - d. h. verhältnismässig - ist. Vorliegend ist mit Blick auf den Umfang des Investitionsschutzes zu beachten, dass die Beschwerdeführerin vertikal vollständig integriert ist (vgl. E. 6.3.1 f. hiervor). Der Investitionsschutz kann ihr nur im Umfang zugestanden werden, wie sie diesen ohne die vertikale Integration im Wettbewerb hätten durchsetzen können (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.5.2.2). Vor diesem Hintergrund erschliesst sich nicht, dass die Beschwerdeführerin gegenüber den Beschwerdegegnerinnen das gesamte "MySports"-Angebot verwehrt. Ausserdem stellten die Beschwerdegegnerinnen der Beschwerdeführerin zuvor

die D. _____-Sportkanäle 1-3, nicht aber die Kanäle 4-29 bereit (vgl. E. 9.5.3 des angefochtenen Urteils; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.3.1; vgl. auch Bst. B.c. hiervor). Nach der Neuvergabe der Übertragungsrechte wehrte die Beschwerdeführerin diese Teilverweigerung der Beschwerdegegnerinnen mit einer Totalverweigerung ab. Der Anschein einer zeitlich nachgelagerten Retorsionsmassnahme ist, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, nicht von der Hand zu weisen. Entsprechend könnte die Abwehrhandlung der Beschwerdeführerin ohnehin nicht als angemessen betrachtet werden und die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht erfolgreich auf eine verweigerte Gegenleistung der Beschwerdegegnerinnen berufen. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob der Investitionsschutz auch daran scheitert, dass, wie die Vorinstanz erwägt, kein faires Ausschreibungsverfahren stattgefunden habe (vgl. E. 9.6.3 des angefochtenen Urteils).

8.6.2. Im Übrigen sind, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, im Rahmen einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise auch keine Effizienzgründe ersichtlich (vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 11.6.2). In Anbetracht der unverhältnismässigen Verweigerung der Geschäftsbeziehung und der fehlenden Effizienzgründe ist auch diesbezüglich nicht massgebend, aus welchem Grund es zwischen dem 27. Februar 2019 und dem 5. Februar 2020 zu einem Abbruch der Verhandlungen kam (vgl. auch E. 8.3.3 i.f. hiervor). Selbst wenn die Beschwerdegegnerinnen für den Unterbruch der Verhandlungen verantwortlich wären, liesse sich damit die Verweigerungshandlung der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen. Im Weiteren kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie dartut, im europäischen Ausland werde die Rechtevergabe für eine Dauer von drei bis vier Jahren als wettbewerbsrechtlich unbedenklich beurteilt, weshalb in diesem Umfang auch ein Investitionsschutz bei der Rechteverwertung zugestanden werde (vgl. dazu auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.5.2.1). Wie bereits dargelegt, besteht aufgrund der vollständigen vertikalen Integration der Beschwerdeführerin (und der Beschwerdegegnerinnen) in der Schweiz eine besondere wettbewerbsrechtliche Ausgangslage, die es rechtfertigt, auf der Ebene der Rechteverwertung einzugreifen und Massnahmen zu ergreifen (vgl. E. 6.3 hiervor).

8.7. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung einnahm und sich weigerte, den Beschwerdegegnerinnen die Schweizer Eishockeyübertragungen bereitzustellen. Diese Verweigerung erfolgte zunächst direkt, nämlich mit dem Schreiben vom 17. März 2017, in dem die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnerinnen mitteilte, ihr keine Offerte für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten. Die Verweigerungshaltung hielt die Beschwerdeführerin alsdann auch indirekt mindestens bis zum 5. Februar 2020 aufrecht, indem sie mit den Beschwerdegegnerinnen nicht respektive nicht ernsthaft über die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen verhandelte. Die verweigten Schweizer Eishockeyübertragungen betrafen Inhalte, die in einem

beschränkten Umfang (Grundangebot) objektiv notwendig waren, um auf dem nachgelagerten TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können. Die Weigerung der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegnerinnen Schweizer Eishockeyübertragungen bereitzustellen, war unter den Umständen des konkreten Falls in der Lage, den Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und auf den benachbarten Fernmeldemärkten zu behindern. Ferner konnte sich die Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung ihres Verhaltens weder auf "legitimate business reasons" noch auf Effizienzgründe stützen. Damit erfüllte sie den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 aAbs. 1 KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.

IV. Sanktion und Massnahme

9.

Die Beschwerdeführerin macht eine nicht rechtskonforme Sanktionsberechnung geltend und rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 49a KG, Art. 7 EMRK und der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

9.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe bei der Sanktionsbemessung grösstenteils auf Umsätze abgestellt, die weder in den relevanten Märkten erzielt worden seien noch in Märkten, auf welchen sich das strittige Verhalten abgespielt habe. Dies verletze den Grundsatz "nulla poena sine lege" im Sinne von Art. 5 BV und Art. 7 EMRK. Überdies sei die Vorinstanz von einer falschen Dauer des Verstosses ausgegangen und habe den gesetzlichen Dauerzuschlag in schematischer Weise anhand einer Methode berechnet, die zu nicht-linearen, nicht-proportional der jeweiligen Dauer entsprechenden Aufschlägen führe, was eine rechtsungleiche, willkürliche Sanktionserhebung zur Folge habe.

9.2. Gemäss Art. 49a aAbs. 1 KG in der vorliegend massgebenden Fassung vom 20. Juni 2003 (vgl. AS 2004 1386, S. 1387; vgl. auch E. 7 hiervor) wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

9.2.1. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a aAbs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; 143 II 297 E. 9.7.1; vgl. auch Urteile 2C_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.2; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.2) : 1) Ermittlung des Basisbetrags (vgl. Art. 3 SVKG); 2) Anpassung an die Dauer des Verstosses (vgl. Art. 4 SVKG); 3) Erhö-

hung oder Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (vgl. Art. 5 f. SVKG).

9.2.2. Die Sanktion ist begrenzt: Sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (vgl. Art. 7 SVKG; Art. 49a aAbs. 1 Satz 1 KG). Die Sanktionsbemessung ist zwar eine Ermessenssache (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f.). Jegliches Ermessen ist indes pflichtgemäss auszuüben (vgl. BGE 149 I 146 E. 3.4.1; 142 II 268 E. 4.2.3; 137 V 71 E. 5.1; Urteile 2C_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.2; 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 6.4.2).

9.3. Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass sich die Beschwerdeführerin in marktbeherrschender Stellung nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG unzulässig verhalten hat. Art. 7 aAbs. 1 KG ist für eine Sanktionsauferlegung im Übrigen genügend bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.1; vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.3). Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.1).

9.3.1. Gründe, weshalb der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin nicht subjektiv zurechenbar sein soll, sind nicht ersichtlich. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt. Die Sorgfaltspflichten ergeben sich vorliegend primär aus dem Kartellgesetz. Die Unternehmen müssen sich an die Regeln des Kartellgesetzes halten: So haben marktbeherrschende Unternehmen missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG zu unterlassen. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des Kartellgesetzes, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.1).

9.3.2. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, sie habe die Übertragungsrechte in einem von der WEKO "begleiteten" Verfahren erworben, weshalb ihr kein Vorwurf gemacht werden könne. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 6 hiavor), hat die WEKO mit der fehlenden Intervention anlässlich der Rechtevergabe keine Vertrauensgrundlage für die nachgelagerte Ebene der Rechteverwertung geschaffen. Entsprechend steht das behördliche Verhalten auch nicht der Vorwerfbarkeit des kartellrechtswidrigen Verhaltens entgegen. Im Weiteren hält die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht vor, es sei dieser spätestens seit dem Untersuchungsverfahren gegen die Beschwerdegegnerinnen und der Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016 bekannt gewesen, dass das Innehaben von exklusiven Sportübertragungsrechten zu einer marktbeherrschenden Stellung in den Pay-TV-Bereitstellungsmärkten führen könne. Entsprechend war die Beschwerdeführerin gehalten, unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG zu unterlassen.

9.3.3. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Verweigerung der Geschäftsbeziehung gegenüber den Beschwerdegegnerinnen als missbräuchliche Verhaltensweise zum Vorwurf macht. Neben dem objektiven Tatbestand ist somit auch der subjektive Tatbestand von Art. 49a aAbs. 1 KG erfüllt.

9.4. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Ermittlung des Basisbetrags auf Grundlage von Umsatzzahlen, die nicht den relevanten Markt betreffen.

9.4.1. Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion 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. Der Basisbetrag wird in drei Schritten ermittelt: 1) Feststellung der relevanten Märkte; 2) Umsatz auf den relevanten Märkten; 3) Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2). Die relevanten Märkte nach Art. 3 SVKG bestimmen sich nach Art. 11 Abs. 3 lit. a und lit. b VKU (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1).

9.4.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet im Wesentlichen, dass für die Umsatzberechnung neben dem relevanten Bereitstellungsmarkt auch alle vor- und nachgelagerten Märkte als massgebend betrachtet worden seien. Dies widerspreche dem in der Lehre wiedergegebenen Dilemma, dass eine enge Marktabgrenzung zwar einerseits eher zur Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung führe, andererseits aber einen entsprechend engeren Bussenrahmen zur Folge habe.

9.4.2.1. Mit dieser Kritik setzte sich das Bundesgericht bereits auseinander und erwog, dass für die Sanktionsbemessung - zumindest in der vorliegenden Ausgangslage - nicht nur die Märkte relevant sind, auf denen die beanstandeten Handlungen begangen wurden. Vielmehr wirkte sich die missbräuchliche Verhaltensweise auf dem Bereitstellungsmarkt unmittelbar auf die Endkundenmärkte aus (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.2; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.2.1). Die konkurrierenden TV-Plattformanbieterinnen (direkte Nachfrager) fragen zugunsten von ihren TV-Kunden (indirekte Nachfrager) TV-Inhalte und keine Übertragungsrechte nach. Massgebend sind daher auch bei der Marktabgrenzung die Präferenzen der Endverbraucher, die TV-Inhalte konsumieren (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 8.4.2).

9.4.2.2. Die Beschwerdeführerin als vertikal integriertes Unternehmen ist nicht nur auf dem Bereitstellungsmarkt, sondern auch auf dem Endkundenmarkt tätig (vgl. auch E. 6.3.1 hiavor). Gleiches gilt auch für die Beschwerdegegnerinnen. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung auf dem Bereitstellungsmarkt bezweckte denn auch im Kern, den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt zu behindern, indem die Beschwerdeführerin versuchte die eigene TV-Plattform attraktiver zu machen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht nur den Umsatz auf den Bereitstellungsmärkten, sondern auch den Umsatz auf den nachgelagerten TV-Plattformmärkten für relevant betrachtete.

9.4.3. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen (zur Anwendbarkeit von Art. 7 EMRK siehe E. 5.6.1 hiavor). Die vorinstanzlichen Erwägungen zur Festlegung des Prozentsatzes von xxx % infolge eines leichten bis mittelschweren Verstosses beanstandet die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht zu Recht nicht (vgl. E. 11.2.5 des angefochtenen Urteils). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Basisbetrag auf Fr. yyy festgelegt hat.

9.5. Die Beschwerdeführerin kritisiert die Berechnung des Zuschlags für die Dauer des beanstandeten Verhaltens. Soweit sie an dieser Stelle erneut die vorinstanzlichen Feststellungen zur Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens rügt, ist auf das bereits zu dieser Sachverhaltsrüge Ausgeführte zu verweisen (vgl. E. 8.3 hiavor).

9.5.1. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). In der vorliegenden Angelegenheit dauerte der Kartellrechtsverstoss 35 Monate (17. März 2017 bis 5. Februar 2020) - d. h. zwischen ein und fünf Jahren (vgl. Art. 4 Satz 1 SVKG).

9.5.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz den Dauerzuschlag in Anwendung von Art. 4 SVKG mit einem Multiplikator von 0.8333% pro Monat ab dem ersten Monat (50 % geteilt durch 60 Monate [5 Jahre]) berechnet. Sie verlangt einen Multiplikator von 1.0416 % ab dem 13. Monat (50 % geteilt durch 48 Monate [4 Jahre]). Sie begründet ihre Ansicht damit, dass bei einem Verstoss, der gerade unter zwölf Monaten liege, kein Zuschlag erfolge, während bei einem Verstoss, der 13 Monate dauere, der Basisbetrag um 11 % ($13 \times 0.8333\%$) erhöht werde. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Zuschlag erst ab dem 13. Monat mit 1.0416 % pro Monat zu berechnen. Die vorinstanzliche Verwendung einer nicht-linearen Berechnungsmethode verletze das Willkürverbot und das Gleichbehandlungsgebot.

9.5.3. Der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass eine monatliche Berechnung anhand des Multiplikators von 0.8333% pro Monat ab dem ersten Monat (50 % geteilt durch 60 Monate [5 Jahre]) nicht gegen Bundesrecht verstösst (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 i.f.; vgl. auch Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.3.3). Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist im Übrigen nicht zu erkennen, zumal die Rüge bereits an der Voraussetzung der vergleichbaren Sachverhalte scheitert (vgl. BGE 144 I 113 E. 5.1.1; vgl. auch Urteil 2C_838/2021 vom 9. März 2023 E. 5.3.4). Die Beschwerdeführerin hätte vielmehr glaubhaft dartun müssen, dass die Vorinstanz oder die WEKO in anderen Fällen den Zuschlag mit dem von ihr geforderten Multiplikator von 1.0416 % ab dem 13. Monat berechnet habe. Im Übrigen stehen die Vorgaben von Art. 8 Abs. 1 BV einer Schematisierung bei der Zuschlagsberechnung nicht grundsätzlich entgegen (vgl. BGE 138 II 465 E. 8.6.3; 131 I 291 E. 3.2.2; Urteile 2C_627/2021 vom

23. Dezember 2021 E. 5.3.2; 2C_1137/2018 vom 14. Mai 2019 E. 5.3.2).

9.5.4. Nach dem Dargelegten ist der vorinstanzlich berechnete Zuschlag für die Dauer des Verstosses von 29 % ($35 \text{ Monate} \times 0.8333\%$) nicht zu beanstanden, zumal auch keine Verletzung des pflichtgemäss auszuübenden Ermessens bei der Zuschlagsberechnung zu erkennen ist (vgl. E. 9.2.2 hiavor).

9.6. Nachdem die Vorinstanz weder erschwerende noch mildernde Umstände erkannt hat und die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang keine Kritik äussert, ist die vorinstanzliche Sanktionsberechnung nicht zu beanstanden. Der Sanktionsbetrag in der Höhe von Fr. 29'093'844.-- ist somit zu bestätigen.

10.

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der gestützt auf Art. 30 KG angeordneten Massnahme eine Verletzung der Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit.

10.1. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Massnahme, wonach sie allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz alternativ das Eishockey-Rohsignal oder das "MySports"-Angebot zur Verfügung stellen müsse, sei in sachlicher Hinsicht nicht verhältnismässig und in Bezug auf die zeitliche Befristung als überschüssend zu beurteilen. Im Weiteren fehle es für eine solche Massnahme an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Es liege eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV sowie von Art. 30 KG vor.

10.2. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

10.2.1. Mit Blick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann es angezeigt sein, eine (direkte) Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.4). Damit ist es möglich, die (künftigen) Verhaltens- und Unterlassungspflichten mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt der festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung zu präzisieren, sodass die Wettbewerberin ihr Verhalten danach richten kann. Ausserdem besteht bei Eintritt des Wiederholungsfalls die Möglichkeit, die Verletzung der angeordneten Massnahmen gestützt auf Art. 50 KG zu sanktionieren, da ein Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden vorliegt. Dies vereinfacht das (neuerliche) Sanktionsverfahren, da die verletzte Verfügung an sich in diesem Verfahren im Grundsatz nicht mehr zu überprüfen ist (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.4 i.f.). Art. 30 Abs. 1 KG lässt - auch bei eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen - folglich Massnahmen zu, die präventiv und zukunftsgerichtet ausgesprochen werden, jedenfalls solange diese darauf abzielen, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.4).

10.2.2. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 BV besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiell-gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zu-

ständigen Organ erlassen worden ist (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.1; Urteil 2C_341/2023 vom 30. April 2025 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen). Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein - d. h. sich im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar erweisen (vgl. BGE 148 II 475 E. 5; 146 I 157 E. 5.4). Bei den in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV verankerten Grundsätzen der Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit handelt es sich nicht um verfassungsmässige Rechte, sondern um Verfassungsgrundsätze. Diese Grundsätze können im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten direkt und unabhängig von einem Grundrecht angerufen werden (vgl. BGE 148 II 475 E. 5; 141 I 1 E. 5.3.2; 139 II 7 E. 7.3; Urteil 2C_341/2023 vom 30. April 2025 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen).

10.3. Die von der Vorinstanz bestätigte Massnahme dient dazu, eine vergleichbare Wettbewerbsrechtsverletzung zu verhindern - d. h. die Beschwerdeführerin soll von einer erneuten Verletzung der Pflichten aus Art. 7 KG abgehalten werden. Somit ist die Massnahme geeignet. Zu prüfen ist sodann, ob die verfügte Massnahme erforderlich ist. Die Beschwerdeführerin weist wie im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht darauf hin, dass sie sich am 16./17. Juli 2020 mit den Beschwerdegegnerinnen im Rahmen der Vereinbarung über den reziproken Programmzugang geeinigt habe. Dadurch sind allerdings künftige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in Bezug auf die strittigen Eishockeyübertragungen nicht ausgeschlossen. Soweit die Beschwerdeführerin verlangt, die Massnahme sei zeitlich zu befristen, lässt sie ausser Acht, dass damit kartellrechtliche Pflichten konkretisiert werden, die sich aus dem Kartellgesetz ergeben. Dort gelten sie ebenfalls unbefristet. Damit die Massnahme durchgehend wirkt, ist es erforderlich, dass sie ohne Befristung ergeht (vgl. BGE 148 II 475 E. 5.6). Sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO stellen im Übrigen zutreffend klar, dass die Beschwerdeführerin selbstredend nur so lange Zugang zu den relevanten Eishockeyinhalten anbieten muss, als sie selber darüber exklusiv verfügt. Es liegt somit keine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV vor.

10.4. Aufgrund des Umstands, dass die vorliegend verweigerten Schweizer Eishockeyübertragungen lediglich in einem beschränkten Umfang (Grundangebot) objektiv notwendig waren (vgl. E. 8.4.4 f. hiavor), und der daraus folgenden Feststellung, dass ein vollständiges Angebot an Schweizer Eishockeyübertragungen nicht zum objektiv notwendigen Input gehörten (vgl. E. 9.3.4 des angefochtenen Urteils), stellt sich zudem die Frage, ob die verfügte Massnahme in sachlicher Hinsicht auf die Bereitstellung einzelner Sportkanäle von "MySports" beschränkt werden muss (vgl. auch Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.1). Da nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz nicht einzelne Kanäle bestehen, die ein Grundangebot bilden könnten, erwägt die Vorinstanz zu Recht, dass die Mass-

nahme nicht auf einzelne "MySports"-Kanäle beschränkt werden kann. Dies ändert indes nichts an der (beschränkten) Verpflichtung, dass die Beschwerdeführerin lediglich ein Grundangebot an Schweizer Eishockeyübertragungen bereitzustellen hat. Über dieses Grundangebot hinaus besteht, wie die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist, keine Bereitstellungspflicht, da diesbezüglich auch kein Kartellrechtsverstoss festgestellt worden ist. Diese Unzulänglichkeit in der Formulierung der Anordnung begründet indes keine Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 BV, da die (gesetzmässige) Anordnung im Dispositiv der Verfügung der WEKO vom 7. September 2020 im Lichte der (vorliegenden) Begründung zu lesen ist (vgl. BGE 148 II 475 E. 5.4.1 i.f.).

10.5. Nach dem Gesagten ist weder Art. 30 Abs. 1 KG verletzt noch liegt ein Verstoss gegen die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV vor.

V. Ergebnis und Kosten

11.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG), wobei dem Inhalt und dem Umfang der 18-seitigen Beschwerdeantwort und der 13-seitigen Duplik der Beschwerdegegnerinnen Rechnung zu tragen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Der Antrag um Beizug der Verfahrensakten des Beschwerdeverfahrens 2C_561/2022 wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 70'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.-- auszurichten.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis

Pratique des tribunaux civils

Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte

Tribunaux cantonaux

Tribunali cantionali

C 1	1. Arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 4 novembre 2025 – Marchés publics – Liberté d'accès au marché / Recours du 5 mai 2025 contre la décision du 20 avril 2023

Arrêt 602 2025 67 de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 4 novembre 2025. Parties: Commission de la concurrence, recourante, contre commune A._____, autorité intimée. Objet: Marchés publics – Liberté d'accès au marché / Recours du 5 mai 2025 contre la décision du 20 avril 2023

considérant en fait

A. Le 16 février 2023, la Commune A._____ a résilié le contrat qu'elle avait conclu le 8 août 2018 avec B._____ SA pour le transport des élèves de son cercle scolaire, avec effet au 22 août 2023.

La commune a contacté trois sociétés – C._____ SA (ci-après: C._____ SA), D._____ SA ainsi que B._____ SA – afin de leur demander une offre pour ses transports scolaires pour la rentrée scolaire 2023/2024. C._____ SA et B._____ SA ont déposé une offre le 28 février 2023 et le 22 mars 2023.

Par décision du 20 avril 2023, la commune a attribué le marché des transports scolaires à C._____ SA, pour un montant de CHF 313'294.-, toutes taxes comprises (TTC).

B. Par lettre du 19 mars 2025, la Commission de la concurrence (COMCO) a indiqué à la Commune A._____ qu'elle avait reçu des informations selon lesquelles elle aurait mandaté C._____ SA pour ses transports scolaires, en procédant, début 2023, à un appel d'offres sur invitation, alors que les valeurs-seuils prévues par l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3) pour une telle procédure étaient dépassées. Elle l'a ainsi invitée à répondre aux questions suivantes:

"1. Veuillez expliquer comment sont organisés les transports scolaires dans la Commune A._____ en indiquant en particulier les informations suivantes pour les cinq dernières années:

a) Dates des adjudications des transports scolaires de la Commune A._____ ;

b) Durée [...] des contrats ainsi adjugés ;

c) À quels intervalles ces contrats sont en principe renouvelés ;

d) Forme des adjudications (gré-à-gré, procédure ouverte ou sur invitation) ;

e) Identités de la ou des entreprise(s) en charge des transports scolaires ;

f) La rétribution annuelle de la ou des entreprises en charge des transports scolaires.

2. Pour toutes les adjudications listées en réponse à la question 1 a), veuillez expliquer quelle a été la valeur du marché retenue par la Commune A._____ et comment cette valeur a été calculée.

3. Pour toutes les adjudications listées en réponse à la question 1 a), veuillez expliquer si et comment ces adjudications ont fait l'objet d'une publication.

4. Pour toutes les adjudications listées en réponse à la question 1 a) n'ayant pas fait l'objet d'une procédure ouverte au sens de l'art. 18 AIMP, veuillez expliquer pourquoi il a été renoncé à une telle procédure."

Le 14 avril 2025, la commune a répondu aux questions susmentionnées comme suit:

"1.a.: Adjudication aux C._____ SA par lettre le 20 avril 2023.

1.b.: Un seul contrat pour une durée de 5 ans, soit jusqu'au 31 juillet 2028.

1.c.: Intervalle pour le présent contrat: 5 ans.

1.d.: Procédure sur invitation.

1.e.: C._____ SA.

1.f.: La rétribution annuelle de l'entreprise de transport s'élève à Fr. 313'294.00 TTC.

2.: Pour cette adjudication, la valeur retenue est celle du contrat, soit Fr. 313'294.00 TTC, valeur qui a été calculée sur la base d'une offre établie par C._____.

3.: Comme il s'agissait d'une procédure sur invitation, il n'y a pas eu de publication sur SIMAP.

4.: Le transporteur précédent ne donnait plus satisfaction (sécurité, entretien des véhicules, problèmes d'organisation et de communication). La Commune ne voulait plus renouveler le contrat de ce prestataire par manque de confiance. Le délai jusqu'à la rentrée scolaire prochaine était finalement trop court pour lancer une soumission publique sur SIMAP."

C. Par mémoire du 5 mai 2025, la COMCO interjette recours contre la décision d'adjudication du 20 avril 2023, respectivement contre le contrat passé entre la commune et C. _____ SA concernant les transports scolaires. Elle conclut, sous suite de frais, principalement, à ce qu'il soit constaté que ladite adjudication restreint l'accès au marché de manière illicite et constitue une violation de l'art. 5 de la loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et, subsidiairement – en l'absence d'une décision formelle d'adjudication que la COMCO n'avait pas pu consulter avant le dépôt du recours – qu'il soit constaté que le contrat passé entre la commune et C. _____ SA restreint l'accès au marché de manière illicite et constitue une violation de la disposition précitée.

A l'appui de ses conclusions, la recourante soutient en substance qu'on se trouve en présence d'un marché public et que la commune est soumise au droit des marchés publics à titre de collectivité de droit public. Elle relève qu'en raison des valeurs seuils, la procédure ouverte ou sélective était applicable, de sorte que la procédure sur invitation – telle que menée par la commune – ou de gré à gré exceptionnel ne pouvait pas entrer en ligne de compte. Elle souligne en effet que, sur la base des éléments en sa possession, la commune ne se trouvait pas dans une situation d'urgence l'empêchant de respecter la procédure ouverte ou sélective, de sorte que la renonciation à la mise en oeuvre d'une telle procédure au profit d'une procédure sur invitation n'était pas admissible, a fortiori pour une durée de cinq ans. La recourante fait valoir que le fait que le marché des transports scolaires litigieux ait été attribué dans le cadre d'une procédure sur invitation plutôt que dans celui d'une procédure ouverte ou sélective a pour conséquence que tous les soumissionnaires qui n'ont pas été invités à présenter une offre sont exclus du marché et donc discriminés. Il en résulte selon elle une violation du droit à un accès non discriminatoire aux marchés publics (cantonaux et communaux). Elle ajoute qu'en raison du choix de la mauvaise procédure, aucune publication n'a été faite sur la plateforme simap.ch, violant ainsi l'obligation de publication. La recourante souligne enfin que les conditions permettant une restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI ne sont pas remplies.

D. Dans ses observations du 28 mai 2025, la commune fait état de sa situation concernant les transports scolaires, expliquant en particulier qu'elle a un territoire très étendu, un nombre d'élèves toujours plus important et plusieurs bâtiments scolaires. Elle revient sur les problèmes rencontrés avec la société qui s'occupait auparavant des transports scolaires, notamment en termes de communication et, surtout, de sécurité, en particulier quant au manque d'entretien sur les véhicules. S'agissant de l'urgence de la situation, elle souligne que la rentrée scolaire 2023/2024 était fixée au 24 août et que le délai pour commander et équiper un bus scolaire est de minimum six mois.

Sur demande de la Juge déléguée à l'instruction, la commune a produit des pièces complémentaires à son dossier le 26 juin 2025.

Dans ses contre-observations du 9 juillet 2025, la recourante réitère et développe les arguments déjà avancés

dans son recours. S'agissant des préoccupations concernant la sécurité des élèves transportés qui auraient imposé à la commune le choix de C. _____ SA, elle relève que ce n'est pas l'identité de l'adjudicataire qui fait l'objet du recours, mais bien la procédure appliquée. Elle soutient à ce propos que, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, la commune aurait pu s'assurer de la sécurité des élèves en incluant des critères d'aptitude et d'adjudication en ce sens, voire, si les comportements reprochés à la précédente société en charge des transports scolaires étaient avérés, exclure cette dernière d'un tel appel d'offres.

E. Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

1.1. La décision du 20 avril 2023 attaquée consiste en une décision d'adjudication rendue par la commune pour les transports scolaires.

La commune qui déclare avoir mené une procédure sur invitation ne conteste à juste titre pas qu'il s'agit d'un marché public. La procédure ayant été lancée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2023, de la nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics – soit l'AIMP 2019, la loi cantonale du 2 février 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) et le règlement cantonal du 12 décembre 2022 sur les marchés publics (RCMP; RSF 122.91.21) –, il y a lieu d'appliquer les règles découlant du nouveau droit.

Conformément à l'art. 55 AIMP 2019, la procédure de recours est régie par les dispositions du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), sauf disposition contraire de l'AIMP 2019. Le Tribunal cantonal connaît des recours dirigés contre les décisions d'adjudication (art. 52 al. 1 AIMP 2019 en lien avec l'art. 114 al. 2 let. a CPJA).

1.2. Selon l'art. 9 al. 2bis LMI, la Commission de la concurrence peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours.

En vertu de l'art. 89 al. 2 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), les autorités auxquelles une loi fédérale accorde un droit de recours sont habilitées à former un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral. L'art. 9 al. 2^{bis} LMI constitue une telle habilitation légale spéciale (ATF 141 II 113 consid. 1.5). L'art. 111 al. 2 LTF prévoit que si une autorité fédérale a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, elle peut recourir devant les autorités cantonales précédentes ou, pour autant qu'elle le demande, participer à la procédure devant celles-ci. De même, selon l'art. 76 al. 1 let. b CPJA, a qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité à laquelle la loi reconnaît le droit de recourir.

Il en résulte que la COMCO a qualité pour recourir contre la décision d'adjudication communale – qui, comme exposé ci-après, concerne un marché de services excédant la valeur seuil déterminante pour la pro-

cédure ouverte ou sélective – devant le Tribunal cantonal. Dans ce cadre, elle ne peut, conformément à l'art. 9 al. 2^{bis} LMI, que conclure à la constatation de l'illicéité de la décision attaquée pour restriction inadmissible de l'accès au marché, mais ne peut pas formuler des conclusions condamnatoires ou formatrices (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.7; arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 1.2).

1.3. Conformément à l'art. 56 al. 1 AIMP 2019, les recours, dûment motivés, doivent être déposés par écrit dans un délai de 20 jours à compter de la notification de la décision (al. 1). Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas (al. 2).

1.3.1. Selon l'art. 27 al. 1 CPJA, les délais fixés en jours commencent à courir le lendemain du jour de leur communication ou de l'événement qui les déclenche. Le délai est réputé observé lorsque l'écrit est remis à l'autorité ou, à son adresse, à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse, le dernier jour du délai au plus tard (art. 28 al. 1 CPJA).

1.3.2. Si un marché a été attribué sans décision formelle, directement et sans publication préalable, le délai de recours ne commence pas à courir, sous réserve du principe de la bonne foi. Dès qu'une partie (de bonne foi) concernée par la décision d'adjudication en a pris connaissance, elle est tenue de réagir dans un délai raisonnable. Dans ce cas, le délai de recours commence à courir à partir du moment où la partie a au moins connaissance du contenu essentiel de la décision d'adjudication. A cet égard, il appartient à une partie non impliquée dans la procédure de prendre en temps utile et dans un délai raisonnable les mesures nécessaires pour pouvoir former un recours auprès de l'instance compétente (cf. ATF 134 V 306 consid. 4.3; 139 IV 228 consid. 1.3; arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 1.3.2 et les références citées).

1.3.3. En l'espèce, ni la décision du 20 avril 2023 adjudicant le marché à C. _____ SA ni la décision informant l'autre soumissionnaire que le marché ne lui était pas attribué n'ont été notifiées à la recourante. Il ressort des déclarations de cette dernière que, début janvier 2025, elle a reçu une dénonciation selon laquelle plusieurs communes – dont la Commune A. _____ – auraient adjugé leurs transports scolaires à la société susmentionnée sans organiser d'appel d'offres en procédure ouverte. Par courrier du 19 mars 2025, elle a envoyé une demande d'informations à la commune, en indiquant avoir reçu des informations selon lesquelles elle aurait mandaté C. _____ SA pour ses transports scolaires en procédant, début 2023, à un appel d'offres sur invitation alors que les valeurs seuils prévues par l'AIMP étaient dépassées, et l'a invitée à répondre à des questions concernant l'organisation de ses transports scolaires (cf. let. B ci-dessus). Cette formulation laisse uniquement apparaître que la COMCO avait à ce moment-là connaissance d'une probable adjudication selon la procédure sur invitation pour le marché en question. Aucun indice ne permet en revanche de penser qu'elle avait alors connaissance du contenu de la décision d'adjudication. Les renseignements demandés à la commune ont été transmis le 14 avril 2025 et reçus par la recourante le 15 avril 2025. Il appert ainsi que c'est à ce

moment que la COMCO a obtenu, d'une part, la confirmation de l'existence de la décision d'adjudication litigieuse – qu'elle n'a pu obtenir que dans le cadre de l'échange d'écritures de la présente procédure de recours – et son contenu, notamment le montant de l'adjudication et la durée du contrat passé, ainsi que le type de procédure et l'absence de publication.

Il s'ensuit qu'il peut être retenu que le délai de recours a commencé à courir dès le lendemain de la réception desdits renseignements, soit le 16 avril 2025, pour échoir le 5 mai 2025, les fêtes ne s'appliquant pas. Le délai de recours est partant respecté.

1.4. Pour le surplus, le recours ayant été déposé dans les formes prescrites (art. 80 s. CPJA), le Tribunal cantonal peut en examiner les mérites.

2.

2.1. Dans le domaine des marchés publics, le droit de recours de la COMCO s'étend, en vertu de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI, à toute décision qui viole la LMI, en particulier le principe de non-discrimination au sens de l'art. 3 en lien avec l'art. 5 al. 1 LMI, ainsi que l'obligation de publication, respectivement le principe de transparence au sens de l'art. 5 al. 2 LMI (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 2). La LMI reste en effet applicable subsidiairement, dans la mesure où, premièrement, elle régit les questions qui n'auraient par hypothèse pas été réglementées par le droit (inter-)cantonal; deuxièmement, la LMI interdit au droit (inter-)cantonal d'abaisser ses standards (par exemple en ce qui concerne l'accès non discriminatoire au marché; cf. art. 5 al. 1 en relation avec l'art. 3 al. 1 LMI) en-deçà des exigences minimales posées dans cette loi-cadre, qui dérogerait dans ce cas au droit (inter-)cantonal contraire (cf. art. 49 Cst.). Troisièmement et par ailleurs, la LMI constitue un standard minimum dont l'applicabilité n'est pas levée lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences essentielles; leur violation se confond alors avec celle du droit plus détaillé sur les marchés publics (cf. ATF 141 II 113 consid. 3.1.5 et les références citées). En d'autres termes, le non-respect de l'un des principes fondamentaux susmentionnés aboutira le cas échéant non seulement au constat de violation des règles topiques sur les marchés publics, mais également à celui de l'art. 5 LMI. Une violation d'une disposition du droit des marchés publics consiste en principe aussi en une violation des principes du droit du marché intérieur de non-discrimination et de transparence (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 2 et les références citées).

2.2. Aux termes de l'art. 5 al. 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3. Lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'accord intercantonal sur les marchés publics conclu sur la base du Protocole du 30 mars 2012 portant amendement de l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de la présente loi sont présumées respectées.

Selon l'art. 3 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles: a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et c. répondent au principe de la proportionnalité (al. 1). Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (al. 3).

Quant à l'art. 5 al. 2 LMI, il prévoit que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération. Cette disposition consacre le principe de transparence (cf. ATF 141 II 113 consid. 3.1.3 et les références citées).

3.

3.1. Selon l'art. 8 AIMP 2019, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire (al. 1). On distingue les types de prestations suivants: a) les travaux de construction (gros oeuvre et second oeuvre); b) les fournitures; c) les services (al. 2).

3.2. Aux termes de l'art. 17 AIMP 2019, suivant sa valeur et les valeurs seuils, un marché public peut, au choix de l'adjudicateur, être adjugé selon la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré. L'art. 16 al. 1, 1^{ère} phrase, AIMP 2019 prévoit que la procédure est choisie en fonction de la valeur du marché et des valeurs seuils indiquées aux annexes 1 et 2.

Ainsi, le choix de la procédure appropriée dépend, d'une part, du type de marché à attribuer et, d'autre part, de la valeur estimée du marché concerné, laquelle est comparée aux valeurs seuils applicables (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 4.2).

3.2.1. Selon l'art. 15 AIMP 2019, l'adjudicateur estime la valeur probable du marché (al. 1). Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue (al. 4).

L'annexe 2 AIMP 2019 mentionne les valeurs seuils pour les marchés non soumis aux accords internationaux, comme en l'espèce. Il en ressort que, pour un marché de services, dès CHF 250'000.-, la procédure ouverte ou sélective est applicable (en dessous de CHF 150'000.-, il s'agit de la procédure de gré à gré et en dessous de CHF 250'000.- de la procédure sur invitation).

3.2.2. Les art. 18 ss AIMP 2019 traite des différents types de procédure.

Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché (art. 18 al. 1 AIMP 2019). Tout soumissionnaire peut présenter une offre (art. 18 al. 2 AIMP 2019).

Dans la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché en invitant les soumissionnaires à présenter, dans un premier temps, une demande de participation (art. 19 al. 1 AIMP 2019). L'adjudicateur choisit les soumissionnaires autorisés à présenter une offre en fonction de leur aptitude (art. 19 al. 2 AIMP 2019). L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires autorisés à présenter une offre, à condition qu'une concurrence efficace reste garantie. Il autorise si possible au moins trois soumissionnaires à présenter une offre (art. 19 al. 3 AIMP 2019).

La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 2 (art. 20 al. 1 AIMP 2019). Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. A cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres (art. 20 al. 2 AIMP 2019).

Enfin, dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations (art. 21 al. 1 AIMP 2019). L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions de l'art. 21 al. 2 AIMP 2019 est remplie.

4.

La recourante invoque une violation de l'interdiction de discrimination (art. 5 al. 1 LMI), dont il résulte également une violation de l'obligation de publication (art. 5 al. 2 LMI). Elle fait valoir que le marché litigieux aurait dû faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective et non d'une procédure sur invitation telle que réalisée.

4.1. En l'espèce, il n'est à juste titre pas contesté qu'on se trouve en présence d'un marché public, lequel porte sur des services.

La commune a adjugé le marché litigieux pour un montant de CHF 313'294.- TTC. A lui seul, ce montant dépasse déjà la valeur seuil de CHF 250'000.- nécessitant d'organiser une procédure ouverte ou sélective. Or, le contrat ayant été conclu pour une durée de cinq ans, la valeur du marché s'élève en réalité à un montant de CHF 1'566'470.- TTC (cf. art. 15 al. 4 AIMP 2019), dépassant ainsi très largement la valeur seuil susmentionnée. Ainsi, même si la commune adjudicatrice choisit la procédure en procédant à une estimation (cf. art. 15 al. 1 AIMP 2019), elle devait en l'occurrence à l'évidence se rendre compte que les valeurs seuils étaient dépassées.

Il s'ensuit que le marché devait en principe passer par une procédure de passation ouverte ou sélective, permettant une pleine mise en concurrence (cf. ATF 141 II 113 consid. 5). En recourant à une procédure sur invita-

tion alors qu'une procédure ouverte ou sélective s'imposait, la commune n'a pas appliqué l'AIMP de manière conforme et a restreint l'accès au marché.

4.2. La commune justifie toutefois le fait d'avoir opté pour la procédure sur invitation par les problèmes rencontrés avec la précédente société qui s'occupait de ses transports scolaires, en termes de communication, d'organisation (notamment quant à l'établissement des horaires et du temps de réaction pour répondre aux demandes) et, surtout, de sécurité (en particulier manque d'entretien sur les véhicules, tels que pneus lisses, ceintures bloquées ou portes coulissantes qui ne fermaient pas normalement). Elle soutient également que la situation relevait d'une certaine urgence, étant donné qu'elle ne voulait pas renouveler le contrat avec celle-ci et que le délai était trop court pour organiser une procédure ouverte. Elle souligne que le délai pour commander et équiper un bus scolaire est de minimum six mois et que la rentrée scolaire 2023/2024 était fixée au 24 août 2023.

Par son argumentation, la commune allègue qu'elle se trouvait dans une situation d'urgence. Il convient ainsi encore d'examiner si elle était fondée à adjuger le marché concerné de gré à gré.

4.2.1. Dans des cas exceptionnels, prévus à l'art. 21 al. 2 AIMP 2019, l'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils. Il en va ainsi notamment lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien (let. d).

La teneur de l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019 est identique à celle de l'art. 21 al. 2 let. d de la loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1). Dans sa jurisprudence relative à cette dernière disposition, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'une adjudication de gré à gré en raison de l'urgence est autorisée aux conditions cumulatives suivantes: la situation d'urgence impérieuse est la conséquence d'un événement imprévisible et ne doit pas être imputable à l'adjudicateur. En outre, l'urgence doit être telle que l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ne permettrait pas d'y faire face, même en réduisant les délais. Enfin, l'adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (cf. décision incidente TAF B-4043/2024 du 9 août 2024 consid. 4.2.2 et les références citées).

L'art. 46 al. 4 AIMP 2019 prévoit que pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans le cas de prestation largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum.

4.2.2. En l'espèce, il ressort du dossier que la commune a résilié le contrat qui la liait à l'ancien prestataire le 16 février 2023 avec effet au 22 août 2023. Selon les pièces produites par celle-ci, respectivement ses déclarations, elle a contacté trois sociétés – C. _____ SA, D. _____ SA ainsi que B. _____ SA – le 16 janvier 2023, le 15 février 2023 et à une date inconnue (un entretien ayant eu lieu le 13 mars 2023) afin de leur demander une offre pour ses transports scolaires pour la

rentrée scolaire 2023/2024. Ainsi, en requérant des offres dès la mi-janvier 2023 alors que la rentrée scolaire était fixée au 24 août 2023, la commune disposait en soi d'un laps de temps suffisant (plus de huit mois) pour effectuer une procédure ouverte ou sélective (cf. notamment art. 46 al. 4 AIMP 2019 selon lequel le délai de remise des offres pour les marchés non soumis aux accords internationaux est en général d'au moins 20 jours). Quoiqu'il en soit, comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 4.2.1), l'adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale; or, en l'occurrence, le marché des transports scolaires de la commune a été attribué pour la durée de cinq ans, soit bien au-delà de la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale.

Par ailleurs, les problèmes invoqués par la commune pour justifier la résiliation du contrat avec l'ancien prestataire – quand bien même ceux-ci ne sont en soi pas directement pertinents pour la présente procédure – montrent qu'ils étaient non seulement fréquents et répétés mais également qu'ils perduraient depuis un certain temps, voire depuis plusieurs années. En effet, il ressort des observations de la commune notamment ce qui suit: "malgré plusieurs demandes [...] pour qu'ils s'occupent de cette tâche, notre requête n'a jamais été satisfaite", "pendant plusieurs années, nous avons également demandé [...] de nous fournir des bus plus grands pour faciliter la mise en place des horaires et diminuer les temps d'attente des élèves pour des questions de sécurité mais notre requête n'a jamais abouti", "la collaboration avec [...] était devenue difficile, que ce soit pour la communication ou pour la sécurité de nos élèves", "il y avait un réel manque d'entretien sur les véhicules. Les chauffeurs nous avaient rapporté, plusieurs fois, qu'ils devaient rouler avec des pneus lisses, des ceintures bloquées ou des portes coulissantes qui ne fermaient pas normalement", "au niveau de l'organisation, leur secrétariat mettait aussi toujours plus de temps à nous répondre... s'il répondait". En outre, dans sa lettre de réponse à la COMCO du 14 avril 2025, la commune a déclaré que le transporteur précédent ne donnait plus satisfaction (sécurité, entretien des véhicules, problèmes d'organisation et de communication) et qu'elle ne voulait plus renouveler son contrat par manque de confiance. Partant, on ne se trouve en l'occurrence à l'évidence pas non plus en présence d'un événement imprévisible. Bien au contraire, dans une telle situation, il appartenait à la commune de prendre les mesures appropriées en temps voulu afin de procéder à un appel d'offres en procédure ouverte ou sélective.

Au vu des arguments invoqués et des pièces au dossier, il apparaît manifestement que les conditions posées par l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019 qui auraient permis à la commune de déroger au principe d'un appel d'offres ouvert ne sont pas réunies, en l'absence d'une situation d'urgence.

4.3. Pour être complet, la Cour relève enfin qu'une justification au sens de l'art. 3 al. 1 LMI (cf. supra consid. 2.2) n'apparaît pas réalisée et n'est aucunement démontrée par la commune. Certes, l'intérêt public à assurer la disponibilité des transports scolaires pour la rentrée scolaire est légitime; toutefois, il a été constaté

ci-dessus que cet intérêt pouvait être pleinement satisfait par une procédure ouverte ou sélective. Par ailleurs, la restriction à la liberté d'accès n'était pas nécessaire, de sorte qu'elle ne respecte pas le principe de la proportionnalité.

4.4. Sur le vu de ce qui précède, l'accès au marché a été restreint de manière illicite, dès lors qu'en optant pour une procédure sur invitation, sans publication sur la plateforme simap.ch, les entreprises non invitées qui auraient pu déposer une offre en cas d'application correcte de l'AIMP 2019, c'est-à-dire s'il avait été procédé à une procédure ouverte ou sélective, ont été exclues de la participation à la procédure. Partant, l'adjudication du marché des transports scolaires de la commune a indûment restreint l'accès au marché, violant ainsi le principe de non-discrimination prévu à l'art. 3 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 1 LMI.

5.

Reste encore à examiner le grief de la recourante portant sur la violation de l'obligation de publication.

L'art. 48 al. 1 AIMP 2019 prévoit que, dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. En droit cantonal, l'art. 22 RCMP dispose que dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'interruption de la procédure, l'adjudication ou la révocation de celle-ci sur la plateforme simap.ch (al. 1). Dans la procédure de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP 2019, l'adjudicateur publie les adjudications sur la plateforme simap.ch, y compris pour les marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil des traités internationaux (al. 2). Les adjudications selon l'art. 21 al. 2 AIMP 2019 doivent être publiées au plus tard dans les 30 jours après l'adjudication du marché (al. 3).

En choisissant la procédure sur invitation, la commune n'a procédé à aucune publication sur la plateforme si-

map.ch. Or, comme exposé ci-dessus, elle aurait dû organiser une procédure ouverte ou sélective et, conformément aux dispositions susmentionnées, il lui incombait partant de publier notamment l'appel d'offres et l'adjudication. Ce faisant, elle a violé le principe de transparence.

6.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions du droit du marché intérieur ont été violées par le choix de la procédure sur invitation. Partant, le recours doit être admis. Etant donné que la COMCO ne peut demander que la constatation de l'illicéité de la décision attaquée, il convient donc de constater que l'adjudication communale du 20 avril 2023 à C. _____ SA restreint de manière illicite l'accès au marché et constitue une violation de l'art. 5 LMI.

7.

Aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge de la commune (cf. art. 133 CPJA; cf. également arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 8). Etant donné que la recourante ne peut demander qu'une constatation et non l'annulation ou la réformation de la décision qui lui a été notifiée, C. _____ SA n'a pas été invitée à prendre position et n'a ainsi pas non plus à supporter de frais. Par conséquent, il n'est pas perçu de frais de procédure.

La Cour arrête:

I. Le recours est admis.

Partant, il est constaté que la décision d'adjudication du 20 avril 2023 restreint l'accès au marché de manière illicite et constitue une violation à l'art. 5 LMI.

II. Il n'est pas perçu de frais de procédure.

III. Notification.

[Procédures de recours]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les
marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des
Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse,
Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des
schweizerischen Bundesgerichtes,
amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche
Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht,
Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale
del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale
del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den
Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken /
Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal)
de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica
della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique
de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GedrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale
Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das
öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités
administratives de la
Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die
Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die
Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres
restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence
déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza
sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international
privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques
au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und
Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al
commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des
marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait
des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei
prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération
et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e
lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten 1197
 abgestimmte Verhaltensweise 951, 958, 1157, 1161,
 1179 ff., 1183 ff., 1198 f., 1202 f., 1206, 1209, 1217,
 1223 f.
 Abrede 899, 911, 940, 942 ff., 948, 951 ff., 956 ff., 984 f.,
 987, 1014, 1040, 1068, 1155, 1157 ff., 1167, 1169, 1179
 ff., 1184, 1191, 1197 f., 1200, 1202 ff., 1211, 1213 ff.,
 1237, 1239, 1241, 1247, 1258, 1262
 Acquiring -
 Anhörung 964, 1159, 1167 f., 1170, 1250, 1253 f., 1258
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 984, 1050, 1165 f., 1169, 1177, 1189, 1191, 1214,
 1232, 1242
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste 964, 968 f., 990, 992
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 1051
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 953, 1158, 1225 f., 1262
 Effizienzprüfung 1225
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 1158, 1238
 Erheblichkeit 906, 1182, 1207, 1219 f., 1225
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte 1123

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis 1169
 Interchange Fee 954, 1223
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 900, 933,
 945, 987, 1040, 1062, 1066, 1083, 1085, 1093, 1162,
 1230, 1256
 Koppelungsgeschäft -
 Kostenraster -
 Krankenversicherer 1077, 1081
 Kreditkarten 1223
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 904 f., 995 f., 1132, 1251,
 1257, 1261 f.

M

Marktaufteilung 1195 f., 1203, 1206
 marktbeherrschende Stellung 899, 902 f., 948 f., 951, 954,
 960 ff., 987, 992 ff., 997 f., 1041, 1047 f., 1054 f., 1058,
 1060 f., 1065, 1068, 1071, 1084 f., 1087, 1092 f., 1130,
 1136, 1207, 1231, 1250 f., 1257, 1262
 Marktgegenseite 900, 902 f., 905, 945 ff., 961, 986 ff.,
 994 ff., 1042 f., 1050, 1052 f., 1055 f., 1072, 1074, 1077,
 1081, 1087 f., 1090, 1162, 1181, 1186, 1210 ff., 1229 f.,
 1256 f., 1259
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 902, 992, 1053, 1151, 1186, 1194 ff., 1204,
 1257
 Marktzutrittsschranken 903
 Meldepflicht 891, 933, 1040 f., 1062, 1068, 1071, 1084,
 1087, 1103, 1106 f., 1109 f., 1114
 Missbrauch 895, 898, 900, 903, 905 f., 948, 957, 960 ff.,
 986 f., 994 ff., 998, 1128 ff., 1244 f., 1256 f.

N

Netzwerk 961, 965 ff., 981, 983, 989 ff., 1056 f.
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 1180, 1199
 potenzieller Wettbewerb 1080, 1092, 1154
 Preisabrede 952, 958, 1157 ff., 1163, 1167, 1211, 1215,
 1219 ff., 1231 ff., 1241

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 899, 1132, 1136, 1140, 1148

R

Rabatte 904, 907, 929, 1220, 1246

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 1145 ff., 1158, 1169, 1231, 1233, 1240, 1245, 1255, 1262

Senkung Herstellkosten -

Submission 1224

Submissionskartell -

T

Tarife 899, 911, 913, 915, 919 ff., 924 f., 927, 929 ff., 935, 937 ff., 942, 944 f., 947, 1058, 1070, 1077, 1081, 1120 f., 1124 f., 1129, 1174

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 890, 948, 953 ff., 961 ff., 966, 968 f., 971, 980, 984 f., 988 ff., 998, 1043, 1068, 1075, 1081, 1090, 1146, 1157 ff., 1164, 1166 ff., 1172 f., 1181 f., 1189, 1193 1195 f., 1200 1204, 1210 ff., 1216 f., 1225, 1229, 1233 f., 1236 ff., 1246 f., 1250 ff., 1255, 1258 f., 1261, 1263

unzulässige Wettbewerbsabrede 948, 951, 954 1157 f., 1219, 1232

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede 958

Veröffentlichung 1083, 1111, 1150, 1165, 1175, 1243 ff., 1248

Verschulden 1146, 1161, 1227, 1233 ff., 1263

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 899, 935 ff., 940, 944 f., 954

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 924, 938

zweiseitige Märkte -