



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

**2018/1**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.18/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications

CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni

CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2018/1

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

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

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

April/avril/aprile 2018

---

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

|                     |                                       |  |
|---------------------|---------------------------------------|--|
| <b>Systematique</b> | <b>A</b>                              | <b>Rapports d'activité</b>                         |
|                     |                                       | A 1 Commission de la concurrence                   |
|                     |                                       | A 2 Surveillance des prix                          |
|                     | <b>B</b>                              | <b>Pratique administrative</b>                     |
|                     |                                       | B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence |
|                     |                                       | 1 Enquêtes préalables                              |
|                     |                                       | 2 Recommandations                                  |
|                     |                                       | 3 Préavis  |
|                     |                                       | 4 Conseils   |
|                     |                                       | 5 LMI  |
|                     |                                       | B 2 Commission de la concurrence                   |
|                     |                                       | 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            |  |
| <b>C</b>            | <b>Pratique des tribunaux civils</b>  |  |
|                     | C 1 Tribunaux cantonaux               |  |
|                     | C 2 Tribunal fédéral                  |  |
| <b>D</b>            | <b>Développements</b>                 |  |
|                     | D 1 Actes législatifs, communications |  |
|                     | D 2 Bibliographie                     |  |
| <b>E</b>            | <b>Divers</b>                         |  |

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

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| <b>A</b> | <b>Tätigkeitsberichte</b><br><b>Rapports d'activité</b><br><b>Rapporti d'attività</b>  |     |
| A 1      | <b>Wettbewerbskommission</b><br>Commission de la concurrence<br>Commissione della concorrenza  |     |
|          | 1. Jahresbericht 2017 der Wettbewerbskommission (WEKO)   | 1   |
|          | 2. Rapport annuel 2017 de la Commission de la concurrence (COMCO)  | 21  |
|          | 3. Rapporto annuale 2017 della Commissione della concorrenza (COMCO)   | 41  |
|          | 4. Annual Report 2017 of the Competition Commission  | 59  |
| <b>B</b> | <b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b><br><b>Pratique administrative</b><br><b>Prassi amministrativa</b>  |     |
| B 2      | <b>Wettbewerbskommission</b><br>Commission de la concurrence<br>Commissione della concorrenza  |     |
| 2.       | <b>Untersuchungen</b><br><b>Enquêtes</b><br><b>Inchieste</b>   |     |
|          | 1. Verzinkung  | 78  |
| 5.       | <b>Andere Entscheide</b><br><b>Autres décisions</b><br><b>Altre decisioni</b>  |     |
|          | 1. Bauleistungen Graubünden betreffend Beweisverwertungsverbot   | 121 |
|          | 2. Verzinkung - Parteistellung   | 126 |
|          | 3. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung | 132 |
|          | 4. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung | 150 |
|          | 5. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung | 166 |
| 8.       | <b>BGBM</b><br><b>LMI</b><br><b>LMI</b>  |     |
|          | 1. Prise de position de la COMCO du 26 juin 2017 dans la procédure 2C_261/2017   | 171 |
|          | 2. Stellungnahme zum Plausibilitätsprinzip (2C_1021/2016 und 2D_39/2016)   | 176 |
| B 3      | <b>Bundesverwaltungsgericht</b><br>Tribunal administratif fédéral<br>Tribunale amministrativo federale   |     |
|          | 1. Urteil vom 23. August 2016 (A-6315/2014) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung         | 178 |
|          | 2. Urteil vom 8. August 2016 (BVGE 2016/22) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung         | 194 |
|          | 3. Zwischenverfügung vom 23. Mai 2017 – Untersuchungsverfahren Bauleistungen Graubünden – Beweisverwertungsverbot  | 208 |
| B 4      | <b>Bundesgericht</b><br>Tribunal fédéral<br>Tribunale federale   |     |
|          | 1. Arrêt du 2 novembre 2017 dans la cause Marque de garantie Genève Région – Terre Avenir; GRTA; produits de boulangerie   | 216 |
|          | 2. Urteil vom 8. August 2017 in Sachen Bauleistungen Graubünden Beweisverwertungsverbot - Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. Mai 2017   | 220 |
|          | 3. Urteil vom 18. Juli 2017 – Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2016   | 223 |
|          | <b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>  | 233 |
|          | <b>Index (deutsch, français e italiano)</b>  | 235 |

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

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

|      |  |
|------|--|
| A 1. | 1. Jahresbericht 2017 der Wettbewerbskommission (WEKO) |
|------|--|

### Inhaltsverzeichnis

|          |   |          |              |   |           |
|----------|---|----------|--------------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>Vorwort des Präsidenten</b>                | <b>2</b> | <b>3.7</b>   | <b>Gesetzgebung</b>                       | <b>11</b> |
| <b>2</b> | <b>Wichtigste Entscheide 2017</b>             | <b>3</b> | <b>3.7.1</b> | <b>Parlamentarische Vorstösse</b>         | <b>11</b> |
| 2.1      | Entscheide der WEKO                           | 3        | 3.7.2        | Fair-Preis-Initiative                     | 12        |
| 2.2      | Entscheide der Gerichte                       | 4        | 3.7.3        | Modernisierung Zusammenschlusskontrolle   | 12        |
| <b>3</b> | <b>Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen</b> | <b>5</b> | <b>4</b>     | <b>Organisation und Statistik</b>         | <b>12</b> |
| 3.1      | Bau   | 5        | 4.1          | WEKO und Sekretariat                      | 12        |
| 3.1.1    | Submissionsabreden                            | 5        | 4.2          | Statistik                                 | 15        |
| 3.1.2    | Badzimmer / Sanitär-grosshandel               | 5        | <b>5</b>     | <b>Einvernehmliche Regelungen</b>         | <b>16</b> |
| 3.1.3    | Baustoffe und Deponien                        | 6        | 5.1          | EVR in Sanktionsfällen                    | 17        |
| 3.1.4    | Verzinkung                                    | 6        | 5.2          | Attraktivität von EVR in Sanktionsfällen  | 17        |
| 3.1.5    | Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen        | 6        | 5.3          | Der Ablauf von Sanktionsverfahren mit EVR | 18        |
| 3.1.6    | Weitere Bereiche                              | 6        | 5.4          | Fazit und Ausblick                        | 19        |
| 3.2      | Dienstleistungen                              | 6        |              |   |           |
| 3.2.1    | Finanzdienstleistungen                        | 6        |              |   |           |
| 3.2.2    | Gesundheitswesen                              | 7        |              |   |           |
| 3.2.3    | Freiberufliche und andere Dienstleistungen    | 7        |              |   |           |
| 3.3      | Infrastruktur                                 | 7        |              |   |           |
| 3.3.1    | Telekommunikation                             | 7        |              |   |           |
| 3.3.2    | Medien  | 7        |              |   |           |
| 3.3.3    | Energie                                       | 8        |              |   |           |
| 3.3.4    | Weitere Bereiche                              | 8        |              |   |           |
| 3.4      | Produktmärkte                                 | 8        |              |   |           |
| 3.4.1    | Schwerpunkt Vertikalabreden                   | 8        |              |   |           |
| 3.4.2    | Konsumgüterindustrie und Detailhandel         | 9        |              |   |           |
| 3.4.3    | Uhrenindustrie                                | 9        |              |   |           |
| 3.4.4    | Automobilsektor                               | 9        |              |   |           |
| 3.4.5    | Landwirtschaft                                | 9        |              |   |           |
| 3.4.6    | Weitere Bereiche                              | 10       |              |   |           |
| 3.5      | Binnenmarkt                                   | 10       |              |   |           |
| 3.6      | Internationales                               | 11       |              |   |           |



## 1 Vorwort des Präsidenten

Seit 2005 war Vincent Martenet Mitglied der WEKO, seit 2008 als Vizepräsident und seit 2010 als Präsident. Zum 31. Dezember 2017 ist er aufgrund der zwölfjährigen Amtszeitbeschränkung aus der Kommission ausgeschieden. Seine Ära ist geprägt durch die mit der KG-Revision von 2003 geschaffene Kompetenz, Kernbeschränkungen in horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabreden sowie den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen mit direkten Sanktionen zu belegen. Vincent Martenet hat die grössten Verdienste um den Aufbau des neuen Instrumentariums und hat ständige Sorge dafür getragen, dass es praktische Wirksamkeit erlangt und den hohen rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Die Leistungen des scheidenden Präsidenten werden in diesem Jahresbericht eingehend gewürdigt.

Die Tätigkeiten und Entscheide der WEKO im Jahr 2017 betreffen das gesamte Spektrum des Wettbewerbsrechts. Besondere Hervorhebung verdienen die Verfahren und Sanktionen wegen Submissionsabreden von Bauunternehmen, vertikaler Preisbindung bei Rasenmärobotern, horizontaler Preisabreden bei Verzinkungsleistungen, wegen Missbrauchs von Marktbeherrschung bei Postdienstleistungen und Kabelanschlüssen. Im Bereich der Fusionskontrolle erlangten die Zusammenschlussvorhaben zum Ticketing für Grossanlässe und bei Spitalleistungen besondere öffentliche Aufmerksamkeit. Wie immer waren zahlreiche Wirtschaftssektoren betroffen. Für die korrekte Anwendung des Kartellrechts ist es von grosser Bedeutung, die jeweiligen Marktbesonderheiten genauestens aufzuarbeiten. Im Sekretariat der WEKO hat sich grosses Spezialwissen angesammelt, das die Grundlage für nachvollziehbare Schlussfolgerungen ist und stimmige Entscheide ermöglicht. Dies gilt auch für die neuen Technologien: Die WEKO ist sich der Besonderheiten digitaler Märkte bewusst, beobachtet die aktuellen Entwicklungen genau und trägt dem Innovationspotential dieses Sektors in ihrer Entscheidungspraxis besondere Rechnung.

Nach mittlerweile mehr als 20 Jahren Praxis zum KG von 1995 sind jüngst wichtige Fragen der Rechtsanwendung geklärt worden. Das Bundesgericht hat insbesondere im GABA-Urteil vom Juni 2016 – die Begründung ist verfügbar seit April 2017 – präzisiert, dass harte horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden grundsätzlich erheblich und mangels Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sanktionierbar sind. Im BMW-Urteil hat das Bundesgericht diesen Standpunkt bestätigt und gefestigt, so dass für die Zukunft von einer konstanten Rechtsprechung in diesen Fragen auszugehen ist.

Die Klärung der Rechtslage erlaubt es dem Sekretariat, in Untersuchungen zu Kernbeschränkungen bei einem klaren Beweisergebnis den betroffenen Unternehmen eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen. Die Unternehmen gehen häufig darauf ein, weil eine solche zu ihren Gunsten zu einem rascheren und günstigeren Entscheid mit reduzierten Sanktionen führt. Für die Behörden bedeutet es weniger Verfahrensaufwand, indem die Ermittlungen abgekürzt und die Entscheide kürzer gefasst werden können. Zudem erübrigt sich in aller Regel der Aufwand für ein langwieriges Beschwerdeverfahren, allen

falls bis vor Bundesgericht. Das Instrument der einvernehmlichen Regelung – das der schweizerischen Tradition der einvernehmlichen Streitbeilegung entspricht – hat sich in den letzten Jahren bewährt und hat an praktischer Bedeutung ständig gewonnen, zumal der formelle Rahmen weiter präzisiert worden ist. Allerdings eignen sich nicht alle Verfahren für einvernehmliche Regelungen. Insbesondere die Notwendigkeit eines Leitentscheids oder eines Rechtsmittelverfahrens zur Klärung der Rechtslage können aus Sicht der Behörde gegen den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung sprechen. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das EU-Kartellrecht in vielen Bereichen einen starken Einfluss auf das schweizerische Recht ausübt (wie auch das Bundesgericht im erwähnten GABA-Entscheid wieder bestätigt hat), sei hervorgehoben, dass es sich beim Thema der einvernehmlichen Regelung umgekehrt verhält: Die EU hat mit der Möglichkeit von Vergleichen im Kartellverfahren vor zehn Jahren ein Instrument geschaffen, das im schweizerischen Recht in Form der einvernehmlichen Regelung bereits lange existiert. Die einvernehmlichen Regelungen sind das Schwerpunktthema dieses Jahresberichts (vgl. hinten 5).

Die WEKO wird auch mit dem neuen Präsidenten an den Schwerpunkten der bisherigen Arbeit festhalten: Harte Kartelle sind besonders schädlich für die Volkswirtschaft. Zu ihrer Aufdeckung kommt der Bonusregelung besondere Bedeutung zu. Im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden hebt das Gesetz Marktabschottung durch absoluten Gebietsschutz und vertikale Preisbindung hervor. Die WEKO wird Hinweisen auf solche Praktiken konsequent nachgehen. Sehr individuell sind die Fälle des Missbrauchs von Marktmacht gelagert: Die WEKO hat hier die Aufgabe, Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung davon abzuhalten, diese zu missbrauchen. Grossen Einsatz erfordert die Zusammenschlusskontrolle, die aufgrund der kurzen Prüfungsfristen besondere Flexibilität verlangt. Schliesslich ist die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarkts eine ständige Aufgabe. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass von einer Vollendung des Binnenmarkts nicht die Rede sein kann.

Über die Anwendung des geltenden Rechts auf Einzelfälle hinaus hat die WEKO die allgemeine Aufgabe, auf die grundlegende Bedeutung des Wettbewerbs für die Volkswirtschaft hinzuweisen und die entsprechenden Zusammenhänge im Rahmen von Konsultationen, Vernehmlassungen und anderen Stellungnahmen zu unterstreichen. Sie profitiert in diesem Zusammenhang in besonderem Mass von der ökonomischen Expertise, die in der Behörde vorhanden ist, und die nicht nur für die Anwendung des geltenden Rechts, sondern auch für die Advocacy-Tätigkeit unentbehrlich ist.

Prof. Andreas Heinemann  
Präsident WEKO

## 2 Wichtigste Entscheide 2017

### 2.1 Entscheide der WEKO

Die WEKO untersagte mit Verfügung vom 22. Mai 2017 das **Zusammenschlussvorhaben zwischen Ticketcorner und Starticket**. Diese Unternehmen bieten Veranstaltern von Konzerten, Shows usw. den Ticketvertrieb an. Ihre Dienstleistungen umfassen den physischen und Online-Vertrieb von Tickets (Fremdvertrieb) sowie die Vermarktung von Veranstaltungen (wie Werbung in Medien und Präsenz in sozialen Netzwerken). Daneben stellen Ticketcorner und Starticket Veranstaltern auch Software-Lösungen zur Verfügung, um den Ticketvertrieb selber vorzunehmen (Eigenvertrieb). Die vertiefte Prüfung der WEKO ergab, dass zwar auf dem Markt für Eigenvertrieb keine Probleme vorliegen. Hingegen bestanden auf dem Markt für Fremdvertrieb deutliche Anhaltspunkte, dass Ticketcorner bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der Zusammenschluss hätte es den beiden Unternehmen erlaubt, den Schweizer Markt für Fremdvertrieb von Tickets zu kontrollieren und den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. In ihrer Analyse hatte die WEKO die Stellung der auf dem Markt tätigen Unternehmen geprüft sowie potenzielle Markteintritte von neuen Unternehmen berücksichtigt. Zudem hatte sie die Marktentwicklung und die Rolle von Unternehmen wie Spotify, Facebook und Google analysiert. Die WEKO kam zum Schluss, dass die aktuellen und potenziellen Mitbewerber trotz technologischen Entwicklungen nicht im Stande gewesen wären, hinreichend disziplinierend auf das Verhalten der beiden Unternehmen einzuwirken. Sie konnte keine zielführenden Auflagen finden, die erlaubt hätten, den Zusammenschluss zu genehmigen. Demzufolge waren die gesetzlichen Voraussetzungen für die Untersagung erfüllt. Ticketcorner hat den Entscheid der WEKO beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Die WEKO beendete mit Verfügung vom 22. Mai 2017 die Untersuchung gegen **Husqvarna Schweiz AG** mit einer einvernehmlichen Regelung und einer Busse von CHF 656'667. Die Untersuchung zeigte, dass zwischen der Husqvarna Schweiz AG und ihren Händlern von 2009 bis 2015 unzulässige vertikale Preisabreden beim Vertrieb von **Rasenmärobotern** bestanden. In Bezug auf weitere Verdachtsmomente wurde die Untersuchung eingestellt. Husqvarna hatte unmittelbar nach Eröffnung der Untersuchung eine Selbstanzeige eingereicht und daraufhin mit der Wettbewerbsbehörde eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Darin verpflichtete sich das Unternehmen, den Schweizer Husqvarna Fachhändlern weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise vorzugeben. Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert. Das kooperative Verhalten von Husqvarna hatte eine erhebliche Sanktionsminderung zur Folge.

Am 10. Juli 2017 schloss die WEKO die erste von zehn Untersuchungen zu **Bauleistungen im Kanton Graubünden** ab. Hoch- und Tiefbauunternehmen hatten im **Münstertal** zwischen 2004 und 2012 bei mehr als hundert Ausschreibungen von öffentlichen und privaten Hoch- und Tiefbauprojekten die Preise abgesprochen. Sie tauschten sich über ihre jeweiligen Interessen für Hoch- und Tiefbauprojekte aus. Bestand Einigkeit, wurde

jene Unternehmung bestimmt, die den Zuschlag erhalten soll. Die anderen Unternehmen boten ihre Leistung in der Folge zu höheren Offertpreisen an. Bis 2008 erfolgte diese Zusammenarbeit in „Vorversammlungen“, die vom Graubündnerischen Baumeisterverband GBV organisiert wurden. In den folgenden Jahren setzten die beteiligten Unternehmen die Zusammenarbeit ohne Mitwirkung des GBV fort. Die WEKO verzichtete auf Sanktionen. Einer Unternehmung wurde die Busse vollständig erlassen, da sie die Abreden im Münstertal als erste meldete und sehr gut kooperierte. Das zweite Unternehmen kooperierte ebenfalls mit der WEKO und befindet sich zudem im Konkurs. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO genehmigte am 18. September 2017 den geplanten **Zusammenschluss zwischen dem Universitätsspital Basel und dem Kantonsspital Baselland** zu einer gemeinsamen Spitalgruppe. In ihrer vertieften Prüfung kam die WEKO zwar zum Schluss, dass im Bereich der akutstationären Spitaldienstleistungen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich die Spitalgruppe im Raum Basel eine starke Marktposition einnehmen wird. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in diesem Bereich war durch den Zusammenschluss jedoch nicht gegeben. Somit waren die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Intervention der WEKO nicht erfüllt. Dem Zusammenschlussvorhaben standen damit aus kartellrechtlicher Sicht keine Hindernisse mehr im Weg.

Am 2. Oktober 2017 fällte die WEKO sechs weitere Entscheide über **Submissionsabreden im Kanton Graubünden**. Diese Submissionsabreden betrafen einzelne Beschaffungen im Wert zwischen CHF 80'000 bis CHF 6 Millionen. Im Gegensatz zum Entscheid bezüglich Münstertal lag diesen Abreden keine Gesamtabrede zu Grunde. Analog war jedoch der Inhalt der Abreden: Die beteiligten Unternehmen sprachen ab, welche Unternehmung den Zuschlag erhalten soll und manipulierten entsprechend ihre Offerten. Sechs der acht abgesprochenen Projekte betrafen private Beschaffungen, die beiden anderen stammten von einer Engadiner Gemeinde und vom Kanton. Die Gesamtsanktion über alle sechs Entscheide beträgt rund CHF 1 Million. Zwei Entscheide sind rechtskräftig. Gegen vier Entscheide legte ein Teil der Parteien Beschwerde vor dem BVGer ein.

Die WEKO schloss mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 ihre Untersuchung über Preisabreden im **Verzinkungsmarkt** ab und sprach Bussen in Höhe von insgesamt rund CHF 8 Millionen aus. Die WEKO gelangte zum Ergebnis, dass neun Feuerverzinker aus der Deutschschweiz und dem französischen Teil des Wallis zwischen 2004 und Anfang 2016 regelmässig Preisabreden trafen. So vereinbarten die Unternehmen, ihren Kunden und Kundinnen bestimmte Zuschläge in Rechnung zu stellen und Mindestpreise einzuhalten. Zudem wurden wiederholt gemeinsame Preiserhöhungen beschlossen. Diese Abreden erfolgten an verschiedenen Sitzungen der Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV) bzw. von deren Fachstelle, der Schweizerischen Fachstelle Feuerverzinken (SFF). Bei den abgesprochenen Zuschlägen handelte es sich um den sog. Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag sowie den Transportmehrkostenzuschlag. Einer Unternehmung wurde die Sanktion erlassen, da sie die WEKO als Erste über das Kartell in Kenntnis gesetzt und

damit die Untersuchungseröffnung ermöglicht hatte. Die Sanktionen der übrigen Unternehmen wurden reduziert, da diese Unternehmen unmittelbar nach Verfahrenseröffnung Selbstanzeigen eingereicht hatten. Die Untersuchung war Anfang 2016 mit Hausdurchsuchungen eröffnet worden. Der zügige Abschluss war möglich, weil alle noch aktiven Feuerverzinkungsunternehmen sowie die VSV sehr gut kooperierten und zu einvernehmlichen Regelungen Hand boten. In diesen Vereinbarungen wurden für die Zukunft klare Verhaltensweisen festgelegt. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO sanktionierte die **Post** mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 mit rund CHF 22,6 Millionen. Auf dem **Markt für adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden** hat die Post ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die WEKO stellte fest, dass die Post gegenüber ihren Vertragskunden sowohl das vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011 geltende Preissystem 2009 als auch das seit 1. April 2011 geltende Preissystem CAPRI nicht einheitlich angewendet hat. Die Post gewährte Geschäftskunden bei Briefsendungen ab einem jährlichen Sendungsvolumen von CHF 100'000 vertragliche Sonderkonditionen (sog. Vertragskunden). Vertragskunden, die vergleichbare Eigenschaften aufwiesen, wurden jedoch in unzulässiger Weise ungleich behandelt und so diskriminiert. Bei einer Vielzahl von Verträgen wurden Rabatte vereinbart, die tiefer waren als in den Preissystemen vorgegeben. Daher mussten einige Kunden höhere Preise bezahlen als andere. Damit wurden sie einerseits im Wettbewerb mit anderen Kunden unzulässig behindert und haben andererseits der Post zu hohe Preise bezahlt. Mit dem ab 1. April 2011 geltenden Preissystem CAPRI hat die Post zudem einen Zusatzrabatt eingeführt. Damit sollten Kunden belohnt werden, wenn sie das mit der Post vereinbarte monatliche Umsatzziel erreichten oder übertrafen. Andererseits wurden sie hingegen abgestraft, wenn sie das monatliche Umsatzziel verfehlten. Insgesamt war das Preissystem für die Kunden intransparent. Dies führte dazu, dass Kunden von einer Auslagerung eines Teils ihrer Briefsendungen an den Wettbewerber Quickmail abgehalten wurden. Der Entscheid der WEKO kann an das BVGer weitergezogen werden.

Mit Entscheid vom 11. Dezember 2017 hat die WEKO die Untersuchung **Supermédia** gegen die Naxoo AG abgeschlossen. Die Untersuchung hat ergeben, dass Naxoo in ihrem Tätigkeitsgebiet, insbesondere in der Stadt Genf, über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Kabelanschlüsse verfügte. Naxoo hat diese Position einerseits durch unangemessene Geschäftsbedingungen in den Verträgen für Kabelanschlüsse gegenüber Hauseigentümern und andererseits durch die Behinderung von Dritten missbraucht. Dadurch wurden Hauseigentümer daran gehindert, über ihre Hausinfrastruktur frei zu verfügen und auf dieser beispielsweise Satellitensysteme zu installieren. Zudem wurden Anbieter von Satellitensystemen behindert und es wurde deren technische Entwicklung eingeschränkt. Schliesslich wurden Endkonsumenten am Bezug von konkurrierenden Kabelnetzdienstleistungen bzw. von komplementären Telekommunikationsdienstleistungen gehindert. Die WEKO hat Naxoo eine

Sanktion von rund CHF 3,6 Millionen auferlegt. Der Entscheid der WEKO kann an das BVGer weitergezogen werden.

## 2.2 Entscheide der Gerichte

Im Nachgang zu seinem Urteil vom 28. Juni 2016 i.S. **GABA/Elmex** hat das **Bundesgericht** am 21. April 2017 seine Erwägungen publiziert (BGE 143 II 297). Es hat insbesondere drei bisher umstrittene Fragen höchststrichlerlich geklärt und ausführlich begründet:

- Art. 2 Abs. 2 KG stellt lediglich klar, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken *können*, unter das KG fallen; die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig (E.3.7).
- Die Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG ist als Bagatellklausel zu verstehen und sie soll die Verwaltung bei ihrer Arbeit entlasten. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG steht die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist gar nicht zulässig (E.5.1). Zum materiellen Gehalt der Erheblichkeit hält das Bundesgericht fest, dass bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ihre qualitative Schädlichkeit grundsätzlich genügt, um die Erheblichkeitsschwelle zu erreichen (E.5.2). Dabei reicht es aus, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können; die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede und deren Umsetzung sind nicht weiter zu prüfen (E.5.4).
- Unzulässige Abreden des Typs von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind zu sanktionieren, unabhängig davon, ob sie den Wettbewerb beseitigen oder „nur“ erheblich beeinträchtigen (E.9.4). Die Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Eine bloss erhebliche Beeinträchtigung ist milder zu bestrafen als eine Beseitigung des Wettbewerbs (E.9.7).

Mit Urteil vom 9. Oktober 2017 hat das **Bundesgericht** die Beschwerde des WBF gegen das Urteil des BVGer vom 23. September 2014 i.S. **Baubeschläge** gutgeheissen. Die WEKO hatte im Oktober 2010 mehrere Unternehmen wegen horizontaler Preisabreden sanktioniert. Das BVGer hiess die dagegen eingelegten Beschwerden gut, weil die WEKO den Sachverhalt nur ungenügend abgeklärt habe und somit eine Preisabrede nicht rechtsgenügend nachgewiesen sei. Das BGer erinnerte die Vorinstanz daran, dass sie über volle Kognition verfüge und die behaupteten fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln habe. Sie könne die Sache allenfalls an die WEKO zurückweisen, wenn diese die Sachverhaltsabklärung nicht genügend vorgenommen habe. Das BVGer geht laut BGer in seinen Urteilen zudem von kartellrechtlich „unzutreffenden Prämissen“ aus: Erstens seien Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bereits aus qualitativen Gründen grundsätzlich erheblich. Zweitens sei eine Abrede auf Händlerstufe nicht ausgeschlossen, wenn sie auch auf ein „Preisdictat“ der Hersteller zurückzuführen ist. Massgebend sei einzig, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben,

die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen. Drittens sei das BVGer fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb zu beweisen seien. Der Nachweis der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sei nur in Bezug auf die Widerlegung der Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG relevant. Gelingt die Widerlegung, liege sowieso eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Das BGER hat die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zur neuen Beurteilung an das BVGer zurückgewiesen.

In Anwendung der GABA-Praxis hat das **Bundesgericht** mit Urteil vom 24. Oktober 2017 die Beschwerde der **BMW AG** gegen das Urteil des BVGer abgewiesen und die ursprünglich von der WEKO verhängte Sanktion von rund CHF 157 Millionen bestätigt. Unbestritten war gemäss dem BGER zunächst, dass das KG auch Sachverhalte erfasst, die zwar im Ausland veranlasst werden, sich aber in der Schweiz auswirken. Bei der zu beurteilenden Wettbewerbsabrede ging es um eine vertragliche Gebietsabschottung. Das BGER bestätigte, dass Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gelten. Dabei genüge es, wenn die Abrede den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen kann. Die konkreten Auswirkungen der Abrede müssen deshalb nicht geprüft werden. Gemäss dem KG könnte die fragliche Gebietsschutzabrede dann zulässig sein, wenn sie sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Solche Gründe hatte BMW jedoch nicht vorgebracht. Die in den Händlerverträgen der BMW AG seit 2003 verwendete Exportverbotsklausel war damit unzulässig. Das BGER bestätigte zudem, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, die den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen, von der WEKO mit einer Sanktion gemäss Art. 49a KG geahndet werden können. Die Vorinstanzen hatten kein Bundesrecht verletzt, indem sie im konkreten Fall von einem mittelschweren Verstoss ausgegangen sind und die Sanktion entsprechend bemessen hatten.

In einem weiteren Urteil vom 14. November 2017 hiess das **Bundesverwaltungsgericht** die Beschwerde eines Unternehmens gegen den Entscheid der WEKO i.S. **Türprodukte** vom 17. November 2014 gut. Dieses Unternehmen hatte ein einziges Mal am jährlichen Kartelltreffen teilgenommen, was von der WEKO als genügend angesehen worden war, um an der unzulässigen Abrede ebenfalls beteiligt zu sein. Das Gericht anerkannte im Grundsatz, dass die oppositionslose Teilnahme an einer Zusammenkunft von Unternehmen, an der es zu einer wettbewerbswidrigen Abrede komme, als Teilnahme an einer Abrede zu gelten habe, sofern das betreffende Unternehmen nicht darlegen könne, dass es am Treffen ausschliesslich wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und dies den anderen beteiligten Unternehmen entsprechend kundgetan habe. Es komme jedoch immer auf die konkreten Umstände im Einzelfall an und für eine Abrede müsse ein tatsächlicher Konsens oder eine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden. Im konkreten Fall sei nicht nachgewiesen, dass die Beschwerdeführerin an einer Abrede beteiligt gewesen sei.

### 3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

#### 3.1 Bau

##### 3.1.1 Submissionsabreden

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung Bauleistungen Unterengadin gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Strassen- und Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten und führte Hausdurchsuchungen durch. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnte das Sekretariat die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten **Kanton Graubünden** und sieben weitere Unternehmen aus. Die Untersuchung wurde im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend aus prozessökonomischen Gründen in zehn Untersuchungen aufgeteilt. Eine erste Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 10. Juli 2017 ab. Sie stellte rechtskräftig fest, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im **Münstertal** (GR) zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hatten (vgl. vorne 2.1). **Sechs weitere Entscheide** über Submissionsabreden im Hoch- und Tiefbau des Kantons Graubünden fällte die WEKO am 2. Oktober 2017. Diese Submissionsabreden betrafen einzelne Beschaffungen im Engadin. Zwei Entscheide sind rechtskräftig, vier vor dem BVGer hängig (vgl. vorne 2.1). Mit den letzten drei Entscheiden ist bis Sommer 2018 zu rechnen.

Die WEKO entschied am 8. Juli 2016, dass acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll. Einige Unternehmen haben den WEKO-Entscheid vor BVGer angefochten. Ein Teil der Unternehmen stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass der WEKO-Entscheid nicht publiziert werden dürfe. Gegen die zwei entsprechenden Publikationsverfügungen der WEKO vom 30. Oktober 2017 erhob eine Partei Beschwerde vor BVGer.

In Sachen **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** haben diverse Parteien den Entscheid der WEKO vom 16. Dezember 2011 angefochten. Das Verfahren ist vor dem BVGer hängig. Die WEKO hat am 11. Dezember 2017 über zwei Einsichtsgesuche in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und entsprechende Akten entschieden. Die Einsichtsgesuche stellten Beschaffungsstellen aus dem Kanton Aargau. Die Entscheide wurden vor dem BVGer angefochten.

##### 3.1.2 Badzimmer / Sanitär-grosshandel

In der am 22. November 2011 mit Hausdurchsuchungen eröffneten Untersuchung **Sanitär-grosshandel** hat die WEKO am 29. Juni 2015 gegen die Mitglieder eines Sanitär-grosshändlerkartells Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 80 Millionen verhängt. Die Begründung zum Entscheid wurde den Parteien Anfang 2016 zugestellt. Sämtliche Unternehmen haben gegen den Entscheid Beschwerde beim BVGer eingereicht.

Vier Parteien stellten sich gegen jegliche Publikation der WEKO-Verfügung und verlangten eine anfechtbare **Publikationsverfügung**. Diese erliess die WEKO im November 2016. Zwei Parteien erhoben Beschwerde beim BVGer. Das BVGer bestätigte mit Entscheid vom 24. Oktober 2017 die beiden Verfügungen der WEKO. Eine Partei erhob Beschwerde beim BGer.

### 3.1.3 Baustoffe und Deponien

Am 12. Januar 2015 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen der **Baustoff- und Deponiebranche** im Kanton Bern und führte Hausdurchsuchungen durch. Es besteht der Verdacht, dass die betreffenden Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen getroffen haben. Weiter liegen Anhaltspunkte vor, dass die betreffenden Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und diese missbraucht haben, indem insbesondere Geschäftsbeziehungen mit Drittunternehmen verweigert und Handelspartner diskriminiert wurden sowie der Abschluss von Verträgen an die Bedingung gekoppelt wurde, zusätzliche Leistungen anzunehmen.

Am 19. Mai 2015 wurde die Untersuchung in Bezug auf den Vorwurf der Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Die Untersuchung wurde im November 2016 aus prozessökonomischen Gründen in zwei Untersuchungen aufgeteilt. Die **Ermittlungsarbeiten** wurden im 2017 weitgehend abgeschlossen.

### 3.1.4 Verzinkung

Im Bereich der Verzinkung führten die Wettbewerbsbehörden ab 15. Februar 2016 eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen sowie die Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV). Das Verfahren schloss die WEKO am 30. Oktober 2017 mit Entscheid ab (vgl. vorne 2.1). Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

### 3.1.5 Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen

Unter anderem infolge des GABA-Urteils des BGer stand das Sekretariat auch 2017 mit verschiedenen Verbänden (Schweizerischer Baumeisterverband, **SBV**, Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverband, **SIA**) und Institutionen (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren, **KBOB**) im Rahmen von Vorabklärungen (SIA), Marktbeobachtungen (SBV) und Beratungen (KBOB) in Kontakt. Die Herausgabe von Honoraren, Tarifen und Preisen und entsprechenden Empfehlungen können unzulässige Preisabreden zwischen den Mitgliedern darstellen. Sowohl der SBV als auch die KBOB sahen infolgedessen von der Herausgabe und der Empfehlung entsprechender Honorare, Tarife und Preise ab.

Nachdem das Sekretariat im Februar 2017 gegen die SIA und ihre Mitglieder eine **Vorabklärung** eröffnet hatte, teilte es der SIA im September 2017 seine vorläufige kartellrechtliche Beurteilung mit. Im Fokus stehen die Berechnungsformeln für die Honorare von Architekten und Architektinnen sowie von Ingenieuren und Ingenieurinnen, die Vorgaben zur Berechnung der Honorare bei

Wettbewerben sowie die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“.

### 3.1.6 Weitere Bereiche

In Sachen **Türprodukte** wurde der Entscheid der WEKO vom 17. November 2014 von einer Partei angefochten. Das BVGer hiess die Beschwerde am 14. November 2017 gut (vgl. vorne 2.2).

In Sachen **Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren** hatte das BVGer im September 2014 die gegen den Entscheid der WEKO vom 4. November 2010 eingereichten Beschwerden gutgeheissen. Die WEKO bzw. das WBF zogen zwei der drei Urteile ans BGer weiter. Das BGer hat die Beschwerden am 9. Oktober 2017 gutgeheissen und wies die Fälle an das BVGer zurück (vgl. vorne 2.2).

## 3.2 Dienstleistungen

### 3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der Finanzdienstleistungen wurden die laufenden Untersuchungen (IBOR-Verfahren, Forex, Edelmetalle und Leasing) vorangetrieben, so dass mit Entscheidungen im 2018 zu rechnen ist.

Hingegen konnten im Jahr 2017 zwei wichtige Verfahren zu Debitkarten im Stadium der Vorabklärung mittels Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG abgeschlossen werden: Mit der **Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)** wurden die Voraussetzungen geschaffen, damit die Maestro-Karte im Online-Handel eingesetzt werden kann. Das Sekretariat hat die Einführung einer Interchange Fee für Transaktionen mit den Debit-Produkten von Mastercard im elektronischen und mobilen Handel (E- & M-Commerce) zugelassen, sofern gewisse Bedingungen eingehalten werden („Safe Harbor“). Die Höhe dieser Interchange Fee beträgt während fünf Jahren 0,31 % und sinkt danach auf 0,2 %. Gleichzeitig hat das Sekretariat die Rahmenbedingungen für eine domestische Interchange Fee für das Debitkartenprodukt **V PAY**, die im Jahr 2009 festgelegt worden waren, verlängert und angepasst. Im Gegensatz zu Maestro kann für V PAY weiterhin eine begrenzte Interchange Fee für Transaktionen am Verkaufspunkt (Point of Sale, POS) verlangt werden. Diese wurde allerdings von CHF 0.20 auf CHF 0.12 reduziert und gilt jedenfalls für die nächsten fünf Jahre. Für Zahlungen im E-&M-Commerce wurden gleichwertige Bedingungen wie für die Debit-Produkte von Mastercard geschaffen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass in beiden Fällen die Einführung einer **No Surcharging Rule** nach europäischem Standard zugelassen wurde, d.h. einer vertraglichen Regelung, welche es den Händlern untersagt, Zuschläge für die Verwendung von Debitkarten zu verlangen (Abschläge müssen hingegen uneingeschränkt zulässig bleiben).

Zuschläge für Kartenzahlungen waren auch bei den Kreditkarten ein Thema, da im August 2017 die domestischen Interchange Fees für Kreditkarten in Anwendung des Kreditkartenentscheides der WEKO aus dem Jahr 2014 auf 0,44 % gesenkt wurden. Die Wettbewerbsbehörden haben zahlreiche Anfragen von Bürgern und aus der Presse erhalten, weshalb trotz dieser Senkung gewisse Händler nach wie vor einen Zuschlag für die Zahlung mit Kreditkarten verlangen würden. Die Wettbewerbsbehörden wiesen in ihren Antworten jeweils darauf hin, dass es

kein staatliches Verbot von Kreditkartenzuschlägen gibt, sondern dass solche Verbote vertraglicher Natur sind und mit privatrechtlichen Mitteln dagegen vorgegangen werden muss.

Schliesslich wurde im Berichtsjahr eine neue Vorabklärung in Sachen **Twint/Apple** eröffnet, um allfällige kartellrechtliche Probleme im Bereich des mobilen Bezahls zu eruieren.

### 3.2.2 Gesundheitswesen

Für das Jahr 2017 lag der Schwerpunkt in diesem Bereich auf dem Beschwerdeverfahren **Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen** und der Prüfung des Zusammenschlusses der beiden **Spitäler Basel-Stadt** und **Basel-Landschaft** (vgl. vorne 2.1). Ebenfalls haben die Wettbewerbsbehörden auf die Beschwerde von Vifor AG (vorher Galencia AG) vor dem BVGer Stellung genommen.

Zudem wurde das Sekretariat in mehr als 80 **Vernehmlassungsverfahren** aus den Bereichen obligatorische Krankenversicherung und Medikamenten zu Stellungnahmen eingeladen, wobei in mehreren Fällen eine Stellungnahme an die zuständigen Behörden notwendig war.

### 3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Im Jahre 2017 befasste sich das Sekretariat mit Fragen betreffend **Suchmaschinen**.

Das Sekretariat führte unter Berücksichtigung des parallelen Verfahrens der europäischen Kommission in Brüssel die Vorabklärung gegen **Google** weiter. Letztere schloss ihre Untersuchung im Jahre 2017 mit einer Rekordbusse von 2,42 Milliarden Euro ab. Gegenwärtig warten die schweizerischen Behörden auf Details des Entscheids aus Brüssel, bevor daraus Schlüsse für die eigene Vorabklärung gezogen werden.

Das Sekretariat setzte sich weiter mit dem Phänomen der **partizipativen Wirtschaft („Sharing Economy“)** und dessen Entwicklungen auseinander. Ausserdem überwacht das Sekretariat prospektiv die Aktivitäten von **Uber** in der Schweiz. Zurzeit sind einige Fragen zur Klärung vor anderen Instanzen hängig, besonders die Frage, ob Uber als Arbeitgeber gilt.

Das Sekretariat hat seine Marktbeobachtung betreffend die Dienstleistungen von Valet Parking am internationalen Flughafen in Genf (AIG) weitergeführt. Aufgrund von Beschwerden hat das Sekretariat die Vertreter der AIG getroffen, um einen wirksamen Wettbewerb im Bereich des Valet Parkings zu gewährleisten. Diese Gespräche führten zur Einführung eines Ausschreibeverfahrens Mitte 2017. Das Sekretariat fasst eine ähnliche Lösung für den **Flughafen Zürich** ins Auge. Obwohl dem Sekretariat da keine Anzeichen für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, wird es weiterhin die Entwicklungen in diesen Märkten beobachten.

## 3.3 Infrastruktur

### 3.3.1 Telekommunikation

Mit Entscheid vom 11. Dezember 2017 hat die WEKO Naxoo AG wegen des Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Kabelanschlüsse mit rund CHF 3,6 Millionen sanktioniert (vgl. vorne 2.1).

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor BVGer i.S. **Breitbandinternet** (Swisscom WAN-Anbindung). Die WEKO hatte Swisscom am 21. September 2015 mit CHF 7,9 Millionen gebüsst, nachdem sie in der Untersuchung zum Schluss gelangt war, dass Swisscom auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich marktbeherrschend war und diese Stellung bei der Ausschreibung zur Vernetzung der Poststandorte missbraucht hatte.

Im Nachgang an das obgenannte Verfahren i.S. Breitbandinternet hat das Sekretariat im Dezember 2016 gegen die Swisscom (Schweiz) AG eine Vorabklärung im Zusammenhang mit der **breitbandigen Vernetzung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)** eröffnet. Dabei wird ermittelt, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Swisscom im Bereich WAN-Anbindung allgemein unangemessene Preise gegenüber Konkurrenten und Endkunden erzwungen und/oder Konkurrenten und Endkunden bei Preisen diskriminiert hat.

Im Berichtsjahr hat die WEKO ein **Gutachten** für das Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS) erstellt. Das BABS hatte der WEKO im Hinblick auf den Aufbau einer mobilen Breitbandnetzwerkinfrastruktur für die „Behörden Organisation für Rettungs- und Sicherheitskräfte“ (BORS) zwei Lösungswege zur kartellrechtlichen Beurteilung und zur Abschätzung der möglichen Wettbewerbswirkungen vorgelegt.

Die WEKO hatte im Bereich der Telekommunikation den **Unternehmenszusammenschluss BuyIn S. A.** zu beurteilen. Dabei beabsichtigte das von der Deutschen Telekom AG und von Orange S. A. im Jahr 2011 gegründete und gemeinsam kontrollierte Gemeinschaftsunternehmen BuyIn S. A., einen eigenständigen Marktauftritt. Nach der vorläufigen Prüfung des Vorhabens erfolgte die Freigabe durch die WEKO.

Der Entscheid in Sachen **Preispolitik ADSL** ist weiterhin vor BVGer hängig. Das BVGer hatte am 14. September 2015 gegenüber der Swisscom-Gruppe eine Sanktion in der Höhe von rund CHF 186 Millionen ausgesprochen und damit den Entscheid der WEKO inhaltlich vollumfänglich und die Sanktion im Wesentlichen bestätigt.

### 3.3.2 Medien

Im Mai 2017 hat die WEKO eine Untersuchung gegen die UPC Schweiz GmbH wegen Anhaltspunkten für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Übertragung von **Eishockey im Pay-TV** eröffnet. UPC hat im Sommer 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation für fünf Jahre die Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab der Saison 2017/18 erworben. In der Untersuchung steht die Frage im Vordergrund, ob UPC konkurrierenden, insbesondere nicht über das Kabelnetz operierenden TV-Plattformanbietern, die Eishockeyübertragungen ungerechtfertigterweise vorenthält. Mit Verfügung vom 26. Juni 2017 hat die WEKO den Antrag der Swisscom auf Erlass vorsorglicher Massnahmen abgelehnt, da nicht festgestellt werden konnte, dass durch die mögliche Verweigerung der UPC eine nachhaltige und irreversible Änderung der Marktstruktur auf Ebene der TV-Plattformen droht. Der Entscheid betreffend die vorsorglichen Massnahmen ist rechtskräftig.

Vor dem Hintergrund der parlamentarischen Initiative De Buman, welche die Aufnahme eines Art. 6a betreffend Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften in das Kartellgesetz vorgeschlagen hatte, erstellte die WEKO im Auftrag des WBF ein Gutachten zum **Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz**. Es ging darin im Wesentlichen um die kartellrechtliche Beurteilung des praktizierten Vertriebssystems und um mögliche kartellrechtliche Handlungsmöglichkeiten hinsichtlich der Preisunterschiede der in der Schweiz vertriebenen Zeitschriften zu denjenigen im jeweiligen Heimatland.

Die WEKO hatte im Bereich Medien bzw. Werbung zwei **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Bei Tamedia/Tradono Switzerland und bei Tamedia/Neo Advertising beabsichtigte Tamedia jeweils den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Tradono Switzerland bzw. die Neo Advertising AG. Tradono Switzerland betreibt einen digitalen Marktplatz für Kleinanzeigen, der ausschliesslich mittels einer Kleinanzeigen-App genutzt werden kann. Die Neo Advertising AG ist demgegenüber im Bereich der sog. Out-of-Home-Werbung tätig. Nach der vorläufigen Prüfung der Vorhaben erfolgte jeweils die Freigabe durch die WEKO.

Der Entscheid in Sachen **Sport im Pay-TV** ist beim BVGer hängig. Die WEKO hatte die Untersuchung mit Verfügung vom 9. Mai 2016 abgeschlossen und gegen die Swisscom eine Sanktion von rund CHF 71 Millionen verhängt.

Weiterhin beim BVGer hängig sind sodann die Beschwerden gegen die Verfügung der WEKO vom 27. Mai 2013 betreffend **Bücherpreise in der Romandie**. Des Weiteren ist in diesem Fall strittig, inwieweit die Verfügung publiziert wird. Das BVGer hat die Beschwerde eines Grosshändlers im Berichtsjahr abgewiesen. Die Sache ist nun vor dem BGer hängig.

### 3.3.3 Energie

Im Bereich **Gas** hat das Sekretariat **zwei Vorabklärungen** eröffnet. Im einen Fall stehen verschiedene Verhaltensweisen eines lokalen Erdgasnetzbetreibers im Raum, die zu einer unterschiedlichen Verrechnung von Netznutzungsentgelten bei eigenen Endkunden und solchen, die von einem Drittlieferanten beliefert werden, führen könnten. Im anderen Fall geht es um die Weigerung zweier Erdgasnetzbetreiber, drittbeschafftes Erdgas durchzuleiten. In beiden Vorabklärungen ist jeweils zu ermitteln, ob Anhaltspunkte für ein im Sinne von Art. 7 KG missbräuchliches Verhalten der Netzbetreiber vorliegen.

Das Sekretariat beteiligte sich in der Arbeitsgruppe zur Ausgestaltung eines **Gasversorgungsgesetzes**.

Im Bereich **Strom** wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen.

Im Bereich Energie hatte die WEKO folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Bei Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG beabsichtigten die beteiligten Unternehmen die Gründung eines Joint Venture für Systemlösungen im Bereich der vernetzten Energiearchitektur. Bei EDF/CDC/RTE

wurde der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Electricité de France (EDF) und Caisse des dépôts et consignations (CDU) über die RTE Réseau de transport d'électricité, welche sich bis dahin unter alleiniger Kontrolle der EDF befand, gemeldet. Nach der vorläufigen Prüfung der Vorhaben erfolgte jeweils die Freigabe durch die WEKO.

### 3.3.4 Weitere Bereiche

Mit Entscheid vom 30. Oktober 2017 hat die WEKO die Untersuchung **Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen** gegen die Post abgeschlossen und die Post mit einer Sanktion von rund CHF 22,6 Millionen belegt (vgl. vorne 2.1).

Die WEKO hatte des Weiteren folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Im Bereich der Containerschiffahrt meldete die Maersk Line A/S die Übernahme der Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (HSDG). Im Bereich der digitalen Identitäts- und Zertifikatsdienstleistungen meldeten die Schweizerische Post AG und die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) sodann den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die SwissSign AG. Beim Zusammenschluss Tech Data/Avnet TS ging es um den Vertrieb von IT-Produkten. Dabei beabsichtigte die Tech Data Corporation, den Geschäftsbereich Avnet Technology Solutions von der Avnet Inc. zu erwerben. Schliesslich prüfte die WEKO das Zusammenschlussvorhaben BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS. Dabei beabsichtigten die beteiligten Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über die BLS Cargo AG, welche bis dahin alleine von der BLS AG kontrolliert wurde, zu erlangen. Nach der vorläufigen Prüfung der Vorhaben erfolgte jeweils die Freigabe durch die WEKO.

Weiter hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer i.S. **Luffracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, mit welcher 11 Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Millionen sanktioniert worden waren, hatten verschiedene Parteien Beschwerde erhoben. In diesem Fall strittig ist zudem, ob und inwieweit die Verfügung der WEKO publiziert wird. Die neun diesbezüglich erhobenen Beschwerden wurden am 30. Oktober 2017 vom BVGer in Bezug auf den Umfang der Publikation teilweise gutgeheissen.

## 3.4 Produktmärkte

### 3.4.1 Schwerpunkt Vertikalabreden

Am 22. Mai 2017 passte die WEKO ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden, die sogenannte **Vertikalbekanntmachung**, an die Rechtsprechung des BGer i.S. Gaba (BGE 143 II 197) an. Das BGer hatte mit dem Gaba-Urteil vom 28. Juni 2016 einen Leitentscheid gefällt. Die Begründung dazu wurde Ende April 2017 publiziert. Das höchste Schweizer Gericht hat darin insbesondere klargestellt, dass harte horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden den Wettbewerb grundsätzlich erheblich beeinträchtigen und vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig und sanktionsbedroht sind. Bei dieser Gelegenheit hat die WEKO **Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung** publiziert, in denen sie praxisrelevante Fragestellungen im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG klärt. Die

Erläuterungen zeigen auf, welche Wettbewerbsbeschränkungen sanktionierbar sind und wie selektive Vertriebssysteme sowie Beschränkungen des Online-Handels kartellrechtlich beurteilt werden.

Das Sekretariat ist den in der Öffentlichkeit genannten Beispielen von überhöhten Preisen importierter Produkte in Zusammenhang mit der Lancierung der **Fair-Preis-Initiative** („Stop der Hochpreisinsel“; vgl. hinten 3.8.2) nachgegangen. Hinweise auf möglicherweise unzulässige Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wurden dabei nicht gefunden: Grösstenteils handelte es sich um Sachverhalte, bei welchen die Schweizer Nachfrager direkt beim jeweiligen Hersteller im Ausland angefragt haben und dieser auf seinen Generalimporteur oder seine Niederlassung bzw. Tochtergesellschaft in der Schweiz verwiesen hat. In einigen Fällen wären die Hersteller auch bereit gewesen, direkt in die Schweiz zu liefern, jedoch nur zu Schweizer Preisen. Es stellte sich auch heraus, dass gewissen Beispielen, die in der Öffentlichkeit genannt worden sind, gar keine konkreten Lieferanfragen im Ausland vorausgegangen waren oder diese – auch auf wiederholte Nachfrage hin – nicht aufgezeigt wurden. Vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage hat das Sekretariat den Marktteilnehmern, die Parallelimporte tätigen möchten, empfohlen, ihre Anfragen an einen vom Hersteller unabhängigen Händler im Ausland zu richten. Bei Importeschwierigkeiten, die möglicherweise auf eine Wettbewerbsabrede – z.B. zwischen einem Hersteller und einem ausländischen, vom Hersteller unabhängigen Händler – zurückzuführen sind, können sie sich beim Sekretariat melden.

### 3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 schloss die WEKO die Untersuchung gegen **Husqvarna** wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ab (vgl. vorne 2.1)

Am 4. Juli 2017 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die deutsche **RIMOWA GmbH**. Es bestehen Anhaltspunkte, dass die RIMOWA GmbH in der Vergangenheit mittels eines Exportverbots in den Verträgen mit ihren Vertriebspartnern ausserhalb der Schweiz Parallel- und Direktimporte von RIMOWA-Produkten in die Schweiz beschränkt hat. In der Untersuchung wird geprüft, ob es sich dabei um eine unzulässige vertikale Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG handelte.

Am 21. November 2017 eröffnete die WEKO wegen des Verdachts auf eine Aufteilung von Kunden beim Vertrieb des Flüssigharnstoffs **AdBlue®** in der Schweiz eine Untersuchung gegen die Bucher AG Langenthal und die Brenntag Schweizerhall AG. AdBlue® ist ein Flüssigharnstoff, welcher zur Reduktion von Stickoxidemissionen von Dieselfahrzeugen eingesetzt wird. In der Untersuchung wird geprüft, ob die Untersuchungsadressatinnen tatsächlich eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG getroffen haben.

### 3.4.3 Uhrenindustrie

Im Verlaufe des Jahres gingen bei den Wettbewerbsbehörden mehrere Meldungen betreffend Restriktionen beim **Bezug von Ersatzteilen** für Uhren ein. Unabhängige Uhrmacher würden dadurch bei der Erbringung von

Nachverkaufsdienstleistungen (namentlich die Durchführung von Revisionen und Reparaturen) beschränkt. Die Vorwürfe richteten sich gegen mehrere Uhrenmarken. Das Sekretariat nahm diese Meldungen im Rahmen einer hängigen Vorabklärung möglicher KG-Verstösse im Bereich Nachverkaufsservice entgegen und befragte die Marktteilnehmer zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen.

### 3.4.4 Automobilsektor

Im Bereich des **Vertriebs und Service von Neufahrzeugen** sind diverse Anzeigen eingegangen, wonach in den Vertriebs- und Servicenetzen verschiedener Schweizer Automobil-Importeure Umstrukturierungen stattfänden, welche zu systematischen Kündigungen von Verträgen mit bestehenden Handels- und Service-Partnern führten. Das Sekretariat klärt im Rahmen einer Vorabklärung und mehrerer Marktbeobachtungen ab, ob es in diesem Zusammenhang zu KG-Verstössen gekommen ist, und prüft dabei insbesondere, ob die Regeln in der Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung) eingehalten wurden.

Im Bereich des **Vertriebs von Ersatzteilen** gingen mehrere Anzeigen ein, wonach Schweizer Automobil-Importeure ihre Vertriebs- und Servicepartner möglicherweise darin beschränken, Originalersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder Händler ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von KFZ zu verwenden. Das Sekretariat hat diese Hinweise im Rahmen einer Marktbeobachtung abgeklärt und konnte zwar keine Anhaltspunkte für einen KG-Verstoss feststellen, kam aber zum Ergebnis, dass die Regeln zum Vertrieb von Ersatzteilen in der KFZ-Bekanntmachung einen gewissen Beurteilungsspielraum offenlassen.

Beim Sekretariat sind über das ganze Jahr hinweg viele Anfragen von Endkunden eingegangen, welche u.a. die Verweigerung von Garantie- und Serviceleistungen sowie die Beschränkung von Direktimporten betrafen. Zudem haben sich verschiedene Händler- und Werkstätten über einen möglichen Anspruch auf Zugang zu Vertriebs- und Servicenetzen erkundigt. Das Sekretariat konnte bei der Beantwortung dieser Fragen zu einem grossen Teil auf die **Erläuterungen der WEKO zur KFZ-Bekanntmachung** verweisen.

In Sachen **BMW** hat das BGer mit Urteil vom 24. Oktober 2017 die Beschwerde von BMW gegen das Urteil des BVGer abgewiesen. Die Sanktionsverfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 ist damit rechtskräftig (vgl. vorne 2.2).

### 3.4.5 Landwirtschaft

Im Bereich Ersatzteile für Traktoren eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 13. März 2017 eine Untersuchung gegen die **Bucher Landtechnik AG**. In der Untersuchung soll insbesondere geklärt werden, ob die Untersuchungsadressatin beim Vertrieb von Ersatzteilen für Traktoren der Marke New Holland mit der Bindung des Bezugs von Ersatzteilen an den Verkauf von Traktoren Parallelimporte verhindert hat.

Das Sekretariat beteiligte sich an rund **60 Ämterkonsultationen** zu Erlassentwürfen und Vorstössen aus dem



Parlament mit Bezug zur Landwirtschaft. Es sprach sich dabei insbesondere für den Abbau des Grenzschutzes aus. Daneben gingen beim Sekretariat mehrere Anfragen zu landwirtschaftlichen Themenbereichen ein, welche zu Besprechungen, Beratungen und/ oder Marktbeobachtungen führten. So befasste sich das Sekretariat in einer Beratung mit den kartellrechtlichen Auswirkungen möglicher Massnahmen der **Milchbranche** im Hinblick auf die per 1. Januar 2019 vorgesehene Abschaffung der Ausfuhrbeiträge gemäss „Schoggigesetz“.

### 3.4.6 Weitere Bereiche

Im Bereich **Fitnessgeräte** stellte die WEKO mit Verfügung vom 27. November 2017 die Untersuchung gegen die gym80 International GmbH und die ratio AG ein. Die ursprünglichen Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Gebietsschutzabreden über die Beschränkung von Importen von Fitnessgeräten in die Schweiz konnten in der Untersuchung nicht bewiesen werden oder haben sich nicht bestätigt.

Das Sekretariat stellte die Vorabklärung betreffend **Laborreagenzien** Ende 2017 ohne Folgen ein. Laborreagenzien zeigen beim Kontakt mit bestimmten anderen Stoffen eine spezifische chemische Reaktion. Die Vorabklärung ergab keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Abreden über absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Insbesondere ergab die Durchsicht von Vertriebsverträgen verschiedener ausländischer Hersteller von Laborreagenzien keine Hinweise auf Exportverbote in die Schweiz. Missverständlich formulierte Vertragsklauseln wurden – soweit mit den US-amerikanischen Herstellern in Kontakt getreten werden konnte – via Rundschreiben an die Vertriebspartner klargestellt.

### 3.5 Binnenmarkt

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit sowie die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und kantonalen Beschaffungen. Die WEKO überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes.

Bei der interkantonalen Freizügigkeit stand der Zugang zu den Handwerkerberufen im Kanton Tessin im Vordergrund. Das **Tessiner Gesetz über die Gewerbebetriebe (Legge sulle imprese artigianali, LIA)** verlangt, dass sich alle im Kanton Tessin tätigen Handwerksbetriebe in einem Register eintragen müssen. Der Eintrag in das LIA-Register ist mit Nachweisen von persönlichen sowie fachlichen Voraussetzungen verbunden und gebührenpflichtig. Nach Einschätzung der WEKO verstösst die Anwendung der LIA auf ausserkantonale Betriebe gegen das BGBM. Die WEKO erhob Ende 2016 drei Beschwerden an das kantonale Verwaltungsgericht und setzte sich in einer Empfehlung an den Kanton Tessin mit der LIA auseinander. Die Beschwerden sind vor dem kantonalen Verwaltungsgericht hängig. Die WEKO stand für die Umsetzung ihrer Empfehlung in Kontakt mit dem Kanton Tessin. Dieser stellte eine Anpassung der Registrierungspflicht für ausserkantonale Unternehmen in Aussicht, setzte diese allerdings dann nicht um. Die WEKO erhielt zahlreiche Anfragen von Handwerksbetrieben aus der ganzen Schweiz, welche sich zur Registrierung nach der LIA erkundigten.

Die WEKO verabschiedete Ende 2016 Empfehlungen an die Kantone Bern, Waadt und Tessin zu den **Zulassungsverfahren für ausserkantonale Anbieter in verschiedenen freien Berufen**. Die WEKO überprüfte bei den betroffenen Kantonen, ob die Empfehlungen berücksichtigt wurden. Die Empfehlungen der WEKO wurden teilweise, insbesondere durch Anpassungen der Zulassungspraxis, umgesetzt.

In der Schweiz besteht eine unterschiedliche kantonale Praxis zur Zulassung von multidisziplinären Anwalts-Aktiengesellschaften (Anwalts-AG). Die WEKO erhob im Jahr 2016 zwei Beschwerden in einem Waadtländer und einem Genfer Fall einer **Anwalts-AG**. Das BGer hielt nach öffentlicher Urteilsberatung am 15. Dezember 2017 im Genfer Fall fest, dass an einer Gesellschaft ausschliesslich im Berufsregister eingetragene Anwältinnen oder Anwälte beteiligt sein können. Dies ergebe sich aufgrund der Wahrung der Unabhängigkeit sowie der Einhaltung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses aus dem eidgenössischen Anwaltsgesetz.

Die WEKO kann im Verfahren vor BGer zu binnenmarktrechtlichen Fragen angehört werden. Das BGer gab der WEKO in sechs Fällen Gelegenheit zur Stellungnahme. Die WEKO reichte vier Stellungnahmen ein. So zum **Label „Genève Région – Terre Avenir“ (GRTA)**, bei welchem es um die Frage ging, ob das Label GRTA auch für Backprodukte erhältlich ist, bei welchem das Getreide ausserhalb der Region Genf gemahlen wurde (Urteil BGer 2C\_261/2017 vom 2. November 2017). In einer weiteren Stellungnahme ging es um die Frage, inwiefern ein **Treuhänder** sich für die **Zulassung seiner Tätigkeit im Tessin** auf das BGBM bzw. auf einen interkantonalen Sachverhalt berufen kann.

Bei den zwei weiteren Stellungnahmen an das BGer handelte es sich um Fälle des öffentlichen Beschaffungswesens. Die WEKO hat gestützt auf das BGBM auch den Auftrag, die Einhaltung des Beschaffungsrechts insbesondere der Kantone und Gemeinden zu überwachen. Die WEKO reichte eine Stellungnahme zur Frage des **Plausibilitätsprinzips in einer beschaffungsrechtlichen Angelegenheit** ein. Zur Frage stand insbesondere, inwiefern eine korrigierende Bewertung der eingereichten Offerten durch die Vergabestelle erfolgen kann (Urteil BGer 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017). Die WEKO äusserte sich zudem unter dem Blickwinkel des BGBM zu einem **Verbot der zweifachen Unterkordierung** und den dazu ausgesprochenen Sanktionen. In Bezug auf das Beschaffungswesen vertrat die WEKO überdies die wettbewerblichen Anliegen bei der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts.

Die WEKO verfasste auf Anfrage der Stadt Genf eine Empfehlung zur **Ausgestaltung einer Schulzulage**. Die Ausgestaltung der Zulage hatte einen protektionistischen Charakter zu Gunsten der Genfer Geschäfte. Gegenüber Anbietern ausserhalb der Stadt Genf stellte die geplante Art und Weise der Ausrichtung der Subvention eine Markzugangsbegrenzung dar, die nicht mit dem BGBM vereinbar war. Der Empfehlung der WEKO folgend plante deshalb die Stadt Genf, die Ausrichtung der Schulzulage so zu gestalten, dass Anbieter ausserhalb der Stadt Genf nicht benachteiligt werden.

Die Übertragung der Nutzung kantonaler Monopole hat gemäss BGBM durch nichtdiskriminierende Ausschreibungen zu erfolgen. Das BGer wendete in seinem Urteil vom 6. März 2017 die Regeln einer öffentlichen Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die **Konzessionierung des Plakataushangs in Lausanne** an. Die WEKO hatte in diesem Fall eine umfassende Stellungnahme eingereicht. In einem weiteren Urteil vom 1. September 2017 präzisierte das BGer in einem Fall aus dem **Taxiwesen** der Region Lausanne, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM auch auf **Sondernutzungskonzessionen** anzuwenden ist.

### 3.6 Internationales

**EU:** Das am 1. Dezember 2014 in Kraft getretene Wettbewerbsabkommen mit der EU hat sich in der Praxis sehr bewährt. Wettbewerbswidriges Verhalten weist vermehrt eine internationale Dimension auf. Daher untersuchen die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU öfters dieselben oder miteinander verbundene Sachverhalte. In diesen Fällen ermöglicht das Wettbewerbsabkommen der WEKO eine wertvolle Zusammenarbeit mit der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission. Insbesondere erlaubt das Abkommen einen Informationsaustausch, der vorher aufgrund des Amtsgeheimnisses nicht möglich war. Die WEKO macht regen Gebrauch von den im Abkommen vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit mit Brüssel, denn dadurch lassen sich die Verfahren beschleunigen. Folglich profitieren auch die von den parallelen Verfahren betroffenen Unternehmen vom Abkommen. Mehrere Unternehmen ermöglichten der WEKO eine Zusammenarbeit mit der EU-Kommission auch in Fällen, in denen der Informationsaustausch nur mit ihrer vorgängigen, schriftlichen Zustimmung erfolgen darf, d.h. bei Informationen aus einer Selbstanzeige oder einvernehmlichen Regelung. Dies zeigt, dass Unternehmen auch in solchen Fällen von einer Zusammenarbeit der WEKO mit der EU-Kommission profitieren können.

**Deutschland:** Mit Deutschland haben exploratorische Gespräche im Hinblick auf ein bilaterales Abkommen über eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich stattgefunden und konnten erfolgreich abgeschlossen werden. Deutschland ist der für die Schweiz mit Abstand wichtigste Handelspartner weltweit. Zudem ist Deutschland der wichtigste Referenzmarkt für Preisvergleiche. Aufgrund der grossen Preisunterschiede ist das Potenzial für grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen, etwa im Online-Handel, beträchtlich. Seit Beginn der Eurokrise im Jahr 2011 richtete die WEKO im Rahmen von Marktuntersuchungen zahlreiche Anfragen an deutsche Hersteller und Händler. Dabei ging es sehr häufig um die Frage, ob diese Parallel- und Direktimporte für Schweizer Unternehmen oder Konsumentinnen und Konsumenten verhindern. Vor diesem Hintergrund wäre ein Wettbewerbsabkommen mit Deutschland aus Sicht der WEKO zu begrüssen.

**OECD:** Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den zwei jährlichen Treffen des OECD-Wettbewerbskomitees in Paris teil. Dabei verfasste die WEKO in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge. Neben den zwei langfristigen Themen Marktstudien und Digitalisierung wurde u.a. das Thema der zweiseitigen bzw. mehrseitigen Märkte besprochen. Mehrseitige

Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass ein Anbieter (Plattform) zwei verschiedene Produkte an zwei verschiedene Kundengruppen verkauft, wobei die Nachfrage einer Kundengruppe von der Nachfrage der anderen Kundengruppe abhängt (indirekte Netzwerkeffekte). Im Weiteren haben die Arbeitsgruppen des OECD-Wettbewerbskomitees damit begonnen, die Empfehlungen der OECD zu überprüfen und bei Bedarf zu revidieren. Die Überprüfung der Empfehlung von 1998 betreffend die wirksame Bekämpfung von Hardcore-Kartellen ist dabei an die Hand genommen worden.

**ICN:** Die Wettbewerbsbehörden verfolgten die internationalen Entwicklungen des Wettbewerbsrechts im Rahmen des „International Competition Network“ (ICN). Die Arbeitsgruppe „Agency Effectiveness“ publizierte 2017 zwei neue Arbeitsprodukte zu den Themen „Competition Agency Staff Training Programmes“ und „Competition Agency Use of Social Media“. Die Kartell-Arbeitsgruppe führte mehrere Webinarien durch, an denen auch das Sekretariat teilnahm. Unter anderem stand das Thema der Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für das Verhalten ihrer Töchter zur Diskussion. Ferner erarbeitete die Arbeitsgruppe unter Beteiligung der Schweizer Behörden eine Checkliste zur Effizienz und Effektivität von Selbstanzeige-Programmen und ein Merkblatt zur Festlegung von Strafsanktionen. Die kanadische Wettbewerbsbehörde veranstaltete in Ottawa vom 4. bis 6. Oktober 2017 einen Kartell-Workshop zum Thema „Combating Cartels in Public Procurement“. Der Leiter Ökonomie des Sekretariats nahm daran teil und hielt einen Vortrag zum Thema „Data Screening“. Die Arbeitsgruppe „Merger“ veröffentlichte 2017 eine Neufassung ihrer Praxisempfehlungen zu Zusammenschlussmeldungen und Nachprüfungsverfahren sowie zur Analyse von Zusammenschlussvorhaben und veranstaltete im Dezember 2017 einen Workshop in Mexico City. Die Arbeitsgruppe „Unilateral Conduct“ erarbeitet zur Zeit ein Arbeitsheft zur Analyse von einseitigen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen. Am Workshop der Unilateral Working Group von Ende November 2017 in Rom war die Wettbewerbsrechtsdurchsetzung im digitalen Zeitalter ein zentrales Thema. Eine Delegation der WEKO nahm vom 10. bis 12. Mai 2017 an der ICN Jahreskonferenz in Porto teil.

**UNCTAD:** Der Direktor des Sekretariats trug zum vierten regionalen Workshop der lateinamerikanischen Wettbewerbsbehörden zum Thema Digitalisierung bei. Er referierte zum Thema Digitalisierung und Marktstrukturen. Das Sekretariat unterstützte auch in diesem Jahr die Aktivitäten des COMPAL-Kooperationsprogrammes. Ein Mitarbeiter der chilenischen Wettbewerbsbehörde absolvierte ein dreimonatiges Praktikum beim Sekretariat.

### 3.7 Gesetzgebung

#### 3.7.1 Parlamentarische Vorstösse

Der aktuelle Stand der nach dem Scheitern der geplanten KG-Revision im September 2014 eingereichten, noch hängigen **parlamentarischen Vorstösse** zur punktuellen Revision des KG präsentiert sich wie folgt:

- Die **Parlamentarische Initiative Hans Altherr** vom 25. September 2014 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ (14.449) möchte in Anlehnung an das deutsche

Kartellrecht eine Bestimmung zur Bekämpfung des Missbrauchs von relativer Marktmacht ins KG aufnehmen. Die Kommissionen des Ständerats wie auch des Nationalrats haben der Pa.IV. Folge gegeben, zurzeit ist der Vorstoss jedoch sistiert.

- Die **Motion Hans Hess** vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) fordert den Bundesrat auf, Massnahmen zu treffen, dass Herstellerinnen und Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnerinnen und -partnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im EWR eingekauft worden sind. Der Bundesrat hat einen Bericht zur Abschreibung der Motion verfasst (17.050); als nächstes wird der Nationalrat diesen Bericht beraten.
- Die beiden **Pa.IV. de Buman** vom 18. März 2016 „Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz“ (16.420) und vom 30. September 2016 „Kleine Revision des Kartellgesetzes“ (16.473) sind infolge Keine-Folge-Gebung bzw. Rückzugs erledigt.
- Die **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 „Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren“ (16.4094), welche Fristen für Gerichte, Verfahrensentschädigungen für Parteien, mildere Sanktionen für KMU und die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft fordert, wird nach der Annahme im Ständerat nun im Nationalrat beraten.

Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 „Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie“ (16.3902), nach welcher Hotels auf ihrer Webseite günstigere Tarife offerieren dürfen sollen als auf Online-Buchungsplattformen, ist von beiden Räten angenommen worden; das WBF erarbeitet einen Gesetzesentwurf.

Für die **Motion WAK-N** vom 14. August 2017: „Schaffung eines wirkungsvollen Instruments gegen unangemessene Zeitschriftenpreise“ (17.3629) ist der Nationalrat als Erstrat zuständig.

### 3.7.2 Fair-Preis-Initiative

Die im Herbst 2016 lancierte **Fair-Preis-Initiative** („Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preise“) verlangt vom Bund insb. „Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden“. Die Initiative wurde im Dezember 2017 bei der Bundeskanzlei eingereicht.

### 3.7.3 Modernisierung Zusammenschlusskontrolle

Der Bundesrat beauftragte das WBF mit der Erarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage zur **Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle** im KG. Der heute in der Schweiz angewandte Marktbeherrschungstest soll durch den in der EU vorherrschenden SIEC-Test („Significant Impediment of Effective Competition“) abgelöst werden.

Dieser Test erlaubt, den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen besser Rechnung zu tragen, womit positive Auswirkungen auf das Wettbewerbsumfeld in der Schweiz erwartet werden. Swiss Economics hat im Auftrag des SECO zur Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz und dessen Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle eine Studie erstellt.

Die Federführung für die Erarbeitung der Vernehmlassungsvorlage liegt beim SECO; das Sekretariat ist an den Arbeiten beteiligt.

## 4 Organisation und Statistik

### 4.1 WEKO und Sekretariat

Die Mitglieder der WEKO trafen sich 2017 zu 17 ganzz- oder halbtägigen Plenarsitzungen. Die Anzahl der Entscheide in Untersuchungen und Zusammenschlüssen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergeben sich aus der Statistik (vgl. hinten 4.2).

In der WEKO gab es im Berichtsjahr die folgenden personellen Wechsel:

- **Vincent Martenet** ist mit Ablauf seiner zwölfjährigen Amtszeit als Präsident zurückgetreten und per Ende 2017 aus der WEKO ausgeschieden;
- Der Bundesrat ernannte den bisherigen Vizepräsidenten **Andreas Heinemann** auf den 1. Januar 2018 zum Präsidenten der WEKO;
- **Danièle Wüthrich-Meyer** wurde vom Bundesrat auf den 1. Januar 2018 zur Vizepräsidentin der WEKO ernannt;
- **Daniel Lampart**, Vertreter des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB), ist per Ende 2017 aus der Kommission ausgeschieden;
- Er wird ersetzt durch **Isabel Martínez**, Zentralsekretärin Ökonomie beim SGB und wissenschaftliche Projektleiterin an der Universität St. Gallen;
- Die wegen des Rücktritts des Präsidenten frei gewordene Stelle eines WEKO-Mitglieds wurde vom GS-WBF am 21. Dezember 2017 ausgeschrieben und soll auf April 2018 besetzt werden.

Die WEKO würdigt nachstehend **Vincent Martenet** als Mitglied und Präsident der WEKO:

Der Bundesrat wählte Vincent Martenet auf den 1. November 2005 als Mitglied der WEKO. Er war im gleichen Jahr von der Universität Lausanne zum ordentlichen Professor für Verfassungs- und Wettbewerbsrecht ernannt worden. Vor allem seine verfassungsrechtliche Expertise war Grundlage dafür, dass er sich von Anfang an konsequent für die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden eingesetzt hat.

Eine wichtige Aufgabe kam ihm in der Evaluation des Kartellgesetzes zu, die von 2006 bis Ende 2008 durchgeführt wurde. Er vertrat die WEKO in der Steuerungsgruppe der Evaluationsgruppe Kartellgesetz und hat dabei massgeblich dazu beigetragen, dass die Evaluationsgruppe Ende 2008 einen ausführlichen Bericht an den Bundesrat verabschieden und breit abgestützte Verbesserungen des

Kartellgesetzes in den Bereichen Institutionelles, internationale Zusammenarbeit, Zusammenschlusskontrolle, vertikale Abreden und zivilrechtliche Durchsetzung vorschlagen konnte.

Vincent Martenet wurde vom Bundesrat auf den 1. Januar 2008 zum Vizepräsidenten der WEKO ernannt. Seine Funktion als „Hüter der Rechtsstaatlichkeit“ hat er im Präsidium der WEKO weiter und mit mehr Verantwortung wahrnehmen können und hat verschiedene Leitentscheide aus dieser Zeit (so etwa die Entscheide der WEKO i.S. GABA/Elmex, Swisscom Preispolitik ADSL, Hors-Liste-Medikamente und das Submissionskartell der Elektroinstallateure in Bern) massgeblich mitgeprägt.

Vincent Martenet wurde vom Bundesrat auf den 1. Juli 2010 als Nachfolger von Walter A. Stoffel zum Präsidenten der WEKO ernannt. Einen schwierigen Moment erlebte er kurz nach seinem Amtsantritt, als der Euro gegenüber dem Schweizer Franken massiv an Wert verloren hatte. Es war eine grosse Herausforderung, gegenüber dem Publikum, den Medien und der Politik aufzuzeigen, was die Möglichkeiten und Grenzen der Wettbewerbsbehörden sind. Es gab sehr grosse Erwartungen an die WEKO, etwas gegen die zunehmenden Preisdifferenzen zu unternehmen. Vincent Martenet ist es gelungen, den Beitrag des Kartellrechts zum Problem der hohen Preise zu bestimmen und zu verdeutlichen, dass die Wettbewerbspolitik nur ein Element der Gesamtstrategie ist. Diese Einsicht wird von Wert für die verschiedenen politischen Vorstösse sein, die auf eine Anpassung des Kartellgesetzes zielen.

In seinen siebeneinhalb Jahren als WEKO-Präsident hat die Wettbewerbsbehörde die Praxis zu den schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich zu Submissionsabreden, der Abschottung des Schweizer Marktes sowie zum Missbrauch von Marktbeherrschung verfestigen und verfeinern können. Dies hat auch dazu beigetragen, dass die Untersuchungen der WEKO in zunehmendem Mass mit einvernehmlichen Regelungen und entsprechend kurzen Verfügungen abgeschlossen werden konnten. Die Präsidentschaft von Vincent Martenet lässt sich anhand der drei folgenden Punkte gut charakterisieren:

- **Rechtsstaatlichkeit der Verfahren:** Als Verfassungsrechtler war ihm die rechtsstaatliche Korrektheit der Verfahren immer ein grosses Anliegen. Er war Garant dafür, dass die Behörde die Verfahren korrekt geführt hat. In seiner Amtszeit gab es praktisch keine Rügen von den Gerichten wegen Verfahrensfehlern.
- **Qualität der Entscheide:** Sein zentrales Credo war, dass die WEKO-Entscheide höchsten qualitativen Ansprüchen genügen müssen. Denn einerseits werden die von den Verfahren betroffenen Unternehmen von erstklassigen Anwältinnen und Anwälten vertreten und andererseits müssen die WEKO-Entscheide einer gerichtlichen Überprüfung standhalten.
- **Konzentration auf die schwersten Formen von Wettbewerbsverstössen:** Er hat immer die schlimmsten Wettbewerbsverstösse, nämlich harte Kartelle, Marktabschottungen wie die Behinderung

von Parallelimporten und den Missbrauch von Marktmacht in den Vordergrund gestellt. In diesen Bereichen hat die WEKO unter seiner Führung eine ganze Reihe von Leitentscheiden erlassen, welche offene Fragen geklärt und eine verlässliche Praxis für die Unternehmen geschaffen haben. So etwa die Entscheide zur Behinderung des Online-Handels, Behinderung von Parallelimporten, zu Submissionsabreden, zu Sport im Pay-TV, zur Anwendung von Bruttopreisen im Sanitär-grosshandel, die ersten Entscheide im LIBOR-Fall etc.

Vincent Martenet hat auch stets darauf geachtet, dass die Entscheide der WEKO vor den Rechtsmittelinstanzen (Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht) konsequent und optimal verteidigt werden. Dies hat sicher dazu beigetragen, dass die Gerichte die Entscheide der WEKO mit wenigen Ausnahmen bestätigt haben und dass Urteile wie GABA/Elmex, BMW, NIKON und Swisscom ADSL (noch nicht rechtskräftig) heute zu den Leiturteilen mit grosser Breitenwirkung zählen.

In seine Amtszeit fällt auch der Abschluss des bilateralen Kooperationsabkommens mit der EU. Dies ist eines der wenigen Dossiers, in denen in den letzten Jahren ein neues Abkommen mit der EU abgeschlossen werden konnte. Zudem ist es weiterhin weltweit das einzige Kooperationsabkommen, welches einen weitgehenden Austausch von Informationen und Beweismitteln erlaubt. Das Abkommen ist seit 1. Dezember 2014 in Kraft und die bisherigen Erfahrungen der Wettbewerbsbehörde damit sind sehr positiv. Derzeit gibt es auch Bestrebungen, die formelle Kooperation mit anderen Wettbewerbsbehörden auszubauen. Mit Deutschland konnte beispielsweise ein exploratorischer Bericht im Hinblick auf Verhandlungen über ein Kooperationsabkommen im Herbst 2017 abgeschlossen werden. Für Vincent Martenet waren allgemein die internationale Zusammenarbeit und der Austausch mit anderen Wettbewerbsbehörden ein wichtiges Anliegen. Er hat sich stets Zeit genommen, um an den wichtigsten Treffen der OECD, des International Competition Network ICN, der European Competition Authorities ECA und am Vierländertreffen der deutschsprachigen Wettbewerbsbehörden die Schweiz zu vertreten und die Praxis der WEKO zu erklären.

Die WEKO dankt Vincent Martenet für seine ausserordentlichen Verdienste als Mitglied, Vizepräsident und während siebeneinhalb Jahren als Präsident der WEKO. Sie wünscht ihm für seine weitere berufliche Tätigkeit an der Universität Lausanne sowie für seine private Zukunft alles Gute.

In den Schlüsselpositionen des Sekretariats ergaben sich im 2017 keine Wechsel.

Ende des Jahres 2017 beschäftigte das **Sekretariat** 72 (Vorjahr 73) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 43 (Vorjahr 40) Prozent. Dies entspricht insgesamt 60,9 (Vorjahr 62,7) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 53 (Vorjahr 51) wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 46,1 Vollzeitstellen; Vorjahr 44,4); 5 (Vorjahr 9) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 5 (Vorjahr 9) Vollzeitstellen

---

entspricht; 14 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 9,8 (Vorjahr 9,3) Vollzeitstellen.

---

## 4.2 Statistik

|   | 2016 | 2017 |
|---|------|------|
| <b>Untersuchungen</b>   |      |      |
| Während des Jahres geführt                                    | 32   | 30   |
| davon Übernahmen vom Vorjahr                                  | 22   | 26   |
| davon Eröffnungen   | 4    | 4    |
| davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung | 6    | 0    |
| <b>Endentscheide</b>  | 9    | 12   |
| davon einvernehmliche Regelungen                              | 6    | 2    |
| davon behördliche Anordnungen                                 | 2    | 4    |
| davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG                      | 8    | 11   |
| davon Teilverfügungen   | 2    | 0    |
| Verfahrensleitende Verfügungen                                | 9    | 1    |
| Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)      | 3    | 3    |
| Vorsorgliche Massnahmen                                       | 0    | 1    |
| Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG                        | 0    | 0    |
| <b>Vorabklärungen</b>   |      |      |
| Während des Jahres geführt                                    | 14   | 18   |
| davon Übernahmen vom Vorjahr                                  | 11   | 9    |
| davon Eröffnungen   | 3    | 9    |
| <b>Abschlüsse</b>   | 6    | 7    |
| davon mit Untersuchungseröffnung                              | 2    | 1    |
| davon mit Anpassung des Verhaltens                            | 3    | 3    |
| davon ohne Folgen   | 1    | 3    |
| <b>Andere Tätigkeiten</b>                                     |      |      |
| Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG        | 0    | 2    |
| Erfolgte Beratungen   | 27   | 21   |
| Abgeschlossene Marktbeobachtungen                             | 42   | 63   |
| BGÖ-Gesuche   | 16   | 9    |
| Sonstige erledigte Anfragen                                   | 683  | 635  |
| <b>Zusammenschlüsse</b>                                       |      |      |
| Meldungen   | 22   | 32   |
| Kein Einwand nach Vorprüfung                                  | 21   | 27   |
| Prüfungen   | 1    | 3    |
| Entscheide der WEKO nach Prüfung                              | 0    | 3    |
| Untersagung   | 0    | 1    |
| Zulassung mit Bedingungen/Auflagen                            | 0    | 0    |
| Zulassung ohne Vorbehalte                                     | 0    | 2    |
| Vorzeitiger Vollzug   | 0    | 0    |
| <b>Beschwerdeverfahren</b>                                    |      |      |
| Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer                  | 39   | 31   |
| Urteile BVGer   | 9    | 7    |
| davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde                           | 7    | 5    |
| davon teilweiser Erfolg                                       | 0    | 1    |
| Urteile BGer  | 2    | 2    |
| davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde                           | 2    | 2    |
| davon teilweiser Erfolg                                       | 0    | 0    |
| Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)                         | 28   | 21   |

|   |     |     |
|---|-----|-----|
| Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.   |     |     |
| Gutachten (Art. 15 KG)                            | 0   | 1   |
| Empfehlungen (Art. 45 KG)                         | 0   | 0   |
| Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG) | 0   | 3   |
| Nachkontrollen                                    | 0   | 0   |
| Bekanntmachungen (Art. 6 KG)                      | 1   | 1   |
| Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)                | 281 | 210 |
| Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)              | 8   | 8   |
| BGBM  |     |     |
| Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)       | 2   | 1   |
| Gutachten (Art. 10 BGBM)                          | 1   | 5   |
| Erläuterungen (Sekretariat)                       | 45  | 73  |
| Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)   | 1   | 0   |

Aus der Statistik und im Vergleich mit den Zahlen aus dem Jahr 2016 ergeben sich die folgenden Erkenntnisse:

- Die Zahl der abgeschlossenen Untersuchungen erhöhte sich auf zwölf, wobei sieben davon Verfahren zu den Submissionsabreden im Kanton Graubünden betrafen. In elf Entscheiden sind dabei Sanktionen ausgesprochen worden. Die Zahl der neu eröffneten Untersuchungen blieb im Vergleich zum Vorjahr unverändert.
- Es sind mehr Vorabklärungen geführt und eröffnet worden im 2017. Die Vorabklärungen dienen primär als Triageinstrument und nicht zwingend der Vorbereitung einer Untersuchung. Bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, z.B. aufgrund einer Selbstanzeige oder der Anzeige eines Whistleblowers, kann direkt eine Untersuchung, allenfalls direkt gefolgt von einer Hausdurchsuchung, eröffnet werden.
- Die Marktbeobachtungen haben um 50 % zugenommen im Vergleich zum Vorjahr. Sie dienen primär der Abklärung, ob ein bestimmter Sachverhalt kartellrechtlich relevant und allenfalls problematisch ist.
- Die Meldungen von Zusammenschlussvorhaben haben mit 32 wieder das Niveau der Jahre vor 2016 erreicht. Mit drei vertieften Prüfungen war die Zahl im Vergleich zu den Vorjahren hoch und sie haben einen entsprechenden Arbeitsaufwand ausgelöst.
- Die Zahl der Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht bleibt auf hohem Niveau. Das BVGer hat 2017 lediglich einen materiellen Entscheid gefällt (i.S. Türprodukte, vgl. vorne 2.2); die restlichen sechs Urteile betreffen Zwischen- oder Publikationsverfügungen. Das BGer hat zwei materielle Urteile ausgesprochen (i.S. BMW und Baubeschläge, vgl. vorne 2.2), beide mit Erfolg für die Wettbewerbsbehörde. Ende 2017 bleiben 21 Beschwerdeverfahren vor den Gerichten hängig.
- Im Bereich des BGBM ist eine ausserordentlich hohe Zahl von Erläuterungen zu verzeichnen. Dies ist hauptsächlich auf die zahlreichen Anfragen von Handwerksbetrieben zur LIA zurückzuführen (vgl.

vorne 3.5). Auch die Zahl der Gutachten ist markant gestiegen, weil die WEKO vermehrt vom BGER zu einer gutachterlichen Stellungnahme in Beschwerdeverfahren mit Bezug zum BGBM eingeladen wird.

## 5 Einvernehmliche Regelungen

Nach der Einführung von direkten Sanktionen für die schwersten Verstösse gegen das Kartellgesetz im Jahr 2004 war fraglich, ob beim Vorwurf von harten horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabreden sowie des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung überhaupt noch Spielraum für einvernehmliche Regelungen (EVR) mit den Unternehmen bestand. Jedenfalls war unklar, was eine EVR in solchen Fällen bringen sollte, denn bis zur Einführung direkter Sanktionen diente dieses Instrument der raschen Erledigung von Kartellverfahren: Zeigten sich die Unternehmen bereit, das ihnen vorgeworfene Verhalten anzupassen, konnte das Verfahren ohne Folgen eingestellt werden.

Die heutige gesetzliche Grundlage für EVR in Art. 29 KG war mit dem Kartellgesetz von 1995 eingeführt worden. Gemäss der Botschaft des Bundesrats sollten die Wettbewerbsbehörden die eingeleiteten Verfahren möglichst zügig abschliessen, weshalb der Abschluss von EVR zum Regelfall werden sollte. Die Mission war klar und so schlug das Sekretariat in der Praxis den Untersuchungsadressaten regelmässig Massnahmen vor, wie sie eine mutmasslich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung beseitigen konnten. Sofern sich die Unternehmen verpflichteten, diese Massnahmen umzusetzen, kamen die EVR zustande und wurden sie der WEKO zur Genehmigung unterbreitet. Die WEKO genehmigte die EVR mittels einer Verfügung, mit welcher sie die Untersuchung in der Regel ohne Folgen einstellte. Dabei wurde die Frage, ob es sich tatsächlich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gehandelt hatte, meistens nicht abschliessend beurteilt.

Im Jahr 2003 erfuhr das Kartellgesetz von 1995 bereits eine Revision. Deren Hauptziel bestand gemäss der Botschaft des Bundesrats von 2001 darin, für die besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstösse direkte Sanktionen einzuführen. Das gesetzgeberische Ziel war wiederum klar: Unternehmen, die an unzulässigen harten horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabreden beteiligt

waren, und solche, die ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht haben, sind durch die Wettbewerbsbehörden zu sanktionieren. Damit liegt auf der Hand, dass in Fällen mit Anhaltspunkten für sanktionierbare KG-Verstösse nicht mehr auf eine abschliessende rechtliche Würdigung verzichtet werden kann, wie das bisher beim Abschluss einer EVR regelmässig der Fall war, dies ist nur noch im Bereich von unzulässigen, aber nicht sanktionierbaren Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG möglich. Bedeutete dies nun das Ende von EVR im Bereich von direkt sanktionierbaren Verstössen? Nein, wie nachfolgend aufgezeigt wird, kommen EVR auch in Sanktionsfällen regelmässig zur Anwendung und können EVR auch in diesen Fällen durchaus attraktiv sein.

### 5.1 EVR in der Praxis der Wettbewerbsbehörden

Seit Einführung direkter Sanktionen im Jahr 2004 fokussieren die Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden auf die schwersten Verstösse gegen das KG, d.h. auf harte horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden sowie den Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen und folglich auf die direkt sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkungen. EVR spielen auch in diesen Untersuchungen eine grosse Rolle. Rund in der Hälfte der bisherigen Sanktionsverfahren kam es zum Abschluss von EVR.

EVR kommen in Untersuchungen von allen Formen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG in Frage. In der Vergangenheit betraf die grosse Mehrheit der EVR die Beseitigung von horizontalen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG. Aber auch die Beseitigung von vertikalen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG waren das Thema von EVR. In all diesen Fällen verpflichteten sich die Unternehmen in der EVR zu konkreten Massnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung, so dass die WEKO auf die einseitige Anordnung von Geboten und Verboten verzichten konnte. An Kartellen beteiligte Unternehmen haben sich im Allgemeinen dazu verpflichtet, mit ihren Konkurrenten keine strategisch relevanten Informationen mehr auszutauschen, marktbeherrschende Unternehmen haben sich z.B. verpflichtet, Abnehmer weiterhin mit bestimmten Gütern zu beliefern und Hersteller haben sich bspw. verpflichtet, auf die Wiederverkaufspreise ihrer Abnehmer keinen Einfluss zu nehmen oder mit ihren Vertriebspartnern keine Beschränkung von passiven Verkäufen in die Schweiz zu vereinbaren. Obwohl die Wettbewerbsbeschränkungen mit einer EVR für die Zukunft beseitigt waren, konnten die Wettbewerbsbehörden in diesen Fällen nicht auf eine Sanktionierung des vergangenen Verhaltens verzichten. Die Beurteilung der Sanktionierbarkeit und die Festlegung der Sanktionshöhe haben die Wettbewerbsbehörden nämlich auch beim Abschluss einer EVR von Amtes wegen vorzunehmen.

### 5.2 Attraktivität von EVR in Sanktionsfällen

#### *Reduktion der Sanktion*

Aus Sicht der Unternehmen dürfte der Abschluss einer EVR insbesondere deshalb interessant sein, weil er regelmässig mit einer Reduktion der Sanktion honoriert

wird. Nach der aktuellen Praxis der Wettbewerbsbehörden beträgt die Höhe der Reduktion zwischen 5 und 20 % des Sanktionsbetrags, je nachdem wie früh im Verfahren die EVR zustande kommt. Für EVR, die während der Sachverhaltsermittlung abgeschlossen werden können, gibt es maximal 20 % Sanktionsreduktion, für solche die während der Redaktion des Antrags zustande kommen, 10 bis 15 % und für jene EVR, die erst nach Zustellung des Antrags an die Parteien zur Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG zustande kommen, werden noch rund 5 % Sanktionsreduktion gewährt. Die Abstufung je nach Verfahrensstand soll den Anreiz für das Unternehmen erhöhen, möglichst früh im Verfahren eine EVR abzuschliessen.

Neben der Reduktion der Sanktion für den Abschluss einer EVR bestehen noch zusätzliche Möglichkeiten, die Sanktion zu reduzieren:

- Bei Parteien, die im Rahmen der *Bonusregelung* eine Selbstanzeige eingereicht haben, kann dies dazu führen, dass die Sanktion vollständig erlassen (erste Selbstanzeigerin), um maximal 50 % (weitere Selbstanzeigerinnen) oder um maximal 80 % („Bonus Plus“-Anzeigerinnen) reduziert wird. Daraus ergibt sich eine mit der Maximalreduktion für die EVR (max. 20 %) kombinierte Maximalreduktion von 100 % für die erste Selbstanzeigerin bzw. bis 60 % für weitere Selbstanzeigerinnen bzw. 84 % für „Bonus Plus“-Anzeigerinnen, denn die Reduktion berechnet sich gestaffelt. Eine Kombination von Selbstanzeigen und EVR kommt in der Praxis regelmässig vor: Bei rund der Hälfte der über 50 Unternehmen, die bisher eine EVR abgeschlossen haben, handelt es sich um Selbstanzeigerinnen.
- Ausserhalb der Bonusregelung wird eine *besonders gute Kooperation* nach Art. 6 Abs. 1 SVKG praxisgemäss mit bis zu 20 % sanktionsmildernd berücksichtigt, so dass eine mit der Maximalreduktion für die EVR kombinierte Maximalreduktion von 40 % resultieren kann. Als besonders gute Kooperation kommt z.B. das freiwillige Einreichen von Beweismitteln, das Ablegen eines Geständnisses oder die Anerkennung des Sachverhalts in Frage.

#### *Kürzere Verfahren und Verfügungen*

Ein weiterer grosser Vorteil für das Unternehmen liegt in der Einsparung von Zeit und Kosten: Beim Abschluss einer EVR dauert das Verfahren regelmässig kürzer und fällt die Verfügung in der Regel knapper aus als in Untersuchungen ohne EVR. Der grosse Zeitgewinn ergibt sich vor allem daraus, dass der Sachverhalt nach Abschluss einer EVR nicht vollumfänglich ermittelt werden muss und der Umfang der Begründung des Kartellrechtsverstosses reduziert werden kann, sofern das Unternehmen zu erkennen gibt, dass es kein Rechtsmittelverfahren anstrebt. Der Zeitgewinn wird noch verstärkt, wenn es den Sachverhalt anerkennt. Sofern der relevante Sachverhalt durch die vorhandenen Beweismittel rechtsgenügend erstellt erscheint, kann nach Abschluss der EVR auf weitere Beweismassnahmen verzichtet werden und das Sekretariat kann zur Formulierung des Antrags nach Art. 30 Abs. 2 KG übergehen. Erfahrungsgemäss fällt die Stellungnahme der Unternehmen zum Antrag kürzer aus als



in Verfahren ohne EVR. Zudem können sich die Unternehmen damit einverstanden erklären, ganz oder teilweise auf eine Einsicht in die Akten zu verzichten, und es erübrigt sich in der Regel eine Anhörung der Parteien durch die WEKO nach Art. 30 Abs. 2 KG. Im Normalfall besteht kein Grund für eine Anfechtung der Verfügung und erübrigt sich ein Rechtsmittelverfahren (vgl. oben 5.2 Abschnitt 1). Das Unternehmen kann das Kartellverfahren schnell ad acta legen und sich auf sein Hauptgeschäft konzentrieren. Die Kosteneinsparung ergibt sich aus den kürzeren Verfahren.

#### *In der Regel kein Rechtsmittelverfahren*

Der grosse Vorteil von EVR liegt aus Sicht der Behörde darin, dass es in Verfahren mit EVR in der Regel nicht zu einem Rechtsmittelverfahren kommt. Das gilt insbesondere in Sanktionsverfahren, weil in diesen das Beschwerderisiko grösser ist als in Verfahren, in denen die Unternehmen nicht mit einer Busse belastet werden. Rechtsmittelverfahren können in Kartellrechtsfällen mehrere Jahre dauern und in dieser Zeit grosse Ressourcen binden.

Bisher haben von den über 50 an einer EVR beteiligten Unternehmen nur drei eine Beschwerde eingelegt. Diese waren insbesondere mit der durch die WEKO verhängten Sanktion nicht einverstanden. Zwei von den drei Beschwerdeverfahren sind zurzeit vor dem BVGer hängig. Diese tiefe Anfechtungsquote zeigt, dass jene Unternehmen, die EVR abschliessen, in der Regel keinen Grund haben, die Verfügung der WEKO anzufechten. Dies hat unter anderem damit zu tun, dass das Sekretariat die Unternehmen vor dem Abschluss einer EVR im Rahmen eines vorläufigen Beweisergebnisses über den relevanten Sachverhalt und dessen kartellrechtliche Würdigung informiert und ihnen aufzeigt, in welcher Bandbreite sich die Sanktion befinden wird, die das Sekretariat bei der WEKO beantragen wird. Die Unternehmen können sich somit in Kenntnis dieser vorläufigen Beurteilung durch das Sekretariat für oder gegen eine EVR und damit für oder gegen eine schnelle und einfache Erledigung des Verfahrens entscheiden.

Entscheiden sie sich dafür, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass grundsätzlich kein Grund zur Anfechtung der Verfügung besteht, sofern diese mit der durch das Sekretariat kommunizierten vorläufigen Beurteilung übereinstimmt. Vor diesem Hintergrund lässt es sich erklären, weshalb eine EVR grundsätzlich nicht eine ausdrückliche Anerkennung des Sachverhalts oder der rechtlichen Würdigung voraussetzt: Für die Wettbewerbsbehörden steht im Vordergrund, dass der Entscheid der WEKO nicht angefochten wird. Daher reicht es grundsätzlich für den Abschluss einer EVR, dass das Unternehmen gegenüber den Behörden zu erkennen gibt, dass es nicht beabsichtigt, ein Rechtsmittel einzulegen. Gibt es hingegen Anzeichen, dass ein Unternehmen trotz EVR ein Rechtsmittel einlegen könnte, so kann das Sekretariat eine Anerkennung des Sachverhalts verlangen oder auf den Abschluss einer EVR verzichten. Es besteht nämlich kein Anspruch auf Abschluss einer EVR.

Aus der Perspektive des Unternehmens ist ein Verfahren mit EVR dann attraktiv, wenn das Unternehmen bei der Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses durch das Sekretariat zur Einsicht gelangt, dass der relevante

Sachverhalt korrekt festgestellt wurde und es damit rechnen muss, dass die vorläufige rechtliche Würdigung durch die WEKO und die Gerichte bestätigt würde. Mit anderen Worten macht es aus Sicht der Unternehmen dann Sinn, eine EVR einzugehen, wenn sie davon ausgehen müssen, dass ein Verstoss gegen das KG vorliegt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sie an einem horizontalen Preis-, Gebiets- oder Mengenkartell oder an einer vertikalen Abrede über Preise (sog. Preisbindung der zweiten Hand) oder Gebiete (sog. absoluter Gebietsschutz) beteiligt waren, die gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands als erheblich gelten.

#### *Positivere Wirkung in der Öffentlichkeit*

Schliesslich dürfte die Bereitschaft zur freiwilligen Anpassung des Verhaltens im Rahmen einer EVR aus Sicht der daran beteiligten Unternehmen in der Öffentlichkeit positiver aufgefasst werden als ein durch die WEKO einseitig angeordnetes Verbot. Bei Entscheiden der WEKO mit EVR steht in der Medienmitteilung über den Abschluss der Untersuchung regelmässig im Vordergrund, dass das Unternehmen mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert hat.

### **5.3 Der Ablauf von Sanktionsverfahren mit EVR**

#### *Eröffnung einer Untersuchung wegen Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

Grundvoraussetzung für den Abschluss einer EVR nach Art. 29 KG ist, dass die Wettbewerbsbehörden wegen Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet haben. Zudem muss das Sekretariat im Rahmen einer vorläufigen rechtlichen Würdigung des Sachverhalts zum Schluss kommen, dass es sich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG handelt. Das bedeutet allerdings nicht, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor dem Abschluss einer EVR bereits vollumfänglich bis ins letzte Detail nachgewiesen sein muss. Der Vorteil der EVR liegt gerade darin, dass nach deren Abschluss auf eine vollumfängliche Ermittlung des Sachverhalts verzichtet und der Begründungsumfang reduziert werden kann (vgl. vorne 5.2).

#### *Entscheid über Eignung für EVR*

Kommt das Sekretariat in der vorläufigen Beweiswürdigung zum provisorischen Ergebnis, dass ein Kartellrechtsverstoss vorliegt, geht es in einem ersten Schritt darum, zu entscheiden, ob sich der Fall überhaupt für eine EVR eignet. Dies ist allgemein gegeben, wenn der Sachverhalt und die Rechtslage sowohl aus Sicht des Sekretariats als auch aus Sicht der Unternehmen klar erscheint und vor diesem Hintergrund auf ein Rechtsmittelverfahren verzichtet werden kann. Ungeeignet sind EVR in Fällen, in denen die Unternehmen davon überzeugt sind, nicht gegen das KG verstossen zu haben, und bereit sind, den Fall vor die Rechtsmittelinstanzen zu ziehen (vgl. vorne 5.2).

#### *Ausloten des Interesses an einer EVR/Unterzeichnung der Rahmenbedingungen*

Erscheint der Fall geeignet für eine EVR und zeigen die Unternehmen Interesse an einem einvernehmlichen Abschluss des Verfahrens, so lässt das Sekretariat ihnen in

einem ersten Schritt die Rahmenbedingungen der Verhandlungen über EVR zukommen und bittet sie, deren Kenntnisnahme mit ihrer Unterschrift zu bestätigen.

Thema der EVR-Gespräche sind Massnahmen zur Anpassung des Verhaltens, der relevante Sachverhalt, dessen rechtliche Würdigung und die Höhe einer allfälligen Sanktion – das Sekretariat legt seine Sichtweise dar und die Parteien können sich dazu äussern. Verhandelt wird, wie die Wettbewerbsbeschränkung in Zukunft beseitigt werden kann.

In den Rahmenbedingungen wird den interessierten Unternehmen in Aussicht gestellt, dass der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EVR vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmildernder Umstand berücksichtigt werden. Zudem stellen die Rahmenbedingungen klar, dass sich bei Abschluss einer EVR ein Beschwerdeverfahren in der Regel erübrigt.

#### *Orientierung über das vorläufige Beweisergebnis*

Sofern die Unternehmen mit diesen „Spielregeln“ einverstanden sind, werden sie durch das Sekretariat über das vorläufige Beweisergebnis orientiert. Dies erlaubt es den Unternehmen, sich in Kenntnis des relevanten Sachverhalts und von dessen voraussichtlichen kartellrechtlichen Würdigung für oder gegen eine EVR zu entscheiden.

#### *Entscheid für oder gegen eine EVR*

Entscheiden sich die Unternehmen für den Abschluss einer EVR, so wird von ihnen insbesondere die Bereitschaft erwartet:

- freiwillig Massnahmen zu ergreifen, um eine durch das Sekretariat für unzulässig erachtete Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen,
- mit dem Sekretariat zu kooperieren und auf übermässig umfangreiche Eingaben zu verzichten, um einen zügigen Abschluss des Verfahrens herbeizuführen, sowie
- auf ein Rechtsmittelverfahren zu verzichten, sofern sich die Höhe der Sanktion in der vom Sekretariat kommunizierten Bandbreite bewegt.

Der Abschluss einer EVR setzt nicht grundsätzlich eine Anerkennung des relevanten Sachverhalts und/oder der rechtlichen Würdigung voraus. Eine Anerkennung kann jedoch zu einer zusätzlichen Reduktion der Sanktion führen (vgl. vorne 5.2). Das Sekretariat kann etwa dann eine Anerkennung des Sachverhalts verlangen, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass eine Partei trotz EVR ein Rechtsmittel ergreifen könnte.

#### *Entwurf der EVR/Verhandlungen über die Massnahmen*

Der Entwurf für die EVR kann durch das Sekretariat oder die Unternehmen ausgearbeitet werden. Der Inhalt der Massnahmen, zu deren Ergreifung sich die Unternehmen verpflichten, ergibt sich aus dem vorgeworfenen Verhalten. Es geht darum, dieses Verhalten in Zukunft so anzupassen, dass es nicht mehr zu einem Kartellrechtsverstoss kommt. Die Verpflichtungen sollen möglichst klar sein, so dass sie durch die Unternehmen einfach umgesetzt werden können und die Umsetzung durch die Wettbewerbsbehörden wiederum einfach überprüft werden

kann. Die Massnahmen können auch darin bestehen, dass sich das Unternehmen dazu verpflichtet, das ihm vorgeworfene Verhalten in Zukunft nicht mehr zu praktizieren, z.B. keine verbindlichen Preisempfehlungen mehr abzugeben oder keine vertraglichen Exportverbote aus dem EWR in die Schweiz mehr in die Vertriebsverträge aufzunehmen.

#### *Abschluss der EVR*

Sobald sich das Sekretariat und die Unternehmen über den Inhalt der Verpflichtungszusagen in der EVR geeinigt haben, wird diese durch die Unternehmen und das Sekretariat unterzeichnet. Im Idealfall kommt die EVR noch während den Sachverhaltsermittlungen zustande, denn sofern der relevante Sachverhalt durch die vorhandenen Beweismittel rechtsgenügend erstellt erscheint, kann nach Abschluss der EVR auf zusätzliche Beweismassnahmen verzichtet werden, womit das Verfahren beschleunigt werden kann (vgl. vorne 5.2). Nach Abschluss der EVR kann das Sekretariat in der Regel direkt zur Formulierung des Antrags übergehen.

#### *Antrag des Sekretariats*

Das Sekretariat nimmt die EVR in seinen Antrag auf und beantragt bei der WEKO, sie zu genehmigen, eine Sanktion innerhalb einer bestimmten Bandbreite zu verhängen und dabei den Abschluss der EVR mit einer Reduktion der Sanktion zu honorieren (vgl. vorne 5.2). Bevor das Sekretariat den Antrag der WEKO zustellt, erhalten die Parteien die Gelegenheit, schriftlich dazu Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Stellungnahme der Parteien fällt regelmässig viel kürzer aus als in Verfahren ohne EVR. Zudem erübrigt sich meistens eine Anhörung durch die WEKO (Art. 30 Abs. 2).

#### *Genehmigung und Entscheid der WEKO*

Sofern die WEKO bzw. Kammer mit der EVR einverstanden ist, genehmigt sie diese und nimmt die darin enthaltenen Verpflichtungen der Unternehmen ins Dispositiv der Verfügung auf, diese ersetzen dann behördliche Anordnungen zur Anpassung des Verhaltens. Neben der Genehmigung der EVR entscheidet die WEKO bzw. Kammer in derselben Verfügung über die Verhängung allfälliger direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG. Ist die WEKO bzw. Kammer mit der EVR nicht einverstanden, so kann sie den Antrag mit Anregungen zur Überarbeitung ans Sekretariat zurückweisen, was in der Praxis erst einmal vorgekommen ist. Ist die WEKO mit der EVR einverstanden, nicht hingegen mit der Begründung des Antrags bzw. der Verfügung, kann sie diese anpassen.

#### *Umsetzung der Massnahmen durch die Unternehmen*

Es liegt an den Unternehmen dafür zu sorgen, dass die Massnahmen, zu denen sie sich im Rahmen der EVR verpflichtet haben, nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung umgesetzt werden. Verstösse gegen EVR sind gleich sanktionierbar wie Verstösse gegen behördliche Anordnungen (Art. 50 und 54 KG).

## **5.4 Fazit und Ausblick**

Insgesamt sind EVR auch nach Einführung direkter Sanktionen durchaus noch attraktiv, um Verfahren zügig abzuschliessen. Der grosse Zeitgewinn ergibt sich insbesondere daraus, dass sich nach Abschluss einer EVR eine

---

abschliessende Ermittlung des Sachverhalts und ein Beschwerdeverfahren in der Regel erübrigen. Dies gilt sowohl aus der Perspektive der Behörde als auch aus Sicht der Unternehmen.

Durch die EVR lassen sich sowohl bei den Wettbewerbsbehörden als auch bei den Unternehmen Ressourcen einsparen. Am Ergebnis der Untersuchung ändert sich dabei nichts, ausser dass auf behördliche Anordnungen zur Anpassung des Verhaltens verzichtet werden kann und der Abschluss der EVR sanktionsmildernd berücksichtigt wird. Namentlich führt eine EVR nicht zum Verzicht auf eine Sanktionierung. Allerdings dürfte die Bereitschaft zur freiwilligen Anpassung des Verhaltens im Rahmen einer

EVR aus Sicht der daran beteiligten Unternehmen in der Öffentlichkeit positiver aufgefasst werden als ein durch die WEKO angeordnetes Verbot.

Damit sprechen auch aus Sicht der Unternehmen viele gute Gründe für den Abschluss einer EVR. Um die Transparenz des Verfahrens zum Abschluss einer EVR für die Unternehmen zu erhöhen, hat das Sekretariat auf der Internetseite der Wettbewerbskommission ein entsprechendes Merkblatt publiziert ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblätter > Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen).

---

|      |  |
|------|--|
| A 1. | <b>2. Rapport annuel 2017 de la Commission de la concurrence (COMCO)</b> |
|------|--|

### Table des matières

|          |  |           |          |  |           |
|----------|--|-----------|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>Préface du président</b>  | <b>22</b> | 4.2      | Statistique  | 35        |
| <b>2</b> | <b>Décisions les plus importantes en 2017</b>                        | <b>23</b> | <b>5</b> | <b>Accords amiables</b>  | <b>36</b> |
| 2.1      | Décisions de la COMCO  | 23        | 5.1      | Les accords amiables dans la pratique de l'autorité de la concurrence  | 37        |
| 2.2      | Arrêts des tribunaux   | 24        | 5.2      | Attractivité de l'accord amiable en cas de sanction                    | 37        |
| <b>3</b> | <b>Activités dans les différents secteurs</b>                        | <b>25</b> | 5.3      | Déroulement des procédures de sanction aboutissant à un accord amiable | 38        |
| 3.1      | Construction   | 25        | 5.4      | Conclusion et perspectives   | 40        |
| 3.1.1    | Accords de soumission  | 25        |          |  |           |
| 3.1.2    | Grossistes sanitaires  | 25        |          |  |           |
| 3.1.3    | Gravier et décharges pour matériaux inertes                          | 26        |          |  |           |
| 3.1.4    | Zingueries   | 26        |          |  |           |
| 3.1.5    | Recommandations sur les honoraires, les tarifs et les prix           | 26        |          |  |           |
| 3.1.6    | Autres domaines  | 26        |          |  |           |
| 3.2      | Services   | 26        |          |  |           |
| 3.2.1    | Services financiers  | 26        |          |  |           |
| 3.2.2    | Santé  | 27        |          |  |           |
| 3.2.3    | Services des professions libérales et autres domaines professionnels | 27        |          |  |           |
| 3.3      | Infrastructures  | 27        |          |  |           |
| 3.3.1    | Télécommunications   | 27        |          |  |           |
| 3.3.2    | Médias   | 27        |          |  |           |
| 3.3.3    | Energie  | 28        |          |  |           |
| 3.3.4    | Autres domaines  | 28        |          |  |           |
| 3.4      | Produits   | 28        |          |  |           |
| 3.4.1    | Accent sur les accords verticaux                                     | 28        |          |  |           |
| 3.4.2    | Industrie des biens de consommation et commerce de détail            | 29        |          |  |           |
| 3.4.3    | Industrie horlogère  | 29        |          |  |           |
| 3.4.4    | Secteur automobile   | 29        |          |  |           |
| 3.4.5    | Agriculture  | 29        |          |  |           |
| 3.4.6    | Autres domaines  | 30        |          |  |           |
| 3.5      | Marché intérieur   | 30        |          |  |           |
| 3.6      | Relations internationales  | 31        |          |  |           |
| 3.7      | Législation  | 32        |          |  |           |
| 3.7.1    | Interventions parlementaires   | 32        |          |  |           |
| 3.7.2    | Initiative pour des prix équitables                                  | 32        |          |  |           |
| 3.7.3    | Modernisation du contrôle des concentrations                         | 32        |          |  |           |
| <b>4</b> | <b>Organisation et statistique</b>                                   | <b>32</b> |          |  |           |
| 4.1      | COMCO et Secrétariat   | 32        |          |  |           |

## 1 Préface du président

Vincent Martenet a été membre de la COMCO depuis 2005, il en a été le vice-président depuis 2008 et son président depuis 2010. Il a quitté la Commission au 31 décembre 2017, la durée de fonction étant limitée à douze ans. Son ère a été marquée par la compétence, créée dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels en 2003, d'imposer des sanctions directes contre les limitations caractérisées dans le cadre d'accords horizontaux et verticaux en matière de concurrence et contre l'abus de position dominante sur le marché. Vincent Martenet a rendu de très grands services dans le développement de ce nouvel instrument, lui qui a toujours veillé à ce qu'il déploie des effets concrets tout en répondant aux exigences élevées de l'Etat de droit. Le présent rapport annuel rend un hommage appuyé au président sortant.

Les activités et décisions de la COMCO au cours de 2017 concernent tous les aspects du droit de la concurrence. Relevons en particulier les procédures et sanctions à l'encontre des actes suivants: accords de soumission passés entre des entreprises de construction, fixation verticale du prix de robots tondeurs, accords horizontaux sur le prix d'opérations de zingage et abus de position dominante sur le marché s'agissant de services postaux et de raccordement par câble. Dans le domaine du contrôle des fusions, les projets de concentration concernant les opérations de billetterie pour les grandes manifestations et les services hospitaliers ont suscité une attention particulière du public. Comme d'habitude, de nombreux secteurs économiques étaient concernés. Il importe grandement, afin que le droit cartellaire soit correctement appliqué, de traiter très précisément les particularités du marché visé. Le Secrétariat de la COMCO a acquis d'importantes connaissances spécialisées qui constituent la base de conclusions compréhensibles et permettent des décisions cohérentes. Cette remarque vaut aussi pour les nouvelles technologies: la COMCO est consciente des particularités des marchés numériques, elle observe attentivement les développements actuels et tient particulièrement compte du potentiel d'innovation de ce secteur dans sa pratique décisionnelle.

Après plus de 20 ans de mise en œuvre de la loi sur les cartels de 1995, d'importantes questions d'application du droit ont été récemment clarifiées. Dans l'arrêt GABA de juin 2016 notamment (la motivation en est disponible depuis avril 2017), le Tribunal fédéral a précisé que les accords durs horizontaux et verticaux affectent en principe la concurrence et qu'ils sont passibles de sanction s'ils ne sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. Le Tribunal fédéral a confirmé et consolidé cette position dans l'arrêt BMW, de sorte que l'on peut tabler à l'avenir sur une jurisprudence constante en la matière.

Lors d'enquêtes sur des limitations caractérisées, si les résultats de l'administration des preuves sont clairs, cette clarification de la situation juridique permet au Secrétariat de proposer un accord amiable aux entreprises concernées. Celles-ci prennent souvent cette option, qui leur est favorable en ce qu'elle aboutit à une décision à la fois plus rapide et plus avantageuse, les sanctions étant réduites. Pour l'Autorité de la concurrence, le coût de la procédure s'en trouve allégé, puisque les enquêtes sont abrégées et

que les décisions peuvent être formulées de manière plus concise. En outre, on peut généralement faire l'économie d'une fastidieuse procédure de recours, qui peut aller jusqu'au Tribunal fédéral. L'instrument du règlement amiable, qui s'inscrit dans la tradition suisse de règlement consensuel des litiges, a fait ses preuves ces dernières années tout en gagnant continuellement en importance, d'autant que le cadre formel en a été précisé. Cependant, toutes les procédures ne se prêtent pas à un accord amiable. En particulier, du point de vue de l'Autorité, la nécessité de rendre une décision de principe ou d'ouvrir une procédure de recours pour clarifier la situation juridique peut s'opposer à la conclusion d'un accord amiable. Compte tenu du fait que le droit des cartels de l'UE exerce une forte influence sur le droit suisse dans de nombreux domaines (comme le Tribunal fédéral l'a de nouveau confirmé dans son arrêt GABA déjà mentionné), notons que la situation est inversée s'agissant de règlement amiable: en ouvrant il y a dix ans la possibilité de mener des transactions extrajudiciaires dans la procédure de droit cartellaire, l'UE a créé un instrument qui existe déjà depuis longtemps en droit suisse sous la forme de l'accord amiable. Les règlements amiables constituent le thème prépondérant du présent rapport annuel (cf. ci-dessus point 5).

Les priorités du travail effectué à ce stade seront maintenues par la COMCO et son nouveau président. Les cartels durs étant particulièrement dommageables pour l'économie, le programme de clémence revêt une grande importance pour les détecter. Dans le domaine des accords verticaux en matière de concurrence, la loi relève le verrouillage du marché par la protection territoriale absolue et la fixation verticale des prix. La COMCO traquera les indices de telles pratiques avec toute la conséquence voulue. Quant aux cas d'abus de position dominante sur le marché, ils se manifestent de manière très individuelle: la COMCO a pour tâche d'empêcher les entreprises qui occupent une position dominante sur le marché d'abuser de cette situation. Le contrôle des concentrations, particulièrement exigeant en termes de flexibilité eu égard à la brièveté des délais de contrôle, requiert un engagement important. Enfin, la réalisation du marché intérieur suisse demeure une tâche permanente. Les expériences faites ces dernières années montrent qu'on ne saurait parler d'un marché intérieur achevé.

Au-delà de l'application du droit en vigueur à des cas d'espèce, la COMCO a pour tâche générale de montrer l'importance fondamentale de la concurrence dans l'économie et d'en mettre en évidence les tenants et aboutissants lors de consultations et autres prises de position. Dans ce contexte, elle bénéficie particulièrement de l'expertise économique disponible au sein de l'Autorité, une expertise nécessaire à l'application du droit en vigueur, mais indispensable également à l'accomplissement de son rôle de défense et de promotion (« advocacy role »).

Prof. Andreas Heinemann  
Président de la COMCO

## 2 Décisions les plus importantes en 2017

### 2.1 Décisions de la COMCO

Par décision du 22 mai 2017, la COMCO a interdit le **projet de concentration entre Ticketcorner et Starticket**. Ces entreprises proposent aux organisateurs de concerts, de spectacles, etc. des services de distribution des billets d'entrée. Leurs services comprennent la distribution physique et en ligne des billets (distribution par un tiers) et la commercialisation des manifestations (p. ex. la publicité dans les médias et la présence dans les réseaux sociaux). En outre, Ticketcorner et Starticket mettent également à la disposition des organisateurs des solutions logicielles leur permettant d'assurer eux-mêmes la distribution des billets (auto-distribution). L'examen approfondi mené par la COMCO a démontré que le marché de l'auto-distribution n'est pas problématique. En revanche, sur le marché de la distribution par un tiers, il existait de forts indices que Ticketcorner détient d'ores et déjà une position dominante. La concentration visée aurait permis aux deux entreprises d'éliminer la concurrence efficace du marché suisse de la distribution de billets par un tiers en contrôlant ce marché. Dans son analyse, la COMCO avait étudié la position des entreprises actives sur le marché et pris en compte les entrées potentielles sur le marché de nouveaux acteurs. Elle avait en outre examiné l'évolution du marché et le rôle joué par des entreprises comme Spotify, Facebook ou encore Google. La COMCO est arrivée à la conclusion que les concurrents actuels et potentiels n'auraient pas été en mesure de discipliner suffisamment le comportement des deux entreprises malgré les développements technologiques. Elle n'a pas trouvé de charges ou de conditions qui, susceptibles d'être imposées, auraient permis d'autoriser ce projet de concentration. Les conditions légales de l'interdiction étaient dès lors réunies. Ticketcorner a recouru contre la décision de la COMCO devant le Tribunal administratif fédéral.

La décision rendue par la COMCO le 22 mai 2017 concluait son enquête à l'encontre de **Husqvarna Suisse SA** par un accord amiable et une amende de 656'667 CHF. L'enquête a démontré l'existence, de 2009 à 2015, d'accords verticaux illicites sur les prix entre Husqvarna Suisse SA et ses revendeurs dans la distribution de robots tondeurs. S'agissant d'autres soupçons, l'enquête a été classée. Husqvarna avait déposé une autodénonciation dès l'ouverture de l'enquête pour conclure par la suite un accord amiable avec l'Autorité de la concurrence. Par cet accord, l'entreprise s'est engagée à ne pas imposer directement ou indirectement de prix de vente fixes ou minimaux à ses revendeurs spécialisés en Suisse. Les recommandations de prix seront explicitement déclarées comme non contraignantes. Le comportement coopératif d'Husqvarna a entraîné une réduction considérable de la sanction.

Le 10 juillet 2017, la COMCO a clôturé la première de dix enquêtes sur **des prestations de construction fournies dans le canton des Grisons**. Des entreprises de construction de bâtiments et de génie civil se sont entendues entre 2004 et 2012, **dans le val Müstair**, sur les prix de plus d'une centaine d'appels d'offres pour des projets de construction de bâtiments et de génie civil privés et publics. Ces entreprises ont échangé des informations sur leurs intérêts respectifs concernant de tels projets. En cas

d'accord, ces entreprises désignaient celle qui devait obtenir l'adjudication, les autres entreprises soumettant ensuite leur offre à des prix supérieurs. Cette collaboration s'est déroulée jusqu'en 2008 dans le cadre de « réunions préalables » organisées par le Graubündnerischer Bau- und Gewerkschaftsverband (GBV). Puis, durant les années suivantes, les entreprises impliquées ont poursuivi leur collaboration sans recours au GBV. La COMCO a renoncé à infliger des sanctions à l'entreprise qui a été la première à annoncer les accords passés dans le val Müstair ainsi qu'à une deuxième entreprise qui se trouve en outre en faillite. La décision est exécutoire.

La COMCO a approuvé, en date du 18 septembre 2017, la **fusion prévue entre l'Hôpital universitaire de Bâle et l'Hôpital cantonal de Bâle-Campagne** en un groupe hospitalier commun. Au terme de son examen approfondi, la COMCO a certes conclu que, s'agissant des soins hospitaliers aigus dans le cadre de l'assurance-maladie de base et de l'assurance complémentaire, le nouveau groupe hospitalier atteindrait une position forte sur le marché dans la région de Bâle. Mais cette fusion n'entraînera pas la possibilité d'éliminer la concurrence efficace dans ce domaine. Les conditions légales n'étaient donc pas réunies pour justifier une intervention de la COMCO. De ce fait, du point de vue du droit sur les cartels, aucun obstacle ne s'oppose plus à la réalisation de ce projet de fusion.

Le 2 octobre 2017, la COMCO a rendu six autres décisions concernant des **accords de soumission conclus dans le canton des Grisons**. Ces accords concernaient diverses acquisitions dont la valeur était comprise entre 80'000 CHF et 6 millions de CHF. Contrairement à la décision dans le cas du val Müstair, ces accords ne reposaient pas sur une entente globale. Mais le contenu des accords était semblable: les entreprises impliquées convenaient de l'entreprise qui recevrait l'adjudication et manipulaient leurs offres en conséquence. Six de ces huit projets concernaient des acquisitions privées, les deux autres provenant respectivement d'une commune de l'Engadine et du canton. La sanction cumulée des six décisions est d'environ 1 million de CHF. Deux décisions sont exécutoires. Certaines parties ont formé recours auprès du TAF contre quatre décisions.

La COMCO a clôturé, par sa décision du 30 octobre 2017, son enquête visant les accords sur les prix pratiqués sur le **marché du zingage**. Elle a infligé des amendes totalisant quelque 8 millions de CHF. La COMCO est parvenue à la conclusion que neuf zingueurs de la Suisse alémanique et du Valais francophone avaient régulièrement conclu des accords sur les prix entre 2004 et le début 2016. Les entreprises impliquées convenaient de facturer certains suppléments à leurs clients et de tenir des prix minimaux. Elles ont en outre décidé conjointement des relèvements de prix à plusieurs reprises. Ces ententes sont survenues lors de diverses séances de l'Union Suisse des Usines de Zingage (USUZ), respectivement de son bureau spécialisé, la Schweizerische Fachstelle Feuerverzinken (SFF).

Les suppléments concertés correspondaient à des suppléments « sur matière première », à des suppléments liés au cours du zinc ainsi qu'à des suppléments pour les

surcoûts de transport. L'une des entreprises a été exemptée de la sanction parce qu'elle avait été la première à informer la COMCO sur ce cartel, permettant ainsi l'ouverture de l'enquête. Les sanctions à l'encontre des autres entreprises ont été réduites, car ces entreprises se sont auto-dénoncées dès l'ouverture de la procédure. Après l'ouverture de l'enquête par des perquisitions au début de 2016, il fut possible de la terminer rapidement parce que toutes les entreprises de zingage encore en activité, de même que l'USUZ, ont très bien coopéré et qu'elles se sont montrées disposées à des accords amiables. Ces accords fixent des comportements clairs pour l'avenir. La décision est exécutoire.

Par sa décision du 30 octobre 2017, la COMCO a sanctionné **la Poste** à hauteur de quelque 22,6 millions de CHF, celle-ci ayant abusé de sa position dominante sur le **marché des envois postaux de lettres de plus de 50 grammes envoyés en masse par des clients commerciaux**. La COMCO a constaté que la Poste n'a pas appliqué uniformément à ses clients contractuels tant le système de prix 2009 applicable du 1<sup>er</sup> juillet 2009 au 31 mars 2011 que le système de prix CAPRI applicable à partir du 1<sup>er</sup> avril 2011. La Poste accorde à ses clients commerciaux, pour les envois de lettre à partir d'un volume d'envoi annuel de 100'000 CHF, des conditions contractuelles spéciales (réservées aux clients dits contractuels). Or, certains clients contractuels qui présentaient pourtant des caractéristiques comparables ont été discriminés en ce qu'ils ont fait l'objet d'un traitement différent. Dans nombre de contrats, les rabais consentis étaient inférieurs à ceux prévus dans les systèmes de prix. Certains clients ont ainsi dû payer des prix plus élevés que d'autres. D'une part, ils ont été entravés illicitement dans la concurrence avec d'autres clients et, d'autre part, ils ont payé des prix trop élevés à la Poste. En outre, la Poste a introduit un rabais supplémentaire avec le système de prix CAPRI applicable à partir du 1<sup>er</sup> avril 2011. Ce système permettait de récompenser les clients qui atteignaient ou dépassaient l'objectif mensuel de chiffre d'affaires convenu avec la Poste. Inversement, ils étaient sanctionnés s'ils n'atteignaient pas l'objectif mensuel de chiffre d'affaires. Dans l'ensemble, le système de prix n'était pas transparent pour les clients. De ce fait, certains clients ont été dissuadés de transférer une partie de leurs envois de courrier vers le concurrent Quickmail. La décision de la COMCO peut être attaquée devant le TAF.

La COMCO a clôturé par sa décision du 11 décembre 2017 son enquête **Supermédia** contre Naxoo SA. Cette enquête a révélé que Naxoo disposait, dans son domaine d'activité, en particulier en ville de Genève, d'une position dominante sur le marché des téléseaux. Naxoo a abusé de cette position d'une part en prévoyant des conditions commerciales inéquitablement dans ses contrats de raccordement par câble avec les propriétaires fonciers et, d'autre part, en faisant obstacle aux tiers. Les propriétaires fonciers ont ainsi été empêchés de disposer librement de l'infrastructure de leur immeuble, par exemple en y installant des systèmes satellitaires. De plus, les fournisseurs de systèmes satellitaires ont été limités dans leurs débouchés et le développement technologique a été entravé. Enfin, les consommateurs finaux ont été empêchés d'accéder à d'autres services concurrents du réseau

câblé ou à d'autres services de télécommunication complémentaires. La COMCO a infligé à Naxoo une sanction d'environ 3,6 millions de CHF. La décision de la COMCO peut être attaquée devant le TAF.

## 2.2 Arrêts des tribunaux

Suite à son jugement **GABA/Elmex** rendu le 28 juin 2016, le **Tribunal fédéral** a publié ses considérants le 21 avril 2017 (BGE 143 II 297). L'instance suprême a en particulier clarifié trois problématiques controversées à ce stade en apportant des justifications détaillées:

- L'art. 2, al. 2, LCart précise seulement que la LCart s'applique également aux états de fait qui se sont produits à l'étranger et dont les effets *peuvent* se déployer en Suisse. Selon l'art. 2, al. 2, LCart, il n'est ni nécessaire ni licite de contrôler un niveau d'intensité déterminé de ces effets (consid. 3.7).
- La notabilité au sens de l'art. 5, al. 1, doit être comprise comme une clause de minimis visant à alléger la charge de travail de l'administration. Selon l'art. 5, l'évaluation d'accords en matière de concurrence doit se concentrer sur les effets exercés sur la concurrence et non pas sur l'importance économique: il n'est pas licite d'examiner la notabilité en se référant aux effets économiques (consid. 5.1). Sur le plan matériel, le Tribunal fédéral note que le caractère qualitativement dommageable d'accords au sens de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart suffit en principe à franchir le seuil de notabilité (consid. 5.2). Il suffit alors que ces accords affectent potentiellement la concurrence et il n'est pas nécessaire d'examiner davantage les conséquences effectives d'un accord et de sa mise en œuvre (consid. 5.4).
- Les types d'accord illicites visés à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart doivent être sanctionnés indépendamment de savoir s'ils éliminent la concurrence ou s'ils l'affectent « seulement » notablement (consid. 9.4). L'intensité de la restriction à la concurrence sera prise en compte lors de la fixation de la sanction. Une entrave seulement notable de la concurrence sera sanctionnée de manière plus clémente qu'une élimination de la concurrence (consid. 9.7).

Par son arrêt du 9 octobre 2017, le **Tribunal fédéral** a accepté le recours du DEFR contre l'arrêt du 23 septembre 2014 rendu par le TAF en matière de **ferrements**. En octobre 2010, la COMCO avait sanctionné plusieurs entreprises en raison d'accords horizontaux sur les prix. Le TAF a accepté le recours formé à l'encontre de cette décision, parce que la COMCO ayant insuffisamment clarifié les faits, elle n'avait pas suffisamment prouvé juridiquement l'existence d'un accord sur les prix. Le TF a rappelé à l'instance inférieure qu'elle dispose du plein pouvoir de cognition et qu'il lui incombe en principe d'établir elle-même les faits juridiquement pertinents faisant présumément défaut. Elle pourrait éventuellement renvoyer l'affaire à la COMCO si celle-ci n'avait pas suffisamment clarifié les faits. En outre, selon le TF, le TAF fonde ses jugements sur des « prémisses non pertinentes » dans le droit sur les cartels. Premièrement, des raisons qualitatives suffisent à qualifier de notables les accords visés à l'art. 5, al. 3, LCart. Deuxièmement, on ne saurait exclure un accord entre des revendeurs même en présence d'une

consigne tarifaire du fabricant, le seul élément déterminant étant de savoir si les acteurs impliqués au même niveau de marché ont passé un accord pour fixer le montant des prix. Troisièmement, le TAF a commis une erreur en supposant que les effets de l'accord sur la concurrence doivent être prouvés: la preuve de l'élimination d'une concurrence efficace ne doit intervenir que si la présomption visée à l'art. 5, al. 3, LCart est réfutée. Même en cas de réfutation convaincante, la concurrence se trouverait de toute façon notablement affectée. Le TF a renvoyé l'affaire au TAF pour que les faits soient clarifiés et établis et qu'un nouveau jugement soit rendu.

Conformément à sa pratique concernant GABA, le **Tribunal fédéral** a rejeté, par arrêt du 24 octobre 2017, le recours de **BMW AG** contre le jugement rendu par le TAF et il a confirmé la sanction d'environ 157 millions de CHF infligée par la COMCO. Selon le TF, il était incontesté que la LCart couvre des faits qui, tout en s'étant produits à l'étranger, déploient leurs effets en Suisse. L'accord en matière de concurrence soumis au jugement concernait un verrouillage territorial contractuel. Le TF a confirmé qu'en raison de leur qualité, les accords visés à l'art. 5, al. 3, LCart sont en principe réputés affecter notablement la concurrence au sens de l'art. 5, al. 1, LCart. Il suffit alors que l'accord soit potentiellement susceptible d'entraver la concurrence. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les effets concrets de l'accord. Selon la LCart, l'accord de protection territoriale en question pourrait être licite au cas où il se justifierait par des raisons d'efficacité économique. Or, BMW n'avait pas avancé de telles raisons. De ce fait, la clause interdisant l'exportation, que les contrats des revendeurs de BMW AG prévoyaient depuis 2003, était illicite. Le TF a en outre confirmé que les accords sur les prix, les quantités et le cloisonnement territorial qui affectent notablement la concurrence sans justification sont passibles d'une sanction de la COMCO au sens de l'art. 49a LCart. Les instances inférieures n'ont pas violé le droit fédéral en tablant, dans le cas d'espèce, sur une infraction de moyenne gravité et en déterminant la sanction en conséquence.

Dans un autre arrêt, daté du 14 novembre 2017, le **Tribunal administratif fédéral** a accepté le recours d'une entreprise contre la décision de la COMCO du 17 novembre 2014 concernant des ferrements pour portes. Cette entreprise avait participé une seule fois à la réunion annuelle du cartel, une participation que la COMCO a jugée suffisante pour établir son implication dans l'accord illicite des entreprises réunies. Le Tribunal a fondamentalement reconnu que la participation sans opposition à une réunion d'entreprises donnant lieu à un accord contraire à la concurrence est assimilable à la participation à un accord, pour autant que l'entreprise concernée ne soit pas en mesure de montrer qu'elle poursuivait lors de cette rencontre exclusivement des objectifs conformes à la concurrence et qu'elle en a informé les autres entreprises participantes. Toutefois, les circonstances concrètes du cas d'espèce restent toujours déterminantes et, pour conclure à un accord, la preuve d'un consensus effectif ou d'un comportement coordonné doit être apportée. Dans le cas concret, il n'a pas été prouvé que la recourante ait participé à un accord.

### 3 Activités dans les différents secteurs

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Accords de soumission

Le 30 octobre 2012, le Secrétariat a ouvert par des perquisitions une enquête sur des travaux de construction en Basse-Engadine à l'encontre de diverses entreprises actives dans le bâtiment, le génie civil, les travaux routiers et de revêtement et sur les marchés amont. Le 22 avril 2013, sur la base des premiers résultats de l'investigation, le Secrétariat a étendu son enquête à l'ensemble du **canton des Grisons** et à sept entreprises supplémentaires. L'enquête a été étendue une nouvelle fois à d'autres entreprises en novembre 2015 avant d'être répartie, pour des raisons d'économie de procédure, en dix enquêtes. La COMCO a clôturé une première enquête par décision du 10 juillet 2017. Elle y arrête définitivement que des entreprises du bâtiment et du génie civil du **val Müntstair (GR)** se sont entendues entre 2004 et 2012 dans plus d'une centaine d'appels d'offres (cf. ci-dessus point 2.1). Le 2 octobre 2017, la COMCO a rendu **six autres décisions** concernant des accords de soumission passés aux Grisons dans le secteur du bâtiment et du génie civil. Ces accords de soumission portaient sur diverses acquisitions en Engadine. Deux décisions sont exécutoires, quatre étant pendantes devant le TAF (cf. ci-dessus 2.1). Les trois dernières décisions sont attendues d'ici à l'été 2018.

Par décision du 8 juillet 2016, la COMCO a constaté que huit entreprises de travaux routiers et de génie civil se sont entendues sur les prix de manière illicite entre 2002 et 2009, dans le cadre de plusieurs centaines d'appels d'offres menés dans les districts de **See-Gaster (SG)**, **March et Höfe (SZ)**, et qu'elles ont désigné celle qui devait remporter le marché. Certaines entreprises ont attaqué la décision de la COMCO devant le TAF. Une partie des entreprises a en outre considéré que la publication de la décision de la COMCO ne devrait pas être autorisée. L'une des parties a formé recours devant le TAF contre les deux décisions de publication correspondantes de la COMCO du 30 octobre 2017.

Diverses parties ont attaqué la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. La procédure est pendante devant le TAF. Le 11 décembre 2017, la COMCO a rendu sa décision au sujet de deux demandes de consultation de la décision non caviardée de la COMCO et des documents correspondants. Ces demandes émanaient de deux services d'achat dans le canton d'Argovie. Ces décisions ont été attaquées devant le TAF.

##### 3.1.2 Grossistes sanitaires

Suite à son enquête menée dans le domaine du **commerce de gros d'équipements sanitaires**, ouverte le 22 novembre 2011 par des perquisitions, la COMCO a infligé le 29 juin 2015 aux membres d'un cartel de grossistes sanitaires des amendes totalisant 80 millions de CHF. La décision motivée a été notifiée aux parties début 2016. Toutes les entreprises concernées ont formé recours contre cette décision devant le TAF.



Quatre parties se sont opposées à toute publication de la décision rendue par la COMCO et ont demandé une **décision de publication** susceptible de recours. La COMCO a rendu une telle décision en novembre 2016. Deux parties ont formé recours devant le TFA, qui a confirmé les deux décisions de la COMCO par jugement du 24 octobre 2017. L'une des parties a saisi le Tribunal fédéral.

### 3.1.3 Gravier et décharges pour matériaux inertes

Le 12 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert par des perquisitions une enquête contre diverses **entreprises de gravier et de décharges pour matériaux inertes** dans le canton de Berne. Les entreprises concernées sont soupçonnées d'avoir passé des accords sur les prix, sur les quantités et sur la répartition de territoires. De plus, ces entreprises disposeraient d'une position dominante et en auraient abusé en refusant des relations commerciales avec des entreprises tierces, en exerçant des discriminations envers des partenaires commerciaux et en subordonnant la conclusion de contrats à l'acceptation d'autres prestations.

L'enquête a été élargie le 19 mai 2015 à une entreprise supplémentaire en raison d'accords sur les prix, les quantités et la répartition de territoires. L'enquête doit permettre d'examiner si des restrictions illicites à la concurrence ont eu lieu. En novembre 2016, l'enquête a été divisée en deux pour des raisons d'économie de procédure. Une large part du **travail d'enquête** a été achevée en 2017.

### 3.1.4 Zingueries

A partir du 15 février 2016, l'Autorité de la concurrence a mené une enquête dans le domaine des zingueries à l'encontre de diverses entreprises et de l'Union Suisse des Usines de Zingage (USUZ). La COMCO a clôturé cette procédure par sa décision du 30 octobre 2017 (cf. ci-dessus point 2.1). Cette décision est entrée en force.

### 3.1.5 Recommandations sur les honoraires, les tarifs et les prix

En 2017, suite notamment au jugement GABA rendu par le TF, le Secrétariat est resté en contact avec diverses associations (Association suisse des entrepreneurs (**SSE**), Société suisse des ingénieurs et des architectes (**SIA**)) et institutions (Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (**KBOB**)) dans le cadre d'enquêtes préalables (SIA), d'observations de marché (SSE) et de conseils (KBOB). La publication d'honoraires, de tarifs, de prix et des recommandations correspondantes peut constituer des accords illicites sur les prix entre les membres. C'est pourquoi la SSE et la KBOB ont renoncé à de telles publications et recommandations.

Après avoir ouvert une **enquête préalable** en février 2017 à l'encontre de la SIA et de ses membres, le Secrétariat a communiqué à la SIA en septembre 2017 son évaluation préliminaire en droit des cartels. Cette évaluation se concentre sur les formules de calcul des honoraires d'architectes et d'ingénieurs, les instructions concernant le calcul des honoraires dans le cadre de concours et la charte « Honoraires équitables pour des prestations qualifiées ».

### 3.1.6 Autres domaines

Dans le cas des **éléments de portes**, une partie a interjeté recours contre la décision de la COMCO du 17 novembre 2014. Le TAF a accepté ce recours en date du 14 novembre 2017 (cf. ci-dessus point 2.2).

Dans le cas des **ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres**, le TAF avait, en septembre 2014, donné droit au recours contre la décision de la COMCO du 4 novembre 2010. La COMCO, respectivement le DEFR ont fait recours contre deux des trois jugements devant le TF, qui ayant admis les recours en date du 9 octobre 2017, les a renvoyés au TAF (cf. ci-dessus point 2.2).

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Les enquêtes en cours dans le domaine des services financiers (procédure IBOR, Forex, métaux précieux et services de leasing) ont progressé de sorte que des décisions devraient être prononcées en 2018.

En revanche, deux procédures importantes concernant des cartes de débit ont été clôturées en 2017 au stade de l'enquête préalable grâce à des propositions soumises en vertu de l'art. 26, al. 2, LCart. La **Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)** a permis de réunir les conditions pour que la carte Maestro puisse être utilisée dans le commerce en ligne. Le Secrétariat a autorisé, à certaines conditions (« Safe Harbor »), l'introduction d'une commission d'interchange pour les transactions effectuées au moyen des produits de débit de Mastercard dans le commerce électronique et mobile (« e- & m-commerce »). Le montant de cette commission, de 0,31 % pendant cinq ans, sera ensuite abaissé à 0,2 %. Simultanément, le Secrétariat a prolongé en les adaptant les conditions-cadre d'une commission d'interchange domestique pour la carte de débit **V PAY**, qui avaient été fixées en 2009. Contrairement à ce qui prévaut pour Maestro, il reste possible d'exiger pour V PAY une commission d'interchange limitée lors de transactions effectuées au point de vente (« point of sale » ou POS). Cette commission a toutefois été réduite de 0,20 à 0,12 CHF et s'appliquera en tout cas durant les cinq années à venir. Des conditions équivalentes à celles qui s'appliquent aux produits de débit de Mastercard ont été créées pour les paiements dans le commerce électronique et mobile. Notons dans ce contexte que l'introduction d'une **règle interdisant les frais supplémentaires** (« No Surcharging Rule »), conforme aux normes européennes, a été autorisée dans les deux cas. Il s'agit là d'une réglementation contractuelle qui interdit aux commerçants de demander des suppléments pour l'utilisation des cartes de débit (en revanche, les réductions doivent rester possibles sans restriction).

Les suppléments pour les paiements par carte ont aussi été un thème s'agissant des cartes de crédit, puisque les commissions d'interchange domestiques pour les cartes de crédit ont été abaissées à 0,44 % en août 2017 en application de la décision concernant les cartes de crédit rendue par la COMCO en 2014. L'Autorité de la concurrence a reçu nombre de questions émanant des citoyens et des médias quant à savoir pourquoi, malgré la baisse de la commission, certains commerçants continuent d'exiger un supplément lors du paiement avec la carte de crédit. L'Autorité de la concurrence a répondu qu'il n'existe

pas d'interdiction étatique des suppléments pour les cartes de crédit, que de telles interdictions sont de nature contractuelle et qu'il convient dès lors de procéder avec des moyens de droit privé.

Enfin, durant l'exercice sous rapport, une nouvelle enquête préalable **Twint/Apple** a été ouverte pour clarifier les éventuels problèmes relevant du droit des cartels dans le domaine des paiements mobiles.

### 3.2.2 Santé

Les ressources à disposition dans ce secteur ont été absorbées au cours de l'année 2017 par la procédure de recours contre la décision de la COMCO relative à la **commercialisation d'informations sur les médicaments** ainsi que par l'examen de la fusion entre **l'Hôpital Universitaire de Bâle et l'Hôpital cantonal de Bâle Campagne** (cf. point 2.1). Suite au recours déposé par l'entreprise Vifor SA (auparavant Galenica SA), l'Autorité de la concurrence a pris position dans la procédure de recours devant le TAF.

Enfin, le Secrétariat a été impliqué dans plus de quatre-vingts **procédures de consultation** relatives à des projets législatifs liés à l'assurance-maladie obligatoire et aux médicaments. Pour plusieurs d'entre elles, une prise de position à l'adresse des autorités fédérales compétentes a été nécessaire.

### 3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Durant l'année 2017, le Secrétariat a été actif dans le domaine des moteurs de recherche.

Le Secrétariat a continué son enquête préalable à l'encontre de **Google**, tout en suivant avec attention la procédure parallèle menée à Bruxelles par la Commission européenne. Cette dernière a clôturé son enquête en 2017 avec une amende record de 2,42 milliards d'euros. En l'état, l'Autorité suisse attend de prendre connaissance des détails de la décision européenne avant de décider de la suite à donner à son enquête préalable.

Dans le domaine de **l'économie participative (« sharing economy »)**, le Secrétariat continue son analyse du phénomène et de ses développements récents. Par ailleurs et de façon concrète, le Secrétariat observe prospectivement les activités d'**Uber** en Suisse. Pour l'heure, de nombreuses questions demeurent ouvertes auprès d'autres instances juridiques suisses, notamment de savoir si Uber doit être assimilé à un employeur.

Le Secrétariat a clôturé son observation de marché concernant les services de **valet de parking à l'Aéroport International de Genève (AIG)**. Faisant suite à des plaintes, le Secrétariat a rencontré à plusieurs reprises les représentants de l'AIG afin de garantir une concurrence efficace dans le domaine des services de valet de parking. Ces discussions se sont concrétisées par la mise en place d'une procédure d'appel d'offres au milieu de l'année 2017. Le Secrétariat a également été rendu attentif à un possible état de fait similaire à **l'Aéroport de Zurich**. Dans ce cas, même si le Secrétariat n'a pas trouvé d'indices d'une potentielle restriction à la concurrence, il continue d'observer les évolutions du marché.

## 3.3 Infrastructures

### 3.3.1 Télécommunications

Par décision du 11 décembre 2017, la COMCO a infligé une peine d'environ 3,6 millions de CHF à Naxoo SA en raison de l'abus de sa position dominante sur le marché des raccordements par câble (cf. ci-dessus point 2.1).

La procédure de recours devant le TAF au sujet de **l'internet à haut débit** (connexion WAN de Swisscom) est toujours pendante. La COMCO avait infligé une amende de 7,9 millions de CHF à Swisscom en date du 21 septembre 2015 après être arrivée à la conclusion, au terme de son enquête, que Swisscom occupe une position dominante sur le marché des connexions à haut débit pour les clients commerciaux et qu'elle avait abusé de cette position dans le cadre de son appel d'offres pour la mise en réseau des sites postaux.

Suite à cette procédure relative à l'internet haut débit, le Secrétariat a ouvert en décembre 2016, à l'encontre de Swisscom (Suisse) SA, une enquête préalable concernant la **mise en réseau à haut débit des sites d'entreprises (connexions WAN)**. Cette enquête doit permettre de déterminer s'il existe des éléments selon lesquels, dans le domaine des connexions WAN, Swisscom a généralement imposé des prix inadéquats à ses concurrents et aux clients finaux et/ou si elle a discriminé par le prix des concurrents et des clients finaux.

La COMCO a rendu, au cours de l'exercice sous rapport, un **avis** à l'Office fédéral de la protection de la population (OFPP). L'OFPP avait soumis à la COMCO, dans la perspective du développement d'une infrastructure de réseau mobile à haut débit pour les autorités et organisations chargées du sauvetage et de la sécurité (**AOSS**), deux options pour évaluer la question sous l'angle du droit des cartels et pour estimer les conséquences possibles sur la concurrence.

Dans le domaine des télécommunications, la COMCO devait évaluer la **concentration de BuyIn SA**, par laquelle cette entreprise, créée en 2011 et contrôlée conjointement par Deutsche Telekom AG et Orange SA, entendait constituer une entité autonome sur le marché. Au terme de l'enquête préalable, la COMCO a avalisé ce projet.

La décision concernant la politique de prix pour **l'ADSL** est toujours pendante devant le TF. En infligeant le 14 septembre 2015 une peine de quelque 186 millions de CHF au groupe Swisscom, le TAF avait entièrement validé la décision de la COMCO sur le fond et confirmé pour l'essentiel la sanction prononcée.

### 3.3.2 Médias

En mai 2017, la COMCO a ouvert une enquête contre UPC Suisse SARL en raison d'indices d'abus de position dominante sur le marché de la diffusion de **hockey sur glace à la télévision payante**. En été 2016, UPC a acquis de la Fédération suisse de hockey sur glace, pour cinq ans à partir de la saison 2017/18, les droits de diffusion des matchs de hockey sur glace disputés dans les ligues supérieures suisses. L'enquête s'intéresse prioritairement à la question de savoir si UPC prive sans justification les fournisseurs de plateforme TV concurrents, en particulier ceux qui n'opèrent pas par le réseau câblé, de la diffusion de hockey sur glace. Par décision du 26 juin

2017, la COMCO a rejeté la proposition de Swisscom demandant que des mesures provisionnelles soient prises, car il n'est pas apparu que l'éventuel refus d'UPC menace d'entraîner un changement durable et irréversible de la structure de marché au niveau des plateformes TV. La décision visant les mesures provisionnelles est exécutoire.

Dans le contexte de l'initiative parlementaire De Buman, qui avait proposé l'introduction dans la loi sur les cartels d'un art. 6a visant à fixer le prix des journaux et des revues, la COMCO a produit, sur mandat du DEFR, un avis concernant la **distribution des revues étrangères en Suisse**. Il s'agissait essentiellement d'évaluer sous l'angle du droit des cartels le système de distribution utilisé et d'examiner les mesures éventuellement envisageables en droit des cartels face aux différences de prix entre les revues diffusées en Suisse et dans leur pays de provenance.

Dans le domaine des médias, respectivement de la publicité, la COMCO a dû examiner deux concentrations d'entreprises, à savoir Tamedia/Tradono Switzerland et Tamedia/Neo Advertising, par lesquelles Tamedia voulait gagner le contrôle exclusif de Tradono Switzerland, respectivement de Neo Advertising SA. Tradono Switzerland exploite un marché numérique de petites annonces qui ne peut être utilisé qu'au moyen d'une application pour petites annonces. Neo Advertising SA est quant à elle active dans le domaine de la publicité extérieure (« out-of-home advertising »). La COMCO a donné son aval après avoir mené une enquête préalable sur ces projets.

La décision concernant le **sport à la télévision payante** est toujours pendante auprès du TAF. La COMCO avait clôturé l'enquête par sa décision du 9 mai 2016, qui infligeait une sanction d'environ 71 millions de CHF à Swisscom.

Les recours formés contre la décision de la COMCO du 27 mai 2013 concernant les **prix du livre en Suisse romande** sont encore pendants devant le TAF. De plus, dans ce cas, la question de savoir dans quelle mesure la décision doit être publiée est litigieuse. Le TAF a rejeté le recours d'un grossiste durant l'exercice sous rapport. L'affaire est actuellement pendante devant le TF.

### 3.3.3 Energie

S'agissant du **gaz**, le Secrétariat a ouvert **deux enquêtes préalables**. Dans le premier cas, l'enquête vise les divers comportements d'un gestionnaire de réseau local de gaz naturel, qui sont susceptibles d'induire des facturations de rétribution de l'utilisation du réseau différentes selon qu'il s'agit de clients finaux propres ou de ceux livrés par un fournisseur tiers. Dans le deuxième cas, l'enquête porte sur le refus de deux gestionnaires de réseau de gaz naturel à faire transiter du gaz. Dans l'un et l'autre cas, l'enquête préalable doit permettre de déterminer si des indices révèlent que le comportement des gestionnaires de réseau est abusif au sens de l'art. 7 LCart.

Le Secrétariat a participé au groupe de travail formé pour concevoir une **loi sur l'approvisionnement en gaz**.

Dans le domaine de l'**électricité**, le Secrétariat et la COMCO ont été invités à plusieurs reprises à prendre position, dans le cadre de procédures de consultation des

offices pour le premier, lors de procédures de consultation et d'auditions pour la seconde.

En ce qui concerne l'énergie, la COMCO a dû évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes. Dans le cas d'Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG, les entreprises impliquées entendaient créer une coentreprise (« joint venture ») pour les solutions système dans le domaine de l'architecture énergétique en réseau. S'agissant d'EDF/CDC/RTE, l'acquisition par Electricité de France (EDF) et Caisse des dépôts et consignations (CDU) du contrôle conjoint de RTE (Réseau de transport d'électricité), jusque-là sous le seul contrôle d'EDF, a été annoncée. La COMCO a donné son aval à ces projets après avoir mené les enquêtes préalables correspondantes.

### 3.3.4 Autres domaines

La COMCO a clôturé son enquête relative au **système de tarification des envois de courrier postal pour la clientèle commerciale** par sa décision du 30 octobre 2017. Elle a infligé à la Poste une sanction de quelque 22,6 millions de CHF (cf. ci-dessus point 2.1).

Par ailleurs, la COMCO devait évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes. En ce qui concerne le transport de conteneurs par voie d'eau, Maersk Line A/S a annoncé l'acquisition de HSDG (Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG). Dans le domaine des services numériques d'identification et de certification, la Poste suisse SA et les Chemins de fer fédéraux SA (CFF) ont annoncé l'acquisition de leur contrôle conjoint de SwissSign SA. Quant à la concentration Tech Data/Avnet TS, il s'agissait de la commercialisation de produits informatiques: Tech Data Corporation avait l'intention d'acheter le domaine d'affaires d'Avnet Technology Solutions à Avnet Inc. Enfin, la COMCO a examiné le projet de concentration entre BLS SA et Transport Ferroviaire Holding SAS, par lequel les entreprises impliquées avaient l'intention d'obtenir le contrôle conjoint de BLS Cargo SA, jusqu'alors contrôlée exclusivement par BLS SA. La COMCO a donné son aval à ces projets après avoir procédé aux enquêtes préalables respectives.

Le recours dans le cas du **fret aérien** est toujours pendant devant le TAF. Plusieurs parties ont recouru contre la décision de la COMCO du 2 décembre 2013 condamnant onze compagnies aériennes à payer au total environ 11 millions de CHF d'amende pour avoir conclu des accords horizontaux sur les prix. La question de savoir si et dans quelle mesure la décision de la COMCO doit être publiée en l'occurrence est également litigieuse. Le 30 octobre 2017, le TAF a partiellement admis les neuf recours interjetés quant à l'ampleur de la publication.

## 3.4 Produits

### 3.4.1 Accent sur les accords verticaux

Le 22 mai 2017, la COMCO a adapté sa communication sur le traitement des accords verticaux en droit de la concurrence, dite **communication sur les accords verticaux**, à la jurisprudence du TF concernant l'affaire Gaba (ATF 143 II 197). Par son arrêt Gaba du 28 juin 2016, le TF avait rendu une décision de principe. Les motifs en ont été publiés à la fin d'avril 2017. La Cour suprême de la

Suisse a en particulier clarifié que les accords durs horizontaux et verticaux affectent en principe notablement la concurrence et qu'ils sont, sous réserve de se justifier par des raisons d'efficacité économique, illicites et passibles de sanctions. La COMCO a saisi cette occasion pour publier des **notes explicatives concernant sa communication sur les accords verticaux**, dans lesquelles elle clarifie des points intéressant la pratique en lien avec l'interprétation de l'art. 5, al. 4, LCart. Ces notes explicatives montrent quelles restrictions à la concurrence sont passibles de sanctions et comment les systèmes de distribution sélectifs et les restrictions au commerce en ligne sont évalués en droit des cartels.

Le Secrétariat a étudié les exemples de prix excessifs de produits importés, cités publiquement en lien avec le lancement de l'**initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables », cf. ci-après point 3.8.2). Il n'a pas trouvé d'indices d'accords éventuellement illicites de protection territoriale au sens de l'art. 5, al. 4, LCart. Dans la plupart des cas, il s'agissait de cas où les demandeurs suisses s'étant directement adressés au fabricant à l'étranger, celui-ci les avait renvoyés à l'importateur général ou à sa succursale ou filiale en Suisse. Dans certains cas, les fabricants auraient été prêts à livrer directement en Suisse, mais seulement à des prix suisses. Il est aussi apparu que certains exemples cités publiquement ne reposaient pas sur des indications concrètes de livraison de l'étranger ou que celles-ci n'ont pas été présentées malgré des demandes réitérées. Compte tenu de la situation juridique en vigueur, le Secrétariat a recommandé aux acteurs du marché qui souhaitent procéder à des importations parallèles de soumettre leurs demandes à un commerçant établi à l'étranger et indépendant du fabricant. En cas de difficultés à l'importation éventuellement dues à un accord en matière de concurrence (p. ex. entre un fabricant et un commerçant étranger indépendant du fabricant), ces acteurs peuvent se manifester auprès du Secrétariat.

### 3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

La COMCO a clôturé, par sa décision du 22 mai 2017, son enquête menée à l'encontre de **Husqvarna** concernant des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 5, al. 4, LCart (cf. ci-dessus point 2.1).

Le 4 juillet 2017, la COMCO a ouvert une enquête contre la société allemande **RIMOWA GmbH**. Des éléments indiquent que, par le passé, RIMOWA GmbH a restreint les importations directes et parallèles de ses produits en Suisse en interdisant l'exportation dans ses contrats avec ses partenaires de distribution hors de Suisse. L'enquête doit permettre d'établir s'il s'agissait d'accords verticaux de protection territoriale illicites au sens de l'art. 5, al. 4, LCart.

Le 21 novembre 2017, la COMCO a ouvert une enquête contre Bucher SA Langenthal et Brenntag Schweizerhall SA pour une possible répartition de clients lors de la commercialisation de l'urée liquide **AdBlue®** en Suisse. AdBlue® est une urée liquide utilisée pour réduire les émissions d'oxyde d'azote des véhicules diesel. L'enquête doit permettre d'établir si les entreprises qu'elle vise ont effectivement passé un accord illicite au sens de l'art. 5, al. 3, LCart.

### 3.4.3 Industrie horlogère

Au cours de l'année, plusieurs dénonciations sont parvenues à l'Autorité de la concurrence concernant des restrictions à l'**achat de pièces de rechange** pour les montres. Les horlogers indépendants s'en trouveraient entravés dans leurs prestations de services après-vente (notamment l'exécution de révisions et de réparations). Les reproches sont dirigés contre plusieurs marques de montre. Le Secrétariat, qui a enregistré ces dénonciations dans le cadre d'une enquête préalable en cours sur d'éventuelles infractions contre la LCart dans le domaine du service après-vente, a interrogé les acteurs du marché quant aux conditions de marché et de concurrence.

### 3.4.4 Secteur automobile

Dans le domaine de la **distribution et du service des véhicules neufs**, on a enregistré plusieurs dénonciations selon lesquelles les réseaux de distribution et de service de divers importateurs automobiles suisses connaîtraient des restructurations induisant la résiliation systématique des contrats avec les partenaires commerciaux et de service actuels. Le Secrétariat clarifie, dans le cadre d'une enquête préalable et de plusieurs observations de marché, si des infractions contre la LCart sont survenues à cet égard. Il examine en particulier si les règles prévues par la Communication de la COMCO concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile) ont été respectées.

S'agissant de la **distribution des pièces de rechange**, plusieurs dénonciations reçues visent des importateurs automobiles suisses qui restreindraient éventuellement le champ de leurs partenaires de distribution et de service en leur imposant d'acquérir des pièces de rechange originales ou des pièces de rechange qualitativement équivalentes auprès du fabricant ou du commerçant de leur choix, afin de les utiliser pour la réparation ou l'entretien des véhicules automobiles. Le Secrétariat a clarifié ces indications dans le cadre d'une observation de marché: s'il n'a pas relevé d'indice de violation de la LCart, il est parvenu à la conclusion que les règles de la Communication automobile concernant la distribution des pièces de rechange laissent une certaine marge d'appréciation.

Tout au long de l'année, le Secrétariat a reçu de nombreuses questions de clients finaux concernant notamment des refus de fournir des prestations de garantie et de service et des restrictions aux importations directes. En outre, plusieurs commerçants et ateliers se sont renseignés sur leur droit éventuel d'accéder aux réseaux de distribution et de service. Pour répondre à ces questions, le Secrétariat a largement renvoyé à la **Note explicative sur la Communication automobile** de la COMCO.

Dans l'affaire **BMW**, par son arrêt du 24 octobre 2017, le TF a rejeté le recours de BMW contre le jugement du TAF. La décision de sanction rendue le 7 mai 2012 par la COMCO est ainsi exécutoire (cf. ci-dessus point 2.2).

### 3.4.5 Agriculture

Le 13 mars 2017, l'Autorité de la concurrence a ouvert, dans le domaine des pièces de rechange pour tracteurs, une enquête à l'encontre de **Bucher Landtechnik SA**. L'enquête doit en particulier établir si, s'agissant de la distribution de pièces de rechange pour tracteurs de la

marque New Holland, l'entreprise visée par l'enquête a empêché des importations parallèles en liant l'achat de pièces de rechange à la vente de tracteurs.

Le Secrétariat a participé à quelque **60 consultations des offices** concernant des projets d'actes législatifs et des interventions parlementaires relatives à l'agriculture. Il s'est en particulier exprimé en faveur d'une réduction de la protection frontalière. Par ailleurs, le Secrétariat a reçu plusieurs demandes liées à des thématiques agricoles, lesquelles ont donné lieu à des discussions, des délibérations et/ou des observations de marché. Par exemple, dans le cadre d'une délibération, le Secrétariat a examiné les effets relevant du droit cartellaire d'éventuelles mesures que prendrait la **branche du lait** dans la perspective de l'abolition des contributions à l'exportation, prévue au 1<sup>er</sup> janvier 2019 selon la « loi chocolatière ».

### 3.4.6 Autres domaines

Dans le domaine des **appareils de fitness**, par décision du 27 novembre 2017, la COMCO a mis un terme à l'enquête menée contre gym80 International GmbH et ratio AG. Les indices initiaux d'accords verticaux illicites de protection territoriale par une restriction des importations d'appareils de fitness en Suisse n'ont pas été prouvés ou ne se sont pas confirmés dans le cadre de l'enquête.

Le Secrétariat a cessé fin 2017, sans donner de suite, l'enquête préalable qu'il menait sur les **réactifs de laboratoire**. Les réactifs de laboratoire génèrent une réaction chimique spécifique au contact avec d'autres substances déterminées. L'enquête préalable n'a pas révélé d'indices suffisants d'accords illicites de protection territoriale absolue au sens de l'art. 5, al. 4, LCart. En particulier, l'examen des contrats de distribution de divers fabricants étrangers de réactifs de laboratoire n'a pas permis de déceler des indices d'interdiction d'exportation vers la Suisse. Les clauses contractuelles susceptibles de prêter à malentendu ont été clarifiées par voie de circulaires adressées aux partenaires de distribution, pour autant qu'il ait été possible de contacter les fabricants aux Etats-Unis.

### 3.5 Marché intérieur

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit la libre circulation intercantonale de même que la publication des projets de concessions et des marchés publics cantonaux. La COMCO assure la surveillance de l'observation de la LMI.

S'agissant de libre circulation intercantonale, l'accès aux métiers artisanaux dans le canton du Tessin était prioritaire. **La loi tessinoise sur les entreprises artisanales (Legge sulle imprese artigiane, LIA)** exige que toutes les entreprises artisanales actives dans le canton du Tessin soient inscrites dans un registre. L'inscription dans ce registre LIA est soumise à une taxe et la preuve doit être apportée que les conditions personnelles et professionnelles sont remplies. Selon l'appréciation de la COMCO, l'application de la LIA aux entreprises extra-cantoniales viole les dispositions de la LIM. La COMCO a formé fin 2016 trois recours devant le Tribunal administratif cantonal et elle a analysé la LIA dans le cadre d'une recommandation au canton du Tessin. Les recours sont pendants devant le Tribunal administratif cantonal. La COMCO a été en contact avec le canton du Tessin pour

mettre sa recommandation en œuvre. Le canton du Tessin a annoncé une adaptation de l'obligation de figurer au registre LIA pour les entreprises extracantoniales, sans toutefois la concrétiser. La COMCO a reçu de nombreuses demandes d'entreprises artisanales de toute la Suisse qui voulaient être renseignées sur l'inscription au registre LIA.

La COMCO a approuvé, fin 2016, des recommandations adressées aux cantons de Berne, de Vaud et du Tessin concernant **les procédures d'admission de prestataires extracantonaux dans diverses professions libérales**. La COMCO a vérifié si les recommandations ont été respectées dans les cantons visés. Les recommandations de la COMCO ont été partiellement mises en œuvre, notamment par l'adaptation de la pratique d'admission.

En Suisse, les pratiques diffèrent d'un canton à l'autre s'agissant d'autoriser les sociétés anonymes d'avocats (SA d'avocats) multidisciplinaires. En 2016, la COMCO a interjeté recours dans deux cas, l'un genevois l'autre vaudois, de **SA d'avocats**. Dans le cas genevois, le TF a arrêté le 15 décembre 2017 au terme d'une délibération publique que seuls les avocats inscrits au registre professionnel peuvent être actionnaires. Cette décision se fonde dans la garantie de l'indépendance de l'avocat et dans le respect du secret professionnel de l'avocat prévus par la loi sur les avocats.

La COMCO peut être entendue dans le cadre des procédures devant le TF sur des points de droit concernant le marché intérieur. Le TF a donné par six fois l'occasion à la COMCO de prendre position. Celle-ci a pris position dans quatre cas, par exemple s'agissant de savoir si le label « **Genève Région – Terre Avenir** » (**GRTA**) peut aussi être obtenu pour les produits boulangers dont les céréales ont été moulues hors de la région genevoise (ATF 2C\_261/2017 du 2 novembre 2017). Une autre prise de position répondait à la question de savoir si une **société fiduciaire** peut se référer à la LMI ou à une situation intercantonale pour demander **l'admission de son activité** au Tessin.

Les deux autres prises de position remises au TF concernaient des cas de marchés publics. En vertu de la LIM, il incombe également à la COMCO de surveiller le respect du droit en matière de marchés publics, notamment par les cantons et les communes. La COMCO a remis une prise de position relative au **principe de plausibilité** dans une affaire relevant du droit des marchés publics. La question était notamment de savoir dans quelle mesure l'entité adjudicatrice peut procéder à une évaluation corrective des offres soumises (ATF 2C\_1021/2016 et 2D\_39/2016 du 18 juillet 2017). En outre, la COMCO s'est prononcée dans l'optique des dispositions de la LIM sur **l'interdiction de la double sous-traitance** et les sanctions correspondantes. De plus, s'agissant des marchés publics, la COMCO s'est engagée en faveur de la concurrence lors de la révision du droit régissant les marchés publics.

La COMCO a produit, à la demande de la Ville de Genève, une recommandation concernant la conception d'une **allocation scolaire**. La conception initiale comportait un caractère protectionniste favorisant les commerces genevois: les modalités prévues du versement de la subvention constituaient pour les prestataires implantés à

l'extérieur de la ville une restriction à l'accès au marché incompatible avec les dispositions de la LMI. C'est pourquoi, donnant suite à la recommandation de la COMCO, la Ville de Genève a prévu de concevoir le versement de cette allocation scolaire de manière à ce que les prestataires extérieurs à la ville ne soient pas défavorisés.

Conformément à la LMI, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal doit faire l'objet d'un appel d'offres non discriminatoire. Dans son arrêt du 6 mars 2017, le TF a appliqué les règles de l'appel d'offres public visé à l'art. 2, al. 7, LMI au renouvellement de la **concession d'affichage en ville de Lausanne**. La COMCO avait remis dans ce cas une prise de position complète. Dans un autre arrêt daté du 1<sup>er</sup> septembre 2017, s'agissant d'un cas de services de taxi dans la région lausannoise, le TF a précisé que l'art. 2, al. 7, LMI s'applique également aux concessions d'utilisation spéciale.

### 3.6 Relations internationales

**UE:** l'accord en matière de concurrence avec l'UE, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2014, a très bien fait ses preuves en pratique. Les comportements anticoncurrentiels présentent de plus en plus une dimension internationale. De ce fait, les autorités de la concurrence de la Suisse et de l'UE enquêtent fréquemment sur des faits liés entre eux, voire identiques. Dans de tels cas, l'accord en matière de concurrence permet à la COMCO d'assurer une coopération précieuse avec la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Cet accord permet en particulier un échange d'informations impossible auparavant en raison du secret de fonction. La COMCO recourt intensivement aux formes de coopération avec Bruxelles que prévoit cet accord, car les procédures s'en trouvent accélérées. En conséquence, les entreprises concernées par l'accord bénéficient elles aussi des procédures parallèles. Plusieurs entreprises ont permis à la COMCO de coopérer avec la Commission européenne également dans des cas où l'échange d'informations n'était possible qu'avec leur consentement écrit préalable, c'est-à-dire pour des informations provenant d'une autodénonciation ou d'un accord amiable. De tels exemples montrent que les entreprises peuvent profiter de la coopération entre l'UE et la COMCO même dans de tels cas.

**Allemagne:** des entretiens exploratoires ont été conduits avec l'Allemagne dans la perspective d'un accord bilatéral sur une coopération dans le domaine de la concurrence. Ils se sont conclus fructueusement. L'Allemagne est de loin le plus important partenaire commercial de la Suisse à l'échelle mondiale. L'Allemagne est aussi le principal marché de référence pour comparer les prix. Compte tenu des grandes différences de prix, le potentiel de restrictions transfrontalières à la concurrence, par exemple dans le commerce en ligne, est considérable. Depuis le début de la crise de l'euro en 2011, la COMCO a adressé de nombreuses demandes à des fabricants et commerçants allemands dans le cadre d'études de marché. Il s'agissait très souvent de leur demander s'ils empêchent les importations directes ou parallèles destinées aux entreprises ou consommateurs suisses. Dans ce contexte, aux yeux de la COMCO, un accord en matière de concurrence avec l'Allemagne serait le bienvenu.

**OCDE:** des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à Paris à la réunion bisannuelle du Comité de la concurrence de l'OCDE. La COMCO a coopéré avec le SECO pour fournir à cette occasion diverses contributions. Outre les deux thèmes des études de marché et de la numérisation, traités au long cours, la discussion a notamment porté sur le thème des marchés bilatéraux ou multilatéraux. Les marchés multilatéraux se caractérisent comme suit: un fournisseur (plateforme) vend deux produits différents à deux groupes de clients différents, la demande de l'un de ces groupes de clients dépendant de la demande de l'autre groupe (effets de réseau indirects). Par ailleurs, les groupes de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE ont commencé de vérifier les recommandations de l'OCDE et de les réviser au besoin. La vérification de la recommandation de 1998 concernant la lutte efficace contre les cartels durs a été lancée dans ce cadre.

**ICN:** les autorités de la concurrence suivent les développements internationaux du droit de la concurrence dans le cadre du Réseau international de la concurrence, l'ICN (« International Competition Network »). Le groupe de travail « Agency Effectiveness » (efficacité de l'agence de la concurrence) a publié en 2017 deux nouveaux produits ayant pour thèmes les programmes de formation du personnel des organismes de la concurrence (« Competition Agency Staff Training Programmes ») et l'utilisation des réseaux sociaux par les organismes de la concurrence (« Competition Agency Use of Social Media »). Le groupe de travail sur les cartels a organisé plusieurs webinaires auxquels le Secrétariat a participé. La responsabilité des sociétés mères quant au comportement de leurs filiales a notamment été thématisée. Ce groupe de travail a en outre élaboré, avec la participation de l'Autorité suisse, une liste de contrôle visant l'efficacité et l'efficacités des programmes d'autodénonciation et un aide-mémoire pour déterminer les sanctions. L'Autorité canadienne de la concurrence a organisé du 4 au 6 octobre 2017, à Ottawa, un atelier sur les cartels dont le thème était « La lutte contre les cartels dans les marchés publics ». Le responsable Economie du Secrétariat y a pris part et a présenté un exposé intitulé « Data Screening » (l'analyse des données). Le groupe de travail « Merger » (concentrations) a publié en 2017 une nouvelle version de ses recommandations pratiques concernant les dénonciations de concentration, la procédure de vérification et l'analyse des projets de concentration. Il a organisé en décembre 2017 un atelier à Mexico City. Le groupe de travail « Unilateral Conduct » (comportement unilatéral) élabore actuellement un outil d'analyse des comportements unilatéraux d'entreprises occupant une position dominante sur le marché. L'application du droit de la concurrence dans l'ère numérique était un thème essentiel de l'atelier organisée fin novembre 2017 à Rome par le groupe de travail sur les comportements unilatéraux (Unilateral Working Group). Une délégation de la COMCO a pris part à la conférence annuelle de l'ICN, qui se tenait à Porto du 10 au 12 mai 2017.

**CNUCED:** le directeur du Secrétariat a contribué au quatrième atelier régional des autorités sud-américaines de la concurrence, consacré au thème de la numérisation. Il a tenu un exposé sur le thème de la numérisation et des

structures de marché. Le Secrétariat a soutenu, cette année également, les activités du programme de coopération COMPAL: un collaborateur de l'Autorité chilienne de la concurrence a effectué un stage de trois mois auprès du Secrétariat.

### 3.7 Législation

#### 3.7.1 Interventions parlementaires

L'état actuel des **interventions parlementaires** encore pendantes qui ont été déposées en septembre 2014 suite à l'échec de la révision ponctuelle de la LCart se présente comme suit:

- L'**initiative parlementaire Hans Altherr** du 25 septembre 2014 « Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse » (14.449) souhaite introduire dans la LCart, à l'instar du droit cartellaire allemand, une disposition qui permettrait de lutter contre les abus de puissance relative sur le marché. Les commissions du Conseil national et du Conseil des Etats ont donné suite à cette initiative parlementaire, qui est toutefois suspendue pour le moment.
- La **motion Hans Hess** du 18 juin 2015 « Pour une application effective du principe du Cassis-de-Dijon » (15.3631) charge le Conseil fédéral de faire en sorte que les fabricants de produits indiquent expressément dans les contrats de distribution qu'ils autorisent leurs distributeurs suisses à effectuer tous travaux d'installation, d'entretien ou de garantie pour leurs produits même lorsque ceux-ci ont été achetés directement dans l'Espace économique européen. Le Conseil fédéral a établi un rapport demandant le classement de cette motion (17.050). Il revient à présent au Conseil national de délibérer sur ce rapport.
- Les deux **initiatives parlementaires de Buman** du 18 mars 2016 « Pour un prix des revues plus raisonnable en Suisse » (16.420) et du 30 septembre 2016 « Petite révision de la loi sur les cartels » (16.473) sont rayées du rôle parce qu'il n'a pas été donné suite à la première, respectivement en raison du retrait de la seconde.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) fait l'objet des délibérations du Conseil national après avoir été acceptée par le Conseil des Etats. Elle demande que des délais soient imposés aux tribunaux, qu'une allocation de dépens soit accordée aux parties, que des sanctions plus clémentes soient prévues pour les PME et que les décisions ne soient publiées qu'à leur entrée en vigueur.

La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902), qui demande que les hôtels soient autorisés à proposer des tarifs plus avantageux sur leur site web que sur les plateformes en ligne, a été acceptée par les deux chambres. Le DEFR élabore un projet de loi.

Le Conseil national est compétent en première instance pour traiter la **motion CER-N** du 14 août 2017 « Création

d'un instrument efficace pour lutter contre les prix inappropriés des revues ».

#### 3.7.2 Initiative pour des prix équitables

L'**initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'ilot de cherté – pour des prix équitables ») lancée en automne 2016, demande que la Confédération prenne « en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger et d'empêcher toute forme de limitation de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché ». Cette initiative a été déposée en décembre 2017 à la Chancellerie fédérale.

#### 3.7.3 Modernisation du contrôle des concentrations

Le Conseil fédéral a chargé le DEFR de lui soumettre un projet destiné à la consultation en vue de **moderniser le contrôle des fusions dans LCart**. Le test de dominance sur le marché actuellement utilisé en Suisse doit être remplacé par le test SIEC (« Significant Impediment of Effective Competition ») qui prévaut dans l'UE. Ce test permettant de mieux tenir compte des effets positifs et négatifs des concentrations, il devrait avoir des conséquences positives sur l'environnement concurrentiel en Suisse. A la demande du SECO, Swiss Economics a réalisé une étude sur l'introduction du test SIEC en Suisse et sur ses effets sur le contrôle des fusions par la Suisse.

Le SECO est responsable de l'élaboration de ce projet destiné à passer en consultation. Le Secrétariat participe aux travaux.

## 4 Organisation et statistique

### 4.1 COMCO et Secrétariat

Les membres de la COMCO se sont réunis 17 fois en 2017 pour des réunions plénières d'une journée ou d'une demi-journée. La statistique (cf. point 4.2) indique le nombre de décisions prises dans le cadre d'enquêtes et concernant des concentrations au sens de la LCart et en application de la LMI.

Les changements de personnel suivants sont survenus au sein de la COMCO durant l'exercice sous revue:

- **Vincent Martenet** s'est retiré de la présidence à l'expiration de son mandat et il a quitté la COMCO à la fin de 2017 après douze ans d'activité au sein de la Commission dont cinq ans comme président;
- le Conseil fédéral a nommé le vice-président **Andreas Heinemann** à la présidence de la COMCO dès le 1<sup>er</sup> janvier 2018;
- le Conseil fédéral a nommé **Danièle Wüthrich-Meyer** vice-présidente de la COMCO au 1<sup>er</sup> janvier 2018;
- **Daniel Lampart**, représentant de l'Union syndicale suisse (USS), a quitté la Commission à la fin de 2017;
- il est remplacé par **Isabel Martínez**, secrétaire centrale pour les questions économiques à l'USS et responsable scientifique de projets à l'Université de Saint-Gall;

- la place de membre de la COMCO laissée vacante par la démission du président a été mise au concours par le SG-DEFR le 21 décembre 2017 et doit être pourvue en avril 2018.

La COMCO tient à rendre hommage à **Vincent Martenet**:

Le Conseil fédéral a nommé Vincent Martenet membre de la COMCO le 1<sup>er</sup> novembre 2005. Il venait d'être nommé la même année professeur ordinaire de droit constitutionnel et de droit de la concurrence à l'Université de Lausanne. Fort de son expertise en droit constitutionnel, notamment, il s'est engagé conséquemment dès le début pour que les procédures devant les autorités de la concurrence répondent aux règles de l'Etat de droit.

Il a assumé, de 2006 à 2008, l'importante tâche d'évaluer la loi sur les cartels. Représentant la COMCO au sein du groupe de pilotage du groupe d'évaluation Loi sur les cartels, il a substantiellement contribué à ce que le groupe d'évaluation adopte fin 2008 un rapport complet à l'attention du Conseil fédéral et qu'il propose, en les étayant largement, des améliorations du droit des cartels dans les domaines des institutions, de la coopération internationale, du contrôle des concentrations, des accords verticaux et de l'application en droit civil.

Le Conseil fédéral nomma Vincent Martenet vice-président de la COMCO au 1<sup>er</sup> janvier 2008. Au sein du collège présidentiel, il conservait avec de plus hautes responsabilités encore sa fonction de « gardien de l'Etat de droit ». Ses contributions ont laissé leur empreinte dans diverses décisions de principe rendues à l'époque (p. ex. les décisions de la COMCO concernant GABA/Elmex, Swisscom, la politique de prix dans l'ADSL, les médicaments hors-liste et le cartel de soumission des installateurs électriques de la région bernoise).

Le 1<sup>er</sup> juillet 2010, Vincent Martenet fut nommé président de la COMCO par le Conseil fédéral. Il succédait à Walter A. Stoffel. Il traversa une phase difficile peu de temps après sa prise de fonction, lorsque l'euro se déprécia massivement par rapport au franc suisse. Présenter au public, aux médias et à la classe politique quelles sont les possibilités et les limites de l'Autorité de la concurrence constituait un grand défi. Les attentes à l'endroit de la COMCO, dont on voulait qu'elle prenne des mesures contre les différences de prix croissantes, étaient très grandes. Tout en expliquant que la politique de la concurrence n'est qu'un élément de la stratégie globale, Vincent Martenet est parvenu à définir comment le droit des cartels peut contribuer à résoudre le problème des prix élevés. Cet éclairage sera précieux pour traiter les interventions politiques visant à adapter le droit des cartels.

Vincent Martenet a présidé la COMCO durant sept ans et demi. Durant ce temps, l'Autorité de la concurrence a consolidé et affiné la pratique contre les formes les plus dommageables de restriction à la concurrence, notamment les accords de soumission, le verrouillage du marché suisse et l'abus de position dominante sur le marché. Cette évolution a contribué à ce que les enquêtes de la COMCO se soient toujours plus fréquemment clôturées par des accords amiables et, de ce fait, au terme de procédures brèves. La présidence de Vincent Martenet se distingue par les trois caractéristiques suivantes:

- **Procédures conformes aux règles de l'Etat de droit:** l'expert en droit constitutionnel a toujours particulièrement veillé à la conformité des procédures aux règles de l'Etat de droit. Il était le garant de la correction des procédures menées par l'Autorité de la concurrence. Durant son mandat, les tribunaux n'ont pratiquement jamais formé de griefs contre un vice de procédure.
- **Qualité des décisions:** pour répondre au credo essentiel de son président, les décisions de la COMCO devaient satisfaire au plus haut degré de qualité. D'une part, les entreprises visées par les procédures sont défendues par des avocats de première classe et, d'autre part, les décisions de la COMCO doivent résister à un examen judiciaire.
- **Concentration sur les formes les plus graves d'infraction au droit de la concurrence:** le président Martenet a toujours donné la priorité aux pires violations du droit de la concurrence, à savoir les cartels durs, le verrouillage des marchés (p. ex. les entraves aux importations parallèles) et l'abus de position dominante sur le marché. Sous sa conduite, la COMCO a rendu dans ces domaines toute une série de décisions de principe qui, en clarifiant des questions ouvertes, ont fondé pour les entreprises une pratique fiable. Citons par exemple les décisions concernant les entraves au commerce en ligne, les entraves aux importations parallèles, les accords de soumission, le sport à la télévision payante, l'application de prix bruts par les grossistes sanitaires, les premières décisions rendues dans le cas du LIBOR, etc.

Vincent Martenet a également toujours veillé à ce que les décisions de la COMCO soient défendues de manière optimale et avec la conséquence voulue devant les instances de recours (Tribunal administratif fédéral, Tribunal fédéral). A n'en pas douter, son engagement a contribué à ce que les tribunaux aient confirmé les décisions de la COMCO à de rares exceptions près: des jugements comme les arrêts GABA/Elmex, BMW, NIKON et Swisscom ADSL (non encore exécutoire) comptent aujourd'hui parmi les décisions de principe de large portée.

Pendant le mandat de Vincent Martenet, l'accord de coopération bilatéral avec l'UE a été conclu. C'est l'un des rares dossiers dans lequel, ces dernières années, un nouvel accord a pu être signé avec l'UE. Il s'agit en outre, à l'échelle mondiale, du seul accord de coopération permettant un échange étendu d'informations et de preuves. Cet accord est en force depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2014. Les expériences y relative de l'Autorité de la concurrence sont très positives à ce stade. Des démarches sont actuellement en cours pour élargir cette coopération formelle à d'autres autorités de la concurrence. Par exemple, à l'automne 2017, un rapport exploratoire a été conclu avec l'Allemagne en vue de mener des négociations sur un accord de coopération. Aux yeux de Vincent Martenet, la coopération internationale et les échanges avec les autres autorités de la concurrence étaient importants. Il a toujours ménagé le temps nécessaire pour représenter la Suisse et expliquer la pratique de la COMCO lors des principales réunions de l'OCDE, du Réseau international de la concurrence (ICN), des autorités européennes de la



---

concurrence (ECA) et aux rencontres quadrilatérales des autorités germanophones de la concurrence.

La COMCO exprime à Vincent Martenet toute la reconnaissance que méritent les éminents services qu'il a rendus tant en qualité de membre et de vice-président que pendant les sept ans et demi de sa présidence. Elle lui adresse ses meilleurs vœux pour son avenir privé et professionnel à l'Université de Lausanne.

Aucun changement ne survient en 2017 aux postes clés du Secrétariat.

A la fin de 2017, le **Secrétariat** occupait 72 collaborateurs et collaboratrices à temps plein et à temps partiel (73 l'année précédente), le pourcentage de femmes étant de 43 % (40 % l'année précédente). Ces effectifs correspondent au total à 60,9 équivalents plein temps (62,7 l'année précédente). Le personnel se répartissait comme suit: 53 collaborateurs et collaboratrices scientifiques y compris la Direction (51 l'année précédente) correspondant à 46,1 équivalents plein temps (44,4 l'année précédente); 5 stagiaires scientifiques (9 l'année précédente) correspondant à 5 équivalents plein temps (9 l'année précédente); 14 collaboratrices et collaborateurs du Service ressources et logistique correspondant à 9,8 équivalents plein temps (9,3 l'année précédente).

---

## 4.2 Statistique

|  | 2016 | 2017 |
|--|------|------|
| <b>Enquêtes</b>  |      |      |
| menées durant l'année  | 32   | 30   |
| dont reprises de l'année précédente  | 22   | 26   |
| dont ouvertes durant l'année   | 4    | 4    |
| dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes | 6    | 0    |
| <b>Décisions</b>   | 9    | 12   |
| dont accords amiables  | 6    | 2    |
| dont décisions de l'autorité   | 2    | 4    |
| dont sanctions selon l'art. 49a, al. 1, LCart  | 8    | 11   |
| dont décisions partielles  | 2    | 0    |
| <b>Décisions de procédures</b>   | 9    | 1    |
| Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)                          | 3    | 3    |
| Mesures provisionnelles  | 0    | 1    |
| Procédures où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss. LCart           | 0    | 0    |
| <b>Enquêtes préalables</b>   |      |      |
| menées durant l'année  | 14   | 18   |
| reprises de l'année précédente   | 11   | 9    |
| ouvertes durant l'année  | 3    | 9    |
| <b>Clôtures</b>  | 6    | 7    |
| dont ouvertures d'enquêtes   | 2    | 1    |
| dont adaptation du comportement  | 3    | 3    |
| dont sans suite  | 1    | 3    |
| <b>Autres activités</b>  |      |      |
| Annonces traitées selon l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart                               | 0    | 2    |
| Conseils   | 27   | 21   |
| Observations de marché   | 42   | 63   |
| Demandes LTrans  | 16   | 9    |
| Autres demandes traitées   | 683  | 635  |
| <b>Concentrations</b>  |      |      |
| Notifications  | 22   | 32   |
| Pas d'intervention après examen préalable  | 21   | 27   |
| Examens  | 1    | 3    |
| Décisions de la COMCO après examen   | 0    | 3    |
| Interdiction   | 0    | 1    |
| Autorisation conditionnelle/soumise à des charges                                      | 0    | 0    |
| Autorisation sans réserve  | 0    | 2    |
| Exécution provisoire   | 0    | 0    |
| <b>Procédures de recours</b>   |      |      |
| Total des recours auprès du TAF et du TF   | 39   | 31   |
| Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)   | 9    | 7    |
| dont succès des autorités de la concurrence  | 7    | 5    |
| dont succès partiel  | 0    | 1    |
| Arrêts du Tribunal fédéral (TF)  | 2    | 2    |
| dont succès des autorités de la concurrence  | 2    | 2    |
| dont succès partiel  | 0    | 0    |
| Pendants en fin d'année (auprès du TAF et du TF)                                       | 28   | 21   |

|   |     |     |
|---|-----|-----|
| Avis, recommandations et prises de position, etc.                       |     |     |
| Avis (art. 15 LCart)  | 0   | 1   |
| Recommandations (art. 45 LCart)   | 0   | 0   |
| Prises de position (art. 47 LCart, art. 5, al. 4, LSPr ou art. 11a LTV) | 0   | 3   |
| Suivi des affaires  | 0   | 0   |
| Communications (art. 6 LCart)   | 1   | 1   |
| Prises de position (art. 46, al. 1, LCart)                              | 281 | 210 |
| Consultations (art. 46, al. 2, LCart.)                                  | 8   | 8   |
| LMI   |     |     |
| Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)                                 | 2   | 1   |
| Avis (art. 10 LMI)  | 1   | 5   |
| Conseils (Secrétariat)  | 45  | 73  |
| Recours (art. 9, al. 2 <sup>bis</sup> , LMI)                            | 1   | 0   |

La statistique et une comparaison avec les chiffres de 2016 révèlent ce qui suit:

- Le nombre d'enquêtes clôturées a augmenté pour atteindre douze cas, dont sept concernaient des procédures relatives aux accords de soumission dans le canton des Grisons. Des sanctions ont été infligées dans onze décisions. Le nombre d'enquêtes nouvellement ouvertes est resté inchangé par rapport à l'année précédente.
- Les enquêtes préalables ouvertes et conduites ont été plus nombreuses en 2017. Elles servent surtout d'instrument de tri et n'ont pas nécessairement pour fonction de préparer une enquête. Si des éléments permettent de soupçonner une restriction illicite à la concurrence (p. ex. en raison d'une auto-dénonciation ou de la dénonciation par un lanceur d'alerte), l'ouverture d'une enquête peut être décidée directement et, éventuellement, elle peut être immédiatement suivie d'une perquisition.
- Les observations de marché ont augmenté de 50 % par rapport à l'année précédente. Elles servent surtout à clarifier si des faits déterminés relèvent du droit des cartels et si la situation est éventuellement problématique.
- Les annonces de projet de concentration, au nombre de 32, ont retrouvé leur niveau d'avant 2016. Trois examens approfondis, un nombre élevé par rapport aux années précédentes, ont entraîné une charge de travail conséquente.
- Le nombre de procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral reste à un niveau élevé. En 2017, le TAF n'a rendu qu'un seul arrêt matériel (affaire des ferrements pour portes, cf. ci-dessus point 2.2). Ses six autres arrêts concernaient des décisions incidentes ou des décisions de publication. Le TF a rendu quant à lui deux arrêts matériels (affaires BMW et revêtements de construction, cf. ci-dessus point 2.2), qui validaient l'un et l'autre la décision de l'Autorité de la concurrence. A la fin de 2017, 21 procédures de recours restaient en suspens devant les tribunaux.

- Dans le domaine de la LMI, on relève un nombre extraordinairement élevé de conseils. Ce phénomène s'explique principalement par les nombreuses demandes concernant la LIA (legge sulle imprese artigiane) émanant d'entreprises artisanales (cf. ci-dessus point 3.5). Le nombre d'expertises a lui aussi nettement augmenté, car le TF a plus fréquemment invité la COMCO à rendre un avis d'expert dans le cadre de procédures de recours relatives à la LMI.

## 5 Accords amiables

Suite à l'introduction en 2004 des sanctions directes en cas d'infraction grave contre la loi sur les cartels, il y avait lieu de se demander si une marge de manœuvre serait encore disponible pour trouver des accords amiables avec les entreprises en cas de grief d'accords horizontaux et verticaux durs en matière de concurrence et d'abus de position dominante sur le marché. En tout cas, on ne pouvait savoir au juste ce qu'un accord amiable pourrait apporter dans de tels cas, puisque cet instrument servait au règlement rapide des procédures cartellaires avant l'introduction des sanctions directes: lorsque les entreprises se déclaraient prêtes à adapter le comportement reproché, la procédure pouvait être classée sans suite.

La base légale actuelle de l'accord amiable, visé à l'art. 29 LCart, a été introduite par la loi sur les cartels de 1995. Selon le message du Conseil fédéral, l'Autorité de la concurrence devait clore aussi rapidement que possible les procédures engagées, raison pour laquelle les accords amiables devinrent la règle. La mission était claire et, en pratique, le Secrétariat proposait régulièrement aux entreprises visées par une enquête des mesures leur permettant de supprimer une restriction illicite supposée à la concurrence. Pour autant que ces entreprises s'engageassent à mettre de telles mesures en œuvre, les accords amiables étaient conclus et soumis à l'approbation de la COMCO, qui les validait par voie de décision en clôturant généralement l'enquête sans autre suite. De ce fait, dans la plupart des cas, la question de savoir s'il s'agissait effectivement d'une restriction illicite à la concurrence n'était pas définitivement tranchée.

En 2003, la loi sur les cartels de 1995 subissait déjà une révision. Selon le message du Conseil fédéral de 2001,

cette révision visait principalement à instaurer des sanctions directes lorsqu'une infraction au droit des cartels est particulièrement nuisible. L'objectif législatif était clair: l'Autorité de la concurrence devait infliger des sanctions aux entreprises impliquées dans des accords illicites durs, horizontaux ou verticaux, en matière de concurrence et aux entreprises qui abusaient de leur position dominante sur le marché. Il apparaît dès lors clairement que, dans les cas présentant des indices d'infraction punissable aux dispositions de la LCart, on ne saurait plus faire l'économie d'une appréciation juridique définitive, comme cela prévalait régulièrement lors de la conclusion d'un accord amiable (une telle procédure simplifiée ne peut plus s'appliquer désormais qu'aux accords en matière de concurrence illicites mais non punissables au sens de l'art. 5, al. 1, LCart). Cette évolution signifiait-elle la fin des accords amiables pour les infractions passibles de sanctions directes ? Non. Comme nous le montrons ci-après, l'accord amiable s'applique régulièrement et peut s'avérer tout à fait attractif également dans des cas entraînant des sanctions

### 5.1 Les accords amiables dans la pratique de l'autorité de la concurrence

Depuis l'introduction des sanctions directes en 2004, l'Autorité de la concurrence concentre ses enquêtes sur les plus graves infractions à la LCart, à savoir sur les accords horizontaux et verticaux durs en matière de concurrence et sur l'abus de position dominante sur le marché, c'est-à-dire sur les restrictions à la concurrence directement punissables. Les accords amiables jouent un rôle important également dans ces enquêtes: près de la moitié des procédures susceptibles d'entraîner des sanctions se sont terminées à ce stade par la conclusion d'un accord amiable.

L'accord amiable peut intervenir dans des enquêtes portant sur toutes formes de restriction illicite à la concurrence au sens des art. 5 et 7 LCart. Par le passé, une large majorité d'accords amiables concernait la suppression d'accords horizontaux au sens de l'art. 5, al. 3, LCart. Mais les accords amiables survenaient aussi en lien avec la suppression d'accords verticaux selon l'art. 5, al. 4, LCart et en relation avec les comportements illicites d'entreprise occupant une position dominante sur le marché au sens de l'art. 7 LCart. Dans tous ces cas, les entreprises s'engageaient par l'accord amiable à prendre des mesures concrètes pour supprimer la restriction à la concurrence incriminée, de sorte que la COMCO pouvait renoncer à ordonner unilatéralement des injonctions et des interdictions. Les entreprises impliquées dans des cartels se sont généralement obligées à ne plus échanger d'informations stratégiquement pertinentes avec leurs concurrents, les entreprises en position dominante sur le marché s'engageant par exemple à continuer de fournir certains biens aux clients, tandis que les fabricants s'obligeaient par exemple à ne pas influencer les prix de vente de leurs clients ou à ne pas s'entendre avec leurs partenaires de distribution sur la limitation des ventes passives vers la Suisse. Dans de tels cas, bien que les restrictions à la concurrence étaient supprimées pour l'avenir grâce à un accord amiable, l'Autorité de la concurrence ne pouvait pas renoncer à sanctionner le comportement passé. En effet, l'Autorité de la concurrence

procède d'office, même en cas d'accord amiable, à l'évaluation de la punissabilité et à la détermination du montant de la sanction.

### 5.2 Attractivité de l'accord amiable en cas de sanction

#### *Réduction de la sanction*

Pour les entreprises, la conclusion d'un accord amiable s'avère en particulier intéressant parce qu'il est régulièrement honoré par une réduction de la sanction. Selon la pratique actuelle de l'Autorité de la concurrence, le montant de la réduction se situe entre 5 et 20 % du montant de la sanction, en fonction du stade plus ou moins précoce de la procédure où l'accord amiable intervient. La sanction est réduite de 20 % au maximum pour les accords amiables conclus en cours d'établissement des faits, de 10 à 15 % au plus si l'accord amiable intervient pendant la rédaction de la proposition et d'environ 5 % lorsque l'accord amiable est finalisé seulement après que la proposition a été soumise aux parties pour qu'elles donnent leur avis conformément à l'art. 30, al. 2, LCart. La diminution progressive de la réduction au fur de l'avancement de la procédure doit inciter les entreprises à conclure un accord amiable aussi tôt que possible.

Outre la conclusion d'un accord amiable, d'autres possibilités supplémentaires permettent aussi de réduire la sanction:

- S'agissant des parties qui se sont autodénoncées dans le cadre du *programme de clémence*, elles peuvent être complètement exemptées de sanction (première autodénonciation) ou leur sanction peut être réduite, au maximum de 50 % pour les autodénonciations suivantes ou au maximum de 80 % pour les dénonciations supplémentaires (« bonus plus »). De ce fait, combinée à la réduction maximale de 20 % prévue pour un accord amiable, une première autodénonciation peut valoir une réduction maximale de sanction de 100 %, les autodénonciations suivantes pouvant donner lieu à une réduction maximale de 60 % et les dénonciations « bonus plus » valant au maximum une réduction de 84 %, car la réduction se calcule de manière échelonnée. Dans la pratique, on assiste régulièrement à une combinaison de l'autodénonciation et de l'accord amiable. Plus de 50 entreprises ont conclu un accord amiable à ce jour et près de la moitié d'entre elles se sont autodénoncées.
- En pratique, hors le programme de clémence, une *coopération particulièrement bonne*, au sens de l'art. 6, al. 1, OS LCart, est prise en compte pour réduire la sanction à concurrence maximale de 20 %, de sorte qu'il peut en résulter une réduction maximale de 40 % en combinaison avec la réduction maximale de 20 % liée à l'accord amiable. Sont réputés coopération particulièrement bonne, par exemple, la transmission librement consentie de preuves, les aveux ou la reconnaissance des faits en question.

#### *Procédures abrégées et décisions simplifiées*

Un important avantage supplémentaire pour l'entreprise réside dans les économies réalisées en temps et coûts:

en cas d'accord amiable, la procédure est normalement abrégée et la décision est généralement plus sobre qu'en l'absence de règlement amiable. L'important gain de temps provient surtout de ce qu'il n'est pas nécessaire de réunir tous les faits si un accord amiable est conclu et que l'ampleur de la motivation de l'infraction contre le droit des cartels peut être réduite, pour autant que l'entreprise fasse savoir qu'elle n'envisage pas de former recours. Le gain de temps s'accroît encore si l'entreprise reconnaît les faits. Dans la mesure où les faits pertinents apparaissent établis à satisfaction de droit grâce aux preuves disponibles, on peut renoncer à des éléments de preuve supplémentaires une fois conclu l'accord amiable et le Secrétariat peut passer à la formulation de la proposition au sens de l'art. 30, al. 2, LCart. L'expérience montre que la prise de position des entreprises envers cette proposition est plus brève que dans les procédures sans accord amiable. En outre, les entreprises peuvent approuver la proposition tout en renonçant totalement ou partiellement à la consultation des documents. De plus, une audition des parties par la COMCO, selon l'art. 30, al. 2, LCart, est généralement superflue. Normalement, il n'y a pas lieu d'attaquer la décision et l'on peut faire l'économie d'une procédure de recours (cf. ci-dessus point 5.2, parag. 1). L'entreprise peut rapidement classer la procédure cartellaire et se concentrer sur ses activités principales. Les procédures abrégées correspondent à une économie sur les coûts.

#### *Absence de recours en général*

Du point de vue de l'Autorité, l'accord amiable présente le grand avantage d'éviter généralement une procédure de recours. Cet aspect vaut particulièrement pour les procédures susceptibles de conduire à des sanctions, car elles présentent un risque de recours supérieur que les procédures où les entreprises ne se voient pas infliger d'amende. Dans les cas relevant du droit des cartels, les procédures de recours peuvent durer plusieurs années et mobiliser d'importantes ressources pendant cette période.

A ce jour, sur plus de 50 entreprises parties à un accord amiable, seules trois ont formé recours. Elles n'étaient en particulier pas d'accord avec la sanction que leur infligeait la COMCO. Deux de ces trois procédures de recours sont actuellement pendantes devant le TAF. Ce bas taux de recours montre que les entreprises qui concluent un accord amiable n'ont généralement pas de raison d'attaquer la décision de la COMCO. Cette situation s'explique notamment comme suit: avant la conclusion d'un accord amiable, dans le cadre d'un résultat provisoire de l'administration des faits, le Secrétariat informe les entreprises sur les faits pertinents et leur appréciation en droit cartellaire et il leur présente la fourchette où se situera la sanction que le Secrétariat proposera à la COMCO. Ainsi, en connaissance de l'évaluation provisoire par le Secrétariat, les entreprises peuvent se décider pour ou contre un accord amiable et, par conséquent, pour ou contre le règlement simple et rapide de la procédure.

Si une entreprise opte pour l'accord amiable, l'Autorité de la concurrence suppose qu'elle n'a en principe aucune raison d'attaquer la décision, dans la mesure où celle-ci correspond à l'évaluation provisoire communiquée par le

Secrétariat. Ce contexte explique pourquoi la conclusion d'un accord amiable n'exige pas fondamentalement la reconnaissance explicite des faits ou de leur appréciation juridique: pour l'Autorité de la concurrence, il importe prioritairement que la décision de la COMCO ne soit pas attaquée. Il suffit donc en principe, pour conclure un accord amiable, que l'entreprise signale à l'Autorité qu'elle n'a pas l'intention de faire appel. En revanche, s'il apparaît que l'entreprise pourrait interjeter recours en dépit de l'accord amiable conclu, le Secrétariat peut exiger une reconnaissance des faits ou renoncer à conclure un accord amiable. Il n'y a aucun droit à la conclusion d'un tel accord.

Du point de vue de l'entreprise, une procédure aboutissant à un accord amiable est intéressante si l'entreprise comprend, lors de la présentation du résultat provisoire de l'administration des preuves par le Secrétariat, que le constat des faits pertinents est correct et qu'elle doit s'attendre à ce que la COMCO et les tribunaux confirmeront l'appréciation juridique préalable. En d'autres termes, dans l'optique de l'entreprise, un accord amiable est judicieux si l'entreprise a lieu de penser qu'elle a violé les dispositions de la LCart. Tel est par exemple le cas si elle a participé à un accord cartellaire horizontal sur les prix, les quantités ou la répartition territoriale ou si elle a été impliquée dans un accord vertical sur les prix (prix de revente imposés) ou les zones géographiques (protection territoriale absolue) qui, selon la jurisprudence du TF (affaire *Gaba*), sont réputés affecter notablement la concurrence en raison déjà de leur objet.

#### *Soin de l'image publique*

En définitive, la disposition d'une entreprise à adapter volontairement son comportement dans le cadre d'un accord amiable du point de vue de l'entreprise concernée devrait être perçue plus positivement par le public qu'une interdiction ordonnée par la COMCO. Lors de la clôture d'une enquête, si la décision de la COMCO scelle un accord amiable, le communiqué de presse relève régulièrement que l'entreprise a coopéré avec l'Autorité de la concurrence.

### **5.3 Déroulement des procédures de sanction aboutissant à un accord amiable**

#### *Ouverture d'une enquête en raison d'indices de restriction illicite à la concurrence*

La condition de base à la conclusion d'un accord amiable au sens de l'art. 29 LCart est que l'Autorité de la concurrence ait ouvert une enquête au sens de l'art. 27 LCart en raison d'indices de restriction illicite à la concurrence. En outre, il faut que le Secrétariat parvienne à la conclusion, dans le cadre d'une appréciation juridique préalable des faits, qu'il s'agit d'une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 5 ou de l'art. 7 LCart. Cette condition ne signifie pourtant pas qu'une restriction illicite à la concurrence doit être complètement prouvée dans les moindres détails avant même la conclusion d'un accord amiable. L'avantage de l'accord amiable réside justement en ce que l'on peut, après sa conclusion, renoncer à établir exhaustivement les faits et réduire l'ampleur de la motivation (cf. ci-dessus point 5.2).

### *Le cas se prête-t-il à un accord amiable ?*

Si, au terme de son appréciation préalable des preuves, le Secrétariat parvient au résultat provisoire que le droit cartellaire a été violé, la première étape consiste à décider si le cas se prête du tout à un accord amiable. Cette condition est généralement remplie si les faits et la situation juridique apparaissent clairement tant aux yeux du Secrétariat qu'à ceux de l'entreprise et que, à cet égard, on peut renoncer à une procédure de recours. Un accord amiable apparaît inadéquat lorsque l'entreprise, persuadée de ne pas avoir enfreint les dispositions de la LCart, est prête à porter l'affaire devant les instances de recours (cf. ci-dessus point 5.2).

### *Examen approfondi de l'intérêt d'un accord amiable/signature des conditions-cadre*

Si le cas apparaît se prêter à un accord amiable et que les entreprises concernées se montrent intéressées au règlement à l'amiable de la procédure, le Secrétariat commence par leur faire parvenir les conditions-cadre des négociations sur un accord amiable en leur demandant de confirmer par leur signature qu'elles en ont pris connaissance.

Les entretiens sur les accords amiables concernent les mesures visant l'adaptation du comportement, les faits pertinents, leur appréciation juridique et le montant d'une éventuelle sanction. Le Secrétariat présente sa vision des choses et les parties ont la possibilité de s'exprimer à ce sujet. La négociation vise à définir comment les restrictions à la concurrence pourront être supprimées à l'avenir.

Les conditions-cadre prévoient, pour les entreprises intéressées, que leur volonté de conclure un accord amiable sera qualifiée de comportement coopératif par le Secrétariat, qui l'invoquera dans sa proposition pour atténuer la sanction. Ces conditions-cadre précisent en outre qu'une procédure de recours est en général superflue si un accord amiable est conclu.

### *Orientation sur le résultat provisoire de l'administration des preuves*

Sous réserve que les entreprises soient d'accord avec ces « règles du jeu », le Secrétariat les informe sur le résultat provisoire de l'administration des preuves. Cette orientation permet aux entreprises de se décider pour ou contre un accord amiable en connaissance des faits pertinents et de son appréciation probable en droit cartellaire.

### *Décision pour ou contre un accord amiable*

En optant pour la conclusion d'un accord amiable, l'entreprise se montre disposée à:

- prendre volontairement des mesures pour supprimer la ou les restrictions à la concurrence considérées illicites par le Secrétariat,
- à coopérer avec le Secrétariat et à renoncer à transmettre des données excessivement volumineuses de manière à contribuer à une clôture rapide de la procédure et
- à renoncer à une procédure en appel si le montant de la sanction se situe dans la fourchette communiquée par le Secrétariat.

La conclusion d'un accord amiable ne suppose pas fondamentalement la reconnaissance des faits pertinents et/ou de leur appréciation juridique. Cependant, une reconnaissance peut mener à une réduction supplémentaire de la sanction (cf. ci-dessus point 5.2). Le Secrétariat peut par exemple demander une reconnaissance des faits si des signes lui permettent de présager qu'une partie pourrait former recours en dépit de l'accord amiable.

### *Projet d'accord amiable/négociations sur les mesures*

Le projet d'accord amiable peut être élaboré par le Secrétariat ou par les entreprises. Le contenu des mesures auxquelles les entreprises s'engagent découle du comportement reproché. Il s'agit d'adapter ce comportement à l'avenir de manière à ce qu'une violation du droit cartellaire ne survienne plus. Les engagements doivent être aussi clairs que possible de sorte que les entreprises puissent les mettre en œuvre simplement et que, de son côté, l'Autorité de la concurrence puisse procéder à la vérification de cette mise en œuvre en toute simplicité. Les mesures peuvent aussi consister en ce que l'entreprise s'engage à ne plus adopter à l'avenir le comportement qui lui est reproché (p. ex. renonciation aux recommandations tarifaires contraignantes ou renonciation à intégrer dans les contrats de distribution des clauses interdisant d'exporter de l'EEE à destination de la Suisse).

### *Conclusion de l'accord amiable*

Dès que le Secrétariat et les entreprises se sont entendus sur le contenu des engagements consentis dans l'accord amiable, ils signent celui-ci. Idéalement, l'accord amiable est conclu dès la phase d'établissement des faits. En effet, pour autant que les faits pertinents apparaissent établis à satisfaction de droit grâce aux preuves disponibles, on peut renoncer à des mesures probatoires supplémentaires une fois l'accord amiable conclu, ce qui accélère la procédure (cf. ci-dessus point 5.2). Normalement, dès que l'accord amiable est conclu, le Secrétariat peut passer directement à la formulation de sa proposition.

### *Proposition du Secrétariat*

Le Secrétariat reprend l'accord amiable dans sa proposition et il propose à la COMCO de l'approuver, d'infliger une sanction dans la fourchette définie et d'honorer ainsi la conclusion de l'accord amiable par une réduction de la sanction (cf. ci-dessus point 5.2). Les parties ont la possibilité de prendre position par écrit quant à la proposition du Secrétariat avant que celui-ci ne la soumette à la COMCO (art. 30, al. 2, LCart). La prise de position des parties est alors régulièrement beaucoup plus brève que dans les procédures sans accord amiable. De plus, la COMCO peut généralement renoncer à une audition (art. 30, al. 2, LCart).

### *Approbation et décision de la COMCO*

Si la COMCO ou la chambre y consent, elle approuve l'accord amiable et intègre dans le dispositif de sa décision les obligations auxquelles l'entreprise ou les entreprises se sont engagées par l'accord amiable. Ces engagements remplacent alors les mesures des autorités qui imposent l'adaptation du comportement. Outre l'approbation de l'accord amiable, la COMCO ou la chambre statue par la même décision sur les éventuelles sanctions directes à infliger en vertu de l'art. 49a, al. 1, LCart. Si la COMCO

ou la chambre n'agrée pas l'accord amiable, elle peut retourner la proposition au Secrétariat en invitant celui-ci à la remanier selon ses indications, ce qui n'est arrivé qu'une seule fois à ce stade. Si la COMCO approuve l'accord amiable sans toutefois adhérer à la motivation de la proposition ou de la décision, elle peut y apporter elle-même les adaptations voulues.

#### *Mise en œuvre des mesures par les entreprises*

Il incombe aux entreprises de veiller à ce que les mesures auxquelles elles se sont engagées dans le cadre de l'accord amiable soient mises en œuvre dès l'entrée en vigueur de la décision. L'inobservation d'accords amiables est punissable au même titre que la violation de décisions administratives (art. 50 et 54).

#### **5.4 Conclusion et perspectives**

Globalement, les accords amiables restent parfaitement intéressants, même après l'introduction des sanctions directes, pour clôturer rapidement les procédures. L'important gain de temps provient en particulier du fait qu'un établissement exhaustif des faits et une procédure de recours sont normalement superflus une fois conclu un accord amiable. Ce constat vaut autant du point de vue des autorités que du point de vue des entreprises.

L'accord amiable permet d'économiser des ressources tant pour l'Autorité de la concurrence que pour les entreprises concernées. En ce qui concerne le résultat de l'enquête, rien ne change, si ce n'est que l'on peut renoncer à une décision administrative visant à adapter le comportement des entreprises et que la conclusion d'un accord amiable, qui est prise en compte, atténue les sanctions. Notons qu'un accord amiable ne conduit pas à renoncer aux sanctions. Toutefois, à une entreprise frappée d'une interdiction ordonnée par la COMCO, l'opinion publique du point de vue de l'entreprise concernée devrait préférer une entreprise prête à adapter volontairement son comportement dans le cadre d'un accord amiable.

Du point de vue de l'entreprise, donc, les bonnes raisons ne manquent pas de conclure un accord amiable. Le Secrétariat a publié, sur le site internet de la COMCO, un aide-mémoire correspondant afin de rendre plus transparente la procédure qui mène à la conclusion d'un accord amiable pour les entreprises ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Documentation > Communications / Notes explicatives > Aides-mémoires et notes > Note du Secrétariat de la COMCO: Accords amiables). [https://www.weko.admin.ch/dam/weko/fr/dokumente/2018/v1\\_F\\_Merkblatt\\_EVR\\_\(f%C3%BCr\\_Homepage\).pdf.download.pdf/v1\\_F\\_Merkblatt\\_EVR\\_\(f%C3%BCr\\_Homepage\).pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/fr/dokumente/2018/v1_F_Merkblatt_EVR_(f%C3%BCr_Homepage).pdf.download.pdf/v1_F_Merkblatt_EVR_(f%C3%BCr_Homepage).pdf)

|      |   |
|------|---|
| A 1. | <b>3. Rapporto annuale 2017 della Commissione della concorrenza (COMCO)</b> |
|------|---|

## Indice

|          |   |           |          |   |           |
|----------|---|-----------|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>Prefazione del presidente</b>                                | <b>42</b> | <b>4</b> | <b>Organizzazione e statistica</b>                          | <b>52</b> |
| <b>2</b> | <b>Principali decisioni del 2017</b>                            | <b>43</b> | 4.1      | COMCO e Segreteria  | 52        |
| 2.1      | Decisioni della COMCO   | 43        | 4.2      | Statistica  | 54        |
| 2.2      | Decisioni dei tribunali   | 44        | <b>5</b> | <b>Conciliazioni</b>  | <b>55</b> |
| <b>3</b> | <b>Attività nei vari ambiti economici</b>                       | <b>45</b> | 5.1      | Le conciliazioni nella prassi delle autorità                | 56        |
| 3.1      | Costruzione   | 45        | 5.2      | Vantaggi della conciliazione in caso di sanzioni            | 56        |
| 3.1.1    | Accordi di appalto  | 45        | 5.3      | Svolgimento della procedura sanzionatoria con conciliazione | 57        |
| 3.1.2    | Arredamento bagno/grossisti di impianti sanitari                | 45        | 5.4      | Conclusioni e prospettive                                   | 58        |
| 3.1.3    | Materiali edili e discariche                                    | 45        |          |   |           |
| 3.1.4    | Zincatura   | 46        |          |   |           |
| 3.1.5    | Raccomandazioni concernenti orari, tariffe e prezzi             | 46        |          |   |           |
| 3.1.6    | Altri ambiti  | 46        |          |   |           |
| 3.2      | Servizi   | 46        |          |   |           |
| 3.2.1    | Servizi finanziari  | 46        |          |   |           |
| 3.2.2    | Sistema sanitario   | 46        |          |   |           |
| 3.2.3    | Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali | 47        |          |   |           |
| 3.3      | Infrastruttura  | 47        |          |   |           |
| 3.3.1    | Telecomunicazione   | 47        |          |   |           |
| 3.3.2    | Media   | 47        |          |   |           |
| 3.3.3    | Energia   | 48        |          |   |           |
| 3.3.4    | Altri ambiti  | 48        |          |   |           |
| 3.4      | Produzione  | 48        |          |   |           |
| 3.4.1    | Accordi verticali   | 48        |          |   |           |
| 3.4.2    | Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio          | 48        |          |   |           |
| 3.4.3    | Industria orologiera  | 49        |          |   |           |
| 3.4.4    | Settore automobilistico   | 49        |          |   |           |
| 3.4.5    | Agricoltura   | 49        |          |   |           |
| 3.4.6    | Altri ambiti  | 49        |          |   |           |
| 3.5      | Mercato interno   | 49        |          |   |           |
| 3.6      | Affari internazionali   | 50        |          |   |           |
| 3.7      | Legislazione  | 51        |          |   |           |
| 3.7.1    | Interventi parlamentari   | 51        |          |   |           |
| 3.7.2    | Iniziativa popolare per prezzi equi                             | 51        |          |   |           |
| 3.7.3    | Modernizzazione del controllo delle concentrazioni              | 52        |          |   |           |



## 1 Prefazione del presidente

Vincent Martenet è diventato membro della COMCO nel 2005, vicepresidente nel 2008 e presidente nel 2010. Il 31 dicembre 2017 – cioè dodici anni dopo, la durata massima di permanenza in carica consentita – si è dimesso. Tratto determinante della sua presidenza è stata la possibilità di sanzionare direttamente le limitazioni della concorrenza più gravi, causate dagli accordi verticali e orizzontali, e gli abusi di posizioni dominanti. Ciò è stato reso possibile dalla revisione della legge sui cartelli (LCart) del 2003. A Vincent Martenet va il grande merito di aver creato il nuovo strumentario giuridico, senza perdere mai di vista gli obiettivi di efficacia e i requisiti dello Stato di diritto. Dal presente rapporto annuale il valore del contributo dato dal presidente uscente emerge in piena evidenza.

Le attività e le decisioni della COMCO nel 2017 hanno riguardato l'intero campo d'applicazione del diritto in materia di concorrenza, in particolare: procedure e sanzioni per accordi di appalto (imprese edili); imposizione verticale dei prezzi (robot tosaerba); accordi orizzontali sui prezzi (lavori di zincatura); e abusi di posizioni dominanti (servizi postali e sistemi via cavo). Nel settore del controllo delle fusioni l'attenzione del pubblico è stata catturata soprattutto dalle operazioni di concentrazione concernenti la vendita dei biglietti per grandi eventi e le prestazioni ospedaliere. Come già in passato le attività della COMCO hanno riguardato numerosi settori economici. Ai fini della corretta applicazione della normativa sui cartelli è fondamentale l'analisi approfondita delle specifiche caratteristiche di mercato. La Segreteria della COMCO dispone di un importante bagaglio di competenze, che sono alla base di conclusioni comprensibili e che permettono decisioni concordanti. Ciò vale anche per le nuove tecnologie: la COMCO è consapevole delle peculiarità dei mercati digitali; ne segue con attenzione gli sviluppi e nel quadro della sua prassi decisionale tiene in particolare considerazione il potenziale d'innovazione di questo settore.

Di recente, a più di vent'anni dall'entrata in vigore della LCart (1995), sono state chiarite alcune importanti questioni relative all'applicazione del diritto. In particolare, con la sentenza nella causa GABA di giugno 2016 – la motivazione è disponibile da aprile 2017 – il Tribunale federale (TF) ha stabilito che in linea di principio gli accordi orizzontali e verticali hard core intralciano notevolmente la concorrenza e, se non giustificati da motivi di efficienza economica, sono sanzionabili. Ciò è stato confermato e ribadito anche dalla sentenza nella causa BMW: pertanto in futuro si potrà contare su una giurisprudenza costante in questa materia.

Per quanto attiene alle principali limitazioni della concorrenza, il chiarimento della situazione giuridica permette alla Segreteria, in presenza di risultanze probatorie evidenti, di proporre alle imprese interessate una conciliazione. Spesso queste accettano perché hanno la possibilità di giungere rapidamente a una decisione più favorevole e di alleggerire le sanzioni a loro carico. Per le autorità si tratta invece di ridurre gli oneri amministrativi abbreviando le inchieste e i tempi di decisione. Inoltre di norma si possono evitare le lunghe e laboriose procedure di ricorso che, in alcuni casi, possono arrivare fino al TF. Negli

ultimi anni lo strumento della conciliazione – che si inserisce nella tradizione svizzera degli accordi di composizione delle controversie – ha dato buoni risultati, assumendo un ruolo sempre più importante. A ciò ha contribuito la precisazione del quadro formale di applicazione. Tuttavia non tutte le procedure sfociano in una conciliazione. In particolare, la necessità di una sentenza guida, o di una procedura di ricorso diretta a chiarire la situazione giuridica, può, nell'ottica delle autorità, essere in contrasto con questa soluzione. Pur riconoscendo l'influsso considerevole che, in molti settori, la normativa antitrust europea esercita sul diritto svizzero (come confermato anche dalla suddetta sentenza del TF nella causa GABA), occorre rilevare che in materia di conciliazione i rapporti si capovolgono: l'UE ha introdotto soltanto dieci anni fa nella procedura antitrust lo strumento giuridico dei confronti, che invece nel diritto svizzero esiste già da tempo sotto forma di conciliazione. Proprio la conciliazione è l'argomento principale del presente rapporto annuale (v. sotto, capitolo 5).

Anche sotto la nuova presidenza le priorità operative della COMCO rimarranno le stesse: gli accordi hard core sono particolarmente dannosi per l'economia. Per portarli alla luce è utile soprattutto il programma di clemenza. Nel settore degli accordi verticali la legge pone l'accento sull'isolamento del mercato causato dalla protezione territoriale assoluta e dall'imposizione verticale dei prezzi, e la COMCO intende verificare sistematicamente gli indizi di tali pratiche. Ogni situazione legata a una posizione dominante è considerata un caso a sé: in quest'ambito alla COMCO spetta il compito di impedire gli abusi. Il controllo delle concentrazioni di imprese richiede notevole impegno e, vista la brevità delle scadenze, una particolare flessibilità. Da ultimo, la realizzazione del mercato interno svizzero rimane un obiettivo costante: stando alle esperienze maturate negli ultimi anni si è ancora ben lontani da un suo completamento.

Oltre ad applicare alle diverse fattispecie il diritto vigente, la COMCO deve, più in generale, sostenere l'importanza fondamentale della concorrenza per l'economia, rilevandone gli aspetti più importanti nel quadro delle consultazioni e della stesura di preavvisi. In questo campo può contare soprattutto sulle competenze specialistiche di cui dispongono le autorità in materia economica, e che sono indispensabili non soltanto ai fini dell'attuazione, bensì anche per svolgere le attività di advocacy.

Prof. Andreas Heinemann  
Presidente della COMCO

## 2 Principali decisioni del 2017

### 2.1 Decisioni della COMCO

Il 22 maggio 2017 la COMCO ha deciso di non autorizzare il **progetto di concentrazione** annunciato da **Ticketcorner** e **Starticket**. Si tratta di due imprese che offrono a chi organizza concerti, show, ecc. i loro servizi di distribuzione dei biglietti. Questi servizi comprendono la vendita fisica e online di biglietti (vendita per conto terzi) come pure la commercializzazione di manifestazioni (pubblicità tramite i mezzi di comunicazione e la presenza nei social media). Inoltre Ticketcorner e Starticket mettono a disposizione degli organizzatori anche software per la distribuzione dei biglietti (vendita in proprio). Dall'esame approfondito svolto dalla COMCO è emerso che effettivamente per quanto concerne la vendita in proprio non sussisterebbero problemi. Invece riguardo al mercato della vendita per conto terzi ci sarebbero chiari indizi di una posizione dominante già occupata da Ticketcorner. La concentrazione delle due società avrebbe loro permesso di controllare il mercato svizzero della vendita di biglietti per conto terzi, annullando così la concorrenza efficace. Nell'ambito della sua analisi la COMCO ha preso in esame le società già operanti e la possibilità dell'arrivo di nuove imprese sul mercato. Inoltre ha valutato l'evoluzione del mercato e il ruolo di aziende come Spotify, Facebook e Google, giungendo alla conclusione che i competitori attuali e potenziali, nonostante i progressi tecnici, non sarebbero stati in grado di esercitare un effetto sufficientemente disciplinante sull'operato delle due imprese. Non essendo stato possibile definire oneri mirati che permettessero di autorizzare la concentrazione, al verificarsi delle condizioni di legge è stata vietata. Ticketcorner ha impugnato la decisione della COMCO presentando ricorso al Tribunale amministrativo federale (TAF).

Il 22 maggio 2017 la COMCO ha terminato la sua inchiesta nei confronti di **Husqvarna Schweiz AG** approvando una conciliazione e infliggendo una multa di 656 667 franchi. L'indagine ha evidenziato che tra il 2009 e il 2015 tra Husqvarna Schweiz AG e i suoi rivenditori vigevano accordi verticali illeciti sui prezzi concernenti la vendita di **robot tosaerba**. Gli altri punti sospetti non sono stati approfonditi: poco dopo l'avvio dell'inchiesta Husqvarna ha inoltrato un'autodenuncia in base alla quale è stata raggiunta una conciliazione con le autorità in materia di concorrenza (qui di seguito autorità). La società si è impegnata a non fornire direttamente o indirettamente ai rivenditori specializzati Husqvarna in Svizzera alcuna indicazione in merito a prezzi di vendita minimi o fissi. Il carattere non vincolante delle raccomandazioni di prezzo deve essere dichiarato esplicitamente. In virtù della sua disponibilità a cooperare, Husqvarna ha beneficiato di un considerevole alleggerimento della sanzione.

Il 10 luglio 2017 la COMCO ha concluso le prime di dieci inchieste inerenti a **prestazioni edili nel Cantone dei Grigioni**. Tra il 2004 e il 2012 alcune imprese di costruzioni e di genio civile attive nella **Val Monastero** hanno concordato i prezzi nel quadro di più di cento concorsi pubblici e privati. Si informavano vicendevolmente sui rispettivi interessi per progetti edili e di genio civile e, raggiunto un accordo, stabilivano quale impresa dovesse aggiudicarsi i lavori. Le altre imprese offrivano i loro servizi

a un prezzo più elevato. Fino al 2008, questi accordi venivano conclusi nel quadro di «riunioni preliminari», organizzate dalla Società grigione degli impresari-costruttori (GBV), e successivamente senza il contributo organizzativo di quest'ultima. La COMCO non ha applicato alcuna sanzione; un'impresa ha evitato anche la multa, essendo stata la prima a confessare l'esistenza di accordi nella Val Monastero e avendo dimostrato ampia disponibilità collaborativa. Anche una seconda impresa, attualmente in fallimento, ha cooperato con la COMCO. La decisione è passata in giudicato.

Il 18 settembre 2017 la COMCO ha autorizzato la **concentrazione, in un unico gruppo ospedaliero, dell'Ospedale universitario di Basilea e dell'Ospedale cantonale di Basilea Campagna**. Stando a un esame approfondito della COMCO, nel ramo delle cure acute ospedaliere il gruppo in questione godrebbe di una posizione di forza sul mercato basilese delle prestazioni di base e delle prestazioni complementari, senza tuttavia che ciò comporti la soppressione della concorrenza efficace. Mancando le condizioni legali per un intervento della COMCO, sotto il profilo del diritto in materia di cartelli nulla si oppone alla realizzazione del progetto in questione.

Il 2 ottobre 2017 la COMCO ha preso sei ulteriori decisioni inerenti ad **accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni**. Si trattava di accordi relativi a singole gare d'appalto, per importi compresi tra 80 000 e 6 milioni di franchi. A differenza del caso della Val Monastero, non c'era una strategia globale. Gli accordi erano però sostanzialmente simili: le imprese coinvolte stabilivano chi dovesse ottenere l'appalto, ed effettuavano le loro offerte in base a tale accordo. In sei casi su otto le gare d'appalto erano private, nei due casi restanti erano pubbliche (un Comune engadinese e il Cantone). L'importo complessivo delle sanzioni applicate in base alle sei decisioni corrisponde a circa un milione di franchi. Due decisioni sono passate in giudicato; quattro sono state impugate da una parte degli interessati, che ha presentato ricorso al TAF.

Con la decisione del 30 ottobre 2017 si è conclusa l'inchiesta della COMCO concernente l'accordo sui prezzi della **zincatura**; sono state inflitte multe per un ammontare complessivo di circa 8 milioni di franchi. L'inchiesta ha potuto appurare che tra il 2004 e l'inizio del 2016 nove zincherie a caldo della Svizzera tedesca e del Vallese francofono si sono sistematicamente accordate sui prezzi da praticare, stabilendo ad esempio la fatturazione di supplementi e fissando prezzi minimi. Inoltre hanno più volte concordato un aumento dei prezzi. Queste decisioni sono state prese nel corso di diverse sedute dell'Unione svizzera delle zincherie (VSV) e della sezione che raggruppa le zincherie a caldo (SFF). I supplementi riguardavano la materia prima e il rincaro dello zinco nonché i costi aggiuntivi di trasporto. Ad un'impresa – la prima a denunciare il cartello alla COMCO, permettendo così l'apertura dell'inchiesta – non è stata inflitta alcuna sanzione. Quelle applicate alle altre imprese sono state mitigate, in considerazione del fatto che quando è stata avviata l'inchiesta si sono autodenunciate immediatamente. L'inchiesta è partita a inizio 2016, con perquisizioni, ed è giunta rapidamente a termine grazie alla cooperazione di tutte le zin-

cherie a caldo ancora operative e della VSV. Queste ultime hanno inoltre manifestato la loro intenzione di raggiungere una conciliazione e nel quadro delle trattative sono state fissate chiare norme di condotta da applicare in futuro. La decisione è passata in giudicato.

Il 30 ottobre 2017 la COMCO ha deciso di infliggere alla **Posta** una sanzione corrispondente all'incirca a 22,6 milioni di franchi, per aver abusato di una posizione di dominanza sul **mercato degli invii in grandi quantità di lettere indirizzate (clienti aziendali, più di 50 grammi)**. La COMCO ha constatato che nei confronti dei suoi clienti sotto contratto la Posta non ha applicato uniformemente né il tariffario 2009 (valido dal 1° luglio 2009 al 31 marzo 2011) né il sistema CAPRI, vigente dal 1° aprile 2011. Se il volume annuale degli invii era almeno di 100 000 franchi, la Posta offriva ai clienti sotto contratto condizioni contrattuali particolari. Tuttavia, alcuni clienti sotto contratto con caratteristiche simili a quelle richieste hanno illecitamente ricevuto un trattamento diverso, che è risultato discriminatorio. Inoltre spesso i ribassi concordati sono stati minori di quanto previsto dai tariffari. Alcuni clienti hanno pagato di più di altri, e oltre a essere svantaggiati sotto il profilo della competitività, hanno corrisposto un prezzo eccessivo alla Posta. Il sistema CAPRI, introdotto dalla Posta il 1° aprile 2011, prevede un ribasso aggiuntivo come premio per i clienti che raggiungono o superano un determinato fatturato mensile concordato con la Posta. Se però tale obiettivo contrattuale non viene raggiunto, vengono penalizzati. Nel suo complesso, dal punto di vista della clientela questo sistema di prezzi non offre alcuna trasparenza e alcuni clienti sono stati indotti a rinunciare a un trasferimento parziale dei loro invii di lettere al concorrente Quickmail. La decisione della COMCO può essere soggetta a ricorso presso il Tribunale amministrativo federale.

L'11 dicembre 2017 la COMCO ha terminato l'inchiesta **Supermédia** nei confronti della Naxoo SA. Dall'inchiesta è emerso che, soprattutto nella città di Ginevra, nel suo settore d'attività la Naxoo abusava di una posizione dominante sul mercato dei sistemi via cavo, applicando condizioni inadeguate nei contratti con i proprietari di immobili e impedendo a terzi di svolgere le loro attività: i proprietari non potevano disporre della loro infrastruttura abitativa, ad es. per installare impianti satellitari; l'offerta di servizi e lo sviluppo tecnico degli operatori dei sistemi via satellite venivano ostacolati; e, da ultimo, i consumatori finali non potevano accedere alle prestazioni della concorrenza (sistema via cavo o servizi di telecomunicazione complementari). La COMCO ha inflitto alla Naxoo una sanzione di ca. 3,6 milioni di franchi. La decisione della COMCO può essere soggetta a ricorso presso il Tribunale amministrativo federale.

## 2.2 Decisioni dei tribunali

Il 21 aprile 2017 il TF ha pubblicato i considerando della sentenza del 28 giugno 2016 relativa alla causa **GABA/Elmex** (DTF 143 II 297). In particolare, nel suo ruolo di autorità giudicante in ultima istanza, ha chiarito e motivato esaurientemente tre questioni fino ad allora controverse:

- secondo quanto stabilito chiaramente dall'articolo 2 capoverso 2 LCart, rientrano nel campo d'applica-

zione della LCart anche le fattispecie che, pur verificatesi all'estero, *possono* esplicitare i loro effetti in Svizzera; non è necessario né lecito valutare la gravità degli effetti alla luce dell'articolo 2 capoverso 2 LCart (E.3.7);

- l'indicazione inerente alla notabilità dell'intralcio, di cui all'articolo 5 capoverso 1 LCart, è da intendere come clausola bagatellare diretta a ridurre gli oneri amministrativi. Occorre valutare gli accordi di cui all'articolo 5 tenendo conto dei loro effetti sulla concorrenza, non della loro importanza economica. In nessun caso è ammesso un esame della notabilità secondo il criterio dell'importanza economica (E.5.1). In merito al contenuto della notabilità, il TF ha stabilito che la dannosità, sul piano qualitativo, degli accordi di cui all'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart è di norma sufficiente per raggiungere la soglia di notabilità (E.5.2). Sotto questo profilo basta che gli accordi siano potenzialmente in grado di intralciare la concorrenza; non è necessario valutare ulteriormente le effettive conseguenze degli accordi e della loro attuazione (E.5.4);
- gli accordi illeciti della fattispecie di cui agli articoli 5 capoverso 3 e 4 LCart vanno sanzionati, indipendentemente dal fatto che sopprimano la concorrenza o che si limitino «soltanto» a intralciarla notevolmente (E.9.4). La sanzione deve essere commisurata alla gravità dell'intralcio alla concorrenza. Un semplice intralcio alla concorrenza va sanzionato più lievemente di una soppressione della concorrenza (E.9.7).

Il 9 ottobre 2017 il TF ha accolto il ricorso interposto dal DEFR contro la sentenza del TAF del 23 settembre 2014 nella causa relativa ai **serramenti**. Nell'ottobre 2010 la COMCO aveva sanzionato diverse imprese per accordi orizzontali sui prezzi. Il TAF aveva accolto i ricorsi presentati contro questa decisione, ritenendo che la COMCO avesse chiarito in misura insufficiente la fattispecie e, di conseguenza, che l'accordo sui prezzi non poteva essere provato in modo rispondente alle esigenze legali. Il TF ha ricordato all'autorità di grado precedente che avrebbe potuto pronunciarsi in piena cognizione e reperire da sé gli elementi probatori che riteneva mancanti. Semmai avrebbe dovuto respingere la decisione della COMCO per l'accertamento insufficiente della fattispecie. Inoltre secondo il TF sotto il profilo del diritto sui cartelli la sentenza del TAF sarebbe fondata su «premesse errate»: in primo luogo, per ragioni qualitative gli accordi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart sono in ogni caso notabili; secondariamente, un accordo tra rivenditori rimane tale anche se riconducibile a un'imposizione dei prezzi da parte del fabbricante. Occorre soltanto stabilire se le parti che operano al medesimo livello di mercato abbiano concordato i prezzi; da ultimo, il TAF ha erroneamente presupposto l'obbligo di provare che gli accordi influiscono sulla concorrenza. La prova della soppressione della concorrenza efficace sarebbe rilevante soltanto a fini di confutare la presunzione di cui all'articolo 5 capoverso 3 LCart. Anche se la confutazione riuscisse, permanerebbe il notevole intralcio alla concorrenza. Il TF ha rinviato la causa al TAF per l'accertamento della fattispecie e un nuovo giudizio.

In applicazione della «prassi GABA» con la sentenza del 24 ottobre 2017 il **TF** ha respinto il ricorso presentato dalla **BMW SA** contro la decisione del TAF, confermando la sanzione inflitta inizialmente dalla COMCO, corrispondente all'incirca a 157 milioni di franchi. Innanzitutto, secondo il TAF, la LCart concerne incontestabilmente anche fattispecie che si verificano all'estero ma che esplicano i loro effetti in Svizzera. Nel caso degli accordi in questione si trattava di accordi che comportavano un isolamento territoriale del mercato. Il TF ha confermato che gli accordi ai sensi dell'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart in linea di principio costituiscono un intralcio notevole alla concorrenza sul mercato secondo l'articolo 5 capoverso 1 della stessa legge; a tale riguardo basta che l'accordo costituisca un potenziale intralcio alla concorrenza, e pertanto non occorre dimostrarne le conseguenze pratiche. Secondo la LCart l'accordo di protezione territoriale in questione sarebbe lecito se giustificato da motivi di efficienza economica. Tuttavia BMW non ha addotto nessun motivo di questo genere. Perciò la clausola di divieto di esportazione contenuta dal 2003 nei contratti stipulati da BMW SA con i rivenditori è illecita. Il TF conferma inoltre che gli accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, che intralciano ingiustificatamente e in misura notevole la concorrenza, possono essere sanzionati dalla COMCO conformemente all'articolo 49a LCart. Nel caso in questione, le autorità di grado precedente non avevano leso il diritto federale attribuendo all'infrazione una gravità media e sanzionandola di conseguenza.

In un'altra sentenza, del 14 novembre 2017, il **TAF** ha accolto il ricorso presentato da un'impresa contro la decisione adottata il 17 novembre 2014 dalla COMCO in una causa inerente alla **ferramenta per porte**. L'impresa in questione ha partecipato un'unica volta alla riunione annuale del cartello, e ciò è stato ritenuto dalla COMCO un motivo sufficiente per considerarla parte dell'accordo illecito. Il Tribunale ha riconosciuto che in linea di principio la presenza consenziente a una riunione di imprese nel corso della quale si giunge a un accordo vale come partecipazione all'accordo stesso, se l'impresa interessata non può dimostrare che la sua presenza alla riunione persegue unicamente scopi leciti sotto il profilo della concorrenza, e che di questo fatto le altre imprese coinvolte sono informate. Tuttavia, vanno sempre considerate le circostanze concrete relative alle diverse fattispecie: trattandosi di un accordo occorrerebbe provare un consenso effettivo o una pratica concordata. Nel caso in questione, non vi sarebbero prove che la ricorrente abbia partecipato a un accordo.

### 3 Attività nei vari ambiti economici

#### 3.1 Costruzione

##### 3.1.1 Accordi di appalto

Il 30 ottobre 2012 è stata avviata un'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nella Bassa Engadina nei settori della costruzione, del genio civile, della pavimentazione stradale e dei rispettivi mercati a monte, e sono state effettuate perquisizioni. In seguito ai primi accertamenti, il 22 aprile 2013 la Segreteria ha esteso l'inchiesta ad altre sette imprese e a tutto il **Cantone dei Grigioni**. Nel novembre 2015 l'inchiesta è stata ulteriormente allargata e ha coinvolto altre imprese; successivamente per motivi di economia processuale è stata suddivisa in dieci inchieste.

Una prima di queste si è conclusa il 10 luglio 2017, con una decisione della COMCO con cui si accertava con forza di giudicato che tra il 2004 e il 2012 alcune imprese di costruzioni e ingegneria civile attive nella **Val Monastero** hanno concordato la partecipazione a più di cento concorsi pubblici e privati (v. sopra, capitolo 2.1). Il 2 ottobre 2017 la COMCO ha preso **altre sei decisioni** concernenti accordi di appalto nel settore delle costruzioni e del genio civile nel Cantone dei Grigioni. Questi accordi riguardavano singoli appalti in Engadina. Due decisioni sono passate in giudicato, quattro sono pendenti dinanzi al TAF (v. sopra, capitolo 2.1). Le tre ultime decisioni sono previste per l'estate 2018.

L'8 luglio 2016 la COMCO ha deciso che otto imprese attive nel ramo della costruzione stradale e del genio civile nei distretti di **See-Gaster (SG)** e **March und Höfe (SZ)**, nel periodo compreso tra il 2002 e il 2009 e in relazione a diverse centinaia di bandi di concorso, hanno illecitamente concordato i prezzi e stabilito chi dovesse acquisire l'appalto. Alcune imprese hanno impugnato la decisione della COMCO presentando ricorso al TAF. Una parte delle imprese ha inoltre sostenuto che le decisioni della COMCO non dovessero essere pubblicate. Una parte ha inoltrato ricorso al TAF contro le due decisioni di pubblicazione della COMCO, del 30 ottobre 2017.

Nelle cause relative **alla costruzione stradale e al genio civile nel Cantone di Argovia** diverse parti hanno impugnato la decisione della COMCO del 16 dicembre 2011. La procedura è pendente dinanzi al TAF. L'11 dicembre 2017 la COMCO ha deciso riguardo a due richieste di consultazione del testo integrale della sua decisione e della relativa documentazione. Le richieste sono state presentate da servizi di aggiudicazione del Cantone di Argovia. Le decisioni (non) sono state impuginate davanti al TAF.

##### 3.1.2 Arredamento bagno/grossisti di impianti sanitari

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha inflitto multe per un ammontare di 80 milioni di franchi ai membri di un cartello di **grossisti di impianti sanitari**. L'inchiesta era stata avviata il 22 novembre 2011 con delle perquisizioni. La motivazione della decisione è stata trasmessa alle parti all'inizio del 2016. Tutte le imprese hanno impugnato la decisione e presentato ricorso al TAF.

Quattro parti si sono opposte a qualsiasi forma di pubblicazione della decisione della COMCO e hanno chiesto alla COMCO una **decisione impugnabile**. Nel novembre 2016 la COMCO ha deciso, e due parti hanno presentato ricorso al TAF. Quest'ultimo, con sentenza del 24 ottobre 2017, ha confermato entrambe le decisioni della COMCO; una parte ha presentato ricorso al TF.

##### 3.1.3 Materiali edili e discariche

Il 12 gennaio 2015 la Segreteria ha aperto un'inchiesta nel Cantone di Berna nei confronti di diverse imprese attive nel **settore dei materiali edili e delle discariche**, effettuando perquisizioni. Le imprese in questione sono sospettate di aver concluso accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone. Sussistono inoltre indizi di abusi di posizione dominante sul mercato, legati in particolare al rifiuto di relazioni commerciali con imprese terze, alla discriminazione di partner commerciali e alla

stipulazione di contratti condizionata all'accettazione di prestazioni aggiuntive.

Il 19 maggio 2015 l'inchiesta ha coinvolto un'altra impresa; si tratta di verificare la presenza di limitazioni illecite della concorrenza. Nel novembre del 2016 l'inchiesta è stata suddivisa in due parti per motivi di economia processuale. Nel 2017 le **indagini** si sono in buona parte concluse.

### 3.1.4 Zincatura

Nel settore della zincatura, il 15 febbraio 2016 le autorità hanno aperto un'inchiesta nei confronti di diverse imprese e della VSV. Il procedimento si è concluso il 30 ottobre 2017 con una decisione della COMCO passata in giudicato (v. sopra, capitolo 2.1).

### 3.1.5 Raccomandazioni concernenti orari, tariffe e prezzi

Anche in conseguenza della sentenza GABA del TF, nel 2017 la Segreteria ha mantenuto i contatti con diverse organizzazioni (Società svizzera degli impresari costruttori **SSIC**, Società svizzera degli ingegneri e architetti **SIA**) e istituzioni (Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici, **KBOB**) nel quadro di diverse attività: inchieste preliminari (SIA), osservazione del mercato (SSIC) e consulenze (KBOB). L'emissione di raccomandazioni concernenti onorari, tariffe e prezzi può costituire un accordo illecito sui prezzi tra i membri coinvolti. Per questa ragione, sia la SSIC sia la KBOB vi hanno rinunciato.

Dopo aver avviato, nel febbraio 2017, un'inchiesta preliminare nei confronti della SIA e dei suoi affiliati, la Segreteria ha comunicato nel settembre 2017 la sua valutazione preliminare, basata sul diritto in materia di cartelli. L'inchiesta verteva sui metodi di calcolo degli onorari di architetti e ingegneri, sulle direttive per il calcolo degli onorari nel quadro dei bandi di concorso, nonché sullo statuto «Onorari equi per prestazioni professionali».

### 3.1.6 Altri ambiti

Nella causa relativa alla **ferramenta per porte** una parte ha impugnato la decisione della COMCO del 17 novembre 2014. Il TAF ha accolto il ricorso il 14 novembre 2017 (v. sopra, capitolo 2.2).

Riguardo alla causa inerente agli **articoli di ferramenta per finestre e porte finestre**, nel settembre 2014 il TAF ha accolto il ricorso presentato contro la decisione della COMCO del 4 novembre 2010. La COMCO per conto del DEFR ha impugnato due delle tre decisioni davanti al TF. Quest'ultimo ha accolto i ricorsi il 9 ottobre 2017 rinviando i casi in questione al TAF (v. sopra, capitolo 2.2).

## 3.2 Servizi

### 3.2.1 Servizi finanziari

Nel settore dei servizi finanziari proseguono le inchieste in corso (procedura IBOR, Forex, metalli preziosi e leasing); le decisioni sono previste entro la fine del 2018.

Nel corso del 2017 si sono invece concluse, con proposte ai sensi dell'articolo 26 capoverso 2 LCart, due importanti inchieste preliminari concernenti le carte di debito: con la

**Mastercard secure digital debit interchange fee (SDDIF)** sono stati creati i presupposti per l'utilizzo nel commercio online della carta Maestro. La Segreteria ha autorizzato l'introduzione di una commissione di interscambio per le transazioni effettuate con carte di debito Mastercard nel commercio elettronico e mediante dispositivi mobili (*e-commerce, mobile commerce*), condizionata al rispetto di determinate condizioni («*safe harbor*»). Per cinque anni l'importo di questa commissione di interscambio sarà dello 0,31 %, poi scenderà allo 0,2 %. Inoltre la Segreteria ha confermato e adeguato le condizioni quadro definite nel 2009 per la commissione di interscambio domestico relativa alla carta di debito **V PAY**. Per quest'ultima, diversamente dalla Maestro, può ancora essere richiesta una commissione di interscambio limitata per le transazioni che avvengono presso il punto vendita (point of sale, POS). Tuttavia questa commissione è stata ridotta da 0,20 a 0,12 franchi, ed è applicabile per i prossimi cinque anni. Per i pagamenti in ambito di *e-commerce e mobile commerce* sono state create condizioni equivalenti a quelle valide per i prodotti Mastercard. A questo proposito occorre rilevare che in entrambi i casi è stata autorizzata l'introduzione di una **no surcharging rule** conforme agli standard europei, vale a dire un accordo di regolamentazione che vieta ai commercianti di chiedere supplementi per l'uso di carte di debito (per le riduzioni non vale invece alcuna restrizione).

Il tema dei supplementi ha riguardato anche i pagamenti con carte di credito: in agosto 2017 la commissione di interscambio domestico relativa alle carte di credito, basata sulla relativa decisione della COMCO del 2014, è stata ridotta allo 0,44 %. Alle autorità è stato più volte chiesto, da privati e organi di stampa, per quale motivo nonostante questo abbassamento alcuni commercianti continuassero a chiedere un supplemento per il pagamento con carta di credito. Le autorità hanno ricordato che l'applicazione di supplementi non è vietata dallo Stato; trattandosi di un divieto di natura contrattuale, occorre valersi degli strumenti del diritto privato.

Da ultimo, nell'anno in rassegna è stata aperta una nuova inchiesta preliminare nella causa **Twint/Apple**, allo scopo di chiarire eventuali problemi inerenti al diritto in materia di cartelli nel settore dei pagamenti mediante dispositivi mobili.

### 3.2.2 Sistema sanitario

Nel 2017 le risorse disponibili per questo settore sono state assorbite dalla procedura di ricorso contro la decisione della COMCO relativa alla **commercializzazione di informazioni elettroniche sui medicinali** e dall'esame della **fusione dell'Ospedale universitario di Basilea con l'Ospedale cantonale di Basilea Campagna** (v. sopra, capitolo 2.1). In conseguenza del ricorso inoltrato da Vifor SA (già Galenica SA), le autorità hanno preso posizione nel merito della procedura di ricorso dinanzi al TAF.

Da ultimo la Segreteria ha partecipato a più di 80 **procedure di consultazione** relative a progetti legislativi concernenti l'assicurazione malattie obbligatoria e i medicinali. In diversi casi è stato necessario trasmettere un parere alle autorità federali competenti.

### 3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

Durante il 2017 le attività della Segreteria hanno riguardato il settore dei **motori di ricerca**.

La Segreteria ha continuato la sua inchiesta preliminare nei confronti di **Google**, focalizzando le proprie attività sulla procedura parallela che la Commissione europea sta svolgendo a Bruxelles. Quest'ultima ha chiuso la sua inchiesta nel 2017 infliggendo una multa record di 2,42 miliardi di euro. Attualmente le autorità svizzere sono in attesa di conoscere in dettaglio la decisione europea, prima di definire il seguito da dare alla loro inchiesta preliminare.

La Segreteria continua a occuparsi del fenomeno dell'**economia partecipativa (sharing economy)** e dei suoi recenti sviluppi. Inoltre analizza prospettivamente gli aspetti concreti delle attività di **Uber** in Svizzera. Allo stato attuale, molte questioni di competenze di altri organi decisionali svizzeri rimangono aperte; si tratta soprattutto di stabilire se Uber sia o meno un datore di lavoro.

La Segreteria ha terminato le sue attività di osservazione del mercato concernenti i servizi di **valet parking** prestati all'aeroporto internazionale di Ginevra (**AIG**). A seguito di alcuni reclami, la Segreteria ha incontrato in più occasioni i rappresentanti dell'AIG allo scopo di garantire una concorrenza efficace in questo settore. Nel corso del 2017, le discussioni si sono concretizzate in una procedura per un bando di concorso. Stando a segnalazioni giunte alla Segreteria, l'**aeroporto di Zurigo** potrebbe trovarsi in una situazione analoga; pur non avendo rilevato alcun indizio di una potenziale limitazione della concorrenza, la Segreteria continuerà le sue attività di osservazione di questo mercato.

## 3.3 Infrastruttura

### 3.3.1 Telecomunicazione

Con decisione dell'11 dicembre 2017 la COMCO ha inflitto alla Naxoo SA una sanzione di circa 3,6 milioni di franchi, per aver abusato della sua posizione dominante sul mercato dei sistemi via cavo (v. sopra, capitolo 2.1).

Rimane pendente la procedura di ricorso davanti al TAF relativa alla causa **Internet a banda larga** (connessione alla rete WAN della Swisscom). Il 21 settembre 2015 la COMCO aveva inflitto a Swisscom una multa di 7,9 milioni di franchi, dopo aver concluso che nel settore dei clienti aziendali quest'ultima deteneva una posizione dominante sul mercato delle connessioni a banda larga, di cui aveva abusato nelle gare d'appalto per la connessione delle sedi della Posta.

In seguito alla procedura suddetta, nel dicembre 2016 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare nei confronti di Swisscom (Svizzera) SA in relazione alla **connessione a banda larga di siti aziendali (connessione alla rete WAN)**. Si tratta di verificare la presenza di indizi di un'imposizione generale di prezzi inadeguati e/o di discriminazione in materia di prezzi da parte di Swisscom nei confronti di concorrenti e clienti finali.

Nell'anno in rassegna la COMCO ha trasmesso un parere all'Ufficio federale della protezione della popolazione

(UFPP). L'UFPP aveva sottoposto alla COMCO due progetti relativi alla costruzione di un'infrastruttura mobile di rete a banda larga destinata alle «Autorità e organizzazioni attive nel campo del salvataggio e della sicurezza» (**AOSS**), affinché li valutasse sotto il profilo della normativa sui cartelli e dei possibili effetti sulla concorrenza.

Nel settore delle telecomunicazioni la COMCO ha valutato la **concentrazione di imprese legata alla BuyIn SA**. Questa impresa comune, fondata nel 2011 e controllata da Deutsche Telekom SA e Orange SA, mirava a una presenza autonoma sul mercato. Dopo un esame preliminare la COMCO ha approvato il progetto.

La causa relativa alla **politica dei prezzi ADSL** è ancora pendente davanti al TF. Il 14 settembre 2015 il TAF aveva deciso una sanzione nei confronti del gruppo Swisscom per un ammontare di circa 186 milioni di franchi, confermando così pienamente i contenuti della decisione della COMCO e, in buona parte, anche la sanzione stabilita.

### 3.3.2 Media

Nel maggio 2017 la COMCO ha aperto un'inchiesta nei confronti di UPC Svizzera Sagl per indizi di abuso di posizione dominante sul mercato nel settore della **trasmissione pay tv di partite di hockey su ghiaccio**. Nell'estate 2016 UPC ha acquistato dalla **Swiss Ice Hockey Federation** i diritti di trasmissione per cinque anni (a partire dalla stagione 2017/2018) del massimo campionato svizzero. L'inchiesta intendeva soprattutto accertare se UPC avesse indebitamente impedito ai concorrenti, in particolare alle piattaforme televisive che non utilizzano il sistema via cavo, di trasmettere gli incontri di hockey. Con decisione del 26 giugno 2017 la COMCO ha respinto la richiesta di misure cautelari avanzata da Swisscom, non rilevando la possibilità di cambiamenti duraturi e irreversibili della struttura del mercato delle piattaforme tv derivanti dal rifiuto di UPC. La decisione relativa alle misure cautelari è passata in giudicato.

In seguito all'iniziativa parlamentare De Buman, che proponeva di inserire nella LCart un articolo 6a concernente l'imposizione dei prezzi di giornali e riviste ai rivenditori, su incarico del DEFR la COMCO ha redatto un parere sulla **vendita di riviste estere in Svizzera**. Si trattava essenzialmente di valutare l'attuale sistema di vendita sotto il profilo del diritto in materia di cartelli e la possibilità di intervenire sulle differenze di prezzo tra la Svizzera e i Paesi di provenienza delle riviste in questione.

Nel settore media e pubblicità, la COMCO ha valutato due concentrazioni di imprese: nel caso Tamedia/Tradono Switzerland e Tamedia/Neo Advertising, Tamedia si prefiggeva di acquisire il controllo esclusivo su Tradono Switzerland e Neo Advertising SA. Tradono Switzerland gestisce un mercato digitale di piccoli annunci, a cui si può accedere unicamente mediante una specifica applicazione. Neo Advertising SA è invece attiva nel ramo della cosiddetta pubblicità *out of home*. Dopo aver esaminato a titolo preliminare i progetti, la COMCO ha concesso la sua autorizzazione.

La decisione relativa alla causa sulla **diffusione di eventi sportivi tramite pay tv** è pendente davanti al TAF. La COMCO ha concluso l'inchiesta il 9 maggio 2016, pronunciando una sanzione contro Swisscom di circa 71 milioni di franchi.

Presso il TAF è pendente anche il ricorso contro la decisione della COMCO del 27 maggio 2013, concernente il **prezzo dei libri in Romandia**. In questo caso si tratta anche di stabilire in quale misura si debba pubblicare la decisione. Nell'anno in rassegna il TAF ha già respinto il ricorso di un grossista. Attualmente la causa è pendente dinanzi al TF.

### 3.3.3 Energia

Nel settore del **gas** la Segreteria ha avviato due inchieste preliminari. In un caso si tratta di pratiche adottate da un gestore locale di reti di gas naturale che potrebbero comportare diversità di calcolo del corrispettivo per l'utilizzazione della rete, basate sul tipo di clienti (clienti propri o di un fornitore terzo). Nell'altro caso del rifiuto, da parte di due gestori di reti di gas naturale, di distribuire gas naturale acquistato da terzi. In entrambi i casi occorre stabilire se a carico dei gestori di rete vi siano indizi di una pratica illecita ai sensi dell'articolo 7 LCart.

Inoltre la Segreteria ha partecipato ai lavori di elaborazione di una **legge sull'approvvigionamento di gas**.

Nel settore dell'**elettricità** la Segreteria e la COMCO sono state interpellate più volte, rispettivamente, nel quadro di consultazioni di uffici e di indagini conoscitive nonché di procedure di consultazione.

Nel settore energia la COMCO ha valutato le concentrazioni di imprese seguenti: nel caso di Energiedienst Holding SA/Hälg & Co. SA/Inretis Beteiligungen SA le imprese interessate miravano alla creazione di una joint venture per soluzioni di sistema nel ramo dell'architettura energetica. Riguardo a EDF/CDC/RTE è stato annunciato il controllo congiunto di RTE Réseau de transport d'électricité da parte di Electricité de France (EDF) e Caisse des dépôts et consignations (CDU); finora la società in questione era stata controllata esclusivamente da EDF. Al termine di un esame preliminare la COMCO ha autorizzato entrambi i progetti.

### 3.3.4 Altri ambiti

Il 30 dicembre 2017 la COMCO ha terminato la sua inchiesta nei confronti della Posta, concernente il **sistema di prezzi applicato ai clienti aziendali per la spedizione di lettere**, decidendo di infliggerle una sanzione di 22,6 milioni (v. sopra, capitolo 2.1).

La COMCO ha inoltre valutato le seguenti concentrazioni di imprese: nel settore delle navi portacontainer la Maersk Line A/S ha annunciato l'acquisizione della società in accomandita Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft (HSDG). Nel ramo dei servizi di identità e certificazione, la Posta svizzera SA e le Ferrovie federali svizzere hanno comunicato di aver assunto il controllo congiunto di SwissSign SA. Nel caso della concentrazione delle imprese Tech Data/Avnet TS si trattava della distribuzione di prodotti IT: la Tech Data Corporation si proponeva di acquisire dalla Avnet Inc. la Avnet Technology Solutions. Da ultimo la COMCO ha esaminato il progetto di concentrazione BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS. Le imprese coinvolte miravano a un controllo congiunto della BLS Cargo SA, fino ad allora controllata esclusivamente da BLS SA. Al termine dell'esame preliminare la COMCO ha dato la sua autorizzazione.

Il ricorso nella causa concernente il **trasporto aereo di merci** rimane pendente davanti al TAF. Diverse parti hanno impugnato la decisione del 2 dicembre 2013 che infliggeva a 11 compagnie aeree sanzioni complessive per circa 11 milioni, per aver stipulato accordi orizzontali sui prezzi. In questo caso si trattava anche di stabilire se e in che misura pubblicare la decisione della COMCO. Per ciò che concerne i contenuti della pubblicazione, i nove risorsi presentati sono stati parzialmente accolti dal TAF il 30 ottobre 2017.

## 3.4 Produzione

### 3.4.1 Accordi verticali

Il 22 maggio 2017 la COMCO ha adeguato la **Comunicazione sugli accordi verticali** alla luce della giurisprudenza del TF relativa alla causa GABA (DTF 143 II 197). La sentenza del TF 28 giugno 2016 costituisce una sentenza guida. La relativa motivazione è stata pubblicata a fine aprile 2017. Il TF ha in particolare stabilito che di norma gli accordi *hard core*, orizzontali e verticali, costituiscono un intralcio notevole alla concorrenza e, fatte salve ragioni di efficienza economica, sono illeciti e vanno sanzionati. In quell'occasione la COMCO ha pubblicato l'**Opuscolo esplicativo ComVert**, in cui chiarisce alcuni aspetti rilevanti sotto il profilo della prassi di interpretazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart. L'Opuscolo mostra quali limitazioni della concorrenza siano sanzionabili e come valutare, sotto il profilo della normativa sui cartelli, i sistemi di distribuzione selettiva e le limitazioni del commercio online.

In concomitanza con il lancio dell'**iniziativa per prezzi equi** («Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi»; v. sotto, capitolo 3.8.2) la Segreteria si è occupata di alcune vicende, note al pubblico, legate a richieste di prezzo eccessive per prodotti importati. Non è però stato rilevato alcun indizio di accordi di protezione territoriale ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart: si trattava quasi esclusivamente di casi in cui i consumatori svizzeri si sono rivolti direttamente ai produttori stranieri e questi li hanno indirizzati ai loro importatori generali o alle loro sedi o società affiliate in Svizzera. In alcuni casi i fabbricanti sarebbero anche stati disposti a fornire i loro prodotti direttamente in Svizzera, a condizione però di applicare prezzi svizzeri. È emerso altresì che in alcuni casi non era stata inoltrata una domanda di fornitura diretta; oppure che questa – anche se più volte richiesta – non è stata presentata. In considerazione dell'attuale situazione giuridica la Segreteria ha raccomandato a chi intende effettuare importazioni parallele di inoltrare la richiesta a un rivenditore estero indipendente dal fabbricante, e di informarla se sussistono problemi potenzialmente riconducibili ad accordi di non concorrenza (ad es. tra un fabbricante e un rivenditore estero indipendente da quest'ultimo).

### 3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Il 22 maggio 2017 la COMCO ha concluso con una decisione la sua inchiesta nei confronti di **Husqvarna** per accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (v. sopra, capitolo 2.1).

Il 4 luglio 2017 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti della società tedesca **RIMOWA Sagl**. Vi sono indizi collegabili a un divieto concordato in passato con i suoi

partner di distribuzione esteri per limitare l'importazione diretta e parallela di prodotti RIMOWA in Svizzera. L'inchiesta mira a verificare se si tratti di un accordo verticale sulla ripartizione per zone illecito ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart.

Il 21 novembre 2017 la COMCO ha aperto un'inchiesta nei confronti della Bucher SA di Langenthal e della Brenntag Schweizerhall SA per sospetta ripartizione di clienti nella distribuzione di **AdBlue®** in Svizzera. Si tratta di urea liquida impiegata per ridurre le emissioni di ossidi di azoto dei veicoli diesel. L'inchiesta dovrà accertare se le società in questione abbiano concluso un accordo illecito ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart.

### 3.4.3 Industria orologiera

Nel corso dell'anno sono giunte alle autorità diverse lamentele concernenti limitazioni dell'**acquisto di pezzi di ricambio** per orologi, che ostacolerebbero la fornitura di servizi dopo vendita (in particolare revisioni e riparazioni) da parte degli orologiai indipendenti. I reclami concernevano diverse marche di orologi. La Segreteria ha incluso queste lamentele in un'inchiesta preliminare in corso, diretta a verificare l'esistenza di eventuali infrazioni della LCart nell'ambito dei servizi dopo vendita e si è informata presso gli operatori del settore sulla situazione relativa a mercato e concorrenza.

### 3.4.4 Settore automobilistico

Nel settore delle **auto nuove**, diverse lamentele riguardavano presunte ristrutturazioni in corso in seno alle **reti di distribuzione e servizio** di vari importatori svizzeri di automobili, con disdette sistematiche dei contratti con gli attuali fornitori di prestazioni. La Segreteria sta svolgendo un'inchiesta preliminare e varie attività di osservazione del mercato per stabilire se sia stata violata la LCart; a questo scopo intende soprattutto verificare se le regole previste dalla Comunicazione autoveicoli (ComAuto) siano state rispettate.

Diverse annunci concernevano inoltre la distribuzione di pezzi di ricambio: alcuni importatori svizzeri di automobili avrebbero ostacolato i loro partner del settore della distribuzione e dei servizi nella scelta dei fornitori da cui acquistare pezzi di ricambio originali o equivalenti e nell'impiego di dette parti per la revisione o la manutenzione degli autoveicoli. La Segreteria ha approfondito la questione nel quadro di attività di osservazione del mercato e non ha accertato alcun indizio di infrazione della LCart; tuttavia ha rilevato che le regole relative alla distribuzione di pezzi di ricambio contenute nella ComAuto consentono un certo margine interpretativo.

Durante tutto l'anno sono pervenute molte domande da clienti finali inerenti, tra le altre cose, al rifiuto di fornire prestazioni in garanzia e servizi di manutenzione, nonché alla limitazione delle importazioni dirette. Inoltre diversi rivenditori e meccanici si sono informati sulla possibilità di accedere alle reti di distribuzione e servizio. In molti casi la Segreteria ha risposto rinviando all'**Opuscolo esplicativo ComAuto** della COMCO.

Riguardo alla causa **BMW**, con sentenza del 24 ottobre 2017 il TF ha respinto il ricorso presentato contro la sentenza del TAF. La sanzione decisa dalla COMCO il

7 maggio 2012 è perciò passata in giudicato (v. sopra, capitolo 2.2).

### 3.4.5 Agricoltura

Nell'ambito dei pezzi di ricambio per trattori, il 13 marzo 2017 le autorità hanno avviato un'inchiesta nei confronti della **Bucher Landtechnik SA**. L'inchiesta deve in particolare chiarire se la società in questione abbia impedito le importazioni parallele di pezzi di ricambio (marca New Holland) vincolandone l'acquisto alla vendita di trattori.

La Segreteria ha partecipato a circa **60 consultazioni di uffici** relative a progetti di atti normativi e a interventi parlamentari concernenti l'agricoltura, esprimendosi soprattutto in favore dell'eliminazione della protezione doganale. Inoltre alla Segreteria sono pervenute diverse richieste in merito a questioni agricole, a cui hanno fatto seguito incontri, consulenze e/o attività di osservazione del mercato. Ad esempio, nel quadro di una consulenza la Segreteria ha esaminato, sotto il profilo della normativa sui cartelli, le conseguenze di eventuali misure nel **settore lattiero** in vista della soppressione – prevista per il 1° gennaio 2019 – dei contributi all'esportazione previsti dalla «legge sul cioccolato».

### 3.4.6 Altri ambiti

Nel settore delle **attrezzature per il fitness** la decisione del 27 novembre 2017 conclude l'inchiesta della COMCO nei confronti della gym80 International Sagl e della ratio SA. Gli indizi iniziali, relativi ad accordi illeciti di protezione territoriale per limitare le importazioni di attrezzature per il fitness in Svizzera non sono stati accertati né confermati.

L'inchiesta preliminare condotta dalla Segreteria nel campo dei **reagenti di laboratorio** è giunta al termine alla fine del 2017 senza alcun esito particolare. I reagenti di laboratorio sono impiegati nell'analisi chimica per l'identificazione delle sostanze. L'inchiesta preliminare non ha rilevato indizi sufficienti per presumere accordi illeciti di protezione territoriale assoluta ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart. In particolare, dall'esame dei contratti di distribuzione sottoscritti da diversi fabbricanti esteri di reagenti di laboratorio non è emerso nessun indizio di divieti di esportazione in Svizzera. Secondo quanto è stato possibile stabilire contattando il fabbricante americano, alcune clausole formulate in modo ambiguo sono state chiarite inviando una circolare ai partner di distribuzione.

## 3.5 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce la libera circolazione intercantonale e la messa a concorso pubblica di concessioni e appalti cantonali. La COMCO ha il compito di vigilare sul rispetto della LMI.

Nell'ambito della libera circolazione intercantonale, le attività si sono focalizzate sull'accesso alle professioni artigianali in Ticino. Secondo la **legge sulle imprese artigianali (LIA) vigente in Ticino**, tutte le imprese artigianali attive nel Cantone devono essere registrate in un albo professione (albo LIA). L'iscrizione nell'albo in questione è vincolata alla prova di determinati requisiti personali e professionali, ed è soggetta a una tassa. Alla fine del 2016, la COMCO, ritenendo che l'applicazione della LIA alle imprese di altri Cantoni fosse in contrasto con la LMI, ha presentato tre ricorsi al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino e in una raccomandazione ha illustrato le



sue posizioni alle autorità ticinesi. I ricorsi sono pendenti davanti al Tribunale amministrativo cantonale. Per quanto concerne l'applicazione della raccomandazione, la COMCO si è mantenuta in contatto con le autorità ticinesi: queste pur prevedendo un adeguamento dell'obbligo di iscrizione all'albo, non sono ancora intervenute. Alla COMCO sono giunte numerose richieste, provenienti da tutta la Svizzera, di imprese artigianali che chiedevano informazioni sulle modalità di registrazione previste dalla LIA.

Alla fine del 2016 la COMCO ha trasmesso ai Cantoni di Berna, Vaud e Ticino raccomandazioni relative **alla procedura per l'ammissione di offerenti di altri Cantoni all'esercizio di diverse libere professioni**. Secondo quanto appurato dalla COMCO presso i Cantoni, le raccomandazioni sono state almeno in parte attuate, soprattutto adeguando le prassi di ammissione.

In Svizzera vigono prassi diverse per quanto attiene all'**ammissione delle società anonime multidisciplinari di avvocati**. Nel 2016, la COMCO ha interposto ricorso in relazione a due casi, uno vodese e l'altro ginevrino, di questo tipo di SA. Con deliberazione pubblica, il 15 dicembre 2017 il TF ha stabilito in merito al caso ginevrino che a una società possono partecipare soltanto avvocati iscritti all'albo professionale. Questa decisione è diretta a garantire l'indipendenza dell'esercizio e il segreto professionale previsti dalla legge sugli avvocati.

La COMCO può essere sentita dal TF nel quadro di procedure inerenti al mercato interno. Nel periodo in rassegna ciò si è verificato sei volte, e in quattro casi la COMCO ha presentato una perizia. Ad esempio, nel caso del marchio **«Genève Région – Terre Avenir» (GRTA)** si trattava di decidere riguardo alla possibilità di assegnare tale marchio anche a prodotti da forno realizzati con cereali che non sono stati macinati nella regione ginevrina (sentenza TF 2C\_261/2017 del 2 novembre 2017). In un altro caso, la perizia concerneva la possibilità, per un **fiduciario**, di appellarsi alla LMI o di far valere una fattispecie intercantonale per la sua **ammissione all'albo professionale** ticinese.

Le altre due perizie presentate al TF riguardavano gare d'appalto pubbliche. In virtù della LMI, alla COMCO spetta il compito di vigilare anche sul rispetto del diritto in materia di appalti pubblici da parte di Cantoni e Comuni. La COMCO ha presentato un preavviso sulla questione del **principio di plausibilità** nella normativa in materia di appalti pubblici. Si trattava in particolare di stabilire in quale misura l'ente aggiudicatore potesse valutare a titolo correttivo le offerte pervenute (sentenze TF 2C\_1021/2016 e 2D\_39/2016 del 18 luglio 2017). Basandosi sulla LMI, la COMCO si è espressa anche in merito a un divieto di doppio subappalto e alle relative sanzioni. Inoltre, nel quadro della revisione del diritto in materia di appalti pubblici la COMCO ha evidenziato gli aspetti da tenere in considerazione riguardo alla concorrenza.

Su richiesta della città di Ginevra la COMCO ha emanato una raccomandazione sulla **conformità di un'indennità scolastica**. Il modo in cui era stata ideata le conferiva un carattere protezionistico, a vantaggio degli offerenti cittadini. Le modalità previste per l'assegnazione della sovvenzione avrebbero limitato l'accesso alle offerte di altra provenienza, contravvenendo così alla LMI. Seguendo la

raccomandazione della COMCO, la città di Ginevra ha perciò previsto un sistema di indennità scolastiche non penalizzante nei confronti di chi opera fuori della città.

Secondo la LMI, il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali deve svolgersi su concorso e in modo non discriminatorio. Nella sua sentenza del 6 marzo 2017, il TF ha applicato alla **concessione di attività di affissione a Losanna** le regole vigenti per un bando di concorso ai sensi dell'articolo 2 capoverso 7 LMI. In quell'occasione la COMCO ha elaborato un preavviso dettagliato. Nell'ambito di un'altra sentenza, del 1° settembre 2017, relativa ai **servizi taxi** della regione losannese, il TF ha precisato che l'articolo 2 capoverso 7 LMI è applicabile anche alle **concessioni d'uso particolare**.

### 3.6 Affari internazionali

**UE:** l'Accordo sulla concorrenza stipulato con l'UE, entrato in vigore il 1° dicembre 2014, è risultato molto efficace. Le pratiche anticoncorrenziali hanno sempre più spesso una valenza internazionale. Per questa ragione, le autorità svizzere ed europee preposte alla concorrenza indagano frequentemente sui medesimi casi o su casi tra loro strettamente collegati. In queste circostanze l'Accordo sulla concorrenza permette una buona collaborazione tra la COMCO e la Direzione generale della Concorrenza della Commissione europea. L'Accordo consente in particolare uno scambio di informazioni che in precedenza, a causa del segreto d'ufficio, non era possibile. La COMCO si avvale spesso delle forme di cooperazione con Bruxelles consentite dall'Accordo, allo scopo di abbreviare i tempi procedurali, anche a vantaggio delle imprese interessate da procedure parallele. La collaborazione della COMCO con la Commissione europea ha più volte richiesto un consenso scritto delle imprese interessate: si tratta di una procedura seguita quando le informazioni trasmesse sono state ottenute nel quadro di un'autodenuncia o di una conciliazione. Il fatto che le imprese abbiano acconsentito dimostra che anche in quei casi possono avvantaggiarsi di questa forma di cooperazione.

**Germania:** i colloqui esplorativi avuti con la Germania in vista di un accordo bilaterale sulla cooperazione si sono conclusi con successo. La Germania è di gran lunga il partner commerciale più importante della Svizzera a livello mondiale. Inoltre si tratta del principale mercato di riferimento per i confronti di prezzi. Viste le considerevoli differenze di prezzo, il rischio di limitazioni transfrontaliere della concorrenza, ad esempio nel commercio online, è molto forte. Dallo scoppio della crisi dell'euro, nel 2011, la COMCO ha contattato molti fabbricanti e commercianti tedeschi nel quadro di analisi del mercato, spesso allo scopo di rilevare eventuali divieti di importazioni parallele e/o dirette destinate a imprese o consumatori in Svizzera. La COMCO sarebbe perciò molto favorevole a un accordo con la Germania in materia di concorrenza.

**OCSE:** rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai due incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE, a Parigi. In occasione di questi incontri la COMCO ha elaborato diversi contributi con la collaborazione della SECO. Oltre alle due tematiche a lungo termine degli studi di mercato e della digitalizzazione, è stata trattata anche la questione dei mercati

bilaterali o multilaterali. Nei mercati multilaterali un offerente (una piattaforma) vende due diversi prodotti a due diversi gruppi di clienti caratterizzati da una domanda interdipendente (effetto indiretto di rete). Inoltre i gruppi di lavoro del Comitato della concorrenza dell'OCSE hanno iniziato la verifica e, ove necessario, la revisione, delle raccomandazioni OCSE. Questi lavori comprendono anche l'analisi – attualmente in corso – della raccomandazione del 1998 concernente la lotta efficace contro i cartelli hard core.

**ICN:** le autorità hanno seguito gli sviluppi in atto a livello internazionale nell'ambito del diritto in materia di concorrenza, in particolare nel quadro dell'«International competition network» (ICN). Nel 2017 il gruppo di lavoro «Agency Effectiveness» ha pubblicato due nuovi documenti di lavoro concernenti le tematiche dei «Competition Agency Staff Training Programmes» e del «Competition Agency Use of Social Media». Il gruppo di lavoro sui cartelli ha organizzato diversi seminari interattivi su Internet a cui ha partecipato anche la Segreteria. Tra gli argomenti discussi c'era anche quello relativo alla responsabilità delle società madri riguardo alle pratiche delle loro filiali. Inoltre il gruppo di lavoro ha elaborato in collaborazione con le autorità svizzere una check-list su efficacia ed efficienza dei programmi di autodenuncia, e una nota informativa concernente la definizione di sanzioni penali. Le autorità canadesi hanno organizzato a Ottawa dal 4 al 6 ottobre 2017 un workshop sulla lotta ai cartelli, intitolato «Combatting Cartels in Public Procurement». Il responsabile del centro di competenza Economia della Segreteria vi ha preso parte, tenendo una conferenza sul «Data Screening». Nel 2017 il gruppo di lavoro «Merger» ha pubblicato una nuova versione della sua guida pratica sull'annuncio delle concentrazioni e la procedura di verifica, nonché sull'analisi dei progetti di concentrazione, e ha organizzato nel dicembre 2017 un workshop a Città del Messico. Il gruppo di lavoro «Unilateral Conduct» sta elaborando un documento di lavoro concernente l'analisi delle pratiche unilaterali delle imprese con una posizione dominante sul mercato. Uno dei temi centrali del workshop organizzato a Roma a fine novembre 2017 da questo gruppo di lavoro riguardava l'applicazione del diritto in materia di concorrenza nell'era digitale. Dal 10 al 12 maggio 2017 una delegazione della COMCO ha partecipato alla conferenza annuale dell'ICN che si è tenuta a Porto.

**UNCTAD:** Il direttore della Segreteria ha partecipato al quarto workshop regionale delle autorità latinoamericane, inerente al tema della digitalizzazione, tenendo una conferenza su digitalizzazione e strutture di mercato. Anche durante l'anno in rassegna, la Segreteria ha sostenuto le attività del programma di cooperazione COMPAL. Un collaboratore delle autorità cilene ha svolto uno stage di tre mesi presso la Segreteria.

### 3.7 Legislazione

#### 3.7.1 Interventi parlamentari

Lo stato attuale degli **interventi parlamentari** diretti a modificare alcuni punti della LCart (dopo la sua mancata revisione, nel settembre 2014) e tuttora pendenti, è il seguente:

- l'**iniziativa parlamentare Hans Altherr** del 25 settembre 2014 «Prezzi all'importazione eccessivi. Abolizione dell'obbligo di acquisto in Svizzera» (14.449) mira a introdurre nella LCart, sul modello del diritto tedesco in materia di cartelli, una disposizione per contrastare gli abusi di posizioni di dominio relativo. Le Commissioni del Consiglio degli Stati e del Consiglio nazionale hanno dato seguito a questa iniziativa; attualmente però la procedura è sospesa;
- la **mozione Hans Hess** del 18 giugno 2015 «Rendere più efficace il principio “Cassis de Dijon”» (15.3631) incarica il Consiglio federale di adottare misure affinché i produttori possano consentire espressamente per contratto ai rivenditori in Svizzera di effettuare lavori di installazione, manutenzione e in garanzia, ecc. per i loro prodotti anche quando sono stati acquistati direttamente nello Spazio economico europeo (SEE). Il Consiglio federale ha redatto un rapporto (17.050) concernente lo stralcio della mozione suddetta, che sarà prossimamente discusso in seno al Consiglio nazionale;
- entrambe le **iniziative parlamentari de Buman** «Per un prezzo delle riviste più ragionevole in Svizzera» (16.420) e «Piccola revisione della legge sui cartelli» (16.473) depositate, rispettivamente, il 18 marzo e il 30 settembre 2016, sono state liquidate: alla prima non è stato dato seguito e la seconda è stata ritirata;
- la **mozione Fournier** del 15 dicembre 2016 «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza» (16.4094) – che chiede la fissazione di termini per i tribunali, il versamento di indennità alle parti coinvolte, l'alleggerimento delle sanzioni inflitte alle PMI e la pubblicazione delle decisioni solo dopo la loro entrata in vigore – dopo essere stata accolta dal Consiglio degli Stati viene ora discussa in seno al Consiglio nazionale.

La **mozione Bischof** del 30 settembre 2016 «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori» (16.3902), secondo cui gli alberghi dovrebbero poter offrire sul loro sito Internet prezzi più convenienti rispetto alle piattaforme di prenotazione online, è stata accolta da entrambe le Camere; il DEFR sta elaborando un progetto di legge.

Per la **mozione CET-CN** del 14 agosto 2017 «Creazione di uno strumento efficace contro i prezzi sproporzionati delle riviste» (17.3629) è competente il Consiglio nazionale in quanto Camera prioritaria.

#### 3.7.2 Iniziativa popolare per prezzi equi

L'**iniziativa per prezzi equi** («Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi») lanciata nell'autunno del 2016 chiede che la Confederazione prenda in particolare provvedimenti per garantire l'acquisto senza discriminazioni di beni e servizi all'estero e impedire alle imprese con una posizione dominante di limitare la concorrenza mediante pratiche unilaterali. L'iniziativa è stata depositata nel dicembre 2017 presso la Cancelleria federale.

### 3.7.3 Modernizzazione del controllo delle concentrazioni

Il Consiglio federale ha incaricato il DEFR di elaborare un progetto di **modernizzazione del controllo delle concentrazioni** da porre in consultazione e includere nella LCart. È prevista la sostituzione del test di rilevamento delle posizioni di dominanza attualmente utilizzato in Svizzera con quello maggiormente in uso nell'UE: il SIEC-Test («Significant Impediment of Effective Competition»). Grazie a questo test si potrebbero definire con maggiore precisione gli effetti negativi e positivi delle concentrazioni, a beneficio delle condizioni di concorrenza in Svizzera. La SECO ha commissionato a Swiss Economics uno studio sull'introduzione del test SIEC in Svizzera e sui suoi effetti per il controllo delle fusioni nel nostro Paese.

La SECO è responsabile dell'elaborazione del progetto da porre in consultazione; a questa attività partecipa anche la Segreteria.

## 4 Organizzazione e statistica

### 4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2017 i membri della COMCO hanno partecipato a 17 riunioni plenarie (di un giorno o di mezza giornata). Per ciò che concerne il numero delle decisioni relative a inchieste e concentrazioni ai sensi della LCart nonché in applicazione della LMI si rimanda al capitolo 4.2 (Statistica).

Nell'anno in rassegna presso la COMCO sono avvenute le seguenti mutazioni di personale:

- **Vincent Martenet**, dopo dodici anni, alla scadenza del mandato, lascia la carica di presidente e, alla fine del 2017, la COMCO;
- **Andreas Heinemann**, già vicepresidente, il 1° gennaio 2018 viene nominato alla presidenza della COMCO dal Consiglio federale;
- **Danièle Wüthrich-Meyer** il 1° gennaio 2018 viene nominata alla vicepresidenza della COMCO dal Consiglio federale;
- **Daniel Lampart**, rappresentante dell'Unione sindacale svizzera (USS) lascia la COMCO alla fine del 2017;
- **Isabel Martínez**, segretaria centrale incaricata dell'economia presso l'USS e responsabile scientifica di progetti presso l'Università di San Gallo, sostituisce Daniel Lampart;
- il posto di membro della COMCO reso vacante dalla sostituzione del presidente è stato messo a concorso dalla SG-DEFR il 21 dicembre 2017 e verrà occupato entro aprile 2018.

Qui di seguito la COMCO rende omaggio a **Vincent Martenet** per il suo contributo in qualità di membro e presidente:

Vincent Martenet è stato nominato dal Consiglio federale membro della COMCO il 1° novembre 2005, lo stesso anno in cui come professore ordinario ha occupato la cattedra di diritto costituzionale e diritto della concorrenza presso l'Università di Losanna. Le sue conoscenze approfondite del diritto costituzionale lo hanno portato fin

dall'inizio ad impegnarsi con coerenza affinché il procedimento dinanzi alle autorità fosse conforme allo Stato di diritto.

Tra il 2006 e la fine del 2008 Vincent Martenet ha in particolare collaborato alla valutazione della LCart. Ha rappresentato la COMCO in seno all'organo di gestione del gruppo di valutazione della LCart, contribuendo in misura determinante alla presentazione, alla fine del 2008, di un rapporto dettagliato al Consiglio federale, comprendente importanti proposte di miglioramento della LCart sotto il profilo istituzionale, della cooperazione internazionale, dei controlli delle concentrazioni, degli accordi verticali e dell'applicabilità.

Il 1° gennaio 2008 è stato nominato dal Consiglio federale vicepresidente della COMCO. In seno alla Presidenza della COMCO ha potuto proseguire, ad un maggiore livello di responsabilità, le sue attività in favore dello Stato di diritto, contribuendo in misura importante a diverse sentenze di riferimento applicate in quel periodo (ad esempio in relazione alle decisioni della COMCO nelle cause GABA/Elmex, politica dei prezzi ADSL di Swisscom, farmaci fuori lista e accordo di appalto degli installatori di impianti elettrici a Berna).

Il 1o luglio 2010, il Consiglio federale lo ha nominato presidente della COMCO, in sostituzione di Walter A. Stoffel. Ha vissuto un momento difficile quando, poco dopo la sua nomina, l'euro si è fortemente svalutato rispetto al franco. Le difficoltà maggiori riguardavano le informazioni da trasmettere al pubblico, ai media e al mondo politico per chiarire le possibilità e i limiti dell'intervento delle autorità. Per contrastare l'aumento delle differenze di prezzo si riponevano forti aspettative sulla COMCO. A Vincent Martenet va il merito di essere riuscito a definire il ruolo del diritto sui cartelli in relazione al problema dei prezzi elevati, chiarendo che la politica di lotta ai cartelli può essere soltanto un elemento di una strategia globale. Questo approccio si è validamente concretizzato nelle proposte di adeguamento della LCart formulate dai diversi interventi parlamentari.

Nei sette anni e mezzo della sua presidenza, le autorità hanno potuto consolidare e mettere a punto la prassi concernente la lotta contro le limitazioni della concorrenza più dannose: accordi di appalto, isolamento del mercato Svizzero e abuso di posizione dominante sul mercato. Ciò ha favorito le conciliazioni e consentito alla COMCO di ridurre i tempi di decisione.

La presidenza di Vincent Martenet si è caratterizzata soprattutto per i tre aspetti seguenti:

- **conformità delle procedure allo Stato di diritto:** in quanto costituzionalista, ha sempre attribuito la massima importanza al rispetto dello Stato di diritto in ambito procedurale, facendosi garante dell'irrepreensibilità dell'operato delle autorità. Nell'arco della sua presidenza i Tribunali non hanno praticamente mai rilevato errori di procedura;
- **qualità delle decisioni:** era fermamente convinto che le decisioni della COMCO dovessero soddisfare standard qualitativi molto elevati: sia perché le imprese coinvolte sono assistite da avvocati esperti, sia perché le decisioni della COMCO devono sottostare a una verifica giudiziaria;

- **messa in rilievo delle forme più gravi di violazioni della concorrenza:** ha sempre focalizzato gli sforzi sulle violazioni della concorrenza più dannose, in particolare i cartelli *hard core*, l'isolamento del mercato – causato ad esempio dagli ostacoli alle importazioni parallele – e l'abuso di posizioni dominanti. In questi ambiti sotto la sua guida la COMCO ha adottato una serie di sentenze guida che, oltre a chiarire diverse questioni in sospeso, hanno permesso di istituire una prassi affidabile per le imprese. Le decisioni riguardavano, ad esempio, le limitazioni del commercio online, gli ostacoli alle importazioni parallele, gli accordi di appalto, la diffusione di eventi sportivi tramite pay-tv, l'applicazione di prezzi lordi nel commercio all'ingrosso di impianti sanitari, gli inizi del caso LIBOR, ecc.

collaboratori del servizio Risorse e logistica, cioè 9,8 (anno precedente: 9,3) ETP.

Inoltre Vincent Martenet si è sempre preoccupato di garantire che le decisioni della COMCO fossero difese con coerenza e precisione dinanzi alle diverse autorità di ricorso interessate (TAF e TF). Ciò ha senz'altro contribuito a limitare a poche eccezioni i casi in cui le decisioni della COMCO sono state respinte dai Tribunali competenti, e ad accrescere l'importanza delle sentenze relative alle cause GABA/Elmex, BMW, NIKON e Swisscom ADSL (non ancora passata in giudicato), che oggi rientrano tra quelle di maggiore riferimento.

Durante il suo mandato è stato stipulato l'accordo di cooperazione bilaterale con l'UE. Si tratta di uno dei pochi nuovi accordi raggiunti con l'UE negli ultimi anni. Inoltre a livello mondiale è l'unico che consente un ampio scambio di informazioni e mezzi di prova. L'accordo in questione è entrato in vigore il 1° dicembre 2014 e le esperienze maturate finora sono molto positive. Attualmente si sta cercando di estendere la cooperazione formale ad altre autorità: ad esempio quelle tedesche, con cui nell'autunno 2017 è stato redatto un rapporto esplorativo in vista di negoziati su un accordo di cooperazione. In generale, Vincent Martenet attribuiva grande importanza alla cooperazione internazionale e agli scambi con le altre autorità. Spesso in rappresentanza della Svizzera e con l'intento di illustrare la prassi COMCO ha partecipato alle riunioni più importanti dell'OCSE, dell'ICN, delle European Competition Authorities ECA nonché agli incontri delle autorità dei quattro Paesi germanofoni.

La COMCO ringrazia Vincent Martenet per lo straordinario contributo che ha dato come membro, vicepresidente e durante i sette anni e mezzo di presidenza, esprimendogli i migliori auguri per un futuro ricco di soddisfazioni, sia in ambito professionale, come docente universitario, sia a livello personale.

In seno alla Segreteria nel 2017 non è avvenuta alcuna mutazione di personale concernente i posti chiave.

Alla fine del 2017 la **Segreteria** occupava 72 (anno precedente: 73) collaboratori (a tempo pieno e a tempo parziale) con una quota femminile del 43 per cento (anno precedente: 40 per cento): in tutto 60,9 equivalenti tempo pieno (ETP; anno precedente: 62,7). Il personale era ripartito come segue: 53 (anno precedente 51) collaboratori scientifici (inclusa la Direzione; si tratta di 46,1 ETP; anno precedente 44,4); 5 stagisti scientifici (anno precedente: 9) corrispondenti a 5 ETP (anno precedente: 9); 14

## 4.2 Statistica

|   | 2016 | 2017 |
|---|------|------|
| <b>Inchieste</b>  |      |      |
| Eseguite nel corso dell'anno                                      | 32   | 30   |
| riprese dall'anno precedente                                      | 22   | 26   |
| avviate ex-novo   | 4    | 4    |
| nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti   | 6    | 0    |
| <b>Decisioni finali</b>   | 9    | 12   |
| di cui conciliazioni  | 6    | 2    |
| di cui ordini delle autorità                                      | 2    | 4    |
| di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart                   | 8    | 11   |
| di cui decisioni parziali   | 2    | 0    |
| <b>Decisioni incidentali</b>                                      | 9    | 1    |
| Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc..) | 3    | 3    |
| Misure cautelari  | 0    | 1    |
| Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart         | 0    | 0    |
| <b>Inchieste preliminari</b>                                      |      |      |
| Eseguite nel corso dell'anno                                      | 14   | 18   |
| di cui riprese dall'anno precedente                               | 11   | 9    |
| di cui avviate ex-novo  | 3    | 9    |
| <b>Concluse</b>   | 6    | 7    |
| di cui con apertura di un'inchiesta                               | 2    | 1    |
| di cui con adeguamento della pratica dell'impresa                 | 3    | 3    |
| di cui senza seguito  | 1    | 3    |
| <b>Altre attività</b>   |      |      |
| Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart                   | 0    | 2    |
| Consulenze  | 27   | 21   |
| Attività di osservazione del mercato                              | 42   | 63   |
| Domande LTras   | 16   | 9    |
| Altre richieste evase   | 683  | 635  |
| <b>Concentrazioni</b>   |      |      |
| Annunci   | 22   | 32   |
| Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare                        | 21   | 27   |
| Esami   | 1    | 3    |
| Decisioni della COMCO dopo l'esame                                | 0    | 3    |
| Divieti   | 0    | 1    |
| Ammissioni vincolate a condizioni/oneri                           | 0    | 0    |
| Ammissioni senza riserve  | 0    | 2    |
| Esecuzioni anticipate   | 0    | 0    |
| <b>Procedure di ricorso</b>                                       |      |      |
| Procedure di ricorso dinanzi a TAF e TF (totale)                  | 39   | 31   |
| Sentenze del TAF  | 9    | 7    |
| che confermano la decisione delle autorità                        | 7    | 5    |
| che confermano in parte la decisione delle autorità               | 0    | 1    |
| Sentenze del TF   | 2    | 2    |
| che confermano la decisione delle autorità                        | 2    | 2    |
| che confermano in parte la decisione delle autorità               | 0    | 0    |
| Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi a TAF e TF)                 | 28   | 21   |
| <b>Pareri, raccomandazioni, preavvisi, ecc.</b>                   |      |      |
| Pareri (art. 15 LCart)  | 0    | 1    |

|  |     |     |
|--|-----|-----|
| Raccomandazioni (art. 45 LCart)                      | 0   | 0   |
| Pareri (art. 47 cpv. 5 LCart. 4 LSPR oppure 11a LTC) | 0   | 3   |
| Controlli a posteriori                               | 0   | 0   |
| Comunicazioni (art. 6 LCart)                         | 1   | 1   |
| Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)                     | 281 | 210 |
| Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)    | 8   | 8   |
| LMI  |     |     |
| Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)                | 2   | 1   |
| Perizie (art. 10 LMI)                                | 1   | 5   |
| Consulenze (Segreteria)                              | 45  | 73  |
| Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)           | 1   | 0   |

Dai dati statistici e dal loro confronto con quelli relativi al 2016 emerge quanto segue:

- il numero di inchieste concluse è salito a 12; di queste, sette concernevano le procedure relative agli accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni. In undici casi sono state pronunciate sanzioni. Rispetto all'anno precedente, il numero di nuove inchieste è rimasto invariato;
- nel 2017 sono aumentate le inchieste preliminari in corso e avviate. Questo strumento serve principalmente per effettuare una prima valutazione dei casi e non prelude necessariamente a un'inchiesta. In presenza di indizi di una limitazione illecita della concorrenza – ad es. in seguito ad autodenunce o a denunce da parte di informatori non coinvolti – è comunque possibile avviare direttamente un'inchiesta e se del caso procedere immediatamente con perquisizioni domiciliari;
- rispetto all'anno precedente le attività di osservazione del mercato sono cresciute del 50 per cento. Esse servono soprattutto a chiarire se una determinata fattispecie sia rilevante e/o problematica sotto il profilo del diritto in materia di cartelli;
- gli annunci di progetti di concentrazione sono tornati ai livelli quantitativi del 2016. Sono invece aumentati gli esami approfonditi, generando un maggiore carico di lavoro;
- il numero di procedure di ricorso presentate al TAF e al TF rimane elevato. Nel 2017 il TAF ha deciso soltanto in merito a una causa (ferramenta per porte, v. capitolo 2.2); negli altri sei casi si è trattato di sentenze relative a decisioni incidentali o pubblicazioni. Il TF ha deciso in merito a due cause (BMW e serramenti, v. capitolo 2.2), in entrambi i casi confermando la decisione delle autorità. Alla fine del 2017 rimanevano pendenti 21 procedure di ricorso;
- nel settore LMI occorre rilevare un numero particolarmente elevato di consulenze, principalmente riconducibile alle numerose richieste giunte dalle imprese artigianali riguardo all'applicazione della LIA (v. capitolo 3.5). Anche il numero delle perizie è aumentato considerevolmente: ciò si deve al fatto che la COMCO è stata invitata più spesso dal TF a esprimersi in merito a una procedura di ricorso inerente alla LMI.

## 5 Conciliazioni

Dopo aver introdotto sanzioni dirette, applicabili in caso di gravi infrazioni della LCart, nel 2004 si è posta la questione relativa alla possibilità di raggiungere conciliazioni con le imprese a cui sono contestati accordi *hard core*, orizzontali o verticali, o abusi di posizione dominante. Restava in ogni caso da stabilire quale potesse essere l'utilità di una conciliazione in simili casi, visto che fino all'introduzione delle sanzioni dirette questo strumento serviva a chiudere rapidamente le procedure antitrust: se le imprese erano disposte a modificare le pratiche contestate la procedura terminava senza alcuna conseguenza a loro carico.

Attualmente la base legale delle conciliazioni è l'articolo 29 LCart, introdotto con la LCart nel 1995. Secondo il messaggio del Consiglio federale le autorità avrebbero dovuto contenere al massimo i tempi delle procedure; di regola, queste ultime avrebbero dovuto concludersi con una conciliazione. In pratica alle imprese coinvolte la Segreteria proponeva sistematicamente delle misure dirette a rimuovere le limitazioni illecite della concorrenza. La conciliazione veniva raggiunta quando le imprese in questione si impegnavano ad attuare le misure loro proposte, ed era sottoposta alla COMCO per approvazione. La COMCO approvava la conciliazione mediante una decisione, con cui di norma si concludeva, senza conseguenze, l'inchiesta. In questo modo, l'illiceità della limitazione della concorrenza solitamente non veniva valutata in modo esaustivo.

La LCart, del 1995, è già stata riveduta nel 2003, principalmente allo scopo di introdurre sanzioni dirette da applicare in caso di gravi violazioni del diritto in materia di cartelli secondo quanto chiesto dal messaggio del Consiglio federale del 2001. Anche in questo caso, gli obiettivi perseguiti dal legislatore erano chiari: le autorità devono sanzionare le imprese coinvolte in accordi *hard core* illeciti, orizzontali e/o verticali, e quelle che abusano di una posizione dominante. Ora in presenza di indizi di infrazioni punibili della LCart non è più consentito rinunciare a un apprezzamento giuridico esaustivo (come invece si faceva di solito in precedenza in caso di conciliazioni); questa prassi è possibile soltanto se si tratta di accordi illeciti ma non sanzionabili, secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart. Occorre notare, tuttavia che il raggiungimento di conciliazioni è consentito anche quando si tratta di fattispecie sanzionabili direttamente: anche in questi casi,

come emerge dal capitolo seguente, le conciliazioni costituiscono prassi comune e possono risultare particolarmente convenienti.

### 5.1 Le conciliazioni nella prassi delle autorità

Dopo l'introduzione delle sanzioni dirette nel 2004, le inchieste svolte dalle autorità si sono focalizzate sulle infrazioni della LCart più gravi, cioè sugli accordi *hard core* orizzontali e verticali come pure sugli abusi di posizioni dominanti, vale a dire sulle limitazioni della concorrenza sanzionabili direttamente. Le conciliazioni svolgono un ruolo importante anche in relazione a questo tipo di inchieste. Circa la metà delle procedure sanzionatorie intraprese finora sono sfociate in una conciliazione.

Le conciliazioni sono possibili in relazione a qualsiasi tipo di accordo illecito ai sensi degli articoli 5 e 7 LCart. In passato gran parte delle conciliazioni concerneva l'eliminazione di accordi orizzontali secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart. Tuttavia anche alcune procedure concernenti accordi verticali secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart e pratiche illecite di imprese con una posizione dominante ai sensi dell'articolo 7 LCart hanno portato a una conciliazione. In tutti questi casi le imprese si sono impegnate ad adottare misure concrete per rimuovere la limitazione della concorrenza, affinché la COMCO potesse rinunciare all'emanazione di prescrizioni e divieti. Ad esempio, le imprese coinvolte in accordi di cartello si sono impegnate a non condividere più con le loro concorrenti alcuna informazione di importanza strategica; quelle con una posizione dominante, a proseguire l'approvvigionamento dei compratori; e i fabbricanti a non influire in alcun modo sul prezzo di rivendita praticato dai loro clienti o a non concordare con i loro partner di distribuzione alcuna limitazione delle vendite passive in Svizzera. Occorre notare che, anche se la conciliazione impedisce successive e ulteriori limitazioni della concorrenza, le autorità non possono esimersi dal sanzionare pratiche già accertate; anche in presenza di una conciliazione sono tenute d'ufficio a valutare l'applicabilità di sanzioni e se del caso a decidere in merito all'entità di queste ultime.

### 5.2 Vantaggi della conciliazione in caso di sanzioni

#### *Riduzione della sanzione*

Nell'ottica delle imprese una conciliazione può essere interessante soprattutto perché solitamente comporta una riduzione della sanzione. Stando alla prassi seguita attualmente dalle autorità, la riduzione varia tra il 5 e il 20 per cento dell'importo della sanzione, a seconda della fase della procedura – più o meno avanzata – in cui la conciliazione viene raggiunta. Se le conciliazioni sono concluse nel corso dell'accertamento dei fatti, la riduzione è al massimo del 20 per cento; del 10 – 15 per cento se sono raggiunte al momento della stesura della domanda; e soltanto del 5 per cento se si perviene alla conciliazione dopo la richiesta di presa di posizione alle parti ai sensi dell'articolo 30 capoverso 2 LCart. Riducendo le sanzioni in misura inversamente proporzionale all'avanzamento della procedura, si incentivano le imprese ad avviare la conciliazione il più presto possibile

Oltre alla conciliazione, ci sono altre possibilità di riduzione della sanzione:

- se le parti hanno presentato un'autodenuncia nel quadro del *programma di clemenza*, la sanzione può essere pienamente condonata (alla prima autodenunciante), oppure condonata al massimo in misura del 50 per cento (alle altre autodenunciante) o dell'80 per cento (alle denunciante «bonus plus»). In caso di conciliazione, la riduzione massima del 100 per cento, concessa alla prima autodenunciante, può essere abbinata a quella massima del 20 per cento, ottenibile in virtù della conciliazione; analogamente, le riduzioni concesse alle autodenunciante successive e alle autodenunciante «bonus plus» possono arrivare, rispettivamente, al 60 e all'84 per cento (la riduzione è progressiva). Gli abbinamenti delle riduzioni dovute alle autodenunce con quelle concesse per conciliazioni sono frequenti: circa metà delle oltre 50 imprese che finora hanno raggiunto una conciliazione ha presentato anche un'autodenuncia;
- se le imprese coinvolte dimostrano *piena collaborazione* possono beneficiare anche di attenuanti conformemente all'articolo 6 capoverso 1 dell'ordinanza sulle sanzioni relativa alla LCart (OS LCart), e ridurre così al massimo del 20 per cento la sanzione; abbinando questa riduzione a quella ottenibile con una conciliazione si giunge ad una riduzione massima complessiva del 40 per cento. Per piena collaborazione si intendono, ad esempio, la presentazione spontanea di mezzi di prova, una confessione o il riconoscimento della fattispecie.

#### *Procedure più brevi e decisioni più rapide*

Un altro grande vantaggio per le imprese consiste nella riduzione di tempi e costi: di norma in caso di conciliazione la durata della procedura diminuisce, e con essa i tempi di decisione. Il notevole risparmio di tempo risulta soprattutto dal fatto che, in caso di conciliazione, non occorre approfondire la fattispecie e che la motivazione dell'infrazione del diritto in materia di cartelli può essere meno dettagliata (posto che l'impresa manifesti l'intenzione di rinunciare ai rimedi giuridici). I tempi si accorciano ulteriormente in caso di riconoscimento della fattispecie. Se i fatti più rilevanti sono sufficientemente provati sul piano giuridico, dopo la conciliazione non sono necessarie ulteriori misure di inchiesta, e la Segreteria può presentare direttamente la sua proposta secondo l'articolo 30 capoverso 2 LCart. Di solito se si raggiunge una conciliazione la presa di posizione delle imprese è più breve. Inoltre le imprese possono decidere di rinunciare, in parte o completamente, alla consultazione degli atti, e normalmente la COMCO non ordina un'audizione delle parti secondo l'articolo 30 capoverso 2 LCart. Di solito la decisione non viene impugnata e non ci sono ricorsi (v. sopra, prima parte del capitolo 5.2). La procedura antitrust termina più rapidamente e le imprese coinvolte possono dedicarsi interamente alle loro attività. I risparmi sui costi derivano da questa maggiore snellezza delle procedure.

#### *Di solito le imprese non si avvalgono dei rimedi giuridici*

Nell'ottica delle autorità, le conciliazioni sono vantaggiose poiché generalmente non comportano ricorsi. Ciò vale soprattutto per le procedure sanzionatorie, per le quali la probabilità di ricorsi è maggiore rispetto a quelle in cui alle imprese non viene inflitta alcuna multa. Le procedure di

ricorso concernenti il diritto in materia di cartelli possono durare diversi anni ed essere molto onerose.

Finora delle oltre 50 imprese che hanno partecipato a una conciliazione soltanto tre hanno presentato ricorso. Si trattava in particolare di imprese in disaccordo con la sanzione decisa dalla COMCO. Due dei tre ricorsi sono pendenti davanti al TAF. Alla luce delle scarse contestazioni, è lecito ritenere che le imprese che raggiungono una conciliazione generalmente non hanno motivi per impugnare la decisione della COMCO. Anche perché la Segreteria, prima di concludere una conciliazione, informa a titolo provvisorio le imprese sugli aspetti più importanti della fattispecie e sulla sua rilevanza giuridica, specificando i margini relativi alla sanzione che la Segreteria intende proporre alla COMCO. Alla luce di queste valutazioni provvisorie della Segreteria le imprese possono decidere in merito alla conciliazione e, di conseguenza, alla semplificazione e allo sveltimento della procedura.

Se le imprese scelgono la conciliazione, le autorità possono presupporre che in linea di massima, non vi sia alcun motivo per impugnare la decisione (posto che questa corrisponda alla valutazione provvisoria comunicata dalla Segreteria). Per questo motivo una conciliazione non è sempre vincolata al riconoscimento esplicito della fattispecie o dell'apprezzamento giuridico: le autorità mirano soprattutto a evitare l'impugnazione della decisione della COMCO, e ai fini della conciliazione basta che l'impresa manifesti alle autorità l'intenzione di rinunciare alla procedura di ricorso. Se invece, malgrado la conciliazione, si può ritenere che l'impresa intende avvalersi dei rimedi giuridici, la Segreteria può richiedere a quest'ultima il riconoscimento della fattispecie oppure rinunciare alla conciliazione, visto che quest'ultima non costituisce un diritto.

Per le imprese la conciliazione risulta conveniente se, all'atto della presentazione delle risultanze probatorie provvisorie da parte della Segreteria, constatano che i fatti principali sono stati accertati correttamente, e che per questa ragione la COMCO e i Tribunali hanno confermato l'apprezzamento giuridico. In altri termini, di fronte alla conferma di un'infrazione LCart la conciliazione è anche nell'interesse delle imprese. È il caso, ad esempio, della partecipazione a un accordo orizzontale sul prezzo, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone o a un accordo verticale sui prezzi (si tratta dei cosiddetti prezzi vincolati al dettaglio) o sulla ripartizione (la cosiddetta protezione territoriale assoluta); accordi che – secondo la giurisprudenza del TF relativa alla causa GABA – visto il loro contenuto costituiscono in ogni caso un intralcio notevole alla concorrenza.

#### *Tutela dell'immagine pubblica*

Da ultimo, la disponibilità al cambiamento manifestata dalle imprese nel quadro di una conciliazione dal punto di vista delle imprese può essere vista più positivamente dal pubblico, rispetto all'adempimento di un divieto emanato unilateralmente dalla COMCO. Nei comunicati stampa pubblicati in occasione delle decisioni della COMCO, inerenti alla chiusura di un'inchiesta e al raggiungimento di una conciliazione, viene sempre posto in risalto l'approccio collaborativo dimostrato dall'impresa nei confronti delle autorità.

### **5.3 Svolgimento della procedura sanzionatoria con conciliazione**

#### *Apertura di un'inchiesta sulla base di indizi di una limitazione illecita della concorrenza*

Affinché si possa raggiungere una conciliazione ai sensi dell'articolo 29 LCart, è indispensabile che le autorità abbiano aperto un'inchiesta in base a indizi di una limitazione della concorrenza secondo l'articolo 27 LCart. Inoltre la Segreteria, nel quadro di un apprezzamento giuridico provvisorio della fattispecie, deve concludere che si tratta di una limitazione illecita della concorrenza ai sensi degli articoli 5 o 7 LCart. In ogni caso ciò non significa che la limitazione illecita della concorrenza debba essere dimostrata in dettaglio prima della conciliazione: quest'ultima infatti offre proprio la possibilità, una volta che è stata raggiunta, di rinunciare ad ulteriori approfondimenti e ridurre così gli oneri risultanti dalla motivazione (v. sopra, capitolo 5.2).

#### *Decisione in merito alla conciliabilità*

Se nel corso dell'apprezzamento delle prove la Segreteria riesce a stabilire a titolo provvisorio l'esistenza di un'infrazione del diritto in materia di cartelli, deve dapprima decidere se il caso in questione si presti ad una conciliazione. In generale questa possibilità è data se la fattispecie e la situazione giuridica sono chiare agli occhi della Segreteria e delle imprese e, di conseguenza, se si può tralasciare l'ipotesi di un ricorso ai rimedi giuridici. Sono invece da escludere i casi in cui le imprese ritengono di non aver infranto al LCart e sono disposte a impugnare la decisione (v sopra, capitolo 5.2).

Valutazione dell'interesse per una conciliazione/firma delle condizioni quadro

Se si ritiene che il caso possa portare a una conciliazione e che le imprese siano interessate a concludere la procedura con un accordo, come primo passo la Segreteria sottopone loro le condizioni quadro delle trattative di conciliazione affinché ne prendano conoscenza e possano confermarle sottoscrivendole.

Le trattative di conciliazione vertono principalmente sulle misure dirette a modificare le pratiche illecite, sulla fattispecie principale, il suo apprezzamento giuridico e l'entità dell'eventuale sanzione; la Segreteria presenta il suo punto di vista e le parti possono esprimersi a tale riguardo. Oggetto della negoziazione sono le modalità da seguire per evitare future limitazioni della concorrenza.

Informando le imprese sulle condizioni quadro si rileva che la Segreteria apprezza la volontà e la disponibilità manifestate per il raggiungimento della conciliazione, ritenendole un approccio collaborativo. Ai fini della proposta

si tratta di una circostanza attenuante. Inoltre le condizioni quadro chiariscono che di norma il raggiungimento di una conciliazione rende inutile la procedura di ricorso.

#### *Comunicazione delle risultanze probatorie provvisorie*

Se le imprese sono d'accordo su queste «regole del gioco», la Segreteria le informa sulle risultanze probatorie provvisorie, in particolare sulla fattispecie principale e sul



suo apprezzamento giuridico provvisorio. Le imprese possono così decidere con cognizione di causa se procedere o meno alla conciliazione.

#### *Avvio o rifiuto della conciliazione*

Le imprese che decidono di avviare la conciliazione devono soprattutto essere disposte a:

- adottare autonomamente delle misure per eliminare la limitazione della concorrenza che la Segreteria ritiene illecita;
- collaborare con la Segreteria ed evitare richieste eccessive affinché la procedura possa concludersi rapidamente;
- rinunciare ai rimedi giuridici, se l'importo della sanzione rientra nei limiti comunicati dalla Segreteria.

Il raggiungimento di una conciliazione non richiede obbligatoriamente che la fattispecie principale e/o l'apprezzamento giuridico vengano riconosciuti. Tuttavia, il riconoscimento può comportare un'ulteriore riduzione della sanzione (v. sopra, capitolo 5.2). Inoltre la Segreteria può ad esempio chiedere il riconoscimento della fattispecie se ha motivo di ritenere che nonostante la conciliazione una parte potrebbe avvalersi dei rimedi giuridici.

#### *Progetto della conciliazione/Trattative sulle misure*

Il progetto della conciliazione può essere elaborato dalla Segreteria o dalle imprese interessate. I contenuti delle misure che le imprese si impegnano ad adottare dipendono dalla fattispecie riscontrata: si tratta soprattutto di adeguare, per il futuro, la pratica aziendale per conformarla al diritto in materia di cartelli. Gli obblighi devono essere formulati in modo per quanto possibile chiaro, affinché le imprese possano adempierli facilmente e le autorità siano agevolate nella verifica della loro attuazione. Le misure possono consistere anche nell'impegno, da parte delle imprese, a non riprendere le pratiche contestate: ad esempio a non più trasmettere raccomandazioni di prezzo vincolanti o a rinunciare definitivamente a divieti contrattuali di esportazione dal SEE verso la Svizzera.

#### *Decisione di conciliazione*

La Segreteria e le imprese sottoscrivono la conciliazione dopo che si sono accordate sul contenuto delle dichiarazioni d'impegno. Nel migliore dei casi la conciliazione può essere raggiunta già nel corso dell'accertamento della fattispecie, poiché se sul piano giuridico i fatti principali sono già stati chiariti sufficientemente ricorrendo ai mezzi di prova disponibili, non occorrono ulteriori misure d'inchiesta successive alla conciliazione; in questo modo si possono abbreviare i tempi procedurali (v. sopra, capitolo 5.2). Al termine della conciliazione di regola la Segreteria può procedere direttamente alla formulazione della sua proposta.

#### *Proposta della Segreteria*

La Segreteria include la conciliazione nella sua proposta, chiedendo alla COMCO di approvarla e di stabilire la san-

zione, mantenendosi entro una determinata fascia di importi e applicando una riduzione in virtù della raggiunta conciliazione (v. sopra, capitolo 5.2). Le parti hanno la possibilità di prendere posizione per iscritto sulla proposta della Segreteria prima che questa la presenti alla COMCO (art. 30 cpv. 2 LCart). Le prese di posizione delle procedure in cui si raggiunge una conciliazione risultano di norma più brevi rispetto alle altre. Inoltre solitamente la COMCO non ordina alcuna audizione (art. 30 cpv. 2).

#### *Approvazione e decisione della COMCO*

Se la COMCO o la camera condivide la conciliazione, la approva e inserisce nel dispositivo della decisione gli obblighi a carico delle imprese previsti dalla conciliazione; questi sostituiscono le decisioni delle autorità relative ai cambiamenti delle pratiche aziendali. Oltre ad approvare la conciliazione, la COMCO o la camera decide riguardo all'eventuale inflizione di sanzioni dirette ai sensi dell'articolo 49a capoverso 1 LCart. Se la COMCO o la camera non approva la conciliazione, può rinviare la proposta alla Segreteria con delle indicazioni per una sua rielaborazione (in pratica ciò si è verificato un'unica volta). Se la COMCO è d'accordo con la conciliazione ma non condivide la motivazione della proposta o della decisione, può modificarla.

#### *Attuazione delle misure da parte delle imprese*

Spetta alle imprese fare in modo che le misure decise nel quadro della conciliazione vengano attuate dopo il passaggio in giudicato della decisione. Le violazioni relative alla conciliazione sono sanzionabili come contravvenzioni alle decisioni delle autorità (art. 50 e 54 LCart).

## **5.4 Conclusioni e prospettive**

Complessivamente le conciliazioni continuano a essere attrattive anche dopo l'introduzione delle sanzioni dirette: in caso di conciliazione, infatti, la possibilità di tralasciare l'approfondimento della fattispecie e la rinuncia alla procedura di ricorso permettono di solito di accorciare notevolmente i tempi procedurali, a vantaggio sia delle autorità, sia delle imprese coinvolte.

Le conciliazioni consentono anche di risparmiare risorse, mentre sotto il profilo dell'esito dell'inchiesta non cambia nulla, anche se il cambiamento di pratica da parte delle imprese non avviene più per decisione dell'autorità e se in virtù della conciliazione la sanzione viene mitigata. Quest'ultima non decade con la conciliazione; però la disponibilità a modificare volontariamente le pratiche aziendali nel quadro della conciliazione tutela l'immagine pubblica dell'impresa in misura dal suo punto di vista maggiore rispetto a un divieto pronunciato dalla COMCO.

Perciò anche nell'ottica delle imprese ci sono molte ragioni in favore di una conciliazione. Allo scopo di migliorare la trasparenza della procedura di conciliazione, la Segreteria ha pubblicato sul sito della COMCO una nota informativa su questo argomento ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Comunicazioni > Fogli di note > Nota informativa della Segreteria della COMCO: Conciliazioni).

|      |  |
|------|--|
| A 1. | <b>4. Annual Report 2017 of the Competition Commission</b> |
|------|--|

## Table of Contents

|          |   |           |     |   |
|----------|---|-----------|-----|---|
| <b>1</b> | <b>Foreword from the President</b>        | <b>60</b> |     |   |
| <b>2</b> | <b>Most important decisions in 2017</b>   | <b>61</b> |     |   |
| 2.1      | ComCo decisions                           | 61        | 5.1 | The competition authorities practice on amicable settlements 74 |
| 2.2      | Decisions in the courts                   | 62        | 5.2 | The attraction of amicable settlements in sanctions cases 74    |
| <b>3</b> | <b>Activities in individual sectors</b>   | <b>63</b> | 5.3 | The sanctions procedure with amicable settlements 75            |
| 3.1      | Construction                              | 63        | 5.4 | Conclusion and outlook 76                                       |
| 3.1.1    | Bid rigging                               | 63        |     |   |
| 3.1.2    | Bathrooms / Wholesale sanitary facilities | 63        |     |   |
| 3.1.3    | Building materials and landfills          | 63        |     |   |
| 3.1.4    | Galvanising industry                      | 64        |     |   |
| 3.1.5    | Fee, tariff and price recommendations     | 64        |     |   |
| 3.1.6    | Other sectors                             | 64        |     |   |
| 3.2      | Services                                  | 64        |     |   |
| 3.2.1    | Financial services                        | 64        |     |   |
| 3.2.2    | Healthcare                                | 64        |     |   |
| 3.2.3    | Liberal professions and other services    | 65        |     |   |
| 3.3      | Infrastructure                            | 65        |     |   |
| 3.3.1    | Telecommunications                        | 65        |     |   |
| 3.3.2    | Media                                     | 65        |     |   |
| 3.3.3    | Energy                                    | 66        |     |   |
| 3.3.4    | Other sectors                             | 66        |     |   |
| 3.4      | Product markets                           | 66        |     |   |
| 3.4.1    | Focus on vertical agreements              | 66        |     |   |
| 3.4.2    | Consumer goods industry and retail trade  | 66        |     |   |
| 3.4.3    | Watch industry                            | 67        |     |   |
| 3.4.4    | Automotive sector                         | 67        |     |   |
| 3.4.5    | Agriculture                               | 67        |     |   |
| 3.4.6    | Other sectors                             | 67        |     |   |
| 3.5      | Internal market                           | 67        |     |   |
| 3.6      | International                             | 68        |     |   |
| 3.7      | Legislation                               | 69        |     |   |
| 3.7.1    | Parliamentary proposals                   | 69        |     |   |
| 3.7.2    | Fair Prices Initiative                    | 69        |     |   |
| 3.7.3    | Modernising merger control procedures     | 70        |     |   |
| <b>4</b> | <b>Organisation and Statistics</b>        | <b>70</b> |     |   |
| 4.1      | Competition Commission and Secretariat    | 70        |     |   |
| 4.2      | Statistics                                | 72        |     |   |
| <b>5</b> | <b>Amicable settlements</b>               | <b>73</b> |     |   |

## 1 Foreword from the President

Vincent Martenet became a member of ComCo in 2005. In 2008 he was appointed its vice-president and from 2010 he was its president. On 31 December 2017, he stood down from the Commission because of the twelve-year term-of-office limit. His time as president will be remembered for the reform of the Cartel Act in 2003, and the power that it introduced to impose direct sanctions for hard-core restrictions in horizontal and vertical agreements affecting competition and for the abuse of dominant positions. Vincent Martenet deserves enormous credit for developing this new set of instruments and it was his constant concern that they achieved a practical effect and satisfied the strict constitutional requirements that apply. This annual report contains a comprehensive appreciation of the work of our outgoing president.

The activities and decisions of ComCo in 2017 cover the entire spectrum of competition law. Special emphasis must be given to the proceedings and sanctions related to bid rigging by construction companies, vertical price fixing in connection with robot lawnmowers, horizontal price-fixing agreements in the galvanising industry and the abuse of market dominance in relation to postal services and cable connections. In the field of merger controls, two planned mergers received a great deal of publicity, one involving ticket sales for major events and the other in-patient services. As always, numerous sectors of the economy were affected. In order to apply competition law correctly, it is vital to analyse the specifics of the market in precise detail. The ComCo Secretariat has acquired enormous expertise that allows it to reach clear conclusions and issue consistent decisions. This also applies in the case of new technologies: ComCo is aware of the special features of digital markets, observes the latest developments closely and takes special account of the potential for innovation in this sector in its decision-making processes.

Despite more than 20 years practical experience of enforcing the Cartel Act of 1995, it is only recently that the courts have clarified important issues on how the law should be applied. In particular, the Federal Supreme Court has now provided precise guidance on the GABA judgment of June 2016 - the grounds for the decision have been available since April 2017 - confirming that hard horizontal and vertical agreements affecting competition must in principle be regarded as 'significant' and will lead to sanctions unless they can be justified on the grounds of economic efficiency. In the BMW judgment, the Federal Supreme Court confirmed and consolidated this point of view, with the result that consistent case law on these issues can be expected in the future.

The clarification of the legal position allows the Secretariat to propose an amicable settlement to companies concerned in investigations into hard-core restrictions when the evidence is clear. Companies commonly respond positively to such proposals because they lead to a quicker and more favourable decision with reduced sanctions, which is clearly beneficial. This reduces the procedural workload for the authorities, as the investigations do not take so long and decisions can be explained in less detail. In addition, amicable settlements normally spare ComCo

the work involved in protracted appeal proceedings, some cases going as far as the Federal Supreme Court. The amicable settlement, which follows the Swiss tradition of resolving disputes by mutual agreement, has proven its value in recent years and has steadily gained in practical importance, especially as the formal requirements have been more precisely specified. However, not all cases are suitable for amicable settlement. In particular, the need for a landmark decision or appeal proceedings to clarify the legal position can persuade the authority not to conclude an amicable settlement. Although the EU law on cartels exercises a considerable influence on many areas of the Swiss law (as was also confirmed by the Federal Supreme Court in the GABA decision mentioned above), it should be stressed that when it comes to the amicable settlement, the reverse is the case: when the EU introduced the option of settlements in cartel proceedings ten years ago, it created an instrument that had already been in existence in Swiss law in the form of the amicable settlement for a long time. Amicable settlements are the focus topic for this annual report (see 5).

Under its new president, ComCo will continue to adhere to the priorities of its current work: hard cartels are especially harmful for the national economy. The leniency programme has played a particularly important role in uncovering such cartels. In relation to vertical agreements affecting competition, the law places special emphasis on market foreclosures through absolute territorial protection and vertical price fixing. ComCo will be consistent in following up any indications of such practices. There is no clear pattern to cases of the abuse of market power: here ComCo has the task of ensuring that companies that hold a dominant position do not abuse it. Enormous commitment is required in the merger control procedure, which demands special flexibility because of the tight investigation deadlines. Lastly, making the Swiss internal market a reality is a constant task. Experience in recent years indicates that it cannot yet be said that the internal market has been achieved.

Above and beyond the task of applying the law to specific cases, ComCo has the general task of drawing attention to the fundamental importance that competition has for the national economy and of underlining its advantages in consultation proceedings and other reports. In this connection, it benefits most particularly from the economic expertise that is available within the authority, which is not only indispensable when applying the law but also when advocating the cause of healthy competition.

Prof. Andreas Heinemann  
President of the Competition Commission

## 2 Most important decisions in 2017

### 2.1 ComCo decisions

In a ruling dated 22 May 2017, ComCo refused to permit the **planned merger between Ticketcorner and Starticket**. These companies offer to sell tickets for the promoters of concerts, shows, etc. Their services include the physical and online sale of tickets (primary ticketing) and the marketing of events (such as advertising in the media and a presence on social networks). In addition, Ticketcorner and Starticket provide promoters with software that allows them to sell tickets themselves (direct sales). The detailed review carried out by ComCo revealed that although the market for direct sales did not present any problems, in the market for primary ticketing there was clear evidence that Ticketcorner already has a dominant position. The merger would have allowed the two companies to control the Swiss market for primary ticketing and to eliminate effective competition. In its analysis, ComCo assessed the position of the companies active in the market and took account of the potential for new companies to enter the market. In addition, it analysed trends in the market and the role of companies such as Spotify, Facebook and Google. ComCo concluded that current and potential competitors, despite technological advances, would not have been able to exert sufficient competitive pressure on the conduct of the two companies. It could not conceive of any effective conditions to impose that would have allowed the merger to be approved. Accordingly, the statutory requirements for its refusal were met. Ticketcorner has challenged ComCo's decision in the Federal Administrative Court.

With a ruling dated 22 May 2017, ComCo concluded the investigation into **Husqvarna Switzerland AG** with an amicable settlement and a fine of CHF 656,667. The investigation showed that from 2009 to 2015 there were unlawful vertical price-fixing agreements between Husqvarna Schweiz AG and its dealers in connection with the sale of **robot lawnmowers**. The investigation into other suspicions of unlawful conduct was terminated. Immediately after the investigation opened, Husqvarna filed a voluntary report and then concluded an amicable settlement with the competition authority. The company undertook not to stipulate minimum or fixed retail prices to its specialist dealers in Switzerland, whether directly or indirectly. Recommended prices are expressly declared to be non-binding. Husqvarna's cooperation led to a substantial reduction in the sanctions imposed.

On 10 July 2017, ComCo concluded the first of ten investigations into **construction services in the canton of Graubünden**. Between 2004 and 2012, construction and civil engineering companies had agreed prices in relation to bids for more than a hundred public and private construction and civil engineering projects in the **Münstertal**. They discussed their respective interests in the various construction and civil engineering projects. If there was agreement, they decided which company should be awarded the contract. Thereafter, the other companies offered their services at higher prices. Until 2008, this collusion took place in the form of 'preliminary meetings' organised by the Graubünden Builders' Federation (GBV). In subsequent years, the companies involved continued

their collusion without the assistance of the GBV. ComCo decided not to impose sanctions. One company was not fined because it was first to report the agreements in the Münstertal and cooperated very openly. The second company also cooperated with ComCo and is also currently in receivership. The decision has taken full legal effect.

On 18 September 2017, ComCo approved the planned **merger between the University Hospital Basel and the Cantonal Hospital of Baselland** to a form a joint hospital group. In its detailed review, ComCo concluded that in relation to acute in-patient hospital services covered by basic and supplementary health insurance, the hospital group will attain a strong market position in the Basel area. However, it was not likely that the merger would eliminate effective competition in the region. Accordingly, the statutory requirements for ComCo to intervene were not fulfilled. From the standpoint of competition law, there was nothing to prevent the planned merger from going ahead.

On 2 October 2017, ComCo issued six further decisions on **bid rigging in the canton of Graubünden**. These bid rigging agreements related to individual procurement contracts worth between CHF 80,000 and CHF 6 million. In contrast to the decision in relation to Münstertal, there was no overall arrangement underlying these agreements. However, the content of the agreements was similar: the companies involved agreed which company should be awarded the contract and then manipulated their offers. Six of the eight arranged awards involved private contracts, the two others involved a commune in the Engadin and the Canton itself. The total sanction imposed for all six decisions amounts to around CHF 1 Million. Two decisions are now legally binding. Appeals have been filed in the Federal Administrative Court in connection with four decisions.

In a ruling dated 30 October 2017, ComCo concluded its investigation into price-fixing agreements in the **galvanising industry** and imposed fines amounting in total to around CHF 8 million. ComCo found that between 2004 and the start of 2016 nine hot-dip galvanising companies from the German-speaking part of Switzerland and the French-speaking part of the Valais regularly entered into price-fixing agreements. The companies agreed to charge their customers certain premiums and to adhere to certain minimum prices. In addition, they repeatedly agreed on increases in prices. These agreements were reached at various meetings of the Swiss Galvanisers Association (VSV) or of their specialist body, the Schweizerische Fachstelle Feuerverzinken (SFF). The agreed premiums involved a raw materials and zinc price surcharge and a transport costs surcharge. One company avoided sanctions because it was first to report the cartel to ComCo and thus made it possible to open the investigation. The sanctions on the other companies were reduced because these companies made voluntary admissions immediately after the proceedings began. The investigation was opened in early 2016 with a search of premises. A swift conclusion was possible because all the galvanising companies still in business and the VSV were highly cooperative and agreeable to amicable settlements. In these agreements, clear practices have been adopted for the future. The decision has taken full legal effect.

ComCo penalised **SwissPost** in a ruling dated 30 October 2017, imposing sanctions of around CHF 22.6 million. SwissPost had abused its dominant position in the **business customer market for addressed bulk deliveries weighing over 50 grams**. ComCo held that SwissPost did not fairly apply both the 2009 pricing system, which applied from 1 July 2009 until 31 March 2011, and the CAPRI pricing system, which has applied since 1 April 2011. SwissPost granted special contractual conditions to business customers whose annual volume of postal deliveries exceeded CHF 100,000. Other customers with comparable characteristics, however, were treated differently and unlawfully discriminated against. In numerous contracts, discounts were agreed that were lower than those specified in the pricing system. Thus some customers had to pay higher prices than others. This meant firstly that they were unlawfully obstructed in their competition with other customers and secondly that they paid SwissPost excessive prices. With the CAPRI pricing system, which has applied since 1 April 2011, SwissPost introduced a supplementary discount. This was intended to reward customers that achieved or exceeded a monthly turnover target agreed with SwissPost. However, customers that failed to achieve the monthly target were penalised. Overall the pricing system was not sufficiently transparent for customers, which deterred them from outsourcing part of their postal deliveries to the competitor Quickmail. COMCO's decision can be appealed to the Federal Administrative Court.

In a decision dated 11 December 2017, ComCo concluded the **Supermedian investigation** into Naxoo AG. The investigation revealed that Naxoo held a dominant position in its area of operations, the market for cable connections, in particular in the city of Geneva. Naxoo had unlawfully exploited this position, firstly through unfair terms of business in cable contracts with house owners and secondly by obstructing third parties. This meant that house owners were prevented from making free use of the infrastructure in their properties, for example by installing satellite systems. In addition, suppliers of satellite systems were obstructed and the technical development of these systems was restricted. Lastly, end consumers were prevented from using competing cable network services or supplementary telecommunications services. ComCo imposed a sanction of around CHF 3.6 million on Naxoo. COMCO's decision can be appealed to the Federal Administrative Court.

## 2.2 Decisions in the courts

Following its judgment of 28 June 2016 in the **GABA/Elmex** case, the **Federal Supreme Court** published the reasons for its decision on 21 April 2017 (BGE 143 II 297). In particular, the court clarified three previously disputed issues and provided detailed justification for its decisions on these points:

- Article 2 paragraph 2 Cartel Act simply makes it clear that matters that originate abroad but *might* have an effect in Switzerland fall under the Cartel Act; an assessment of the seriousness of the effect is neither required nor permitted under Article 2 paragraph 2 Cartel Act (E.3.7).
- The wording 'significantly restrict competition' in Article 5 paragraph 1 Cartel Act is intended to exclude

trivial cases, thus reducing the authorities' workload. When assessing agreements affecting competition under Article 5, the focus is on their effect on competition and not their importance to the economy; an assessment of significance based on the economic effect is not permitted (E.5.1). With regard to the substantive effect of the significance, the Federal Supreme Court held that in agreements under Article 5 paragraphs 3 and 4 Cartel Act their qualitative harmfulness was, in principle, sufficient to reach the threshold of significance (E.5.2). It is enough that an agreement can potentially harm competition; the actual effects of the agreement and its implementation do not need to be assessed any further (E.5.4).

- Unlawful agreements of the type mentioned in Article 5 paragraphs 3 and 4 of the Cartel Act give rise to sanctions irrespective of whether they eliminate competition altogether or 'only' restrict it significantly (E.9.4). The extent of the distortion of competition should be taken into account when assessing the level of the fine. A significant restriction is dealt with more leniently than an elimination of competition (E.9.7).

In a judgment dated 9 October 2017, the **Federal Supreme Court** upheld the appeal by the EAER against the judgment of the Federal Administrative Court of 23 September 2014 in the case relating to **builders' supplies**. In October 2010, ComCo imposed sanctions on several companies for horizontal price-fixing agreements. The Federal Administrative Court, however, upheld the appeals filed in response on the grounds that ComCo had not investigated the circumstances of the case sufficiently and therefore there was inadequate proof of a price-fixing agreement. The Federal Supreme Court reminded the lower court that it had comprehensive rights of review and in principle it was responsible for establishing the legally significant facts that were allegedly missing. The court could refer the matter back to ComCo, if need be, if it had not investigated the circumstances thoroughly enough. According to the Federal Supreme Court, the Federal Administrative Court also based its judgments on certain 'incorrect premises' under competition law: firstly, agreements under Article 5 paragraph 3 Cartel Act are by their nature 'significant'. Secondly it is still possible to have an agreement at retail level even if it is based on a 'price dictate' from the manufacturer. What is decisive is simply whether participants at the same level of the market have entered into an agreement to fix prices at a certain level. Thirdly the Federal Administrative Court was wrong to assume that the agreement had to have a proven effect on competition. According to the Supreme Court, proof that effective competition has been eliminated is only relevant in relation to rebutting the presumption in Article 5 paragraph 3 Cartel Act. If the presumption is rebutted, there is a significant restriction of competition anyway. The Federal Supreme Court referred the case back to the Federal Administrative Court so that it could investigate and establish the circumstances and reach a new decision.

In application of the GABA precedent, the **Federal Supreme Court**, in a judgment dated 24 October 2017, rejected the appeal filed by **BMW AG** against a judgment of

the Federal Administrative Court and confirmed the sanction of CHF 157 million originally imposed by ComCo. According to the Federal Supreme Court, there is no dispute that the Cartel Act also applies to practices that originate abroad but have effects in Switzerland. The agreement restricting competition under assessment involved the contractual foreclosure of territory. The Federal Supreme Court confirmed that agreements in terms of Article 5 paragraph 3 and 4 Cartel Act by their nature constitute significant restrictions of competition in terms of Article 5 paragraph 1 Cartel Act. In their case, it is sufficient if the agreement has the potential to restrict competition. The actual effects of the agreement do not need to be verified. Under the Cartel Act, a territorial foreclosure agreement may be permitted if it is justified on the grounds of the economic efficiency. However, BMW had not presented any such grounds. The clause prohibiting exports in the agreements that BMW AG had entered into with dealers since 2003 was therefore unlawful. The Federal Supreme Court also confirmed that price, quantity and territorial agreements that significantly restrict competition without justification can be penalised by ComCo by means of a sanction under Article 49a Cartel Act. The lower courts had not misapplied federal law by assessing this specific case as a moderately serious violation and calculating the sanction accordingly.

In a further judgment dated 14 November 2017, the **Federal Administrative Court** upheld the appeal of a company against ComCo's decision of 17 November 2014 in the **door products** investigation. This company had only participated in the annual cartel meeting on one occasion, but ComCo regarded this as sufficient to be complicit in the unlawful agreement. The court recognised in principle that voluntary participation in a meeting of companies that results in an anti-competitive agreement constitutes participation in the agreement, unless the company concerned can show that it was only pursuing lawful objectives at the meeting and made this clear to the other companies involved. The court however held that every case depends on its specific circumstances and there must be proof of actual consensus or a concerted practice for an agreement to exist. In this particular case, there was no proof that the appellant had participated in any agreement.

### 3 Activities in individual sectors

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Bid rigging

On 30 October 2012, the Secretariat conducted searches to open the Lower Engadin construction services investigation into various companies in the sectors for structural and civil engineering, road construction and surfacing work together with their upstream markets. Based on its initial results, the Secretariat extended the investigation on 22 April 2013 to cover the entire canton of Graubünden and to include seven further companies. In November 2015, the investigation was further extended to include additional companies and thereafter, for reasons of procedural economy, divided into ten investigations. ComCo concluded one investigation with a decision dated 10 July 2017, which has now taken full legal effect. It found that construction and civil engineering companies in the **Münstertal** (GR) had rigged more than a hundred bidding

processes between 2004 and 2012 (see 2.1 above). ComCo issued **six further decisions** on bid rigging in the construction and civil engineering sectors in the canton of Graubünden on 2 October 2017. These bid rigging agreements related to individual procurement contracts in the Engadin. Two decisions are now legally binding, while four are the subject of appeals pending before the Federal Administrative Court (see 2.1 above). The final three decisions are expected by summer 2018.

On 8 July 2016, ComCo decided that eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster in St Gallen and March** and **Höfe in Schwyz** had between 2002 and 2009 agreed on bids and determined who was to be awarded contracts in connection with several hundred invitations to tender. Certain companies challenged ComCo's decision in the Federal Administrative Court. Some companies also took the view that ComCo's decision should not be published. One of the parties has filed an appeal in the Federal Administrative Court against two of ComCo's publication rulings dated 30 October 2017.

In the case involving **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**, various parties have challenged ComCo's decision of 16 December 2011. The case is pending before the Federal Administrative Court. On 11 December 2017, ComCo decided on two requests to inspect the unredacted Competition Commission ruling and related files. The requests to access these documents were made by procurement agencies from the canton of Aargau. The decisions have been challenged in the Federal Administrative Court.

##### 3.1.2 Bathrooms / Wholesale sanitary facilities

In the investigation into **wholesalers of sanitary facilities**, which began on 22 November 2011 with a search of premises, ComCo on 29 June 2015 imposed fines totalling CHF 80 million on the members of a cartel of sanitary facility wholesalers. The written grounds for the decision were sent to the parties at the start of 2016. All the companies have appealed to the Federal Administrative Court against the decision.

Four parties opposed any publication of ComCo ruling and demanded a contestable **ruling on publication**. ComCo issued this ruling in November 2016. Two parties appealed to the Federal Administrative Court. The Federal Administrative Court upheld the two Competition Commission rulings in a decision dated 24 October 2017. One party has appealed to the Federal Supreme Court.

##### 3.1.3 Building materials and landfills

On 12 January 2015, the Secretariat opened an investigation into various companies in the **building materials and landfill industry in the canton of Bern** and carried out searches. It is suspected that the companies concerned entered into price, quantity and territorial agreements. In addition, there are indications that these companies hold a dominant position which they have abused by refusing to do business with third companies, discriminating against business partners, and by concluding contracts on the condition that additional services are accepted.

On 19 May 2015, the investigation into allegations of price, quantity and territorial agreements was extended to include one further company. The investigation aims to establish whether there are any unlawful restraints of competition present. The investigation was split in November 2016 into two investigations for reasons of procedural economy. The **enquiries** were largely completed in 2017.

### 3.1.4 Galvanising industry

In connection with the galvanising industry, the competition authorities have since 15 February 2016 been conducting an investigation into various companies as well as the Swiss Galvanising Association (VSV). ComCo concluded the proceedings by issuing a decision on 30 October 2017 (see 2.1 above). The decision is now legally binding.

### 3.1.5 Fee, tariff and price recommendations

Partly as a result of the Federal Supreme Court's GABA judgment, the Secretariat was also in contact in 2017 with various associations (Swiss Builders' Federation, **SBV**, Swiss Society of Engineers and Architects, **SIA**) and institutions (Coordination Group for Construction and Property Services, **KBOB**) while conducting its preliminary investigations (SIA) and market monitoring procedures (SBV) and providing advisory services (KBOB). The publication of fees, tariffs and prices and related recommendations may represent unlawful price-fixing agreements between the members of an association. As a consequence, both the SBV and the KBOB decided not to publish or recommend fees, tariffs and prices.

After opening a **preliminary investigation** into the SIA and its members in February 2017, the Secretariat notified the SIA in September 2017 of the conclusions of its preliminary competition law assessment. The investigation focused on the calculation formulae for architects' and engineers' fees, the terms of reference for calculating fees in competitions and the 'Fair fees for competent services' charter.

### 3.1.6 Other sectors

In the case relating to **door products**, the ComCo decision of 17 November 2014 has been challenged by one of the parties. The Federal Administrative Court upheld the appeal on 14 November 2017 (see 2.2 above).

In the case relating to **builders' supplies for windows and French doors**, the Federal Administrative Court in September 2014 upheld the appeals against ComCo's decision of 4 November 2010. ComCo and the EAER have challenged two of the three appeal judgments in the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court upheld these appeals on 9 October 2017 and referred the cases back to the Federal Administrative Court (see 2.2 above).

## 3.2 Services

### 3.2.1 Financial services

In the financial services sector, progress was made with the ongoing investigations (IBOR proceedings, Forex, precious metals and leasing), with the result that decisions can be expected in 2018.

In the meantime, two important cases on debit cards that were at the preliminary investigation stage were successfully concluded in 2017 by means of proposals under Article 26 paragraph 2 Cartel Act: with the **Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)**, the requirements were put in place for the Maestro card to be used in online trading. The Secretariat approved the introduction of an interchange fee for transactions using Mastercard debit products in electronic and mobile trading (E & M commerce), provided certain conditions are complied with ('Safe Harbor'). This interchange fee will amount to 0.31% for five years and will then be reduced to 0.2%. At the same time, the Secretariat amended and extended the period of validity of the general conditions for a domestic interchange fee for the **V PAY** debit card product; these conditions were introduced in 2009. In contrast to Maestro, a limited interchange fee can still be charged for V PAY for transactions at the point of sale (POS). However, this fee has been reduced from CHF 0.20 to CHF 0.12 and applies in any case for the next five years. For E&M commerce payments, equivalent conditions to those for the Mastercard debit products have been introduced. Worth mentioning in this connection is that in both cases the introduction of a **no surcharging rule** according to European standards was permitted, i.e. a contractual regulation that prohibits retailers from demanding surcharges for using debit cards (discounts on the other hand must continue to be permitted without restrictions).

Surcharges for card payments were also an issue in relation to credit cards, as in August 2017 the domestic interchange fee for credit cards was reduced to 0.44% in compliance with ComCo's credit card decision from 2014. The competition authorities received numerous enquiries from members of the public and the media as to why, despite this reduction, certain dealers still imposed a surcharge for payments by credit card. The competition authorities pointed out in their answers that there is no state ban on credit card surcharges, but that these bans are contractual in nature and must be contested through the civil courts.

Lastly, in the report year a new preliminary investigation was opened in the case of **Twint/Apple** in order to investigate potential competition problems in the mobile payment sector.

### 3.2.2 Healthcare

In 2017, the available resources in this sector were used up by appeal proceedings relating to ComCo's decision on the **commercialisation of information on medicines** and by the examination of the merger between **University Hospital Basel** and the **Cantonal Hospital of Baselland** (see 2.1). In response to the appeal filed by Vifor AG (formerly Galenica AG), the competition authorities argued their case in appeal proceedings before the Federal Administrative Court.

The Secretariat was also involved in more than eighty **consultation procedures** relating to legislative bills on compulsory health insurance and medicines. For several of these, an opinion had to be provided to the federal authorities responsible.

### 3.2.3 Liberal professions and other services

In 2017, the Secretariat worked actively on the subject of **search engines**.

The Secretariat continued its preliminary investigation into **Google**, while closely following the parallel proceedings conducted in Brussels by the European Commission. The latter concluded its investigation in 2017 by imposing a record fine of € 2.42 billion. Currently the Swiss authority is waiting to see the details of the European decision before deciding on how to continue its preliminary investigation.

In relation to the **'sharing economy'**, the Secretariat is continuing to analyse this phenomenon and its recent developments. In addition and more specifically, the Secretariat is observing the developments with regard to **Uber** in Switzerland. At present, numerous questions are being considered by other Swiss judicial authorities, in particular the issue of whether Uber should be regarded as an employer.

The Secretariat closed its market observation procedure relating to **valet parking services at Geneva International Airport (GIA)**. In response to various complaints, the Secretariat met representatives of GIA on several occasions with the aim of ensuring effective competition in the valet parking business. These discussions led to a bidding process in mid-2017. The Secretariat also became aware of what is potentially a similar situation at Zurich Airport. In this case, although the Secretariat has not found any evidence of a potential restriction of competition, it is continuing to monitor developments in these markets.

## 3.3 Infrastructure

### 3.3.1 Telecommunications

In a decision dated 11 December 2017, ComCo imposed sanctions of around CHF 3.6 million on Naxoo AG for abusing its dominant position in the market for cable connections (see 2.1 above).

Appeal proceedings are still pending before the Federal Administrative Court in the case on **broadband internet** (Swisscom WAN connection). On 21 September 2015, ComCo fined Swisscom CHF 7.9 million after concluding in the investigation that Swisscom held a dominant position for business customers in the market for broadband connections and had abused this position in the bidding process for the SwissPost office network.

Following the aforementioned proceedings in the case on broadband internet, in December 2016 the Secretariat opened a preliminary investigation into Swisscom (Schweiz) AG in connection with the **broadband networking of business locations (WAN connection)**. The aim of the investigation is to establish if there is any evidence that Swisscom has generally forced competitors and end customers to pay unreasonable prices in the WAN connection sector and/or has discriminated against competitors and end customers in relation to prices.

In the report year, ComCo prepared an **expert opinion** for the Federal Office for Civil Protection (FOCP). The FOCP is planning to develop a mobile broadband network infrastructure for the Authorities and Organisations for

Rescue and Security (**AORS**) and had presented ComCo with two potential solutions for a competition law assessment and to evaluate the possible effects on competition.

In the telecommunications sector, ComCo was called on to assess the **BuyIn S.A. merger**. In this case, the joint venture BuyIn S.A., set up in 2011 and jointly controlled by the German Telekom AG and Orange S.A., intended to enter the market as an independent entity. Following a provisional examination, ComCo gave the project the green light.

The Federal Supreme Court has still to issue a decision in the **ADSL pricing policy** case. On 14 September 2015, the Federal Administrative Court imposed a sanction of around CHF 186 million on the Swisscom Group, endorsing in full the reasoning in ComCo's decision and essentially confirming the sanction imposed.

### 3.3.2 Media

In May 2017, ComCo opened an investigation into UPC Switzerland GmbH in response to allegations that it was abusing a dominant position in relation to broadcasting ice hockey on **Pay TV**. In the summer of 2016, UPC acquired the broadcasting rights for the top Swiss ice hockey leagues from the Swiss Ice Hockey Federation for five years from season 2017/18. The key question in the investigation is whether UPC is unfairly preventing rival TV platform providers, in particular those not operating via the cable network, from broadcasting ice hockey matches. In a ruling dated 26 June 2017, ComCo rejected a request from Swisscom to order precautionary measures because it did not find that the alleged refusal by UPC posed any threat of lasting and irreversible change in the structure of the TV platform market. The decision on precautionary measures has taken full legal effect.

In response to the De Buman parliamentary initiative, which proposed the inclusion of an article 6a in the Cartel Act on price fixing in relation to newspapers and magazines, ComCo issued an expert opinion on behalf of the EAER on the **sale of foreign magazines in Switzerland**. This essentially comprised a competition law assessment of the current distribution system and possible options for action in competition law terms with regard to the differences between the prices for the magazines sold in Switzerland and those in their countries of origin.

ComCo was called on to assess two **company mergers** in the media and advertising sector: in the cases of Tamedia/Tradono Switzerland and Tamedia/Neo Advertising, Tamedia planned to acquire exclusive control of Tradono Switzerland and Neo Advertising AG respectively. Tradono Switzerland operates a digital market place for small ads, which can only be used by means of a small ad app. Neo Advertising AG on the other hand operates in the field of 'out-of-home' advertising. After a provisional examination, ComCo gave both plans the go-ahead.

The Federal Administrative Court has still to issue a decision in the case of **sport on Pay TV**. ComCo had concluded the investigation with a ruling dated 9 May 2016, imposing a sanction of around CHF 71 million on Swisscom.



Also pending before the Federal Administrative Court are the appeals against ComCo's ruling of 27 May 2013 in relation to **book pricing in French-speaking Switzerland**. In addition, there is a dispute in this case over the extent to which the ruling should be published. The Federal Administrative Court rejected the appeal of one wholesaler in the report year. The matter is now pending before the Federal Supreme Court.

### 3.3.3 Energy

The Secretariat opened **two preliminary investigations** in the **gas sector**. In one case, the issue is various practices of a local gas network operator that could lead to the company's own end customers and those supplied by third parties paying different charges for using the network. The other case involves the refusal of two gas network operators to allow natural gas from third parties to pass through their system. In both preliminary investigations, the aim is to establish whether there is any evidence of unlawful conduct by the network operators in terms of Article 7 Cartel Act.

The Secretariat took part in the working group on the structure of a **gas supply network**.

In the **electricity** sector, both the Secretariat and ComCo were requested on several occasions to provide opinions in consultation procedures and in legislative consultation proceedings and hearings respectively.

In the energy sector, ComCo was called on to assess the following **company mergers**: in the case of Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG, the companies involved planned to establish a joint venture for system solutions in relation to networked energy architecture. In the case of EDF/CDC/RTE, notice was given of the acquisition of joint control by Electricité de France (EDF) and Caisse des dépôts et consignations (CDU) of the RTE (Réseau de transport d'électricité), which had previously been under the EDF's exclusive control. Following the provisional examination, ComCo gave both projects the go-ahead.

### 3.3.4 Other sectors

In a decision dated 30 October 2017, ComCo concluded the investigation into SwissPost's **business customers pricing system for letter post services** and imposed a sanction on SwissPost of around CHF 22.6 million (see 2.1 above).

ComCo was also required to assess the following **company mergers**: In the container shipping sector, the Maersk Line A/S gave notice of the takeover of the Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG (HSDG). In connection with digital identity and certification services, SwissPost AG and the Swiss Federal Railways (SBB) gave notice of their acquisition of joint control over SwissSign AG. The merger between Tech Data/Avnet TS related to the sale of IT products. The Tech Data Corporation planned to acquire the Avnet Technology Solutions business division from Avnet Inc. Lastly, ComCo examined a merger planned by BLS AG and Transport Ferroviaire Holding SAS. Here the companies involved intended to acquire joint control of BLS Cargo AG, which was then under the exclusive control of BLS

AG. After the provisional examination of these projects, ComCo gave them all the green light.

The Federal Administrative Court has still to issue a decision in the appeal proceedings in the case relating to **air freight**. Various parties have appealed against the ruling of 2 December 2013, which imposed sanctions totalling around CHF 11 million on 11 airlines for entering into horizontal price-fixing agreements. Also in dispute is whether and to what extent ComCo's ruling will be published. On 30 October 2017, the Federal Administrative Court partially upheld the nine appeals filed in relation to the extent of publication.

## 3.4 Product markets

### 3.4.1 Focus on vertical agreements

On 22 May 2017, ComCo amended its notice on the competition law treatment of vertical agreements, the '**Vertical Notice**', to bring it line with the case law of the Federal Supreme Court as set out in Gaba (BGE 143 II 197). The Federal Supreme Court had reached a landmark decision in the Gaba judgment of 28 June 2016. The grounds for the judgment were published at the end of April 2017. The highest Swiss court made it clear that, as a matter of principle, hard horizontal and vertical agreements significantly affect competition, are unlawful and lead to sanctions, unless they can be justified on the grounds of the economic efficiency. ComCo also took this opportunity to issue **explanatory notes on the Vertical Notice**, in which it answered questions relating to the practical aspects of how Article 5 paragraph 4 Cartel Act should be interpreted. The explanatory notes indicate what forms of restraints of competition are liable to be penalised and how selective distribution systems and restrictions on online trading are assessed under competition law.

The Secretariat was involved in a public discussion of specific examples of excessive prices for imported products in connection with the launch of the **Fair Prices Initiative** ('Put an end to Switzerland as an island of high prices'; see below 3.8.2). No evidence of territorial protection agreements, potentially unlawful under Article 5 paragraph 4 Cartel Act, was found: most cases involved Swiss consumers asking foreign manufacturers directly about products and being told to contact their general importer, branch or subsidiary in Switzerland. In some cases, manufacturers would also have been prepared to deliver directly to Switzerland, but only at Swiss prices. It also emerged that certain examples that had come to public attention were cases which had not been preceded by a specific request for delivery from abroad or that no evidence of such a request was provided, despite repeated demands. Given the legal position, the Secretariat recommended that market participants that wish to make parallel imports should make their request to a foreign dealer that is independent of the manufacturer. Import difficulties that are possibly due to an agreement restricting competition – e.g. between a manufacturer and a foreign dealer independent of the manufacturer, can be reported to the Secretariat.

### 3.4.2 Consumer goods industry and retail trade

In a ruling dated 22 May 2017, ComCo concluded the investigation against **Husqvarna** after finding that there

was an unlawful agreement restricting competition in terms of Article 5 paragraph 4 Cartel Act (see above 2.1)

On 4 July 2017, ComCo opened an investigation into the German company **RIMOWA GmbH**. There is evidence that RIMOWA GmbH has in the past restricted parallel and direct imports of RIMOWA products to Switzerland by means of an export ban in the agreements with its sales partners outside Switzerland. The investigation will assess whether there was an unlawful vertical territory protection agreement in terms of Article 5 paragraph 4 Cartel Act.

On 21 November 2017, ComCo opened an investigation into Bucher AG Langenthal and Brenntag Schweizerhall AG on suspicion of customer sharing in connection with the sale of **AdBlue®** in Switzerland. AdBlue® is a form of liquid urea used to reduce nitrogen oxide emissions in diesel vehicles. The investigation will examine whether the companies under investigation in fact entered into an unlawful agreement under Article 5 paragraph 3 Cartel Act.

### 3.4.3 Watch industry

In the course of the year, the competition authorities received several reports of restrictions on **purchasing spare parts** for watches. As a result, independent watchmakers were allegedly being limited in the after-sales services (in particular making revisions and repairs) they can provide. The allegations related to several different watch brands. The Secretariat added these reports to those in an ongoing preliminary investigation into potential Cartel Act violations relating to after-sales services and questioned the market participants about the market and the position as regards competition.

### 3.4.4 Automotive sector

In relation to the **sales and servicing of new vehicles**, a number of reports were received that the sales and service networks of various Swiss automobile importers had undergone restructuring that had led to the systematic termination of agreements with existing trade and servicing partners. The Secretariat conducted a preliminary investigation and several market monitoring procedures in order to clarify whether any infringements of the Cartel Act had taken place and examined in particular whether the rules in ComCo notice on the competition law treatment of vertical agreements in the automotive trade (MV Notice) had been complied with.

In connection with the **sale of spare parts**, several reports were received that Swiss automobile importers could be forcing their sales and service partners to purchase original spare parts or equivalent quality spare parts from manufacturers or dealers of their choice and to use these parts to repair or service vehicles. The Secretariat looked into these reports as part of a market monitoring procedure. Although it found no evidence of an infringement of the Cartel Act, it concluded that the rules on the sale of spare parts in the MV Notice leave a certain degree of discretion open.

Throughout the year, the Secretariat received many enquiries from end customers relating to a refusal to provide warranty or servicing work and to restrictions on direct imports. In addition, various dealers and workshops en-

quired about a possible right of access to sales and service networks. In order to answer most of these questions, the Secretariat could simply make reference to **Competition Commission's explanatory notes on the MV Notice**.

In the **BMW** case, in a decision dated 24 October 2017, the Federal Supreme Court rejected the appeal by BMW against the judgment of the Federal Administrative Court. The ruling on sanctions issued by ComCo on 7 May 2012 has therefore become legally binding (see 2.2 above).

### 3.4.5 Agriculture

On 13 March 2017, the competition authorities opened an investigation into **Bucher Landtechnik AG** in connection with spare parts for tractors. The investigation aims in particular to clarify whether Bucher prevented parallel imports of spare parts for New Holland tractors by tying the purchase of spare parts to the sale of tractors.

The Secretariat was involved in **around 60 office consultation procedures** on draft legislation and parliamentary proposals relating to agriculture. In particular, it advocated a reduction in border controls. In addition, the Secretariat received several enquiries on agricultural matters, which resulted in meetings, the provision of advisory services and/or market monitoring procedures. For example, the Secretariat was involved in advising on the potential effects on competition of measures taken by the **dairy industry** with a view to the abolition of export contributions from 1 January 2019 under the 'Chocolate Act'.

### 3.4.6 Other sectors

With a ruling dated 27 November 2017, ComCo terminated the investigation into gym80 International GmbH and ratio AG in connection with **fitness machines**. The original indications of unlawful vertical territorial protection agreements restricting imports of fitness machines into Switzerland either could not be substantiated in the investigation or proved to be unfounded.

The Secretariat terminated the preliminary investigation relating to **laboratory reagents** at the end of 2017 with no further action. Laboratory reagents produce a specific chemical reaction on contact with certain other substances. The preliminary investigation failed to reveal sufficient evidence of unlawful agreements on absolute territorial protection in terms of Article 5 paragraph 4 Cartel Act. In particular, a review of the distribution agreements of various foreign manufacturers of laboratory reagents revealed no indications of export bans involving Switzerland. Where contact could be made with the American manufacturers, misleadingly formulated contractual clauses were clarified in correspondence with sales partners.

## 3.5 Internal market

The Federal Act on the Internal Market (Internal Market Act, IMA) guarantees intercantonal freedom of movement and a public bidding process for concessions and cantonal procurements. ComCo monitors compliance with the Internal Market Act.

In relation to inter-cantonal freedom of movement, the focus was on access of craftsmen to the market of the can-

ton of Ticino. The **Ticino Act on Commercial Enterprises** (Legge sulle imprese artigiane, LIA) requires that all skilled trades businesses in the canton of Ticino must be registered. The entry in the LIA register is dependent on proving that personal and professional requirements have been met and is subject to a fee. In ComCo's view, applying the LIA to businesses from outside the canton is an infringement of the IMA. At the end of 2016, ComCo filed three appeals in the cantonal administrative court and made a recommendation to the Canton of Ticino with regard to issues in the LIA. The appeals are still pending before the cantonal administrative court. ComCo has been in contact with the Canton of Ticino with regard to implementing its recommendation. The Canton has promised to change the registration obligation for businesses from other cantons but has yet to implement this. ComCo has received numerous enquiries from skilled trades businesses from around Switzerland asking about registration under the LIA.

At the end of 2016, ComCo approved recommendations to the cantons of Bern, Vaud and Ticino on the authorisation **procedure for providers of various liberal professional services** from other cantons. ComCo assessed whether the recommendations were being followed in the cantons concerned. ComCo's recommendations were being implemented in some cases, in particular by making changes to authorisation practices.

In Switzerland there are differences in cantonal practices on authorising multi-disciplinary law practices incorporated as companies limited by shares (**law firm companies**). ComCo filed two appeals in connection with this in 2016, one involving a law firm company from the canton of Vaud and another involving one from Geneva. In a public hearing, the Federal Supreme Court held on 15 December 2017 in the Geneva case that only lawyers entered on the professional roll can be shareholders of a company of this type. The court explained that this resulted from the requirement to preserve independence and to comply with lawyers' professional confidentiality in terms of the Federal Act on Lawyers.

ComCo is entitled to express its views in proceedings before the Federal Supreme Court on internal market matters. The Federal Supreme Court gave ComCo the opportunity to comment in six cases. ComCo submitted four opinions. One related to the label '**Geneva Region – Terre Avenir**' (GRTA), in which the question was whether the GRTA label is also available for bakery products in which the grain was ground outside the Geneva region (Federal Supreme Court judgment 2C\_261/2017 of 2 November 2017). Another opinion related to the question of the extent to which a **fiduciary** can invoke the IMA or inter-cantonal matters to obtain **authorisation to work** in Ticino.

The two other opinions submitted to the Federal Supreme Court related to public procurement cases. Under the IMA, ComCo also has the task of monitoring compliance with the law on public procurement, in particular in the cantons and communes. ComCo submitted an opinion on the issue of the **principle of plausibility** in a procurement law matter. The main issue in question was the extent to which the authority awarding the contract can make a cor-

rective valuation of the offers submitted (Federal Supreme Court judgment 2C\_1021/2016 and 2D\_39/2016 of 18 July 2017). ComCo also commented from the IMA standpoint on a **prohibition of double sub-contracting** and the sanctions imposed in relation to this. In relation to procurement, ComCo also voiced concerns on competition-related aspects of the revision of the law on public procurement.

At the request of the City of Geneva, ComCo prepared a recommendation on the **structure of a school allowance**. The allowance displayed protectionist character in favour of Geneva businesses. As far as providers from outside the City of Geneva were concerned, the way in which it was planned to pay the subsidy amounted to a restriction of market access, which was not compatible with the IMA. As a consequence of ComCo's recommendation, the City of Geneva has therefore planned to organise the school allowance so that suppliers from outside the City of Geneva are not discriminated against.

Under the IMA, cantonal monopolies can only be transferred in a non-discriminatory bidding procedure. In its judgment dated 6 March 2017, the Federal Supreme Court applied the rules of a public bidding process under Article 2 paragraph 7 IMA to the **licensing of billboard advertising** in Lausanne. ComCo had submitted a comprehensive opinion in the case. In another judgment, dated 1 September 2017, in a case relating to **taxi services** in the Lausanne region, the Federal Supreme Court held that Article 2 paragraph 7 IMA also applies to special use licences.

### 3.6 International

**EU:** The Competition Agreement with the EU, which came into force on 1 December 2014, has certainly proven its value in practice. Anti-competitive practices are increasingly taking on an international dimension. As a result, the Swiss competition authorities and their EU counterparts frequently investigate the same or related cases. In these cases, the Competition Agreement allows ComCo to work closely with the Directorate-General for Competition of the EU Commission, which has proven extremely worthwhile. In particular, the agreement permits an exchange of information that was previously not possible because of official secrecy. ComCo makes active use of the various forms of cooperation with Brussels provided for in the agreement, as this expedites proceedings. As a consequence, the companies involved in the parallel procedures also benefit from the agreement. Several companies have facilitated cooperation between ComCo and the EU Commission, even in cases where information may only be exchanged with their prior written consent, i.e. in the case of information from a voluntary report or amicable settlement. This shows that companies can also benefit in such cases from cooperation between ComCo and the EU Commission.

**Germany:** Exploratory meetings were successfully held with Germany with a view to a bilateral agreement on cooperation in the field of competition. Germany is by far Switzerland's most important trading partner world-wide. Furthermore, Germany is the most important reference market for price comparisons. As a result of large price differences, the potential for cross-border restraints of

competition, for example in online trading, is considerable. Since the start of the Euro crisis in 2011, ComCo has addressed numerous enquiries to German manufacturers and retailers in the course of market investigations. Frequently these have related to the question of whether they prevent parallel and direct imports by Swiss companies or consumers. In view of this, from the point of view of ComCo, a competition agreement with Germany would be welcome.

**OECD:** Representatives of ComCo and the Secretariat attended the two annual meetings of the OECD Competition Committee in Paris. ComCo and SECO made various contributions. In addition to the two long-term topics of market studies and digitalisation, matters discussed included bilateral and multilateral markets. Multilateral markets involve a situation where a supplier (platform) sells two different products to two different customer groups, with the demand of one customer group depending on the demand of the other customer group (indirect network effects). In addition, the working groups of the OECD Competition Committee have begun a review of the OECD recommendations, with a view to revising them if required. The review of the 1998 recommendation relating to combating hard-core cartels effectively is among those already underway.

**ICN:** The competition authorities monitored international developments in competition law as a member of the International Competition Network (ICN). In 2017, the Agency Effectiveness Working Group published two new works, on 'Competition Agency Staff Training Programmes' and 'Competition Agency Use of Social Media'. The cartel-working group held several webinars in which the Secretariat also took part. Among the topics discussed was the responsibility of parent companies for the conduct of their subsidiaries. In addition, the working group, with the assistance of the Swiss authorities, drew up a checklist on the efficiency and effectiveness of voluntary report programmes and a factsheet on calculating penalty sanctions. The Canadian competition authority held a cartel workshop in Ottawa from 4 to 6 October 2017 on the topic of combatting cartels in public procurement. The Head of the Secretariat's Centre of Excellence for Economics took part and made a presentation on the subject of data screening. In 2017, the Merger Working Group published a new version of its recommendation practices for merger notification and review procedures and on the analysis of planned mergers, and also held a workshop in December 2017 in Mexico City. The Unilateral Conduct Working Group is currently preparing a 'workbook' on the analysis of unilateral practices by dominant companies. At the workshop held by the Unilateral Working Group at the end of November 2017 in Rome, the enforcement of competition law in the digital era was one of the main topics. A delegation from ComCo attended the ICN annual conference, which was held in Porto from 10 to 12 May 2017.

**UNCTAD:** The Director of the Secretariat contributed to the fourth regional workshop of Latin American competition authorities on the subject of digitalisation. He made a presentation on the subject of digitalisation and market structures. The Secretariat also supported the activities of the COMPAL cooperation programme this year. One member of staff from the Chilean competition authority completed a three-month internship in the Secretariat.

## 3.7 Legislation

### 3.7.1 Parliamentary proposals

Following the rejection of the planned reform of the Cartel Act in September 2014, the current situation with **parliamentary proposals** for the revision of specific points in the Cartel Act that have been submitted but are still pending is as follows:

- The **Hans Altherr parliamentary initiative** of 25 September 2014 'Excessive import prices. End compulsory procurement on the domestic market' (14.449) plans in the style of German cartel law to introduce a provision into the Cartel Act on combating the abuse of relative market power. The committees of the Council of States and the National Council have approved the parliamentary initiative, but at present the proposal has been suspended.
- The **Hans Hess motion** of 18 June 2015 'For a more effective Cassis de Dijon principle' (15.3631) requires the Federal Council to take measures to ensure that manufacturers expressly permit their sales partners in Switzerland in their distribution agreements to carry out installation, maintenance or guarantee work, etc. for their products as well if these have been purchased directly in the European Economic Area. The Federal Council has prepared a report on abandoning the motion (17.050); the next stage will be for this report to be debated in the National Council.
- The two **de Buman parliamentary initiatives**, 'For appropriate periodical prices in Switzerland' dated 18 March 2016 (16.420) and 'Minor revision to the Cartel Act' dated 30 September 2016 (16.473) were not endorsed and withdrawn respectively.
- The **Fournier motion** of 15 December 2016, 'Improve the position of SMEs in competition proceedings' (16.4094), which demands deadlines for courts, procedural costs for parties, more lenient sanctions for SMEs and the publication of decisions only after they have become legally enforceable, will now be debated in the National Council following its approval by the Council of States.

The **Bischof motion** of 30 September 2016, 'Ban adhesion contracts for online booking platforms for the hotel industry' (16.3902), according to which hotels should be allowed to offer cheaper prices on their websites than on online booking sites, has been approved by both chambers of parliament; the EAER is preparing a draft law.

In relation to the **WAK-N motion** of 14 August 2017, 'Create an effective instrument to prevent unreasonable periodical prices' (17.3629), the National Council is responsible as the first chamber.

### 3.7.2 Fair Prices Initiative

The **Fair Prices Initiative** ('Put an end to Switzerland as an island of high prices – For fair prices'), launched in autumn 2016, demands that the Confederation introduce 'measures to guarantee the non-discriminatory procurement of goods and services abroad and to prevent restraints of competition that are caused by the unilateral conduct of companies with significant market power'. The

initiative was submitted to the Federal Chancellery in December 2017.

### 3.7.3 Modernising merger control procedures

The Federal Council has instructed the EAER to prepare a bill for submission for consultation on the **modernisation of merger control procedures** under the Cartel Act. The test of market dominance that is currently applied in Switzerland should be replaced by the SIEC test ('Significant Impediment of Effective Competition'), which is widely used in the EU. This test allows more account to be taken of the negative and positive effects of mergers, which is expected to have a positive effect on the competitive environment in Switzerland. Swiss Economics conducted a study on behalf of SECO on the introduction of the SIEC test in Switzerland and its effects on Swiss merger control.

SECO has overall responsibility for drafting the bill for submission to consultation SECO; the Secretariat is also involved in this work.

## 4 Organisation and Statistics

### 4.1 Competition Commission and Secretariat

The members of ComCo met for 17 full or half-day plenary sessions in 2017. The number of decisions in investigations and mergers under the Cartel Act and in application of the Internal Market Act can be seen in the statistics (see 4.2).

The following staff changes occurred in ComCo during the report year:

- **Vincent Martenet** stepped down from his position as president on completing his twelve-year term of office and left ComCo at the end of 2017;
- The Federal Council appointed the incumbent vice-president **Andreas Heinemann** to the position of president of ComCo as of 1 January 2018;
- The Federal Council appointed **Danièle Wüthrich-Meyer** vice-president of ComCo as of 1 January 2018;
- **Daniel Lampart**, representative of the Swiss Federation of Trade Unions (SGB), left the Commission at the end of 2017;
- He has been replaced by **Isabel Martínez**, General Secretary for Economic Affairs at the SGB and project manager at the University of St Gallen;
- The vacant position as a member of ComCo created by the departure of the president has been advertised by the GS-EAER since 21 December 2017 and is expected to be filled by April 2018.

ComCo would like to thank **Vincent Martenet** for his tenure as a member and president of ComCo:

The Federal Council elected Vincent Martenet as a member of ComCo from 1 November 2005. In the same year, the University of Lausanne appointed him a professor of constitutional and competition law. It has been his expertise on constitutional matters above all that was the basis for his consistent support for the rule of law in procedures before the competition authorities.

One of his more important tasks came in the evaluation of the Cartel Act conducted from 2006 until the end of 2008. He represented ComCo in the steering group of the Cartel Act evaluation group and at the end of 2008 made a decisive contribution to the evaluation group's detailed report to the Federal Council and its recommendations for broad-based improvements to the Cartel Act in the fields of institutional matters, international cooperation, merger control procedures, vertical agreements and private law enforcement.

The Federal Council appointed Vincent Martenet vice-president of ComCo on 1 January 2008. He continued to fulfil his duty as the 'guardian of the rule of law' with greater responsibility in the presidium of ComCo and significantly helped to shape various landmark rulings during this time (such as the ComCo decisions on GABA/Elmex, Swisscom's pricing policy for ADSL, off-list medicines and the electricians bidding cartel in Bern).

The Federal Council appointed Vincent Martenet president of ComCo on 1 July 2010, as the successor to Walter A. Stoffel. He encountered a difficult moment soon after assuming office, when the Euro suffered a massive loss of value against the Swiss franc. Showing the public, the media and politicians what the competition authorities can and cannot do proved to be a major challenge. There were very high expectations that ComCo would tackle the problems created by increasing price differences. Vincent Martenet managed successfully to determine what competition law could contribute to solving the problem of high prices and to make it clear that competition policy is merely one element of the overall strategy. This insight will be of value to various political proposals aimed at amending the Cartel Act.

In his seven and a half years as president of ComCo, the competition authority has been able to consolidate and refine its practices pertaining to the most harmful forms of restraints of competition, in particular bid rigging, the foreclosure of the Swiss market and the abuse of market dominance. This has contributed to an increasing number of investigations by ComCo being concluded with amicable settlements and correspondingly brief decisions. Vincent Martenet's presidency can be aptly summarised in the three following points:

- **Procedures in accordance with the rule of law:** As a constitutional expert, Vincent Martenet was always concerned that procedures were properly carried out in constitutional terms. He guaranteed that the authorities conducted the procedures correctly. During his term of office, there were practically no complaints from the courts about procedural errors.
- **Quality of decisions:** His guiding principle was that ComCo's decisions must match the highest qualitative standards. On the one hand, the companies involved in the procedures are represented by top-class lawyers; on the other, the decisions of ComCo must be able to stand up to judicial scrutiny.
- **Concentration on the most serious forms of competition law infringements:** Vincent Martenet always gave priority to the worst infringements of

competition law, namely hard cartels, market foreclosures such as the obstruction of parallel imports, and the abuse of market power. In these areas, ComCo reached a series of ground-breaking decisions under his leadership, which have cleared up open questions and created a reliable body of precedent for companies. The decisions on the obstruction of online trading, obstruction of parallel imports, on bid rigging, on sport on pay TV, on the application of gross prices in the wholesale of sanitary facilities, and the first decisions in the LIBOR case are just a few examples.

Vincent Martenet always made sure that the decisions of ComCo were consistently and expertly defended before the appeal courts (the Federal Administrative Court and the Swiss Federal Supreme Court). This certainly contributed to the fact that the courts, with few exceptions, confirmed the Competitions Commission's decisions and that judgments such as GABA/Elmex, BMW, NIKON and Swisscom ADSL (not yet legally binding) are today considered to be highly effective landmark rulings.

His term of office also saw the conclusion of the bilateral Cooperation Agreement with the EU. This is one of the few areas in which a new agreement with the EU has successfully been concluded in recent years. In addition, it continues to be the only cooperation agreement worldwide that permits a comprehensive exchange of information and evidence. The agreement has been in force since 1 December 2014, and so far the competition authority has had very positive experiences with it. Currently, further efforts to expand formal cooperation with other competition authorities are being made. For example, an exploratory report with a view to negotiations on a cooperation agreement with Germany was concluded in autumn 2017. For Vincent Martenet, international cooperation and communication with other competition authorities were important general concerns. He always took time to represent Switzerland and explain the practices of ComCo at the most important meetings of the OECD, the International Competition Network ICN, the European Competition Authorities ECA and at the four-country meeting of the German-speaking competition authorities.

ComCo would like to thank Vincent Martenet for his exceptional service as a member, vice-president and for seven and a half years as president of ComCo. We wish him every success as he continues his professional career at the University of Lausanne and all the very best for his personal future.

There were no changes in key positions in the Secretariat in 2017.

At the end of 2017, the **Secretariat** employed 72 (previous year 73) staff members (full-time and part-time), 43 per cent of whom were women (previous year 40%). This corresponds to a total of 60.9 (previous year 62.7) full-time positions. The staff was made up as follows: 53 specialist officers (previous year 51) (including the executive management; this corresponds to 46.1 full-time positions; previous year 44.4); 5 specialist trainees (previous year 9), which corresponds to 5 (previous year 9) full-time po-

sitions; and 14 members of staff in the Resources and Logistics Division, which corresponds to 9.8 (previous year 9.3) full-time positions.

## 4.2 Statistics

|  | 2016 | 2017 |
|--|------|------|
| <b>Investigations</b>  |      |      |
| Conducted during the year  | 32   | 30   |
| Carried forward from previous year   | 22   | 26   |
| Investigations opened  | 4    | 4    |
| New investigations from divided investigations   | 6    | 0    |
| <b>Final decisions</b>   | 9    | 12   |
| Amicable settlements   | 6    | 2    |
| Administrative rulings   | 2    | 4    |
| Sanctions under art. 49a para. 1 Cartel Act  | 8    | 11   |
| Part-rulings   | 2    | 0    |
| Procedural rulings   | 9    | 1    |
| Other rulings (publications, costs, searches, etc.)  | 3    | 3    |
| Precautionary measures   | 0    | 1    |
| Sanctions proceedings under art. 50 ff. Cartel Act   | 0    | 0    |
| <b>Preliminary investigations</b>  |      |      |
| Conducted during the year  | 14   | 18   |
| Carried forward from previous year   | 11   | 9    |
| Opened   | 3    | 9    |
| Concluded  | 6    | 7    |
| Investigations opened  | 2    | 1    |
| Modification of conduct  | 3    | 3    |
| No consequences  | 1    | 3    |
| <b>Other activities</b>  |      |      |
| Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act   | 0    | 2    |
| Advice   | 27   | 21   |
| Market monitoring  | 42   | 63   |
| Freedom of information applications  | 16   | 9    |
| Other enquiries  | 683  | 635  |
| <b>Mergers</b>   |      |      |
| Notifications  | 22   | 32   |
| No objection after preliminary examination   | 21   | 27   |
| Investigations   | 1    | 3    |
| Decisions of ComCo after investigation   | 0    | 3    |
| Authorisation refused  | 0    | 1    |
| Authorised with conditions/requirements  | 0    | 0    |
| Authorised without reservations  | 0    | 2    |
| Early implementation   | 0    | 0    |
| <b>Appeal proceedings</b>  |      |      |
| Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court      | 39   | 31   |
| Judgments of the Federal Administrative Court  | 9    | 7    |
| Success for the competition authority  | 7    | 5    |
| Partial success  | 0    | 1    |
| Judgments of the Swiss Federal Supreme Court   | 2    | 2    |
| Success for the competition authority  | 2    | 2    |
| Partial success  | 0    | 0    |
| Pending at the end of the year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court) | 28   | 21   |

|  |     |     |
|--|-----|-----|
| Expert reports, recommendations and opinions etc.              |     |     |
| Expert reports (Art. 15 Cartel Act)                            | 0   | 1   |
| Recommendations (Art. 45 Cartel Act)                           | 0   | 0   |
| Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA) | 0   | 3   |
| Follow-up checks   | 0   | 0   |
| Notices (Art. 6 Cartel Act)                                    | 1   | 1   |
| Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)                          | 281 | 210 |
| Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)          | 8   | 8   |
| IMA  |     |     |
| Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)                  | 2   | 1   |
| Expert reports (Art. 10 IMA)                                   | 1   | 5   |
| Explanatory reports (Secretariat)                              | 45  | 73  |
| Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)                    | 1   | 0   |

A glance at the statistics and a comparison with the figures from 2016 reveals the following:

- The number of concluded investigations increased to twelve, seven of which related to bid rigging in the canton of Graubünden. In eleven decisions, sanctions were imposed. The number of newly opened investigations remained unchanged in comparison with the previous year.
- More preliminary investigations were conducted and opened in 2017. The preliminary investigations serve primarily as a triage instrument and not necessarily as the preparation for an investigation. If there are indications of unlawful restraints of competition, e.g. as a result of a voluntary report or a report from a whistle-blower, an investigation can be opened, if necessary directly followed by a search of premises.
- Market monitoring procedures increased by 50% in comparison with the previous year. They serve primarily to determine whether a certain issue is relevant and potentially problematic under competition law.
- Notifications of planned mergers have reached the level of the years before 2016, at 32. Three detailed examinations is a high number in comparison with previous years and they brought a corresponding workload.
- The number of appeals before the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court remains high. The Federal Administrative Court only made one substantive decision in 2017 (regarding door products, see 2.2); the remaining six judgments concerned interim or publication rulings. The Federal Supreme Court delivered two substantive judgments (regarding BMW and builders' supplies, see 2.2), both with success for the competition authority. As of the end of 2017, 21 appeals are pending before the courts.
- A high number of explanatory reports was recorded in connection with the IMA. This is mainly due to the numerous enquiries by skilled trades businesses about the LIA (see 3.5). The number of expert reports has also risen significantly because

ComCo is increasingly invited by the Federal Supreme Court to give an advisory opinion in appeal proceedings concerning the IMA.

## 5 Amicable settlements

Following the introduction of direct sanctions for the most serious violations of the Cartel Act in 2004, it was open to question whether there was any latitude left to reach amicable settlements with companies accused of hard horizontal or vertical agreements affecting competition or the abuse of a dominant position. At any rate, it was unclear what an amicable settlement would bring in such cases, because before direct sanctions were introduced, this instrument helped to speed up the conclusion of cartel proceedings: if a company was willing to adapt its unlawful conduct, the proceedings could be closed without consequences.

The current statutory basis for amicable settlements in Article 29 Cartel Act was introduced in the Cartel Act of 1995. The Federal Council dispatch on this legislation stated that the competition authorities should conclude proceedings as quickly as possible, which meant that reaching an amicable settlement was supposed to be the norm. The mission was clear, and accordingly the Secretariat adopted a practice of proposing measures to the companies under investigation that aimed to remove the suspected unlawful restraint of competition. Provided the company undertook to implement these measures, an amicable settlement had been reached and was submitted to ComCo for approval. ComCo approved the amicable settlements by means of a ruling, which also concluded the investigation, normally without any further consequences. In most cases no conclusive decision was reached on the question of whether there had actually been an unlawful restraint of competition.

In 2003, the Cartel Act of 1995 underwent a revision. According to the Federal Council dispatch from 2001, the main aim of this was to introduce direct sanctions for particularly damaging violations of competition law. The legislative aim on the other hand was clear: companies involved in unlawful hard horizontal and vertical agreements affecting competition, and companies that had abused a dominant position were to be penalised by the competition authorities. It was therefore clear that in cases where there was evidence of Cartel Act violations



that could give rise to sanctions, there was no longer any question of dispensing with a conclusive legal assessment, as had often happened previously when amicable settlements had been reached; this was now only possible in connection with agreements affecting competition under Article 5 paragraph 1 Cartel Act, which although unlawful, did not carry sanctions. It seemed that this brought an end to amicable settlements for violations subject to direct sanctions, but in fact this has not been the case; as is explained below, amicable settlements are still regularly used in sanctions cases and indeed are an attractive solution in these cases.

### 5.1 The competition authorities practice on amicable settlements

Since introduction of direct sanctions in 2004, the investigations carried out by the competition authorities have focused on the most serious violations of the Cartel Act, i.e. on hard horizontal and vertical agreements affecting competition and on the abuse of dominant positions, and as a consequence on restraints of competition that give rise to direct sanctions. Amicable settlements also play a major role in these investigations. Around half of the current sanctions proceedings are concluded by amicable settlements.

An amicable settlement is an option in investigations into all forms of unlawful restraints of competition that fall under Articles 5 and 7 Cartel Act. In the past, by far the majority of amicable settlements related to the elimination of horizontal agreements affecting competition under Article 5 paragraph 3 Cartel Act. But the elimination of vertical agreements affecting competition under Article 5 paragraph 4 Cartel Act and unlawful practices of dominant companies in terms of Article 7 Cartel Act were also the subject of amicable settlements. In all these cases, the companies reaching the amicable settlements undertook to implement specific measures to eliminate the restraint of competition, with the result that ComCo did not need to impose requirements or prohibit certain conduct unilaterally. Companies involved in cartels generally undertook not to exchange strategically relevant information any longer: dominant companies undertook, for example, to continue to supply customers with certain goods, and manufacturers undertook, for example, not to try to influence the retail prices paid by their customers or not to impose limits on passive sales with their partners in Switzerland. Although the amicable settlements led to the restraints of competition being eliminated, the competition authorities were still required in these cases to penalise the companies concerned for their past conduct. The competition authorities have a duty to assess whether sanctions should apply and if so to determine the level of the sanction, even in cases where amicable settlements are concluded.

### 5.2 The attraction of amicable settlements in sanctions cases

#### *Reducing the sanction*

From the company's point of view, concluding an amicable settlement can be of particular interest because it regularly leads to a reduced sanction. The competition authorities' current practice is to reduce the sanction by 5 to 20%, depending on how early the settlement is reached

in the proceedings. For amicable settlements that can be concluded during the investigation, the sanction can be reduced by a maximum of 20%; for settlements reached while the draft decision is being prepared, the reduction is 10 to 15%, and for amicable settlements that are reached after the draft decision has been sent to the parties for their comments in terms of Article 30 paragraph 2 Cartel Act, the sanction may still be reduced by around 5%. These differences in the reduction depending on the stage in the proceedings are intended to increase the incentive for the company to reach a settlement as early as possible in the proceedings.

However, concluding an amicable settlement is not the only scenario in which sanctions may be reduced:

- Where parties have submitted a voluntary report under the *leniency programme*, this can lead to no sanction being imposed at all (on the first party to file a voluntary report), a reduction of a maximum of 50% (for other undertakings that file voluntary reports) or a reduction of a maximum 80% ('Bonus Plus' reports). When added to the maximum reduction for the amicable settlement (20%), this results in a combined maximum reduction of 100% for the first party to report its conduct, up to 60% for other companies filing voluntary reports, or 84% for companies filing 'Bonus Plus' reports, as the reduction is calculated in steps. In practice, a combination of voluntary admissions and amicable settlements is quite common: around a half of the more than 50 companies which have concluded amicable settlements to date have been companies that had filed voluntary reports.
- Outside the leniency programme, it is normal practice, based on Article 6 paragraph 1 of the Cartel Act Sanctions Ordinance, to reward *particularly valuable cooperation* with a reduction in sanctions of up to 20%, which, when added to the maximum reduction for the amicable settlement itself, can result in a combined maximum reduction of 40%. Particularly valuable cooperation includes providing evidence voluntarily, making a formal admission, or agreeing not to dispute the circumstances of the case.

#### *Shorter procedures and rulings*

A further significant advantage for the company lies in saving time and money: when an amicable settlement is concluded, this normally makes the proceedings shorter and the ruling is normally more concise than in investigations that do not lead to an amicable settlement. The significant saving in time is due above all to the fact that the circumstances of the case do not have to be investigated as thoroughly if an amicable settlement is reached and the grounds for the violation of competition law do not need to be explained in such detail, provided the company makes it clear that it is not intending to file an appeal. Even more time can be saved if the company admits its unlawful conduct. Provided that it appears that the facts of the case can be substantiated by the available evidence with legal sufficiency, when the amicable settlement is reached, no further procedures to gather evidence are required and the Secretariat can move on to drafting the decision in accordance with Article 30 paragraph 2

Cartel Act. Experience shows that the response of the company to the draft decision is shorter than in proceedings that do not involve an amicable settlement. The company can also waive its right, wholly or partly, to inspect the case files, and ComCo is normally not required to hold a hearing for the parties under Article 30 paragraph 2 Cartel Act. Normally there is no reason to contest the ruling and an appeal is unnecessary (see 5.2 Section 1 above). The company can put the cartel proceedings behind it quickly and go back to its normal business. The shorter proceedings bring savings on costs.

#### *No appeals (normally)*

The main advantage of amicable settlements from the authority's point of view is that proceedings in which there is an amicable settlement do not normally lead to an appeal. This applies in particular in sanctions proceedings, because in these cases the risk in filing an appeal is greater than in cases in which the company is not fined. Appeal proceedings can take several years in competition cases, tying up valuable resources at the same time.

To date, more than 50 companies have been involved in amicable settlements and only three of them have filed an appeal. The main reason was that they were not in agreement with the sanction imposed by ComCo. Two of those three appeals are currently pending before the Federal Administrative Court. This low percentage of cases taken to appeal shows that companies that reach amicable settlements normally have no reason to challenge ComCo's decision. This is in part because the Secretariat, before concluding an amicable settlement, advises the company concerned of the preliminary results of the investigation, the relevant facts and their significance in competition law and provides an indication of the general magnitude of the sanction that it will ask ComCo to impose. The company is therefore aware of the Secretariat's preliminary assessment and can then decide for or against an amicable settlement and thus whether to have the case dealt with quickly and easily or not.

If it decides to go for an amicable settlement, the competition authorities assume that in principle there are no grounds for contesting their decision, provided it is consistent with the preliminary assessment given by Secretariat. This explains why an amicable settlement does not in principle require an express admission of unlawful conduct or acceptance of the legal assessment: for the competition authorities, the main point is that ComCo's decision will not be challenged. Consequently, it should be enough to reach an amicable settlement for the company to indicate to the authorities that it does not intend to appeal. On the other hand, if a company indicates that it may appeal even if a settlement is reached, the Secretariat can demand an acknowledgement of the circumstances of the case or refuse to agree to a settlement. There is no such thing as a right to an amicable settlement.

From the company's perspective, concluding the proceedings with an amicable settlement becomes attractive when it sees from the preliminary results of the investigation presented by the Secretariat that the relevant facts have been established correctly and that it can expect ComCo and the courts to confirm the preliminary legal assessment. In other words, it makes sense for companies to reach an amicable settlement when they have to accept

that there has been a breach of the Cartel Act. This will be the case, for example, when they have been part of a horizontal cartel on prices, territory or quantities, or party to a vertical agreement on prices (indirect price fixing) or territory (absolute territorial protection), which according to the legal precedent of the Federal Supreme Court in the Gaba cases are a priori significant because of the subject matter.

#### *More positive public effect*

Lastly, a willingness on the part of the companies involved to adapt their behaviour voluntarily under the terms of an amicable settlement, from the point of view of the companies involved, will generally be regarded more positively by the public than if ComCo simply orders the companies not to act in a certain way. When ComCo announces a decision that involves an amicable settlement, the press release on the conclusion of the investigation regularly makes prominent mention of the fact that the company concerned has cooperated with the competition authorities.

### **5.3 The sanctions procedure with amicable settlements**

#### *Opening an investigation due to indications of unlawful restraints of competition*

The basic requirement for the conclusion of an amicable settlement under Article 29 Cartel Act is that the competition authorities have opened an investigation under Article 27 Cartel Act due to indications of an unlawful restraint of competition. In addition, the Secretariat must in a preliminary legal appraisal of the circumstances have come to the conclusion that it is case of an unlawful restraint of competition in terms of Article 5 or 7 Cartel Act. However, this does not mean that an unlawful restraint of competition needs to have been proven entirely and beyond any doubt before the amicable settlement can be reached. The advantage of the amicable settlement lies in the very fact that a comprehensive investigation of the circumstances is no longer necessary and that briefer justification can be given after the settlement is reached (see 1.2 above).

#### *Decision on suitability for an amicable settlement*

If the Secretariat in the preliminary assessment of evidence reaches the provisional conclusion that competition law has been violated, the first step is to decide whether the case is suitable for an amicable settlement. Generally, this is the case if the facts of the case and the legal position are clear to both the Secretariat and the companies concerned and if an appeal is therefore deemed unnecessary. Cases in which the companies involved are convinced that they have not violated competition law and wish to take the case to the appeal courts are unsuitable for an amicable settlement (see 5.2 above).

#### *Examining the interest in an amicable settlement/agreeing the general conditions*

If the case appears suitable for an amicable settlement and the companies show an interest in an amicable conclusion to the proceedings, the Secretariat first sends them the general conditions for negotiating on an amicable settlement and asks them to confirm they have received and read them with their signature.

The topic of the amicable settlement meetings are measures for correcting conduct, the relevant circumstances of the case, their legal appraisal and the level of any sanction. The Secretariat presents its perspective and the parties may comment. Measures to prevent any future restraints of competition are discussed.

The general conditions reassure the companies concerned that their willingness to reach an amicable settlement will be regarded as cooperative conduct by the Secretariat and will be taken into account as a mitigating circumstance in the draft decision. In addition, the general conditions make it clear that appeal proceedings are generally unnecessary once an amicable settlement has been reached.

#### *Indication of the preliminary outcome of investigations*

If the companies agree to the 'rules of the game', the Secretariat will inform them as to the preliminary outcome of investigations. This enables the companies to make an informed decision for or against an amicable settlement depending on the relevant circumstances and their probable appraisal under competition law.

#### *Decision for or against an amicable settlement*

If the companies opt to conclude an amicable settlement, then they will be expected to do the following

- implement voluntary measures to eliminate the restraint of competition that the Secretariat regards as unlawful,
- cooperate with the Secretariat and refrain from making excessively long submissions in order facilitate a swift conclusion to the proceedings, and
- waive the right to appeal as long as the level of the sanction approximates to that proposed by the Secretariat.

In principle, the conclusion of an amicable settlement does not require an acknowledgement of the relevant circumstances and/or of the legal appraisal. However, an acknowledgement can lead to a further reduction of the sanction (see 5.2 above). The Secretariat may for example demand an acknowledgement of the circumstances if there is an indication that the party plans to appeal despite the amicable settlement.

#### *Draft of the amicable settlement/Negotiations on measures*

The draft of the amicable settlement can be prepared by the Secretariat or by the companies themselves. The substance of the measures that the companies are obliged to implement is determined by their alleged conduct. The aim is to correct this conduct in future in order to prevent any further breach of competition law. The obligations must be as clear as possible, so that they can be easily implemented by the companies and so that their implementation can be easily confirmed by the competition authorities. The measures can also consist of an undertaking by the company that it will no longer carry out the alleged conduct, e.g. no longer insist on recommended prices; or no longer stipulate contractual export bans from the European Economic Area into Switzerland in its dealership agreements.

#### *Conclusion of the amicable settlement*

As soon as the Secretariat and the companies have reached an agreement on the substance of the commitments in the amicable settlement, the companies and the Secretariat sign the settlement. Ideally, the settlement takes effect during the investigations into the factual circumstances, for if the relevant facts of the case seem to be sufficiently substantiated by the available evidence, additional evidence gathering is no longer necessary after the conclusion of an amicable settlement, and this can speed up the process (see 5.2 above). After the conclusion of the amicable settlement, the Secretariat normally proceeds directly to prepare the draft decision.

#### *The Secretariat's draft decision*

The Secretariat includes the amicable settlement in its draft decision and requests ComCo to impose a sanction within a specified range, taking account of the conclusion of the amicable settlement by reducing the sanction (see 5.2 above). Before the Secretariat submits the draft decision to ComCo, the parties have the opportunity to comment on it in writing (Art. 30 para. 2 Cartel Act). The statements of the parties are usually much shorter than those in cases without an amicable settlement. In addition, in most cases a hearing by ComCo is rendered unnecessary (Art. 30 para. 2).

#### *Approval and decision of ComCo*

If ComCo or the relevant chamber agrees to the amicable settlement, it approves it and includes the companies' obligations agreed in the settlement in its decision. They replace official arrangements for adapting conduct. Along with the approval of the amicable settlement, in the same ruling, ComCo or the chamber decides on imposing any direct sanctions under Article 49a paragraph 1 Cartel Act. If ComCo or the chamber does not agree to the amicable settlement, it may return the draft decision to the Secretariat with proposals for its revision – something that has only ever occurred once in practice. If ComCo agrees to the amicable settlement, but not with the reasons for the decision, it may amend these.

#### *Implementation of the measures by the companies*

It is up to the companies to ensure that the measures they undertook to carry out in the amicable settlement are implemented after the ruling comes into legal effect. Violations of the amicable settlement can be penalised as violations of official orders (Article 50 and 54 Cartel Act).

## **5.4 Conclusion and outlook**

Overall, amicable settlements are still attractive even after the introduction of direct sanctions, as they help to bring about a swift conclusion to proceedings. Much time is saved, particularly because, generally speaking, after the conclusion of an amicable settlement, a final examination and appeal proceedings are rendered unnecessary. This is just as advantageous to the authority as it is to the companies concerned.

An amicable settlement saves resources for both the competition authorities and the companies. It does not change the result of the investigation in any way, other than making official orders on adapting conduct unneces-

---

sary, and having a mitigating effect on the level of sanctions imposed. In particular, an amicable settlement does not mean that the authorities forego sanctions. However, from the point of view of the companies involved, the public generally regards a voluntary change in conduct in terms of an amicable settlement more positively than prohibitions handed down by ComCo.

Accordingly, from the point of view of the companies, there are many good reasons for reaching an amicable settlement. In order to make the procedure for concluding an amicable settlement more transparent for companies, the Secretariat has published an information sheet on the ComCo website ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblätter > Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen).

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>2. Untersuchungen</b><br>Enquêtes<br>Inchieste |
| B 2.2 | <b>1. Verzinkung</b>                              |

Verfügung vom 30. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Verzinkung wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **ESTECH Industries Holding AG**, in Seon,
2. **Verzinkerei Wettingen AG**, in Wettingen, beide vertreten durch [...];
3. **F. Dietsche Holding AG**, c/o ATC Corporate Services (Zug) GmbH, in Zug,
4. **GALVASWISS AG**, in Felben-Wellhausen,
5. **Epos Verzinkerei AG Däniken**, in Däniken;
6. **Gewa Holding Wattenwil AG**, in Wattenwil,
7. **Verzinkerei Wattenwil AG**, in Wattenwil, beide vertreten durch [...];
8. **HLC Holding AG**, in Wilen,
9. **Verzinkerei Wollerau AG**, in Wilen, beide vertreten durch [...];
10. **SDL Beteiligungs AG**, in St. Urban,
11. **Schweizerische Drahtziegelfabrik AG**, in Lotzwil,
12. **Zinctec AG**, in Egnach, Alle drei vertreten durch [...];
13. **Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV)**, in Luzern;
14. **Verzinkerei Lenzburg AG**, in Lenzburg, vertreten durch [...];
15. **Verzinkerei Oberuzwil AG**, in Oberuzwil, vertreten durch [...];
16. **Verzinkerei Stooss AG in Liquidation**, in Regensdorf;
17. **Verzinkerei Untertlunkhofen AG**, in Untertlunkhofen, vertreten durch [...];
18. **Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation**, c/o Office des Poursuites et Faillites du District de Sion, in Sion.

#### A. Verfahren

##### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob in der Schweiz tätige Feuerverzinkereien unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c und Abs. 1 KG<sup>1</sup> getroffen haben, indem sie Vereinbarungen über Preise und Preisbestandteile sowie die Zuteilung von Gebieten und Geschäftspartner trafen.

##### A.2 Verfahrensparteien

###### A.2.1 GALVASWISS AG, Epos Verzinkerei AG Däniken und F. Dietsche Holding AG

2. Die GALVASWISS AG mit Sitz in Felben-Wellhausen (Kt. TG; nachfolgend: Galvaswiss)<sup>2</sup> wurde 2006 gegründet und bezweckt die Geschäftstätigkeit im Bereich Oberflächentechnik und betreibt in der Schweiz Verzinkungsanlagen in Felben-Wellhausen, Aarberg (Kt. BE) und Pratteln (Kt. BL). Die Galvaswiss betreibt ausserdem eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung; in Aarberg und Felben-Wellhausen verfügt sie zudem über einen Anschluss an das Eisenbahnnetz. Die Galvaswiss gehört zu 100 % der F. Dietsche Holding AG<sup>3</sup> mit Sitz in Zug.

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

<sup>2</sup> Handelsregister des Kantons Thurgau, CHE-113.195.936.

<sup>3</sup> Handelsregister des Kantons Zug, CHE-113.218.052.

3. Die F. Dietsche Holding AG hält daneben auch 100 % der Anteile der im Jahr 1934 gegründeten Epos Verzinkerei AG Däniken (Kt. SO; nachfolgend: Epos)<sup>4</sup>. Obwohl die Epos gemäss Handelsregister u. a. den Betrieb einer Verzinkerei bezweckt, wurde die Verzinkungsanlage bereits im Jahr 2008 von der Inhaberschaft geschlossen.<sup>5</sup> Seitdem bietet die Epos zwar noch selbst Verzinkungsleistungen an und verrechnet diese in eigenem Namen. Die Verzinkungsarbeiten werden seit 2008 allerdings in den Werken der Galvaswiss durchgeführt.<sup>6</sup> Die Transporte von zu verzinkendem Eisen und die entsprechende Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung werden teilweise noch von der Epos selbst durchgeführt.<sup>7</sup>

4. Die Ursprünge der Galvaswiss gehen bis auf die 1950er Jahre zurück. Damals gründete die damalige Inhaberschaft der Tebag AG mit Sitz in Zürich<sup>8</sup> eine erste Verzinkerei in Bettwiesen (Kt. TG): Die Verzinkerei AG, Bettwiesen. In den darauf folgenden Jahrzehnten kamen die Verzinkereien in Felben-Wellhausen, Aarberg und Pratteln hinzu. Ende der 1990er Jahre wurde von diesen insgesamt vier Verzinkereien die Verzinkerei in Bettwiesen stillgelegt. Die Verzinkerei AG, Bettwiesen, fusionierte mit der Verzinkerei Wellhausen AG zur GALVASWISS AG mit Sitz in Bettwiesen, welche die übrigen drei Verzinkereien weiterbetriebe. Die Epos (siehe oben Rz 3) wurde Anfang der 2000er Jahre erworben. Mitte der 2000er Jahre gründete die Inhaberschaft sodann die Galvaswiss sowie die F. Dietsche Holding AG (siehe oben Rz 2). Die Galvaswiss übernahm nach ihrer Gründung alle verbliebenen Verzinkereien von der GALVASWISS AG, Bettwiesen.

### A.2.2. Schweizerische Drahtziegelfabrik AG, Zinctec AG und SDL Beteiligungs AG

5. Die Schweizerische Drahtziegelfabrik AG mit Sitz in Lotzwil (Kt. BE; nachfolgend SDL) wurde im Jahr 1908 gegründet.<sup>9</sup> Sie bezweckt u. a. den Betrieb einer Verzinkerei und verfügt in Lotzwil seit Beginn des 20. Jahrhunderts über eine entsprechende Anlage. Daneben betreibt die SDL eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechender Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>10</sup> Die Anteile der SDL werden zu 100 % von der im Jahr 1998 gegründeten SDL Beteiligungs AG<sup>11</sup> mit Sitz in St. Urban (Kt. LU) gehalten.<sup>12</sup>

6. Im Jahr 2008 übernahm die SDL die Verzinkerei Egnach AG mit Sitz in Egnach (Kt. TG) von der Wiegel-Gruppe aus Deutschland<sup>13</sup> und benannte diese in Zinctec AG<sup>14</sup> (nachfolgend: Zinctec) um.<sup>15</sup> Die Zinctec war bereits im Jahr 1964 gegründet und im Jahr 1997 von der Wiegel-Gruppe übernommen worden. Die Zinctec verfügt an ihrem Sitz über eine Verzinkungsanlage sowie eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechender Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>16</sup>

### A.2.3 Verzinkerei Lenzburg AG

7. Die Verzinkerei Lenzburg AG<sup>17</sup> mit Sitz in Lenzburg (Kt. AG; nachfolgend: VZ Lenzburg) wurde im Jahr 1974 gegründet. Sie bezweckt den Betrieb einer Feuerverzinkerei und verfügt an ihrem Standort über eine entsprechende Anlage. Die VZ Lenzburg hat keine eigene Transportflotte.<sup>18</sup> Die Anlieferung des zu verzinkenden Eisens und die entsprechende Rücklieferung nach durchgeführter

Verzinkung werden entweder durch die Kundschaft selbst oder ein beauftragtes Transportunternehmen durchgeführt.<sup>19</sup>

### A.2.4 Verzinkerei Oberuzwil AG

8. Die Verzinkerei Oberuzwil AG<sup>20</sup> mit Sitz in Oberuzwil (Kt. SG; nachfolgend: VZ Oberuzwil) wurde im Jahr 1972 gegründet und bezweckt die Ausführung von Metallveredelung jeder Art, insbesondere den Betrieb einer Verzinkerei und einer Edelstahlbeizerei. Sie verfügt an ihrem Sitz über Verzinkungsanlage sowie eine Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechender Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>21</sup>

### A.2.5 Verzinkerei Stooss AG (in Liquidation)

9. Im Jahr 1957 wurde die Verzinkerei Stooss AG mit Sitz in Regensdorf (Kt. ZH; nachfolgend VZ Stooss) gegründet. Sie bezweckt den Betrieb einer Verzinkerei und Durchführung aller damit zusammenhängenden Geschäfte. Bis Ende 2015 betrieb sie an ihrem Standort eine Verzinkungsanlage und verfügte über einige Lastwagen zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechender Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>22</sup> Ende 2015 stellte die VZ Stooss den Betrieb ein und befindet sich seitdem in Liquidation.<sup>23</sup>

### A.2.6 Verzinkerei Unterlunkhofen AG

10. Die Verzinkerei Unterlunkhofen AG mit Sitz in Unterlunkhofen (Kt. AG; nachfolgend: VZ Unterlunkhofen)<sup>24</sup> wurde im Jahr 1975 gegründet und bezweckt den Betrieb einer Verzinkerei. Sie verfügt an ihrem Sitz über eine Verzinkungsanlage<sup>25</sup> sowie über eine Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechender Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>26</sup>

<sup>4</sup> Handelsregister des Kantons Solothurn, CHE-102.429.828.

<sup>5</sup> Act. n° VIII.B.2.007, S. 81.

<sup>6</sup> Act. n° VIII.B.2.003, Rz 162 ff.; Act. n° VIII.B.2.010, S. 12.

<sup>7</sup> Siehe Nachweise in Fn 6.

<sup>8</sup> Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-103.939.227.

<sup>9</sup> Handelsregister des Kantons Bern, CHE-102.576.487.

<sup>10</sup> <www.sdl.ch/logistik>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>11</sup> Handelsregister des Kantons Luzern, CHE-101.022.909.

<sup>12</sup> Act. n° VIII.A.2.004, S. 3.

<sup>13</sup> <www.wiegel.de/archiv/archiv-detail/detail/verzinkerei-egnach-wieder-in-schweizer-haenden/>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>14</sup> Handelsregister des Kantons Thurgau, CHE-105.931.484.

<sup>15</sup> Act. n° VIII.A.2.004, S. 5 sowie <www.sdl.ch/de/unternehmen/portrait>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>16</sup> <www.zinctec.ch/de/dienstleistungen/lastwagenflotte>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>17</sup> Handelsregister des Kantons Aargau, CHE-107.117.738.

<sup>18</sup> Act. n° VIII.C.2.003, Rz 86 ff.; Act. n° VIII.C.2.004, Rz 427 ff.; Act. n° VIII.C.2.005, S. 3.

<sup>19</sup> Act. n° VIII.C.2.003, Rz 88 ff.; Act. n° VIII.C.2.004, Rz 429 ff.; Act. n° VIII.C.2.005, S. 3.

<sup>20</sup> Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-101.822.382.

<sup>21</sup> Vgl. <www.vo-oberuzwil.ch/beitrag.php?id=5>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>22</sup> Act. n° III.003, Rz 137 ff.

<sup>23</sup> Act. n° III.003, Rz 85 ff.

<sup>24</sup> Handelsregister des Kantons Aargau, CHE-102.663.672.

<sup>25</sup> Vgl. <www.vzu.ch/>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>26</sup> Act. n° VIII.H.2.003, Rz 97 f.

### A.2.7 Verzinkerei Wattenwil AG und Gewa Holding Wattenwil AG

11. Die Verzinkerei Wattenwil AG mit Sitz in Wattenwil (Kt. BE; nachfolgend: VZ Wattenwil)<sup>27</sup> wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Durchführung von Oberflächenschutz von Metallteilen, wie Lohnverzinkung im Vollbad-Farbbeschichtungen etc., sowie Durchführung aller damit zusammenhängenden Geschäfte. Sie betreibt eine entsprechende Verzinkungsanlage in Wattenwil. Daneben betreibt die VZ Wattenwil eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>28</sup> Am 3. Juli 1996 gründete die Inhaberschaft der VZ Wattenwil die Gewa Holding Wattenwil AG<sup>29</sup>, welche seitdem alle Anteile der VZ Wattenwil hält.

### A.2.8 Verzinkerei Wettingen AG und ESTECH Industries Holding AG

12. Die Verzinkerei Wettingen AG mit Sitz in Wettingen (Kt. AG; nachfolgend: VZ Wettingen)<sup>30</sup> wurde 1972 gegründet. Sie bezweckt insbesondere das Verzinken von Eisenteilen aller Art und betreibt seit ihrer Gründung an ihrem Sitz eine entsprechende Verzinkungsanlage. Daneben betreibt sie eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>31</sup>

13. Seit 2008 hält die ESTECH Industries Holding AG<sup>32</sup> alle Anteile der Verzinkerei Wettingen AG.<sup>33</sup> Die ESTECH Industries Holding AG wurde im Jahr 2006 gegründet und hat ihren Sitz in Seon (Kt. AG). Sie bezweckt den Erwerb, die dauernde Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligung an in- und ausländischen Unternehmen aller Art. Die ESTECH Industries Holding AG ist neben der VZ Wettingen an mehreren weiteren Schweizer Unternehmen aus dem Anlagen- und Maschinenbau beteiligt.<sup>34</sup>

### A.2.9 Verzinkerei Wollerau AG und HLC Holding AG

14. Im Jahr 1975 wurde die Verzinkerei Wollerau AG mit Sitz in Wilen b. Wollerau (Kt. SZ; nachfolgend: VZ Wollerau)<sup>35</sup> gegründet. Sie bezweckt u. a. das Feuerverzinken und die Oberflächenbehandlung von Metallteilen und betreibt eine entsprechende Verzinkungsanlage in Samstagen (Kt. ZH).<sup>36</sup> Daneben verfügt die VZ Wollerau über eine eigene Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>37</sup> Die Anteile der VZ Wollerau hält die im Jahr 1975 gegründete HLC Holding AG, welche ihren Sitz ebenfalls in Wilen b. Wollerau hat.<sup>38</sup>

### A.2.10 Zinguerie, Sablage, Métallisation SA (in Liquidation)

15. Im Jahr 1957 wurde die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA mit Sitz in Sion (Kt. VS; nachfolgend: ZSM)<sup>39</sup> gegründet. Bis Mitte 2013 betrieb sie an ihrem Standort eine Verzinkungsanlage und eine Transportflotte zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung.<sup>40</sup> Mitte 2013 eröffnete das Kantonsgericht Wallis wegen Zahlungsausfällen den Konkurs über die ZSM.<sup>41</sup> Die ZSM stellte daraufhin den Betrieb ein, schloss die Feuerverzinkungsanlage und befindet sich seitdem in Liquidation.<sup>42</sup>

### A.2.11 Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV) und Schweizerische Fachstelle Feuerverzinken (SFF)

16. Die Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien mit Sitz in Luzern (nachfolgend: VSV) ist ein Verein im Sinne der Art. 60 ff. ZGB<sup>43</sup>. Sie wurde im Jahr 1936 gegründet und bezweckte gemäss der Statuten vom 11. Mai 2007 die Wahrung und Förderung der Interessen von Feuerverzinkungsunternehmen u. a. in den Bereichen „Marketing“ und „Preisbildung“.<sup>44</sup> In ihren Organen (Vorstand, Generalversammlungen, Kommissionen bzw. Fachausschüssen) kamen und kommen die VSV-Mitgliedsunternehmen in unterschiedlichen Konstellationen zusammen. Von 1990 bis 2007 war [...] Präsident der VSV. Seit 2007 nimmt [...] dieses Amt wahr.

17. Von den vorne genannten Verfahrensparteien waren im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des verschärften Kartellrechts am 1. April 2004<sup>45</sup> und dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung im Februar 2016 folgende Verzinkungs-Gesellschaften (zeitweise Mitglieder der VSV:<sup>46</sup> Die Epos (Austritt Ende 2012), die SDL (Austritt Ende 2015), die Zinctec (Austritt Ende 2015)<sup>47</sup>, die VZ Lenzburg, die VZ Oberuzwil, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil, die VZ Wettingen (Austritt Ende 2015), die VZ Wollerau und die ZSM (bis zum Konkurs im Jahr 2013). Darüber hinaus waren folgende Verzinkungsgesellschaften im genannten Zeitraum zeitweise VSV-Mitglieder:<sup>48</sup> Die Metallizzazione SA<sup>49</sup> mit Sitz in Lamone (Kt. TI; Austritt Ende 2004), die Givel S.A.<sup>50</sup> mit Sitz in Montagny-près-Yverdon (Kt. VD; Austritt Ende 2005), die

<sup>27</sup> Handelsregister des Kantons Bern, CHE-101.412.943.

<sup>28</sup> Siehe <[www.verzinkerei-wattenwil.ch/](http://www.verzinkerei-wattenwil.ch/)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>29</sup> Handelsregister des Kantons Bern, CHE-103.501.658.

<sup>30</sup> Handelsregister des Kantons Aargau, CHE-102.110.580.

<sup>31</sup> Siehe <[www.verzinkereiwettingen.ch/](http://www.verzinkereiwettingen.ch/)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>32</sup> Handelsregister des Kantons Aargau, CHE-112.986.585.

<sup>33</sup> Act. n° VIII.F.2.004, S. 1.

<sup>34</sup> Vgl. <[www.estech.ch/ueber-uns/estech-industries/geschichte.html](http://www.estech.ch/ueber-uns/estech-industries/geschichte.html)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>35</sup> Handelsregister des Kantons Schwyz, CHE-105.936.866.

<sup>36</sup> Bis 1982 befand sich die Verzinkungsanlage noch in Wilen b. Wollerau; vgl. <https://verzinkerei-wollerau.ch/portraet/meilensteine>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>37</sup> <https://verzinkerei-wollerau.ch/dienstleistungen/transport>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>38</sup> Vgl. Handelsregister des Kantons Schwyz, CHE-101.269.456.

<sup>39</sup> Handelsregister des Kantons Wallis, CHE-101.847.241.

<sup>40</sup> Act. n° III.004, Rz 111 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Handelsregister des Kantons Wallis, CHE-101.847.241.

<sup>42</sup> Act. n° III.004, Rz 106 ff.; s. a. <[www.lenouvelliste.ch/articles/valais/valais-central/sion-la-zinguerie-ferme-ses-portes-30-emplois-a-la-trappe-282426](http://www.lenouvelliste.ch/articles/valais/valais-central/sion-la-zinguerie-ferme-ses-portes-30-emplois-a-la-trappe-282426)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>43</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907; SR 210.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 2 VSV-Statuten vom 11. Mai 2007; Act. n° VIII.I.2.001, Beilage 2. Die VSV-Statuten wurden mit Beschluss vom 12. Mai 2017 geändert, s. dazu Act. n° I.165a. Die genannten Formulierungen finden sich nun nicht mehr in den VSV-Statuten.

<sup>45</sup> Vgl. AS 2004 1328.

<sup>46</sup> Siehe dazu Act. n° VIII.I.2.001, Beilage 1.

<sup>47</sup> Im Jahr 2010 war die Zinctec zweitweise nicht Mitglied der VSV; Act. n° VIII.I.2.001, Beilage 1, S. 1.

<sup>48</sup> Siehe dazu Act. n° VIII.I.2.001, Beilage 1.

<sup>49</sup> Handelsregister des Kantons Tessin, CHE-101.620.513.

<sup>50</sup> Handelsregister des Kantons Waadt, CHE-102.752.809.

Zinguerie de Renens SA mit Sitz in Crissier (Kt. VD; Austritt Ende 2006), welche bereits 2005 von der First Industries SA<sup>51</sup> gekauft worden war und im Jahr 2009 die Feuerverzinkungsanlage schloss, sowie die Wiegel Emmen Feuerverzinken AG mit Sitz in Emmen (Kt. LU), die im Jahr 2007 den Betrieb einstellte. Die VZ Stooss und die Verzinkungsgesellschaften der Galvaswiss-Gruppe waren in der Zeit vor 2000 zeitweise Mitglieder der VSV.<sup>52</sup>

18. Im Sommer 2002 schlossen die VSV sowie die Verzinkereien der Galvaswiss-Gruppe eine Vereinbarung über die Errichtung der Schweizerischen Fachstelle Feuerverzinken (nachfolgend: SFF).<sup>53</sup> Mittels „Mandatsvertrag“ zwischen der VSV und der Galvaswiss-Gruppe wurde [...] mit der Leitung der SFF beauftragt.<sup>54</sup> Die SFF war als die VSV ergänzendes Marketinginstrument konzipiert, welches dazu diente, die Leistungsfähigkeit der Feuerverzinkung nachzuweisen und den Marktanteil der Schweizer Feuerverzinkungsindustrie zu steigern.<sup>55</sup> Die Marketingtätigkeit des Fachstellenleiters wurde von einem SFF-Ausschuss, in dem sowohl die Galvaswiss als auch VSV-Mitglieder Einsitz nahmen, präzisiert und kontrolliert. Mitte 2014 kündigte die Galvaswiss die Verträge. Die VSV beschloss daraufhin, die SFF unter der Leitung von [...] alleine weiter zu führen.<sup>56</sup>

### A.3 Verfahrensgeschichte

#### A.3.1 Untersuchungseröffnung und Hausdurchsuchungen

19. Im Jahr 2015 reichten die SDL Beteiligungs AG, die SDL sowie die Zinctec bei den Wettbewerbsbehörden eine Selbstanzeige ein, welche die Gesellschaften auf Nachfrage des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) mehrfach ergänzten.<sup>57</sup> Am 7. September 2015 versandte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a–c SVKG<sup>58,59</sup> Die Gesellschaften stellten den angezeigten Wettbewerbsverstoss erst nach Rücksprache mit den Wettbewerbsbehörden vollständig ein.<sup>60</sup>

20. Aus der Selbstanzeige ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die vorne genannten Verzinkungsgesellschaften im Rahmen der Zusammenarbeit in der VSV und der SFF unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c und Abs. 1 KG getroffen haben könnten. Insbesondere lagen Anhaltspunkte vor, wonach die Verfahrensparteien:

- Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge gemeinsam festgelegt und umgesetzt haben;
- Transportmehrkostenzuschläge gemeinsam festgelegt und umgesetzt haben;
- Preise und Preiserhöhungen für Verzinkungen gemeinsam festgelegt und umgesetzt haben;
- Kunden und Gebiete untereinander zu- und aufgeteilt haben.

21. Das Sekretariat eröffnete daher am 15. Februar 2016 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen die vorne genannten Gesellschaften sowie die VSV und die SFF die Untersuchung 22-0469: Verzinkung gemäss Art. 27 ff. KG.<sup>61</sup> Das Sekretariat entschied gemäss Art. 33a Abs. 1 VwVG, die Untersuchung auf Deutsch zu

führen, worüber sie die ZSM, welchen ihren Sitz im französischsprachigen Teil des Wallis hat und deren Organe nach Kenntnis des Sekretariats vornehmlich auf Französisch kommunizierten, im Verfahrensverlauf mehrfach in Kenntnis setzte.<sup>62</sup>

22. Am 16. Februar 2017 führte das Sekretariat an insgesamt neun Orten in der Deutschschweiz Hausdurchsuchungen durch<sup>63</sup> und stellte Dokumente<sup>64</sup> sicher. Während der Hausdurchsuchung wurden erste Einvernahmen durchgeführt<sup>65</sup> bzw. Selbstanzeigen protokolliert (siehe dazu sogleich Rz 23 ff.).

#### A.3.2 Weitere Selbstanzeigen

23. Am Tag der Hausdurchsuchungen reichten die Galvaswiss (um 9:32 Uhr), die VZ Lenzburg (um 10:02 Uhr), die VZ Wattenwil (um 11:34 Uhr), die VZ Wollerau (um 13:00 Uhr) und die VZ Wettingen (um 18:42 Uhr) jeweils (per E-Mail oder per Fax) einen Marker für eine Selbstanzeige ein.<sup>66</sup> Am 17. Februar 2017 reichten die VZ Oberuzwil (um 16:33 Uhr) und die VZ Unterlunkhofen (um 18:08 Uhr) jeweils Marker per E-Mail ein.<sup>67</sup> Diese Marker wurden vom Sekretariat unverzüglich bestätigt. Die VSV und die SFF reichten anlässlich der Parteieinvernahme am 26. Februar 2017 Selbstanzeigen ein.<sup>68</sup>

24. Vertreter der Galvaswiss, der VZ Lenzburg sowie der VZ Wollerau stellten sich noch am Tag der Hausdurchsuchungen für Befragungen im Rahmen der Selbstanzeigen zur Verfügung.<sup>69</sup> In den darauffolgenden Tagen setzte das Sekretariat den Verzinkungsgesellschaften sodann Fristen zur Einreichung von schriftlichen Selbstanzeigen,<sup>70</sup> soweit solche nicht bereits anlässlich der Hausdurchsuchung gesetzt wurden.<sup>71</sup> Innerhalb dieser Fristen bzw. erstreckter Fristen reichten die Verzinkungsgesellschaften entsprechende Schreiben ein.<sup>72</sup> Die eingereichten schriftlichen Selbstanzeigen der Galvaswiss, der VZ Wattenwil, der VZ Wollerau, der VZ Wettingen, der VZ Oberuzwil sowie der VSV und der SFF waren aus Sicht

<sup>51</sup> Handelsregister des Kantons Waadt, CHE-114.285.513.

<sup>52</sup> Siehe Act. n° III.003, Rz 220 ff.; Act. n° VIII.I.2.001, Beilage 1, S. 3 f.

<sup>53</sup> Siehe dazu insbesondere Act. n° VIII.I.2.002, Rz 2 sowie Beilage 1.

<sup>54</sup> „Mandatsvertrag“ gemäss Act. n° VIII.I.2.002, Beilage 2.

<sup>55</sup> Act. n° VIII.I.2.002, Beilage 1.

<sup>56</sup> Act. n° VIII.I.2.002, Beilage 2.

<sup>57</sup> Siehe Act. n° VIII.A.2.001–VIII.A.2.008.

<sup>58</sup> Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung), SR 251.5.

<sup>59</sup> Act. n° VIII.A.1.005.

<sup>60</sup> Vgl. Act. n° VIII.A.1.005.

<sup>61</sup> Vgl. SHAB vom 1.3.2016, Nr. 42 (Act. n° I.043) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 15.2.2016 (Act. n° I.003–I.017).

<sup>62</sup> Act. n° I.006; III.004.

<sup>63</sup> Act. n° I.019–I.026.

<sup>64</sup> Gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokolle in Act. n° II.A.001; II.B.001; II.C.001; II.D.001; II.E.001; II.F.001; II.G.001.

<sup>65</sup> Act. n° III.001.

<sup>66</sup> Siehe Act. n° VIII.B.2.001; VIII.C.2.001; VIII.D.2.001; VIII.E.2.001; VIII.F.2.001.

<sup>67</sup> Siehe Act. n° VIII.G.2.001; VIII.H.2.001.

<sup>68</sup> Siehe Act. n° III.002; VIII.I.2.001; VIII.I.2.002.

<sup>69</sup> Act. n° VIII.B.2.003; VIII.C.2.003; VIII.E.2.003.

<sup>70</sup> Act. n° VIII.D.1.001.; VIII.F.1.002; VIII.G.1.001; VIII.H.2.003.

<sup>71</sup> Vgl. Nachweise in Fn 69.

<sup>72</sup> Act. n° VIII.B.2.007; VIII.D.2.005; VIII.E.2.004.



des Sekretariats ergänzungsbedürftig,<sup>73</sup> weshalb die Unternehmen auf Verlangen des Sekretariats ihre Selbstanzeigen wiederholt schriftlich und mündlich präzisierten.<sup>74</sup> Die VZ Lenzburg und die VZ Unterlunkhofen ergänzten ihre Selbstanzeigen ebenfalls mündlich bzw. schriftlich.<sup>75</sup>

25. Die Selbstanzeigerinnen stellten den angezeigten Wettbewerbsverstoss mit Einreichung der Selbstanzeigen ein. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 versandte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission an die Selbstanzeigerinnen Mitteilungen gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a–c SVKG.<sup>76</sup>

26. Die VZ Wollerau setzte am 3. April 2017 einen Marker für eine Selbstanzeige betreffend einen anderen Wettbewerbsverstoss.<sup>77</sup> Das Sekretariat bestätigte diesen Marker und setzte eine Frist zur Einreichung einer Selbstanzeige.<sup>78</sup> Die VZ Wollerau reichte im Folgenden eine Selbstanzeige ein und ergänzte diese.<sup>79</sup> Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 versandte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission an die VZ Wollerau eine Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a–c SVKG.

### A.3.3 Ermittlungshandlungen

27. Das Sekretariat sichtete laufend die Selbstanzeigen, die Ergänzungen der Selbstanzeigenden und die eingereichten Dokumente. Daneben prüfte es die bei den Hausdurchsuchungen beschlagnahmten bzw. sichergestellten Dokumente.<sup>80</sup> Wie bereits erwähnt, ging es dabei wiederholt (im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeigen oder mittels Fragenkatalogen) auf die Selbstanzeigerinnen zu, um konkrete Einzelfragen (z. B. zu den Sockelpreislisen oder auch zum Markt) abzuklären.<sup>81</sup>

28. Des Weiteren führte das Sekretariat mit der VZ Oberuzwil, der VZ Stooss sowie der ZSM jeweils eine Parteieinvernahme durch.<sup>82</sup> Daneben vernahm das Sekretariat [...] (bis Ende 2013 Inhaber der SDL, Zinctec und SDL Beteiligungs AG) sowie [...] (angestellter Geschäftsführer der VZ Wettingen vom 1. Januar 2008 bis 31. August 2013) als Zeugen.<sup>83</sup>

### A.3.4 Beteiligung Dritter

29. Am 30. März 2016 wandte sich die Schweizerische Bundesbahnen SBB<sup>84</sup> (nachfolgend: SBB) an das Sekretariat und beantragte, als Partei des Verfahrens „22-0469: Verzinkung“ zugelassen zu werden, da sie insbesondere von der Galvaswiss und der SDL in grösserem Umfang Verzinkungsleistungen bezogen habe.<sup>85</sup> Auf Nachfrage des Sekretariats präzisierte die SBB den Antrag und dessen Begründung und beantragte, als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG *mit Parteistellung* zum Verfahren zugelassen zu werden.<sup>86</sup>

30. Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 leitete das Sekretariat den Antrag und dessen Begründung an die Verfahrensparteien mit Frist zur Stellungnahme weiter.<sup>87</sup> Innert Frist teilten die Galvaswiss, die Epos, die SDL, die Zinctec, die VZ Oberuzwil, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau und die VZ Wettingen mit, sie würden auf eine Stellungnahme verzichten bzw. hätten keine Einwände gegen eine allfällige Parteistellung der SBB.<sup>88</sup> Die VZ Lenzburg beantragte, der SBB keine Parteistellung zu gewähren.<sup>89</sup>

Darüber hinaus gingen beim Sekretariat keine weiteren Stellungnahmen betreffend den Antrag der SBB ein.

31. Mit Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2016 hiess das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums den Antrag der SBB teilweise gut und entschied, dass die SBB als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG *ohne Parteistellung* zum Verfahren „22-0469: Verzinkung“ zugelassen wird.<sup>90</sup> Das Sekretariat eröffnete diese Zwischenverfügung den Verfahrensparteien sowie der SBB mit Schreiben vom 25. Oktober 2016.<sup>91</sup> Gegen die Entscheidung wurden keine Rechtsmittel eingelegt, sie ist rechtskräftig.

### A.3.5 Abschluss einer einvernehmlichen Regelung

32. Teile der Selbstanzeigerinnen hatten schon früh im Verfahren den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG angeregt, um das Untersuchungsverfahren schnell und kostengünstig zum Abschluss zu bringen. Das Sekretariat ging daher Anfang Juli 2016 auf alle noch aktiven Verfahrensparteien (d. h. Epos, Galvaswiss, SDL, Zinctec, VZ Lenzburg, VZ Oberuzwil, VZ Unterlunkhofen, VZ Wattenwil, VZ Wettingen, VZ Wollerau sowie die VSV) zu, um abzuklären, ob diese Verfahrensparteien bei Beachtung der Rahmenbedingungen des Sekretariats betreffend die Gespräche über eine einvernehmliche Regelung am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung interessiert waren.

33. Nachdem alle kontaktierten Verfahrensparteien ihr Interesse bekundet und die unterzeichneten Rahmenbedingungen eingereicht hatten, legte das Sekretariat diesen Verfahrensparteien im November 2016 ein vorläufiges Ermittlungsergebnis<sup>92</sup> sowie einen Entwurf über eine einvernehmliche Regelung vor. Die Gespräche über diese Dokumente erfolgten ab Januar 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats. Im März 2017 schlossen die SDL, die Zinctec, die VZ Lenzburg, die VZ Oberuzwil, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau sowie die

<sup>73</sup> Siehe etwa die Schreiben des Sekretariats Act. n° VIII.B.1.002; VIII.B.1.003; VIII.D.1.009; VIII.E.1.006; VIII.F.2.007; VIII.G.2.005; VIII.I.2.004.

<sup>74</sup> Act. n° VIII.B.2.009 ff.; VIII.D.2.004 ff.; VIII.E.2.005 f.; VIII.F.2.008 ff.; VIII.G.2.007 ff.; VIII.I.2.005 ff.

<sup>75</sup> Act. n° VIII.C.2.004 ff.; VIII.H.2.004 f.

<sup>76</sup> Act. n° VIII.B.1.006; VIII.C.1.004; VIII.D.1.015; VIII.E.1.013; VIII.F.1.013; VIII.G.1.007; VIII.H.1.005; VIII.I.1.005.

<sup>77</sup> Act. n° VIII.J.2.001–VIII.J.2.003.

<sup>78</sup> Act. n° VIII.J.1.001; VIII.J.2.004.

<sup>79</sup> Act. n° VIII.J.2.005–VIII.J.2.008.

<sup>80</sup> Gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokolle in Act. n° II.A.001; II.B.001; II.C.001; II.D.001; II.E.001; II.F.001; II.G.001.

<sup>81</sup> Act. n° VIII.A.1.013; VIII.B.1.002; VIII.B.1.003; VIII.B.1.005; VIII.B.2.013; VIII.C.2.003 f.; VIII.D.1.009; VIII.D.2.004; VIII.E.1.006; VIII.F.1.005; VIII.F.2.007; VIII.F.2.011; VIII.G.1.005; VIII.G.2.008; VIII.H.2.003; VIII.I.1.001; VIII.I.2.004.

<sup>82</sup> Act. n° III.001; III.003 f.

<sup>83</sup> Act. n° III.005 f.

<sup>84</sup> Handelsregister des Kantons Bern, CHE-102.909.703.

<sup>85</sup> S. Act. n° I.047.

<sup>86</sup> Act. n° I.056.

<sup>87</sup> Act. n° I.059–I.068.

<sup>88</sup> Act. n° I.069, I.070, I.071, I.073, VIII.A.1.020.

<sup>89</sup> Act. n° I.072.

<sup>90</sup> Act. n° I.128.

<sup>91</sup> Act. n° I.127 f.

<sup>92</sup> Act. n° I.137–I.144.

VSV mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung ab.<sup>93</sup> Die VZ Wettingen sowie die Epos und die Galvaswiss schlossen eine solche im Mai bzw. im Juli 2017 ab.<sup>94</sup> Auf den Inhalt der einvernehmlichen Regelungen wird in den Rz 176 ff. eingegangen.

34. Da die ZSM den Betrieb Mitte 2013 einstellte, die Feuerverzinkungsanlage schloss und seitdem zahlungsunfähig ist (siehe oben Rz 15), sind der ZSM gegenüber ohnehin keine Massnahmen angezeigt (siehe unten Rz 181 f.) und sie kann auch nicht sanktioniert werden (siehe Rz 185). Das Sekretariat hat daher darauf verzichtet, mit der ZSM Gespräche über eine einvernehmliche Regelung zu führen und die ZSM darüber informiert.<sup>95</sup> Die ZSM hat in der Folge nicht verlangt, dass mit ihr eine einvernehmliche Regelung zu schliessen sei.

35. Da zum Zeitpunkt des Beginns der Gespräche über eine einvernehmliche Regelung keine Anhaltspunkte für eine Beteiligung der VZ Stooss an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mehr vorlagen (siehe zur Beteiligung der VZ Stooss insbesondere Rz 95), hat das Sekretariat auch darauf verzichtet, mit der VZ Stooss Gespräche über eine einvernehmliche Regelung zu führen und die VZ Stooss darüber informiert.<sup>96</sup> Die VZ Stooss hat in der Folge nicht verlangt, dass mit ihr eine einvernehmliche Regelung zu schliessen sei.

### A.3.6 Akteneinsicht

36. Im Rahmen der Gespräche über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bat das Sekretariat die Verfahrensparteien, ihm mitzuteilen, ob die Verfahrensparteien zur Verfahrensverkürzung und Kostenvermeidung auf die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts verzichten. Diese Verfahrensparteien erklärten – teilweise unter der ausdrücklichen Bedingung, dass sich das Sekretariat entsprechend der einvernehmlichen Regelung verhält –, auf ihr Akteneinsichtsrecht zu verzichten.<sup>97</sup> Der VZ Stooss und der ZSM gab das Sekretariat auch die Möglichkeit, Akteneinsicht zu nehmen.<sup>98</sup> Von dieser Möglichkeit machten die beiden Verfahrensparteien in der Folge keinen Gebrauch.

### A.3.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien

37. Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu. Die SBB wurde über den Versand des Antrags an die Verfahrensparteien informiert, ohne dass ihr der Antrag zugestellt wurde. Zum Antrag nahmen die VSV, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil sowie die VZ Lenzburg Stellung.<sup>99</sup> Drei weitere Unternehmen verzichteten ausdrücklich auf eine Stellungnahme.<sup>100</sup> Die übrigen Verfahrensparteien reichten keine Stellungnahmen ein.

38. In den eingereichten Stellungnahmen gingen die Unternehmen sowie die VSV im Wesentlichen auf die Sanktionierung bzw. die Kostentragungspflicht ein. Sie stellen hingegen weder den vom Sekretariat festgestellten Sachverhalt noch den Kartellrechtsverstoss gemäss Antrag in Frage. Vertieft wird auf diese Stellungnahmen an entsprechender Stelle in dieser Verfügung eingegangen (siehe unten Rz 184 ff. und Rz 261). Bereits hier sei vorab auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hingewiesen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft

und bei der Entscheidungsfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass in der Verfügung eine Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wären. Vielmehr kann sich die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die für die Entscheidung wesentlichen Punkte beschränken.<sup>101</sup>

39. Weiter ist zu betonen, dass die Parteien gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder basierend auf Art. 29 VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV einen grundsätzlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung haben.<sup>102</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat dies in Bezug auf kartellrechtliche Untersuchungen bestätigt.<sup>103</sup>

## B. Sachverhalt

### B.1 Übersicht

40. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut. Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (siehe Rz 41 ff.). Anschliessend wird die Verzinkungsbranche in der Schweiz beschrieben, insbesondere die dort tätigen Unternehmen sowie deren Marktanteile (siehe Rz 44 ff.). Sodann wird – und hier liegt der Schwerpunkt der Ausführungen zum Sachverhalt – der kartellrechtlich relevante Sachverhalt im Einzelnen erörtert (siehe Rz 62 ff.).

### B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

41. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>104</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>105</sup>).

<sup>93</sup> Act. n° I.149–I.155.

<sup>94</sup> Act. n° I.162 bzw. I.182.

<sup>95</sup> Vgl. Act. n° I.086.

<sup>96</sup> Vgl. Act. n° I.086.

<sup>97</sup> Act. n° I.181; VIII.A.2.013; VIII.B.2.020; VIII.C.2.006; VIII.D.2.007 f.; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.011; VIII.H.2.005; VIII.I.2.012.

<sup>98</sup> I.166 f.

<sup>99</sup> Act. n° VI.019; VI.020; VI.022; VI.030; VI.033; VIII.C.007; VIII.D.2.009.

<sup>100</sup> Act. n° VI.015; VI.023; VI.031.

<sup>101</sup> Urteil des BGer 4A\_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

<sup>102</sup> BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren), N 530.

<sup>103</sup> Urteil des BVer B-8404/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, SFS unimarket AG/WEKO.

<sup>104</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>105</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

42. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>106</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>107</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>108</sup>

43. Diesen Grundsätzen wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung getragen.

### B.3 Feuerverzinkungsbranche in der Schweiz

44. Im Folgenden werden die Struktur und Verhältnisse in der Feuerverzinkungsbranche (hauptsächlich) in der Deutschschweiz sowie im Wallis dargelegt.

#### B.3.1 (Feuer-)Verzinkung zum Schutz vor Korrosion

45. Witterungseinflüsse und Luftverunreinigungen lassen Stahl korrodieren. Solche Korrosionsschäden können mittels verschiedenen Schutzsystemen reduziert werden. Im Allgemeinen wird zwischen folgenden Korrosionsschutzsystemen unterschieden: 1. Verzinken, 2. (Farb-)Beschichten und 3. Duplex-Systeme. Durch *Verzinken* werden Bauteile aus Stahl (z.B. Stahlträger oder Geländer, sowie Kleinteile wie Schrauben, Gewinde etc.) mit einem metallischen Überzug aus Zink überzogen, wobei

wiederum zwischen den folgenden zwei Verzinkungsverfahren unterschieden werden kann: Dem Feuerverzinken sowie dem galvanischen resp. elektrolytischen Verzinken. Bei der (*Farb-*)*Beschichtung* wird eine Lackschicht (Pulver- oder Nasslack) auf die Stahlbauteile aufgetragen. *Duplex-Systeme* sind eine Kombination einer Verzinkung mit einer oder mehreren nachfolgenden Beschichtungen. 46. Unterschiede zwischen diesen Korrosionsschutzverfahren bestehen vor allem hinsichtlich der Nutzungsdauer des behandelten Stahls sowie des erforderlichen Aufwands und damit der Kosten der Verarbeitung. Das Duplex-Verfahren hat die wohl längste Nutzungsdauer. Dessen Nutzungsdauer liegt bei etwa 60 Jahren im Freien, während die von feuerverzinkten Stahlteilen zwischen 40 und 50 Jahren liegt<sup>109</sup>. Eine reine Farbbeschichtung hält im Freien noch weniger lang. Der Aufwand für eine Verarbeitung gemäss Duplex-Verfahren ist aufwendiger und teurer als eine reine Verzinkung. Gemäss Angaben der Verfahrensparteien ist die Feuerverzinkung im Vergleich zu anderen Korrosionsschutzverfahren und bezogen auf die resultierende Nutzungsdauer ein eher preiswertes Verfahren.<sup>110</sup> Da die Verfahrensparteien hauptsächlich Anlagen zur Feuerverzinkung betreiben (siehe unten Rz 49), wird nachfolgend dieses Korrosionsschutzverfahren näher beschrieben.

47. Das Feuerverzinken ist ein mehrstufiges Schmelz-Tauchverfahren und kann nur bei Stahl angewendet werden. Es gewährleistet aufgrund der grossen Schichtdicken des Zinküberzugs langandauernden und widerstandsfähigen Korrosionsschutz. Das meist verbreitete Feuerverzinkungsverfahren im Baubereich ist das Stückverzinken gemäss EN ISO 1461, bei dem Stahlteile einmalig mit einer Zinkschicht der Dicke 50-150 µm überzogen werden<sup>111</sup>. Auf der folgenden Abbildung sind die Bearbeitungsschritte der Feuerverzinkung von Einzelstücken abgebildet:

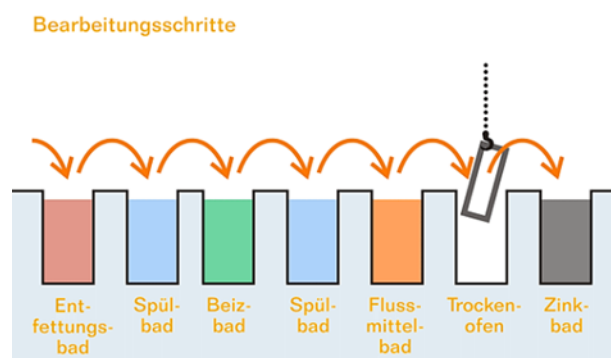


Abbildung 1: Bearbeitungsschritte Feuerverzinkung<sup>112</sup>

<sup>106</sup> Vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>107</sup> Vgl. z. B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>108</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

<sup>109</sup> SFF: Ratgeber Korrosionsschutz.

<sup>110</sup> Act. n° VIII.F.2.012, S. 3.

<sup>111</sup> SFF: Ratgeber Korrosionsschutz, Seite 4.

<sup>112</sup> <[www.bachofer.de/zink/feuerverzinken/stueckverzinkung\\_verfahren.html](http://www.bachofer.de/zink/feuerverzinken/stueckverzinkung_verfahren.html)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

48. Im Einzelnen läuft der Feuerverzinkungsprozess Folgendermassen ab: Zu Beginn der Verzinkung werden im Entfettungsbad Fette und Öle in einem sauren oder basischen Entfettungsbad von der Stahloberfläche gelöst. Anschliessend werden die Verzinkungsgüter in einem Spülbad von den Entfettungsmitteln gereinigt. Um Rost und Zunder von der Oberfläche zu entfernen und eine reine Stahloberfläche zu erhalten, werden die Werkstücke in Beizbädern mit verdünnter Mineralsäure (z.B. Salzsäure) behandelt. Nach dem Beizbad werden die Stahlteile von den Beizmitteln gereinigt. Im Flussmittelbad erhält die Oberfläche in einem nächsten Schritt einen dünnen Salz-Film, welcher später beim Eintauchen ins Zinkbad die metallurgische Reaktion zwischen Stahloberfläche und Zinkschmelze unterstützt. Nach der Flussmittelbehandlung werden die Werkstücke mittels Wärme, oftmals in einem Ofen, getrocknet. Danach werden die vorbereiteten Verzinkungsgüter in eine flüssige Zinkschmelze von ca. 450° Celsius getaucht. Während des Verzinkungsvorgangs bildet sich als Folge einer wechselseitigen Diffusion von flüssigem Zink und Stahl auf der Oberfläche des Werkstücks ein Überzug verschiedenartig zusammengesetzter Eisen-Zink-Legierungsschichten. Beim Herausziehen aus dem Bad werden diese mit einer glänzenden Reinzinkschicht überzogen. Die verzinkten Stahlteile werden danach an der Luft abgekühlt.

### B.3.2 Tätigkeit der Verfahrensparteien (exkl. VSV)

49. Die von der Untersuchung betroffenen Verzinkereien sind bzw. waren alle schwerpunktmässig im Bereich der Feuerverzinkung tätig und betreiben bzw. betrieben entsprechende Feuerverzinkungsanlagen und Transportflotten zur Abholung von zu verzinkendem Eisen und entsprechenden Rücklieferung nach durchgeführter Verzinkung. Es handelt sich um Lohnverzinkereien, d. h. sie feuerverzinken Stahlteile im Auftrag ihrer Kunden, produzieren selbst aber weder Stahlteile, noch treiben sie Handel mit feuerverzinkter Ware. Daneben sind bzw. waren einzelne Verzinkungsgesellschaften auch im Bereich galvanischer resp. elektrolytischer Verzinkung tätig. Nur einzelne grössere Verzinkereien bieten zudem Korrosionsschutz durch Farbbeschichtung sowie Duplex-Systeme an. Andere dritte Schweizer Verzinkereien bieten galvanische resp. elektrolytische Verzinkung an und sind nicht im Bereich der Feuerverzinkung tätig. Auch verfügen einzelne Stahlproduzenten und Metallveredler über eigene Zinkbäder und verzinken ihr produziertes Material betriebsintern.

50. Im Hinblick darauf, in welchen Dimensionen Stahlteile von den Verzinkereien jeweils selbst feuerverzinkt werden können, bestehen zwischen den Verfahrensparteien Unterschiede. So verfügen die von der Untersuchung betroffenen Verzinkereien über unterschiedlich grosse Anlagen (unterschiedliche Zinkbadmasse, unterschiedliche Tragkraft der Anlagen) sowie über unterschiedliche Transportmöglichkeiten. Die Transportmöglichkeiten orientieren sich dabei an den Ausmassen und der Tragkraft der jeweiligen Anlagen. Die Galvaswiss verfügt z. B. über ein Zinkbad mit den Ausmassen 16 Meter/2.10 Meter/3.40 Meter (Länge/Breite/Tiefe), eine sonstige Anlagenausstattung (Kran etc.) sowie Transportmöglichkeiten, welche es erlauben, Einzelteile mit einer Länge von bis zu 25 Meter zu verzinken und zu transportieren. Dem-

gegenüber hat z. B. die VZ Unterlunkhofen ein Verzinkungsbad mit den Ausmassen 7 Meter/1.5 Meter/2.5 Meter (Länge/Breite/Höhe), eine sonstige Anlagenausstattung (Kran etc.) sowie Transportmöglichkeiten, welche die Verzinkung und den Transport von Einzelteilen mit einer Länge von höchstens 13 Meter ermöglichen.

51. Die unterschiedlichen Anlagengrössen und Transportkapazitäten der Verzinkereien führen grundsätzlich nicht dazu, dass in der Praxis kleine Verzinkereien ausschliesslich die Feuerverzinkung von Kleinteilen und grosse Verzinkereien ausschliesslich die Feuerverzinkung von Grossteilen anbieten. Denn zwischen den Feuerverzinkereien bestehen häufig „Fremdarbeiten“-Verbarungen betreffend die Weitergabe von solchen Stahlteilen an eine jeweils andere Verzinkerei, welche von der weitergebenden Verzinkerei aufgrund der Ausmasse der eigenen Anlage nicht ausgeführt werden können (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu gross ist) bzw. sollen (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu klein ist). Erfolgt in diesem Rahmen die Weitergabe von zu verzinkendem Material, so stellt gleichwohl die ursprünglich beauftragte Verzinkerei dem Kunden Rechnung im eigenen Namen und zahlt die ausführende Verzinkerei zum im Innenverhältnis vereinbarten Preis aus. Zwischen den Verzinkereien bestehen also Subunternehmerverhältnisse.<sup>113</sup>

52. Eine Ausnahme hiervon besteht ein Stück weit in Bezug auf die Galvaswiss. Dieses Unternehmen feuerverzinkt und transportiert als einzige Feuerverzinkerei in der Schweiz Stahlteile mit einer Länge von über 13 Metern und/oder einem Stückgewicht von über 10 Tonnen mittels einer Einzeltauchung. Zudem verfügt sie als einzige der Verfahrensparteien über einen direkten Bahnanschluss. Diese Umstände führen dazu, dass Aufträge betreffend Stahlteile, welche wegen ihrer Ausmasse ausschliesslich bei der Galvaswiss verzinkt werden können, in der Regel vom Kunden direkt an die Galvaswiss oder aber an Verzinkereien im Ausland vergeben werden.<sup>114</sup>

53. Neben der eigentlichen Feuerverzinkungsleistung bieten die Feuerverzinkereien (ausser der VZ Lenzburg) auch den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials mit eigenen Fahrzeugen an. Dieser Tätigkeitsbereich beinhaltet, dass die Transportfahrzeuge der Verzinkereien während einer Arbeitswoche bestimmte fixe Rundtouren (hauptsächlich) in der Schweiz bedienen, auf denen die Kundinnen und Kunden der Feuerverzinkereien zu verzinkendes Material aufgeben und verzinktes Material abholen können. Zum anderen bieten diese Feuerverzinkereien für bestimmte Objektgeschäfte oder sonstige Sonderfälle auch einen separaten Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials an. Soweit Feuerverzinkereien keine fixen Touren abfahren, aber gleichwohl über Transportfahrzeuge verfügen, wird der Transport stets individuell vereinbart und entsprechend durchgeführt.

<sup>113</sup> Vgl. etwa die Ausführungen der VZ Lenzburg in Act. n° VIII.C.2.005, S. 2 f.

<sup>114</sup> Vgl. Act. n° VIII.B.2.016–VIII.B.2.019.

### B.3.3 Kunden der Feuerverzinkereien

54. Feuerverzinkung wird insbesondere in den Bereichen Bau (bspw. für Balkon- und Treppengeländer, Stahlbau für Hallen, Befestigungstechnik, tragende Bauteile oder Aussentreppen) und Industrie (bspw. im Apparatebau, Halterungen, Strom- oder Seilmasten) eingesetzt. Zu den Kunden der am Verfahren beteiligten Unternehmen gehören Stahlbauunternehmen, Industriefirmen im Apparatebau, Konstruktionsschlosser, Schlossereien sowie Private.

### B.3.4 Geografisches Tätigkeitsgebiet der Verfahrensparteien (exkl. VSV)

55. Ausser der ZSM haben die Verfahrensparteien ihren Sitz alle in der Deutschschweiz. Zur Illustration zeigt die nachfolgende Abbildung den Standort aller (Lohn-)Feuerverzinkereien in der Schweiz, welche nach 2004 eine Feuerverzinkungsanlage betrieben. Es wird zwischen Untersuchungsadressaten (rot) und Dritten (grün) unterschieden.

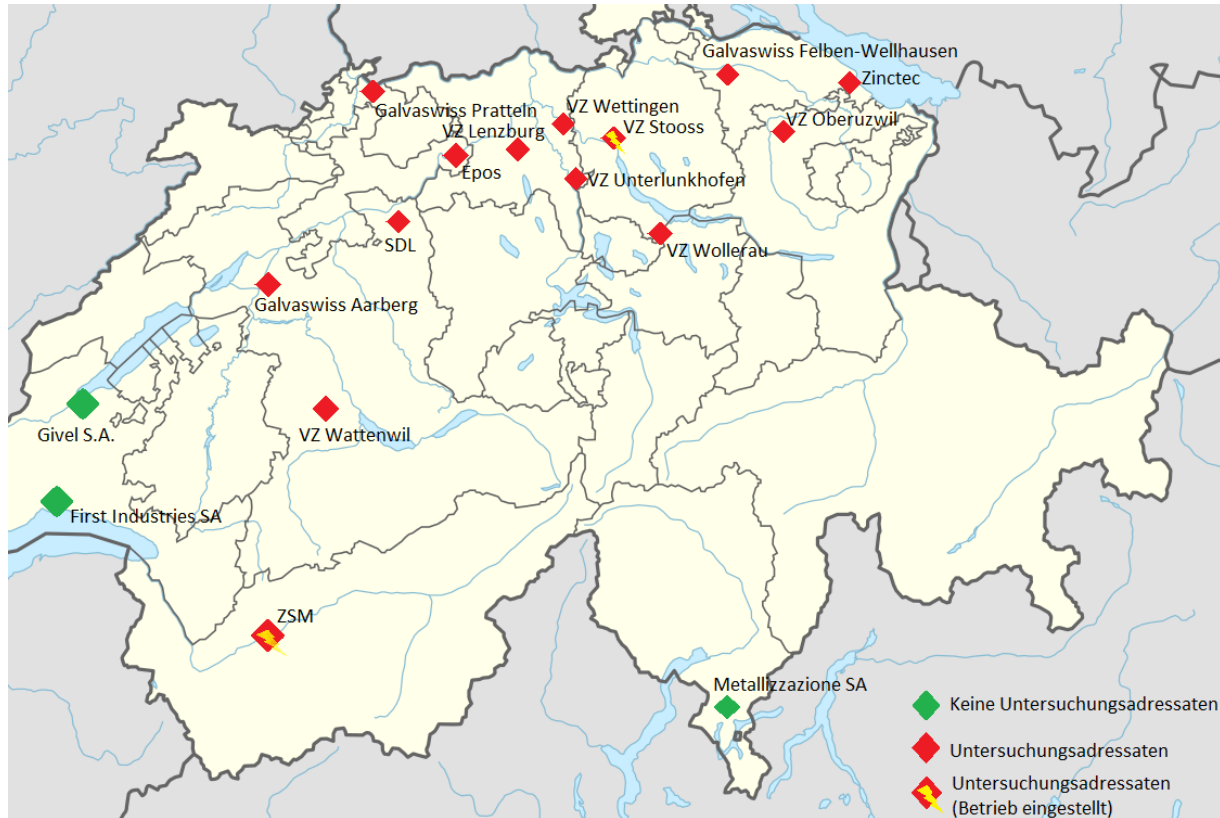


Abbildung 2: Standorte Schweizer Feuerverzinkereien nach 2004

56. Wie erläutert, stellten die ZSM sowie die VZ Stooss ihren Betrieb 2013 bzw. Ende 2015 insgesamt ein. Die Epos legte ihre Feuerverzinkungsanlage bereits im Jahr 2008 still, bot jedoch auch danach noch im eigenen Namen Feuerverzinkungsleistungen an, welche sie bei ihrer Schwestergesellschaft, der Galvaswiss, durchführen liess (siehe oben Rz 3). Auch die First Industries SA legte im Jahr 2008 ihre Feuerverzinkungsanlage still; seitdem werden auch ihre Feuerverzinkungsaufträge durch die Galvaswiss – und zwar in deren Werk in Aarberg – durchgeführt.<sup>115</sup>

57. Das Tätigkeitsgebiet der Feuerverzinkereien ist insbesondere davon beeinflusst, dass für die Feuerverzinkungstätigkeit – wie in der Baubranche allgemein<sup>116</sup> – ein gewisser Distanzschutz besteht.<sup>117</sup> Zwar ist es für einen Auftraggeber grundsätzlich unerheblich, wo seine Stahlteile verzinkt werden, solange die Feuerverzinkung in der gewünschten Qualität zum richtigen Zeitpunkt erfolgt. Je grösser jedoch die Entfernungen zwischen dem Herstellungsort der Stahlteile, der Feuerverzinkungsanlage sowie dem Auslieferungsort der verzinkten Stahlteile ist,

desto bedeutsamer werden der Transport- und der Koordinierungsaufwand sowie die hieraus resultierenden Kosten.<sup>118</sup> Die zunehmende Distanz einer Unternehmung zum Herstellungsort der Stahlteile sowie dem Auslieferungsort führt also zu steigenden Selbstkosten der Verzinkereien und sinkender Rentabilität eines Auftrags bzw. zur Benachteiligung gegenüber solchen Unternehmen, welche in der Nähe des Abholortes und des Auslieferungsortes eine Feuerverzinkungsanlage betreiben.<sup>119</sup> Hinzu kommt die generelle Tendenz von Auftraggebern, ihnen bekannte, demnach in der Nähe ansässige Unternehmen

<sup>115</sup> <[www.firstindustries.ch/de/Fl-geschichte](http://www.firstindustries.ch/de/Fl-geschichte)>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>116</sup> RPW 2013/4, 524 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>117</sup> Siehe etwa Act. n° III.005, Rz 297 ff.; VIII.A.2.004, Rz 84; VIII.B.2.006, Rz 556 ff.; VIII.D.2.004, Rz 105 ff.

<sup>118</sup> Siehe etwa die Zeugenaussage von [...] in Act. n° III.005, Rz 297 ff.

<sup>119</sup> Vgl. Act. n° VIII.A.2.010, Rz 440 ff.; VIII.B.2.006, Rz 556 ff.; VIII.D.2.004, Rz 105 ff.

zu favorisieren. Dies auch deshalb, da bei grosser Nähe die kurzfristige Annahme von Feuerverzinkungsaufträgen und eine pünktliche Lieferung auf die Baustelle besser ermöglicht werden kann. Aufgrund der Bedeutung des Distanzschutzes sind für das Tätigkeitsgebiet auch die geografischen Gegebenheiten relevant. Denn geografische Hindernisse erhöhen die Distanz zwischen dem Standort einer Feuerverzinkerei und dem Herstellungs- und Auslieferungsort und damit die Transport- und Koordinierungskosten. Dementsprechend ist zu berücksichtigen, dass vor allem das Tessin und ein Stück weit auch das Wallis durch natürliche Hindernisse vom Gebiet der Verfahrensparteien getrennt sind.

58. Diejenigen Verfahrensparteien (exkl. VSV und ZSM), deren Feuerverzinkungsanlagen in der Deutschschweiz liegen, boten und bieten dementsprechend Feuerverzinkungs- und entsprechende Transportleistungen in der gesamten Deutschschweiz (insbesondere die Galvaswiss sowie die SDL und die Zinctec) bzw. primär in bestimmten Teilen der Deutschschweiz (so z. B. die VZ Wattenwil hauptsächlich im Kt. BE<sup>120</sup>, die VZ Oberuzwil hauptsächlich in der Ostschweiz<sup>121</sup>) an. Die ZSM war aufgrund ihrer Lage primär im Wallis tätig; ausserhalb dieses Gebiets war sie einzig betreffend vereinzelte Grossaufträge der Schweizerischen Bundesbahnen SBB und eines anderen Unternehmens aktiv.<sup>122</sup> Das Wallis wurde und wird zudem von der Galvaswiss sowie der SDL bedient.<sup>123</sup> In der Romandie, wo auch die Givel S.A. sowie die Zinguerie de Renes/First Industries SA eine Feuerverzinkungsanlage betrieben bzw. betreiben, waren und sind von den Verfahrensparteien hauptsächlich die Galvaswiss sowie die SDL und die Zinctec aktiv.<sup>124</sup> Im Tessin, wo die Metallizzazione SA im Bereich Feuerverzinkung tätig war und ist, bot und bietet von den Verfahrensparteien einzig die Galvaswiss Feuerverzinkung sowie entsprechende Transportleistungen an.<sup>125</sup> Insbesondere die Galvaswiss, die SDL und die Zinctec sowie die VZ Oberuzwil sind auch in Deutschland tätig.<sup>126</sup>

### B.3.5 Grobe Grössenordnung des Volumens des feuerverzinkten Stahls und gemeinsamer Anteil der Verfahrensparteien (exkl. VSV) daran

59. Der Grossteil des in der Schweiz zu verzinkenden Stahls wird durch Lohnfeuerverzinkereien verzinkt. Nur ein geringer Anteil der Stahlteile wird betriebsintern durch Stahlproduzenten resp. Metallveredler direkt feuerverzinkt. Nach Schätzungen der VSV und von weiteren Verfahrensparteien gaben Deutschschweizer Kundinnen und Kunden zuletzt jährlich rund 100'000–120'000 Tonnen Stahl pro Jahr zur Feuerverzinkung, womit insgesamt ca. CHF 90–120 Mio. Umsatz pro Jahr erzielt wurden.<sup>127</sup>

60. Es ist anzunehmen, dass die Schweizer Nachfrage nach Lohnfeuerverzinkung in den letzten Jahrzehnten tendenziell abgenommen hat, was zu Überkapazitäten führte.<sup>128</sup> Dies zeigt sich etwa darin, dass allein seit 2007 fünf Schweizer Verzinkungsanlagen, welche zusammen ca. 15'000 bis 20'000 Tonnen verzinken konnten, geschlossen wurden.<sup>129</sup> Zwar wurden sodann ab ca. 2010 ausländische Verzinkereien verstärkt in der Schweiz tätig, während es noch in den 2000er Jahren keine nennenswerte Konkurrenz durch ausländische Feuerverzinkereien gegeben hatte.<sup>130</sup> Allerdings hat auch der Import von bereits im Ausland hergestellten und dort feuerverzinkten

Stahlteilen über die letzten rund 15 Jahre zugenommen.<sup>131</sup> Zudem wurden die Produktionsstandorte von Schweizer Kundinnen und Kunden der Feuerverzinkereien teilweise ins Ausland verlegt, weshalb diese Kundinnen und Kunden als Abnehmer der Verfahrensparteien ausfielen.<sup>132</sup>

61. Aus den Angaben der VSV sowie von anderen Verfahrensparteien ergibt sich, dass jedenfalls vor der Verstärkung der ausländischen Konkurrenz ab ca. 2010 etwa 90–95 % der konkreten Nachfrage von Kundinnen und Kunden aus der Deutschschweiz und dem Wallis nach Feuerverzinkung von den Verfahrensparteien (exkl. VSV) bedient wurde.<sup>133</sup> Mit der Stärkung der ausländischen Konkurrenz dürfte dieser gemeinsame Anteil am Feuerverzinkungsgeschäft zuletzt gesunken sein.<sup>134</sup> Da die

<sup>120</sup> Act. n° VIII.D.2.004, Rz 100 ff.

<sup>121</sup> Act. n° III.001, Rz 167.

<sup>122</sup> Act. n° III.004, Rz 120, 300 ff.

<sup>123</sup> Act. n° III.004, Rz 120, 305 ff.

<sup>124</sup> Act. n° VIII.A.2.010, Rz 118 ff.; VIII.D.2.004, Rz 100 ff.; VIII.E.2.004, S. 13; VIII.F.2.012, S. 2; III.001, Rz 167; VIII.H.2.003, Rz 92 ff.; <www.galvaswiss.ch/de/liefergebiet>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>125</sup> Siehe Nachweise in Fn 124.

<sup>126</sup> Act. n° VIII.A.2.010, Rz 121 ff.; <www.vo-oberuzwil.ch/beitrag.php?id=5>; <www.galvaswiss.ch/de/liefergebiet>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

<sup>127</sup> Vgl. Act. n° VIII.F.2.003, Rz 194 ff.; VIII.F.2.012, S. 6; VIII.A.2.013; VIII.D.2.008; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.011; VIII.G.2.013; VIII.H.2.005; VIII.2.012. Aus anderen Angaben der VZ Oberuzwil ergibt sich ein Gesamtwert von ca. CHF 200 Mio.; vgl. Act. n° VIII.G.2.010, S. 5.

<sup>128</sup> Siehe auch Act. n° VIII.D.2.008.

<sup>129</sup> Es handelt sich um die Verzinkungsanlagen der Verzinkerei AG Emmenbrücke, der Epos, der Zinguerie de Renens SA/First Industries SA, der ZSM sowie der VZ Stooss. Siehe dazu insbesondere Act. n° VIII.B.2.007, S. 12.

<sup>130</sup> Vgl. etwa die Protokolle der Marketing-Kommissionssitzungen vom 16.9.2005, 6.9.2011 und 14.3.2013 in Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 15, 23, 26. So heisst es im Protokoll vom 16.9.2005: „Wir machen die Preise. [...] Zudem sind wir derzeit noch geschützt vor dem Ausland.“ Siehe z. B. auch Act. n° VIII.I.2.011, S. 7, 57.

<sup>131</sup> Siehe etwa Act. n° VIII.B.2.007, S. 86, 91; VIII.G.2.010, S. 4; Act. n° VIII.I.2.011, S. 7, 57.

<sup>132</sup> Act. n° VIII.G.2.010, S. 4.

<sup>133</sup> Act. n° VIII.I.2.001, Rz 2 f.; VIII.B.2.006, Rz 91 ff.; VIII.A.2.013; VIII.D.2.008; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.011; VIII.G.2.013; VIII.H.2.005; VIII.2.012.

<sup>134</sup> Die Angabe der VZ Oberuzwil, wonach heute rund 50 % der Schweizer Nachfrage nach Lohnfeuerverzinkung von „verschiedenen ausländischen Verzinkereien“ bedient werde (Act. n° VIII.A.2.010, S. 5), ist indes nicht zutreffend. So hat ein Grossteil der Verfahrensparteien ausländischen Feuerverzinkereien gar nicht als Konkurrentinnen bezeichnet; vgl. Act. n° III.003; III.004; VIII.D.2.004, Rz 443 ff.; VIII.F.2.012, S. 5. Einzig die Galvaswiss sowie die SDL und die Zinctec bezeichneten zwei ausländische Gross-Feuerverzinkereien als Konkurrentinnen; es handelt sich um die deutsche Wiegell-Gruppe mit zahlreichen Feuerverzinkungsanlagen in Deutschland, Österreich, der Slowakei und Tschechien sowie die österreichische Collini-Gruppe mit drei Feuerverzinkungsanlagen in Österreich; vgl. auch Act. n° VIII.A.2.010, Rz 477. Die VZ Oberuzwil nennt namentlich einzig die Collini-Gruppe. Die Collini-Gruppe ist wegen ihrer vergleichsweise kleinen Verzinkungsanlagen östlich des Rheintals indes ausschliesslich in der Ostschweiz tätig; vgl. die Angaben der VZ Wettingen in Act. n° VIII.F.2.012, S. 5. Zudem ist generell anzunehmen, dass ausländische Feuerverzinkereien wegen des Distanzschutzes (siehe vorne Rz 57) nur für Grossaufträge betreffend Mengen ab 10–20 Tonnen oder grosse Teile die Schweizer Nachfrage nach Lohnfeuerverzinkung bedienen; so ausdrücklich die Galvaswiss vgl. z. B. Act. n° VIII.B.2.016, S. 3; 16, 18 f.. Dies ergibt sich daneben z. B. auch aus Act. n° VIII.B.2.006, Rz 633, VIII.D.2.004, Rz 235 sowie im Umkehrschluss aus dem Protokoll der Marketing-Kommissionssitzungen vom 6.9.2011 in Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 11, wo es heisst: „Es sind auch viele Aufträge bis 20 Tonnen im Inland vorhanden, bei denen wir nicht der ausländischen Konkurrenz ausgesetzt sind.“



Givel S.A. (Kt. VD) und die Metallizzazione SA (Kt. TI) von den Verfahrensparteien in keinem Fall als Konkurrentinnen bezeichnet wurden,<sup>135</sup> ist hingegen nicht anzunehmen, dass in der Deutschschweiz neben den Verfahrensparteien weitere Schweizer Feuerverzinkereien tätig waren. Von den „externen“ Schweizer Feuerverzinkereien wurde einzig die Zinguerie de Renens/First Industries SA mit Sitz in Crissiers (Kt. VD) als Konkurrentin der ZSM *im Wallis* benannt.<sup>136</sup>

#### **B.4 Der kartellrechtlich relevante Sachverhalt: Die Zusammenarbeit der Feuerverzinkereien im Rahmen der VSV und der SFF**

##### **B.4.1 Übersicht**

62. Die Darstellung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts gliedert sich wie folgt. Nachdem zunächst ein kurzer Überblick über die vorliegenden Beweismittel gegeben wird (Rz 63), wird zunächst skizziert, in welchem institutionellen Rahmen die Verfahrensparteien zusammengearbeitet haben (Rz 64 f.). Anschliessend werden die konkreten gemeinsamen Festlegungen der beteiligten Gesellschaften und deren Umsetzung (Rz 66 ff., 70 ff., 75 ff., 79 ff., 83 ff., 89 ff.) sowie die Zwecksetzung der Zusammenarbeit (siehe Rz 88) beschrieben. Anschliessend wird – soweit notwendig – auf Einzelheiten zur individuellen Beteiligung der Verfahrensparteien (Rz 92 ff.) eingegangen.

##### **B.4.2 Beweismittel**

63. Der folgenden Sachverhaltsdarstellung liegen die Selbstanzeigen der Galvaswiss/Epos/F. Dietsche Holding AG,<sup>137</sup> der SDL/Zinctec/SDL Beteiligungs AG,<sup>138</sup> der VZ Lenzburg,<sup>139</sup> der VZ Oberuzwil,<sup>140</sup> der VZ Unterlunkhofen,<sup>141</sup> der VZ Wattenwil/Gewa Holding Wattenwil AG,<sup>142</sup> VZ Wettingen/ESTECH Industries Holding AG,<sup>143</sup> der VZ Wollerau/HLC Holding AG<sup>144</sup> sowie der VSV,<sup>145</sup> die von diesen Gesellschaften eingereichten Dokumente (insbesondere Sitzungsprotokolle und Mitschriften sowie E-Mails), die bei den Hausdurchsuchungen sichergestellten Dokumente<sup>146</sup> sowie die durch Partei- und Zeugeneinvernahmen erlangten Informationen<sup>147</sup> zugrunde.

##### **B.4.3 VSV- und SFF-Sitzungen als «Plattformen» für die Zusammenarbeit der Feuerverzinkereien**

64. Sowohl der Verband VSV als auch die Fachstelle SFF veranstalteten jedenfalls in der Zeit zwischen 2002 und Ende 2015 regelmässig Sitzungen. So fanden im Rahmen der VSV regelmässig Sitzungen der Marketingkommission der VSV (nachfolgend MK-Sitzungen; i. d. R. zwei Mal jährlich), der Technischen Kommission der VSV (nachfolgend TK-Sitzungen; i. d. R. zwei Mal jährlich) und des Vorstands der VSV (rund drei Mal jährlich) sowie Generalversammlungen (i. d. R. ein Mal jährlich) statt. Auch die SFF veranstaltete etwa zwei Mal jährlich Sitzungen. Diese wurden von der SFF und den Trägergesellschaften teilweise als „Preissitzungen“, teilweise als „ERFA-Sitzungen“ und zum Teil auch als „SFF-Sitzungen“ bezeichnet.

65. Insbesondere an den MK-Sitzungen der VSV sowie den ERFA/Preissitzungen der SFF hatten Vertreterinnen und Vertreter aller Selbstanzeigerinnen (siehe oben Rz 63), d. h. insbesondere auch der Galvaswiss, welche seit Ende der 1990er Jahre nicht mehr Mitglied der VSV

war (siehe oben Rz 17), sowie der ZSM Anwesenheitsrechte. Im Rahmen der genannten VSV- und SFF-Sitzungen erfolgte die Zusammenarbeit zwischen den Verzinkungsunternehmen, wie sie nachfolgend beschrieben ist:

##### **B.4.4 Gemeinsame Festlegung eines Transportmehrkostenzuschlag sowie entsprechende Inrechnungstellung des Zuschlags**

66. Ende der 1990er/Anfang der 2000er Jahre sah sich die Verzinkungsbranche vor allem in der Deutschschweiz einem Preiszerfall ausgesetzt, welcher durch Überkapazitäten bedingt war. Zudem wurde die Umweltschutzgesetzgebung seit den 1990er Jahren stetig verschärft und Anfang der 2000er-Jahre die Schwerverkehrsabgabe eingeführt. Beides führte für die Feuerverzinkungsgesellschaften zu Kostensteigerungen.

67. Ab Anfang der 2000er Jahre stellten die damaligen VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss daher gemeinsame Überlegungen zur Erhöhung der Einnahmen an. Dabei beschlossen sie die Einführung eines sogenannten Transportmehrkostenzuschlags auf Anfang 2001, welcher den Kundinnen und Kunden der Feuerverzinkereien zusätzlich in Rechnung gestellt werden sollte. Der Zuschlag betrug zunächst 5 %. Insbesondere an MK-Sitzungen beschlossen die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss wiederholt Anpassungen des Zuschlags. Ab dem 1. Januar 2005 betrug der Transportmehrkostenzuschlag dementsprechend 7.6 %, ab November 2007 8.8 %, ab Oktober 2008 9.8 % und ab dem 1. Januar 2012 10.4 %.

68. Die aktuelle Höhe des Zuschlags wurde nicht nur jeweils an VSV-Sitzungen (MK- und TK-Sitzungen, Vorstandssitzungen und Generalversammlungen) von den VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie der Galvaswiss besprochen und beschlossen, sondern auch mittels der MK-Sitzungsprotokolle, welche nach den MK-Sitzungen von der VSV stets an die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie – bis Mitte 2014 (siehe oben Rz 17, 64 f.) – an die Galvaswiss versendet wurden, kommuniziert. Zur Illustration ist nachfolgend ein Auszug aus dem MK-Sitzungsprotokoll vom 6. September 2011 abgebildet:

<sup>135</sup> Vgl. Nachweis in Fn .136.

<sup>136</sup> Act. n° III.003; III.004; VIII.D.2.004, Rz 443 ff.; VIII.F.2.012, S. 5.

<sup>137</sup> Act. n° VIII.B.2.001–VIII.B.2.020.

<sup>138</sup> Act. n° VIII.A.2.001–VIII.A.2.013.

<sup>139</sup> Act. n° VIII.C.2.001–VIII.C.2.006.

<sup>140</sup> Act. n° VIII.G.2.001–VIII.G.2.013.

<sup>141</sup> Act. n° VIII.H.2.001–VIII.H.2.005.

<sup>142</sup> Act. n° VIII.D.2.001–VIII.D.2.009.

<sup>143</sup> Act. n° VIII.F.2.001–VIII.F.2.013.

<sup>144</sup> Act. n° VIII.E.2.001–VIII.E.2.006.

<sup>145</sup> Act. n° VIII.I.2.001–VIII.I.2.012.

<sup>146</sup> Gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokolle in Act. n° II.A.001; II.B.001; II.C.001; II.D.001; II.E.001; II.F.001; II.G.001.

<sup>147</sup> Act. n° III.001–III.006.

Die Diskussion ergibt folgendes:

**Erhöhung des Transportmehrkostenzuschlages inkl. LSVA ab 1.1.2012 von heute 9,8 % auf 10,4 % (Hin- und Rücktransport). [REDACTED] wird einen Musterbrief allen Anwesenden zustellen.**

Abbildung 3: Auszug MK-Sitzungsprotokoll (6. September 2011)

69. Der jeweils aktuelle Transportmehrkostenzuschlag wurde von den VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie der Galvaswiss im Zeitraum ihrer Mitgliedschaft in der VSV bzw. der SFF in der Regel auf den Preis für die Verzinkung aufgeschlagen, wenn das zu verzinkende Material bei Kundinnen und Kunden abgeholt und wieder hingebbracht wurde. Die Hälfte des Zuschlags wurde regelmässig berechnet, wenn das Material nur bei Kundinnen und Kunden abgeholt oder nur zu Kundinnen und Kunden hingebbracht wurde.

#### B.4.5 Gemeinsame Festlegung eines Zinkteuerungs- und Rohstoffzuschlag sowie entsprechende Inrechnungstellung des Zuschlags

70. Zudem suchten die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss Ende der 1990er Jahre nach einem Instrument, welches ihnen angesichts der börsenbedingten Zinkpreisschwankungen erlaubte, die Grundpreise für die Feuerverzinkung stabil zu halten. Ein solches Instrument fanden die damaligen VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss in einem variablen Zuschlag, welchen sie zunächst als Zinkteuerungszuschlag bezeichneten und welcher auf einer Formel der Wiegell-Gruppe aus Deutschland, die zu damaliger Zeit in der Schweiz aktiv war, basierte. Diese Formel lautete wie folgt:

$$\text{Teuerungszuschlag} = \frac{(\emptyset \text{Zinkpreis} - \text{Basiszinkpreis}) * \text{Zinkannahme}}{\text{Durchschnittspreis Zink} * 100}$$

Dabei wurden für die Variablen „Basiszinkpreis“, „Zinkannahme“ und „Durchschnittspreis Zink“ bis zum 1. April 2008 folgende Zahlen und Einheiten eingesetzt:

$$\text{Teuerungszuschlag} = \frac{\left( \text{LME Tagesschlusskurs} - \text{CHF } \frac{1.4}{\text{kg}} \right) * 8 \%}{\text{CHF } \frac{1}{\text{kg}} * 100}$$

Seit dem 1. November 2000 berechneten die VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss anhand dieser Formel halbjährlich einen Zuschlag, welchen sie ihren Kundinnen und Kunden einheitlich in Rechnung stellen sollten.

71. Ab 2004 beschlossen die damaligen VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss, dass über den Teuerungszuschlag auch Kosten für Rohstoffe wie Draht, Gas, Erdöl sowie Verbrauchsmaterialien, welche für die Verzinkung benötigt werden, einheitlich auf die Kunden übergewälzt werden sollten. Es wurde daher beschlossen, den gemäss Formel errechneten Teuerungszuschlag um einen fixen Bestandteil zu erhöhen (im Jahr 2015 betrug dieser zusätzliche Bestandteil des Zuschlags 4.6 %).<sup>148</sup> Nach dieser Erweiterung bezeichneten die VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss den Zuschlag als Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag. Ab 1. April 2008 wurde zudem in der obenstehenden Formel die Variable „Durchschnittspreis Zink“ verringert auf 0.9 CHF/kg, was ebenfalls zu einem höheren Zuschlag

führte. Später wurden den vorgenannten Elementen (errechnete Teuerung gemäss Formel plus Rohstoffzuschlag) weitere fixe Bestandteile, und zwar für „SFF Marketing“ (+0.3 %) und für den „CO2-Ausstoss“ (+0.2 %), hinzugefügt.

72. Zwischen 2000 und 2015 bewegte sich der in der Regel halbjährlich angepasste Zuschlag zwischen mindestens 4.5 % (6/2001) und höchstens 32 % (4/2007). In den Jahren 2010 bis 2015 lag er stets zwischen 10.5 % und 15 %. Die aktuelle Höhe des Zuschlags wurde nicht nur

<sup>148</sup> Siehe das Protokoll der MK-Sitzung vom 11. September 2008 z. B. in Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 32.



jeweils an VSV-Sitzungen (MK- und TK-Sitzungen, Vorstandssitzungen und Generalversammlungen) besprochen und beschlossen, sondern zuletzt auch über die Homepage der VSV sowie mittels der MK-Sitzungsprotokolle, welche nach den MK-Sitzungen von der VSV stets

an die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie – bis Mitte 2014 (siehe oben Rz 17, 64 f.) – an die Galvaswiss versendet wurden, kommuniziert. Zur Illustration ist nachfolgend ein Auszug aus dem MK-Sitzungsprotokoll vom 17. September 2015 abgebildet:

#### Traktandum 4

Seit dem **1.04.2015** verrechnen die meisten Verzinkereien den empfohlenen Zinkteuerungs- und Rohstoffzuschlag mit 13,9 %. Der durchschnittliche Kassakurs für SHG Zink der letzten 6 Monate (März 2015 bis August 2015) reduzierte sich auf Fr. 2.27 /kg. **Der empfohlenen, jedoch unverbindlichen Zinkteuerungs- und Rohstoffzuschlag ab 1.10.2015 reduziert sich auf 12,8 %.**

Das Notfallszenarium bleibt weiterhin bestehen: Sollte der Kassazinkpreis 5 Börsentage 50 % höher sein, als der letzte 6 Monats-Durchschnittspreis, wird innerhalb der nächsten Woche ein Treffen organisiert. Aus heutiger Sicht müsste der Preis bei Fr. 3.40 /kg liegen.

Folgende unverbindliche Empfehlungen:

- **Zinkteuerungs- und Rohstoffzuschlag ab 1.10.2015 von 12,8 %**
- **Gültigkeit des Zuschlages voraussichtlich 6 Monate (1.10.2015 bis 31.03.2016)**
- **Achtung: Eventuell kürzere Zeitdauer bei Zinkpreis über Fr. 3.40 /kg!!**
- **Sämtliche Zuschläge bei Offerten und Rechnungen offen ausweisen**
- **Jede Verzinkerei orientiert seine Kundschaft selber.**

#### Abbildung 4: Auszug MK-Sitzungsprotokoll (17. September 2015)

73. Der Umstand, dass in diesem Auszug sowie in einigen anderen Protokollen der Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag als „unverbindliche Empfehlung“ bezeichnet ist, ändert nichts daran, dass die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss davon ausgingen, dass der Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag – genauso wie auch der Transportmehrkostenzuschlag – den Kunden einheitlich von allen Feuerverzinkereien in Rechnung gestellt werden sollte.<sup>149</sup> Dies ergibt sich im Übrigen zwingend aus der allgemeinen Zwecksetzung der Zusammenarbeit (siehe dazu unten Rz 88).

74. Alle VSV-Mitgliedsgesellschaften stellten dementsprechend in der Zeit ihrer VSV-Mitgliedschaft ihren Kundinnen und Kunden den Zuschlag gemäss geltender Berechnung regelmässig einheitlich in Rechnung. Die Galvaswiss tat dies bis ca. 2010. Von ca. 2010 bis zum Ende der Zusammenarbeit der Galvaswiss mit den VSV-Mitgliedsgesellschaften im Jahr 2014 (siehe oben Rz 17, 64 f.) stellte sie in Kenntnis des VSV-Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlags ihren Kundinnen und Kunden einen Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag in Rechnung, welche stets ca. 1–2% über dem Zuschlag der VSV-Feuerverzinkereien lag. Ihre halbjährlichen Anpassungen folgten bis Mitte 2014 den Anpassungen der VSV-Mitglieder.

#### B.4.6 Gemeinsame Festlegung von „Sockelpreislisen“ und deren Umsetzung

75. Der durch die Überkapazitäten bedingte Zerfall der Grundpreise vor allem in der Deutschschweiz Ende der

1990er Jahre/Anfang der 2000er Jahre konnte nicht durch die sogenannten „VSV-Tarife“ aufgehoben werden. Diese Tarife stammten aus der Zeit vor 2000 und enthielten für bestimmte Materialgruppen und -Formen sowie Gewichtsklassen festgeschriebene Preise für die Feuerverzinkung, welche von den Verzinkereien vor 2000 auch angewendet worden waren. Bestärkt wurde der Preiszerfall Anfang der 2000er Jahre zudem dadurch, dass die deutsche Wiegell-Gruppe Deutschschweizer Feuerverzinkungsanlagen kaufte, um auf dem Schweizer Markt Fuss zu fassen, und die Preise senkte. Da dieser Preiszerfall von den Deutschschweizer Feuerverzinkereien letztlich als ruinös angesehen wurde, kam es ab ca. 2002 im Rahmen der VSV und der im Jahr 2002 gegründeten SFF zwischen den VSV-Mitgliedsgesellschaften und der Galvaswiss zu Diskussionen, wie die Grundpreise im Objektgeschäft in der Deutschschweiz sowie im Wallis erhöht bzw. stabilisiert werden konnten.

76. Diese Diskussionen mündeten letztlich – ab Juli 2005 – in der gemeinsamen Festlegung von sogenannten Sockelpreislisen durch die Vertreter der VSV-Mitglieder sowie der Galvaswiss, welche – ähnlich wie die VSV-Tarife

<sup>149</sup> Vgl. die Selbstanzeigen der Verfahrensparteien sowie z. B. Notizen des Vertreters der [...] zur MK-Sitzung vom 18. September 2014 in Act. n° VIII.G.2.007, S. 395. Dort heisst es: „Die Zinkteuerung konsequent und einheitlich den Kunden weiterbelasten. Der Zuschlag darf nicht verhandelbar sein!“, s.a. Protokolle der MK-Sitzungen vom 1. März 2007 und vom 23. November 2006, Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 35 f.

– für bestimmte Materialgruppen und -Formen sowie Gewichtsklassen Mindestpreise („Sockelpreise“) sowie „Richtpreise“ für die Feuerverzinkung enthielten. Der Sockelpreis sollte die untere Preisgrenze für einen Feuerverzinkungsauftrag darstellen, die Richtpreise stellten die

„erstrebenswerten“ Preise dar. Die Listen sollten zur Anwendung gelangen, wenn die Verzinkereien Offerten betreffend Einzelaufträge erstellten („Objektgeschäft“). Zur Illustration ist die Sockelpreisliste aus dem Mai 2012 nachfolgend abgebildet:

| VERZINKUNGSPREISE PRO KG BEI KUNDEN-ANFRAGEN (exklusiv sämtlicher Zuschläge und MWSt.)                                      |                         |                         |                         |                         |                         |
|---|-------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|
| UNVERBINDLICHE "EMPFOHLENE RICHTPREISE"   |                         |                         |                         |                         |                         |
| ARTIKELGRUPPE / ANFRAGEGRÖSSE   | ≤ 500 kg                | > 500 kg - ≤ 1 To.      | > 1 - ≤ 5 To.           | > 5 - ≤ 10 To           | > 10 - ≤ 20 To          |
| 1. Schlosserware leicht: bis 4,5 mm Dicke, 1- + 2-dim. Konstr.  | 2,15                    | 1,95                    | 1,70                    | 1,30                    | 1,15                    |
| 2. Schlosserware schwer: ab 4,6 - 9,9 mm, 1- + 2-dim. Konstr.   | 1,70                    | 1,50                    | 1,30                    | 1,10                    | 0,95                    |
| 3. 3-dim. Konstruktionen, ab 300 mm Abbug, 1-seitig abgewinkelt   | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  |
| 4. 3-dim. Konstruktionen, ab 300 mm Abbug, 2-seitig abgewinkelt   | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. |
| 5. Träger inkl. schwere Profile + Rohre, ab 10 mm, 1-dim. Konstr.   | 1,20                    | 1,10                    | 0,83                    | 0,63                    | 0,52                    |
| 6. 2-dim. Konstruktionen aus Material-Dicke ab 10 mm  | 1,45                    | 1,30                    | 1,15                    | 0,81                    | 0,71                    |
| 7. Kleinteile bis 2 kg Stückgewicht, ohne andrahten (Schüttware)  | 3,00                    | 2,70                    | 2,25                    | 1,85                    | 1,75                    |
| 8. Kleinteile bis 2 kg Stückgewicht, mit andrahten  | 3,75                    | 3,55                    | 3,20                    | 2,65                    | 2,55                    |
| <b>ausgeführte Änderungen per 15. Mai 2012:</b>   |                         |                         |                         |                         |                         |
| <b>3 % generelle Erhöhung auf bisherige Preise in den Kolonnen 1 - 3 (rot), Kolonne 4 und 5 unverändert belassen (blau)</b> |                         |                         |                         |                         |                         |
| <b>(!! Preise &gt; 1.00 nach Erhöhung auf 5 Rappen auf- oder abgerundet !!)</b>   |                         |                         |                         |                         |                         |
| UNVERBINDLICHE "SOCKELPREIS-EMPFEHLUNGEN"   |                         |                         |                         |                         |                         |
| ARTIKELGRUPPE / ANFRAGEGRÖSSE   | ≤ 500 kg                | > 0,5 - 1 To.           | > 1 - ≤ 5 To.           | > 5 - ≤ 10 To           | > 10 - ≤ 20 To          |
| 1. Schlosserware leicht: bis 4,5 mm Dicke, 1- + 2-dim. Konstrukt.   | 1,95                    | 1,80                    | 1,40                    | 1,10                    | 0,92                    |
| 2. Schlosserware schwer: ab 4,6 - 9,9 mm, 1- + 2-dim. Konstrukt.  | 1,45                    | 1,35                    | 1,15                    | 0,95                    | 0,81                    |
| 3. 3-dim. Konstruktionen, ab 300 mm Abbug, 1-seitig abgewinkelt   | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  | + 50 % auf 1., 2. + 6.  |
| 4. 3-dim. Konstruktionen, ab 300 mm Abbug, 2-seitig abgewinkelt   | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. | + 100 % auf 1., 2. + 6. |
| 5. Träger inkl. schwere Profile + Rohre, ab 10 mm, 1-dim. Konstr.   | 1,00                    | 0,95                    | 0,70                    | 0,52                    | 0,47                    |
| 6. 2-dim. Konstruktionen aus Material-Dicke ab 10 mm  | 1,25                    | 1,10                    | 0,83                    | 0,68                    | 0,63                    |
| 7. Kleinteile bis 2 kg Stückgewicht, ohne andrahten (Schüttware)  | 2,35                    | 2,05                    | 1,90                    | 1,65                    | 1,50                    |
| 8. Kleinteile bis 2 kg Stückgewicht, mit andrahten  | 3,40                    | 3,10                    | 2,75                    | 2,20                    | 1,95                    |
| <b>Diese unverbindlichen Empfehlungen gelten ab 15. Mai 2012</b>  |                         |                         |                         |                         |                         |
| <b>DIE NÄCHSTE ERFA-SITZUNG FINDET AM 15. November 2012 (AB 16.00 UHR) IN LUZERN STATT (bitte Termin reservieren !!)</b>    |                         |                         |                         |                         |                         |

Abbildung 5: Sockelpreisliste (15. Mai 2012)

77. Mit den Selbstanzeigen wurden solche Listen aus den Jahren 2005 bis 2015 eingereicht.<sup>150</sup> Diese Listen wurden ab 2005 bis Anfang 2012 zwischen den VSV-Mitgliedern sowie der Galvaswiss mindestens halbjährlich an den ERFA-/Preissitzungen der SFF besprochen und wiederholt nach oben angepasst. Nach den Sitzungen stellte die SFF die neuen Sockelpreislisten den VSV-Mitgliedern sowie der Galvaswiss jeweils per Post oder per E-Mail zu. Die letzte gültige Liste ist die oben abgebildete Sockelpreisliste vom 12. Mai 2012. In den Jahren 2013 bis 2015 wurde die Sockelpreisliste an VSV- und SFF-Sitzungen zwar bisweilen noch angesprochen, jedoch gar nicht mehr als zielführend angesehen, weshalb keine Beschlüsse oder Anpassungen mehr vorgenommen wurden.

78. Die Listen waren von 2005 bis Anfang 2012 stets gleich aufgebaut und gegliedert. In der Zeit zwischen 2005 und 2007 bezeichneten die beteiligten Verfahrensparteien die Listen ausdrücklich als „verbindlich“, weshalb sie – soweit die Gesellschaften im Objektgeschäft tätig waren sowie vorbehaltlich der Ausführungen in Rz 92 ff. – auch umgesetzt wurden. Nach 2007 verwendeten die VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss auf den

Listen andere Begrifflichkeiten, wonach die Sockelpreislisten „unverbindlich“ und einzig als „Empfehlung“ zu verstehen gewesen seien. Die Änderung der Begrifflichkeiten änderte jedoch nichts daran, dass die Sockelpreislisten von VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie der Galvaswiss auch nach 2007 wiederholt nach oben angepasst und – soweit die Gesellschaften im Objektgeschäft tätig waren sowie vorbehaltlich der Ausführungen in Rz 92 ff. – als „Orientierungspunkte“/„Anhaltspunkte“ bei der Preis-

<sup>150</sup> Siehe etwa insbesondere Act. n° VIII.I.2.011, S. 169–187.

setzung genutzt wurden.<sup>151</sup> U. a. deshalb ist daher davon auszugehen, dass die Listen von ihrer Konzeption her auch nach der Änderungen der Begrifflichkeiten im Jahr 2007 eingehalten werden sollten.<sup>152</sup> Dies ergibt sich daneben auch daraus, dass die Nichteinhaltung der Sockelpreislisten wiederholt von Unternehmensvertretern gerügt wurde<sup>153</sup> und derartiges nicht erklärlich wäre, wenn die Listen keinerlei Bedeutung gehabt hätten. Im Übrigen folgt auch aus der allgemeinen Zwecksetzung der Zusammenarbeit (siehe dazu unten Rz 88), dass die Sockelpreislisten eingehalten werden sollten. Vor allem ab ca. 2011 wurden die Sockelpreislisten immer stärker unterboten und ab 2012 gar nicht mehr berücksichtigt und modifiziert.<sup>154</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass die Sockelpreislisten von den beteiligten Unternehmen nur bis Anfang 2012 als verbindlich im oben beschriebenen Sinne angesehen wurden.

#### B.4.7 Gemeinsame Grundpreiserhöhungen

79. Im Rahmen der VSV- und SFF-Sitzungen beschlossen die VSV-Mitgliedsgesellschaften und die Galvaswiss

Im späteren Verlauf der Sitzung wurde dann noch darüber gesprochen das eine generelle Preiserhöhung auf den 01. März 2012 gemacht werde.

Es wurde beschlossen + 5-6% umzusetzen.

Wir haben ebenfalls zugesagt.

#### Abbildung 6: Auszug interne E-Mail der Galvaswiss vom 4. November 2011

81. Im Nachgang zu den Beschlüssen erhöhten die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss die Preise – vorbehaltlich der Ausführungen in Rz 92 ff. – entsprechend, wobei sie dies nicht „systematisch“ im Sinne einer

wiederholt gemeinsame Grundpreiserhöhungen um einen gewissen Prozentsatz zu einem bestimmten Stichtag. Diese Grundpreiserhöhungen betrafen – anders als die Sockelpreislisten (siehe oben Rz 75 ff.) – nicht die Preise für das Objektgeschäft, sondern vorab vereinbarte Festpreise ([Jahres-]Preisvereinbarungen) zwischen den Feuerverzinkereien und ihren Kundinnen und Kunden in der Deutschschweiz sowie im Wallis.

80. Solche gemeinsame Grundpreiserhöhungen fanden jedenfalls in den folgenden Zeiträumen statt: Ende 2006/Anfang 2007 („Grundpreisanpassung von ca. 6 % auf den 1. März 2007“),<sup>155</sup> Frühjahr 2008 („Grundpreisanpassung von ca. 4 % auf den 1. Juli 2008“)<sup>156</sup> sowie Ende 2011/Frühjahr 2012 („Grundpreisanpassung von ca. 4–6 % auf den 1. März 2012“)<sup>157</sup>. Zur Illustration eines solchen Beschlusses sei die folgende interne E-Mail der Galvaswiss betreffend eine SFF-Sitzung abgedruckt:

„1:1-Erhöhung“ aller ihrer Preise in den Preisvereinbarungen um den genannten Prozentsatz zum vereinbarten Stichtag taten.<sup>158</sup>

<sup>151</sup> Dies wird von den Unternehmen selbst so angegeben oder ergibt sich zumindest aus den eingereichten Beweismitteln; siehe Act. n° VIII.A.2.013; VIII.B.2.006, Rz 245 ff.; VIII.B.2.007, S. 99 f.; VIII.B.2.011, S. 21 f. (interne E-Mails von der Galvaswiss aus den Jahren 2012/2013; dort heisst es „grundsätzlich ist auch mind. die Richtpreisliste VSV anzuwenden“; „alle anderen Listen müssen von den Schreibtischen und Servern verschwinden“); VIII.B.2.012, S. 3; VIII.C.2.005, S. 21; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.004, Rz 40; VIII.H.2.005; VIII.I.2.011, S. 6–10; VIII.2.012; III.006, Beilage 3 (handschriftliche Notiz des Vertreters der VZ Wettingen zur MK-Sitzung vom 15.3.2012: „Mindestpreise sollten eingehalten werden!“); Vorbereitungsnotizen des Präsidenten der VSV für die Preissitzung vom 15.9.2015 in Beweismittel C1-0005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.001, S. 44 ff. („Preisgeschichte...Von: alle vollumfänglich einverstanden...zu Richtpreise, Empfehlungen, unverbindlich etc. (gleiches gemeint, aber anders geschrieben)“).

<sup>152</sup> Siehe z. B. Vorbereitungsnotizen des Vertreters der [...] betreffend die MK-Sitzungen („Einhalten der Mindestpreise! Grundpreise sind das A und O!! Einige Stichworte um eine Verbesserung der Situation zu erreichen: [...] Preisuntergrenze bei einzelnen Produktgruppen, Konsensbereitschaft unter den Verzinkereien“) in Act. n° VIII.G.2.007, S. 330–382. Siehe auch Act. n° VIII.B.2.011, Beilage 17 („Die Sockelpreisliste soll dazu dienen, dass in der Branche kein ruinöser Preiskampf stattfindet.“) und Act. n° VIII.I.2.011, S. 6–10.

<sup>153</sup> Siehe z. B. handschriftliche Notizen des Vertreters der VZ Oberuzwil betreffend ERFA-/Preissitzungen und MK-Sitzungen in Beweismittel F-005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.E.001, S. 319, 331, 378, 384; Vorbereitungsnotizen des Vertreters der [...] betreffend die MK-Sitzungen („Einhalten der Mindestpreise! Grundpreise sind das A und O!! Einige Stichworte um eine Verbesserung der Situation zu erreichen: [...] Preisuntergrenze bei einzelnen Produktgruppen, Konsensbereitschaft unter den Verzinkereien“) in Act. n° VIII.G.2.007, S. 330–382. Interne E-Mail der Galvaswiss betreffend

Rüge der VZ Wollerau einer Unterbietung der Sockelpreisliste aus dem Jahr 2011 in Act. n° VIII.B.2.007, S. 99. Siehe auch handschriftliche Notizen des Vertreters der VZ Wettingen betreffend MK-Sitzung vom 15. März 2012 in Act. n° III.006, Beilage 2.

<sup>154</sup> Siehe insbesondere Act. n° VIII.I.2.011, S. 6–10.

<sup>155</sup> Siehe dazu insbesondere die Protokolle der MK-Sitzungen vom 23. November 2006, 1. März 2007 und vom 14. Mai 2007, der VSV-Vorstandssitzung vom 15. März 2007 und der TK-Sitzung vom 22. März 2007 sowie die Informations-E-Mail der VSV vom 13. März 2007 an alle Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss; Act. n° VIII.A.2.004, Beilagen 9, 34 und 35; VIII.A.2.005, Beilage 60; VIII.E.2.005, S. 5, 14 f., 35 f., 42, 44, 49 ff.; Act. n° VIII.I.2.012, S. 2.

<sup>156</sup> Siehe insbesondere VIII.B.2.007, S. 95 (Notizen eines Vertreters der Galvaswiss zur ERFA-/Preissitzung vom 15. April 2008): „Es wurde beschlossen auf 1. Juli die Preise um 4 % zu erhöhen“.

<sup>157</sup> Siehe insbesondere die Protokolle der MK-Sitzungen vom 6. September 2011 und vom 15. März 2012 und der VSV-Vorstandssitzung vom 15. März 2012 (Act. n° VIII.C.2.005, Beilage 76; VIII.G.2.007, Beilage 72, VIII.I.2.011, S. 76) sowie die Notizen eines Vertreters der VZ Wettingen zur MK-Sitzung vom 6. September 2011 (Act. n° VIII.F.2.004, Beilage 22; III.006, Rz 377 ff.) und von Vertretern der Galvaswiss und der [...] zur ERFA-/Preissitzung vom 3. November 2011 (Act. n° VIII.B.2.010, Beilage 4; VIII.G.2.007, Beilage 73).

<sup>158</sup> Siehe etwa die Nachweise in Fn 157 sowie z. B. Act. n° VIII.B.2.007, S. 51; VIII.B.2.010, S. 6; VIII.G.2.007, Beilage 72; VIII.I.2.011, Antwort zu Punkt 4, S. 10; VIII.A.2.013; VIII.D.2.008; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.011; VIII.G.2.013; VIII.H.2.005; VIII.2.012; siehe auch die Rüge einer mangelnden Umsetzung der Grundpreiserhöhung aus dem Jahr 2012 in den handschriftlichen Notizen des Vertreters der VZ Oberuzwil betreffend ERFA-/Preissitzungen und MK-Sitzungen in Beweismittel F-005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.E.001, S. 389.



82. Daneben teilten sich die VSV-Mitgliedsgesellschaften und die Galvaswiss vor Durchführung ihrer Grundpreiserhöhungen im Rahmen der VSV und der SFF im Untersuchungszeitraum bereits geplante Grundpreiserhöhungen (Prozentsatz und Stichtag) wiederholt mit. Auch gab es im Untersuchungszeitraum wiederholt „Versuche“ von gemeinsamen Grundpreiserhöhungen, bei denen sich die VSV-Mitglieder und die Galvaswiss nicht auf eine Erhöhung einigen konnten.

## **B.4.8 Sonstige Themen der Zusammenarbeit**

### **B.4.8.1 Gebiets- und Kundenschutz**

83. Aus den vorliegenden Beweismitteln geht des Weiteren hervor, dass VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss insbesondere an MK- sowie an ERFA /Preissitzungen wiederholt den Gebiets- und Kundenschutz thematisierten.<sup>159</sup> Dies zeigt bspw. der folgende Auszug aus dem Protokoll der MK-Sitzung vom 24. Mai 2005 („Gentlemanagrement [sic] unter den Verzinkereien (z. B. nicht alle Gebiete anfahren)“):<sup>160</sup>

## **Traktandum 4**

Die Stichworte im letzten Protokoll betreffend Verbesserung der Preissituation werden nochmals aufgelistet und besprochen.

- Ehrliches Rechnen und Offerieren
- Kapazitäten verringern
- Winter- und Sommerarbeitszeit beim Personal
- Saisontarife (Preisuntergrenze bei einzelnen Produktgruppen)
- Konsensbereitschaft unter den Verzinkereien
- Vertrauen aufbauen beim Mitbewerber
- Gentlemanagrement unter den Verzinkereien (z.B. nicht alle Gebiete anfahren)
- Preisrückfragen bei umliegenden Verzinkereien machen
- Tourenkunden in Ruhe lassen (nicht aktiv bearbeiten)

**Abbildung 7: Auszug aus Protokoll der MK-Sitzung vom 24. Mai 2005**

84. Allerdings ist nicht nachweisbar, dass es weniger als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung, d. h. nach dem 15. Februar 2011, bezüglich des Gebiets- oder Kundenschutzes gemeinsame Festlegungen zwischen den Verfahrensparteien gab oder dass zwischen Verfahrensparteien nach dem 15. Februar 2011 ein solcher Gebiets- oder Kundenschutz tatsächlich gelebt wurde.

### **B.4.8.2 Patronatsmitglieder**

85. Die VSV hatte und hat sogenannte Patronatsmitglieder. Hierzu zählen Unternehmen aus der Zuliefererindust-

rie wie Zinkverkäufer, Hersteller von Feuerverzinkungsbädern oder Drahthersteller. Die Patronatsmitglieder hatten bei der VSV einen geringen Mitgliedsbeitrag zu entrichten und waren lediglich an VSV-Generalversammlungen anwesend. An diesen Generalversammlungen rief der Präsident der VSV die VSV-Verzinkereien regelmäßig dazu auf, die Patronatsmitglieder bei Bestellungen wenn immer möglich zu berücksichtigen. Zur Illustration ist nachfolgend ein Auszug des Protokolls der Generalversammlung vom 8. Mai 2015 abgebildet:

## **12. Verschiedenes**

Der Präsident bedankt sich bei den Patronatsmitgliedern ganz herzlich für ihre Unterstützung. Er bittet einmal mehr alle Mitglieder, unsere Patronatsmitglieder bei ihren Bestellungen wenn immer möglich zu berücksichtigen. Darüber hinaus bedankt sich der Präsident bei seinen Vor-

**Abbildung 8: Auszug aus Protokoll der VSV-Generalversammlung vom 25. November 2015**

<sup>159</sup> Siehe die Protokolle der MK-Sitzungen vom 24. November 2004, vom 24. Mai 2005 und vom 14. Juni 2007; Act. n° VIII.A.2.004, Beilagen 34, 39 f.

<sup>160</sup> Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 39.

86. Auch an anderen VSV-Sitzungen wurde derartige thematisiert. Im Protokoll der VSV-Vorstandssitzung vom 25. November 2010 heisst es etwa:

*„Wir sollten dafür werden, dass künftig die Thommen Chemie [Anmerkung: Patronatsmitglied der VSV] mehr Aufträge erhält als die Solvay [Anmerkung: die Solvay hatte kurz zuvor ihre Patronatsmitgliedschaft von sich aus gekündigt]. Solche Aufrufe sind wir unseren Patronatsmitgliedern schuldig.“*<sup>161</sup>

87. Es ist allerdings nicht nachgewiesen, dass die Feuerverzinkereien bestimmte Zuliefererunternehmen nicht als Patronatsmitglieder aufgenommen haben oder die Belieferung von Feuerverzinkereien durch bestimmte Zuliefererunternehmen tatsächlich gemeinsam behinderten oder derartiges gemeinsam bezweckten.

#### B.4.9 Zwecksetzung der Zusammenarbeit

88. Die vorne beschriebene Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Verfahrensparteien diene gemäss Zeugenaussagen, Selbstanzeigerinnen sowie objektiven Beweismitteln dazu, den (Preis-)Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln.<sup>162</sup> Wie bereits erwähnt, folgt aus dieser Zwecksetzung zwingend, dass die VSV-Mitgliedsunternehmen sowie die Galvaswiss davon ausgingen, dass die gemeinsam festgelegten Zuschläge und Zuschlagsänderungen, die Sockelpreislisten und Änderungen der Listen sowie die beschlossenen Grundpreiserhöhungen im Grundsatz einzuhalten waren. Hierfür spricht im Übrigen auch, dass Unternehmensvertreter im Rahmen der VSV- und der SFF-Sitzungen wiederholt die mangelnde Umsetzung der Zuschläge gemäss Beschlüsse sowie die Nichteinhaltung der Sockelpreislisten und der Grundpreiserhöhungen thematisierten bzw. rügten.<sup>163</sup> Derartiges wäre nicht zu erwarten, wenn die Zuschläge, die Sockelpreislisten sowie die Grundpreiserhöhungen ohnehin nicht von Bedeutung sein sollten.

#### B.4.10 Umsetzung der gemeinsamen Festlegungen zwischen 2004 und dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung

89. Wie bereits erläutert, haben alle Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss und VSV) – solange sie Mitglied der VSV oder (im Fall der Galvaswiss) Trägerin der SFF waren – im sanktionsrelevanten Zeitraum (1. April 2004 bis 15. Februar 2016) die gemeinsamen Festlegungen zumindest teilweise umgesetzt. Konkret bedeutet dies, dass die jeweils geltenden Zuschläge den Kundinnen und Kunden in der Deutschschweiz sowie im Wallis teilweise in Rechnung gestellt, die Sockelpreislisten bei Objektgeschäften teilweise als „Orientierungspunkte“/„Anhaltspunkte“ für die Preissetzung verwendet und einzelne Preisvereinbarungen zwischen Feuerverzinkereien und ihren Kundinnen und Kunden anlässlich der beschlossenen Grundpreiserhöhungen erhöht wurden.

90. In Bezug auf den Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellten Endpreis, waren von der Zusammenarbeit der Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss) also alle Preisbestandteile (exkl. Mwst.) betroffen: So wurde der Grundpreis für die Verzinkung an sich durch die Sockelpreislisten

und die gemeinsam beschlossenen Grundpreiserhöhungen (mit-)beeinflusst und der Transport- sowie der Rohstoff- und Zinksteuerzuschlag waren ebenfalls Gegenstand von gemeinsamen Festlegungen.

91. Die teilweise Umsetzung der gemeinsamen Festlegungen bedeutet, dass es zwischen den Verfahrensparteien trotz der Zusammenarbeit immer auch Preisunterbietungen und in der Folge Abwerbungen von Kundinnen und Kunden gegeben hat. Diese Entwicklung verstärkte sich umso mehr, je grösser die Überkapazitäten in der Deutschschweiz (siehe oben Rz 60) und je stärker die ausländische Konkurrenz ab ca. 2010 wurde(n) (siehe oben Rz 61). Wie erwähnt, stellten sich sodann ab ca. 2011/2012 die Sockelpreislisten als nicht mehr zielführend heraus, weshalb diese immer häufiger und stärker unterboten und ab Mai 2012 ganz abgeschafft wurden (siehe oben Rz 77 f.). Ab Anfang 2012 bis zur Untersuchungseröffnung beschränkte sich die Zusammenarbeit der Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss) damit noch auf die beiden Zuschläge.

#### B.4.11 Einzelheiten zur individuellen Beteiligung der Verfahrensparteien und sonstiger Feuerverzinkereien

92. Ausser der VZ Stooss (siehe dazu auch unten Rz 95), welche schon vor 2000 aus der VSV ausgetreten war, waren alle Verfahrensparteien an den oben genannten gemeinsamen Festlegungen von Preisbestandteilen zur Verhinderung des Preiszerfalls in der Deutschschweiz sowie im Wallis beteiligt. Alle Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss und VSV) beteiligten sich zudem an der teilweisen Umsetzung der gemeinsamen Festlegungen von Preisbestandteilen.

93. In Bezug auf die Epos ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese von sich aus die Zusammenarbeit aufgegeben hat und den Verband auf Ende 2012 verliess (siehe oben Rz 17). Ihr kann nicht nachgewiesen werden, dass sie nach 2012 an gemeinsamen Festlegungen von Preisbestandteilen und der entsprechenden Umsetzung beteiligt war. Vergleichbares gilt hinsichtlich der Galvaswiss (Ende der SFF-Trägerschaft Mitte 2014) sowie der VZ Wettingen, der SDL und der Zintec (Austritt auf Ende 2015) mit Blick auf deren Austrittsdaten (siehe oben Rz 17). Die Zusammenarbeit mit der ZSM endete konkursbedingt im Jahr 2013 (siehe oben Rz 15, 17).

<sup>161</sup> Siehe Protokolle der VSV-Vorstandssitzung vom 25. November 2010 sowie der TK-Sitzung vom 27. Januar 2011; Act. n° VIII.A.2.004, Beilagen 4 und 45.

<sup>162</sup> Siehe oben Abbildung 7 sowie z. B. Act. n° III.005, Rz 273 ff.; III.006, Rz 203 ff., 415 ff.; VIII.A.2.013; VIII.B.2.011, Beilage 17 („Die Sockelpreisliste soll dazu dienen, dass in der Branche kein ruinöser Preiskampf stattfindet.“); VIII.C.2.003, Rz 210 ff., 238 ff.; VIII.C.2.005; S. 20; VIII.D.2.001; VIII.D.2.007; VIII.E.2.006; VIII.F.2.013; VIII.G.2.001, S. 3; VIII.G.2.004, Rz 36 ff.; VIII.G.2.011, VIII.G.2.013; VIII.H.2.005; VIII.I.2.011, S. 6–10; VIII.2.012; Vorbereitungsnotizen des Vertreters der [...] betreffend die MK-Sitzungen („Einhalten der Mindestpreise! Grundpreise sind das A und O!! Einige Stichworte um eine Verbesserung der Situation zu erreichen: [...] Preisuntergrenze bei einzelnen Produktgruppen, Konsensbereitschaft unter den Verzinkereien“) in Act. n° VIII.G.2.007, S. 330–382; Protokoll der MK-Sitzung vom 10. September 2009, Traktandum 3, in Act. n° VIII.G.2.004, Beilage 34; Jahresbericht der VSV 2006, S. 2, 6 in Act. n° VIII.F.2.004, Beilage 12.

<sup>163</sup> Siehe Nachweise in Fn 149, 153, 158.

94. Die VZ Unterlunkhofen stellte ihren Kundinnen und Kunden den Transport- sowie den Rohstoff- und Transportmehrkostenzuschlag stets einheitlich gemäss den Beschlüssen in Rechnung und erhielt als VSV-Mitglied zudem auch stets alle MK- und TK-Sitzungsprotokolle sowie die aktualisierten Sockelpreislisten übersandt. Darüber hinaus war sie indes in geringerem Ausmass als die anderen VSV-Mitglieder und die Galvaswiss in die oben beschriebene Zusammenarbeit der Unternehmen involviert. So war die VZ Unterlunkhofen – vorbehaltlich der VSV-Generalversammlungen – kaum an VSV- oder SFF-Sitzungen anwesend (zuletzt im März 2011)<sup>164</sup> und lehnte zudem eine häufigere Sitzungsteilnahme gegenüber den anderen Unternehmensvertretern aktiv mit der Begründung ab, sie sei an den in den Sitzungen besprochenen Themen nicht interessiert.<sup>165</sup> Zudem wurde die VZ Unterlunkhofen an denjenigen VSV- und SFF-Sitzungen, an denen die VZ Unterlunkhofen ausnahmsweise doch anwesend war, wiederholt von anderen Teilnehmern der Sitzungen dafür gerügt, dass sie sich gar nicht an die Sockelpreislisten halte und insgesamt das „unzuverlässigste“ VSV-Mitglied sei.<sup>166</sup>

95. Im Laufe der Untersuchung hat sich gezeigt, dass die VZ Stooss im sanktionsrelevanten Zeitraum weder an der gemeinsamen Festlegung von Zuschlägen, Sockelpreislisten und gemeinsamen Grundpreiserhöhungen noch an einer entsprechenden Anwendung solcher gemeinsam festgelegter Preisbestandteile beteiligt war.

96. Es ist nicht nachgewiesen, dass andere VSV-Mitglieder in der Zeit ihrer Mitgliedschaft an den oben beschriebenen Verhaltensweisen beteiligt waren. Da diese Gesellschaften über fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung aus der VSV ausgetreten sind (siehe dazu oben Rz 17) und nicht ersichtlich ist, dass sie nach ihren Austritten mit den Verfahrensparteien zusammenarbeiteten, wären gegenüber diesen Unternehmen ohnehin keine Massnahmen oder Sanktionen anzuordnen. Auf die Beteiligung dieser Unternehmen ist daher nicht mehr weiter einzugehen.

## B.5 Zusammenfassung des Sachverhalts

97. Zusammenfassend gilt Folgendes: Der Grossteil der Verfahrensparteien (exkl. VSV) bietet im Schwerpunkt in der Deutschschweiz oder in Teilen der Deutschschweiz Lohnfeuerverzinkung an. Die ZSM tat dies hauptsächlich im Wallis, die SDL schweizweit (ohne Tessin) und auch in Deutschland. Die Galvaswiss bietet schweizweit und in Deutschland Lohnfeuerverzinkung an. Die Nachfrage nach Lohnfeuerverzinkung in der Deutschschweiz sowie im Wallis wurde bis zur Stärkung der ausländischen Konkurrenz ab ca. 2010 im Wesentlichen von den Verfahrensparteien (exkl. VSV) bedient (Anteil ca. 90–95 %). Dieser gemeinsame Anteil sank nach ca. 2010 langsam ab.

98. Es ist erstellt, dass die jeweiligen VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss jedenfalls in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und der Beendigung der Zusammenarbeit durch die Galvaswiss Mitte 2014 im Rahmen der VSV und der SFF zusammenarbeiteten, um den (Preis-)Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln. Nach dem Austritt der Galvaswiss

waren an dieser Zusammenarbeit noch die damaligen VSV-Mitglieder alleine beteiligt.

99. Mit Blick auf die Zwecksetzung einigten sich die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss im Untersuchungszeitraum über die Einführung, die Höhe und Anpassungen des Transportmehrkostenzuschlags sowie des Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlags. Darüber hinaus führten die VSV-Mitgliedsgesellschaften und die Galvaswiss Mitte 2005 sogenannte Sockelpreislisten mit Mindestpreisen für bestimmte Verzinkungsarbeiten ein. Die beteiligten Unternehmen gingen zwischen Mitte 2005 und Anfang 2012 davon aus, dass diese Listen bei Objektgeschäften zumindest als „Anhaltspunkte“ bzw. „Orientierungspunkte“ bei der Preissetzung zu beachten seien. Zudem legten die VSV-Mitgliedsgesellschaften sowie die Galvaswiss zwischen 2005 und 2012 wiederholt gemeinsam Grundpreiserhöhungen zu bestimmten Stichtagen um einen gewissen Prozentsatz fest.

100. Wie bereits erläutert, haben fast alle Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss und VSV) – solange sie Mitglied der VSV oder (im Fall der Galvaswiss) Trägerin der SFF waren – im Zeitraum zwischen dem 1. April 2004 und dem 15. Februar 2016 die gemeinsamen Festlegungen teilweise umgesetzt. Konkret bedeutet dies, dass die jeweils geltenden Zuschläge den Kundinnen und Kunden in der Deutschschweiz sowie im Wallis teilweise in Rechnung gestellt, die Sockelpreislisten bei Objektgeschäften zwischen Mitte 2005 und bis Anfang 2012 teilweise zumindest als „Orientierungspunkte“/„Anhaltspunkte“ für die Preissetzung verwendet und bis Anfang 2012 einzelne Preisvereinbarungen zwischen Feuerverzinkereien und ihren Kundinnen und Kunden anlässlich der beschlossenen Grundpreiserhöhungen erhöht wurden.

101. Dass die gemeinsamen Festlegungen „nur“ teilweise umgesetzt wurden, bedeutet, dass es zwischen den Verfahrensparteien trotz der Zusammenarbeit auch Preisunterbietungen und in der Folge Abwerbungen von Kundinnen und Kunden gegeben hat, mithin, dass sich die Unternehmen nicht immer an die gemeinsamen Festlegungen hielten. Diese Entwicklung verstärkte sich umso mehr, je grösser die Überkapazitäten in der Deutschschweiz und zusätzlich je stärker die ausländische Konkurrenz ab ca. 2010 wurde(n).

## C. Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

102. Das Kartellgesetz (KG)<sup>167</sup> gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

<sup>164</sup> Siehe die Protokolle der MK- und TK-Sitzungen der Jahre 2004 bis 2015, die handschriftlichen Notizen des Vertreters der [...] zu den SFF-Sitzungen in Act. n° VIII.G.2.007 sowie etwa Act. n° VIII.F.2.004, S. 1077; VIII.I.2.003, Rz 321 ff.

<sup>165</sup> Siehe Nachweise in Act. n° VIII.H.2.004a.

<sup>166</sup> Siehe Nachweise in Act. n° VIII.H.2.004a.

<sup>167</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

103. In casu liegen die folgenden Feuerverzinkungsunternehmen vor: Galvaswiss-Gruppe (inkl. Epos), SDL-Gruppe (SDL und Zinctec), VZ Lenzburg, VZ Oberuzwil, VZ Stooss (bis Ende 2015), VZ Unterlunkhofen, VZ Wattenwil, VZ Wettingen, VZ Wollerau sowie ZSM (bis 2013). Im Laufe der Untersuchung hat sich herausgestellt, dass die VSV nicht unternehmerisch tätig ist; sie kann daher nicht als Unternehmen qualifiziert werden.

104. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 112 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

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

## C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## C.3 Formelles, insbesondere Gewährung des rechtlichen Gehörs

107. Gemäss Art. 39 KG kommen die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes<sup>168</sup> in Untersuchungsverfahren zur Anwendung, soweit das KG nicht von diesen abweicht. Eine besondere Regelung für die Gewährung von Akteneinsicht und rechtlichem Gehör besteht mit Art. 30 Abs. 2 KG. Darin ist insbesondere festgelegt, dass die Verfahrensparteien zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen dürfen, was nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden auch das Recht auf Akteneinsicht beinhaltet. Diese Rechte finden ihre Grenzen in den besonderen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (siehe insbesondere Art. 26 ff., 29 ff. VwVG).

108. Die VSV verlangt in ihrer Stellungnahme zum Antrag eine Erklärung dafür, weshalb der ESTECH-Gruppe die Verfahrenskosten erlassen werden und eine entsprechende Einsicht in diejenigen Akten, welche für diesen Entscheid relevant sind.<sup>169</sup> Der Entscheid sei sonst für die anderen Verfahrensbeteiligten nicht verständlich.

109. Die Informationen zur wirtschaftlichen Situation der ESTECH-Gruppe stellen Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG dar. Denn diese Informationen sind nicht offenkundig und für sie besteht auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse. Insbesondere

liesse sich aus diesen Informationen die Marktstellung der betroffenen Unternehmen genauer erkunden. Solche Informationen stehen den übrigen Verfahrensparteien normalerweise nicht zur Verfügung; sie sind damit von wirtschaftlichem Wert. Eine Verweigerung der Einsicht in Informationen zur wirtschaftlichen Situation der ESTECH-Gruppe und in entsprechende Verfügungspassagen (siehe insbesondere unten Rz 247 ff.) ist damit gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zulässig, wenn hierdurch die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der übrigen Verfahrensparteien nicht unangemessen beeinträchtigt werden.

110. Vorliegend steht keine Beeinträchtigung der Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der übrigen Verfahrensparteien zu befürchten. Für alle Verfahrensparteien ausser der VSV gilt dies schon deshalb, weil diese Verfahrensparteien gar keine Beeinträchtigung ihrer Rechtsverteidigungsmöglichkeiten geltend gemacht und zudem auf ihr Akteneinsichtsrecht verzichtet haben (siehe oben Rz 36). Auch die VSV hat auf ihr Akteneinsichtsrecht verzichtet. Selbst wenn man das Begehren der VSV als teilweisen Rücktritt von dieser Verzichtserklärung ansehen würde, ist nicht anzunehmen, dass die VSV in ihren Rechtsverteidigungsmöglichkeiten beschränkt ist. Denn im Antrag des Sekretariats wurde der VSV genau beschrieben, weshalb sie selbst Verfahrenskosten zu tragen hat.<sup>170</sup> Sie konnte damit überprüfen, ob das Sekretariat die sie betreffenden Tat- und Rechtsfragen richtig entschieden hat, und entsprechende Einwände erheben. Auch kann die VSV dem Antrag den rechtlichen Massstab für den Sanktions- bzw. Gebührenerlass zugunsten der ESTECH-Gruppe entnehmen.<sup>171</sup> Die VSV hat dementsprechend vergleichbare Gründe für sich geltend gemacht, welche von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) auch geprüft wurden (siehe unten Rz 261). Die Kenntnis von weiteren Informationen betreffend die wirtschaftliche Situation der ESTECH-Gruppe würde die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der VSV mithin nicht verbessern.

111. Eine vertiefte Erklärung dafür, weshalb der ESTECH-Gruppe die Verfahrenskosten erlassen werden, und eine entsprechende Einsicht in diejenigen Akten, welche für diesen Entscheid relevant sind, ist damit zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der ESTECH-Gruppe zu verweigern. Der Antrag der VSV betreffend die Offenlegung der Informationen, welche für die Sanktion bzw. die Gebührenerlasspflicht der ESTECH-Gruppe entscheidend sind, wird mithin abgewiesen.

## C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

112. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

<sup>168</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

<sup>169</sup> Act. n° VI.022.

<sup>170</sup> Act. n° VI.003, Rz 238 ff. des Antrags.

<sup>171</sup> Act. n° VI.003, Rz 231 f. des Antrags.

113. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 114 ff. hiernach). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 130 ff. hiernach).

#### C.4.1 Wettbewerbsabrede

114. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>172</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>173</sup>.

115. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>174</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

##### C.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

116. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR<sup>175</sup>). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.<sup>176</sup>

117. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen der Galvaswiss-Gruppe (inkl. Epos), der SDL-Gruppe (SDL und Zinctec), der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen, der VZ Wollerau sowie der ZSM (nachfolgend: neun Unternehmen) ein natürlicher Konsens über die Festlegung von Preiselementen betreffend Lohnfeuerverzinkung in der Deutschschweiz und im Wallis vorlag. Dieser Konsens beinhaltete konkret die gemeinsame Festlegung und Umsetzung von Zuschlägen (Transportmehrkosten- sowie Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag; siehe oben Rz 66 ff., 70 ff.), sogenannten Sockelpreislisten betreffend das Objektgeschäft (siehe oben Rz 75 ff.) sowie allgemeinen Grundpreiserhöhungen (siehe oben Rz 79 ff.). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

118. Der Umstand, dass der Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag sowie die Sockelpreislisten teilweise als „nicht verbindlich“, „unverbindlich“ oder „empfohlene

Richtpreise“ bezeichnet wurden, ändert an der Qualifizierung als «Vereinbarung» i.S.d. Kartellrechts nichts. Denn für die Qualifizierung als Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG ist auf den wahren Willen der Unternehmen und nicht auf die Bezeichnung abzustellen. Vorliegend ergibt sich aus verschiedenen Umständen, dass die gemeinsamen Preisfestlegungen umgesetzt werden «sollten» (siehe Rz 73, 78, 88).

119. Es ist zu beachten, dass im Rahmen der Zusammenarbeit noch bis ca. Mitte der 2000er Jahre die Zuweisung von Gebieten und Geschäftspartnern besprochen wurde (siehe oben Rz 83 f.). Da allerdings nicht nachweisbar ist, dass es in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und dem 15. Februar 2016 bezüglich des Gebiets- oder Kundenschutzes gemeinsame Festlegungen zwischen den Verfahrensparteien gab, wird auf diese Thematik im Folgenden nicht mehr weiter eingegangen. Vergleichbares gilt in Bezug auf den Umgang mit den „Patronatsmitgliedern“ (siehe dazu oben Rz 85 ff.), da ohnehin nicht nachweisbar ist, dass die neun Unternehmen eine kartellrechtswidrige Behinderung von Patronatsmitgliedern bezweckten (siehe dazu oben Rz 87). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die Vereinbarungen von Preiselementen zwischen den neun Unternehmen.

##### C.4.1.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

120. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>177</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>178</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>179</sup>

<sup>172</sup> Siehe dazu zuletzt RPW 2017/1, 98 Rz 30, *Eflare*; RPW 2016/3, 731 Rz 76, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

<sup>173</sup> Zuletzt RPW 2016/3, 731 Rz 77, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; RPW 2016/3, 652 Rz 61, *Flügel und Klavier*.

<sup>174</sup> Siehe etwa RPW 2017/1, 98 Rz 29, *Eflare*; RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>175</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

<sup>176</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 5A\_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

<sup>177</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>178</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>179</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.



121. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.<sup>180</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.<sup>181</sup>

122. Die vorliegende Abrede beinhaltet die gemeinsame Festlegung bzw. Beeinflussung von Preiselementen (mittels Zuschlägen, Sockelpreislisten sowie Grundpreiserhöhungen; siehe oben Rz 117). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrer Zusammenarbeit tatsächlich bezweckten, den (Preis-)Wettbewerb zwischen den neun Unternehmen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln (siehe oben Rz 117).

#### C.4.1.3 Dauervereinbarung

123. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede qualifiziert bzw. Gesamtabrede bezeichnet, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.<sup>182</sup> Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.<sup>183</sup> Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.<sup>184</sup> Ist dies der Fall, so ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre „gekünstelt“, ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.<sup>185</sup>

124. Für die Beteiligung an einer als Dauerverstoss zu qualifizierenden Dauerabrede ist es nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Dauerabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer umgesetzt wird. Die WEKO hat insbesondere festgehalten, dass ein Dauerverstoss nicht deshalb abzulehnen ist, weil Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen oder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren.<sup>186</sup> Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.<sup>187</sup>

125. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Eine Berücksichtigung des EU-Kartellrechts ist bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich geboten<sup>188</sup>. Die Berücksichtigung des EU-Kartellrechts in Bezug auf die gleichen Tatbestandsmerkmale kann allenfalls dort seine Grenze finden, wo aufgrund der Unterschiede in der Sache (Volkswirtschaft der Schweiz ist kleiner) oder des entgegenstehenden Willens des Schweizer Gesetzgebers eine spezifische Lösung notwendig ist.<sup>189</sup> Auch nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.<sup>190</sup> Ein „Ausstieg“ aus einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der „Ausstieg“ den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.<sup>191</sup>

126. In casu verfolgten die neun Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit fortdauernd den Zweck, den (Preis-)Wettbewerb zwischen ihnen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln (siehe oben Rz 117). Die festgestellten Einzelelemente der Zusammenarbeit (wiederholte Festlegung der Höhe der Zuschläge, Veränderungen der Sockelpreislisten, wiederholte Grundpreiserhöhungen) erfolgten im Rahmen dieses Zwecks. Es wäre „gekünstelt“, dieses durch einen einzigen Zweck gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten quasi zu zerlegen und in den genannten Einzelelementen mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen. Es liegt mithin eine Dauervereinbarung vor, welche jedenfalls in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung bestand. Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Vereinbarung einzig in der Zeit ab Mitte 2005 bis Anfang 2012 auch die gemeinsame Festlegung von Grundpreisen (Sockelpreislisten, gemeinsame Grundpreiserhöhungen) umfasste (siehe oben Rz 99).

127. Hinsichtlich der individuellen Beteiligung der neun Unternehmen gilt Folgendes: An der Dauervereinbarung waren die Unternehmen nur insoweit beteiligt, als sie Mitglied der VSV bzw. Träger der SFF waren. Denn die oben beschriebene Zusammenarbeit spielte sich im Rahmen der VSV und der SFF ab (siehe insbesondere oben Rz 64 f.) und es ist nicht nachgewiesen, dass sich die Unternehmen nach dem jeweiligen Austritt aus der VSV und der SFF noch an der beschriebenen Zusammenarbeit beteiligten. Durch den Austritt aus der VSV und/oder der SFF erfolgte mithin auch ein „Austritt“ aus der Dauervereinbarung. Hieraus ergibt sich, dass die Epos bis Ende 2012, die ZSM bis Mitte 2013, die Galvaswiss nur bis Mitte 2014 und die SDL, die Zinctec und die VZ Wettingen nur bis Ende 2015 Teilnehmerinnen an der Dauervereinbarung waren.

#### C.4.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

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

<sup>181</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>182</sup> RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 193 ff., *Tunnelreinigung*.

<sup>183</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>184</sup> Vgl. Fn 182.

<sup>185</sup> RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.

<sup>186</sup> RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>187</sup> Siehe Fn 186.

<sup>188</sup> Urteil des BG 2C\_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.2.3, *Gaba*; siehe auch BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3 m.w.H., *Publigroupe*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 167 ff., *ADSL II*; RPW 2015/2, 299 Rz 293, *Türprodukte*.

<sup>189</sup> Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531; RPW 2015/2, 299 f. Rz 293 ff., *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 170, *ADSL II*.

<sup>190</sup> Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 225 Rz 194 Fn 265, *Tunnelreinigung*.

<sup>191</sup> Vgl. RPW 2015/2, 300 Rz 294 f., *Türprodukte*.

128. Die zehn Unternehmen waren während der Zeit der Zusammenarbeit und ihres Bestehens alle im Bereich Lohnfeuerverzinkung tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Nachfrage von Privaten und öffentlichen Stellen nach Lohnfeuerverzinkung. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

#### C.4.1.5 Zwischenfazit

129. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zehn Unternehmen durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken betreffend Transportmehrkosten- sowie Rohstoff- und Zinkeuerungszuschlag, Sockelpreislisten und gemeinsame Grundpreiserhöhungen jedenfalls seit 1. April 2004 und bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben, soweit sie jeweils Mitglied der VSV und/oder der SFF waren. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

#### C.4.2 (Keine) Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

130. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird u. a. in Bezug auf horizontale Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

##### C.4.2.1 Vorliegen einer horizontalen Wettbewerbsabrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)

131. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird insgesamt weit ausgelegt. Er umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Unter den Vermutungstatbestand fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen. Entscheidend für die Qualifizierung einer Abrede als Preisabrede ist, ob sie einen preisharmonisierenden Zweck verfolgt und/oder ihr eine preisharmonisierende Wirkung zukommt.<sup>192</sup>

132. In casu liegen sowohl horizontale Wettbewerbsabreden über die direkte Festsetzung von Preisen (gemeinsame Festlegung von Mindestpreisen sowie gemeinsame Grundpreiserhöhungen um einen gewissen Prozentsatz zu einem bestimmten Stichtag)<sup>193</sup> als auch indirekte Preisabreden (gemeinsame Einführung und Anpassungen der beiden Zuschläge)<sup>194</sup> vor. Diese Abreden hatten dabei sowohl einen preisharmonisierenden Zweck – es ging den Abredeteilnehmern um die Verringerung des Preiswettbewerbs (siehe Rz 88, 117) – als auch eine preisharmonisierende Wirkung, sofern die gemeinsamen Festlegungen auch umgesetzt wurden (siehe zur Umsetzung insbesondere Rz 89 ff.). Dies gilt insbesondere auch für die beiden Zuschläge. Denn wären die beiden Zuschläge von den zehn Unternehmen individuell (z. B. mit Blick auf die individuellen Transportkosten, die eigenen Zinkvorräte und die eigene Zinkeinkaufsmöglichkeiten) festgelegt worden, so wäre die Preissetzung zwangsläufig weniger harmonisiert erfolgt.

133. Bei keinem der betroffenen Preiselemente handelt es sich um „geringfügige“ Preisbestandteile. Dies gilt auch, da die von den zehn Unternehmen ihren Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellten Endpreise im Wesentlichen (exkl. Mehrwertsteuer) aus genau denjenigen Preiselementen bestanden, welche Gegenstand der Zusammenarbeit waren (siehe dazu auch oben Rz 90). Dass jedes einzelne vereinbarte Preiselement für die Preisharmonisierung bedeutsam gewesen war, zeigt dabei auch der Umstand, dass die Abreden über die Preiselemente gerade dazu dienten, den Preiswettbewerb zu verringern (siehe oben Rz 88, 117). Wären die betroffenen Preiselemente unbedeutend gewesen, so hätten sich die zehn Unternehmen diesbezüglich nicht zu koordinieren brauchen.

134. Im Ergebnis ist folglich vom Vorliegen einer (Dauer-)Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen.

#### C.4.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

- In einem ersten Schritt ist der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Abrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 136 ff. hiernach).
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (Rz 153 ff. hiernach).

<sup>192</sup> Vgl. JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle – Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht*, 2010, Rz 1290 ff.

<sup>193</sup> Vgl. Verfügung der WEKO betr. *Badezimmer*, Rz. 2296 (noch nicht publiziert); RPW 2012/3, 657 ff.; *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel (USPI)*; RPW 2000/2, 167 ff., *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*; RPW 2006/4, 591 ff., *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*; RPW 2012/3, 642 Rz. 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2010/4, 740 f. Rz. 210 ff. und 755 Rz. 247 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 403 f.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 5 LCart N 396, 402. Teilweise werden in der Lehre gemeinsame Grundpreiserhöhungen auch als indirekte Preisfestsetzungen qualifiziert, wobei dies an der Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nichts ändert; vgl. FRANZ HOFFET, in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey* (Hrsg.), Art. 5 N 117.

<sup>194</sup> Vgl. Verfügung der WEKO betr. *Badzimmer*, Rz. 2297 (noch nicht publiziert); RPW 2013/2, 182 f. Rz. 193 f., *Abrede im Speditionsbereich*; Verfügung der WEKO betr. *Luffracht*, Rz. 1384 ff. (noch nicht publiziert). Siehe auch RPW 2015/2, 174 Rz. 81, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT* (Fn 193), Art. 5 LCart N 398; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 193), Art. 5 N 410 ff.

### C.4.2.2.1 Relevanter Markt

136. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>195</sup>

137. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>196</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. unten Rz 202 ff.). 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.<sup>197</sup>

#### (i) Marktgegenseite

138. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>198</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.<sup>199</sup> Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

139. Bei der vorliegenden (Dauer-)Preisabrede bildeten alle (privaten und öffentlichen) Abnehmerinnen und Abnehmer von Lohnfeuerverzinkung in der Deutschschweiz sowie im Wallis (in der Zeit bis zur Untersuchungseröffnung) Marktgegenseite der Abredeteilnehmer.

#### (ii) Sachlich relevanter Markt

140. 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<sup>200</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>201</sup>

141. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>202</sup> Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager oder der Nachfragerin hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>203</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren

und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>204</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.<sup>205</sup>

142. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft die Erbringung von Lohnfeuerverzinkungsleistungen (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) durch die zehn Unternehmen in der Deutschschweiz sowie im Wallis. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht alle Lohnfeuerverzinkungsleistungen erfasst, welche von Kundinnen und Kunden im Zeitraum des Bestehens der Wettbewerbsabrede in der Deutschschweiz sowie im Wallis nachgefragt worden sind.

143. Grundsätzlich ist denkbar, dass die Feuerverzinkung durch andere Korrosionsschutzarten (z. B. Farbbeschichtung, galvanisches Verzinken; siehe oben Rz 45 ff.) ersetzt werden könnte. Hiergegen sprechen indes die folgenden Umstände. Unternehmen, welche andere Formen des Korrosionsschutzes anbieten, wurden von keinem der zehn Unternehmen als Konkurrenten benannt; solche Unternehmen waren einzelnen Verfahrensparteien selbst auf Nachfrage noch nicht einmal bekannt.<sup>206</sup> Zudem sind die Kosten der Lohnfeuerverzinkung verglichen mit der resultierenden Nutzungsdauer von feuerverzinktem Stahl (40–50 Jahre) besonders tief (siehe oben Rz 46), was die Feuerverzinkung in gewissem Ausmass vor Konkurrenz

<sup>195</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>196</sup> Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>197</sup> So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 196), 924 ff.

<sup>198</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>199</sup> Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

<sup>200</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>201</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>202</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGER 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

<sup>203</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>204</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>205</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>206</sup> Vgl. Nachweis in Fn 136.

durch andere Korrosionsschutzarten schützt. Die Feuerverzinkung könnte damit allenfalls mit anderen Korrosionsschutzverfahren in Konkurrenz stehen, bei denen eine lange Nutzungsdauer des korrosionsgeschützten Stahls nicht entscheidend ist. Ob die Feuerverzinkung durch andere Korrosionsschutzarten ersetzbar ist, muss vorliegend aber ohnehin nicht abschliessend geklärt werden, da unabhängig von der Beantwortung dieser Frage ohnehin keine wettbewerbsbeseitigende Wirkung vorliegt (siehe unten Rz 153 ff.), die Preisabrede aber unabhängig von dieser Frage jedenfalls erheblich ist (siehe unten Rz 169 ff.).

144. Auch ist mit Blick auf die unterschiedlichen Anlagengrössen und Transportkapazitäten der Feuerverzinkerien grundsätzlich nicht von einer Separierung des sachlichen Marktes bspw. in einen Markt für die Feuerverzinkung von Kleinteilen und einen solchen für die Feuerverzinkung von Grossteilen auszugehen. Denn wie dargelegt (siehe oben Rz 51 f.) bestehen in der Praxis zwischen den Feuerverzinkerien häufig „Fremdarbeiten“-Vereinbarungen betreffend die Weitergabe von solchen Stahlteilen an eine jeweils andere Verzinkerei, welche von der weitergebenden Verzinkerei aufgrund der Ausmasse der eigenen Anlage nicht ausgeführt werden können (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu gross ist) bzw. sollen (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu klein ist).<sup>207</sup> Somit konkurrieren grundsätzlich alle zehn Unternehmen im Bereich Lohnfeuerverzinkung unabhängig von den Ausmassen des zu verzinkenden Stahls miteinander.

145. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Stahlkonstruktionen mit einer Länge von über 13 Meter und/oder einem Stückgewicht von über 10 Tonnen sowie Stahlteile, für die der Bahnverlad erforderlich ist, in der Praxis ausschliesslich von der Galvaswiss oder aber ausländischen Feuerverzinkerien feuerverzinkt werden, soweit eine Einzeltauchung erforderlich ist (siehe oben Rz 52). Es ist damit denkbar, dass die festgestellte Preisabrede für dieses Marktsegment überhaupt nicht von Bedeutung war. Hierfür spricht nicht nur, dass in diesem Bereich mit der Galvaswiss nur eine Schweizer Feuerverzinkerei tätig war und damit eine Wettbewerbsabrede mit anderen Schweizer Feuerverzinkerien in diesem Bereich wenig sinnvoll erschiene, sondern vor allem auch dass in diesem Bereich eine grundlegend andere Konkurrenzsituation herrschte. In dieser Konkurrenzsituation konnte sich die Galvaswiss von den anderen Verfahrensparteien unabhängig verhalten und war allenfalls durch ausländische Konkurrenz beeinflusst. Aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung mit den an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen (exkl. ZSM<sup>208</sup>; siehe Rz 32 ff., 176 ff.) haben die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich keine vertiefteren Abklärungen mehr getroffen; es geht folglich unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo davon aus, dass die festgestellten Preisabreden für die Feuerverzinkung von solchen Stahlkonstruktionen, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten durchführen kann bzw. konnte, nicht relevant waren.

146. Zusammenfassend geht die WEKO für die weitere Prüfung damit in sachlicher Hinsicht von einem relevan-

ten Markt für die Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) aus, sofern nicht Stahlkonstruktionen feuerverzinkt werden sollten, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten verarbeiten und transportieren konnte.

(iii) *Räumlich relevanter Markt*

147. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>209</sup>

148. Wie erläutert, besteht für die Lohnfeuerverzinkung ein gewisser Distanzschutz: Die zunehmende Distanz der Verzinkungsanlage zum Abholort und/oder Auslieferungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags (siehe oben Rz 57). Die Betreiber von Verzinkungsanlagen nehmen daher vorzugsweise Aufträge an, bei denen die Transportwege möglichst kurz sind. Darüber hinaus sind zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager und Nachfragerinnen die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Dementsprechend ist in casu von Bedeutung, dass vor allem das Tessin und ein Stück weit auch das Wallis durch natürliche Hindernisse vom Gebiet der Verfahrensparteien getrennt sind (siehe oben Rz 55 ff.). Das Tätigkeitsgebiet der neun Unternehmen und der im Kt. AG ansässigen VZ Stooss erstreckte sich dementsprechend im Wesentlichen auf die Deutschschweiz sowie das Wallis; in anderen Teilen der Schweiz waren von diesen Unternehmen lediglich die Galvaswiss-Gruppe und die SDL-Gruppe tätig. Im Ausland hatten von den neun Unternehmen und der VZ Stooss lediglich die Galvaswiss-Gruppe, die SDL sowie VZ Oberuzwil (hauptsächlich in Süddeutschland) Kundinnen und Kunden, welche Lohnfeuerverzinkung nachfragten (siehe dazu oben Rz 55 ff.).

149. Die Marktgegenseite hat die Lohnfeuerverzinkung zudem hauptsächlich bei in der Deutschschweiz und im Wallis ansässigen Feuerverzinkungsunternehmen angefragt und bezogen. So ist erstellt, dass die VSV-Mitglieder und die Galvaswiss bis zur Verstärkung der ausländischen Konkurrenz aus Süddeutschland und Österreich ab ca. 2010 90–95 % der Nachfrage aus der Deutschschweiz und dem Wallis bedienten (siehe oben Rz 61). Nach 2010 dürfte dieser Anteil kleiner geworden sein, aber dennoch weit über 50 % gelegen haben. Zudem ist nicht bekannt, dass Schweizer Feuerverzinkerien ausserhalb der Deutschschweiz und des Wallis, die Givel S.A. (Kt. VD), die Zinguerie de Renens SA/Frist Industries

<sup>207</sup> Siehe etwa Act. n° VIII.C.2.005, S. 2 f.

<sup>208</sup> Siehe dazu Rz 34.

<sup>209</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Pu-bligroupe SA et al./WEKO*.

SA (Kt. VD) sowie die Metallizzazione SA (Kt. TI), in spürbarem Umfang in der Deutschschweiz sowie im Wallis Lohnfeerverzinkung angeboten haben (siehe oben Rz 61).

150. Aus diesen Gründen ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der jedenfalls das Gebiet der Deutschschweiz sowie das Wallis und allenfalls den grenznahen ausländischen Raum jenseits der Nord- und Ost-Grenze der Schweiz umfasst.

*(iv) Zeitlich relevanter Markt*

151. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach Lohnfeerverzinkung in der Deutschschweiz sowie im Wallis im Zeitraum zwischen dem 1. April 2004 und dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung für die weitere Beurteilung relevant.

*(v) Zwischenfazit zum relevanten Markt*

152. Im Ergebnis erachtet die WEKO vorliegend den Markt für Lohnfeerverzinkung (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) in der Deutschschweiz sowie im Wallis und allenfalls im grenznahen ausländischen Raum jenseits der Nord- und Ost-Grenze der Schweiz als relevant, sofern nicht Stahlkonstruktionen feuerverzinkt werden sollten, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten verarbeiten und transportieren konnte. Was das ungefähre Marktvolumen angeht, sei auf Rz 59 verwiesen.

#### **C.4.2.2.2 Aussen- und Innenwettbewerb**

153. Nachfolgend ist zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussen- und Innenwettbewerb diszipliniert wurden.

*(i) Kaum tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt*

154. Aus den vorliegenden Beweismitteln ergibt sich, dass die neun Unternehmen in der Deutschschweiz sowie im Wallis einen jedenfalls bis ca. 2010 90–95 % der Nachfrage nach Lohnfeerverzinkung in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedienten. Als Schweizer Konkurrenz existierte nur die VZ Stooss, welche allerdings nur ca. 3000 Tonnen pro Jahr verzinkte.<sup>210</sup> Wie erläutert, waren die Givel S.A. und die First Industrie SA/Zinguerie de Renens aus dem Kanton Waadt sowie die Metallizzazione SA aus dem Kanton Tessin in der Deutschschweiz und im Wallis nicht wesentlich tätig.

155. Dafür, dass der genannte gemeinsame Anteil der neun Unternehmen mit der Verstärkung der ausländischen Konkurrenz ab ca. 2010 wesentlich kleiner wurde, liegen keine Anhaltspunkte vor (siehe oben Rz 61 und Fn 134). Dies gilt insbesondere, da die Parteien noch im September 2011 davon ausgingen, dass sogar viele Aufträge bis 20 Tonnen im Inland vorhanden seien, bei denen sie nicht der ausländischen Konkurrenz ausgesetzt seien.<sup>211</sup> Auch die Berücksichtigung der Nachfrage im grenznahen ausländischen Raum jenseits der Schweizer Nord- und Ost-Grenze dürfte nicht zu einem massgeblichen Absinken dieses Anteils führen, da insbesondere die

Galvaswiss dort über eine eigene Verzinkerei verfügt (in Oberndorf, Deutschland) und die Wiegel- und die Collini-Gruppe im süddeutschen Raum bzw. im westlichen Österreich insgesamt nur drei Anlagen betreiben, welche zudem eher kleiner sind.<sup>212</sup> Die Abredeteilnehmer hatten also im Zeitraum vom 1. April 2004 bis zur Untersuchungseröffnung einen sehr hohen gemeinsamen Marktanteil, wobei sich der übrige Anteil auf insgesamt drei externe Konkurrenten verteilte (Wiegel- und Collini-Gruppe sowie VZ Stooss).

156. Des Weiteren ist der Distanzschutz bei der Beurteilung des Aussenwettbewerbs zu berücksichtigen. Aus diesem ergibt sich, dass die Konkurrenz von externen Unternehmen umso grösser war, je grösser die im Einzelfall zu verzinkende Stahlmenge war.<sup>213</sup> Dies führt dazu, dass die ausländische Konkurrenz überhaupt nur dann eine Rolle spielte, wenn ein Nachfrager eine grosse Menge zu verzinken hatte.<sup>214</sup> Abgesehen von der Galvaswiss-Gruppe, der SDL-Gruppe und der VZ Oberuzwil haben die Untersuchungsadressaten aber überhaupt nicht angegeben, dass sie von ausländischen Lohnfeerverzinkerien konkurrenziert würden.<sup>215</sup> Hieraus folgt, dass diese Gesellschaften eher solche Aufträge erledigten, bei denen keine oder kaum ausländische Konkurrenz bemerkbar war (siehe auch oben Rz 61 und Fn 134). Auch die Galvaswiss-Gruppe hat angegeben, dass sie bei ihren regelmässigen Tourenkunden mit eher kleinen Mengen kaum ausländische Konkurrenz spüre.<sup>216</sup>

157. Insgesamt ergibt sich aus der Zusammenschau dieser Umstände, dass der tatsächliche Aussenwettbewerb durch die VZ Stooss und die beiden ausländischen Konkurrentinnen insgesamt eine eher geringe disziplinierende Wirkung gehabt hat, welche jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Zusammenarbeit der neun Unternehmen führte.

<sup>210</sup> Act. n° VIII.B.2.007, S. 12.

<sup>211</sup> Protokoll der Marketing-Kommissionssitzungen vom 6.9.2011 in Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 11, wo es heisst: „Es sind auch viele Aufträge bis 20 Tonnen im Inland vorhanden, bei denen wir nicht der ausländischen Konkurrenz ausgesetzt sind.“. Siehe dazu des Weiteren die Nachweise in Fn 134.

<sup>212</sup> Berücksichtigt wurden nur Anlagen, welche innerhalb einer Entfernung von weniger als 100 km von der Schweizer Grenze entfernt liegen; Vgl. <www.wiegel.de/standorte/deutschland/> und <www.collini.eu/de/unternehmen/technologien/feuerverzinkung>; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017. Die am nächsten zur Schweizer Grenze gelegene Feuerverzinkungsanlage der Wiegel-Gruppe liegt direkt hinter der Schweizer Ostgrenze in Feldkirch (Österreich), darüber hinaus verfügt Wiegel über eine Feuerverzinkungsanlage in Aitrach (Deutschland; Entfernung von der Schweizer Nord-Ost-Grenze > 75 km). Die Collini-Gruppe verfügt über eine eher kleine Feuerverzinkungsanlage in Bludesch (Österreich) in rund 25 km Entfernung von der Schweizer Ostgrenze. Innerhalb dieses Bereichs gibt es noch zwei weitere Feuerverzinkungsanlagen. Eine Anlage der Verzinkerei Bühler GmbH in Herbertingen (Deutschland; Entfernung von der Schweizer Nord-Grenz > 80 km) und eine Anlage der Verzinkerei Sulz GmbH in Sulz am Neckar (Deutschland; Entfernung von der Schweizer Nord-Grenze > 80 km). Diese beiden Unternehmen wurden von keiner der Verfahrensparteien als Konkurrenten der Schweizer Feuerverzinkerien bezeichnet.

<sup>213</sup> Siehe etwa die Zeugenaussage von [...] in Act. n° III.005, Rz 297 ff. sowie Act. n° VIII.A.2.010, Rz 440 ff.; VIII.B.2.006, Rz 556 ff.; VIII.D.2.004, Rz 105 ff.

<sup>214</sup> Vgl. Act. n° VIII.B.2.006, Rz 556 ff.; VIII.D.2.004, Rz 105 ff.

<sup>215</sup> Act. n° III.003; III.004; VIII.D.2.004, Rz 443 ff.; VIII.F.2.012, S. 5.

<sup>216</sup> Act. n° VIII.B.2.016, S. 3.

(ii) *Kein potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt*

158. Da vorliegend im relevanten Zeitraum kaum tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand, ist zu prüfen, ob die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert waren. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt hätten eindringen können, d. h. Lohnfeuertverzinkung in der Deutschschweiz, im Wallis sowie im grenznahen ausländischen Raum jenseits der Nord- und Ost-Grenze der Schweiz hätten anbieten können.

159. Bei einer solchen Prüfung steht die Würdigung von Markteintrittsschranken im Vordergrund. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.<sup>217</sup>

160. Die Verfahrensparteien haben das Bestehen von potenziellem Aussenwettbewerb nicht geltend gemacht. Das Bestehen eines derartigen Aussenwettbewerbs wäre auch nicht plausibel, da für Feuerverzinkungsanlagen hohe Anfangsinvestitionen erforderlich sind und es wegen des Umstands, dass von Feuerverzinkungsanlagen eher starke Emissionen ausgehen und diese deshalb stark umweltrechtlich reguliert sind, schwierig wäre, im räumlich relevanten Markt überhaupt einen Standort für eine neue Feuerverzinkungsanlage zu finden. Auch ist wiederum der Distanzschutz zu berücksichtigen (siehe oben Rz 57 f.). Aus diesem folgt, dass nicht zu erwarten war, dass weitere externe Unternehmen mit ausserhalb des räumlich relevanten Markts gelegenen Feuerverzinkungsanlagen in den in casu relevanten Markt eintreten würden, weilsolche externen Unternehmen gegenüber den innerhalb des relevanten Markts ansässigen Unternehmen einen zu grossen Kostennachteil gehabt hätten.

161. Des Weiteren ist bei der Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs auch das Bestehen von Überkapazitäten zu berücksichtigen. Denn wenn die Anzahl der tätigen Unternehmen bzw. die Kapazität der vorhandenen Produktionsstätten im Verhältnis zur Nachfrage zu hoch war, wirkt dies ebenfalls als Markteintrittsschranke.<sup>218</sup> Vorliegend ist erstellt, dass in der Deutschschweiz sowie im Wallis Überkapazitäten bestanden (siehe insbesondere Rz 60, 66, 75, 88, 91, 98, 101). Dementsprechend trat in casu im gesamten Untersuchungszeitraum kein einziges Unternehmen neu in den relevanten Markt ein. Hingegen schieden allein seit 2007 vier Feuerverzinkungsanlagen, welche zusammen ca. 15'000 Tonnen verzinken konnten, aus dem relevanten Markt aus.<sup>219</sup>

162. Nach dem Gesagten waren die Abredeteilnehmer folglich nicht mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert.

(iii) *Innenwettbewerb*

163. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Wettbewerbsabrede aufgrund des trotz Abrede verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Ab-

rede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter<sup>220</sup> besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

164. Vorliegend ist erstellt, dass es zwischen den Verfahrensparteien trotz der Zusammenarbeit in der Zeit vom 1. April 2004 bis zum 15. Februar 2016 immer auch Preisunterbietungen und in der Folge Abwerbungen von Kundinnen und Kunden gegeben hat (siehe oben Rz 92 ff.). Dies war vor allem den Überkapazitäten im relevanten Markt (siehe insbesondere Rz 60, 66, 75, 88, 91, 98, 101) geschuldet, welche dazu führten, dass die Feuerverzinkerien im Einzelfall Aufträge sehr günstig durchführten, um ihre Kapazitäten auszulasten. Zudem wurde ab ca. 2010 die ausländische Konkurrenz stärker (siehe oben Rz 61), weshalb die Sockelpreislisten immer mehr an Relevanz verloren und vereinbarte Grundpreiserhöhungen nur teilweise umgesetzt werden konnten bzw. sich die Verfahrensparteien nur teilweise an die vereinbarten Preiselemente hielten (siehe auch Rz 89 ff., 92 ff.). Wie erwähnt, stellten sich daher ab ca. 2011/2012 die Sockelpreislisten als nicht mehr zielführend heraus, weshalb diese ab Mai 2012 faktisch abgeschafft wurden (siehe oben Rz 77 f.). Ab Mitte 2012 bis zur Untersuchungseröffnung beschränkte sich die Zusammenarbeit der neun Unternehmen dann auch nur noch auf die beiden Zuschläge, welche je für sich allerdings nicht bloss geringfügige Wettbewerbsparameter waren (siehe oben Rz 133).

165. Zwischen den neun Unternehmen bestand mithin ein gewisser Innenwettbewerb, weil sie sich wegen der Überkapazitäten und des ausländischen Wettbewerbs in einem nicht kleinen Ausmass nicht strikt an die Wettbewerbsabrede hielten.

**C.4.2.2.3 Zwischenfazit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

166. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die vorliegende Wettbewerbsabrede der Markt für Lohnfeuertverzinkung (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) in der Deutschschweiz sowie im Wallis und allenfalls im grenznahen ausländischen Raum jenseits der Nord- und Ost-Grenze der Schweiz relevant war, sofern nicht Stahlkonstruktionen feuerverzinkt werden sollten, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten verarbeiten und transportieren konnte. Das ungefähre Marktvolumen betrug rund CHF 90–120 Mio. (vgl. dazu Rz 59).

<sup>217</sup> CR Concurrence-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

<sup>218</sup> RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>219</sup> Es handelt sich um die Verzinkungsanlagen der Verzinkerei AG Emmenthal, der Epos, der ZSM sowie der VZ Stooss. Siehe dazu insbesondere Act. n° VIII.B.2.007, S. 12. Auch die Feuerverzinkungsanlage der Zinguerie de Renens SA/First Industries SA wurde in diesem Zeitraum stillgelegt. Allerdings war sie nicht im relevanten Markt tätig.

<sup>220</sup> BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

167. Weiter steht fest, dass auf diesem Markt kaum tatsächlicher Aussenwettbewerb und kein potenzieller Aussenwettbewerb vorlagen, welche die Abredeteilnehmer in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätten disziplinieren können. Allerdings bestand im beschriebenen Masse Innenwettbewerb, da sich die neun Unternehmen in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und dem 15. Februar 2016 wegen der bestehenden Überkapazitäten und ab ca. 2010 zusätzlich wegen des ausländischen Wettbewerbs nicht strikt an die Wettbewerbsabrede hielten.

168. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist damit vor allem mit Blick auf den beschriebenen Innenwettbewerb zwischen den neun Unternehmen widerlegt.

#### C.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

169. Horizontale Preisabreden, für welche die Beseitigungsvermutung widerlegt ist, können jedoch unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigen und nicht gerechtfertigt sind.

170. Diesbezüglich hat das Bundesgericht in seinem Urteil *Gaba* festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt.<sup>221</sup> Zugleich hat es festgehalten, dass u. a. die in Art. 5 Abs. 3 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d. h. insbesondere horizontale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, grundsätzlich keine Bagatellfälle darstellen, sondern in der Regel als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind.<sup>222</sup> Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in seinen Urteilen betreffend die WEKO-Sanktionsverfügung i.S. *Baubeschläge* bestätigt.<sup>223</sup>

171. Da vorliegend keine Gründe ersichtlich sind, welche dafür sprechen würden, dass die in casu beurteilte horizontale Preisabrede einen Bagatellfall darstellt, ist die vorliegende Preisabrede zwischen den neun Unternehmen als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren.

#### C.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

172. Wettbewerbsabreden, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, jedoch erheblich beeinträchtigen, 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.

173. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche im Interesse der Beteiligten, das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen, mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden kann, haben die Verfahrensparteien keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht. Unabhängig davon ist es nicht ersichtlich, dass die vorliegenden Abreden durch einen der in Rz 172 abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnte.

#### C.4.5 Ergebnis

174. Zusammenfassend ist festzuhalten werden, dass es sich bei der vorliegenden (Dauer-) Preisabrede um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwischen den Gesellschaften der Galvaswiss-Gruppe und der SDL-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen, der VZ Wollerau und der ZSM handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

#### C.5 Massnahmen

175. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Massnahmen in diesem Sinne bilden die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG (vgl. Rz 176 ff.), die einseitige Anordnung von Massnahmen durch die WEKO (vgl. Rz 181 f.) sowie monetäre Sanktionen (vgl. Rz 184 ff.).

##### C.5.1 Einvernehmliche Regelung

176. Anstelle der einseitigen Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung.

177. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit allen noch aktiven Abredeteilnehmern, d. h. den Gesellschaften der Galvaswiss-Gruppe und der SDL-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen und der VZ Wollerau, sowie der VSV, welche die „Plattform“ für die Wettbewerbsabrede bot (siehe oben Rz 64 f.), einvernehmliche Regelungen abgeschlossen (vgl. auch oben Rz 32 ff.). Die einvernehmlichen Regelungen mit der Galvaswiss-Gruppe, der SDL-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen und der VZ Wollerau lauten wie folgt:

##### Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren „22-0469: Verzinsung“ zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

<sup>221</sup> Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.1.6, *Gaba/WEKO*.

<sup>222</sup> Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.2.5, 5.6, *Gaba/WEKO*.

<sup>223</sup> Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/Siegenia-Aubi AG*; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/KOCH Group AG Wallisellen*.

- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung „22-0469: Verzinkung“ bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, welche das Sekretariat der [Name der Feuerverzinkerei] in der Zeit zwischen dem 18. November 2016 und dem 8. März 2017 erläutert hat, gegenüber der [Name der Feuerverzinkerei] einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von [Name der Feuerverzinkerei] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn dieses Dokument seitens der [Name der Feuerverzinkerei] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält die [Name der Feuerverzinkerei] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.

### Vereinbarungen

- 1) Die [Name der Feuerverzinkerei] verpflichtet sich dazu, sich nicht mit Konkurrenten über Preise (insbesondere Mindest- bzw. Sockelpreise, empfohlene Richtpreise sowie allgemeine Grundpreiserhöhungen) und/oder Preisbestandteile (insbesondere Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag und Transportmehrkostenzuschlag) im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen auszutauschen. Insbesondere unterlässt die [Name der Feuerverzinkerei], im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen solche Preise und/oder Preisbestandteile gemeinsam mit Konkurrenten festzulegen oder auf sonstige Weise koordinierend zu beeinflussen.
- 2) Von den vorgenannten Verpflichtungen ausgenommen sind der Austausch von Informationen sowie gemeinsame Festlegungen, welche im Zusammenhang

mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften, Subunternehmerverhältnissen (insbesondere „Fremdarbeiten“ und „Auswärtsvergaben“ wie Fremdverzinkung und Sandstrahlen) und sonstigen konkreten Geschäftsbeziehungen (insbesondere betreffend Beratungsdienstleistungen und Warenlieferungen) zwischen Verzinkerien unabdingbar sind.

178. Die einvernehmliche Regelung mit der VSV lautet wie folgt:

### Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren „22-0469: Verzinkung“ zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung „22-0469: Verzinkung“ bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, welche das Sekretariat der VSV in der Zeit zwischen dem 18. November 2016 und dem 8. März 2017 erläutert hat, gegenüber der VSV einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von VSV zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und würden im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat jedoch, der WEKO keine Sanktion gegen die VSV zu beantragen. Der definitive Entscheid über die Sanktionierung und die allfällige Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt. Für die VSV liegt der Vorteil des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung darin, dass er erfahrungsgemäss zu einer substantiellen Verfahrensverkürzung führt. Dadurch fallen die Verfahrenskosten erfahrungsgemäss wesentlich tiefer aus als im Falle eines ordentlichen Verfahrensabschlusses.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn dieses Dokument seitens der VSV keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden bedingt, hält die VSV fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei einem Antrag des Sekretariats gemäss



lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.

### Vereinbarungen

Die VSV verpflichtet sich dazu, den Austausch von Preisen (insbesondere Mindest- bzw. Sockelpreise, empfohlene Richtpreise sowie allgemeine Grundpreiserhöhungen) und/oder Preisbestandteilen (insbesondere Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag und Transportmehrkostenzuschlag) im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen nicht zu fördern und nicht zu begünstigen. Insbesondere unterlässt die VSV, im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen die Festlegung solcher Preise und/oder Preisbestandteile zwischen den Konkurrenzfirmen organisatorisch zu unterstützen oder auf sonstige Weise zu beeinflussen.

179. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien der einvernehmlichen Regelungen eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffenen Vereinbarungen beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen sowie die VSV wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Die WEKO genehmigt die zwischen dem Sekretariat sowie den Verfahrensparteien (exkl. VZ Stooss und ZSM) geschlossenen einvernehmlichen Regelungen.

180. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>224</sup>

### C.5.2 Keine einseitige Anordnung von Massnahmen

181. Soweit keine einvernehmliche Regelung vorliegt, kann die WEKO einseitig Massnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeeinträchtigung anordnen. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>225</sup>

182. Da vorliegend mit den in Rz 177 genannten Verfahrensparteien eine einvernehmliche Regelung geschlossen wurde, sind ihnen gegenüber keine Massnahmen einseitig anzuordnen. Gegenüber der bis Mitte 2013 an der Wettbewerbsabrede beteiligten ZSM hat das Sekretariat darauf verzichtet, Gespräche über eine einvernehmliche Regelung zu führen, da die ZSM den Betrieb Mitte 2013 eingestellt hat und seitdem zahlungsunfähig ist (siehe Rz 34). Der ZSM gegenüber sind jedoch auch keine Massnahmen einseitig aufzuerlegen, da sie seit Mitte 2013 jegliche geschäftliche Tätigkeit eingestellt hat und nicht anzunehmen ist, dass sie künftig wieder eine geschäftliche Tätigkeit im Bereich Feuerverzinkung aufnehmen

wird. Eine durch die ZSM bewirkte künftige Wettbewerbsbeschränkung ist daher nicht zu erwarten.

183. Auch mit der VZ Stooss hat das Sekretariat keine einvernehmliche Regelung geschlossen, da sich herausgestellt hat, dass die VZ Stooss im Untersuchungszeitraum nicht an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligt war (siehe oben Rz 35, 95). Auch der VZ Stooss gegenüber sind daher keine Massnahmen anzuordnen und das Verfahren ist einzustellen.

### C.5.3 Sanktionierung

184. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 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.

#### C.5.3.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

185. Nach Art. 49a Abs. 1 KG können nur „Unternehmen“ sanktioniert werden. Sanktionsvoraussetzung ist damit, dass im Zeitpunkt der Sanktionsentscheidung dasjenige „Unternehmen“, welches gegen das KG verstossen hat, noch besteht. Diese Voraussetzung ist vorliegend in Bezug auf das *Unternehmen* ZSM nicht erfüllt. Denn die ZSM war zwar im Zeitraum ihrer Beteiligung an der Wettbewerbsabrede als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren (vgl. Rz 103). Seit der Konkurseröffnung Mitte 2013 besteht das Unternehmen jedoch nicht mehr, da die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation ihre geschäftliche Tätigkeit Mitte 2013 vollständig eingestellt hat (siehe oben Rz 15) und die Gesellschaft nur noch zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung existiert. Es ist auch nicht ersichtlich, dass in casu der Konkurs nur eingeleitet wurde, um eine Sanktion rechtmisbräuchlich zu umgehen oder zu mildern. Die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation ist daher nicht zu sanktionieren. Die anderen in Rz 103 genannten Unternehmen bestehen indes auch aktuell noch und können damit grundsätzlich sanktioniert werden.

186. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von

<sup>224</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>225</sup> Ständige Praxis; siehe zuletzt etwa: RPW 2016/4, 1020 Rz 819, *Sport im Pay-TV*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 58 f.

Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.<sup>226</sup> Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt (vgl. oben Rz 114 ff., 130 ff., 169 ff., 172 ff.).

187. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig und sanktionierbar ist, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist.<sup>227</sup> Dies hat jüngst auch das Bundesgericht bestätigt.<sup>228</sup>

### C.5.3.2 Verfügungsadressaten

188. Insbesondere wenn mehrere Gesellschaften als Trägerinnen eines Unternehmens i.S.d. KG zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft bzw. Gesellschaften Verfügungsadressat(en) ist resp. sind. Denn Rechtssubjekt der materiellen kartellrechtlichen Vorschriften ist zwar das *Unternehmen*. Ein solches Unternehmen i.S.d. KG ist aber in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Verwaltungsrecht, nicht als Rechtssubjekt anerkannt. Denn nach dem VwVG kann Verfügungsadressat nur sein, wer im Sinne des Verwaltungsrechts über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Deshalb können grundsätzlich nur natürliche und juristische Personen Parteien im Verwaltungsverfahrensrecht sein und mittels einer Verfügung zu einer Handlung oder einer Unterlassung verpflichtet werden.<sup>229</sup>

189. Da das Kartellrecht zur Frage des Adressaten einer Verfügung nach KG keine abweichende Regelung getroffen hat, können auch im Kartellrecht nur natürliche und juristische Personen Parteien einer kartellrechtlichen Untersuchung sein. Wie zuletzt auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, können dementsprechend lediglich diejenigen natürlichen oder juristischen Personen Adressatinnen einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>230</sup> Also solche gelten insbesondere die operativen Gesellschaften, deren Vertreterinnen und Vertreter für den KG-Verstoss verantwortlich sind, und allfällige Muttergesellschaften.

190. Zu beachten ist, dass allein aus dem Umstand, dass eine natürliche oder juristische Person als Unternehmensträgerin zu qualifizieren ist, nicht folgt, dass diese auch zum Adressat einer (Sanktions-)Verfügung gemacht werden muss. Vielmehr steht es im Ermessen der WEKO, aus den als Unternehmensträgerinnen zu qualifizierenden Personen diejenigen auszuwählen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden.<sup>231</sup>

191. Hieraus ergibt sich, dass folgende juristische Personen jeweils für das Handeln der acht Unternehmen zu sanktionieren sind:

- ESTECH Industries Holding AG und Verzinkerei Wettingen AG für das Unternehmen VZ Wettingen;
- F. Dietsche Holding AG, Galvaswiss AG und Epos Verzinkerei AG Däniken für die Galvaswiss-Gruppe;
- Gewa Holding Wattenwil AG und Verzinkerei Wattenwil AG für das Unternehmen VZ Wattenwil;

- HLC Holding AG und Verzinkerei Wollerau AG für das Unternehmen VZ Wollerau;
- SDL Beteiligungs AG, Schweizerische Drahtziegel-fabrik und Zintec AG für die SDL-Gruppe;
- Verzinkerei Lenzburg AG für das Unternehmen VZ Lenzburg;
- Verzinkerei Oberuzwil AG für das Unternehmen VZ Oberuzwil;
- Verzinkerei Unterlunkhofen AG für das Unternehmen VZ Unterlunkhofen.

### C.5.3.3 Vorwerfbarkeit

192. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>232</sup>, welcher das BVGer gefolgt ist<sup>233</sup>, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

193. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>234</sup> Ein objektiver Sorgfaltsmangel

<sup>226</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 34.

<sup>227</sup> Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*.

<sup>228</sup> Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 9.4, *Gaba/WEKO*.

<sup>229</sup> Als Ausnahmen von diesem Grundsatz sind die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 562, 602 OR) sowie die Stockwerkseigentümergeinschaft (Art. 712l Abs. 2 ZGB) anerkannt.

<sup>230</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

<sup>231</sup> *WEKO v. 8.7.2016*, Rz 1147, 1182, *Bauleistungen See-Gaster* (noch nicht publiziert); RPW 2015/2, 297 Rz 270, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, *ADSL II*.

<sup>232</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>233</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

<sup>234</sup> RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>235</sup>

194. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass im Rahmen von VSV- und SFF-Sitzungen sowie unternehmensintern wiederholt die Kartellrechtsgemässheit der Zusammenarbeit thematisiert<sup>236</sup> und die Zuschläge, die Sockelpreislisten sowie die beschlossenen Grundpreiserhöhungen – entgegen ihrer wahren Bedeutung<sup>237</sup> – in Protokollen etc. als vollständig unverbindliche Empfehlungen titulierte wurden. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen. Somit ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

#### C.5.3.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG)

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

196. Die vorliegende Preisabrede hatte bis zur Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Februar 2016 Bestand. Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen. Dies gilt auch für solche Unternehmen, die vor der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung aus der VSV ausgetreten sind bzw. die SFF-Trägerschaft aufgegeben haben, sofern dieser Schritt weniger als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung erfolgte (also für die Epos [Austritt Ende 2012], die Galvaswiss [Ende der SFF-Trägerschaft Mitte 2014], die SDL-Gruppe [Austritt Ende 2015], die VZ Wettingen [Austritt Ende 2015]).

#### C.5.3.5 Bemessung

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

198. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der

SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>238</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>239</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>240</sup>

#### C.5.3.5.1 Konkrete Sanktionsberechnung

199. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

##### (i) Basisbetrag

200. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.<sup>241</sup> Das

<sup>235</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGE 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>236</sup> Siehe etwa die E-Mail des Leiters der SFF an alle Verzinkereien der SFF in Beweismittel C1-0005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.001, S. 254 („Wir wollen ja keine Probleme mit WEKO bekommen“); E-Mail vom 9.11.2009 des Inhabers der Galvaswiss betreffend Sockelpreislisten in Act. n° VIII.B.2.011, Beilage 17 („Ich befürchte, dass solche Preislisten, die allen Verzinkern zugestellt werden und bei deren Erarbeitung die meisten Branchenvertreter am Tisch sitzen, allenfalls gegen das Wettbewerbsgesetz verstossen.“); die handschriftliche Notiz eines Vertreters der VZ Wettingen zur MK-Sitzung vom 6.9.2011 in Act. n° III.006, Beilage 5 („Gespräche untereinander > Anlass Kartell“); Vorbereitungsnotizen des Präsidenten der VSV für die Preissitzung vom 6.2.2014 in Beweismittel C1-0005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.001, S. 92 („Ich bin froh, dass es ab und zu auch Beispiele gibt, wo man sich unterboten hat... Wenn keine Unterbietungen mehr stattfinden würden, bekäme ich grosse Bedenken wegen der WEKO“).

<sup>237</sup> Siehe dazu insbesondere Vorbereitungsnotizen des Präsidenten der VSV für die Preissitzung vom 15.9.2015 in Beweismittel C1-0005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.001, S. 44 ff. („Preisgeschichte... Von: alle vollumfänglich einverstanden... zu Richtpreise, Empfehlungen, unverbindlich etc. (gleiches gemeint, aber anders geschrieben“); siehe des Weiteren Rz 88, 78, 73 sowie Fn 149, 153, 158.

<sup>238</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>239</sup> Ständige Praxis; vgl. zuletzt RPW 2017/2, 293 Rz 91, *Husqvana*; s. a. RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>240</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>241</sup> In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*, Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision; zuletzt aufgerufen am 30.10.2017.

Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

201. Vorliegend endete die unzulässige Wettbewerbsabrede im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. Für die Sanktionsberechnung sind damit grundsätzlich die Umsätze der Jahre 2013, 2014 und 2015 massgebend. Für die sanktionierbaren Unternehmen, welche vor der Untersuchungseröffnung aus der VSV ausgetreten sind bzw. die SFF-Trägerschaft aufgegeben haben, sind jeweils die Umsätze in den letzten drei Jahren vor dem Ende ihrer Zusammenarbeit zu berücksichtigen.

a. Für die Sanktionierung massgebliche Umsätze

202. Für die Sanktionierung sind die jeweiligen Umsätze der Unternehmen auf dem relevanten Markt, soweit sie mit Kundinnen und Kunden aus der Schweiz erzielt wurden. In casu ist damit entsprechend der obigen Marktdefinition (siehe Rz 136 ff.) grundsätzlich auf den Umsatz abzustellen, welche die sanktionierbaren Unternehmen auf dem Markt für Lohnfeuerverzinkung (inkl. der damit

zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) in der Deutschschweiz sowie im Wallis erzielten; für die Galvaswiss ist davon derjenige Umsatz abzuziehen, welche sie mit der Feuerverzinkung von solchen Stahlkonstruktionen erzielt hat, welche aufgrund der singulären Anlagengrösse und Transportmöglichkeiten der Galvaswiss ausschliesslich von ihr verarbeitet und transportiert werden konnten (vgl. Rz 145, 152).

203. Von diesen Umsätzen sind für alle sanktionierbaren Unternehmen diejenigen Beträge abzuziehen, welche für die Beauftragung einer anderen Schweizer Lohnfeuerverzinkerei als Subunternehmerin („Fremdarbeiten“; siehe dazu oben Rz 144) an diese Subunternehmerin weitergegeben wurden. Würden diese Beträge *in casu* nicht vom sanktionierbaren Umsatz abgezogen, so würden diese Umsätze für die Sanktionierung doppelt berücksichtigt (beim Auftraggeber *und* der beauftragten Lohnfeuerverzinkerei). Aufgrund dieser Erwägungen sind damit die folgenden Umsätze für die Sanktionierung heranzuziehen:

| Unternehmen               | Massgeblicher Umsatz<br>(ohne MwSt. in CHF) |
|---------------------------|---|
| Galvaswiss <sup>242</sup> | [80–85 Mio.]                                |
| Epos <sup>243</sup>       | [0.5–5 Mio.]                                |
| SDL-Gruppe                | [50–55 Mio.]                                |
| VZ Lenzburg               | [0.5–5 Mio.]                                |
| VZ Oberuzwil              | [25–30 Mio.]                                |
| VZ Unterlunkhofen         | [20–25 Mio.]                                |
| VZ Wattenwil              | [5–10 Mio.]                                 |
| VZ Wettingen              | [20–25 Mio.]                                |
| VZ Wollerau               | [20–25 Mio.]                                |

**Tabelle 1: Für die Sanktionierung massgebliche Umsätze**

b. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

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

205. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive<sup>244</sup> Faktoren im Vordergrund.

<sup>242</sup> Erfasst sind die Umsätze der Galvaswiss aus den Jahren 2012, 2013 und 2014.

<sup>243</sup> Die Sanktion der Epos wird von den Gesellschaften der Galvaswiss-Gruppe insgesamt getragen. Da für die Beteiligung der Epos allerdings ein anderer Dauerzuschlag gilt (siehe unten Rz 215), wird die Sanktion im Folgenden separat aufgeführt.

<sup>244</sup> D. h. nicht verschuldensabhängige Kriterien; ständige Praxis; vgl. zuletzt RPW 2017/2, 293 Rz 96, *Husqvana*; vgl. auch ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

206. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>245</sup>

207. Vorliegend ist zunächst in Erwägung zu ziehen, dass eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG betreffend alle wesentlichen Preisbestandteile vorliegt und an der fast alle Marktteilnehmer teilgenommen haben (siehe insbesondere Rz 130 ff., 154 ff., 158 ff.). Dies rechtfertigt eine Orientierung am oberen Rahmen des Basisbetrags. Auf der anderen Seite ist in Erwägung zu ziehen, dass zwischen den Abredeteilnehmern im beschriebenen Masse Innenwettbewerb herrschte, weil sich die neun Unternehmen wegen der bestehenden Überkapazitäten und des ausländischen Wettbewerbs nicht strikt an die Wettbewerbsabrede hielten (siehe Rz 163 ff.).

208. Negativ ins Gewicht fällt allerdings wiederum, dass die Abredeteilnehmer einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen des VSV und der SFF institutionalisierten (siehe insbesondere Rz 64 f.). Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist schliesslich zu berücksichtigen, ob der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurde der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich begangen (Rz 194).

209. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zudem die bisherige WEKO-Praxis im Bereich (Dauer-)Preisabreden zu berücksichtigen. Danach kam bei Preisabreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ein Basisbetragsprozentsatz von 6–8 % zur Anwendung.<sup>246</sup> Ein Basisbetragskoeffizient von 6 % kam im Fall *Spedition* zur Anwendung, da die Preisabrede nur Preisbestandteile (bestimmte Gebühren) betraf und zudem nicht strikt angewendet wurde.<sup>247</sup> Da vorliegend nicht nur ein einziger Zuschlag und zudem auch die Grundpreise für die Lohnfeuerverzinsung Gegenstand der Preisabrede waren, erscheint jedenfalls ein Basisbetragskoeffizient von 6 % grundsätzlich als zu tief.

210. Dies gilt aufgrund ihrer Sonderstellung hingegen nicht für die VZ Unterlunkhofen. Denn wie aufgezeigt war die VZ Unterlunkhofen in geringerem Ausmass als die anderen VSV-Mitglieder und die Galvaswiss in die oben beschriebene Zusammenarbeit der Unternehmen involviert. Diesbezüglich sei auf die obigen Ausführungen verwiesen

(siehe Rz 94). Wiederholt sei an dieser Stelle nur, dass die VZ Unterlunkhofen kaum an Sitzungen anwesend war, eine häufigere Sitzungsteilnahme gegenüber den anderen Unternehmensvertretern aktiv mit der Begründung ablehnte, sie sei an den in den Sitzungen besprochenen Themen nicht interessiert, und insgesamt als das „unzuverlässigste“ VSV-Mitglied galt, welches sich ohnehin nicht an die Sockelpreisliste halte. Für die VZ Unterlunkhofen ist daher ein Basisbetragsprozentsatz in Höhe von 6 % zugrunde zu legen.

211. Die VZ Unterlunkhofen hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend gemacht, der Basisbetragsprozentsatz müsse für sie tiefer als 6 % liegen.<sup>248</sup> Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es nicht sein könne, dass ihre Sanktion in absoluten Zahlen in grösserem Masse reduziert würde, wenn die VZ Unterlunkhofen einen höheren Basisbetragsprozentsatz von 7 % erhalte und wie die VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe auf Ende 2015 aus dem Kartell ausgetreten wäre und dafür eine Reduktion von 10 % erhalten würde (vgl. unten Rz 221).<sup>249</sup> Damit werde das im Vergleich zum Verhalten der VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe deutlich weniger schwerwiegende Verhalten der VZ Unterlunkhofen viel zu wenig gewürdigt. Diese Argumentation überzeugt nicht. Denn die VZ Unterlunkhofen hat sich – anders als die Unternehmen, welche sich vor Untersuchungseröffnung zu einem Austritt aus der VSV entschieden haben – eben gerade nicht autonom zu einem kartellrechtsgemässen Verhalten entschieden, sondern ist bis zur Untersuchungseröffnung Teilnehmer des Kartells geblieben. Die WEKO sieht dieses festgestellte Verhalten der VZ Unterlunkhofen als schwerwiegender an als eine (hypothetische) Fallkonstellation, in der die VZ Unterlunkhofen als vormals vollwertiges Kartellmitglied vor Untersuchungseröffnung aus dem Kartell ausgetreten wäre.

212. Mit Blick auf all diese Umstände und Erwägungen ist vorliegend grundsätzlich ein Prozentsatz von 7 % angemessen, wobei für die VZ Unterlunkhofen aufgrund ihrer Sonderstellung ein Prozentsatz von 6 % angemessen ist. Damit ergibt sich für die Verfahrensparteien folgender Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

<sup>245</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, 3.

<sup>246</sup> Siehe die WEKO-Entscheidungen in den Fällen *CHF LIBOR*, *Yen LIBOR/EUROYEN*, *EURIBOR*, *CHF LIBOR Spread*, *Flügel und Klaviere* (RPW 2016/3, 652), *Abreden im Bereich Luftfracht, Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (RPW 2013/4, 524), *Abrede im Speditionsbereich* (RPW 2013/2, 142), *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (RPW 2012/2, 270), *Baubeschläge* (RPW 2010/4, 717), *Wassermanagement* (RPW 2012/3, 615) und *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (RPW 2009/3, 196).

<sup>247</sup> Siehe RPW 2013/2, 142 Rz 278 ff., *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>248</sup> Act. n° VI.019.

<sup>249</sup> Act. n° VI.019, S. 2.

| Unternehmen       | Massgeblicher Umsatz<br>(ohne MwSt. in CHF) | Prozent-<br>satz ge-<br>mäss<br>Art. 3<br>SVKG | Basisbetrag ge-<br>mäss Art. 3<br>SVKG (in CHF) |
|-------------------|---|--|---|
| Galvaswiss        | [80–85 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| Epos              | [0.5–5 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| SDL-Gruppe        | [50–55 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| VZ Lenzburg       | [0.5–5 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| VZ Oberuzwil      | [25–30 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| VZ Unterlunkhofen | [20–25 Mio.]                                | 6 %  | [...]   |
| VZ Wattenwil      | [5–10 Mio.]                                 | 7 %  | [...]   |
| VZ Wettingen      | [20–25 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |
| VZ Wollerau       | [20–25 Mio.]                                | 7 %  | [...]   |

**Tabelle 2: Basisbeträge gemäss Art. 3 SVKG**

(ii) *Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)*

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

214. Vorliegend werden die Verfahrensparteien für die Dauerpreisabrede sanktioniert (siehe insbesondere Rz 123 ff.). Wie bereits erläutert, bestand diese Dauerpreisabrede zwischen den Abredeteilnehmern ununterbrochen jedenfalls seit 1. April 2004 bis zur Untersuchungseröffnung im Februar 2016 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (vgl. insbesondere Rz 89 ff.). Für die Sanktionierung ist damit grundsätzlich von einer Dauer der Abrede von über 11 Jahren auszugehen.

215. Gleichwohl ist in casu nicht von einem Dauerzuschlag von 110 % auszugehen. Denn zunächst einmal darf für jedes Unternehmen nur der Zeitraum der individuellen Beteiligung an der Dauerabrede berücksichtigt werden. Damit ist für die Galvaswiss (Aufgabe der SFF-Trägerschaft und damit der Zusammenarbeit Mitte 2014; siehe Rz 93) sowie der Epos (Aufgabe der VSV-Mitgliedschaft und damit Zusammenarbeit Ende 2012; siehe Rz 93) ein niedriger Dauerzuschlag heranzuziehen als für die übrigen Unternehmen, welche jedenfalls bis Ende

2015/Anfang 2016 Mitglied der VSV waren. Zudem muss bei der Sanktionierung berücksichtigt werden, dass sich die Intensität der Zusammenarbeit zwischen den neun Unternehmen über den Gesamtzeitraum des Kartells hinweg veränderte. So ist die vorliegende Preisabrede zwar über den gesamten Zeitraum hinweg insgesamt als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren. Es muss in casu allerdings in Erwägung gezogen werden, dass die Wettbewerbsabrede betreffend die Grundpreise (Sockelpreislisten, Grundpreiserhöhungen) einzig für die Zeit ab Mitte 2005 und bis Anfang 2012 bewiesen ist (siehe insbesondere Rz 77, 80, 99, 126) und damit in rund fünf Jahre des gesamten Kartellzeitraums lediglich die beiden Zuschläge Gegenstand der Koordination waren. Daher ist nur für den Zeitraum, in dem die Grundpreise und die Zuschläge Gegenstand der Vereinbarung waren, ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr heranzuziehen. In der übrigen Zeit ist herabgesetzter Dauerzuschlag in Höhe von 5 % zu berücksichtigen.

216. Damit ergeben sich für die neun Unternehmen die folgenden unterschiedlichen Dauerzuschläge (je nach individueller Beteiligung und unter Berücksichtigung der Veränderung des Inhalts der Dauervereinbarung):



| Unternehmen       | Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG (in CHF) | Prozentsatz gemäss Art. 4 SVKG | Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG (in CHF) |
|-------------------|---|--------------------------------|---|
| Galvaswiss        | [...]                                   | 87.5 %                         | [...]                                     |
| Epos              | [...]                                   | 80 %                           | [...]                                     |
| SDL-Gruppe        | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Lenzburg       | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Oberuzwil      | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Unterlunkhofen | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Wattenwil      | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Wettingen      | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |
| VZ Wollerau       | [...]                                   | 95 %                           | [...]                                     |

**Tabelle 3: Dauerzuschläge gemäss Art. 4 SVKG**

(iii) *Erschwerende und mildernde Umstände*

217. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen, soweit derartige Umstände vorliegen.

a. *Kooperatives Verhalten*

218. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. Bezüglich des Umfangs der Milderung beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gilt, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer solchen Regelung grundsätzlich eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.<sup>250</sup>

219. Im vorliegenden Fall haben Verfahrensparteien zu einem sehr frühen Zeitpunkt von sich aus ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung signalisiert (siehe oben Rz 32 ff.). Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im Sinne der Verfahrensökonomie zudem auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren.

b. *Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)*

220. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. Die Höhe der Milderung richtet sich nach den konkreten Umständen der autonomen Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung

und nicht danach, wie viel Zeit zwischen der Aufgabe und der Untersuchungseröffnung gelegen haben.<sup>251</sup>

221. Vorliegend haben die Epos, die Galvaswiss, die SDL-Gruppe sowie die VZ Wettingen vor der Untersuchungseröffnung ihre VSV-Mitgliedschaft von sich aus gekündigt bzw. die SFF-Trägerschaft von sich aus aufgegeben. Es ist nicht erstellt, dass sie danach noch an der sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung teilgenommen haben (siehe insbesondere Rz 17 f., 92 ff.). Aus diesen Gründen erscheint für diese Unternehmen vorliegend eine Milderung in Höhe von 10 % gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG angemessen.

c. *Ad passive Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG)*

222. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats beantragt die VZ Unterlunkhofen, ihre Sanktion sei gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a SVKG weiter zu reduzieren, da sie mit Blick auf ihre festgestellte Sonderrolle (siehe Rz 94) nur eine passive Rolle gespielt habe.<sup>252</sup>

223. Dies überzeugt nicht. Denn zum einen ist die Sonderrolle der VZ Unterlunkhofen bereits im Rahmen der Basisbetragsfestlegung berücksichtigt worden (siehe oben Rz 210 f.). Eine doppelte Berücksichtigung derselben Umstände auf mehreren Stufen der Sanktionsfestlegung ist nicht zulässig. Und zum anderen erfüllt das Verhalten der VZ Unterlunkhofen ohnehin nicht den Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG. Denn danach muss ein

<sup>250</sup> Für eine Zusammenfassung der bisherigen Praxis der WEKO siehe RPW 2013/2, 202 Rz 314 ff., *Abrede im Speditionsbereich*. Siehe zuletzt etwa RPW 2017/2, 294 Rz 101 f.; RPW 2017/1, 104 Rz 85 f., *Eflare*. Vgl. auch Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KG-TAG-MANN/ZIRLICK (Fn 225), Art. 49a N 87.

<sup>251</sup> Vgl. WEKO v. 8.7.2016, Rz 1401, *Bauleistungen See-Gäster* (noch nicht publiziert).

<sup>252</sup> Act. n° VI.019, S. 3.

Unternehmen „ausschliesslich“ eine passive Rolle spielen, damit die Sanktion zu reduzieren ist. Vorliegend hat die VZ Unterlunkhofen aber insbesondere die gemeinsam festgelegten Zuschläge (den Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag sowie den Transportmehrkostenzuschlag) ihren Kunden und Kundinnen abredegemäss in Rechnung gestellt. Sie war damit nicht (ausschliesslich) passiv.

224. Die Sanktion der VZ Unterlunkhofen ist damit nicht gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu reduzieren.

(iv) *Zwischenfazit unter Berücksichtigung der Maximalsanktion gemäss Art. 7 SVKG*

225. Ohne Berücksichtigung der Selbstanzeigen ergeben sich gemäss Art. 3–6 SVKG für die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen damit die folgenden Sanktionsbeträge:

| Unternehmen       | Sanktion gemäss Art. 3–6 SVKG (in CHF) |
|-------------------|--|
| Galvaswiss        | [7.4–8.1 Mio.]                         |
| Epos              | [0.2–0.3 Mio.]                         |
| SDL-Gruppe        | [5.0–5.5 Mio.]                         |
| VZ Lenzburg       | [0.4–0.5 Mio.]                         |
| VZ Oberuzwil      | [2.8–3.1 Mio.]                         |
| VZ Unterlunkhofen | [2.0–2.2 Mio.]                         |
| VZ Wattenwil      | [1.0–1.1 Mio.]                         |
| VZ Wettingen      | [2.3–2.5 Mio.]                         |
| VZ Wollerau       | [2.0–2.2 Mio.]                         |

**Tabelle 4: Sanktionen gemäss Art. 3–6 SVKG**

226. Die gemäss der Art. 3–6 SVKG gebildete Sanktion darf in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG) betragen.

227. Ein solches Überschreiten des Gesamtumsatzes ist mit Blick auf die vorliegenden Gesamtumsatzzahlen der Unternehmen aus den Jahren 2013, 2014 und 2015 lediglich bei der VZ Wattenwil und der VZ Lenzburg anzunehmen.<sup>253</sup> Der Sanktionsbetrag der VZ Wattenwil ist daher gemäss Art. 7 SVKG bei 10 % des Gesamtumsatzes der Jahre 2013, 2014 und 2015, mithin bei CHF [0.9–1.0 Mio.] zu plafonieren. Der Sanktionsbetrag der VZ Lenzburg ist bei CHF [0.4–0.5 Mio.] zu plafonieren.

#### **C.5.3.5.2 Selbstanzeigen – vollständiger und teilweiser Erlass der Sanktion**

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

(i) *Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion*

229. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die gemäss Art. 3–7 SVKG gebildete Sanktion *vollständig*, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder:

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation); oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.<sup>254</sup>

<sup>253</sup> Bei der VZ Wattenwil liegt der Gesamtumsatz der Jahre 2015, 2014 und 2013 bei CHF [9–10 Mio.]. Bei der VZ Lenzburg liegt der Gesamtumsatz der Jahre 2015, 2014 und 2013 bei CHF [4–5 Mio.].

<sup>254</sup> So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.



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

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

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

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

## (ii) Beurteilung

### a. Vollständiger Erlass

233. Die Gesellschaften der SDL-Gruppe haben vor der Untersuchungseröffnung eine umfangreiche Selbstanzeige eingereicht und zahlreiche Beweismittel vorgelegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglicht haben, die vorliegende Untersuchung zu eröffnen.<sup>255</sup>

234. Das Sekretariat geht in seinem Antrag davon aus, dass kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vorliege. Denn die Gesellschaften der SDL-Gruppe hätten weder eine anstiftende oder führende Rolle noch hätten sie andere Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen.

235. Die VSV und die VZ Wattenwil machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag geltend, die SDL-Gruppe habe eine anstiftende und führende Rolle gespielt, weshalb der SDL-Gruppe eine Sanktion aufzuerlegen sei.<sup>256</sup> Die VZ Wattenwil begründet dies mit der Behauptung, die SDL-Gruppe habe eine federführende Position bezüglich der Einführung und Umsetzung aller Elemente der Preisabrede (Zuschläge und Grundpreisabreden) gehabt. Die VSV bringt vor, die damaligen Inhaber der heutigen Zintec AG seien die Initianten der Sockelpreislisten gewesen. Des Weiteren seien die Vertreter der SDL-Gruppe und der Galvaswiss-Gruppe an den ERFA-/Preissitzungen der SFF mit einem riesigen Abstand die aktivste Gruppe gewesen; die SDL-Gruppe sei ein Wortführer, Meinungsbildner und vehementer Verfechter von Vereinbarungen und deren Umsetzung gewesen. Auch hätten die SDL-Vertreter immer wieder die Übernahme von Ämtern in der VSV und der SFF (Präsidium etc.) angestrebt.

236. Auf diese Vorbringen ist Folgendes zu erwidern: Ein Unternehmen nimmt eine *anstiftende Rolle* ein, wenn es andere Unternehmen dazu veranlasst, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>257</sup>

237. Eine führende Rolle liegt bei horizontalen Abreden vor, wenn ein Unternehmen in besonderem Masse zur Vorbereitung, zur Organisation oder zur Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung beigetragen hat (Beurteilung im Einzelfall). Indizien für die Einnahme einer führenden Rolle bestehen zum einen in der Organisation und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen in der Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Mass, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>258</sup>

238. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel ist beweismässig nicht erstellt, dass die Gesellschaften der SDL-Gruppe den Tatentschluss für die bewiesenen Preisabreden hervorgerufen haben. Denn es liegen auch Beweismittel für Vorschläge,<sup>259</sup> (konkludente) Aufforderungen zur Einhaltung der Preisabreden,<sup>260</sup> motivierende

<sup>255</sup> Act. n° VIII.A.2.001–VIII.A.2.013.

<sup>256</sup> Vgl. Act. n° VI.022, S. 3 f.; Act. n° VI.030, S. 3.

<sup>257</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 225), Art. 49a N 76.

<sup>258</sup> RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere*; RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 225), Art. 49a N 76.; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>259</sup> Siehe z. B. Vorschlag des VSV-Präsidenten [...] an der Preissitzung vom 17. September 2015: „Wir haben seit langer Zeit keine allgemeine Preiserhöhung mehr am Markt durchgesetzt, [...] Vielleicht sollten wir jetzt bzw. im Frühjahr 2016 den Zeitpunkt nutzen, wo die Beschäftigungslage noch gut ist und wieder einmal über eine generelle Preiserhöhung (z. B. ab 1. April 2016) diskutieren. [...] Wie ist heute Ihre Meinung dazu?“, Beweisstück C1-005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.A.001, S. 50. Siehe z. B. auch den Vorschlag einiger VSV-Mitglieder, den Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag zu erhöhen, um damit die durch den Austritt der Galvaswiss-Gruppe aus der SFF bedingten Einnahmeausfälle zu kompensieren: Beweisstück C2-0001 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.B.001, S. 5 f.

<sup>260</sup> Siehe z. B. Vorbereitungsnotizen des Vertreters der [...] betreffend die MK-Sitzungen („Einhalten der Mindestpreise! Grundpreise sind das A und O!! Einige Stichworte um eine Verbesserung der Situation zu erreichen: [...] Preisuntergrenze bei einzelnen Produktgruppen, Konsensbereitschaft unter den Verzinkereien“) in Act. n° VIII.G.2.007, S. 330–382. Siehe in Bezug auf den Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag z. B. Notizen des Vertreters der [...] zur MK-Sitzung vom 18. September 2014 in Act. n° VIII.G.2.007, S. 395. Dort heisst es: „Die Zinkteuerung konsequent und einheitlich den Kunden weiterbelasten. Der Zuschlag darf nicht verhandelbar sein!“, ähnliche Aufrufe finden sich auch in den Protokollen der MK-Sitzungen der VSV vom 1. März 2007 und vom 23. November 2006, Act. n° VIII.A.2.004, Beilage 35 f.

Einladungen<sup>261</sup> und Rügen der Nichteinhaltung von Vereinbarungen<sup>262</sup> von Seiten anderer Feuerverzinkereien sowie von Verbandsvertretern vor. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Gesellschaften der SDL-Gruppe den Entschluss für einzelne Elemente der Preisabrede und deren wiederholte Anpassungen hervorgerufen haben. Mit Blick auf den Grundsatz in dubio pro reo ist damit nicht von einer anstiftenden Rolle der Gesellschaften der SDL-Gruppe auszugehen.

239. Dieselben Umstände sprechen gegen eine führende Rolle der Gesellschaften der SDL. Denn die Beweismittel zeigen, dass auch Vertreter der VSV und der SFF sowie von Feuerverzinkereien ein Interesse am Funktionieren des Kartells gehabt haben.<sup>263</sup> Zudem wurde das Funktionieren des Kartells vor allem durch die VSV und die SFF sichergestellt, deren Mitglieder bzw. Träger alle Kartellmitglieder waren, da sie insbesondere die Kartellsitzungen einberufen, organisiert und veranstaltet und die Protokolle mit den Preisfestlegungen und die Sockelpreislisten an alle Unternehmen versendet haben (siehe oben Rz 64 f, 66 ff. 70 ff. 75 ff. 79 ff.). Zudem nahmen neben SDL-Vertretern auch Vertreter der VZ Oberuzwil, der VZ Lenzburg, der VZ Wattenwil, der VZ Wollerau und der Galvaswiss-Gruppe wichtige Ämter im Rahmen der VSV und der SFF wahr (z. B. als Mitglied des Präsidiums der VSV, als MK-Vorstand, als TK-Vorstand, als Mitglied des SFF-Ausschusses). Es ist damit auch nicht ersichtlich, dass die SDL neben anderen Unternehmen und der VSV eine besonders tragende Rolle gespielt hat. Mit Blick auf den Grundsatz in dubio pro reo ist mithin auch nicht von einer führenden Rolle der Gesellschaften der SDL-Gruppe auszugehen.

240. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Denn die SDL-Gruppe hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die festgestellte unzulässige Wettbewerbsabrede vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert sowie ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet. Die SDL-Gruppe setzte ihre Abredetätigkeit auf Anordnung der Wettbewerbsbehörden zur Absicherung allfälliger Ermittlungsmassnahmen zunächst fort und trat erst nach Einwilligung des Sekretariats aus der VSV aus. Damit ist den Gesellschaften der SDL-Gruppe die in Tabelle 4 aufgeführte Sanktion (siehe Rz 225 f.) zu erlassen.

#### b. Teilweise Reduktion

241. Da die Galvaswiss-Gruppe, die VZ Lenzburg, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau, die VZ Wettingen/ESTECH Industries Holding AG, die VZ Oberuzwil sowie die VZ Unterlunkhofen ihre Selbstanzeigen nach der SDL-Gruppe einreichten (siehe dazu insbesondere Rz 23), kommt für diese Unternehmen lediglich eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 SVKG in Betracht (vgl. Rz 232).

242. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der gemäss Art. 3–7 SVKG gebildeten Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

243. Diese Voraussetzungen sind für die Galvaswiss-Gruppe, die VZ Lenzburg, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau, die VZ Wettingen/ESTECH Industries Holding AG, die VZ Oberuzwil sowie die VZ Unterlunkhofen erfüllt, denn sie haben von sich aus Informationen und Beweismittel betreffend den hier beurteilten Wettbewerbsverstoss eingereicht und laufend ergänzt sowie jeweils ihre Teilnahme – soweit sie diese nicht bereits vor der Untersuchungseröffnung einstellten – mit der Einreichung der Selbstanzeige eingestellt.

244. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG beträgt die Höhe der Reduktion bis zu 50 % des nach Art. 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Sie richtet sich massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Ausführungen und Beweismittel der Selbstanzeiger in der Regel umso bedeutender für den Verfahrenserfolg sind, je früher im Verfahren Ausführungen gemacht bzw. Beweismittel eingereicht werden. Die Reduktion beträgt insgesamt bis 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG.

245. Vorliegend haben die in Rz 243 genannten Unternehmen ihre Selbstanzeigen nahezu zeitgleich eingereicht (siehe oben Rz 23). Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen, den von ihnen eingereichten Dokumenten und teilweise aus Anerkennungen des Sachverhalts gemäss vorläufigem Ermittlungsergebnis des Sekretariats (siehe oben Rz 33) ergibt sich dabei jeweils der Sachverhalt, wie er in den Rz 44–101 geschildert ist. Alle Unternehmen haben daher letztendlich den grösstmöglichen Beitrag zum Verfahrenserfolg erbracht, weshalb die gemäss Art. 3–7 SVKG gebildeten Sanktionen der Galvaswiss-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Wattenwil, der VZ Wollerau, der VZ Wettingen/ESTECH Industries Holding AG, der VZ Oberuzwil sowie der VZ Unterlunkhofen (siehe dazu Tabelle 4 und Rz 225 ff.) jeweils um 50 % zu reduzieren sind.

246. Die VZ Wollerau hat darüber hinaus auch Informationen und Beweismittel betreffend einen weiteren Wettbewerbsverstoss nach Art. 5 Abs. 3 SVKG eingereicht (siehe Rz 26). Durch diese Informationen und Beweismittel haben die Wettbewerbsbehörden Kenntnisse von weiteren möglichen Wettbewerbsverstössen erhalten, welche es ihnen erlauben eine Untersuchung zu eröffnen.

<sup>261</sup> Vgl. etwa die Einladungen des SFF-Leiters [...] an alle Feuerverzinkereien zu den ERFA-Sitzungen/Preissitzungen, z. B. vom 26.11.2007: „Einige Verzinker haben sich offenbar leider wieder etwas schwer mit der Anmeldung zu dieser Sitzung getan. Das bedaure ich sehr. Die Teilnahme an einer solchen Sitzung ist nämlich mit Sicherheit keine verlorene Zeit, da die dort getroffenen Vereinbarungen [...] die nächsten Monate in unserem Tagesgeschäft (hoffentlich) trotzdem etwas beeinflussen werden.“; vgl. Beweisstück C2-0001 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.B.001, S. 115.

<sup>262</sup> Siehe etwa die Rüge der VZ Wollerau gegenüber der Galvaswiss, dass die Galvaswiss die Sockelpreisliste nicht einhalte, in Act. n° VIII.B.2.007, S. 99. Siehe auch die Rüge einer mangelnden Umsetzung der Grundpreiserhöhung aus dem Jahr 2012 in den handschriftlichen Notizen des Vertreters der VZ Oberuzwil betreffend ERFA-/Preisitzungen und MK-Sitzungen in Beweismittel F-005 gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll in Act. n° II.E.001, S. 389.

<sup>263</sup> Siehe Nachweise in Fn 259–262.

Damit ist für die VZ Wollerau eine Reduktion von bis zu 80 % möglich. Vorliegend liegen die Quantität und die Qualität der eingereichten Selbstanzeige betreffend einen anderen Wettbewerbsverstoss auf einem mittleren Niveau,<sup>264</sup> weshalb der für die VZ Wollerau nach den Art. 3–7 SVKG berechnete Sanktionsbetrag (siehe dazu Tabelle 4 und Rz 225 ff.) insgesamt um 65 % zu reduzieren ist.

### C.5.3.5.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

247. Eine Sanktion muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>265</sup>

248. Die VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe brachte anlässlich der Gespräche über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vor, dass sie sich [...] Das Sekretariat forderte von der VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe daraufhin wiederholt Belege für ihre Behauptung, welche diese einreichte und mehrfach konkretisierte.<sup>266</sup> Auch nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung und

bis zur WEKO-Entscheidung wurden wiederholt Belege für das Vorbringen der VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe eingefordert und geprüft.<sup>267</sup> Die Prüfung all dieser Unterlagen ergab Folgendes:

249. [...] <sup>268</sup> [...].

250. [...].

251. Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien geht die WEKO davon aus, dass die ESTECH-Gruppe nicht in der Lage ist, eine Sanktion von [...] zu tragen.

252. Die VZ Wattenwil macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, ihre Sanktion sei ihr aus Verhältnismässigkeitsgründen zur Ratenzahlung aufzuerlegen.<sup>269</sup> Sie begründet dies damit, dass die Sanktion bei rund 15 % des Jahresumsatzes liege. Da die Sanktion der VZ Wattenwil gemäss den gesetzlichen Vorgaben des KG und der SVKG gebildet wurde und für die WEKO nicht ersichtlich ist, dass die Sanktion die Wettbewerbs- oder die Existenzfähigkeit der VZ Wattenwil bedroht, wird dieses Vorbringen abgewiesen. Der VZ Wattenwil steht es frei, ihr Begehren im Zeitpunkt der Rechnungslegung durch die Wettbewerbsbehörden erneut und unter Beifügung von Belegen geltend zu machen (Art. 13 AllgGebV).

### C.5.3.6 Ergebnis

253. Nach dem Gesagten sind gegenüber den Unternehmen folgende Verwaltungssanktionen auszusprechen:

|                                    | Galvaswiss     | Epos           | SDL          | VZ Lenzburg       | VZ Oberuzwil   | VZ Unterlunkhofen | VZ Wattenwil      | VZ Wettingen   | VZ Wollerau    |
|------------------------------------|----------------|----------------|--------------|-------------------|----------------|-------------------|-------------------|----------------|----------------|
| Umsatz                             | [80–85 Mio.]   | [0.5–5 Mio.]   | [50–55 Mio.] | [0.5–5 Mio.]      | [25–30 Mio.]   | [20–25 Mio.]      | [5–10 Mio.]       | [20–25 Mio.]   | [20–25 Mio.]   |
| Basisbetrag (% vom Umsatz)         | 7 %            | 7 %            | 7 %          | 7 %               | 7 %            | 6 %               | 7 %               | 7 %            | 7 %            |
| Dauerzuschlag (% des Basisbetrags) | +87.5 %        | +80 %          | +95 %        | +95 %             | +95 %          | +95 %             | +95 %             | +95 %          | +95 %          |
| Reduktion für gute Kooperation     | -20 % (EVR)    | -20 % (EVR)    | -20 % (EVR)  | -20 % (EVR)       | -20 % (EVR)    | -20 % (EVR)       | -20 % (EVR)       | -20 % (EVR)    | -20 % (EVR)    |
| Reduktion gem. Art. 6 Abs. 1 SVKG  | -10 %          | -10 %          | -10 %        |                   |                |                   |                   | -10 %          |                |
| Kappung gemäss Art. 7 SVKG         | Nein           | Nein           | Nein         | Ja <sup>270</sup> | Nein           | Nein              | Ja <sup>271</sup> | Nein           | Nein           |
| Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG    |                |                | -100 %       |                   |                |                   |                   |                |                |
| Bonus gemäss Art. 12 SVKG          | -50 %          | -50 %          |              | -50 %             | -50 %          | -50 %             | -50 %             | -50 %          | -65 %          |
| Sanktion (in CHF):                 | [3.7–4.1 Mio.] | [0.1–0.2 Mio.] | 0            | [0.2–0.3 Mio.]    | [1.3–1.5 Mio.] | [1.0–1.1 Mio.]    | [0.4–0.5 Mio.]    | [1.1–1.3 Mio.] | [0.7–0.8 Mio.] |

Tabelle 5: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung aller Unternehmen

<sup>264</sup> Vgl. Act. n° VIII.J.2.005–VIII.J.2.008.

<sup>265</sup> Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>266</sup> Act. n° I.146a, I.147a, I.155a–I.155c; I.163 f.

<sup>267</sup> Act. n° VI.017; VI.027; VI.032; VI.034.

<sup>268</sup> [...].

<sup>269</sup> Act. n° VI.030, S. 3.

<sup>270</sup> Siehe Rz 227 und Fn 253.

<sup>271</sup> Siehe Rz 227 und Fn 253.

254. Wie erläutert, ist die VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe nach derzeitigem Stand aus Gründen der Verhältnismässigkeit mit einem Betrag von CHF [...] zu sanktionieren.

#### D. Kosten

255. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>272</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

256. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn ein Unternehmen gemäss dem Untersuchungsergebnis an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt ist und/oder wenn sich die Verfahrensparteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben<sup>273</sup>. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen sowie der VSV, welche eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen hat und den Kartellrechtsverstoss der Unternehmen massgeblich mitverursacht hat (siehe insbesondere oben Rz 64 f.), zu bejahen.

257. Die VZ Stooss ist hingegen nicht gebührenpflichtig, da sich infolge der Parteieinvernahme der VZ Stooss Ende Februar 2016<sup>274</sup> herausgestellt hat, dass die VZ Stooss im sanktionsrelevanten Zeitraum nicht gegen das Kartellrecht verstossen hat.

258. Der das Unternehmen ZSM tragenden *Gesellschaft*, die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation, sind hingegen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Gesellschaft kann zwar weder sanktioniert werden (siehe oben Rz 185), noch sind ihr Verhaltenspflichten aufzuerlegen (siehe oben Rz 182). Es ist aber in Erwägung zu ziehen, dass das von der Gesellschaft getragene Unternehmen an einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise beteiligt war, mithin das Verfahren verursacht hat, und die unternehmenstragende Gesellschaft noch existiert. Da eine Zahlungsverpflichtung die Gesellschaft nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbs- und Existenzfähigkeit dieser Gesellschaft führt, ist kein Grund für den Verzicht auf eine Gebührenauflegung gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV ersichtlich.

259. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell beteiligten Unternehmen gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>275</sup> Auch vorliegend sind die Gebühren den an der Wettbewerbsabrede beteiligten neun Unternehmen sowie der VSV zu gleichen Teilen aufzuerlegen (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>276</sup>). Von den Verfahrenskosten, welche bis zur Klärung der Beteiligung der VZ Stooss Ende Februar 2016 entstanden sind (siehe oben Rz 257), zahlen sie allerdings nur 10/11. 1/11 der

bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verfahrenskosten geht zu Lasten der Bundeskasse.

260. Ein Elftel (bis Ende Februar 2016) bzw. Zehntel (ab März 2016) der zu zahlenden Verfahrenskosten wäre demnach der VZ Wettingen/ESTECH Industries Holding AG aufzuerlegen. Allerdings zeigte die durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 247 ff. hiervor), dass die ESTECH-Gruppe aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage ist, eine Sanktion von [...] zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV darauf zu verzichten, der ESTECH-Gruppe Verfahrenskosten aufzuerlegen. Den Anteil an den Verfahrenskosten, den sie zu tragen hätte, geht zulasten der Bundeskasse.

261. In ihren Stellungnahmen zum Antrag macht die VSV geltend, auch gegenüber den übrigen Verfahrensparteien sei auf eine Gebührenauflegung zu verzichten.<sup>277</sup> In Bezug auf die VSV selbst begründet sie dies damit, dass die VSV ihre Tätigkeit möglicherweise in den nächsten Jahren einstellen müsse, da das Vermögen der VSV bald aufgebraucht sein könne.<sup>278</sup> In Bezug auf die übrigen Verfahrensparteien begründet sie ihr Vorbringen damit, dass die VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe einerseits und die übrigen Unternehmen andererseits nicht ungleich behandelt werden dürften.<sup>279</sup> Diesen Vorbringen der VSV ist nicht zu entsprechen. Denn das vorhandene Vermögen der VSV sowie die voraussichtlichen Einnahmen sind aus Sicht der WEKO ausreichend, um die Tätigkeit fortzusetzen.<sup>280</sup> Zudem ist es den Vereinsmitgliedern jederzeit möglich, neue Mittel zur Finanzierung der Tätigkeit der VSV einzubringen. Auch ist die gebührenrechtliche Ungleichbehandlung der VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe einerseits und der übrigen Unternehmen andererseits vorliegend zulässig und geboten. Denn der Gleichheitssatz gebietet, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird.<sup>281</sup> In casu sind alle Kartellmitglieder ausser der VZ Wettingen/ESTECH-Gruppe aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation in der Lage, die Verfahrenskosten zu tragen. Gegenüber ihnen kann damit nicht auf die Gebührenauflegung verzichtet werden.

<sup>272</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>273</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

<sup>274</sup> Act. n° III.003.

<sup>275</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>276</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>277</sup> Vgl. Act. n° VI.020, VI.022.

<sup>278</sup> Act. n° VI.020.

<sup>279</sup> Act. n° VI.022, S. 2.

<sup>280</sup> Vgl. Act. n° VI.020, S. 3 ff.

<sup>281</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 N 11 ff.

262. Die Verfahrensparteien haben mit Blick auf das Unterliegerprinzip keine Gebühren zu tragen für die Prüfung derjenigen Themen der Untersuchung, in Bezug auf welche kein (sanktionierbarer) Kartellrechtsverstoss festgestellt werden konnte. Da sich vorliegend der Verdacht, die Verfahrensparteien könnten Gebiets- und Kundenschutzabreden sowie unzulässige Wettbewerbsabreden zur Bevorzugung von Patronatsmitgliedern der VSV getroffen haben, (für den sanktionsrelevanten Zeitraum) nicht bewahrt hat (siehe oben Rz 83 f., 85 ff.), gehen die durch die Untersuchung dieses Verdachts entstandenen Verfahrenskosten (dies entspricht 1/4 der gesamten Verfahrenskosten) zu Lasten der Bundeskasse.

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

264. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1'999 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 225.65 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 29'334.–
- 1613.60 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 322'744.–
- 159.75 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 46'327.–

265. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 398'408, wobei hiervon bis Ende Februar 2016 CHF 233'924 angefallen sind. Von den CHF 233'924 sowie den restlichen Verfahrenskosten gehen aus den in Rz 262 genannten Erwägungen jeweils 1/4 zu Lasten der Bundeskasse. Von den übrigen 3/4 tragen die Galvaswiss-Gruppe, die SDL-Gruppe, die VZ Lenzburg, die VZ Oberuzwil, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau, die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation und die VSV aus den in Rz 256 ff. genannten Gründen jeweils 1/11 (bis März 2016) bzw. 1/10 (ab März 2016), d. h. insgesamt jeweils CHF 28'286. Die übrigen Anteile gehen zu Lasten der Bundeskasse.

## E. Ergebnis

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

267. Die zwischen der Galvaswiss-Gruppe, der SDL-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen, der VZ Wollerau und der ZSM getroffene Vereinbarung über die Einführung und Höhe des Transportmehrkostenzuschlags und des Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlags, über die Einführung und den Inhalt von sog. Sockelpreislisen sowie über gemeinsame Grundpreiserhöhungen zu einem bestimmten Stichtag um bestimmte Prozentsätze stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (siehe oben Rz 114 ff.)

268. Diese Vereinbarung bestand mindestens zwischen dem 1. April 2004 sowie dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung, wobei die genannten Unternehmen daran nur während ihrer jeweiligen VSV-Mitgliedschaft bzw. ihrer SFF-Trägerschaft beteiligt waren. Die Vereinbarung ist als eine von spätestens 2004 und bis Februar 2016 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren (Rz 123 ff.).

269. Es handelt sich hierbei um eine horizontale Abrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (vgl. Rz 130 ff.). Die gesetzliche Vermutung, dass diese Dauerpreisabrede, den Wettbewerb beseitigt, ist in casu widerlegt, da zwischen den beteiligten Unternehmen im beschriebenen Masse Innenwettbewerb und ein geringer tatsächlicher Aussenwettbewerb herrschte (Rz 153 ff.). Bei der vorliegenden Dauer-Preisabrede handelt es sich indes um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (siehe Rz 169 ff.), welche nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist (Rz 172 ff.).

270. Die zwischen der Galvaswiss-Gruppe, der SDL-Gruppe, der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der VZ Wattenwil, der VZ Wettingen, der VZ Wollerau und der VSV einerseits und dem Sekretariat andererseits geschlossenen einvernehmlichen Regelungen gemäss Art. 29 Abs. 2 KG sind durch die WEKO zu genehmigen. Mit den einvernehmlichen Regelungen verpflichten sich die acht Unternehmen sowie die VSV zu einem Verhalten, welches eine (Dauer-)Preisabrede künftig ausschliesst (siehe dazu Rz 176 ff.).

271. Die in Rz 267 genannten Unternehmen waren an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Die Galvaswiss-Gruppe, die SDL-Gruppe, die VZ Lenzburg, die VZ Oberuzwil, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil, die VZ Wettingen und die VZ Wollerau sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 184 ff.). Aufgrund der Geschäftsaufgabe kann der ZSM keine Sanktion auferlegt werden (siehe Rz 185). Unter Würdigung aller Umstände, der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren sowie der Selbstanzeigen ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 197 ff.): Galvaswiss-Gruppe: CHF [3.8–4.3 Mio.]<sup>282</sup>, SDL-Gruppe: CHF 0, VZ Lenzburg: CHF [0.2–0.3 Mio.], VZ Oberuzwil: CHF [1.3–1.5 Mio.], VZ Unterlunkhofen: CHF [1.0–1.1 Mio.], VZ Wattenwil: CHF [0.4–0.5 Mio.], VZ Wettingen: CHF [...], VZ Wollerau: CHF [0.7–0.8 Mio.].

272. Nicht nachgewiesen ist, dass die VZ Stooss an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war. Ihr gegenüber ist das Verfahren daher einzustellen. Es ist ausserdem nicht erwiesen, dass die genannten Unternehmen (im sanktionsrelevanten Zeitraum) Gebiets- und Kundenschutzabreden sowie unzulässige Wettbewerbsabreden zur Bevorzugung von Patronatsmitgliedern der VSV getroffen haben.

<sup>282</sup> Summe aus Sanktion für die Galvaswiss (CHF [3.7–4.1 Mio.]) und die Epos (CHF [0.1–0.2 Mio.]).

273. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Galvaswiss-Gruppe, die SDL-Gruppe, die VZ Lenzburg, die VZ Oberuzwil, die VZ Unterlunkhofen, die VZ Wattenwil, die VZ Wollerau, die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation und die VSV jeweils 1/11 von 3/4 der bis Ende Februar 2016 angefallenen Verfahrenskosten sowie jeweils 1/10 von 3/4 der ab März 2016 entstandenen Verfahrenskosten (d. h. jeweils CHF 28'286; vgl. oben Rz 265). Die übrigen Kosten gehen zu Lasten der Bundeskasse.

#### F. Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

274. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten oder Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der beantragten Verfügung gegenüber allen Verfahrensparteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben und die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

#### G. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende, von GALVASWISS AG, Epos Verzinkerei AG Däniken, F. Dietsche Holding AG, Schweizerische Drahtziegelfabrik AG, Zinctec AG, SDL Beteiligungs AG, Verzinkerei Lenzburg AG, Verzinkerei Oberuzwil AG, Verzinkerei Unterlunkhofen AG, Verzinkerei Wattenwil AG, Gewa Holding Wattenwil AG, Verzinkerei Wettingen AG, ESTECH Industries Holding AG, Verzinkerei Wollerau AG und HLC Holding AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarten einvernehmlichen Regelungen:

1.1 Die [GALVASWISS AG, Epos Verzinkerei AG Däniken, F. Dietsche Holding AG, Schweizerische Drahtziegelfabrik AG, Zinctec AG, SDL Beteiligungs AG, Verzinkerei Lenzburg AG, Verzinkerei Oberuzwil AG, Verzinkerei Unterlunkhofen AG, Verzinkerei Wattenwil AG, Gewa Holding Wattenwil AG, Verzinkerei Wettingen AG, ESTECH Industries Holding AG, Verzinkerei Wollerau AG und HLC Holding AG] verpflichtet sich dazu, sich nicht mit Konkurrenten über Preise (insbesondere Mindest- bzw. Sockelpreise, empfohlene Richtpreise sowie allgemeine Grundpreiserhöhungen) und/oder Preisbestandteile (insbesondere Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag und Transportmehrkostenzuschlag) im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen

auszutauschen. Insbesondere unterlässt die [jeweils Name der Gesellschaft], im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen solche Preise und/oder Preisbestandteile gemeinsam mit Konkurrenten festzulegen oder auf sonstige Weise koordinierend zu beeinflussen.

1.2 Von den vorgenannten Verpflichtungen ausgenommen sind der Austausch von Informationen sowie gemeinsame Festlegungen, welche im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften, Subunternehmerverhältnissen (insbesondere „Fremdarbeiten“ und „Auswärtsvergaben“ wie Fremdverzinkung und Sandstrahlen) und sonstigen konkreten Geschäftsbeziehungen (insbesondere betreffend Beratungsdienstleistungen und Warenlieferungen) zwischen Verzinkereien unabdingbar sind.

2. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende, von der Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV) mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung:

Die Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien verpflichtet sich dazu, den Austausch von Preisen (insbesondere Mindest- bzw. Sockelpreise, empfohlene Richtpreise sowie allgemeine Grundpreiserhöhungen) und/oder Preisbestandteilen (insbesondere Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag und Transportmehrkostenzuschlag) im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen nicht zu fördern und nicht zu begünstigen. Insbesondere unterlässt die VSV, im Zusammenhang mit der Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen die Festlegung solcher Preise und/oder Preisbestandteile zwischen den Konkurrenzfirmen organisatorisch zu unterstützen oder auf sonstige Weise zu beeinflussen.

3. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

3.1 GALVASWISS AG, Epos Verzinkerei AG Däniken, F. Dietsche Holding AG unter solidarischer Haftungen mit einem Betrag von CHF [3.8–4.3 Mio.].

3.2 Schweizerische Drahtziegelfabrik, Zinctec AG, SDL Beteiligungs AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 0.

3.3 Verzinkerei Lenzburg AG mit einem Betrag von CHF [0.2–0.3 Mio.].

3.4 Verzinkerei Oberuzwil AG mit einem Betrag von CHF [1.3–1.5 Mio.].

3.5 Verzinkerei Unterlunkhofen AG mit einem Betrag von CHF [1.0–1.1 Mio.].

- 3.6 Verzinkerei Wattenwil AG und Gewa Holding Wattenwil AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.4–0.5 Mio.].
- 3.7 Verzinkerei Wettingen AG und ESTECH Industries Holding AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [...].
- 3.8 Verzinkerei Wollerau AG und HLC Holding AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.7–0.8 Mio.].
4. Im Übrigen, insbesondere gegenüber der Verzinkerei Stooss AG in Liquidation und der Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation, wird die Untersuchung eingestellt.
5. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF 398'408 und werden folgendermassen auferlegt:
- 5.1 GALVASWISS AG, Epos Verzinkerei AG Däniken, F. Dietsche Holding AG tragen unter solidarischer Haftungen CHF 28'286.
- 5.2 Schweizerische Drahtziegelfabrik, Zinctec AG, SDL Beteiligungs AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 28'286.
- 5.3 Verzinkerei Lenzburg AG trägt einem Betrag von CHF 28'286.
- 5.4 Verzinkerei Oberuzwil AG trägt einem Betrag von CHF 28'286.
- 5.5 Verzinkerei Unterlunkhofen AG trägt einen Betrag von CHF 28'286.
- 5.6 Verzinkerei Wattenwil AG und Gewa Holding Wattenwil AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 28'286.
- 5.7 Verzinkerei Wollerau AG und HLC Holding AG tragen unter solidarischer Haftung einem Betrag von CHF CHF 28'286.
- 5.8 Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation trägt einen Betrag von CHF 28'286.
- 5.9 Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV) trägt einen Betrag von CHF 28'286.
- 5.10 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Bundeskasse.
6. Der Antrag der Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV) auf eine vertiefte Erklärung dafür, weshalb der ESTECH-Gruppe die Verfahrenskosten erlassen werden, und eine entsprechende Einsicht in diejenigen Akten, welche für diesen Entscheid relevant sind, wird abgewiesen.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen:
- **ESTECH Industries Holding AG**, in Seon,
  - **Verzinkerei Wettingen AG**, in Wettingen, beide vertreten durch [...];
  - **F. Dietsche Holding AG**, c/o ATC Corporate Services (Zug) GmbH, in Zug,
  - **GALVASWISS AG**, in Felben-Wellhausen,
  - **Epos Verzinkerei AG Däniken**, in Däniken;
  - **Gewa Holding Wattenwil AG**, in Wattenwil,
  - **Verzinkerei Wattenwil AG**, in Wattenwil, beide vertreten durch [...];
  - **HLC Holding AG**, in Wilen,
  - **Verzinkerei Wollerau AG**, in Wilen, beide vertreten durch [...];
  - **SDL Beteiligungs AG**, in St. Urban,
  - **Schweizerische Drahtziegelfabrik AG**, in Lotzwil,
  - **Zinctec AG**, in Egnach, Alle drei vertreten durch [...];
  - **Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV)**, in Luzern;
  - **Verzinkerei Lenzburg AG**, in Lenzburg, vertreten durch [...];
  - **Verzinkerei Oberuzwil AG**, in Oberuzwil, vertreten durch [...];
  - **Verzinkerei Stooss AG** in Liquidation, in Regensdorf;
  - **Verzinkerei Unterlunkhofen AG**, in Unterlunkhofen, vertreten durch [...];
  - **Zinguerie, Sablage, Métallisation SA** en liquidation, c/o Office des Poursuites et Faillites du District de Sion, in Sion.
8. Die Verfügung geht in Kopie an:
- Schweizerische Bundesbahnen SBB, in Bern.
- [Rechtsmittelbelehrung]

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>5. Andere Entscheide</b><br>Autres décisions<br>Altre decisioni    |
| B 2.5 | <b>1. Bauleistungen Graubünden betreffend Beweisverwertungsverbot</b> |

*Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden gemäss Art. 27 KG betreffend Beweisverwertungsverbot gegen [Partei des Untersuchungsverfahrens und Adressatin der Zwischenverfügung; nachfolgend: Verfügungsadressatin] vertreten durch [...]*

## A Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden (vormals 22-0433) nach Art. 27 ff. KG (vgl. SHAB vom 13. November 2012, Nr. 221 und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30. Oktober 2012 und 5. November 2012).

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

3. Am 22. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus, unter anderem auf die [Verfügungsadressatin] (vgl. SHAB vom 28. Mai 2013, Nr. 100).

4. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden (vormals 22-0433) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf weitere Unternehmen aus.

5. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 lud das Sekretariat [Herrn B] vor, im Verfahren 22-0457: Bauleistungen Graubünden als Zeuge auszusagen. Die Zeugeneinvernahme wurde auf den 3. März 2016 in Bern angesetzt.

6. Mit Schreiben gleichen Datums informierte es die Verfahrensparteien, unter anderem auch die [Verfügungsadressatin] (vgl. Act. I.034), über die angesetzte Zeugeneinvernahme und liess ihnen die entsprechende Vorladung in Kopie zukommen. Gegen die Vorladung von [Herrn B] zur Zeugeneinvernahme setzten sich weder er selber noch die [Verfügungsadressatin] zur Wehr.

7. Anlässlich der Zeugeneinvernahme von [Herrn B] vom 3. März 2016 machte die [Verfügungsadressatin] von ihrem Anwesenheitsrecht Gebrauch. Zu Beginn der Befragung brachte sie vor, dass der vorgeladene Zeuge nicht zeugnisfähig sei. Auf entsprechende Nachfrage des Sekretariats hin verzichtete sie jedoch explizit darauf, einen dahingehenden Antrag zu stellen (Act. II.002, Zeilen 38–44). Das Sekretariat setzte daraufhin die Zeugeneinvernahme fort.

8. In der Folge führte das Sekretariat eine Reihe weiterer Einvernahmen durch, so am 10. März 2016 (Einvernahme [Herr C]), am 26. Mai 2016 (Einvernahme [Herr D]), am 1. Juni 2016 (Einvernahme [Herr E]) sowie am 26. August 2016 (Einvernahme [Herr F]). Dabei konfrontierte es die einvernommenen Personen jeweils mit den Zeugenaussagen von [Herrn B]. Bei diesen Einvernahmen machte die [Verfügungsadressatin] zumindest teilweise von ihrem Anwesenheitsrecht Gebrauch und erhielt jeweils im Anschluss an die Einvernahme das entsprechende Protokoll zugesandt.

9. Mit Eingabe vom 14. September 2016 stellte die [Verfügungsadressatin] folgende Anträge:

1. *Es sei das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [Herrn B] vom 3. März 2016 aus den Akten zu entfernen. Die Zeugeneinvernahme und alle darin von Herrn [B] gemachten Aussagen dürfen weder direkt noch indirekt in diesem oder anderen Verfahren verwendet werden.*
2. *Soweit die Aussagen von Herrn [B] aus der Zeugeneinvernahme bereits direkt oder indirekt bei (Partei- oder Zeugen-)Einvernahmen verwendet wurden, so sind alle Aussagen von Herrn [B] sowie die im Zusammenhang damit gemachten Aussagen von Dritten aus den Akten zu entfernen. Alle diese Aussagen dürfen weder direkt noch indirekt in diesem oder anderen Verfahren verwendet werden.*
3. *Es seien keine Einvernahmen anzuordnen oder durchzuführen, an denen die Aussagen von Herrn [B] bzw. im Zusammenhang damit gemachte Aussagen von Dritten direkt oder indirekt verwendet werden.*
4. *Sofern diesen Anträgen nicht stattgegeben werden sollte, sei umgehend eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.*

10. Mit Schreiben vom 26. September 2016 antwortete das Sekretariat, dass es die Anträge der [Verfügungsadressatin] als verspätet erachte. Es hielt insbesondere fest, dass die [Verfügungsadressatin] anlässlich der Einvernahme explizit darauf verzichtet habe, einen Antrag zu stellen, dass [Herr B] nicht als Zeuge befragt werden dürfe. Dass sie über ein halbes Jahr später nun doch – und entgegen ihrem ursprünglichen Verzicht – die vorliegenden Anträge stelle, sei widersprüchlich und laufe dem



Grundsatz von Treu und Glauben zuwider. Das Sekretariat beabsichtige daher, auf die Anträge der [Verfügungsadressatin] nicht einzutreten.

11. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2016 begründete die [Verfügungsadressatin], weshalb die Anträge nach ihrer Auffassung nicht verspätet seien. Ihre Anträgen präzierte sie wie folgt:

1. *Es sei das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [Herr B] vom 3. März 2016 nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen. Die Zeugeneinvernahme und alle darin von Herrn [B] gemachten Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem oder einem anderen Verfahren zu verwenden.*
2. *Es seien alle Aussagen von Herrn [B] sowie alle gestützt darauf oder im Zusammenhang damit bereits gemachten Aussagen von Dritten in weiteren Einvernahmen nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen; namentlich betrifft dies die folgenden Einvernahmen:*
  - *Einvernahme [Herr C] vom 10. März 2016;*
  - *Einvernahme [Herr D] vom 26. Mai 2016;*
  - *Einvernahme [Herr E] vom 1. Juni 2016;*
  - *Einvernahme [Herr F] vom 26. August 2016.*

*Diese Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem oder in einem anderen Verfahren zu verwenden.*

3. *Es seien keine weiteren Einvernahmen anzuordnen oder durchzuführen, an denen die Aussagen von Herrn [B] bzw. gestützt darauf oder im Zusammenhang damit gemachte Aussagen von Dritten direkt oder indirekt verwendet werden.*
4. *Sofern diesen Anträgen nicht stattgegeben werden sollte, sei umgehend eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.*

## **B Erwägungen**

### **B.1 Gegenstand der Zwischenverfügung**

12. Die vorliegende Zwischenverfügung hat den Antrag der [Verfügungsadressatin], dass das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [Herr B] vom 3. März 2016 nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen sei, zum Gegenstand. Ebenso werden die Anträge der [Verfügungsadressatin] betreffend die Fernwirkung eines solchen allfälligen Beweisverwertungsverbots behandelt.

### **B.2 Formelles**

#### **B.2.1 Zuständigkeit**

13. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Art. 39 die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

14. Nach Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Verfahrensleitende Verfügungen charakterisieren sich dadurch, dass sie eine Verfahrensfrage zum Gegenstand haben, ohne das Verfahren abzuschliessen. Insofern handelt es sich um eine Form der Zwischenverfügung.<sup>1</sup> Der vorliegende Entscheid über ein Beweisverwertungsverbot und deren all-

fällige Fernwirkung stellt eine verfahrensleitende Verfügung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 KG dar. Er liegt in der gemeinsamen Zuständigkeit des Sekretariats und eines Mitglieds des Präsidiums.

### **B.2.2 Verspätung der Anträge und Verstoss gegen Treu und Glauben**

#### **B.2.2.1 Vorbringen der [Verfügungsadressatin]**

15. Die [Verfügungsadressatin] bringt im Wesentlichen vor, dass sie anlässlich der Zeugeneinvernahme von [Herrn B] unmissverständlich erklärt habe, dass dieser nicht zeugnisfähig sei. Die Formulierung formeller Anträge sei angesichts der unmissverständlichen Formulierung nicht erforderlich und ein entsprechendes Festhalten würde einem überspitzten Formalismus gleichkommen. Die Tatsache allein, dass im Anschluss daran nicht umgehend formelle Anträge gestellt worden seien, könne weder zu einem guten Glauben der Behörde noch zu einer Heilung der unzulässigen Befragung von [Herrn B] führen.

16. Die Befragung von [Herrn B] und unter Sanktionsdrohung verletze elementare Verfahrens- und Verteidigungsrechte, was zur absoluten Unverwertbarkeit der Aussagen von [Herrn B] führe. Diese Unverwertbarkeit wirke sich auch auf die weiteren Einvernahmen aus, in denen das Sekretariat die Aussagen von [Herrn B] verwendet habe.

17. Weil [Herr B] unrechtmässig als Zeuge vorgeladen worden sei und nicht auf das Recht der Aussageverweigerung hingewiesen worden sei, sondern im Gegenteil sogar unter Sanktionsdrohung zur Aussage gezwungen worden sei, liege in jedem Fall ein unverwertbares Beweismittel der Behörde vor (Art. 141 Abs. 1 zweiter Satz StPO). Diese elementaren, gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstossenden Verfahrensmängel könnten nicht einmal durch Zustimmung des Beschuldigten geheilt werden. Entscheidend sei, dass die Behörde durch die Vorladung und die sanktionsbedrohte Verpflichtung zur Aussage den unzutreffenden Eindruck erweckt habe, [Herr B] müsse aussagen.

18. Die [Verfügungsadressatin] treffe keine Pflicht, dem Sekretariat bei der Beschaffung von verwertbaren Beweismitteln behilflich zu sein. Eine derartige Mitwirkungspflicht stünde in diametralem Gegensatz zum nemo-tenetur-Grundsatz, wonach die [Verfügungsadressatin] nicht an einer sie möglicherweise belastenden Beweiserhebung mitwirken müsse. Von einer solchen Pflicht scheinete das Sekretariat jedoch implizit auszugehen.

19. Die Geltendmachung des Beweisverwertungsverbots könne die [Verfügungsadressatin] jederzeit vorbringen. Im Übrigen sei die Wiederholung von Befragungen unter Wahrung der anwendbaren Verfahrensbestimmungen jederzeit möglich.

<sup>1</sup> Vgl. auch BGE 2C.1009/2014 vom 6.7.2015, E. 1.3; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 23 KG N 35 ff.

### B.2.2.2 Beurteilung

20. Die Rüge der [Verfügungsadressatin] ist formeller Natur. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Verfahrensstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Verfahrensgang später noch vorzubringen (BGE 135 III 334 E. 2.2; BGE 134 I 20, 21 E. 4.3.1). Vielmehr haben die betreffenden Verfahrensparteien zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv zu werden. Wenn eine entsprechend zumutbare Intervention unterbleibt, kann nach Treu und Glauben sowie von Grundrechts wegen kein Tätigwerden der Behörden erwartet werden (zum Ganzen Urteil des BGer 6B\_678/2013 vom 3. Februar 2014, E. 2.2 m.w.H.).

21. Das Bundesverwaltungsgericht trägt diesen Grundsätzen auch bei Rügen betreffend die Verwertbarkeit von Beweismitteln im Kartellverwaltungsverfahren Rechnung. So hielt es zu einer Rüge einer Beschwerdeführerin, die auf die Nichtverwertbarkeit von Beweismitteln aus einer Hausdurchsuchung zielte, Folgendes fest<sup>2</sup>:

„Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden auf Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet (Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG). Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung mit Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 22. März 2010 angeordnet. Beim Durchsuchungsbefehl handelt es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon ist eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich (...). Unterbleibt sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls (Art. 46 Abs. 2 VwVG) als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, kann nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden (...). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin weder den Durchsuchungsbefehl angefochten noch vorinstanzlich Einsprache gegen die Beschlagnahme und Sichtung der elektronischen Dateien erhoben. Sie ist daher mit der Rüge im vorliegenden Verfahren nicht zu hören.“

22. Diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat auch im vorliegenden Kontext einer Zeugeneinvernahme (sinngemäss) Gültigkeit, wie folgende Ausführungen zeigen: Die strittige Zeugeneinvernahme von [Herrn B] vom 3. März 2016 ordneten die Wettbewerbsbehörden mit Vorladung vom 22. Dezember 2015 an. Gleichentags liess das Sekretariat der [Verfügungsadressatin] eine Kopie der Vorladung zukommen.

23. Vorladungen sind als Zwischenverfügungen zu qualifizieren.<sup>3</sup> Sowohl der Zeuge selber als auch die [Verfügungsadressatin] hätten es in der Hand gehabt, die Vorladung – falls eine Beschwerde zulässig wäre (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) – anzufechten oder aber eine (separate) Zwischenverfügung betreffend die verfahrensrechtliche Stellung von [Herrn B] zu erwirken. Da beides unterblieben ist, kann die [Verfügungsadressatin] – im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – nachträglich kein Verwertungsverbot geltend machen. Ihre Anträge sind verspätet.

24. Darüber hinaus verstösst das Verhalten der [Verfügungsadressatin] vorliegend auch gegen den Grundsatz

von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Dabei ist zu beachten, dass der [Verfügungsadressatin] sämtliche Umstände, die sie zu den vorliegenden Anträgen veranlassen, bereits zum Zeitpunkt der Vorladung von [Herrn B] als Zeuge im Dezember 2015 bekannt waren. Insbesondere hatte sie Kenntnis davon, dass [Herr B] bis November 2014 Geschäftsführer ihrer Zweigniederlassung in Chur war.

25. Das Sekretariat informierte die [Verfügungsadressatin] über die strittige Zeugeneinvernahme zweieinhalb Monate vor deren Durchführung. In der Vorladung, deren Kopie die [Verfügungsadressatin] erhielt, ist ausdrücklich erwähnt, dass [Herr B] als Zeuge und nicht in einer anderen verfahrensrechtlichen Stellung befragt würde. Der [Verfügungsadressatin] wäre es daher zuzumuten gewesen, vor der Zeugeneinvernahme zu beantragen, dass [Herr B] nicht in dieser Stellung befragt werden dürfe. Für dieses Unterlassen sind keine schutzwürdigen Gründe ersichtlich.

26. Die [Verfügungsadressatin] stellte zu Beginn der Zeugeneinvernahme vom 3. März 2016 die Zeugenqualität von [Herrn B] in Frage. Dies veranlasste das Sekretariat nachzufragen, ob die [Verfügungsadressatin] diesbezüglich einen Antrag stelle. Die [Verfügungsadressatin] verzichtete daraufhin explizit, in diesem Zusammenhang einen Verfahrensantrag zu stellen, etwa dass die Zeugeneinvernahme nicht durchgeführt werden dürfe. Angesichts dieses Verzichts durfte und musste das Sekretariat in guten Treuen davon ausgehen, dass die [Verfügungsadressatin] mit der Durchführung der Zeugeneinvernahme einverstanden sei und auch die Verwertbarkeit der Zeugenaussagen von [Herrn B] nicht in Frage stellen würde. Die [Verfügungsadressatin] ist anwaltlich vertreten. Von einer anwaltlich vertretenen Partei ist zu erwarten, dass sie einen entsprechenden Antrag stellt, wenn sie die Behörde zu einem bestimmten Verhalten veranlassen möchte.

27. Dass die [Verfügungsadressatin] im Nachhinein nun doch – und entgegen ihrem ursprünglichen Verzicht – die vorliegenden Anträge stellt, ist widersprüchlich. Zudem liess sie über ein halbes Jahr verstreichen, bis sie das angebliche Beweisverwertungsverbot geltend machte. In dieser Zeit führte das Sekretariat vier Einvernahmen durch, an denen es die Zeugenaussagen von [Herrn B] verwendete. An keiner dieser Einvernahmen brachte die durch, an denen es die Zeugenaussagen von [Herrn A] verwendete. An keiner dieser Einvernahmen brachte die [Verfügungsadressatin] vor, dass die Zeugenaussagen von [Herrn A] mit einem Beweisverwertungsverbot belegt seien. Triftige Gründe für dieses Vorgehen sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Das Verhalten der [Verfügungsadressatin] läuft dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwider.

<sup>2</sup> Urteil des BVer 6-58112012 vom 16.9.2016, E. 5.3.3.

<sup>3</sup> CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 15 VwVG N 7.

28. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Eingaben der [Verfügungsadressatin] keine Punkte aufwerfen, welche die Wettbewerbsbehörden nicht bereits im Rahmen der Vorladung von [Herrn B] als Zeuge berücksichtigt haben. Insbesondere war ihnen damals bereits bekannt, dass [Herr B] bis November 2014 Geschäftsführer der Zweigniederlassung der [Verfügungsadressatin] in Chur war. Dieser Aspekt floss in die Beurteilung ein, als sie im Dezember 2015 die verfahrensrechtliche Stellung von [Herrn B] festlegten.

29. Aus diesen Gründen ist auf die Anträge der [Verfügungsadressatin] nicht einzutreten.

### B.3 Materielles

30. Selbst wenn auf die Anträge der [Verfügungsadressatin] einzutreten wäre, wären diese unbegründet und müssten abgelehnt werden. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Damit ein Beweisverwertungsverbot zur Diskussion stehen kann, ist vorausgesetzt, dass die Behörde das betreffende Beweismittel rechtswidrig erlangt hat. Die [Verfügungsadressatin] ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR, also eine juristische Person. Juristische Personen handeln durch ihre Organe (Art. 55 ZGB). Seit seinem Ausscheiden verfügt [Herr B] über keine Organstellung mehr bei der [Verfügungsadressatin]. Vor den Wettbewerbsbehörden konnte er daher nicht mehr für die [Verfügungsadressatin] Chur als Partei aussagen, sondern war als Drittperson zu betrachten. Als Drittperson durfte [Herr B] als Zeuge einvernommen werden (Art. 42 Abs. 1 KG).
- Wer als Partei gilt und nicht als Zeuge befragt werden darf, bestimmt sich vor diesem Hintergrund nach rein formalen Kriterien. Nicht zu berücksichtigen ist, welche Nähe die betreffende Person zum Streitgegenstand hat und ob sie ein Interesse am Verfahrensausgang hat.<sup>4</sup> Diesen Aspekten ist im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.<sup>5</sup>
- Nicht tangiert durch die Befragung von [Herrn B] als Zeuge war das Verbot zum Selbstbelastungszwang (nemo-tenetur-Grundsatz). Der nemo-tenetur-Grundsatz soll verhindern, dass die Behörde Beweismittel durch unzulässige Zwangsmittel gegenüber beschuldigten Personen erlangen.<sup>6</sup> Der [Verfügungsadressatin] wurden im vorliegenden Kontext in keiner Weise Pflichten auferlegt. Auch wurde ihr gegenüber kein Zwang ausgeübt, namentlich wurde sie nicht zur Aussage gezwungen. Die Aussage- und Wahrheitspflicht, die mit der Zeugenstellung einherging, beschränkte sich auf [Herrn B], der nicht mehr für die [Verfügungsadressatin] handeln konnte. Seine Interessen konnte [Herr B] im Rahmen der Zeugnisverweigerungsrechte geltend machen.

31. Nach dem Gesagten handelte das Sekretariat im Zusammenhang mit der strittigen Zeugeneinvernahme rechtskonform. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vornherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Anträge der [Verfügungsadressatin] wären daher abzuweisen, sofern darauf einzutreten wäre.

### B.4 Kosten

32. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verwaltungsverfahren, welches mit einer Zwischenverfügung abgeschlossen wird.

33. Dies bedeutet nicht, dass für jegliche Zwischenverfügungen, die im Laufe eines Verfahrens gewöhnlich anfallen und üblicherweise keinen nennenswerten Aufwand verursachen (z.B. bezüglich Fristen), Kosten auszuscheiden und separat zu verlegen wären. Anders verhält es sich aber bei Zwischenverfügungen, deren Erlass durch eine bestimmte Partei veranlasst wurde (und die nicht aufgrund der gewöhnlichen Verfahrensführung anfallen wie etwa Vorladungen zu Einvernahmen) und die einen zumindest nicht unbeachtlichen Aufwand nach sich ziehen.

34. Die genannten Voraussetzungen für die separate Kostenverlegung sind vorliegend erfüllt. Die [Verfügungsadressatin] hat mit ihren Anträgen das Verfahren auf Erlass der Zwischenverfügung ausgelöst. Die Kosten, die durch den Erlass der Zwischenverfügung entstanden sind, sind demnach nicht zur Hauptsache zu schlagen, sondern in dieser Zwischenverfügung separat zu verlegen.

35. Entsprechend der Regelung von Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist bei der Verlegung der entstandenen Kosten grundsätzlich das Verursacherprinzip zu beachten, welches durch das kostenrechtliche Unterliegerprinzip ergänzt wird.<sup>7</sup> Bei teilweisem Obsiegen/Unterliegen sind die Kosten nach diesem Prinzip in der Regel verhältnismässig zu teilen.

36. Vorliegend wird auf die Anträge der [Verfügungsadressatin] nicht eingetreten. Dementsprechend hat die [Verfügungsadressatin] die vollen Verfahrenskosten zu tragen.

37. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt für die konkrete Gebührenbemessung ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

<sup>4</sup> THOMAS WEIBEL/SABINA NAEGELI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, Art. 169 ZPO N 6.

<sup>5</sup> Urteil des OGer LU vom 12.11.1986, in: LGVE 1986 Nr. 21, 35; THOMAS WEIBEL/SABINA NAEGELI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, Art. 169 ZPO N 6.

<sup>6</sup> Vgl. eingehend dazu Urteil des BVGer, 7633/2009 vom 14.9.2015, E. 98 m.w.H.

<sup>7</sup> Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a KG N 5; JÜRIG BORER, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 53a KG N 3.

38. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen rechtfertigt sich hier ein Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 7.1 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 6.1 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 1'220.–.
- 1 Stunde zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 290.–.

Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt Fr. 1'510.– welche die [Verfügungsadressatin] entsprechend den obigen Ausführungen vollumfänglich zu tragen hat.

### **C Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Auf die Anträge der [Verfügungsadressatin] gemäss ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2016 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von Fr. 1'510.– werden der [Verfügungsadressatin] auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - [Verfügungsadressatin], vertreten durch [...][Rechtsmittelbelehrung]

*Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Untersuchung Verzinkung gemäss Art. 27 KG betreffend Parteistellung Schweizerische Bundesbahnen SBB AG, in Bern, Gesuchstellerin*

### A Sachverhalt

1. Da dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden vorlagen, eröffnete es am 15. Februar 2016 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (nachfolgend: VSV), die Schweizerische Fachstelle Feuerverzinken (nachfolgend: SFF), die Epos Verzinkerei AG Däniken, die Galvaswiss AG, die Schweizerische Drahtziegelfabrik AG, die Zintec AG, die Verzinkerei Lenzburg AG, die Verzinkerei Oberuzwil AG, die Verzinkerei Stooss AG (mittlerweile in Liquidation), die Verzinkerei Unterlunkhofen AG, die Verzinkerei Wattenwil AG, die Verzinkerei Wettingen AG, die Verzinkerei Wollerau AG, die Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation und deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaften (nachfolgend: Untersuchungsadressaten).<sup>1</sup>

2. Im Rahmen dieser Untersuchung, welche unter dem Titel „22-0469: Verzinkung“ geführt wird, untersucht das Sekretariat, ob die Untersuchungsadressaten, welche bis auf die VSV und die SFF Verzinkung anbieten, unzulässige Wettbewerbsabreden über Preise sowie die gemeinsame Aufteilung von Märkten nach Gebieten und Geschäftspartnern getroffen hätten könnten. Insbesondere wird abgeklärt, ob die Untersuchungsadressaten in der Zeit zwischen 2004 und heute in Bezug auf von ihnen erbrachte Verzinkungsleistungen sogenannte Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge, Transportmehrkostenzuschläge sowie Preise und Preiserhöhungen gemeinsam festgelegt und ihren Kunden entsprechend in Rechnung gestellt haben.

3. Am 1. März 2016 gab das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung „22-0469: Verzinkung“ durch amtliche Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt. In der Publikation wies das Sekretariat darauf hin, dass sich Dritte innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Am 31. März 2016 übergab die Schweizerische Bundesbahnen SBB AG (nachfolgend: SBB) der schweizerischen Post ein Schreiben an das Sekretariat, worin sie angab, sich „im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG“ als Partei dieses Untersuchungsverfahrens „zu konstituieren“. Zur Begründung führte die SBB aus, sie beziehe in grösserem Umfang Feuerverzinkungsleistungen von der Galvaswiss AG (nachfolgend: Galvaswiss) und der Schweizerischen Drahtziegelfabrik AG (nachfolgend: SDL). Die SBB bat um die Bestätigung ihrer „Parteistellung“.<sup>2</sup>

4. In seiner Antwort erläuterte das Sekretariat der SBB, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Personen, welche nicht als möglicherweise Beteiligte am mutmasslichen Wettbewerbsverstoss angesehen werden (nachfolgend: Dritte), an einer Untersuchung beteiligt werden könnten. Diesbezüglich forderte das Sekretariat die SBB auf, zu erklären, ob sie als beteiligte Dritte mit Parteistellung oder ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt werden wolle. Für den Fall der Beantragung der Parteistellung bat das Sekretariat ausserdem um die Konkretisierung der Angabe, sie habe in grösserem Umfang Leistungen von der Galvaswiss und der SDL bezogen. Insbesondere solle die SBB Angaben zu Art, Menge und Wert der von den Untersuchungsadressaten bezogenen Leistungen machen und erklären, inwiefern die Untersuchungsadressaten den Gesellschaften des SBB-Konzerns Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge sowie Transportmehrkostenzuschläge in Rechnung gestellt worden seien.<sup>3</sup>

5. In der Folge beantragte die SBB ausdrücklich, sie wolle als beteiligte Dritte mit Parteistellung an der Untersuchung „22-0469: Verzinkung“ beteiligt werden. Betreffend die Geschäftsbeziehungen zu den Untersuchungsadressaten machte die SBB Angaben zu Art und Wert der von den Untersuchungsadressaten bezogenen Leistungen und gab zudem an, dass ihr von mehreren Untersuchungsadressaten Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge sowie der Transportmehrkostenzuschlag in Rechnung gestellt wurde. Die SBB reichte darüber hinaus entsprechende Belege für ihre Angaben ein.<sup>4</sup>

6. Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 informierte das Sekretariat die Untersuchungsadressaten über den Antrag der SBB sowie den rechtlichen Rahmen für die Zulassung eines Dritten als Beteiligter mit Parteistellung. Das Sekretariat übermittelte den Untersuchungsadressaten auch die vorgenannten Schreiben nebst Beilagen, wobei bestimmte Informationen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen abgedeckt oder nur teilweise (z. B. mittels einer Bandbreite) offengelegt wurden, und gab den Untersuchungsadressaten die Möglichkeit, innert Frist zum Antrag der SBB Stellung zu beziehen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> S. Act. n° I.003–I.017.

<sup>2</sup> S. Act. n° I.047.

<sup>3</sup> Act. n° I.052.

<sup>4</sup> Act. n° I-056.

<sup>5</sup> Act. n° I-059–I.068.

7. Innert Frist teilten die Galvaswiss, die Epos Verzinkerei AG Däniken, die SDL, die Zinctec AG, die Verzinkerei Oberuzwil AG, die Verzinkerei Wattenwil AG, die Verzinkerei Wollerau AG und die Verzinkerei Wettingen AG mit, sie würden auf eine Stellungnahme verzichten bzw. hätten keine Einwände gegen eine allfällige Parteistellung der SBB.<sup>6</sup> Die Verzinkerei Lenzburg AG (nachfolgend: Verzinkerei Lenzburg) beantragte hingegen, der SBB keine Parteistellung zu gewähren.<sup>7</sup> Darüber hinaus gingen beim Sekretariat keine weiteren Stellungnahmen betreffend den Antrag der SBB ein.

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

8. Mit dem Entscheid über Anträge auf Parteistellung wird der Umfang der Rechte und Pflichten der Betroffenen im Verfahren geregelt (Art. 5 Abs. 2 Bst. a VwVG). Solche Entscheide sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.<sup>8</sup> Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

### B.2 Beteiligung Dritter mit Parteistellung

#### B.2.1 Grundlagen

9. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG gewährt Personen Verfahrensrechte, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkungen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Hierunter fallen auch Personen, welche als direkte Abnehmer der von einem mutmasslichen Kartellrechtsverstoss betroffenen Leistung unmittelbares „Opfer“ der mutmasslich gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmen sind.<sup>9</sup> Dies gilt indessen nur, soweit der Abnehmer oder die Abnehmerin die bezogene Leistung für eine unternehmerische Tätigkeit benötigt und z. B. nicht bloss Konsument oder Konsumentin ist.<sup>10</sup> Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich zudem, dass ein solches Abnehmerunternehmen nur dann als Dritter zu beteiligen ist, wenn es in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs auf *seinem* Markt behindert wird.

10. Ob eine Person auch Parteistellung hat, bestimmt sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).<sup>11</sup> Der Parteibegriff wird in Art. 6 VwVG umschrieben. Demnach gelten partei- und prozessfähige Personen als Partei, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere partei- und prozessfähige Personen, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Parteistellung der „anderen Personen“ beurteilt sich also nach der Beschwerdebefugnis. Aufgrund von Art. 48 VwVG ist unter anderem zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Gemäss Lehre und Rechtsprechung zu Art. 48 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer stärker als jedermann vom Entscheid betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht.<sup>12</sup>

#### B.2.2 Vorbringen der Gesuchstellerin

11. Die Gesuchstellerin gibt zusammenfassend an, sie habe in den vergangenen Jahren wiederholt öffentlich Aufträge für Feuerverzinkung ausgeschrieben und von ei-

nigen der Untersuchungsadressaten, namentlich der Galvaswiss, der SDL, der Epos Verzinkerei AG Däniken, der Verzinkerei Lenzburg, der Verzinkerei Oberuzwil AG, der Verzinkerei Stooss AG, der Verzinkerei Wettingen AG, der Verzinkerei Wollerau AG und der Zinctec AG, Feuerverzinkungsleistungen bezogen. Dies deshalb, da die Gesuchstellerin als Eisenbahnunternehmen regelmässig insbesondere bei Rollmaterialien und bei sonstigen Anlagenteilen durch Feuerverzinkung auf Stahl aufgebrauchte Zinküberzüge als Korrosionsschutz benötige. Hinsichtlich des Ausmasses der Betroffenheit verweist die Gesuchstellerin auf die eingereichten Belege über Art und Wert der bezogenen Leistungen. In diesen ist insbesondere aufgeführt, dass die Gesuchstellerin in der Zeit zwischen Anfang 2007 und April 2016 von den neun genannten Verzinkereien Feuerverzinkungsleistungen mit einem Gesamtwert von über CHF [12–22 Mio.] bezogen habe.

12. Aus den genannten Umständen ergebe sich, dass die Gesuchstellerin im Bereich Feuerverzinkung jährlich im substantiellen Umfang Leistungen der Untersuchungsadressaten als Abnehmerin in Anspruch genommen habe und dies auch in Zukunft tun werde. Die Gesuchstellerin sei damit in schwerwiegender Weise von einer möglichen Wettbewerbsabrede direkt und unmittelbar betroffen und habe an deren Beseitigung ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse. Dies begründe sich zudem damit, dass die SBB dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehe und deshalb in den Stand gesetzt werden müsse, bei künftigen Ausschreibungen von Feuerverzinkungsleistungen angemessen reagieren zu können.

#### B.2.3 Vorbringen der Verzinkerei Lenzburg

13. Die Verzinkerei Lenzburg begründet ihren Antrag damit, die SBB habe keinen konkreten und deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil nachweisen können. So sei aus den eingereichten Unterlagen sogar ersichtlich, dass die SBB Aufträge öffentlich ausgeschrieben habe, womit davon auszugehen sei, dass internationaler Wettbewerb gespielt habe. Der Umstand, dass diese ausgeschriebenen Aufträge durch Untersuchungsadressaten gewonnen worden seien, belege, dass die Untersuchungsadressaten die preislich günstigsten Anbieter gewesen seien und, dass mutmassliche Preisabsprachen nicht dazu geführt hätten, dass gegenüber der SBB künstlich höhere Preise erzielt werden konnten. Es komme hinzu, dass die Verzinkerei Lenzburg nur in einem minimalen Umfang Aufträge für die SBB erledigt habe und daher der Eintritt einer weiteren Partei eine unnötige Verfahrensausweitung zur Folge hätte.

<sup>6</sup> Act. n° I.069, I-070, I-071, I-073, VIII.A.1.020.

<sup>7</sup> Act. n° I-072.

<sup>8</sup> Vgl. VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2012, Art. 23 LCart N 7.

<sup>9</sup> Vgl. STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 43 N 12 f.; BENOÎT MERKT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2012, Art. 43 LCart N 9.

<sup>10</sup> Vgl. BSK KG-Bilger (Fn 9), Art. 43 N 13.

<sup>11</sup> Vgl. BGer, RPW 2013/3, 470 E. 4.3, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; Entscheid REKO/WEF, RPW 1997/2, 249 E. 1.7.1, *Künstliche Besamung*; CR LCart-MERKT (Fn 9), Art. 43 LCart N 9; BSK KG-BILGER (Fn 9), Art. 43 N 13; s. a. Urteil des BVGer A-6334/2014 vom 23.8.2016, E. 8.6, *Zugang zu Verfahrensakten*.

<sup>12</sup> Vgl. BGer (Fn 11), 468 f. E. 3, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

## B.2.4 Würdigung durch die Wettbewerbsbehörden

14. Der Gesuchstellerin ist gemäss Handelsregisterauszug als juristische Person (spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 2 SBBG<sup>13</sup>) nach Art. 52 ff. ZGB<sup>14</sup> konstituiert. Sie verfügen damit über Partei- und Prozessfähigkeit.

### B.2.4.1 Beteiligte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG

#### B.2.4.1.1 Rechtliches

15. Zu den in Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG genannten Personen zählen wie erläutert insbesondere Personen, welche als direkte Abnehmer der von einem mutmasslichen Kartellrechtsverstoss betroffenen Leistung unmittelbares „Opfer“ der mutmasslich gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmen sind, sofern sie selbst unternehmerisch tätig sind.<sup>15</sup> Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich zudem, dass ein solches Abnehmerunternehmen nur dann als Dritter zu beteiligen ist, wenn es *aktuell* in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs auf *seinem* Markt behindert wird.

16. Zu beachten ist, dass für die Zulassung als Beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG nicht der Nachweis erbracht werden muss, dass der Antragsteller tatsächlich Opfer eines KG-Verstoss wurde und dass er (deshalb) aktuell tatsächlich in seinem Markt in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde. Denn wäre dies Voraussetzung, so müssten die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung der Beteiligtenstellung eine umfassende materiell-rechtliche Bewertung des untersuchten Verhaltens vornehmen. Zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt geht das Sekretariat aber lediglich davon aus, dass Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG). Speziell für den Fall der Beteiligtenstellung eines mutmasslichen Kartellopfers müssten darüber hinaus Aussagen zu Auswirkungen auf nachgelagerten Märkten getroffen werden, welche indes nicht Gegenstand der Untersuchung sind. In Bezug auf die vorliegende Fallkonstellation ist mithin zwar der Nachweis erforderlich, dass die Gesuchstellerin direkte Abnehmerin der mutmasslich gegen das Kartellgesetz verstossenden Unternehmen war und dass sie die von diesen Unternehmen bezogenen Leistungen für die Erbringung ihrer Leistung auf ihren Märkten benötigt. Aus Letzterem ergibt sich dann auch die Unternehmenseigenschaft. Darüber hinaus reicht für die Begründung der Beteiligtenstellung jedoch die blosser Möglichkeit aus, dass die Gesuchstellerin aktuell in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs in ihren Märkten behindert sein könnte, wenn sich am Ende des Untersuchungsverfahrens der Verdacht bewahrheiten würde.

#### B.2.4.1.2 Subsumtion

17. In casu hat die Gesuchstellerin durch die Einreichung entsprechender Belege ausreichend substantiiert dargelegt, dass sie von den Untersuchungsadressaten Verzinsungsleistungen bezogen hat und dies auch in Zukunft tun möchte, da sie als Eisenbahnunternehmen regelmässig insbesondere bei Rollmaterialien und bei sonstigen Anlagenteilen durch Feuerverzinkung auf Stahl aufgebrauchte Zinküberzüge als Korrosionsschutz benötigt. Die von den Verzinkungsunternehmen angebotenen Leistun-

gen benötigt die Gesuchstellerin mithin für ihre eigene unternehmerische Tätigkeit auf „ihren“ Märkten für den Transport von Passagieren und Waren. Die Gesuchstellerin ist damit als unternehmerisch tätige, direkte Abnehmerin der Untersuchungsadressaten zu qualifizieren.

18. Des Weiteren besteht mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand die Möglichkeit, dass die Gesuchstellerin wegen der in Rz 17 genannten Umstände durch das untersuchte Verhalten der Untersuchungsadressaten aktuell in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wäre, wenn sich der untersuchte Verdacht bewahrheiten würde. Denn sollte sich im Rahmen der Untersuchung bewahrheiten, dass die Verzinkungsunternehmen in der Zeit zwischen 2004 und heute in Bezug auf von ihnen erbrachte Verzinkungsleistungen sogenannte Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge, Transportmehrkostenzuschläge sowie Preise und Preiserhöhungen gemeinsam festgelegt und ihren Kunden entsprechend in Rechnung gestellt haben, so würde die Möglichkeit bestehen, dass die Gesuchstellerin wegen überhöhter Kosten auf „ihren“ Märkten für den Transport von Passagieren und Gütern benachteiligt wäre. Denn hätte die Gesuchstellerin kartellbedingt höhere Kosten gehabt, so wären deshalb z. B. Unternehmen, welche Passagieren und Waren auf der Strasse transportieren und welche nicht auf die Verzinkungsleistungen angewiesen sind, ihr gegenüber im Vorteil. Dieser Vorteil würde auch aktuell bestehen, da nicht ausgeschlossen wäre, dass sich die erhöhten Kosten aus der Vergangenheit auch heute noch auf den Märkten für den Transport von Passagieren und Waren auswirken könnten.

#### B.2.4.1.3 Zwischenergebnis

19. Die Gesuchstellerin ist damit als Person im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG anzusehen. Der Antrag auf Beteiligung als Dritte wurde auch fristgerecht eingereicht. Denn die Gesuchstellerin hat ihren Antrag auf Zulassung als beteiligte Dritte mit Parteistellung innerhalb von 30 Tagen seit der amtlichen Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu Händen der schweizerischen Post gegeben. Die Gesuchstellerin ist deshalb als beteiligte Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu beteiligen.

<sup>13</sup> Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31).

<sup>14</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

<sup>15</sup> Vgl. BSK KG-BILGER (Fn 9), Art. 43 N 12 f.; CR LCart-MERKT (Fn 9), Art. 43 LCart N 9.

## B.2.4.2 Beteiligte Dritte mit Parteistellung

### B.2.4.2.1 Rechtliches

20. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die in Art. 43 KG angelegte Unterscheidung zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung bei der Auslegung der VwVG-Normen, namentlich von Art. 6 und 48 VwVG, einzufließen. Der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten kann – je nach den Umständen – einen beachtlichen Umfang annehmen. Dabei soll ein effizientes Verfahren nicht durch eine Vielzahl von Beteiligten behindert und das Beschwerderecht in Richtung einer unerwünschten Popularbeschwerde geöffnet werden. Hinzu kommt, dass das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren primär der Durchsetzung öffentlicher Interessen dient, während für die Durchsetzung vorrangig privater Interessen der Zivilrechtsweg nach Art. 12 ff. KG offensteht. Angesichts dieser gesetzlich vorgesehenen Gabelung des Rechtsschutzes ist zu vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren zu stark auf private Interessen ausgerichtet wird.<sup>16</sup>

21. Aus den genannten Gründen ist einer Person nicht ohne weiteres die Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG einzuräumen, sondern nur dann, wenn sie durch die Verfügung einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden könnte. Ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil setzt eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt etwa vor, wenn sich die untersuchte Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Person auswirken kann, namentlich indem sie eine Umsatzeinbusse erleiden könnte. Eine Person, welche Parteistellung beantragt, hat im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden könnte, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich ist.<sup>17</sup>

22. Wie auch für die Begründung der Beteiligtenstellung nach Art. 43 Abs. 1 KG (siehe oben Rz 16), darf auch für die Begründung der Parteistellung nicht die endgültige kartellrechtliche Einordnung des im Rahmen des Verfahrens beurteilten Verhaltens der Untersuchungsadressaten massgebend sein. Denn wäre für die Parteistellung entscheidend, dass tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung vorläge, so müsste eine materiell-rechtliche Beurteilung, welche eigentlich zentrales Element des Untersuchungsverfahrens ist, schon auf der Stufe der Prüfung der Parteistellung vorweggenommen werden. Dies wäre eine zu hohe Hürde für die Beschwerdebefugnis bzw. die Begründung der Parteistellung.<sup>18</sup> Ob eine Wettbewerbsabrede tatsächlich besteht bzw. bestand und welche Folgen eine allfällige Abrede konkret (gehabt) hat, muss mithin für die Begründung der Parteistellung ohne Bedeutung bleiben. Eine Person, welche Parteistellung beantragt, muss aber immerhin hinreichend substantiiert darlegen können, dass sich die untersuchte Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass (potentiell) nachteilig auf die Person auswirken könnte, wenn sich der konkrete Verdacht der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bewahrheiten würde.

23. Allerdings kann nicht jede in der Vergangenheit liegende potentielle Benachteiligung durch eine untersuchte Wettbewerbsbeschränkung zwingend zur Begründung

der Parteistellung führen. Denn das Interesse an der Beteiligung an einem Untersuchungsverfahren kann für einen Dritten nur schutzwürdig sein, wenn dem Dritten *durch die Verfügung* der Wettbewerbskommission ein deutlich spürbarer Nachteil drohen könnte. Für ein mutmassliches Kartelloffer bedeutet eine fehlerhafte Verfügung aber in der Regel allenfalls dann einen deutlich spürbaren Nachteil, wenn auch der aktuelle Zustand für das mutmassliche Kartelloffer nachteilig ist. Mithin ist für die Begründung der Parteistellung eines Kartellopfers massgeblich, ob das mutmassliche Kartelloffer ohne den Erlass einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung aktuell und praktisch von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung konkret, individuell und in wesentlichem Ausmass betroffen sein könnte.<sup>19</sup> In diesem Fall kann ein schutzwürdiges Interesse daran bestehen, dass die mutmassliche aktuelle Wettbewerbsbeschränkung durch die Wettbewerbsbehörden aufgehoben und ein vergleichbares Verhalten für die Zukunft untersagt wird.

24. Da Art. 43 KG das vorrangige Institut für die Beteiligung von Dritten an einer Untersuchung ist<sup>20</sup> und die Parteistellung eine besondere Betroffenheit voraussetzt (siehe oben Rz 10), sind an die Möglichkeit des Vorliegens eines deutlich spürbaren Nachteils hohe Anforderungen zu stellen. Für die Begründung der Parteistellung reicht es daher – im Unterschied zur Beteiligung nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG – nicht schon aus, dass ein mutmassliches Kartelloffer aktuell direkter Abnehmer der mutmasslichen Kartelltäter ist und deshalb die Möglichkeit besteht, dass es durch das untersuchte Verhalten aktuell auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte (siehe dazu oben Rz 15 f.). Erforderlich ist für die Parteistellung darüber hinaus, dass ein mutmassliches Kartelloffer darlegt, dass es je nach Ausgang des WEKO-Verfahrens in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem, Ausmass auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte.

### B.2.4.2.2 Subsumtion

25. Vorliegend hat die Gesuchstellerin durch die Einreichung entsprechender Belege dargelegt, dass sie in der Zeit zwischen 2007 und Anfang 2016 von den Untersuchungsadressaten (Feuer-)Verzinkungsleistungen bezogen hat und dies auch in Zukunft tun möchte (siehe schon Rz 17). Sollte sich der untersuchte Verdacht der unzulässigen Wettbewerbsabreden betreffend Verzinkung für

<sup>16</sup> Vgl. BGer (Fn11), 470 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>17</sup> Vgl. BGer (Fn 11), 470 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>18</sup> In diesem Sinne auch BGer (Fn 11), 470 E. 4.6, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>19</sup> Vgl. allgemein zum Erfordernis eines aktuellen Interesses: VERA MARRANTELLI/SAID HUBER, in: *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Art. 48 N 15 m.w.N.

<sup>20</sup> Vgl. auch BVGer (Fn 11), E. 8.6, *Zugang zu Verfahrensakten*.



diesen Zeitraum bewahrheiten, so wäre die Gesuchstellerin als Eisenbahnunternehmen und direkte Abnehmerin von (Feuer-)Verzinkungsleistungen der Untersuchungsadressaten von der Abrede konkret und individuell nachteilig betroffen, auch weil sie dann auf ihren Märkten für den Transport von Passagieren und Waren kartellbedingt höhere Kosten als ihre Konkurrenten gehabt haben könnte (siehe oben Rz 18). Von der nachteiligen Betroffenheit der Gesuchstellerin ist insbesondere auch deshalb auszugehen, da die von der Gesuchstellerin eingereichten Dokumente belegen, dass die mutmasslich abgesprungenen Rohstoff- und Zinkteuerungszuschläge sowie die Transportmehrkostenzuschläge der Gesuchstellerin in Rechnung gestellt wurden.

26. Weiter ist denkbar, dass derzeit ein aktuelles und praktisches Interesse der Gesuchstellerin an einer Verfügung der Wettbewerbskommission bzw. an der Parteistellung bestehen könnte. Denn die Gesuchstellerin hat erstens dargelegt, dass sie aktuell (und künftig) Verzinkungsleistungen von den Untersuchungsadressaten bezieht bzw. beziehen wird: So ergibt sich aus den von ihr eingereichten Unterlagen, dass sie jährlich Verzinkungsleistungen im Wert von knapp unter CHF [1–3 Mio.] bezieht.<sup>21</sup> Zweitens sind in casu auch mutmassliche aktuelle Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich (Feuer-)Verzinkung Gegenstand der Untersuchung (siehe oben Rz 18 und 2). Damit könnte eine Verfügung der Wettbewerbskommission für die Gesuchstellerin einen Nachteil bedeuten, wenn durch sie die untersuchte Verhaltensweise zu Unrecht nicht unterbunden und ein vergleichbares Verhalten für die Zukunft nicht untersagt wird.

27. Wie erläutert, bedarf es für die Begründung der Parteistellung allerdings der Darlegung, dass die antragstellende Person durch die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem, Ausmass in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf ihrem Markt behindert sein könnte. Die Gesuchstellerin hat eine derartige Beeinträchtigung ihrer Wirtschaftstätigkeit indes nicht behauptet. Sie begründet ihr Gesuch vielmehr im Wesentlichen damit, sie habe im Bereich Feuerverzinkung jährlich Leistungen im substantiellen Umfang von den Untersuchungsadressatinnen bezogen (etwa CHF [1–3 Mio.] jährlich) und werde dies auch in Zukunft tun. Zudem unterstehe sie dem öffentlichen Beschaffungsrecht und müsse deshalb in den Stand gesetzt werden, bei künftigen Ausschreibungen von Feuerverzinkungsleistungen angemessen reagieren zu können. Hieraus ist indes nicht zu folgern, dass die Gesuchstellerin wegen überhöhter Kosten auf „ihren“ Märkten für den Transport von Passagieren und Gütern *in besonders schwerwiegendem Ausmass* benachteiligt wäre. Denn selbst wenn die Preise der jährlich von der Gesuchstellerin zu erwerbenden Verzinkungsleistungen wegen eines Verzinkereikartells zu hoch wären, so wäre der kartellbedingt überhöhte Kostenteil im Vergleich zum sonstigen Betriebsaufwand der Gesuchstellerin verschwindend gering.<sup>22</sup> Eine *besonders schwerwiegende* Benachteiligung der Gesuchstellerin auf «ihren» Märkten ist damit nicht ersichtlich.

### B.2.4.2.3 Zwischenergebnis

28. Die Gesuchstellerin ist mithin zwar vom mutmasslichen Wettbewerbsverstoss betroffen. Es ist aber nicht ersichtlich und es konnte von ihr auch nicht dargelegt werden, dass die Gesuchstellerin einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden könnte, wenn die untersuchte Verhaltensweise zu Unrecht nicht unterbunden und ein vergleichbares Verhalten für die Zukunft nicht untersagt würde. Die Gesuchstellerin ist mithin nicht als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG i.V.m. Art. 48 VwVG zu qualifizieren.

### C Kosten

29. Nach den einschlägigen Bestimmungen können in Untersuchungsverfahren auch für Zwischenverfügungen Gebühren erhoben (Art. 53a KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GebV-KG). Gemäss Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand. Für den errechneten Zeitaufwand kommt je nach Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals ein Stundenansatz von CHF 100–400 zur Anwendung (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

30. Mit Blick auf die Funktionsstufe des ausführenden Personals gilt in diesem Zwischenverföhrungsverfahren ein Stundenansatz von CHF 200–290. Gestützt hierauf ergeben sich für das gesamte Verfahren der Erstellung der Zwischenverfügung folgende Kosten:

- 36,5 Stunden zu je CHF 200.-, ergebend CHF 7'300.-.
- 2 Stunden zu je CHF 290, ergebend CHF 580.-.

31. Die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung belaufen sich damit insgesamt auf CHF 7'880.-.

32. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>23</sup> ist grundsätzlich gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung. Das Verursacherprinzip wird jedoch in Art. 3 Abs. 2 GebV-KG durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt, wonach Untersuchungsadressaten grundsätzlich keine Kosten zu tragen haben, wenn das gegen sie geföhrte Verfahren eingestellt wird. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid zur alten Gebührenverordnung KG (gestützt auf allgemeine Regelungen der Kostenauf- lage im Verwaltungsverfahren, welche nach wie vor Gültigkeit haben) entschieden, dass im kartellrechtlichen Verfahren nebst dem Verursacherprinzip grundsätzlich auch das Unterliegerprinzip zu beachten sei.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Siehe dazu Act. n° I-056.

<sup>22</sup> Der Betriebsaufwand der Gesuchstellerin lag in den Jahren 2014 und 2015 jeweils bei über CHF 8 Mrd; siehe <http://www.sbb.ch/sbb-konzern/ueber-die-sbb/zahlen-und-fakten/finanzen/betriebsaufwand.html> (zuletzt aufgerufen am 24.10.2016).

<sup>23</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>24</sup> BGE 128 II 247, 257 ff. E. 6 (= RPW 2002/3, 546 ff. E. 6), *BKW FMB Energie AG*.

33. Nachdem die Gesuchstellerin um die Beteiligung als Dritte mit Parteistellung ersucht hat, gilt sie als Verursacherin der vorliegenden Verfügung. Allerdings dringt sie mit ihrem Ersuchen teilweise durch, da sie zumindest als Dritte im Sinne des Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu beteiligen ist. Ihr sind damit lediglich die Hälfte der entstandenen Verfahrenskosten, mithin CHF 3'940, aufzuerlegen. Eine Rechtsgrundlage für die Überwälzung der Gebühr auf die Untersuchungsadressaten besteht nicht. Die andere Hälfte der Verfahrenskosten trägt mithin die öffentliche Hand.

#### D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die Schweizerische Bundesbahnen SBB AG wird als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an dem Untersuchungsverfahren der Wettbewerbsbehörden „22-0469: Verzinkung“ beteiligt. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
2. Die Verfahrenskosten betragen CHF 7'880 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 2.1 Die Schweizerische Bundesbahnen SBB AG trägt CHF 3'940.
  - 2.2 Die übrigen Kosten gehen zu Lasten des Bundes.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Schweizerische Bundesbahnen SBB AG, in Bern;
  - Epos Verzinkerei AG Däniken, in Däniken;
  - F. Dietsche Holding AG, c/o ATC Corporate Services (Zug) GmbH, in Zug;
  - Galvaswiss AG, in Felben-Wellhausen;

- SDL Beteiligungs AG, in St. Urban,
- Schweizerische Drahtziegelfabrik AG, in Lotzwil,
- Zinctec AG, in Egnach,  
alle drei vertreten durch [...];
- Verzinkerei Lenzburg AG, in Lenzburg,  
vertreten durch [...];
- Verzinkerei Oberuzwil AG, in Oberuzwil,  
vertreten durch [...];
- Verzinkerei Stooss AG in Liquidation, in Regensdorf;
- Verzinkerei Unterlunkhofen AG, in Unterlunkhofen;
- Verzinkerei Wattenwil AG, in Wattenwil,
- Gewa Holding Wattenwil AG, in Wattenwil,  
beide vertreten durch [...];
- Verzinkerei Wettingen AG, in Wettingen,
- ESTECH Industries Holding AG, in Seon,  
beide vertreten durch [...];
- Verzinkerei Wollerau AG, in Samstagen,
- HLC Holding AG, in Wilen,  
beide vertreten durch [...];
- Zinguerie, Sablage, Métallisation SA en liquidation, c/o Frédéric Gay, Chalet le Rocher, in Finhau;
- Vereinigung Schweizerischer Verzinkereien (VSV), in Luzern,
- Schweizerische Fachstelle Feuerverzinken (SFF), in Luzern,  
beide vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.5

### 3. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung

#### A. Sachverhalt

1. Am 22. April 2013 erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nach Abschluss der entsprechenden Untersuchung die Verfügung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (nachfolgend: WEKO-Verfügung).<sup>1</sup> An diesem Verfahren waren 16 Unternehmen<sup>2</sup> beteiligt. Die WEKO deckte dabei rund 30 Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG<sup>3</sup> auf, an welchen 13 der genannten Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen beteiligt waren.<sup>4</sup> An einigen Submissionen, welche in der WEKO-Verfügung beschrieben werden, waren zudem weitere Unternehmen beteiligt, die nicht als Parteien ins Untersuchungsverfahren involviert waren (nachfolgend: Drittunternehmen). Die WEKO-Verfügung ist rechtskräftig.

2. In der publizierten Version der WEKO-Verfügung sind die jeweiligen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte geschwärzt worden, d.h. sie wurden durch die Abdeckung [...] ersetzt.<sup>5</sup> Ein potentiell geschädigter Auftraggeber kann deshalb aufgrund der publizierten Version nicht erkennen, ob in der Verfügung ihn betreffende Submissionen enthalten sind bzw. ob er Opfer einer unzulässigen Abrede wurde.

3. Mit Schreiben vom 27. September 2013 stellte der [der Gesuchsteller] beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch um Einsicht in die WEKO-Verfügung. [Der Gesuchsteller] beantragte, dass ihm volle Einsicht in die WEKO-Verfügung zu gewähren sei. Eventualiter sei ihm volle Einsicht in die ihn als Vergabebehörde betreffenden Stellen zu gewähren. Subeventualiter sei ihm zu bestätigen, dass er als Auftraggeber von den Wettbewerbsabreden nicht betroffen sei.

4. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 stellte das Sekretariat [dem Gesuchsteller] eine erste Einschätzung der Rechtslage bezüglich seines Gesuches zu, ohne ihm allerdings zu diesem Zeitpunkt bekanntzugeben, ob in der WEKO-Verfügung überhaupt Projekte behandelt werden, bei welchen er der Auftraggeber war. Für den Fall, dass in der Verfügung solche Projekte enthalten wären, wurde [dem Gesuchsteller] eine teilweise Gutheissung seines Gesuches in Aussicht gestellt. So wäre ihm insoweit Einsicht in die WEKO-Verfügung zu gewähren, als a) die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war, und b) dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart würden. Bezüglich Ausschreibungen, in welchen die Voraussetzungen a) und b) nicht erfüllt wären, würde ihm keine Einsicht gewährt und das Gesuch abgewiesen. Falls keine Projekte vorhanden sein sollten, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war, würde das Gesuch abgewiesen (mit der Mitteilung, dass

die Verfügung keine solchen Projekte enthalten würde). Das Sekretariat setzte [dem Gesuchsteller] des Weiteren eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014.

5. Ebenfalls mit Schreiben vom 17. Januar 2014 wandte sich das Sekretariat an sämtliche Parteien der WEKO-Verfügung (Gesuchsgegner) und liess auch diesen die soeben dargelegte erste Einschätzung der Rechtslage zukommen. Das Sekretariat setzte auch diesen eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014, welche sie einigen Gesuchsgegnern bis zum 24. März 2014 bzw. bis zum 19. Mai 2014 erstreckte. Im gleichen Schreiben teilte das Sekretariat den Gesuchsgegnern mit, dass es – soweit die geplante Offenlegung gewisser Passagen der WEKO-Verfügung Daten von Drittunternehmen enthalte – die davon betroffenen Drittunternehmen vor dem Erlass der vorliegenden Endverfügung anhöre. Zu diesem Zweck sei es aber nötig, den betroffenen Drittunternehmen ebenfalls Teile der Verfügung offenzulegen.

6. [Der Gesuchsteller] teilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 12. Februar 2014 mit, dass er an seinen Anträgen vollumfänglich festhalte. Er ersuchte zudem um grösstmögliche Beachtung seiner Interessen an einem wirksamen Wettbewerb und einem funktionierenden Beschaffungswesen, da es letztlich um eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gehe. Schliesslich wies er darauf hin, dass aus seiner Sicht ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 49a KG (Schutz des Instituts der Selbstanzeige) die Einsichtnahme in die WEKO-Verfügung auf jeden Fall unverzichtbar sei.

7. Von Seiten der Gesuchsgegner sind sieben Stellungnahmen eingegangen (die übrigen Gesuchsgegner verzichteten auf eine Stellungnahme). Fünf Stellungnahmen sprechen sich gegen eine Bekanntgabe der WEKO-Verfügung bzw. auch nur Teilen davon aus. Auf die hierzu vorgebrachten Argumente wird in den Erwägungen eingegangen. In zwei Stellungnahmen wird explizit das Einverständnis zum geplanten Vorgehen zum Ausdruck gebracht. Eine dieser Stellungnahmen ging von einem direkt

<sup>1</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>2</sup> D.h. 21 Parteien, von denen einige zum selben Unternehmen gehören (Mutter-Tochter-Gesellschaften).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Gegen drei Unternehmen wurde die Untersuchung ohne Folgen eingestellt (siehe Dispositiv der Verfügung; siehe dazu auch die Pressemitteilung der WEKO, abrufbar unter: [weko.admin.ch](http://weko.admin.ch) >Aktuell >Medieninformationen >Medienmitteilungen 2013 >Medieninformation vom 18.6.2013).

<sup>5</sup> RPW 2013/4, 524 ff., siehe insb. 570 mit Hinweis vor Rz 223, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

betroffenen Gesuchsgegner ein (d.h. die geplante Offenlegung betrifft ein Projekt, bei welchem sich dieser Gesuchsgegner an einer Abrede beteiligt hatte). Verschiedene Gesuchsgegner sprachen sich ausserdem gegen die geplante vorgängige Anhörung von Drittunternehmen aus.

8. Mit Schreiben vom 8. August 2014 teilte das Sekretariat den Gesuchsgegnern mit, dass es auf die Anhörung von Drittunternehmen verzichte. Es liess ihnen zudem die eingegangenen Stellungnahmen zukommen.

9. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## B. Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

10. Vorliegend geht es um die Behandlung eines Gesuches um Einsicht in Verfahrensakten eines Kartellverfahrens der WEKO nach Verfahrensabschluss und Rechtskraft. Die Wettbewerbsbehörden werden durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern gestützt auf den Umstand, dass sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe kommen aus Sicht [des Gesuchstellers] und der WEKO in Betracht:

- Art. 8 und 19 DS<sup>6</sup>
- Art. 6 BGÖ<sup>7</sup>
- Art. 29 Abs. 2 BV<sup>8</sup>
- Art. 44 Abs. 2 BV

11. Die Zuständigkeit der WEKO ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie die WEKO-Verfügung erlassen hat, womit sich das vom Gesuch betroffene Aktenstück in ihrem Archiv befindet. Ausserdem erlässt die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw. einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 4 Geschäftsreglement WEKO<sup>9</sup>). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.<sup>10</sup>

12. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt, ist dem KG keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig.

### B.2 Recht auf Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss

#### B.2.1 Gesetzliche Grundlagen für eine Bekanntgabe von Personendaten

##### B.2.1.1 BGÖ

##### Art. 6 BGÖ

13. [Der Gesuchsteller] stützt sich in seinem Gesuch unter anderem auf Art. 6 BGÖ. Zugangsgesuche gemäss BGÖ sehen ein eigenständiges Verfahren vor (Art. 10 ff. BGÖ), welches das Sekretariat bereits durchgeführt hat.

So hat es [dem Gesuchsteller] mit Schreiben vom 17. Januar 2014 mitgeteilt, dass das BGÖ aus seiner Sicht vorliegend nicht anwendbar sei. Gleichzeitig hat das Sekretariat [den Gesuchsteller] auf die 20-tägige Frist zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 13 BGÖ hingewiesen, worauf dieser verzichtet hat. Nachfolgend wird dennoch kurz dargelegt, weshalb das BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung kommt.

14. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für Strafverfahren, wodurch insbesondere die Verfahrensakten eines Strafverfahrens dem Anwendungsbereich des BGÖ entzogen sind. Die Botschaft vom 12. Februar 2003 zum BGÖ (nachfolgend: Botschaft BGÖ<sup>11</sup>) präzisiert diesbezüglich, dass unter Strafverfahren auch Verwaltungsstrafverfahren zu verstehen sind. Weiter hält die Botschaft BGÖ ausdrücklich fest, dass von dieser Bestimmung sowohl hängige wie auch abgeschlossene Verfahren erfasst werden.<sup>12</sup> Eine unterschiedslose Geltung sowohl für hängige als auch für abgeschlossene Verfahren ergibt sich nebst der ausdrücklichen Hervorhebung in der Botschaft BGÖ auch aus dem umfassend gehaltenen Wortlaut der Norm, welcher keine Einschränkung auf hängige Verfahren vorsieht (anders etwa als Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG dies tut).

15. Das Gesuch [des Gesuchstellers] betrifft die Endverfügung der im Betreff genannten Untersuchung, also einer kartellrechtlichen Untersuchung auf Anordnung einer Sanktion gemäss Art. 49a KG. Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat ein solches Verfahren einen „strafrechtlichen bzw. ‚strafrechtsähnlichen‘ [...] Charakter“, weshalb die in Art. 6 und 7 EMRK<sup>13</sup> für strafrechtliche Anklagen vorgesehenen Garantien darauf Anwendung finden.<sup>14</sup> An gleicher Stelle hält das Bundesgericht weiter fest, dass in einem solchen Untersuchungsverfahren auch die in Art. 30 und 32 BV verankerten Garantien anwendbar sind. Damit qualifiziert das Bundesgericht ein Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG als „Strafverfahren“ im Sinne der Bundesverfassung, trägt doch Art. 32 BV den Titel „Strafverfahren“. Dass in einem Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG in verfahrensrechtlicher Hinsicht aufgrund des Verweises in Art. 39 KG das

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

<sup>8</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>9</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 (SR 251.1).

<sup>10</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

<sup>11</sup> Vgl. Botschaft vom 12.2.2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 1963, 1989 Ziff. 2.1.3 (zitiert: Botschaft BGÖ).

<sup>12</sup> Botschaft BGÖ (Fn 11), 1989 Ziff. 2.1.3; anderer Ansicht RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Stämpfli Handkommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Brunner/Mader (Hrsg.), 2008, Art. 3 BGÖ N 12.

<sup>13</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

<sup>14</sup> BGE 139 I 72, 79 E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe*.

VwVG<sup>15</sup> und nicht etwa die StPO<sup>16</sup> oder die entsprechenden Normen des VStrR<sup>17</sup> einschlägig sind, vermochte diese bundesgerichtliche Beurteilung nicht zu beeinflussen. Schon nur aufgrund der Einheit der Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass ein Verfahren, welches vom Bundesgericht als „Strafverfahren“ gemäss Art. 32 BV qualifiziert wird, eben auch als „Strafverfahren“ gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zu qualifizieren ist. Die Unterlagen, zu welchen [der Gesuchsteller] Zugang verlangt, sind somit vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Das BGÖ kommt vorliegend nicht zur Anwendung.

16. Selbst wenn das BGÖ aber zur Anwendung käme, hätte dies auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keinen Einfluss. Denn einerseits wäre eine Offenlegung von Personendaten nur gestützt auf eine Interessenabwägung möglich (a). Zudem wäre zu prüfen, ob einer Offenlegung bestimmter Dokumente nicht die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b, g und h entgegenstehen (b).

17. a) Interessenabwägung gestützt auf das BGÖ: Die Verfügung, in welche [der Gesuchsteller] Einsicht begehrt, enthält Personendaten, weshalb Art. 9 BGÖ zur Anwendung käme. Was unter Personendaten im Einzelnen zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 3 Bst. a DSGVO. Es sind „alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen“, m.a.W. ist dies ein sehr weiter Begriff, der eine grosse Anzahl von Angaben erfasst. In Anbetracht der Qualität der betroffenen Personendaten und der mit deren Zugänglichmachung verbundenen Beeinträchtigung der Privatsphäre der involvierten Bauunternehmen sowie natürlichen Personen bestünde hinsichtlich dieser Personendaten grundsätzlich eine Anonymisierungspflicht (Art. 9 Abs. 1 DSGVO).

18. [Der Gesuchsteller] möchte allerdings vor allem Kenntnis der konkret von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen (inkl. der involvierten Bauunternehmen) haben und insbesondere wissen, ob und gegebenenfalls welche seiner Ausschreibungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen waren. Diesem Anliegen wäre nur mit Einsicht in die nicht anonymisierten Akten gedient, weshalb eine Anonymisierung letztlich – trotz grundsätzlich bestehender Anonymisierungspflicht – nicht möglich wäre. Vorzugehen wäre daher gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 DSGVO. Insbesondere wäre eine Interessenabwägung vorzunehmen, wie sie nachfolgend gestützt auf Art. 19 DSGVO vorgenommen wird. Im Rahmen der Interessenabwägung gemäss BGÖ wäre jedoch zusätzlich der Grundsatz des gleichen Zugangs zu einem amtlichen Dokument für jede Person zu berücksichtigen (Art. 2 VBGÖ<sup>18</sup>).

19. b) Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b, g und h: Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Der Bezug auf „konkrete“ Massnahmen bedeutet nicht, dass ein individueller Einzelfall betroffen sein muss. Es kann auch ausreichen, dass eine allgemeine Vorgehensweise einer Behörde bekannt wird.<sup>19</sup> Die Offenlegung der Wettbewerbsbehörden von Dokumenten aus Selbstanzeigen (siehe dazu Rz 145

ff.) wäre eine solche Vorgehensweise. Sie würde den Erfolg des Instituts Selbstanzeige gefährden, sodass Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gegen ein solches Vorgehen spricht. Zum gleichen Ergebnis kommt im Übrigen der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Anwendung der dem BGÖ weitgehend entsprechenden<sup>20</sup> EU-Transparenzverordnung<sup>21</sup> auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Europäischen Kartellbehörde.<sup>22</sup>

20. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wären zudem sämtliche Geschäftsgeheimnisse aus den Dokumenten zu entfernen, die zugänglich zu machen wären.

21. Der Zugang zu Informationen wäre schliesslich gänzlich zu verweigern, sofern diese den Wettbewerbsbehörden freiwillig übermittelt wurden und soweit die Wettbewerbsbehörden die Geheimhaltung zugesichert haben (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Dies wäre namentlich bei den von einer Selbstanzeigerin gelieferten Informationen der Fall, hinsichtlich welcher die Wettbewerbsbehörden eine Geheimhaltung zusicherten. Dies würde eine entsprechende Schwärzung der fraglichen Informationen in der Verfügung bedingen.

22. [Der Gesuchsteller] hat sich zur Einschätzung bezüglich der Anwendung des BGÖ nicht vernehmen lassen. Er hat die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens nicht wahrgenommen. Die Gesuchsgegner sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung des BGÖ äussern.

23. Zusammenfassend ergibt sich, dass das BGÖ auf den Zugang zu Dokumenten aus der Untersuchung 22-0384 nicht anwendbar ist.

### B.2.1.2 DSG

#### Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSG

24. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSG). Den letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG<sup>23</sup> erwähnten Behörden zuzuordnen.<sup>24</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen sind auch die Wettbewerbsbehörden zu zählen,<sup>25</sup> sodass die WEKO das DSG anzuwenden hat.

<sup>15</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>16</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

<sup>17</sup> Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

<sup>18</sup> Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31).

<sup>19</sup> URS STEIMEN, in: Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 7 BGÖ N 20 (zitiert: BSK DSG-AUTOR).

<sup>20</sup> Siehe hierzu: Botschaft BGÖ (Fn 11), 2041 Ziff. 5.2.2.

<sup>21</sup> Siehe insb. Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1049/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. L 145/43.

<sup>22</sup> Urteil des EUGH vom 27.2.2014 C-365/12 P (Urteil EnBW).

<sup>23</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>24</sup> BSK DSG-URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, Art. 2 DSG N 13 (Fn 19).

<sup>25</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 10), Art. 19 KG N 5.

25. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSGVO). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche wie auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSGVO). Die in die aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen (wie z.B. das Treffen von Abreden). Ob die Angaben über die öffentlich-rechtlichen Auftraggeber ebenfalls Daten bzw. Personendaten im genannten Sinne darstellen, wird unter dem Titel von Art. 8 DSGVO erörtert.

26. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSGVO). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wie z.B. das Einsichtgewähren. Die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung bzw. von Teilen daraus an [den Gesuchsteller] stellt eine solche Bekanntgabe dar.

27. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSGVO ist nicht ersichtlich. Das DSGVO ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar.

#### Art. 8 DSGVO

28. Gemäss Art. 8 DSGVO kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Angaben zur eigenen Person und kommt daher als Rechtsgrundlage ohnehin nur für das Eventual- sowie das Subeventualbegehren [des Gesuchstellers] in Betracht (also die Bekanntgabe von Projektinformationen, welche [den Gesuchsteller] als Beschaffungsstelle bzw. Auftraggeber betreffen).

29. Es stellt sich vorliegend die grundsätzliche Frage, ob sich [der Gesuchsteller] und damit eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft auf Art. 8 DSGVO berufen kann, soweit es wie hier um eine behördliche Datenbearbeitung (also nicht um eine private Datenbearbeitung) geht. Wie erwähnt regelt das DSGVO auch die Bearbeitung von Daten juristischer Personen. Eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ist nun unstrittig eine juristische Person. Die Botschaft vom 23. März 1988 zum DSGVO (nachfolgend: Botschaft DSGVO<sup>26</sup>) geht daher undifferenziert – ohne Unterscheidung zwischen privater und behördlicher Datenbearbeitung – davon aus, die Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten werde durch das DSGVO geregelt.<sup>27</sup> Die Lehre folgt dem,<sup>28</sup> allerdings ohne weitergehende Ausführungen oder Überlegungen dazu anzufügen.

30. Unberücksichtigt bleibt bei einem solchen Verständnis jedoch Sinn und Zweck des DSGVO, jedenfalls soweit es – wie hier – um eine behördliche Datenbearbeitung geht. Gemäss seinem Art. 1 bezweckt das DSGVO nämlich „(...) den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden“. Im Vernehmlassungsverfahren war vor diesem Hintergrund – sowohl die private als auch die behördliche Datenbearbeitung betreffend – umstritten, ob das DSGVO überhaupt für Daten juristischer Personen gelten soll. Soweit die behördliche Datenbearbeitung betreffend wird die Geltung auch für Daten juristischer Personen in der Botschaft wie

folgt begründet: „Auch gegenüber behördlicher Datenbearbeitung soll den juristischen Personen der Datenschutz in vollem Umfange zugutekommen, wiewohl juristische Personen sich nach vorherrschender Lehre nicht auf alle für den Datenschutz im öffentlichen Bereich massgeblichen Grundrechte berufen können, namentlich nicht auf die persönliche Freiheit. Weil aber im Bereich des Datenschutzes natürliche und juristische Personen sehr ähnliche Schutzbedürfnisse haben, muss sich eine juristische Person im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung auch auf die persönliche Freiheit berufen können. Da zudem andere für den Datenschutz massgebliche verfassungsrechtliche Maximen wie das Gesetzmässigkeits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip unbestrittenemassen auch juristische Personen schützen, drängt sich insgesamt eine differenzierte Regelung für natürliche und juristische Personen auch im öffentlichen Bereich nicht auf.“<sup>29</sup>

31. Wie diese Ausführungen zeigen, fusst die Regelung behördlicher Datenbearbeitung im DSGVO auf grundrechtlichen Überlegungen. Besonders deutlich wird diese grundrechtliche Abstützung auch aus weiteren Ausführungen in der Botschaft DSGVO zur Datenbearbeitung im öffentlichen Recht.<sup>30</sup> Bestätigt wird dies schliesslich durch die ausdrückliche Nennung des Schutzes der Grundrechte im Zweckartikel des DSGVO, der „Leitlinie für die Auslegung der einzelnen Datenschutzbestimmungen“<sup>31</sup> ist.

32. Grundrechte schützen Individuen vor staatlichem Handeln; entsprechend binden sie Inhaber staatlicher Gewalt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie [der Gesuchsteller] eine ist) sind also grundrechtsverpflichtet. Selber Träger von Grundrechten können juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nur ganz ausnahmsweise sein, namentlich dann, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch einen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen sind, wenn es um die Gemeindeautonomie geht oder bei öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften um die Religionsfreiheit.<sup>32</sup> Bei vorliegender Konstellation – der behördlichen Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten (und damit insbesondere der informationellen Selbstbestimmung) – handelt es sich um keinen dieser Ausnahmefälle.

33. Aus dem Gesagten lässt sich folgern, dass [dem Gesuchsteller] als öffentlich-rechtlicher Körperschaft in der hier konkret gegebenen Situation einer behördlichen Bearbeitung seiner Daten – dem Sinn und Zweck des DSGVO

<sup>26</sup> Botschaft vom 23.3.1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II 413 (zitiert: Botschaft DSGVO).

<sup>27</sup> Botschaft DSGVO (Fn 26), 438 ff. Ziff. 221.1.

<sup>28</sup> DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), 2008, Art. 2 DSGVO N 6 und 10 (als Beispiele Kantonalbanken und öffentlich-rechtliche Spitäler nennend; zitiert: Handkommentar DSGVO-Autor); BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 2 DSGVO N 7 (Fn 19); BSK DSGVO-BLECHTA, Art. 3 DSGVO N 23 (Fn 19); BSK DSGVO-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSGVO N 6 (Fn 19); PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, Rz. 459.

<sup>29</sup> Botschaft DSGVO (Fn 26), 439 f. Ziff. 221.1.

<sup>30</sup> Botschaft DSGVO (Fn 26), 419 Ziff. 114.2, 434 Ziff. 213.3 und 438 Ziff. 221.1.

<sup>31</sup> So Botschaft DSGVO (Fn 26), 438 Ziff. 221.

<sup>32</sup> Statt anderer BGE 121 I 218, 220 E. 2.a m.w.H., resp. BGE 108 Ia 82, 85 E. 1.b.

entsprechend und damit aufgrund teleologischer Reduktion – eine Berufung auf Art. 8 DSG versagt bleibt.

34. Selbst wenn sich [der Gesuchsteller] entgegen der hier vertretenen Auffassung in einer Situation wie der vorliegenden grundsätzlich auf Art. 8 DSG sollte berufen können, bleibt zumindest fraglich, ob hier in Anbetracht der mit Art. 8 DSG verfolgten Anliegen gestützt auf diese Norm Auskunft erteilt werden könnte. Das Bundesgericht hält zu Art. 8 DSG fest: „Das Datenschutzgesetz dient dem Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). In Übereinstimmung mit dieser Zwecksetzung gilt das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG primär als Institut zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes (...). Es ermöglicht der betroffenen Person, die über sie in einer Datensammlung eines Dritten bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie Beschaffung der Daten mit rechtmässigen Mitteln und nicht in gegen Treu und Glauben verstossender Weise oder Gewährleistung der Richtigkeit der Daten und der Verhältnismässigkeit ihrer Bearbeitung, in der Rechtswirklichkeit zu überprüfen und durchzusetzen (...).“<sup>33</sup>

35. Im Gesuch vom 27. September 2013 führt [der Gesuchsteller] die von ihm mit einer Einsichtnahme verfolgten Interessen näher aus. Dass es ihm dabei um die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Bearbeitung allfälliger ihn betreffender Daten durch die Wettbewerbsbehörden ginge, macht er selber nicht geltend, was im Übrigen auch in Übereinstimmung mit dem Hauptantrag steht. Es erscheint daher zumindest fraglich, ob die mit dem Einsichtsgesuch verfolgten Interessen aus rein datenschutzrechtlicher Sicht schutzwürdig wären (womit im Übrigen keineswegs die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der [vom Gesuchsteller] verfolgten Interessen in Frage gestellt werden soll) oder ob damit nicht vielmehr Art. 8 DSG zweckentfremdet in Anspruch genommen würde.<sup>34</sup> Abschliessend geklärt zu werden braucht dies jedoch nicht, da die WEKO Art. 8 DSG gar nicht als anwendbar erachtet.

36. Zu beachten wäre ferner, dass mit einer Bekanntgabe allfälliger [den Gesuchsteller] betreffender Daten in casu unweigerlich immer auch eine Bekanntgabe von Personendaten Dritter verbunden wäre. Denn die allfälligen [den Gesuchsteller] betreffenden Daten bezögen sich regelmässig auf konkrete Beschaffungen, bei welchen er die zuständige Beschaffungsstelle war. Bereits aus der blossen Nennung des Projektnamens einer [vom Gesuchsteller] durchgeführten Ausschreibung wären für ihn unter anderem ohne Weiteres die Baugesellschaften erschliessbar, die Offerten einreichten. Dabei handelt es sich um Personendaten (Art. 3 Bst. a DSG) der Baugesellschaften, welche [dem Gesuchsteller] gegenüber – mit einer Bekanntgabe allfälliger ihn betreffender Daten untrennbar verbunden – bekanntgegeben würden. Diese Konstellation erfordert in jedem Fall eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG, ferner Art. 9 Abs. 2 Bst. a DSG). Eine Interessenabwägung ist aber auch bei den nachfolgend als anwendbar betrachteten gesetzlichen Grundlagen vorzunehmen. Hinsichtlich dieser vorzunehmenden Interessenabwägung sei daher auf die nachfolgenden Ausführungen unter dem entsprechenden Titel verwiesen.

37. [Der Gesuchsteller] hat sich zur Einschätzung bezüglich Art. 8 DSG nicht vernehmen lassen. Die Gesuchsgegner sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung von Art. 8 DSG äussern.

38. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 8 DSG auf das vorliegende Gesuch nicht anwendbar ist, soweit sich mit [dem Gesuchsteller] eine öffentlich-rechtliche Körperschaft darauf beruft.

#### Art. 19 DSG

39. Art. 19 DSG sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekannt gegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSG besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

40. Ebenfalls in Frage kommt eine Bekanntgabe, wenn die Voraussetzungen von Abs. 1<sup>bis</sup> dieser Bestimmung erfüllt sind. Für die WEKO ist keine spezifische gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSG ersichtlich. Eine solche wird [vom Gesuchsteller] auch nicht genannt; auch in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2014 zur ersten Einschätzung der Rechtslage durch das Sekretariat nicht. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob eine der in Art. 19 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> DSG aufgeführten Voraussetzungen gegeben ist.

41. In Frage kommen vorliegend insbesondere Bst. a und d von Art. 19 Abs. 1 DSG. Bst. b (Einwilligung der betroffenen Person) kommt nicht in Betracht. Nur ein Gesuchsgegner ist damit einverstanden, dass seine Personendaten (wozu insbesondere seine Teilnahme an einer Absprache gehört) im geplanten Sinne bekanntgegeben werden. Damit die Bekanntgabe eines konkreten Projektes aber in Frage kommt, ist es notwendig, dass sämtliche Abredeteilnehmer eines Projektes der Bekanntgabe zustimmen. Vorliegend liegt kein solcher Fall vor. Diverse Abredeteilnehmer haben sich vielmehr explizit dagegen ausgesprochen, dass ihre Personendaten bekanntgegeben werden.

42. Allgemein zugänglich gemacht haben die Parteien die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden nicht,

<sup>33</sup> BGE 138 III 425 E. 5.3.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu BGE 138 III 425 E. 5.4 ff.

weshalb Bst. c ebenfalls nicht greift. Da es weder um eine aktive Information seitens der Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGÖ geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO ausser Betracht.

43. Ein Gesuchsgegner wendet gegenüber der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 DSGVO ein, dass dieser Absatz als Kann-Vorschrift ausgestaltet sei und somit in keinem Fall eine Pflicht der Wettbewerbsbehörden generiere, Informationen bekanntzugeben.

44. Diesem Vorbringen ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Kann-Vorschrift bringt nichts anderes als ein sogenanntes Entschliessungsinteresse zum Ausdruck.<sup>35</sup> Dieses Ermessen hat die WEKO aber pflichtgemäss auszuüben, wobei sie dabei insbesondere auch auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu achten hat,<sup>36</sup> was die WEKO in den vorliegenden Erwägungen tut.

45. Derselbe Gesuchsgegner erachtet die Anwendung des DSGVO zudem im Allgemeinen (und damit auch die Anwendung von Art. 19 DSGVO) grundsätzlich für ausgeschlossen, weil vorliegend ein Gemeinwesen eine Datenbekanntgabe beantrage. Da das DSGVO eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung darstelle, könne ein Gemeinwesen von vornherein keine Auskunftsansprüche aus dem DSGVO geltend machen.

46. Diese Einschätzung ist insofern nicht zutreffend, als Art. 8 DSGVO die eigentliche Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt. Art. 8 DSGVO gibt einer Person Einsichtsrechte in eigene Personendaten. Wie oben dargelegt, kann sich ein Gemeinwesen aus Sicht der WEKO nicht auf diese Bestimmung berufen (siehe dazu die Ausführungen in Rz 29 ff.). Art. 19 DSGVO dagegen behandelt die Möglichkeit, unter gewissen Umständen in Personendaten anderer Einsicht zu nehmen. Damit ist auch – im Sinne der informationellen Selbstbestimmung – ein Schutz dieser Personendaten verbunden. Auf diesen Schutz kann sich aber nicht [der Gesuchsteller] berufen (was er auch nicht tut), sondern die Person, die sich gegen eine Einsichtnahme zur Wehr setzt (d.h. die Gesuchsgegner). Die Hinweise zur informationellen Selbstbestimmung stehen einer Anwendung von Art. 19 DSGVO also nicht grundsätzlich im Weg.

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO

47. Bei Bst. a handelt es sich um eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung.<sup>37</sup> Dass [der Gesuchsteller] als öffentlich-rechtliche Körperschaft gesetzliche Aufgaben erfüllt und damit als Empfänger der Daten in Frage kommt, ist evident. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Daten für die Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben unentbehrlich sind. In seinem Gesuch führt [der Gesuchsteller] drei Anliegen an, welche er mit einer Einsichtnahme verfolgt: 1) Die Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung des Vergabeverfahrens und dessen Kontrollmechanismen, 2) die vergaberechtliche Sanktionierung von Abredeteilnehmern (gestützt auf § 28 Bst. e SubmV ZH<sup>38</sup>) und 3) die Durchsetzung allfälliger Zivilansprüche gegen Abredeteilnehmer. Die hinter dem dritten Anliegen stehende gesetzliche Aufgabe dürfte im schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln liegen.

48. Für das erste Anliegen dürfte eine Einsichtnahme in die ungeschwärtzten Angaben der WEKO-Verfügung entbehrlich sein. Soweit Vergabeverfahren durch übergeordnetes Recht verbindlich geregelt sind (z.B. durch das GATT-Übereinkommen<sup>39</sup> oder die IVöB<sup>40</sup>), ist eine individuelle Anpassung [...] von vornherein nicht möglich. Ferner erscheint eine Kenntnis aller konkret von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen für die Vornahme dieser Überprüfungsarbeiten nicht erforderlich. Denn die hierfür hilfreichen Angaben dürften bereits in der publizierten Version der Verfügung ersichtlich sein.<sup>41</sup> Die geschwärtzten Passagen enthalten demgegenüber keine Ausführungen, welche in dieser Hinsicht weiterführend sein könnten.

49. [Der Gesuchsteller] äussert sich nicht zu dieser Analyse der Erforderlichkeit. Die Gesuchsgegner teilen die vorgenommene Einschätzung soweit sie sich dazu äussern.

50. Für das zweite Anliegen erachtet die WEKO den [vom Gesuchsteller] vorgebrachten § 28 Bst. e SubmV ZH<sup>42</sup> für allfällige vergaberechtliche Sanktionen nicht als einschlägig. Dieser ermöglichte lediglich den Ausschluss von einem konkreten Ausschreibungsverfahren, das von einer unzulässigen Abrede betroffenen ist, und kann nicht als Grundlage für Ausschlüsse in anderen Verfahren dienen.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Siehe dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, 203 (zitiert: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER).

<sup>36</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 35), 204.

<sup>37</sup> Siehe etwa BSK DSGVO-EHRENSPERGER (Fn 19), Art. 19 DSGVO N 7.

<sup>38</sup> Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23.7.2003 (LS 720.11).

<sup>39</sup> Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 (SR 0.632.231.422).

<sup>40</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001 (für den Kanton Zürich publiziert im Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.9.2003 (BeitrittsG IVöB; LS 720.1)).

<sup>41</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, siehe insbesondere

- Rz 146 ff., wonach die Schaffung eines über die vergaberechtlichen Minimalvorschriften hinausgehenden Wettbewerbs, etwa durch Einholung mehrerer Offerten in einem freihändigen Verfahren, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht begrüssenswert ist,
- Rz 185 ff. bezüglich „faktischem Zwang“ für die Bauunternehmen zur Einreichung einer Offerte, wenn sie hierzu eingeladen werden,
- Rz 309 (vgl. auch Rz. 330) betreffend Ausführungen der Selbstanzeigerin zum Treffen von Submissionsabsprachen und solche begünstigenden Umständen im Allgemeinen,
- Rz 401 und 403 bezüglich (absprachebegünstigender) Weiterleitung eines Eigendevis im Auftrage des Bauherrn durch ein Bauunternehmen an ein Konkurrenzunternehmen,
- Rz 665 ff. bezüglich Zusammenwirken verschiedener Bauunternehmen auf Anregung der Beschaffungsstelle, damit diese der äusseren Form nach die vergaberechtlichen Vorschriften eines Einladungsverfahrens hätte einhalten können, wäre dieses aufgrund der Vergabesumme zur Anwendung gelangt, wobei letztlich eine freihändige Vergabe möglich war, sowie
- Rz 846 bezüglich überwiegend von Abreden betroffener Vergabeverfahren.

<sup>42</sup> In der seit 1.1.2004 gültigen Fassung (Offizielle Sammlung des Kantons Zürich [OS] 58, 351); § 28 wurde am 14.3.2012 per 1.1.2013 aufgehoben (OS 68, 371) und durch § 4a des BeitrittsG IVöB ersetzt, welcher nach wie vor lediglich Ausschlüsse aus laufenden Verfahren vorsieht.

<sup>43</sup> Siehe dazu Urteil VB.2009.00369 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10.2.2010, E. 4.3.



51. Als Grundlage für eine vergaberechtliche Sanktion kommt § 4b BeitrittsG IVöB ZH<sup>44</sup> in Betracht. Dieser sieht als Sanktionsmöglichkeiten eine Verwarnung oder den Ausschluss von künftigen Vergaben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren vor. Allerdings ist diese Bestimmung erst am 1. Dezember 2013 in Kraft getreten. Insbesondere der Ausschluss von künftigen Verfahren auf die in Frage stehenden, in der Vergangenheit liegenden Verfehlungen erscheint in Anbetracht des pönalen Charakters eines vergaberechtlichen Ausschlusses von künftigen Ausschreibungen<sup>45</sup> nicht als zulässig, da es das Rückwirkungsverbot zu beachten gilt.

52. Bis zum 31. Dezember 2012 galt mit § 40 SubmV ZH eine vergleichbare Bestimmung auf Verordnungsstufe. Diese sah eine Verwarnung, den Widerruf des erteilten Zuschlags sowie den Ausschluss von künftigen Vergaben für die Dauer von bis zu fünf Jahren vor. Bezüglich des Ausschlusses von künftigen Vergabeverfahren hatte nun aber das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschieden, dass § 40 hierfür ebensowenig wie Art. 19 Abs. 2 IVöB eine ausreichende gesetzliche Grundlage biete.<sup>46</sup> Dieses Urteil dürfte denn auch der Grund für die Einführung von § 4b BeitrittsG IVöB ZH und damit einer vergleichbaren Regel auf Gesetzesstufe gewesen sein.

53. Zur Sanktion des Widerrufs ist zu sagen, dass ein solcher unabhängig von der Geltung von § 40 SubmV nicht in Betracht kommt. Denn zu widerrufen wäre der Zuschlag, wenn schon, bei allfälligen konkret von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Vergaben, was jedoch faktisch – aufgrund zwischenzeitlich bereits erfolgter Umsetzung der entsprechenden Arbeiten – nicht mehr möglich ist.

54. Zusammenfassend zeigt sich damit, dass eine Verwarnung die einzige vergaberechtliche Sanktionsmöglichkeit ist, welche [dem Gesuchsteller] nach Einschätzung der WEKO unter geltendem Recht hinsichtlich der fraglichen Handlungen zur Verfügung steht.

55. Bezüglich einer allfälligen Anordnung der Sanktionsmassnahme Verwarnung erscheint eine Einsichtnahme in die vollkommen ungeschwärzte Version der Verfügung nun aber entbehrlich: Sofern für das Aussprechen einer Verwarnung durch [den Gesuchsteller] [...] massgeblich sein sollten, können aus Sicht der WEKO die für einen entsprechenden Entscheid erforderlichen Angaben bereits der publizierten Version der Verfügung entnommen werden,<sup>47</sup> und zwar auch, soweit es um die Beurteilung der Verhältnismässigkeit geht. Sofern für das Aussprechen einer solchen Verwarnung durch [den Gesuchsteller] hingegen einzig diejenigen Verfehlungen massgeblich sein sollten, die bei Ausschreibungen begangen wurden, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war, wäre eine Einsichtnahme nur, aber immerhin, in diese spezifischen Projekte unentbehrlich, nicht jedoch in die gesamte Verfügung.

56. [Der Gesuchsteller] äussert sich nicht zu dieser Einschätzung seines zweiten Anliegens.

57. Die Gesuchsgegner bringen vor, dass [der Gesuchsteller] mit den erwähnten vergaberechtlichen Massnahmen widerrechtliche Ziele verfolge. Deshalb müsse ihm die Einsicht in die Verfügung verweigert werden. Zudem machen die Gesuchsgegner geltend, dass bezüglich

vergaberechtlicher Sanktionsmassnahmen in keinem Fall eine Erforderlichkeit bestehe, ohne dies allerdings näher zu begründen.

58. Zwar trifft es zu, dass einzelne der [vom Gesuchsteller] ins Spiel gebrachten vergaberechtlichen Massnahmen auch aus Sicht der WEKO nicht zulässig sein dürften. [Der Gesuchsteller] hat diese Einschätzung aber bereits mit dem Schreiben des Sekretariats vom 17. Januar 2013 zur Kenntnis nehmen können und dürfte die Zulässigkeit jeder Massnahme vor Erlass genau prüfen. Im Übrigen verfolgt [der Gesuchsteller] nicht nur Ziele, die aus Sicht der WEKO unzulässig sind, sondern auch Weitere, die eine Datenbekanntgabe durchaus rechtfertigen.

59. Für das dritte Anliegen erachtet die WEKO eine Einsichtnahme in die ungeschwärzte Version der WEKO-Verfügung insoweit als unentbehrlich, als es um Projekte geht, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind und bei welchem [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war. Denn in der Verfügung werden konkrete Projekte genannt, in welchen eine Beschaffungsstelle Opfer einer Kartellabrede war und gestützt darauf allenfalls zivilrechtliche Rechtsansprüche durchsetzen kann.

60. [Der Gesuchsteller] äussert sich nicht zu dieser Einschätzung. Die Gesuchsgegner bringen vor, dass eine auszugsweise Einsichtnahme in die Verfügung nicht zielführend sei, da die Verfügung zum Thema der Prüfung von Zivilforderungen keine Angaben enthalte. Worauf sich dieser Schluss stützt, wird aus der entsprechenden Stellungnahme allerdings nicht ersichtlich.

61. Ein Gesuchsgegner bringt weiter vor, dass die Amtshilfe nur in Bezug auf ein spezifisches erstinstanzliches, nichtstreitiges Verwaltungsverfahren [des Gesuchstellers] möglich sei. Für die Erreichung der [vom Gesuchsteller] vorgebrachten Ziele sei die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung entbehrlich. Die Verfolgung von Zivilforderungen stelle zudem gar keine Amtshandlung dar. [Der Gesuchsteller] bewege sich hierbei im Bereich des Privatrechts.

62. Die vom Gesuchsgegner zitierte Stelle in der Literatur nennt den Bezug zu einem erstinstanzlichen Verfahren lediglich als Beispiel.<sup>48</sup> Mit der Amtshilfe kann einer anderen Behörde aber zur Vornahme jeder Amtshandlung Hilfe geleistet werden. Und auch wenn die Einreichung einer Zivilklage durchaus einen privatrechtlichen Akt darstellen mag, so kann doch die Abklärung bzw. Geltend

<sup>44</sup> Siehe Fn 40.

<sup>45</sup> Urteil VB.2010.00284 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31.8.2010, E. 2.2.

<sup>46</sup> Urteil VB.2010.00284 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31.8.2010, E. 3.4.

<sup>47</sup> Aufgeschlüsselt nach Partei kann die in Bandbreiten angegebene Anzahl erfolgreicher Schutznahmen sowie die ebenfalls in Bandbreiten angegebene Anzahl anderweitiger kartellrechtswidriger Beteiligungen (insbesondere die Abgabe von Stützofferten) Rz 904 der WEKO-Verfügung entnommen werden. Das von eigenen erfolgreichen Schutznahmen betroffene Vergabevolumen ist – wiederum als Bandbreitenangabe – Rz 952 zu entnehmen. Schliesslich spiegelt sich die Schwere der Kartellrechtsverletzung auch im jeweiligen Sanktionsbetrag wider, dessen individuelle Berechnung je Partei sich in Rz 1014 findet.

<sup>48</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, 290 Rz 1258.

machung von Ansprüchen, gestützt auf die Pflicht zum haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln, als Amtshandlung qualifiziert werden.

63. Ein Gesuchsgegner weist weiter darauf hin, dass keine Auskunft erteilt werden dürfe, wenn andere Wege möglich seien, die gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen (auch wenn diese beschwerlich seien). Welche anderen Wege im vorliegenden Fall möglich wären, wird dabei allerdings nicht erklärt.

64. Die WEKO hält daran fest, dass die Unentbehrlichkeit der Einsicht für das dritte Anliegen besteht.

65. Ein Gesuchsgegner macht schliesslich geltend, dass die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG [dem Gesuchsteller] gegenüber Privatpersonen Vorteile verschaffen würde, weil sich eine Privatperson für die Durchsetzung von Zivilansprüchen nicht auf die Amtshilfe berufen könnte.

66. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass [der Gesuchsteller] mit seinem Gesuch auch das Ziel verfolgt, submissionsrechtliche Massnahmen zu prüfen (siehe zweites Anliegen unter Rz 50 ff.). Eine Privatperson könnte ein Einsichtsgesuch zudem gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG prüfen lassen.

67. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG für das erste Anliegen [des Gesuchstellers] nicht gegeben sind. Für sämtliche Projekte, bei welchen [der Gesuchsteller] nicht die zuständige Beschaffungsstelle war, entfällt Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG als Grundlage für eine Einsichtnahme auch bezüglich dem zweiten und dritten Anliegen. Soweit diese Projekte betreffend wird das Gesuch [des Gesuchstellers] abgewiesen.

68. Daraus folgt, dass bezüglich des zweiten und dritten Anliegens [des Gesuchstellers] die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a erfüllt sind, soweit es um die Teile der Verfügung geht, in welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war.

69. Eine Bekanntgabe ist allerdings nur möglich, wenn keine anderen Gesetzesbestimmung dagegensteht und soweit die vorzunehmende Interessenabwägung nicht dagegenspricht (siehe zu diesen Punkten die Ausführungen unter Rz ff. 97 bzw. Rz. 127 ff.).

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG

70. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG sieht zwei Varianten vor: Er ermöglicht die Bekanntgabe von Personendaten, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren.

71. In der Variante der Sperrung der Bekanntgabe (vgl. dazu Art. 20 DSG) kommt Bst. d vorliegend nicht in Betracht, da keine solchen Sperrungen vorliegen.

72. In der Variante der Verweigerung der Einwilligung ist die Anwendung von Bst. d allerdings näher zu prüfen. Diese Variante kann aber von vornherein nur Verfügungspassagen betreffen, in welchen [der Gesuchsteller] erwähnt wird.

73. Diverse Gesuchsgegner (sowohl Teilnehmer an einer Abrede zu Lasten [des Gesuchstellers] als auch Bauunternehmen, denen in der WEKO-Verfügung kein Fehlverhalten gegenüber [dem Gesuchsteller] nachgewiesen wird und deren Personendaten die WEKO somit gar nicht preisgegeben wird bzw. will) wehren sich gegen die Bekanntgabe von Personendaten aus der WEKO-Verfügung. Es ist naheliegend und damit glaubhaft, dass die Einwilligung gerade deshalb verweigert wird, um eine Inanspruchnahme durch die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Auftraggeber zu vermeiden.

74. Die Verweigerung einer Einwilligung zur Datenbekanntgabe, um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer Interessen zu verwehren, muss im Übrigen nicht der einzige mögliche Grund für die Verweigerung sein. Es können daneben noch andere Gründe bestehen. Da Bst. d ja gerade die Wahrnehmung von schutzwürdigen Interessen bzw. die Durchsetzung von Rechtsansprüchen ermöglichen soll, muss es ausreichen, wenn es naheliegend ist, dass dieser Grund in den Überlegungen der Person, die sich gegen die Bekanntgabe wehrt, eine wichtige Rolle spielt.

75. Mehrere Gesuchsgegner bringen vor, Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG sei nur einschlägig, wenn eine Einwilligung in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise verweigert werde. Es bestehe keine Rechtspflicht, die [vom Gesuchsteller] verlangten Daten herauszugeben, weshalb die Verweigerung der Herausgabe auch keinen Rechtsmissbrauch darstellen könne. Zudem sei Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG auf Fälle wie Zahlungsverweigerungen von bereits feststehenden Rechtspflichten wie z.B. Alimenten, Sozialversicherungsbeiträgen und Schulden zugeschnitten. Schliesslich beziehe sich Bst. d auf die Bekanntgabe von Personendaten der „betroffenen Person“. Diese bzw. ein spezifischer Einzelfall müsse in einem Gesuch gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG klar bezeichnet werden. Andernfalls liege eine „fishing expedition“ vor.

76. Diesen Einwänden kann nicht gefolgt werden. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG verlangt weder, dass eine Rechtspflicht zur Datenbekanntgabe besteht, noch dass ein Rechtsanspruch bereits feststeht. Ebensowenig schliesst Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG aus, dass sich diese Bestimmung neben den in der Literatur genannten Beispielen von Alimenten und sonstigen Schuldzahlungen auch auf Kartellzivilrechtsforderungen anwendet.

77. Auch der Bezug auf eine „betroffene Person“ steht der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG nicht entgegen. Mehrere Gesuchsgegner bezeichnen das Gesuch [des Gesuchstellers] als „fishing expedition“. Das Bundesgericht äusserte sich im Bereich des Amtshilfeverfahrens zu diesem Begriff: „Verboten sind reine Beweisausforschungen (‘fishing expeditions’). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen.“<sup>49</sup>

<sup>49</sup> BGE 128 II 407 E. 5.2.1.

78. Der fragliche Sachverhalt, zu welchem [der Gesuchsteller] die Bekanntgabe von Daten verlangt, ergibt sich aus dem Gesuch selbst, aber auch aus der publizierten Version der WEKO-Verfügung bzw. die hierzu ergangene Pressemitteilung der WEKO, auf die sich [der Gesuchsteller] zumindest implizit bezieht. In der publizierten Version der WEKO-Verfügung ist zudem ersichtlich, welche Unternehmen unzulässige Abreden getroffen haben bzw. sanktioniert wurden. Soweit es [dem Gesuchsteller] um die Prüfung von Zivilforderungen geht, bezieht sich sein Gesuch – auch ohne dass er dies explizit erwähnt – notwendigerweise auf diese Unternehmen. Das Gesuch [des Gesuchstellers] ist sodann in Bezug auf die herauszugebenden Beweismittel durchaus spezifiziert (verlangt wird die Herausgabe der Verfügung). Schliesslich gibt [der Gesuchsteller] auch die Gründe seines Ersuchens an. Als unzulässige reine Beweisausforschung kann sein Gesuch nicht bezeichnet werden.

79. Zwar trifft es zu, dass [der Gesuchsteller] die WEKO um die Herausgabe von Beweismitteln ersucht und damit unter anderem prüfen will, ob ihm Zivilansprüche gegen einzelne Verfügungsadressaten der WEKO-Verfügung zustehen. Er ersucht damit aber um nichts anderes als um Informationen, die in einem Strafverfahren jedem Privatkläger ohne Weiteres zur Verfügung stehen würden (konkret verlangt [der Gesuchsteller] die Verfügung bzw. Teile daraus, was im Strafverfahren dem Strafurteil entspricht).

80. Neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO ermöglicht somit auch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO eine Bekanntgabe von Daten der Gesuchsgegner an [den Gesuchsteller] (allerdings nur, soweit die bekanntzugebenden Verfügungspassagen Ausführungen [zum Gesuchsteller] enthalten).

81. Die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (vgl. Art. 4 DSGVO) sind auch bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 DSGVO zu beachten.<sup>50</sup> Dies setzt insbesondere voraus, dass die Bekanntgabe dem bei der Datenbeschaffung angegebenen, aus den Umständen ersichtlichen oder gesetzlich vorgesehenen Zweck entsprechen muss. Dieser Zweck muss sodann für die betroffene Person erkennbar gewesen sein.

82. Art. 19 Abs. 4 DSGVO regelt zudem, unter welchen Voraussetzungen von einer Bekanntgabe trotz gegebener Grundlage gemäss Abs. 1 oder 1<sup>bis</sup> von Art. 19 DSGVO gleichwohl abzusehen ist: dies einerseits, wenn aufgrund einer Interessenabwägung die Interessen an einer Nichtbekanntgabe überwiegen (Bst. a), oder andererseits, wenn entgegenstehende Bestimmungen es verlangen (Bst. b). Hinsichtlich Art. 4 DSGVO, der vorzunehmenden Interessenabwägung (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO) sowie einer allenfalls der Datenbekanntgabe entgegenstehenden Gesetzesbestimmung (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO) sei auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

### B.2.1.3 BV

#### Art. 29 Abs. 2 BV

83. Eine Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens<sup>51</sup> gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls eine Abwägung der involvierten, einander gegenüberstehenden Interessen voraus.<sup>52</sup> Insofern liegt eine Übereinstimmung mit Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO vor. Vom Bundesgericht

nicht erwähnt wird in diesem Zusammenhang hingegen das Bestehen einer entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift (vgl. dazu im datenschutzrechtlichen Kontext Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO wie auch Art. 9 Abs. 1 Bst. a DSGVO). Allerdings ist aufgrund der Einheit der Rechtsordnung davon auszugehen, dass dieser Vorbehalt auch hier gilt.

84. In Anbetracht der grundrechtlichen Ableitung dieses Einsichtsrechts ausserhalb eines hängigen Verfahrens kann sich eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft grundsätzlich nicht hierauf berufen. Zur Begründung sei auf die vorangehenden Ausführungen zu Art. 8 DSGVO verwiesen. Anderes gilt lediglich insoweit, als dass es um die Geltendmachung von Zivilansprüchen geht. Insofern handelt die öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft wie ein Privater. Dient die – von den betroffenen Personen verweigerte – Einsichtnahme in Personendaten der Durchsetzung von Rechtsansprüchen, wird Art. 29 Abs. 2 BV aus Sicht der WEKO allerdings durch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO auf Gesetzesstufe konkretisiert. Art. 29 Abs. 2 BV führt vorliegend zum selben Ergebnis wie die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO. Geht es also bei der Einsichtnahme um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen, hat Art. 29 Abs. 2 BV vorliegend keine eigenständige Bedeutung.

85. [Der Gesuchsteller] äussert sich nicht zur Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BV. Soweit sich die Gesuchsgegner zu Art. 29 Abs. 2 BV äussern, lehnen sie ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ab. Betont wird dabei, dass selbst wenn Art. 29 Abs. 2 BV zur Anwendung käme, [der Gesuchsteller] keine Einsichtsrechte daraus ableiten könnte, weil er kein schützenswertes Interesse glaubhaft machen könne.

86. Art. 29 Abs. 2 BV gewährt Ansprüche auf Akteneinsicht auch nach Verfahrensabschluss und dies sowohl gegenüber vom Verfahren Betroffenen als auch Dritten, sofern der Rechtssuchende ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.<sup>53</sup> Aus Sicht der WEKO kann sich [der Gesuchsteller] neben DSGVO-Ansprüchen zusätzlich auf Art. 29 Abs. 2 BV berufen. Die nachfolgende Prüfung der Interessenlage ergibt zudem, dass er sich dabei auf besonders schützenswerten Interessen berufen kann (Rz 127 ff.), sodass Art. 29 Abs. 2 BV zum selben Ergebnis wie die Anwendung der DSGVO-Normen führt.

#### Art. 44 Abs. 2 BV

87. Gemäss Art. 44 Abs. 2 BV zweiter Satz leisten Bund und Kantone einander Amts- und Rechtshilfe. In der Literatur wird dazu die Frage aufgeworfen (jedoch nicht beantwortet), ob unmittelbar gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BV Amtshilfe vom Bund an die Kantone „ohne konkretisierendes Gesetz erfolgen“ darf.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Siehe z.B. Handkommentar DSGVO-JÖHRI (Fn 28), Art. 19 DSGVO N 13.

<sup>51</sup> Siehe dazu GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2008, Art. 29 N 29 (zitiert: Kommentar BV-AUTOR).

<sup>52</sup> Vgl. BGE 129 I 249 E. 5.

<sup>53</sup> BGE 129 I 249, 253 E. 3; siehe auch Bundesgerichtsentscheid 1P.240/2002 vom 18.10.2002, E. 3.1.

<sup>54</sup> So Kommentar BV-KNAPP/SCHWEIZER (Fn 51), Art. 44 BV N 25.

88. Mit Art. 19 Abs. 1 DSG, insbesondere Bst. a, besteht eine Bestimmung auf Gesetzesstufe, welche die Voraussetzungen der Amtshilfe (unter anderem vom Bund an die Kantone) weiter konkretisiert, soweit es um die Bekanntgabe von Personendaten geht. Art. 44 Abs. 2 BV kann aus Sicht der verfügenden Behörde bei Betroffenheit von Personendaten keine über Art. 19 DSG hinausgehende resp. inhaltlich davon abweichende Ermächtigung zur Leistung von Amtshilfe des Bundes gegenüber den Kantonen entnommen werden. Vielmehr regelt Art. 19 DSG diesfalls die Voraussetzungen umfassend, weshalb Art. 44 Abs. 2 BV insofern keine eigenständige Bedeutung hat.

89. [Der Gesuchsteller] äussert sich nicht zur Erforderlichkeit. Soweit sich die Gesuchsgegner zu Art. 44 Abs. 2 BV äussern, lehnen sie ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BV ab.

90. Gestützt auf das Gesagte ergibt sich demnach, dass Art. 44 Abs. 2 BV vorliegend nicht zur Anwendung gelangt.

#### **B.2.1.4 Zusammenfassung zu den gesetzlichen Grundlagen**

91. Aufgrund des grundrechtlichen Charakters von Art. 8 DSG und Art. 29 Abs. 2 BV kann sich [der Gesuchsteller] als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft aus Sicht der WEKO weder auf die eine noch die andere Bestimmung berufen. Soweit es um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen geht und er insofern wie ein Privater handelt, hat Art. 29 Abs. 2 BV in vorliegendem Zusammenhang neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a und d DSG keine weitergehende Bedeutung und führt zum selben Ergebnis.

92. Art. 44 Abs. 2 BV hat in vorliegendem Zusammenhang neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG keine eigenständige, weitergehende Bedeutung.

93. Auch Art. 6 BGÖ bildet keine Grundlage für die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung oder von Teilen daraus. Ein Verfahren gemäss Art. 49a KG stellt ein Strafverfahren im Sinne des BGÖ dar, sodass das BGÖ auf die entsprechenden Verfahrensakten keine Anwendung findet.

94. Als Grundlage für eine Einsichtnahme anerkennt die WEKO jedoch die allgemeine Amtshilfenorm von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, ebenso Bst. d derselben Bestimmung.

95. Als Rechtsgrundlage können diese Bestimmungen allerdings nur insoweit dienen, als es um die Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen geht, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war. Damit steht bereits an dieser Stelle fest, dass das Gesuch [des Gesuchstellers] abzuweisen ist, soweit er die Bekanntgabe von darüber hinausgehenden Informationen verlangt.

96. Nachfolgend wird dargelegt, weshalb vorliegend keine Gesetzesbestimmung der Bekanntgabe entgegensteht und weshalb auch die Voraussetzungen von Art. 4 DSG erfüllt sind.

#### **B.2.2 Entgegenstehende Gesetzesbestimmungen**

97. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG schliesst eine Bekanntgabe von Personendaten aus, wenn solches in einem Gesetz

vorgesehen ist. Art. 25 Abs. 1 KG hält fest, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren. Abs. 2 hält weiter fest, dass sie „Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten“ dürfen. Abs. 3 von Art. 25 KG führt aus, dass dem Preisüberwacher von den Wettbewerbsbehörden diejenigen Daten weitergegeben werden dürfen, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.

98. Ein überwiegender Teil der Lehre leitet aus dem Zusammenspiel dieser drei Absätze ab, dass eine Weitergabe von Informationen durch die Wettbewerbsbehörden an andere Behörden vollständig ausgeschlossen ist, dies mit Ausnahme des in Abs. 3 ausdrücklich genannten Preisüberwachers.<sup>55</sup> Abs. 2 wird von diesem Teil der Lehre also als generelles Verbot der Gewährung von Amts- und Rechtshilfe verstanden,<sup>56</sup> Abs. 3 als Ausnahme davon. Ein Autor sieht den Zweck von Abs. 3 demgegenüber darin, die Weitergabe von Informationen an den Preisüberwacher und deren Verwendung in dessen eigenen Verfahren an Voraussetzungen zu knüpfen, was deshalb erforderlich ist, weil der Preisüberwacher an den Sitzungen der Wettbewerbskommission mit beratender Stimme teilnimmt und er andernfalls die daraus gewonnenen Erkenntnisse ohne Weiteres (also voraussetzungslos) selber verwenden könnte. Weder von Abs. 2 noch von Abs. 3 geregelt wird nach dieser Ansicht aber die Amts- oder Rechtshilfeleistung an andere Behörden oder Gerichte. Entsprechend ist dieser Autor der Ansicht, eine generelle Verweigerung der Aktenevidenz gegenüber Verwaltungsbehörden der Kantone und des Bundes lasse sich nur in krassen Fällen rechtfertigen; grundsätzlich dürfte es vielmehr genügen, wenn den Schutzanliegen des Amtsgeheimnisses durch geeignete Schutzmassnahmen Rechnung getragen würde.<sup>57</sup> Das Verhältnis zwischen Art. 25 KG und Art. 19 DSG wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich oder vertieft behandelt.

<sup>55</sup> So etwa BSK KG-BANGERTER (Fn 10), Art. 25 KG N 36; URS ZENHÄUSERN, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 25 KG N 10; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, Rz 3.97; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 25 KG N 31 ff., der allerdings eine Entbindung vom Amtsgeheimnis bei Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen gemäss Art. 320 Abs. 2 StGB durch die Aufsichtsbehörde als zulässig erachtet (womit aber unbeantwortet bleibt, gestützt auf welche Norm eine solche Amtshilfe oder Datenbekanntgabe geleistet werden könnte, denn Art. 320 Abs. 2 StGB als straffatbestandsbezogene Vorschrift kann hierfür nicht die Grundlage sein, sondern nur, aber immerhin, die konkret handelnde natürliche Person von der Strafdrohung gemäss Art. 320 Abs. 1 StGB befreien).

<sup>56</sup> Mangels Relevanz in casu braucht hier nicht auf den Meinungsstreit eingegangen zu werden, ob Art. 25 Abs. 2 KG die Verwendung von in einem Verfahren der Wettbewerbsbehörden gewonnenen Erkenntnissen in anderen Verfahren der Wettbewerbsbehörden ausschliesst oder nicht.

<sup>57</sup> JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., 2011, N. 9 ff., insbesondere Art. 25 KG N 11.

99. Die Botschaft zum KG<sup>58</sup> hält zu Art. 25 KG fest: „Wie bereits im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im zivilrechtlichen Verfahren ausgeführt, besteht im Rahmen eines Wettbewerbsverfahrens die Gefahr, dass heikle Unternehmensdaten in falsche Hände geraten. Die Wettbewerbsbehörden werden daher in Artikel 25 E[-KG] verpflichtet, Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten“. Bezüglich der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in zivilrechtlichen Verfahren führt die Botschaft aus: „Im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens über wettbewerbliche Sachverhalte kann es für die Beweisführung der Parteien erforderlich sein, sensible innerbetriebliche Informationen oder auch geheime Daten über das eigene Marktverhalten im Verfahren offenzulegen“ und weiter: „Ein spezifischer Schutz dieser Geheimnisse drängt sich für den Bereich des Wettbewerbsrechts in besonderem Masse auf. Er soll verhindern, dass die potentiellen Anspruchsberechtigten in einem Zivilverfahren wegen der Gefahr der Publikation von heiklen Unternehmensdaten bereits aus faktischen Gründen darauf verzichten, ihre Wettbewerbsstellung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zu verteidigen“.<sup>59</sup>

100. Der Regelungsgehalt von Art. 25 KG, insbesondere dessen Abs. 2, ist in der Tat – wie dies auch in der Lehre festgestellt wird<sup>60</sup> – wenig klar. Dem Wortlaut von Abs. 2 ist aus Sicht der WEKO nur, aber immerhin, zu entnehmen, dass die Erkenntnisse bloss zweckgebunden verwendet werden dürfen. Damit wird die grundsätzliche Zweckgebundenheit der Bearbeitung von Daten, welche sich bereits aus Art. 4 Abs. 3 DSG ergibt, in Kartellrechtsverfahren auf jegliche Arten von Daten ausgedehnt (also nicht nur auf personenbezogene). Deckt sich der Zweck der vorliegend beabsichtigten Datenbekanntgabe mit dem Zweck von Art. 25 KG ist damit auch der Zweck gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG gedeckt.

101. Weiter wird mit Art. 25 Abs. 2 KG hervorgehoben, dass dem mit der Datenerhebung verfolgten Zweck in Kartellverfahren eine erhöhte Bedeutung zukommt. Gegenstand von Verfahren der Wettbewerbsbehörden – und damit auch deren Zweck – können entweder die Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen oder von Unternehmenszusammenschlüssen sein. Insbesondere auskunftspflichtige Unternehmen sollen nicht befürchten müssen, dass ihre – zuweilen unternehmerisch sensiblen – Angaben für andere Zwecke als die Verfolgung dieser kartellrechtlichen Anliegen verwendet werden und diese – mit den Worten der Botschaft – in „falsche Hände geraten“. Die Wettbewerbsbehörden sind bei ihren Beurteilungen oft gerade auf solche internen, sensiblen und oftmals als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierende Angaben angewiesen. Der Zusicherung einer entsprechend zweckgebundenen Datenverwendung einzig für kartellrechtliche Anliegen kommt daher entscheidende Bedeutung zu, bestünde doch andernfalls die Gefahr, dass Unternehmen ihrer Auskunftspflicht bloss noch halbherzig nachkommen würden. Dies wird durch Abs. 2 von Art. 25 KG abgesichert und garantiert. Die durch die Wettbewerbsbehörden gewonnenen Erkenntnisse dürfen entsprechend nur in diesem engen Bereich verwendet werden, nicht aber für die Verfolgung anderer öffentlicher Interessen oder Zwecke.

102. Hierbei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Schutz vor einer Verwendung durch „falsche Hände“ in erster Linie auskunftsverpflichteten Marktteilnehmern zukommen soll, die nicht Verfahrensparteien sind. Diese können den Wettbewerbsbehörden entscheidende Informationen zum Funktionieren von Märkten und Wettbewerbsverhältnissen liefern, also oft hoch sensible Informationen. Diese sollen nicht durch die Angst, dass ihre Informationen an Konkurrenten oder andere Behörden gelangen davor abgeschreckt werden, zur Aufdeckung von Kartellabreden beizutragen. Die Verfahrensparteien, die verdächtigt werden, sich an einem Kartell beteiligt zu haben, haben in der Regel ohnehin kein Interesse daran, Informationen zu liefern, die für die Aufdeckung von Abreden dienlich sein könnten. Es ist also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht in erster Linie ihnen den Schutz von Art. 25 Abs. 2 KG zukommen lassen wollte.

103. Hinzu kommt, dass mit Art. 48 Abs. 1 KG eine gesetzliche Grundlage für die Publikation von WEKO-Verfügungen besteht. Diese Publikationen enthalten regelmässig Angaben über das Abredevverhalten von Kartellanten und damit Informationen, gegen deren Offenlegung auf Gesuch hin sich die Gesuchsgegner vorliegend so heftig zur Wehr setzen. Wenn sich die Wettbewerbsbehörden – wie im vorliegenden Fall – zum Schutz des Instituts der Selbstanzeige (siehe dazu nachfolgend Rz 142 ff.) gegen eine vollständige Publikation entscheiden, folgt daraus nicht, dass auch eine Bekanntgabe auf Gesuch hin verunmöglicht würde. Für die WEKO steht fest, dass sämtliche Informationen, die gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG publiziert werden dürfen, auch auf Gesuch hin bekanntgegeben werden dürfen. Art. 25 Abs. 2 KG kann einem solchen Vorgehen nicht entgegenstehen.

104. Mit Abs. 3 von Art. 25 KG ist schliesslich das Verhältnis zum Preisüberwacher angesprochen. In Bezug auf ihn wird die genannte Zweckbindung gelockert, da die von ihm mit seinen Aufgaben verfolgten Zwecke ebenfalls zur Erkenntnisverwertung berechtigten, sofern die Kenntnisse hierfür erforderlich sind.

105. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 DSG bedeutet das Gesagte, dass Art. 25 Abs. 2 KG nicht eine Norm ist, die generell jegliche Amtshilfeleistung (z.B. gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG) oder Datenbekanntgabe (z.B. gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG) ausschliesst. Jedoch sieht Art. 25 Abs. 2 KG hierfür zusätzliche resp. erhöhte Voraussetzungen vor, die allerdings nicht in erster Linie die Kartellanten schützen sollen. Eine Datenbekanntgabe ist nur, aber immerhin, insoweit zulässig, als dass der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich ist mit dem vom Kartellrechtsverfahren verfolgte Zweck. Dies heisst letztlich, dass auch der potentielle Datenempfänger einen vom Kartellgesetz angestrebten

<sup>58</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (zitiert: Botschaft zum KG).

<sup>59</sup> Botschaft zum KG (Fn 58), 593 Ziff. 245.

<sup>60</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 10), Art. 25 KG N 35.

Zweck verfolgen muss. Bezüglich Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO bedeutet dies etwa, dass es dem potentiellen Datenempfänger um die Durchsetzung kartellrechtlicher Rechtsansprüche gehen muss; hinsichtlich der Durchsetzung anderer Rechtsansprüche wäre eine Datenbekanntgabe hingegen gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO i.V.m. Art. 25 Abs. 2 KG zu verweigern. Diese enge Zweckbindung führt dazu, dass aufgrund von Art. 25 Abs. 2 KG eine Amtshilfeleistung nur in bescheidenem Rahmen möglich ist. Generell ausgeschlossen wird die Amtshilfeleistung durch diese Bestimmung jedoch nicht.

106. Sämtliche Gesuchsgegner, die sich gegen die Bekanntgabe von Daten aus der WEKO-Verfügung aussprechen (d.h. die fünf im Sachverhalt erwähnten Stellungnahmen), bringen vor, dass Art. 25 KG generell jeder Form der Datenbekanntgabe entgegenstehe. Dies ergebe sich aus der wörtlichen, historischen, teleologischen und systematischen Auslegung von Art. 25 KG.

107. Für die wörtliche Auslegung verweisen die Gesuchsgegner zunächst auf die herrschende Lehre zu Art. 25 KG. Zudem bestehe der Zweck, welcher gemäss Art. 25 KG mit dem Verfahren verfolgt werde, im vorliegenden Fall aus dem Zweck einer Untersuchung. Dieser Zweck habe sich mit dem Abschluss der Untersuchung erschöpft. Eine Weitergabe an andere Behörden sei nicht mehr vom Zweck gedeckt, zu welchem die Daten erhoben wurden. Aus dem Wortlaut, wonach „sie“ (d.h. die Wettbewerbsbehörden) „Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten“, folge, dass eine Verwendung durch andere als Wettbewerbsbehörden ausgeschlossen sei.

108. Dieser Auslegung ist entgegenzuhalten, dass der „Zweck“, welcher mit dem „Verfahren“ verfolgt wird, entgegen der von den Gesuchsgegnern vertretenen Ansicht nicht zwangsläufig der unmittelbare Zweck der hier betroffenen Untersuchung sein muss (d.h. die Aufdeckung von Abreden und deren Sanktionierung). Es kann damit sehr wohl der Zweck gemäss Art. 1 KG gemeint sein (volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern). Auch die Ansicht, wonach die von den Wettbewerbsbehörden erlangten Informationen nur von anderen Wettbewerbsbehörden verwendet werden dürfen, findet in der Formulierung von Art. 25 Abs. 2 KG keine Stütze. Die Frage ist letztlich, was unter der „Verwendung“ zu verstehen ist. Unter dieser kann neben der eigenen Verwertung auch die Weitergabe an andere Behörden verstanden werden.

109. Zur historischen Auslegung weisen die Gesuchsgegner auf die bereits zitierte Formulierung aus der Botschaft hin, wonach Art. 25 KG verhindern soll, dass heikle Unternehmensdaten „in falsche Hände fallen“.

110. Dieses Zitat stellt zwar eine Aussage des historischen Gesetzgebers dar. In welchen Fällen bzw. bei einer Bekanntgabe an welche Stellen oder Personen es sich um die „falschen Hände“ handelt, ergibt sich daraus nicht. Damit dürften aber nicht in erster Linie Kartellopfer gemeint gewesen sein. Es ist nicht ersichtlich, weshalb

durch diese Aussage die Durchsetzung der im Kartellzivilrecht vorgesehenen Rechtsansprüche verunmöglicht werden sollten. Vorstellbar wäre allerdings, dass der Gesetzgeber an die Bekanntgabe von Informationen an Steuerbehörden oder Konkurrenten dachte. Der Ausdruck der „falschen Hände“ hat damit keinen von vornherein klaren Inhalt. Auch aus der historischen Auslegung können die Gesuchsgegner nichts zu ihren Gunsten ableiten.

111. Zur teleologischen Auslegung verweisen die Gesuchsgegner auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG. Art. 25 KG stelle das Korrelat zu dieser Pflicht dar. Nur eine umfassende Verschwiegenheitspflicht der Wettbewerbsbehörden stelle im ureigenen Interesse der Wettbewerbsbehörden sicher, dass die Wettbewerbsbehörden auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Wirtschaftskreisen zählen könnten. Gerade vor diesem Hintergrund sei die Auffassung abzulehnen, wonach eine Weitergabe von Informationen an Behörden mit Art. 25 Abs. 2 KG vereinbar sei, wenn der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich sei mit dem vom Kartellrechtsverfahren verfolgten Zweck. Denn die Offenlegung von Informationen, welche die WEKO im Rahmen ihrer Untersuchung erhoben hat, zum Zweck der Durchsetzung von kartellrechtlichen Rechtsansprüchen ausserhalb der Untersuchung verstosse gegen Art. 25 Abs. 2 KG.

112. Das letztgenannte Argument wiederholt die von den Gesuchsgegnern vorgenommene wörtliche Auslegung. Die Verwendung von Informationen, die im Rahmen einer Untersuchung erhoben wurden, wird durch Art. 25 Abs. 2 KG eben gerade nicht in genereller Weise ausgeschlossen. Zuzustimmen ist den Gesuchsgegnern allerdings darin, dass die Wettbewerbsbehörden selbst grösstes Interesse daran haben, dass die Personen, die ihnen Informationen zukommen lassen, dies umfassend und wahrheitsgemäss tun. Zur Förderung dieses Interesses ist es wichtig, dass die Wettbewerbsbehörden die erhaltenen Informationen vertrauensvoll behandeln und vor Zugriffen Dritter schützen. Dieser Problematik sind sich die Wettbewerbsbehörden durchaus bewusst. Dieses Schutzbedürfnis kann aus Sicht der WEKO aber auch befriedigt werden, wenn der Schutz vor Zugriffen nicht absolut ist und eine Bekanntgabe innerhalb der oben erwähnten engen Zweckbindung des Art. 25 Abs. 2 KG möglich ist. Dass der Schutz vor Zugriffen Dritter nicht absolut ist, ergibt sich im Übrigen bereits aus der möglichen Datenbekanntgabe an den Preisüberwacher (Art. 25 Abs. 3 KG).

113. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass es vorliegend um die Bekanntgabe von Auszügen aus der WEKO-Verfügung und damit insbesondere Ausführungen zu illegalen Abreden geht. Wie in jeder Untersuchung wussten die sanktionierten Unternehmen von Anfang an, was ihnen vorgeworfen wird, und sie konnten sich entsprechend verteidigen. Durch die geplante Bekanntgabe von Daten (gemäss Anhang dieser Verfügung, der allerdings [dem Gesuchsteller] erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt wird) werden ausserdem keine Geschäftsgeheimnisse offengelegt. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es im hier zu beurteilenden Fall um die Bekanntgabe von Informationen geht, welche die Wettbewerbsbehörden zu einem

massgeblichen Teil mit Hilfe von Hausdurchsuchungen (also Zwangsmassnahmen) erstellen konnten.

114. Zur systematischen Auslegung weisen die Gesuchsgegner zudem auf Art. 25 Abs. 3 KG hin: Diese Bestimmung erwähne als einzige Behörde, an welche die Wettbewerbsbehörden Informationen weitergeben dürften, den Preisüberwacher. Daraus folge zwingend, dass eine Weitergabe von Informationen aus der Untersuchung an andere Behörden unzulässig sei. Neben Art. 25 Abs. 3 KG folge aber auch aus Art. 12 ff. KG (keine Informationspflichten oder -rechte der WEKO gegenüber Gerichten) und aus Art. 41 KG (keine Pflicht der Wettbewerbsbehörden gegenüber den Amtsstellen des Bundes und der Kantone), dass ein absolutes Weitergabeverbot bestehe.

115. Zum Argument, der Preisüberwacher sei aufgrund einer systematischen Auslegung die einzige Behörde, an welche die Wettbewerbsbehörden Informationen weitergeben dürften, ist die WEKO schon in Rz 98 und 101 eingegangen. Demnach versteht die WEKO Art. 25 Abs. 3 KG als Lockerung gegenüber der in Art. 25 Abs. 2 KG vorgesehenen engen Zweckbindung, sodass dem Preisüberwacher auch Informationen weitergegeben werden dürfen, die dieser für die Zwecke seiner Verfahren benötigt. Aus der Tatsache, dass in den zivilrechtlichen Bestimmungen in Art. 12 ff. KG und der Amtshilfebestimmung zugunsten der WEKO in Art. 41 KG keine Informationsrechte bzw. -pflichten vorgesehen sind, lässt sich nicht schliessen, dass dieses Schweigen einem bewusst gewählten System des Gesetzgebers entspreche.

116. Die Gesuchsgegner bringen weiter vor, dass die Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG, wonach eine Bekanntgabe an Dritte zulässig sei, sofern damit ein Zweck gemäss Kartellgesetz verfolgt werde, dem Zweckbindungsgebot gemäss Art. 4 DSGVO entspreche. Damit werde Art. 25 Abs. 2 KG entleert und verlöre jede Bedeutung.

117. Diese Einschätzung ist nicht zutreffend. Art. 25 Abs. 2 KG als Beschränkung der Datenbekanntgabe auf Fälle, in welchen der Datenempfänger einen kartellrechtlichen Zweck verfolgt, legt erst fest, welcher Zweck im Sinne von Art. 4 Abs. 3 DSGVO „gesetzlich vorgesehen“ ist.

118. Eine Partei sieht in Art. 43 KG eine weitere Gesetzesbestimmung, die zumindest indirekt die Weitergabe von Informationen verbietet. Art. 43 KG regle die Beteiligung Dritter *während* Untersuchungen und damit auch deren Partei- und Einsichtsrechte. *Nach* einer Untersuchung sei keine Beteiligung Dritter vorgesehen, weshalb eine Einsichtnahme Dritter in die Verfügung ausgeschlossen sei.

119. Diesem Hinweis ist entgegenzuhalten, dass sich Art. 43 KG nicht zu Rechten äussert, die einem Gesuchsteller *nach* einem Kartellverfahren zustehen, sodass diese Bestimmung die vorliegend in Frage stehende Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO weder ausschliesst noch beschränkt.

120. Als gesetzliche Einschränkungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 DSGVO kommt Art. 43 KG nicht in Betracht, sondern einzig Art. 25 Abs. 2 KG. Dieser kann dahingehend ausgelegt werden, dass die Bekanntgabe von Informationen zwar einschränkt, aber nicht generell und vollumfassend ausschliesst. Eine Bekanntgabe

von Daten ist möglich, wenn der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich ist mit dem vom Kartellrechtsverfahren verfolgte Zweck. Ob dies vorliegend der Fall ist, wird nachfolgend geprüft.

121. Wie oben ausgeführt, verfolgt [der Gesuchsteller] mit einer Einsichtnahme mehrere Anliegen. Anwendung finden dabei jeweils unterschiedliche Rechtsgrundlagen, namentlich bezüglich Geltendmachung von Rechtsansprüchen (Schadenersatzansprüchen) Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO, bezüglich gesetzlicher Aufgabenerfüllung (vergaberechtliche Sanktionierung sowie schonungsvoller Umgang mit staatlichen Mitteln) Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO. Soweit er die Verfolgung von auf das Kartellrecht abgestützten Rechtsansprüchen (insbesondere Schadenersatzforderungen) bezweckt und damit Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO zur Anwendung gelangt, stimmt der damit verfolgte Zweck mit dem Zweck der kartellrechtlichen Untersuchung überein. Es liegt letztlich ein vom Kartellrecht gedeckter Zweck vor. Folglich steht Art. 25 Abs. 2 KG vorliegend einer Datenbekanntgabe zur Verfolgung dieses Zwecks nicht entgegen. Eine entgegenstehende Vorschrift i.S.v. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO liegt demnach insoweit nicht vor. Soweit [der Gesuchsteller] eine vergaberechtliche Sanktionierung aufgrund kartellrechtswidrigen (und zugleich vergaberechtswidrigen) Verhaltens resp. einen schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln durch Geltendmachung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche bezweckt und Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zur Anwendung kommt, liegt ebenfalls eine ausreichende Zweckübereinstimmung vor. Auch das Vergaberecht zielt darauf ab, einen wirksamen Wettbewerb herbeizuführen (Art. 1 Abs. 3 Bst. a IVöB) und damit einen haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern sicherzustellen (Art. 1 Abs. 3 Bst. d IVöB). Das vorliegend offenzulegende kartellrechtswidrige Verhalten steht diesen Zielen direkt entgegen. Dessen Bekanntgabe steht insoweit nicht im Widerspruch zu Art. 25 Abs. 2 KG, weshalb keine entgegenstehende Vorschrift i.S.v. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO besteht.

122. Ein Gesuchsgegner widerspricht dieser Schlussfolgerung. Er verweist auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO und damit wohl implizit auf Art. 4 Abs. 4 DSGVO und bringt vor, dass eine Bekanntgabe nur möglich sei, wenn sie dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung entspreche. Vorliegend seien die Daten aber nicht zum Zweck erhoben worden, sie an Gemeinwesen weiterzugeben.

123. Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Denn der Zweck, der durch die Bekanntgabe verfolgt werden muss, muss ein Zweck sein, der Art. 25 Abs. 2 KG entspricht. Ist diese Vorgabe erfüllt, ist auch die vom DSGVO bzw. KG verlangte Zweckmässigkeit erfüllt. Vorliegend ist dies der Fall, wie sich aus den oben gemachten Ausführungen ergibt (siehe Rz 120 f.).

124. Ein Gesuchsgegner bringt zudem vor, dass Art. 19 Abs. 1 DSGVO als Ausnahmevorschrift konzipiert sei und deshalb restriktiv ausgelegt werden müsse. Ein Datenaustausch müsse sich primär nach spezifischen Normen im fraglichen Sachbereich stützen. Nur wenn keine solche vorhanden sei, dürfe Ausnahmsweise auf Art. 19 Abs. 1 DSGVO zurückgegriffen werden.

125. Hierzu ist Folgendes zu sagen: Unabhängig von der Frage, ob diese Einschätzung zutrifft, erfüllt die vorliegende geplante Datenbekanntgabe diese Vorgaben. Wie oben dargelegt besteht mit Art. 25 Abs. 2 KG keine fachspezifische Norm, welche die Datenbekanntgabe für den vorliegenden Fall umfassend regelt. Es kann – und muss – dazu vielmehr auf Art. 19 Abs. 1 DSGVO abgestellt werden. Bei der Anwendung dieses Artikels sind aber die Einschränkungen gemäss Art. 25 Abs. 2 KG zu beachten (gemäss Art. 19 Abs. 4 DSGVO). Diese Einschränkung besteht darin, dass eine Datenbekanntgabe nur im engen Rahmen der in Art. 25 Abs. 2 KG vorgesehenen Zwecks möglich ist, sodass die Bekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 DSGVO von vornerein sehr restriktiv ausgestaltet ist, was allerdings in erster Linie für die Auskünfte von nicht der Kartellteilnahme verdächtigen Unternehmen gilt.

126. Zusammenfassend zeigt sich, dass keine gesetzliche Bestimmung besteht, die eine Bekanntgabe von Verfügungspassagen ausschliessen würde (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO), soweit sie [den Gesuchsteller] betreffen.

### B.2.3 Interessenabwägung

127. Zu prüfen bleibt, ob die nach dem Gesagten grundsätzlich mögliche Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war, aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gleichwohl zu verweigern oder einzuschränken ist. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO sieht diese Interessenabwägung ausdrücklich vor, indem er bestimmt, dass die Datenbekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden kann, wenn „wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen“.

#### a) Interessen [des Gesuchstellers]

128. Die Interessen [des Gesuchstellers] ergeben sich aus den oben genannten Anliegen, wobei gestützt auf die bisherigen Ausführungen (siehe Rz 48 ff.) nicht alle als zu prüfende Interessen [des Gesuchstellers] in Frage kommen. Die WEKO anerkennt insbesondere die Interessen [des Gesuchstellers], mit seinen finanziellen Mitteln hausälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen. Daneben ist auch das Interesse an der Prüfung einer vergaberechtlichen Verwarnung zu berücksichtigen.

129. Die Interessen [des Gesuchstellers] sind hoch zu gewichten, insbesondere soweit es um seine Betroffenheit als Opfer von Kartellabreden geht. Die genannten Interessen stimmen grundsätzlich auch mit den öffentlichen Interessen der Wettbewerbsbehörden überein, namentlich Kartellrechtsverstösse aufzuklären, angemessen zu sanktionieren und Schäden zu kompensieren – dies sowohl mit Blick auf die Prävention wie auch die Repression. Die Wirksamkeit des Kartellrechts wird somit auch dadurch gefördert, dass die Kartellopfer ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen.

130. [Der Gesuchsteller] bringt in seiner Stellungnahme keine weiteren Interessen vor. Er ersuchte allerdings um grösstmögliche Beachtung seiner Interessen an einem wirksamen Wettbewerb und einem funktionierenden Beschaffungswesen, da es letztlich um eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gehe. Schliesslich wies er

darauf hin, dass aus seiner Sicht ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 49a KG (Schutz des Instituts der Selbstanzeige) die Einsichtnahme in die WEKO-Verfügung auf jeden Fall unverzichtbar sei.

#### b) Interessen der Gesuchsgegner

131. Dem stehen die Interessen der betroffenen Bauunternehmen an einer möglichst weitgehenden Geheimhaltung der Erörterungen über ihr unzulässiges Verhalten in der Verfügung gegenüber.

132. Verschiedene Gesuchsgegner bringen vor – zum Teil unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – dass eine Bekanntgabe ihre schutzwürdigen Interessen verletzen würden. Eine auch nur auszugsweise Bekanntgabe könnte die Gesuchsgegner dem Risiko von ungerechtfertigten Prozesshandlungen aussetzen. Ungerechtfertigt seien die Prozesshandlungen, weil die geplante Datenbekanntgabe widerrechtlich sei.

133. Diese Einschätzung basiert auf einem Zirkelschluss. Das schutzwürdige Interesse an einer Datenbekanntgabe bzw. Geheimhaltung kann nicht aus der erst zu prüfenden Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Datenbekanntgabe abgeleitet werden. Ein schutzwürdiges Interesse ist vielmehr Voraussetzung für eine allfällige Unzulässigkeit der Datenbekanntgabe.

134. Verschiedene Gesuchsgegner machen weiter geltend, mit der geplanten Offenlegung des Verfügungsauszugs würden Geschäftsgeheimnisse offengelegt.

135. Die WEKO beabsichtigt mit der geplanten Offenlegung eines Auszuges aus der WEKO-Verfügung (gemäss Beilage, die allerdings vorerst nur den Gesuchsgegnern zugestellt wird) in keiner Weise die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Sie kann im genannten Auszug aus der Verfügung aber keine Geschäftsgeheimnisse erkennen. Die Gesuchsgegner nennen denn auch keine konkreten Passagen, die aus ihrer Sicht Geschäftsgeheimnisse darstellen, bzw. liefern keine Begründung, inwiefern welche Daten die Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses erfüllen.

136. So verständlich die Interessen der Gesuchsgegner an einer weitgehenden Geheimhaltung der WEKO-Verfügung bzw. Teilen davon insgesamt auch sein mögen, so wenig schützenswert erscheinen sie aus objektiver Sicht.

#### c) Interessen von Drittunternehmen

137. Zusätzlich zu den Interessen [des Gesuchstellers] und jenen der Gesuchsgegner sind im vorliegenden Fall auch Drittinteressen zu berücksichtigen. Die Erläuterungen zum Projekt, das [dem Gesuchsteller] offengelegt werden soll, enthalten Informationen zu Bauunternehmen, die zwar an der fraglichen Submission beteiligt waren, die aber nicht als Verfahrensparteien in die Untersuchung 22-0384 involviert waren. Sie hatten deshalb auch keine Gelegenheit, sich im Untersuchungsverfahren zu äussern. Diese Drittunternehmen haben ein als hoch zu gewichtiges Interesse daran, dass ihre Personendaten nicht herausgegeben werden. Da [der Gesuchsteller] diese Informationen für die von ihm verfolgten Ziele benötigt, hat er auch kein (höher zu wertendes) Interesse an der Bekanntgabe dieser Informationen. Die fraglichen Passagen sind deshalb im bekanntzugebenden Auszug der WEKO-Verfügung zu schwärzen.



#### d) Interessenabwägung soweit keine Selbstanzeige vorliegt

138. Die Gegenüberstellung der genannten Interessen [des Gesuchstellers] und der Gesuchsgegner führt zu einer „Grundkonstellation“, bei welcher die Interessen [des Gesuchstellers] an einer Datenbekanntgabe höher zu gewichten sind als die entgegenstehenden Interessen. Diese „Grundkonstellation“ liegt vor, soweit Einsicht in Fälle verlangt wird, welche ohne die Kooperation eines Selbstanzeigers aufgedeckt werden könnten. Gestützt auf diese „Grundkonstellation“ sind die entsprechenden Passagen dieser Fälle gegenüber [dem Gesuchsteller] bekanntzugeben.

139. Bereits in der vorliegenden Verfügung kann die WEKO bekanntgeben, dass die Voraussetzungen für die Datenbekanntgabe gemäss der vorgenommenen Einschätzung in einem Fall erfüllt sind. Da damit nicht gesagt ist, welche Gesuchsgegner in diesen involviert sind, ist mit der Offenlegung dieser Information auch keine Bekanntgabe (bzw. Bearbeitung) von Personendaten verbunden. Um welchen Fall es sich dabei handelt, wird [dem Gesuchsteller] aber erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung bekanntgegeben. Mit anderen Worten wird ihm der Auszug aus der Verfügung erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt (gemäss der Beilage des vorliegenden Entscheids, welche vorerst nur den Gesuchsgegnern zugestellt wird). Dieses Vorgehen drängt sich auf, um den Gesuchsgegnern die Möglichkeit einzuräumen, sich sinnvoll gegen die Bekanntgabe von Personendaten zu wehren und gegen die vorliegende Verfügung Beschwerde zu führen.

140. Neben dem genannten Fall gibt es möglicherweise weitere Fälle, in welchen die Interessenabwägung gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen zu einem anderen Ergebnis führt. Ob dies zutrifft, wird allerdings ausdrücklich offengelassen. [Der Gesuchsteller] wird somit nicht bekanntgegeben, ob es neben dem bereits genannten Fall, weitere Fälle gibt, in welchen er betroffen war. Diese Information muss deshalb offen bleiben, weil mit der Klärung der Frage, ob es weitere Fälle gibt, ein Informationsbild entstehen könnte, das im Zusammenhang mit Gesuchen anderer Gesuchsteller einen unnötigen Interpretationsspielraum eröffnen könnte. Dies liegt daran, dass mehrere Gesuche eingegangen sind und die WEKO nicht ausschliessen kann, dass diese Gesuchsteller ihre jeweiligen Verfügungen untereinander austauschen. Würde nun die nachfolgende Begründung nur dann aufgeführt, wenn auch wirklich ein weiterer Fall vorliegt und würde sonst bekanntgegeben, dass kein weiterer Fall vorliegt, könnte dies einen Gesuchsteller zur Annahme verleiten, dass die Anführung der nachfolgenden Erwägungen bedeutet, dass es weitere Fälle gibt.

141. Deshalb wird nachfolgend ausgeführt, welche Interessenabwägung die WEKO vornehmen würde, falls es weitere Fälle gäbe, in welchen die Interessenabwägung zu einer Verweigerung der Datenbekanntgabe führen würde. Dies kann für [den Gesuchsteller] zum unbefriedigenden Ergebnis führen, dass er – sollte er mit den nachfolgenden Überlegungen nicht einverstanden sein – eine Beschwerde einreichen müsste, ohne zu wissen, ob in der WEKO-Verfügung überhaupt weitere Fälle enthalten

sind, die ihm im Falle eines Obsiegens offengelegt würden. Die WEKO ist sich dieses Nachteils bewusst, erachtet ihn aber im vorliegenden Fall als nötig, um die auf dem Spiel stehenden Interessen zu wahren.

#### e) Interessenabwägung soweit Abreden dank Selbstanzeigen aufgedeckt wurden

142. Neben der in Rz 138 genannten „Grundkonstellation“ ist bei kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung eine „Spezialsituation“ zu berücksichtigen: Im Kartellrecht gibt es eine (ansonsten dem schweizerischen Recht unbekannt) Selbstanzeige („Kronzeugenregelung“ bzw. „Bonusregelung“). Art. 49a Abs. 2 KG hält fest, dass gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (also eine Selbstanzeige einreicht<sup>61</sup>), auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Hintergrund dieser Regelung ist, dass sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und vor allem horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen regelmässig im Geheimen getroffen und versteckt gehalten werden. Eine Aufdeckung solcher Absprachen durch die Wettbewerbsbehörden ist ausgesprochen schwierig; häufig ist hierfür Insiderwissen erforderlich, in jedem Fall aber ausgesprochen hilfreich. Dies ist zum einen der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden ohne Selbstanzeige gar nicht um die fraglichen Handlungen wissen.<sup>62</sup> Zum anderen kann dies aber auch der Fall sein, wenn im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet ist,<sup>63</sup> mithin im Moment der Selbstanzeige schon Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestanden. Denn trotz solcher Anhaltspunkte ist es ohne Weiteres möglich, dass es ohne Selbstanzeige an den letztlich für eine Verurteilung erforderlichen Beweismitteln mangelt, die Identifizierung und Deutung von relevanten Beweismitteln ohne Erläuterungen schwer fällt oder gar unmöglich ist oder es an entscheidenden Aussagen fehlt.<sup>64</sup> Auch solche Selbstanzeigen können einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten, wobei sich die Wichtigkeit des Beitrags im Ausmass der gewährten Sanktionsreduktion widerspiegelt.<sup>65</sup>

143. Seit Einführung dieses Instruments im Jahr 2004, welche gleichzeitig mit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellrecht erfolgte, hat sich in der bisherigen Praxis gezeigt, dass diesem Instrument essentielle Bedeutung bei der Aufdeckung und dem Beweis unzulässiger Absprachen zukommt. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, gerade auch von Submissionsabsprachen, wird

<sup>61</sup> Als Selbstanzeiger gilt u.a. ein Unternehmen, das mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, indem es seine Teilnahme an einer unzulässigen Abrede offen legt und hierzu Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

<sup>62</sup> Sogenannte Eröffnungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

<sup>63</sup> Sogenannte Feststellungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

<sup>64</sup> Ausführlicher dazu RPW 2009/3, 219 Rz. 158 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>65</sup> Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG.

dank dem Institut der Selbstanzeige wesentlich erhöht. Dies führt nicht nur dazu, dass das fragliche Verhalten in einem konkreten Fall repressiv geahndet werden kann, sondern hat auch einen kaum zu überschätzenden präventiven Effekt, indem es vom Treffen solcher Absprachen im Vorherein abschreckt. Es besteht folglich ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige, soweit es um Selbstanzeigen geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten.

144. Ob ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht oder nicht, hängt von seiner Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile ab. Neben der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der erwarteten Sanktionshöhe zieht es dabei unter anderem auch die anderweitig drohenden Nachteile in Betracht. Kartellrechtswidrige Abreden können insbesondere eine kartellzivilrechtliche Haftung und bei Submissionsabsprachen zudem eine vergaberechtliche Sanktionierung zur Folge haben. Diese Nachteile gänzlich auszuschliessen und dadurch den Anreiz zum Einreichen von Selbstanzeigen weiter zu erhöhen, mithin Selbstanzeiger auch in diesen Bereichen per Gesetz von Sanktionen resp. Ersatzansprüchen zu befreien, wäre Sache des Gesetzgebers. Dies hat er allerdings nicht getan. Dass eine solche Inanspruchnahme grundsätzlich droht, können die Wettbewerbsbehörden demnach nicht verhindern. Jedoch – und dies ist in vorliegendem Zusammenhang besonders wichtig – dient eine Selbstanzeige einzig der Aufdeckung und Überführung unzulässiger Verhaltensweisen in einem Kartellverwaltungsverfahren. So erliess der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Selbstanzeige im Kartellrecht nicht gleichzeitig eine Norm, wonach solche Informationen auch zur Durchsetzung anderweitiger Ansprüche verwendbar sind. Der Gesetzgeber entschied sich damit weder für einen grundsätzlichen Schutz eines Selbstanzeigers auch vor weiteren, neben der Sanktion gemäss Art. 49a KG bestehenden möglichen Nachteilen noch für eine automatische Herausgabe der durch die Selbstanzeige gewonnenen Informationen an andere Behörden oder Private.

145. Der Anreiz zur Einreichung einer Selbstanzeige in Kartellverwaltungsverfahren würde nun über Gebühr geschmälert, wenn Selbstanzeiger damit rechnen müssten, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichte Informationen<sup>66</sup> und Beweismittel an Dritte herausgeben und dadurch die mit einer Selbstanzeige für einen Selbstanzeiger womöglich verbundenen Nachteile geradezu fördern, ohne dass der Gesetzgeber dies im Kartellgesetz ausdrücklich so vorgesehen hätte. Mit einer Herausgabe von im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichten Informationen und Beweismitteln untrennbar verbunden ist daher die Gefahr, dass sich Unternehmen künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige und damit gegen eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entscheiden würden. Dies wiederum gefährdet das gute Funktionieren des Instituts Selbstanzeige, an dem – wie zuvor ausgeführt – ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse besteht.

146. Auch das private Interesse eines Selbstanzeigers an der Geheimhaltung der Erörterungen über sein unzulässiges Verhalten in der Verfügung ist ein anderes als das-

jenige der übrigen involvierten Bauunternehmen, jedenfalls soweit es wie in der vorliegend interessierenden Untersuchung um unzulässige Submissionsabsprachen bezüglich spezifischer Projekte geht. Denn der Selbstanzeiger liefert sich quasi „selbst ans Messer“ und er ist aufgrund seiner umfassenden Kooperationspflicht dazu verpflichtet, sämtliche Submissionsabsprachen offen zu legen, an welchen er beteiligt war. Demgegenüber können Unternehmen, welche sich gegen eine Kooperation entschieden haben, darauf hoffen, dass die Wettbewerbsbehörden nur einen Teil der Absprachen nachweisen können, an welchen sie beteiligt waren. Wie in der WEKO-Verfügung ausführlich dargelegt (Rz. 176 und 212 f.), führt dies dazu, dass aufgrund der unterschiedlichen Dunkelziffer bezüglich einem Selbstanzeiger im Vergleich zu anderen Bauunternehmen überdurchschnittlich viele von unzulässigen Absprachen betroffene Projekte bekannt sind. Eine umfassende Bekanntgabe der Daten würde einen Selbstanzeiger daher wesentlich härter treffen als diejenigen Bauunternehmen, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben. Und diese überdurchschnittliche Belastung für einen Selbstanzeiger entsteht gerade dadurch, weil er sich für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden und damit für eine Verwirklichung und Durchsetzung des Kartellrechts entschieden hat. M.a.W. erscheinen die privaten Interessen eines Selbstanzeigers im Vergleich zu Bauunternehmen, welche sich gegen eine solche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entschieden haben, schützenswerter und zudem würde ihn eine Bekanntgabe faktisch härter belasten als nicht dergestalt kooperierende Bauunternehmen.

147. Liegt eine solche „Spezielsituation“ vor, bestehen demnach sehr hoch zu gewichtende öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige ebenso wie schützenswerte private Interessen des Selbstanzeigers selber. Diese Interessen überwiegen das Interesse [des Gesuchstellers] an einer Datenbekanntgabe, soweit es um eine Selbstanzeige geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hat. Folglich ist bei Vorliegen solcher „Spezielsituationen“ die Offenlegung der entsprechenden Passagen gegenüber [dem Gesuchsteller] zu verweigern.

#### **B.2.4 Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 1–4 DSGVO)**

148. Gemäss Art. 4 DSGVO dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Abs. 1). Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3). Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 4).

<sup>66</sup> Dass freiwillig mitgeteilte Informationen, deren Geheimhaltung seitens der Behörden zugesichert wurde, besonders schützenswert sind, zeigt auch Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

149. Die Gesuchsgegner rügen, dass eine Datenbekanntgabe im oben beschriebenen Ausmass den Grundsatz der Zweckbindung verletze. Ausserdem wird vorgebracht, dass die Bekanntgabe unverhältnismässig sei.

150. Dass sich der Zweck der Datenbearbeitung auf einen gesetzlichen vorgesehenen Zweck stützt, lässt sich den vorangehenden Ausführungen in Rz 120 ff. entnehmen. Auch die Verhältnismässigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Abwägung) ergibt sich aus dem bereits Gesagten.

### B.2.5 Schlussfolgerung

151. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass [dem Gesuchsteller] insoweit Einsicht in die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 gewährt wird, als dass die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, bei welchen [der Gesuchsteller] die zuständige Beschaffungsstelle war, sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart werden. Soweit weitergehend wird keine Einsicht gewährt.

### B.3 Kosten

152. Die Kosten einer Verfügung stellen Verwaltungsgebühren dar, welche wiederum zu den Kausalabgaben gehören. Kausalabgaben können nur erhoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn besteht. Wenn das Gesetz den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage nennt, kann es die Kompetenz zur Festlegung der Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegieren.<sup>67</sup> Ohne gesetzliche Grundlage könnten nur – aber immerhin – Kanzleigebühren erhoben werden.<sup>68</sup>

153. Die Gebührenbestimmung des Art. 53a KG sieht Gebühren für sonstige Dienstleistungen (Bst. c) vor. Unter den sonstigen Dienstleistungen sind insbesondere Beratungen des Sekretariats zu verstehen.<sup>69</sup> Darunter dürfte aber auch die Bekanntgabe von Personendaten zu verstehen sein. Da aber eine weitere gesetzliche Grundlage besteht, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob dies der Fall ist.

154. Gemäss Art. 46a Abs. 1 RVOG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Zur Bundesverwaltung in diesem Sinne gehören sowohl die zentrale wie die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG).<sup>70</sup> Die Wettbewerbsbehörden werden – wie oben bereits erwähnt – der dezentralen Bundesverwaltung zugerechnet,<sup>71</sup> so dass Art. 46a RVOG auch auf diese anwendbar ist.

155. Art. 46a RVOG wurde als allgemeine gesetzliche Grundlage über die Gebührenerhebung bei Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung geschaffen. Er nennt den Kreis der Abgabepflichtigen (Verfügungssadressaten und Empfänger von Dienstleistungen), den Gegenstand (Verfügungen und Dienstleistungen) und die Bemessungsgrundlage (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip).<sup>72</sup> Unter einer Verfügung werden erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG verstanden.<sup>73</sup>

156. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Art. 46a RVOG durch den Erlass der AllgGebV<sup>74</sup> Gebrauch gemacht, welche im Übrigen auch für Gebühren gestützt auf Art. 53a KG gilt (Art. 1a GebV-KG<sup>75</sup>).

157. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung oder Dienstleistung veranlasst.

158. Die vorliegende Verfügung wurde durch [den Gesuchsteller] veranlasst, sodass grundsätzlich auch er für deren Kosten aufzukommen hat. In Art. 3 Abs. 1 AllgGebV (siehe auch Art. 3 Abs. 1 GebV-KG) ist aber vorgesehen, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erheben, sofern diese Gegenrecht gewähren.

159. [...] haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Die WEKO verzichtet deshalb darauf, [vom Gesuchsteller] Kosten zu erheben. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil das Gesuch nicht zuletzt gestützt auf die Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG teilweise gutgeheissen wird, mit welcher die Erledigung von Amtshandlungen ermöglicht werden soll.

160. Mehrere Gesuchsgegner beantragen die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.<sup>76</sup> Die Anträge der Gesuchsgegner auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung werden deshalb abgewiesen.

<sup>67</sup> Siehe zum Ganzen BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 10), Art. 53a KG N 2.

<sup>68</sup> THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, Art. 46a N 7.

<sup>69</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 10), Art. 53a KG N 15.

<sup>70</sup> SÄGESSER (Fn 68), Art. 46a N 19.

<sup>71</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 10), Art. 19 KG N 5.

<sup>72</sup> Siehe zum Ganzen SÄGESSER (Fn 68), Art. 46a N 8 f.

<sup>73</sup> SÄGESSER (Fn 68), Art. 46a N 17 m.w.H.

<sup>74</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>75</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>76</sup> RPW 2012/2, 423 Rz 1210, Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

**C. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird [dem Gesuchsteller] Einsicht in die Verfügung der WEKO vom 22. April 2013 in der Untersuchung 22-0384 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gemäss Erwägungen gewährt, indem ihm der Verfügungsauszug gemäss Anhang zugestellt wird.
2. Soweit weitergehend wird das Gesuch abgewiesen soweit darauf einzutreten ist.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - [den Gesuchsteller] (ohne Anhang)
  - die Gesuchsgegner (mit Anhang)

[Rechtsmittelbelehrung]

|       |   |
|-------|---|
| B 2.5 | <b>4. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung</b> |
|-------|---|

#### A. Sachverhalt

1. Am 22. April 2013 erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nach Abschluss der entsprechenden Untersuchung die Verfügung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (nachfolgend: WEKO-Verfügung).<sup>1</sup> An diesem Verfahren waren 16 Unternehmen<sup>2</sup> beteiligt. Die WEKO deckte dabei rund 30 Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG<sup>3</sup> auf, an welchen 13 der genannten Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen beteiligt waren.<sup>4</sup> An einigen Submissionen, welche in der WEKO-Verfügung beschrieben werden, waren zudem weitere Unternehmen beteiligt, die nicht als Parteien ins Untersuchungsverfahren involviert waren (nachfolgend: Drittunternehmen). Die WEKO-Verfügung ist rechtskräftig.

2. In der publizierten Version der WEKO-Verfügung sind die jeweiligen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte geschwärzt worden, d.h. sie wurden durch die Abdeckung [...] ersetzt.<sup>5</sup> Ein potentiell geschädigter Auftraggeber kann deshalb aufgrund der publizierten Version nicht erkennen, ob in der Verfügung ihn betreffende Submissionen enthalten sind bzw. ob er Opfer einer unzulässigen Abrede wurde.

3. Mit Schreiben vom 4. November 2013 stellte [die Gesuchstellerin] beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch um Einsicht in die WEKO-Verfügung. Sie wies darauf hin, dass die [Bauunternehmen] wegen unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sanktioniert worden seien. [Die Gesuchstellerin] wolle „sicherstellen, dass Steuergelder nicht unrechtmässig bzw. aufgrund von Absprachen zwischen Bauunternehmen in zu hohem Ausmass verwendet werden.“ [Die Gesuchstellerin] verlangte deshalb Einsicht in die massgebenden Akten. Sie wolle klärend wissen, ob Bauprojekte [der Gesuchstellerin] vergeben wurden, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind. Eine gesetzliche Bestimmung als Grundlage für ihr Gesuch nannte [die Gesuchstellerin] nicht.

4. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 teilte das Sekretariat [der Gesuchstellerin] mit, dass es ihr Schreiben vom 4. November 2014 als Gesuch um Einsicht in sämtliche Unterlagen aus den gesamten Verfahrensakten<sup>6</sup> behandle, die sich auf unzulässige Wettbewerbsabreden beziehen, bei welchen [die Gesuchstellerin] die zuständige Beschaffungsstelle/Bauherrin war. Das Sekretariat informierte [die Gesuchstellerin] zudem über seine erste Einschätzung der Rechtslage bezüglich ihres Gesuches, ohne ihr allerdings zu diesem Zeitpunkt bekanntzugeben, ob in der WEKO-Verfügung überhaupt Projekte behandelt werden, bei welchen sie die Auftraggeberin war. Für den Fall, dass in der Verfügung solche Projekte enthalten wären, wurde [der Gesuchstellerin] eine teilweise Gutheis-

sung ihres Gesuches in Aussicht gestellt. So wäre ihr insoweit Einsicht in die WEKO-Verfügung zu gewähren, als a) die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, bei welchen [die Gesuchstellerin] die zuständige Beschaffungsstelle war, und b) dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart würden. Bezüglich Ausschreibungen, in welchen die Voraussetzungen a) und b) nicht erfüllt wären, würde ihr keine Einsicht gewährt und das Gesuch abgewiesen. Falls keine Projekte vorhanden sein sollten, bei welchen [die Gesuchstellerin] die zuständige Beschaffungsstelle war, würde das Gesuch abgewiesen (mit der Mitteilung, dass die Verfügung keine solchen Projekte enthalten würde). Das Sekretariat setzte [der Gesuchstellerin] des Weiteren eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014.

5. Ebenfalls mit Schreiben vom 17. Januar 2014 wandte sich das Sekretariat an sämtliche Parteien der WEKO-Verfügung (Gesuchsgegner) und liess auch diesen die soeben dargelegte erste Einschätzung der Rechtslage zukommen. Das Sekretariat setzte auch diesen eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014, welche sie einigen Gesuchsgegnern bis zum 24. März 2014 bzw. bis zum 19. Mai 2014 erstreckte.

6. [Die Gesuchstellerin] teilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 27. Januar 2014 mit, dass sie mit der Einschätzung des Sekretariats einverstanden sei.

7. Von Seiten der Gesuchsgegner sind sieben Stellungnahmen eingegangen (die übrigen Gesuchsgegner verzichteten auf eine Stellungnahme). Fünf Stellungnahmen sprechen sich gegen eine Bekanntgabe der WEKO-Verfügung bzw. auch nur Teilen davon aus. Auf die hierzu vorgebrachten Argumente wird in den Erwägungen eingegangen. In zwei Stellungnahmen wird explizit das Einverständnis zum geplanten Vorgehen zum Ausdruck gebracht, wobei es sich in beiden Fällen um Gesuchsgegner

<sup>1</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>2</sup> D.h. 21 Parteien, von denen einige zum selben Unternehmen gehören (Mutter-Tochter-Gesellschaften).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Gegen drei Unternehmen wurde die Untersuchung ohne Folgen eingestellt (siehe Dispositiv der Verfügung; siehe dazu auch die Pressemitteilung der WEKO, abrufbar unter: weko.admin.ch >Aktuell >Medieninformationen >Medienmitteilungen 2013 >Medieninformation vom 18.6.2013).

<sup>5</sup> RPW 2013/4, 524 ff., siehe insb. 570 mit Hinweis vor Rz 223, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>6</sup> Zu den Verfahrensakten gehören neben der Verfügung vom 22. April 2013 unter anderem beschlagnahmte Dokumente, von gewissen Parteien freiwillig eingereichte Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien und Anhörungsprotokolle. Insgesamt umfassen die Verfahrensakten rund 13 Bundesordner.

handelt, denen keine Abreden gegenüber [der Gesuchstellerin] nachgewiesen wurden.

8. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## B. Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

9. Vorliegend geht es um die Behandlung eines Gesuches um Einsicht in Verfahrensakten eines Kartellverfahrens der WEKO nach Verfahrensabschluss und Rechtskraft. Die Wettbewerbsbehörden werden durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern gestützt auf den Umstand, dass sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe kommen aus Sicht der WEKO in Betracht:

- Art. 8 und 19 DSGVO<sup>7</sup>
- Art. 6 BGÖ<sup>8</sup>
- Art. 29 Abs. 2 BV<sup>9</sup>
- Art. 44 Abs. 2 BV

10. Die Zuständigkeit der WEKO ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie die WEKO-Verfügung erlassen hat, womit sich die vom Gesuch betroffenen Aktenstücke in ihrem Archiv befindet. Ausserdem erlässt die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw. einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 4 Geschäftsreglement WEKO<sup>10</sup>). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.<sup>11</sup>

11. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt, ist dem KG keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig.

### B.2 Recht auf Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss

#### B.2.1 Gesetzliche Grundlagen für eine Bekanntgabe von Personendaten

##### B.2.1.1 BGÖ

##### Art. 6 BGÖ

12. Als mögliche Grundlage für eine Bekanntgabe von Daten an [die Gesuchstellerin] kommt Art. 6 BGÖ in Frage. Zugangsgesuche gemäss BGÖ sehen ein eigenständiges Verfahren vor (Art. 10 ff. BGÖ), welches das Sekretariat bereits durchgeführt hat. So hat es [der Gesuchstellerin] mit Schreiben vom 17. Januar 2014 mitgeteilt, dass das BGÖ aus seiner Sicht vorliegend nicht anwendbar sei. Gleichzeitig hat das Sekretariat [die Gesuchstellerin] auf die 20-tägige Frist zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 13 BGÖ hingewiesen, worauf diese verzichtet hat. Nachfolgend wird dennoch kurz dargelegt, weshalb das BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung kommt.

13. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für Strafverfahren, wodurch insbesondere die Verfahrensakten eines Strafverfahrens dem Anwendungsbereich des BGÖ entzogen sind. Die Botschaft vom 12. Februar 2003 zum BGÖ (nachfolgend: Botschaft BGÖ<sup>12</sup>) präzisiert diesbezüglich, dass unter Strafverfahren auch Verwaltungsstrafverfahren zu verstehen sind. Weiter hält die Botschaft BGÖ ausdrücklich fest, dass von dieser Bestimmung sowohl hängige wie auch abgeschlossene Verfahren erfasst werden.<sup>13</sup> Eine unterschiedslose Geltung sowohl für hängige als auch für abgeschlossene Verfahren ergibt sich nebst der ausdrücklichen Hervorhebung in der Botschaft BGÖ auch aus dem umfassend gehaltenen Wortlaut der Norm, welcher keine Einschränkung auf hängige Verfahren vorsieht (anders etwa als Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSGVO dies tut).

14. Das Gesuch [die Gesuchstellerin] betrifft die Endverfügung (inkl. der weiteren Akten) der Untersuchung 22-0384, also einer kartellrechtlichen Untersuchung auf Anordnung einer Sanktion gemäss Art. 49a KG. Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat ein solches Verfahren einen „strafrechtlichen bzw. ‚strafrechtsähnlichen‘ [...] Charakter“, weshalb die in Art. 6 und 7 EMRK<sup>14</sup> für strafrechtliche Anklagen vorgesehenen Garantien darauf Anwendung finden.<sup>15</sup> An gleicher Stelle hält das Bundesgericht weiter fest, dass in einem solchen Untersuchungsverfahren auch die in Art. 30 und 32 BV verankerten Garantien anwendbar sind. Damit qualifiziert das Bundesgericht ein Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG als „Strafverfahren“ im Sinne der Bundesverfassung, trägt doch Art. 32 BV den Titel „Strafverfahren“. Dass in einem Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG in verfahrensrechtlicher Hinsicht aufgrund des Verweises in Art. 39 KG das VwVG<sup>16</sup> und nicht etwa die StPO<sup>17</sup> oder die entsprechenden Normen des VStrR<sup>18</sup> einschlägig sind, vermochte diese bundesgerichtliche Beurteilung nicht zu beeinflussen. Schon nur aufgrund der Einheit der Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass ein Verfahren, welches vom Bundesgericht als „Strafverfahren“ gemäss

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

<sup>9</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>10</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 (SR 251.1).

<sup>11</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

<sup>12</sup> Vgl. Botschaft vom 12.2.2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 1963, 1989 Ziff. 2.1.3 (zitiert: Botschaft BGÖ).

<sup>13</sup> Botschaft BGÖ (Fn 12), 1989 Ziff. 2.1.3; anderer Ansicht RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Stämpfli Handkommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Brunner/Mader (Hrsg.), 2008, Art. 3 BGÖ N 12.

<sup>14</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

<sup>15</sup> BGE 139 I 72, 79 E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe*.

<sup>16</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>17</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

<sup>18</sup> Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

Art. 32 BV qualifiziert wird, eben auch als „Strafverfahren“ gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zu qualifizieren ist. Die Unterlagen, zu welchen [die Gesuchstellerin] Zugang verlangt, sind somit vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Das BGÖ kommt vorliegend nicht zur Anwendung.

15. Selbst wenn das BGÖ aber zur Anwendung käme, hätte dies auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keinen Einfluss. Denn einerseits wäre eine Offenlegung von Personendaten nur gestützt auf eine Interessenabwägung möglich (a). Zudem wäre zu prüfen, ob einer Offenlegung bestimmter Dokumente nicht die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b, g und h entgegenstehen (b).

16. a) Interessenabwägung gestützt auf das BGÖ: Die Akten, in welche [die Gesuchstellerin] Einsicht begehrt, enthalten Personendaten, weshalb Art. 9 BGÖ zur Anwendung käme. Was unter Personendaten im Einzelnen zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 3 Bst. a DSGVO. Es sind „alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen“, m.a.W. ist dies ein sehr weiter Begriff, der eine grosse Anzahl von Angaben erfasst. In Anbetracht der Qualität der betroffenen Personendaten und der mit deren Zugänglichmachung verbundenen Beeinträchtigung der Privatsphäre der involvierten Bauunternehmen sowie natürlichen Personen bestünde hinsichtlich dieser Personendaten grundsätzlich eine Anonymisierungspflicht (Art. 9 Abs. 1 BGÖ).

17. [Die Gesuchstellerin] möchte allerdings vor allem Kenntnis der konkret von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen (inkl. der involvierten Bauunternehmen) haben und insbesondere wissen, ob und gegebenenfalls welche ihrer Ausschreibungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen waren. Diesem Anliegen wäre nur mit Einsicht in die nicht anonymisierten Akten gedient, weshalb eine Anonymisierung letztlich – trotz grundsätzlich bestehender Anonymisierungspflicht – nicht möglich wäre. Vorzugehen wäre daher gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 DSGVO. Insbesondere wäre eine Interessenabwägung vorzunehmen, wie sie nachfolgend gestützt auf Art. 19 DSGVO vorgenommen wird. Im Rahmen der Interessenabwägung gemäss BGÖ wäre jedoch zusätzlich der Grundsatz des gleichen Zugangs zu einem amtlichen Dokument für jede Person zu berücksichtigen (Art. 2 VBGÖ<sup>19</sup>).

18. b) Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b, g und h: Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Der Bezug auf „konkrete“ Massnahmen bedeutet nicht, dass ein individueller Einzelfall betroffen sein muss. Es kann auch ausreichen, dass eine allgemeine Vorgehensweise einer Behörde bekannt wird.<sup>20</sup> Die Offenlegung der Wettbewerbsbehörden von Dokumenten aus Selbstanzeigen (siehe dazu Rz 129 ff.) wäre eine solche Vorgehensweise. Sie würde den Erfolg des Instituts Selbstanzeige gefährden, sodass Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gegen ein solches Vorgehen spricht. Zum gleichen Ergebnis kommt im Übrigen der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Anwendung der dem

BGÖ weitgehend entsprechenden<sup>21</sup> EU-Transparenzverordnung<sup>22</sup> auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Europäischen Kartellbehörde.<sup>23</sup>

19. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wären zudem sämtliche Geschäftsgeheimnisse aus den Dokumenten zu entfernen, die zugänglich zu machen wären.

20. Der Zugang zu Informationen wäre schliesslich gänzlich zu verweigern, sofern diese den Wettbewerbsbehörden freiwillig übermittelt wurden und soweit die Wettbewerbsbehörden die Geheimhaltung zugesichert haben (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Dies wäre namentlich bei den von einer Selbstanzeigerin gelieferten Informationen der Fall, hinsichtlich welcher die Wettbewerbsbehörden eine Geheimhaltung zusicherten. Dies würde eine entsprechende Schwärzung der fraglichen Informationen in der Verfügung bedingen.

21. [Die Gesuchstellerin] hat sich zur Einschätzung bezüglich der Anwendung des BGÖ nicht vernehmen lassen. Sie hat die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens nicht wahrgenommen. Die Gesuchsgegner sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung des BGÖ äussern.

22. Zusammenfassend ergibt sich, dass das BGÖ auf den Zugang zu Dokumenten aus der Untersuchung 22-0384 nicht anwendbar ist.

### B.2.1.2 DSGVO

#### Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSGVO

23. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSGVO gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSGVO). Den letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG<sup>24</sup> erwähnten Behörden zuzuordnen.<sup>25</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen sind auch die Wettbewerbsbehörden zu zählen,<sup>26</sup> sodass die WEKO das DSGVO anzuwenden hat.

24. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSGVO). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche wie auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSGVO). Die in die

<sup>19</sup> Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31).

<sup>20</sup> URS STEIMEN, in: Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 7 BGÖ N 20 (zitiert: BSK DSGVO-AUTOR).

<sup>21</sup> Siehe hierzu: Botschaft BGÖ (Fn 12), 2041 Ziff. 5.2.2.

<sup>22</sup> Siehe insb. Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1049/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. L 145/43.

<sup>23</sup> Urteil des EUGH vom 27.2.2014 C-365/12 P (Urteil EnBW).

<sup>24</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>25</sup> URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Datenschutzgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 2 DSGVO N 13 (zitiert: BSK DSGVO-AUTOR).

<sup>26</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 11), Art. 19 KG N 5.

aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen (wie z.B. das Treffen von Abreden). Ob die Angaben über die öffentlich-rechtlichen Auftraggeber ebenfalls Daten bzw. Personendaten im genannten Sinne darstellen, wird unter dem Titel von Art. 8 DSG erörtert.

25. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSG). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wie z.B. das Einsichtgewähren. Die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung oder weiteren Verfahrensakten an [die Gesuchstellerin] stellt eine solche Bekanntgabe dar.

26. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSG ist nicht ersichtlich. Das DSG ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar.

### Art. 8 DSG

27. Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Angaben zur eigenen Person und kommt daher als Rechtsgrundlage für das Gesuch [der Gesuchstellerin] in Betracht.

28. Es stellt sich vorliegend die grundsätzliche Frage, ob sich [die Gesuchstellerin] und damit eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft auf Art. 8 DSG berufen kann, soweit es wie hier um eine behördliche Datenbearbeitung (also nicht um eine private Datenbearbeitung) geht. Wie erwähnt regelt das DSG auch die Bearbeitung von Daten juristischer Personen. Eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ist nun unstrittig eine juristische Person. Die Botschaft vom 23. März 1988 zum DSG (nachfolgend: Botschaft DSG<sup>27</sup>) geht daher undifferenziert – ohne Unterscheidung zwischen privater und behördlicher Datenbearbeitung – davon aus, die Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten werde durch das DSG geregelt.<sup>28</sup> Die Lehre folgt dem,<sup>29</sup> allerdings ohne weitergehende Ausführungen oder Überlegungen dazu anzufügen.

29. Unberücksichtigt bleibt bei einem solchen Verständnis jedoch Sinn und Zweck des DSG, jedenfalls soweit es – wie hier – um eine behördliche Datenbearbeitung geht. Gemäss seinem Art. 1 bezweckt das DSG nämlich „(...) den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden“. Im Vernehmlassungsverfahren war vor diesem Hintergrund – sowohl die private als auch die behördliche Datenbearbeitung betreffend – umstritten, ob das DSG überhaupt für Daten juristischer Personen gelten soll. Soweit die behördliche Datenbearbeitung betreffend wird die Geltung auch für Daten juristischer Personen in der Botschaft wie folgt begründet: „Auch gegenüber behördlicher Datenbearbeitung soll den juristischen Personen der Datenschutz in vollem Umfange zugutekommen, wiewohl juristische Personen sich nach vorherrschender Lehre nicht auf alle für den Datenschutz im öffentlichen Bereich massgeblichen Grundrechte berufen können, namentlich nicht auf die persönliche Freiheit. Weil aber im Bereich des Daten-

schutzes natürliche und juristische Personen sehr ähnliche Schutzbedürfnisse haben, muss sich eine juristische Person im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung auch auf die persönliche Freiheit berufen können. Da zudem andere für den Datenschutz massgebliche verfassungsrechtliche Maximen wie das Gesetzmässigkeits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip unbestrittenermassen auch juristische Personen schützen, drängt sich insgesamt eine differenzierte Regelung für natürliche und juristische Personen auch im öffentlichen Bereich nicht auf.“<sup>30</sup>

30. Wie diese Ausführungen zeigen, fusst die Regelung behördlicher Datenbearbeitung im DSG auf grundrechtlichen Überlegungen. Besonders deutlich wird diese grundrechtliche Abstützung auch aus weiteren Ausführungen in der Botschaft DSG zur Datenbearbeitung im öffentlichen Recht.<sup>31</sup> Bestätigt wird dies schliesslich durch die ausdrückliche Nennung des Schutzes der Grundrechte im Zweckartikel des DSG, der „Leitlinie für die Auslegung der einzelnen Datenschutzbestimmungen“<sup>32</sup> ist.

31. Grundrechte schützen Individuen vor staatlichem Handeln; entsprechend binden sie Inhaber staatlicher Gewalt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie [die Gesuchstellerin] eine ist) sind also grundrechtsverpflichtet. Selber Träger von Grundrechten können juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nur ganz ausnahmsweise sein, namentlich dann, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch einen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen sind, wenn es um die Gemeindeautonomie geht oder bei öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften um die Religionsfreiheit.<sup>33</sup> Bei vorliegender Konstellation – der behördlichen Bearbeitung von Daten öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten (und damit insbesondere der informationellen Selbstbestimmung) – handelt es sich um keinen dieser Ausnahmefälle.

32. Aus dem Gesagten lässt sich folgern, dass [der Gesuchstellerin] als öffentlich-rechtlicher Körperschaft in der hier konkret gegebenen Situation einer behördlichen Bearbeitung ihrer Daten – dem Sinn und Zweck des DSG entsprechend und damit aufgrund teleologischer Reduktion – eine Berufung auf Art. 8 DSG versagt bleibt.

33. Selbst wenn sich [die Gesuchstellerin] entgegen der hier vertretenen Auffassung in einer Situation wie der vorliegenden grundsätzlich auf Art. 8 DSG sollte berufen

<sup>27</sup> Botschaft vom 23.3.1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBI 1988 II 413 (zitiert: Botschaft DSG).

<sup>28</sup> Botschaft DSG (Fn 27), 438 ff. Ziff. 221.1.

<sup>29</sup> DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), 2008, Art. 2 DSG N 6 und 10 (als Beispiele Kantonalbanken und öffentlich-rechtliche Spitäler nennend; zitiert: Handkommentar DSG-AUTOR); BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 2 DSG N 7 (Fn 25); BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 DSG N 23 (Fn 25); BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSG N 6 (Fn 25); PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, Rz. 459.

<sup>30</sup> Botschaft DSG (Fn 27), 439 f. Ziff. 221.1.

<sup>31</sup> Botschaft DSG (Fn 27), 419 Ziff. 114.2, 434 Ziff. 213.3 und 438 Ziff. 221.1.

<sup>32</sup> So Botschaft DSG (Fn 27), 438 Ziff. 221.

<sup>33</sup> Statt anderer BGE 121 I 218, 220 E. 2.a m.w.H., resp. BGE 108 Ia 82, 85 E. 1.b.



können, bleibt zumindest fraglich, ob hier in Anbetracht der mit Art. 8 DSGVO verfolgten Anliegen gestützt auf diese Norm Auskunft erteilt werden könnte. Das Bundesgericht hält zu Art. 8 DSGVO fest: „Das Datenschutzgesetz dient dem Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSGVO). In Übereinstimmung mit dieser Zwecksetzung gilt das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO primär als Institut zur

Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes (...). Es ermöglicht der betroffenen Person, die über sie in einer Datensammlung eines Dritten bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie Beschaffung der Daten mit rechtmässigen Mitteln und nicht in gegen Treu und Glauben verstossender Weise oder Gewährleistung der Richtigkeit der Daten und der Verhältnismässigkeit ihrer Bearbeitung, in der Rechtswirklichkeit zu überprüfen und durchzusetzen (...).“<sup>34</sup>

34. Im Gesuch vom 4. November 2013 führt [die Gesuchstellerin] die von ihr mit einer Einsichtnahme verfolgten Interessen näher aus. Dass es ihr dabei um die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Bearbeitung allfälliger sie betreffender Daten durch die Wettbewerbsbehörden ginge, macht sie selber nicht geltend, was im Übrigen auch in Übereinstimmung mit dem Hauptantrag steht. Es erscheint daher zumindest fraglich, ob die mit dem Einsichtsgesuch verfolgten Interessen aus rein datenschutzrechtlicher Sicht schutzwürdig wären (womit im Übrigen keineswegs die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der von [der Gesuchstellerin] verfolgten Interessen in Frage gestellt werden soll) oder ob damit nicht vielmehr Art. 8 DSGVO zweckentfremdet in Anspruch genommen würde.<sup>35</sup> Abschliessend geklärt zu werden braucht dies jedoch nicht, da die WEKO Art. 8 DSGVO gar nicht als anwendbar erachtet.

35. Zu beachten wäre ferner, dass mit einer Bekanntgabe allfälliger [die Gesuchstellerin] betreffender Daten in casu unweigerlich immer auch eine Bekanntgabe von Personendaten Dritter verbunden wäre. Denn die allfälligen [die Gesuchstellerin] betreffenden Daten bezögen sich regelmässig auf konkrete Beschaffungen, bei welchen sie die zuständige Beschaffungsstelle war. Bereits aus der blossen Nennung des Projektnamens einer von [der Gesuchstellerin] durchgeführten Ausschreibung wären für sie unter anderem ohne Weiteres die Baugesellschaften erschliessbar, die Offerten einreichten. Dabei handelt es sich um Personendaten (Art. 3 Bst. a DSGVO) der Baugesellschaften, welche [der Gesuchstellerin] gegenüber – mit einer Bekanntgabe allfälliger sie betreffender Daten untrennbar verbunden – bekanntgegeben würden. Diese Konstellation erfordert in jedem Fall eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSGVO, ferner Art. 9 Abs. 2 Bst. a DSGVO). Eine Interessenabwägung ist aber auch bei den nachfolgend als anwendbar betrachteten gesetzlichen Grundlagen vorzunehmen. Hinsichtlich dieser vorzunehmenden Interessenabwägung sei daher auf die nachfolgenden Ausführungen unter dem entsprechenden Titel verwiesen.

36. [Die Gesuchstellerin] ist mit dieser Einschätzung einverstanden. Die Gesuchsgegner sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung von Art. 8 DSGVO äussern.

37. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 8 DSGVO auf das vorliegende Gesuch nicht anwendbar ist, soweit sich mit [der Gesuchstellerin] eine öffentlich-rechtliche Körperschaft darauf beruft.

#### Art. 19 DSGVO

38. Art. 19 DSGVO sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekannt gegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

39. Ebenfalls in Frage kommt eine Bekanntgabe, wenn die Voraussetzungen von Abs. 1<sup>bis</sup> dieser Bestimmung erfüllt sind. Für die WEKO ist keine spezifische gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO ersichtlich. Eine solche wird von [der Gesuchstellerin] auch nicht genannt; auch in ihrer Stellungnahme vom 27. Januar 2014 zur ersten Einschätzung der Rechtslage durch das Sekretariat nicht. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob eine der in Art. 19 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> DSGVO aufgeführten Voraussetzungen gegeben ist.

40. In Frage kommen vorliegend insbesondere Bst. a und d von Art. 19 Abs. 1 DSGVO. Bst. b (Einwilligung der betroffenen Person) kommt nicht in Betracht. Damit die Bekanntgabe eines konkreten Projektes in Frage kommt, ist es notwendig, dass sämtliche Abredeteilnehmer eines Projektes der Bekanntgabe zustimmen. Vorliegend liegt kein solcher Fall vor. Diverse Abredeteilnehmer haben sich vielmehr explizit dagegen ausgesprochen, dass ihre Personendaten bekanntgegeben werden.

41. Allgemein zugänglich gemacht haben die Parteien die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden nicht, weshalb Bst. c ebenfalls nicht greift. Da es weder um eine aktive Information seitens der Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGÖ geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO ausser Betracht.

42. Ein Gesuchsgegner wendet gegenüber der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 DSGVO ein, dass dieser Absatz als Kann-Vorschrift ausgestaltet sei und somit in keinem Fall eine Pflicht der Wettbewerbsbehörden generiere, Informationen bekanntzugeben.

<sup>34</sup> BGE 138 III 425 E. 5.3.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu BGE 138 III 425 E. 5.4 ff.

43. Diesem Vorbringen ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Kann-Vorschrift bringt nichts anderes als ein sogenanntes Entschliessungsinteresse zum Ausdruck.<sup>36</sup> Dieses Ermessen hat die WEKO aber pflichtgemäss auszuüben, wobei sie dabei insbesondere auch auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu achten hat,<sup>37</sup> was die WEKO in den vorliegenden Erwägungen tut.

44. Derselbe Gesuchsgegner erachtet die Anwendung des DSG zudem im Allgemeinen (und damit auch die Anwendung von Art. 19 DSG) grundsätzlich für ausgeschlossen, weil vorliegend ein Gemeinwesen eine Datenbekanntgabe beantrage. Da das DSG eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung darstelle, könne ein Gemeinwesen von vornherein keine Auskünftsansprüche aus dem DSG geltend machen.

45. Diese Einschätzung ist insofern nicht zutreffend, als Art. 8 DSG die eigentliche Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt. Art. 8 DSG gibt einer Person Einsichtsrechte in eigene Personendaten. Wie oben dargelegt, kann sich ein Gemeinwesen aus Sicht der WEKO nicht auf diese Bestimmung berufen (siehe dazu die Ausführungen in Rz 28 ff.). Art. 19 DSG dagegen behandelt die Möglichkeit, unter gewissen Umständen in Personendaten anderer Einsicht zu nehmen. Damit ist auch – im Sinne der informationellen Selbstbestimmung – ein Schutz dieser Personendaten verbunden. Auf diesen Schutz kann sich aber nicht [die Gesuchstellerin] berufen (was sie auch nicht tut), sondern die Person, die sich gegen eine Einsichtnahme zur Wehr setzt (d.h. die Gesuchsgegner). Die Hinweise zur informationellen Selbstbestimmung stehen einer Anwendung von Art. 19 DSG also nicht grundsätzlich im Weg.

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG

46. Bei Bst. a handelt es sich um eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung.<sup>38</sup> Dass [die Gesuchstellerin] als öffentlich-rechtliche Körperschaft gesetzliche Aufgaben erfüllt und damit als Empfänger der Daten in Frage kommt, ist evident. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Daten für die Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben unentbehrlich sind. Gemäss Gesuch [der Gesuchstellerin] vom 4. November 2013 arbeitet [die Gesuchstellerin] seit Jahren regelmässig mit bestimmten in der WEKO-Verfügung genannten Bauunternehmen zusammen. Sie wolle nun sicherstellen, dass Steuergelder nicht unrechtmässig bzw. aufgrund von Absprachen zwischen Bauunternehmen in zu hohem Mass verwendet werden.

47. Die WEKO versteht das Gesuch [der Gesuchstellerin] so, dass es dieser darum geht, zu erfahren, ob in der WEKO-Untersuchung 22-0384 unzulässige Wettbewerbsabreden aufgedeckt wurden, bei welchen [die Gesuchstellerin] Beschaffungsstelle/Bauherrin war. Es ist davon auszugehen, dass dieses Anliegen dem Zweck dient, die Existenz von allfälligen Zivilansprüchen [der Gesuchstellerin] gegenüber von Abredeteilnehmern zu prüfen und gegebenenfalls deren Durchsetzung zu ermöglichen. Die hinter diesem Anliegen stehende gesetzliche Aufgabe dürfte im schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln liegen. Weitere Anliegen bzw. gesetzliche Aufgaben macht [die Gesuchstellerin] nicht geltend.

48. Für das genannte Anliegen erachtet die WEKO eine Einsichtnahme in die Untersuchungsakten nur, aber immerhin, insoweit als unentbehrlich, als es um allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Projekte geht, in welche [die Gesuchstellerin] involviert war. Für die Verfolgung dieses Anliegens dürfte eine Einsichtnahme in allfällige Passagen der Verfügung sowie allenfalls dazu vorliegende Sachbeweise (wie z.B. beschlagnahmte Akten) ausreichend sein. Denn die Ausführungen der Parteien werden in der Verfügung detailliert wiedergegeben und zusammen mit den vorliegenden Beweisen umfassend gewürdigt. Eine Einsichtnahme in weitere Verfahrensakten, die allfällige Projekte betreffen sollten (wie z.B. Stellungnahmen der Parteien oder Anhörungsprotokolle), erscheint der WEKO für die Verfolgung des Anliegens [der Gesuchstellerin] als entbehrlich. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bietet keine Grundlage für eine Einsichtnahme in diese weiteren Verfahrensakten.

49. [Die Gesuchstellerin] zeigte sich mit diesem Vorgehen einverstanden.

50. Ein Gesuchsgegner bringt hierzu vor, dass die Amtshilfe nur in Bezug auf ein spezifisches erstinstanzliches, nichtstreitiges Verwaltungsverfahren [der Gesuchstellerin] möglich sei. Für die Erreichung der von [der Gesuchstellerin] vorgebrachten Ziele sei die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung entbehrlich. Die Verfolgung von Zivilforderungen stelle zudem gar keine Amtshandlung dar. [Die Gesuchstellerin] bewege sich hierbei im Bereich des Privatrechts.

51. Die vom Gesuchsgegner zitierte Stelle in der Literatur nennt den Bezug zu einem erstinstanzlichen Verfahren lediglich als Beispiel.<sup>39</sup> Mit der Amtshilfe kann einer anderen Behörde aber zur Vornahme jeder Amtshandlung Hilfe geleistet werden. Und auch wenn die Einreichung einer Zivilklage durchaus einen privatrechtlichen Akt darstellen mag, so kann doch die Abklärung bzw. Geltendmachung von Ansprüchen, gestützt auf die Pflicht zum haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln, als Amtshandlung qualifiziert werden.

52. Ein Gesuchsgegner weist weiter darauf hin, dass keine Auskunft erteilt werden dürfe, wenn andere Wege möglich seien, die gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen (auch wenn diese beschwerlich seien). Welche anderen Wege im vorliegenden Fall möglich wären, wird dabei allerdings nicht erklärt.

53. Ein Gesuchsgegner macht schliesslich geltend, dass die Anwendung von Art. 19 Abs.1 Bst. a DSG [der Gesuchstellerin] gegenüber Privatpersonen Vorteile verschaffen würde, weil sich eine Privatperson für die Durchsetzung von Zivilansprüchen nicht auf die Amtshilfe berufen könnte.

<sup>36</sup> Siehe dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, 203 (zitiert: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER).

<sup>37</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 36), 204.

<sup>38</sup> Siehe etwa BSK DSG-EHRENSPERGER (Fn 25), Art. 19 DSG N 7.

<sup>39</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, 290 Rz 1258.

54. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass ein Gemeinwesen gestützt auf Pflichten handelt, die einer Privatperson nicht zukommen. Eine Privatperson kann ein Einsichtsgesuch zudem gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO prüfen lassen.

55. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO gegeben sind. Eine Bekanntgabe ist allerdings nur möglich, wenn keine andere Gesetzesbestimmung dagegensteht und soweit die vorzunehmende Interessenabwägung nicht dagegenspricht (siehe zu diesen Punkten die Ausführungen unter Rz 82 ff. bzw. Rz. 112 ff.).

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO

56. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO sieht zwei Varianten vor: Er ermöglicht die Bekanntgabe von Personendaten, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren.

57. In der Variante der Sperrung der Bekanntgabe (vgl. dazu Art. 20 DSGVO) kommt Bst. d vorliegend nicht in Betracht, da keine solchen Sperrungen vorliegen.

58. In der Variante der Verweigerung der Einwilligung ist die Anwendung von Bst. d allerdings näher zu prüfen. Diese Variante kann aber von vornherein nur Verfügungspassagen und Verfahrensakten betreffen, in welchen [die Gesuchstellerin] erwähnt wird.

59. Diverse Gesuchsgegner wehren sich gegen die Bekanntgabe von Personendaten aus der Verfahrensakten. Es ist naheliegend und damit glaubhaft, dass die Einwilligung gerade deshalb verweigert wird, um eine Inanspruchnahme durch die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Auftraggeber zu vermeiden.

60. Das Verweigerung einer Einwilligung zur Datenbekanntgabe, um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer Interessen zu verwehren, muss im Übrigen nicht der einzige mögliche Grund für die Verweigerung sein. Es können daneben noch andere Gründe bestehen. Da Bst. d ja gerade die Wahrnehmung von schutzwürdigen Interessen bzw. die Durchsetzung von Rechtsansprüchen ermöglichen soll, muss es ausreichen, wenn es naheliegend ist, dass dieser Grund in den Überlegungen der Person, die sich gegen die Bekanntgabe wehrt, eine wichtige Rolle spielt.

61. Mehrere Gesuchsgegner bringen vor, Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO sei nur einschlägig, wenn eine Einwilligung in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise verweigert werde. Es bestehe keine Rechtspflicht, die von [der Gesuchstellerin] verlangten Daten herauszugeben, weshalb die Verweigerung der Herausgabe auch keinen Rechtsmissbrauch darstellen könne. Zudem sei Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO auf Fälle wie Zahlungsverweigerungen von bereits feststehenden Rechtspflichten wie z.B. Alimenten, Sozialversicherungsbeiträgen und Schulden zugeschnitten. Schliesslich beziehe sich Bst. d auf die Bekanntgabe von Personendaten der „betroffenen Person“. Diese bzw. ein spezifischer Einzelfall müsse in einem Gesuch gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO klar bezeichnet werden. Andernfalls liege eine „fishing expedition“ vor.

62. Diesen Einwänden kann nicht gefolgt werden. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO verlangt weder, dass eine Rechtspflicht zur Datenbekanntgabe besteht, noch dass ein Rechtsanspruch bereits feststeht. Ebensowenig schliesst Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO aus, dass sich diese Bestimmung neben den in der Literatur genannten Beispielen von Alimenten und sonstigen Schuldzahlungen auch auf Kartellzivilrechtsforderungen anwendet.

63. Auch der Bezug auf eine „betroffene Person“ steht der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO nicht entgegen. Mehrere Gesuchsgegner bezeichnen ein Gesuch wie das vorliegende als „fishing expedition“. Das Bundesgericht äusserte sich im Bereich des Amtshilfeverfahrens zu diesem Begriff: „Verboden sind reine Beweisausforschungen (‘fishing expeditions’). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen.“<sup>40</sup>

64. Der fragliche Sachverhalt, zu welchem [die Gesuchstellerin] die Bekanntgabe von Daten verlangt, ergibt sich aus dem Gesuch selbst, aber auch aus der publizierten Version der WEKO-Verfügung bzw. die hierzu ergangene Pressemitteilung der WEKO, auf die sich [die Gesuchstellerin] zumindest implizit bezieht. [Die Gesuchstellerin] verlangt in Bezug auf das konkrete WEKO-Verfahren 22-0384 die Herausgabe von Akten, die sich auf Projekte [der Gesuchstellerin] beziehen, bei welchen es zu Absprachen kam. [Die Gesuchstellerin] nennt zudem konkret zwei Firmen, für welche sie sich besonders interessiert. Als unzulässige reine Beweisausforschung kann ihr Gesuch nicht bezeichnet werden.

65. Zwar trifft es zu, dass [die Gesuchstellerin] die WEKO um die Herausgabe von Beweismitteln ersucht und damit unter anderem prüfen will, ob ihr Zivilansprüche gegen einzelne Verfügungsadressaten der WEKO-Verfügung zustehen. Sie ersucht damit aber um nichts anderes als um Informationen, die in einem Strafverfahren jedem Privatkläger ohne Weiteres zur Verfügung stehen würden.

66. Neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO ermöglicht somit auch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO eine Bekanntgabe von Daten der Gesuchsgegner an [die Gesuchstellerin].

67. Die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (vgl. Art. 4 DSGVO) sind auch bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 DSGVO zu beachten.<sup>41</sup> Dies setzt insbesondere voraus, dass die Bekanntgabe dem bei der Datenbeschaffung angegebenen, aus den Umständen ersichtlichen oder gesetzlich vorgesehenen Zweck entsprechen muss. Dieser Zweck muss sodann für die betroffene Person erkennbar gewesen sein.

68. Art. 19 Abs. 4 DSGVO regelt zudem, unter welchen Voraussetzungen von einer Bekanntgabe trotz gegebener Grundlage gemäss Abs. 1 oder 1<sup>bis</sup> von Art. 19 DSGVO gleichwohl abzusehen ist: Dies einerseits, wenn aufgrund

<sup>40</sup> BGE 128 II 407 E. 5.2.1.

<sup>41</sup> Siehe z.B. Handkommentar DSGVO-JÖHRI (Fn 29), Art. 19 DSGVO N 13.

einer Interessenabwägung die Interessen an einer Nichtbekanntgabe überwiegen (Bst. a), oder andererseits, wenn entgegenstehende Bestimmungen es verlangen (Bst. b). Hinsichtlich Art. 4 DSGVO, der vorzunehmenden Interessenabwägung (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO) sowie einer allenfalls der Datenbekanntgabe entgegenstehenden Gesetzesbestimmung (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO) sei auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

### B.2.1.3 BV

#### Art. 29 Abs. 2 BV

69. Eine Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens<sup>42</sup> gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls eine Abwägung der involvierten, einander gegenüberstehenden Interessen voraus.<sup>43</sup> Insofern liegt eine Übereinstimmung mit Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO vor. Vom Bundesgericht nicht erwähnt wird in diesem Zusammenhang hingegen das Bestehen einer entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift (vgl. dazu im datenschutzrechtlichen Kontext Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO wie auch Art. 9 Abs. 1 Bst. a DSGVO). Allerdings ist aufgrund der Einheit der Rechtsordnung davon auszugehen, dass dieser Vorbehalt auch hier gilt.

70. In Anbetracht der grundrechtlichen Ableitung dieses Einsichtsrechts ausserhalb eines hängigen Verfahrens kann sich eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft grundsätzlich nicht hierauf berufen. Zur Begründung sei auf die vorangehenden Ausführungen zu Art. 8 DSGVO verwiesen. Anderes gilt lediglich insoweit, als dass es um die Geltendmachung von Zivilansprüchen geht. Insofern handelt die öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft wie ein Privater. Dient die – von den betroffenen Personen verweigerte – Einsichtnahme in Personendaten der Durchsetzung von Rechtsansprüchen, wird Art. 29 Abs. 2 BV aus Sicht der WEKO allerdings durch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO auf Gesetzesstufe konkretisiert. Art. 29 Abs. 2 BV führt vorliegend zum selben Ergebnis wie die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO. Geht es also bei der Einsichtnahme um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen, hat Art. 29 Abs. 2 BV vorliegend keine eigenständige Bedeutung.

71. [Die Gesuchstellerin] äussert sich nicht zur Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BV. Soweit sich die Gesuchsgegner zu Art. 29 Abs. 2 BV äussern, lehnen sie ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ab. Betont wird dabei, dass selbst wenn Art. 29 Abs. 2 BV zur Anwendung käme, [die Gesuchstellerin] keine Einsichtsrechte daraus ableiten könnte, weil sie kein schützenswertes Interesse glaubhaft machen könne.

72. Art. 29 Abs. 2 BV gewährt Ansprüche auf Akteneinsicht auch nach Verfahrensabschluss und dies sowohl gegenüber vom Verfahren Betroffenen als auch Dritten, sofern der Rechtssuchende ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.<sup>44</sup> Aus Sicht der WEKO kann sich [die Gesuchstellerin] neben DSGVO-Ansprüchen zusätzlich auf Art. 29 Abs. 2 BV berufen. Die nachfolgende Prüfung der Interessenlage ergibt zudem, dass sie sich dabei auf besonders schützenswerten Interessen berufen kann (Rz 112 ff.), sodass Art. 29 Abs. 2 BV zum selben Ergebnis wie die Anwendung der DSGVO-Normen führt.

#### Art. 44 Abs. 2 BV

73. Gemäss Art. 44 Abs. 2 BV zweiter Satz leisten Bund und Kantone einander Amts- und Rechtshilfe. In der Literatur wird dazu die Frage aufgeworfen (jedoch nicht beantwortet), ob unmittelbar gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BV Amtshilfe vom Bund an die Kantone „ohne konkretisierendes Gesetz erfolgen“ darf.<sup>45</sup>

74. Mit Art. 19 Abs. 1 DSGVO, insbesondere Bst. a, besteht eine Bestimmung auf Gesetzesstufe, welche die Voraussetzungen der Amtshilfe (unter anderem vom Bund an die Kantone) weiter konkretisiert, soweit es um die Bekanntgabe von Personendaten geht. Art. 44 Abs. 2 BV kann aus Sicht der verfügenden Behörde bei Betroffenheit von Personendaten keine über Art. 19 DSGVO hinausgehende resp. inhaltlich davon abweichende Ermächtigung zur Leistung von Amtshilfe des Bundes gegenüber den Kantonen entnommen werden. Vielmehr regelt Art. 19 DSGVO diesfalls die Voraussetzungen umfassend, weshalb Art. 44 Abs. 2 BV insofern keine eigenständige Bedeutung hat.

75. [Die Gesuchstellerin] äussert sich nicht zur Anwendung von Art. 44 Abs. 2 BV. Soweit sich die Gesuchsgegner zu Art. 44 Abs. 2 BV äussern, lehnen sie ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BV ab.

76. Gestützt auf das Gesagte ergibt sich, dass Art. 44 Abs. 2 BV vorliegend nicht zur Anwendung gelangt.

### B.2.1.4 Zusammenfassung zu den gesetzlichen Grundlagen

77. Aufgrund des grundrechtlichen Charakters von Art. 8 DSGVO und Art. 29 Abs. 2 BV kann sich [die Gesuchstellerin] als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft aus Sicht der WEKO weder auf die eine noch die andere Bestimmung berufen. Soweit es um die Durchsetzung von Rechtsansprüchen geht und sie insofern wie ein Privater handelt, hat Art. 29 Abs. 2 BV in vorliegendem Zusammenhang neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a und d DSGVO keine weitergehende Bedeutung und führt zum selben Ergebnis.

78. Art. 44 Abs. 2 BV hat in vorliegendem Zusammenhang neben Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO keine eigenständige, weitergehende Bedeutung.

79. Auch Art. 6 BGÖ bildet keine Grundlage für die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung oder von Teilen daraus. Ein Verfahren gemäss Art. 49a KG stellt ein Strafverfahren im Sinne des BGÖ dar, sodass das BGÖ auf die entsprechenden Verfahrensakten keine Anwendung findet.

80. Als Grundlage für eine Einsichtnahme anerkennt die WEKO jedoch die allgemeine Amtshilfenorm von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, ebenso Bst. d derselben Bestimmung.

<sup>42</sup> Siehe dazu GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2008, Art. 29 N 29 (zitiert: Kommentar BV-Autor).

<sup>43</sup> Vgl. BGE 129 I 249 E. 5.

<sup>44</sup> BGE 129 I 249, 253 E. 3; siehe auch Bundesgerichtsentscheid 1P.240/2002 vom 18.10.2002, E. 3.1.

<sup>45</sup> So Kommentar BV-KNAPP/SCHWEIZER (Fn 42), Art. 44 BV N 25.

81. Nachfolgend wird dargelegt, weshalb vorliegend keine Gesetzesbestimmung der Bekanntgabe entgegensteht und weshalb auch die Voraussetzungen von Art. 4 DSG erfüllt sind.

## B.2.2 Entgegenstehende Gesetzesbestimmungen

82. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG schliesst eine Bekanntgabe von Personendaten aus, wenn solches in einem Gesetz vorgesehen ist. Art. 25 Abs. 1 KG hält fest, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren. Abs. 2 hält weiter fest, dass sie „Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten“ dürfen. Abs. 3 von Art. 25 KG führt aus, dass dem Preisüberwacher von den Wettbewerbsbehörden diejenigen Daten weitergegeben werden dürfen, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.

83. Ein überwiegender Teil der Lehre leitet aus dem Zusammenspiel dieser drei Absätze ab, dass eine Weitergabe von Informationen durch die Wettbewerbsbehörden an andere Behörden vollständig ausgeschlossen ist, dies mit Ausnahme des in Abs. 3 ausdrücklich genannten Preisüberwachers.<sup>46</sup> Abs. 2 wird von diesem Teil der Lehre also als generelles Verbot der Gewährung von Amts- und Rechtshilfe verstanden,<sup>47</sup> Abs. 3 als Ausnahme davon. Ein Autor sieht den Zweck von Abs. 3 demgegenüber darin, die Weitergabe von Informationen an den Preisüberwacher und deren Verwendung in dessen eigenen Verfahren an Voraussetzungen zu knüpfen, was deshalb erforderlich ist, weil der Preisüberwacher an den Sitzungen der Wettbewerbskommission mit beratender Stimme teilnimmt und er andernfalls die daraus gewonnenen Erkenntnisse ohne Weiteres (also voraussetzungslos) selber verwenden könnte. Weder von Abs. 2 noch von Abs. 3 geregelt wird nach dieser Ansicht aber die Amts- oder Rechtshilfeleistung an andere Behörden oder Gerichte. Entsprechend ist dieser Autor der Ansicht, eine generelle Verweigerung der Aktenedition gegenüber Verwaltungsbehörden der Kantone und des Bundes lasse sich nur in krassen Fällen rechtfertigen; grundsätzlich dürfte es vielmehr genügen, wenn den Schutzanliegen des Amtsgeheimnisses durch geeignete Schutzmassnahmen Rechnung getragen würde.<sup>48</sup> Das Verhältnis zwischen Art. 25 KG und Art. 19 DSG wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich oder vertieft behandelt.

84. Die Botschaft zum KG<sup>49</sup> hält zu Art. 25 KG fest: „Wie bereits im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im zivilrechtlichen Verfahren ausgeführt, besteht im Rahmen eines Wettbewerbsverfahrens die Gefahr, dass heikle Unternehmensdaten in falsche Hände geraten. Die Wettbewerbsbehörden werden daher in Artikel 25 E[-KG] verpflichtet, Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten“. Bezüglich der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in zivilrechtlichen Verfahren führt die Botschaft aus: „Im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens über wettbewerbliche Sachverhalte kann es für die Beweisführung der Parteien erforderlich sein, sensible innerbetriebliche Informationen oder auch geheime Daten über das eigene Marktverhalten im Verfahren offenzulegen“ und weiter: „Ein spezifischer Schutz dieser Geheimnisse drängt sich für den Bereich des Wettbewerbsrechts in besonderem

Masse auf. Er soll verhindern, dass die potentiellen Anspruchsberechtigten in einem Zivilverfahren wegen der Gefahr der Publikation von heiklen Unternehmensdaten bereits aus faktischen Gründen darauf verzichten, ihre Wettbewerbsstellung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zu verteidigen“.<sup>50</sup>

85. Der Regelungsgehalt von Art. 25 KG, insbesondere dessen Abs. 2, ist in der Tat – wie dies auch in der Lehre festgestellt wird<sup>51</sup> – wenig klar. Dem Wortlaut von Abs. 2 ist aus Sicht der WEKO nur, aber immerhin, zu entnehmen, dass die Erkenntnisse bloss zweckgebunden verwendet werden dürfen. Damit wird die grundsätzliche Zweckgebundenheit der Bearbeitung von Daten, welche sich bereits aus Art. 4 Abs. 3 DSG ergibt, in Kartellrechtsverfahren auf jegliche Arten von Daten ausgedehnt (also nicht nur auf personenbezogene). Deckt sich der Zweck der vorliegend beabsichtigten Datenbekanntgabe mit dem Zweck von Art. 25 KG ist damit auch der Zweck gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG gedeckt.

86. Weiter wird mit Art. 25 Abs. 2 KG hervorgehoben, dass dem mit der Datenerhebung verfolgten Zweck in Kartellverfahren eine erhöhte Bedeutung zukommt. Gegenstand von Verfahren der Wettbewerbsbehörden – und damit auch deren Zweck – können entweder die Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen oder von Unternehmenszusammenschlüssen sein. Insbesondere auskunftspflichtige Unternehmen sollen nicht befürchten müssen, dass ihre – zuweilen unternehmerisch sensiblen – Angaben für andere Zwecke als die Verfolgung dieser kartellrechtlichen Anliegen verwendet werden und diese – mit den Worten der Botschaft – in „falsche Hände geraten“. Die Wettbewerbsbehörden sind bei ihren Beurteilungen oft gerade auf solche internen, sensiblen und oftmals als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierende Angaben angewiesen. Der Zusicherung einer entsprechend zweckgebundenen Datenverwendung einzig für kartellrechtliche Anliegen kommt daher entscheidende Bedeutung zu, bestünde doch andernfalls die Gefahr, dass Unternehmen ihrer Auskunftspflicht bloss noch

<sup>46</sup> So etwa BSK KG-BANGERTER (Fn 11), Art. 25 KG N 36; URS ZENHÄUSERN, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 25 KG N 10; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, Rz 3.97; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 25 KG N 31 ff., der allerdings eine Entbindung vom Amtsgeheimnis bei Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen gemäss Art. 320 Abs. 2 StGB durch die Aufsichtsbehörde als zulässig erachtet (womit aber unbeantwortet bleibt, gestützt auf welche Norm eine solche Amtshilfe oder Datenbekanntgabe geleistet werden könnte, denn Art. 320 Abs. 2 StGB als strafatbestandsbezogene Vorschrift kann hierfür nicht die Grundlage sein, sondern nur, aber immerhin, die konkret handelnde natürliche Person von der Strafdrohung gemäss Art. 320 Abs. 1 StGB befreien).

<sup>47</sup> Mangels Relevanz in casu braucht hier nicht auf den Meinungsstreit eingegangen zu werden, ob Art. 25 Abs. 2 KG die Verwendung von in einem Verfahren der Wettbewerbsbehörden gewonnenen Erkenntnissen in anderen Verfahren der Wettbewerbsbehörden ausschliesst oder nicht.

<sup>48</sup> JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., 2011, N. 9 ff., insbesondere Art. 25 KG N 11.

<sup>49</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (zitiert: Botschaft zum KG).

<sup>50</sup> Botschaft zum KG (Fn 49), 593 Ziff. 245.

<sup>51</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 11), Art. 25 KG N 35.

halbherzig nachkommen würden. Dies wird durch Abs. 2 von Art. 25 KG abgesichert und garantiert. Die durch die Wettbewerbsbehörden gewonnenen Erkenntnisse dürfen entsprechend nur in diesem engen Bereich verwendet werden, nicht aber für die Verfolgung anderer öffentlicher Interessen oder Zwecke.

87. Hierbei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Schutz vor einer Verwendung durch „falsche Hände“ in erster Linie auskunftsverpflichteten Marktteilnehmern zukommen soll, die nicht Verfahrensparteien sind. Diese können den Wettbewerbsbehörden entscheidende Informationen zum Funktionieren von Märkten und Wettbewerbsverhältnissen liefern, also oft hoch sensible Informationen. Diese sollen nicht durch die Angst, dass ihre Informationen an Konkurrenten oder andere Behörden gelangen davor abgeschreckt werden, zur Aufdeckung von Kartellabreden beizutragen. Die Verfahrensparteien, die verdächtigt werden, sich an einem Kartell beteiligt zu haben, haben in der Regel ohnehin kein Interesse daran, Informationen zu liefern, die für die Aufdeckung von Abreden dienlich sein könnten. Es ist also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht in erster Linie ihnen den Schutz von Art. 25 Abs. 2 KG zukommen lassen wollte.

88. Hinzu kommt, dass mit Art. 48 Abs. 1 KG eine gesetzliche Grundlage für die Publikation von WEKO-Verfügungen besteht. Diese Publikationen enthalten regelmässig Angaben über das Abredeverhalten von Kartellanten und damit Informationen, gegen deren Offenlegung auf Gesuch hin sich die Gesuchsgegner vorliegend so heftig zur Wehr setzen. Wenn sich die Wettbewerbsbehörden – wie im vorliegenden Fall – zum Schutz des Instituts der Selbstanzeige (siehe dazu nachfolgend Rz 126 ff.) gegen eine vollständige Publikation entscheiden, folgt daraus nicht, dass auch eine Bekanntgabe auf Gesuch hin verunmöglicht würde. Für die WEKO steht fest, dass sämtliche Informationen, die gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG publiziert werden dürfen, auch auf Gesuch hin bekanntgegeben werden dürfen. Art. 25 Abs. 2 KG kann einem solchen Vorgehen nicht entgegenstehen.

89. Mit Abs. 3 von Art. 25 KG ist schliesslich das Verhältnis zum Preisüberwacher angesprochen. In Bezug auf ihn wird die genannte Zweckbindung gelockert, da die von ihm mit seinen Aufgaben verfolgten Zwecke ebenfalls zur Erkenntnisverwertung berechtigen, sofern die Kenntnisse hierfür erforderlich sind.

90. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 DSG bedeutet das Gesagte, dass Art. 25 Abs. 2 KG nicht eine Norm ist, die generell jegliche Amtshilfeleistung (z.B. gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG) oder Datenbekanntgabe (z.B. gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG) ausschliesst. Jedoch sieht Art. 25 Abs. 2 KG hierfür zusätzliche resp. erhöhte Voraussetzungen vor, die allerdings nicht in erster Linie die Kartellanten schützen sollen. Eine Datenbekanntgabe ist nur, aber immerhin, insoweit zulässig, als dass der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich ist mit dem vom Kartellrechtsverfahren verfolgte Zweck. Dies heisst letztlich, dass auch der potentielle Datenempfänger einen vom Kartellgesetz angestrebten Zweck verfolgen muss. Bezüglich Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG bedeutet dies etwa, dass es dem potentiellen Datenempfänger um die Durchsetzung kartellrechtlicher

Rechtsansprüche gehen muss; hinsichtlich der Durchsetzung anderer Rechtsansprüche wäre eine Datenbekanntgabe hingegen gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 KG zu verweigern. Diese enge Zweckbindung führt dazu, dass aufgrund von Art. 25 Abs. 2 KG eine Amtshilfeleistung nur in bescheidenem Rahmen möglich ist. Generell ausgeschlossen wird die Amtshilfeleistung durch diese Bestimmung jedoch nicht.

91. Sämtliche Gesuchsgegner, die sich gegen die Bekanntgabe von Daten aus der WEKO-Verfügung aussprechen, bringen vor, dass Art. 25 KG generell jeder Form der Datenbekanntgabe entgegenstehe. Dies ergebe sich aus der wörtlichen, historischen, teleologischen und systematischen Auslegung von Art. 25 KG.

92. Für die wörtliche Auslegung verweisen die Gesuchsgegner zunächst auf die herrschende Lehre zu Art. 25 KG. Zudem bestehe der Zweck, welcher gemäss Art. 25 KG mit dem Verfahren verfolgt werde, im vorliegenden Fall aus dem Zweck einer Untersuchung. Dieser Zweck habe sich mit dem Abschluss der Untersuchung erschöpft. Eine Weitergabe an andere Behörden sei nicht mehr vom Zweck gedeckt, zu welchem die Daten erhoben wurden. Aus dem Wortlaut, wonach „sie“ (d.h. die Wettbewerbsbehörden) „Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten“, folge, dass eine Verwendung durch andere als Wettbewerbsbehörden ausgeschlossen sei.

93. Dieser Auslegung ist entgegenzuhalten, dass der „Zweck“, welcher mit dem „Verfahren“ verfolgt wird, entgegen der von den Gesuchsgegnern vertretenen Ansicht nicht zwangsläufig der unmittelbare Zweck der hier betroffenen Untersuchung sein muss (d.h. die Aufdeckung von Abreden und deren Sanktionierung). Es kann damit sehr wohl der Zweck gemäss Art. 1 KG gemeint sein (volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern). Auch die Ansicht, wonach die von den Wettbewerbsbehörden erlangten Informationen nur von anderen Wettbewerbsbehörden verwendet werden dürfen, findet in der Formulierung von Art. 25 Abs. 2 KG keine Stütze. Die Frage ist letztlich, was unter der „Verwendung“ zu verstehen ist. Unter dieser kann neben der eigenen Verwertung auch die Weitergabe an andere Behörden verstanden werden.

94. Zur historischen Auslegung weisen die Gesuchsgegner auf die bereits zitierte Formulierung aus der Botschaft hin, wonach Art. 25 KG verhindern soll, dass heikle Unternehmensdaten „in falsche Hände fallen“.

95. Dieses Zitat stellt zwar eine Aussage des historischen Gesetzgebers dar. In welchen Fällen bzw. bei einer Bekanntgabe an welche Stellen oder Personen es sich um die „falschen Hände“ handelt, ergibt sich daraus nicht. Damit dürften aber nicht in erster Linie Kartellopfer gemeint gewesen sein. Es ist nicht ersichtlich, weshalb durch diese Aussage die Durchsetzung der im Kartellzivilrecht vorgesehenen Rechtsansprüche verunmöglicht werden sollten. Vorstellbar wäre allerdings, dass der Gesetzgeber an die Bekanntgabe von Informationen an

Steuerbehörden oder Konkurrenten dachte. Der Ausdruck der „falschen Hände“ hat damit keinen von vornherein klaren Inhalt. Auch aus der historischen Auslegung können die Gesuchsgegner nichts zu ihren Gunsten ableiten.

96. Zur teleologischen Auslegung verweisen die Gesuchsgegner auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG. Art. 25 KG stelle das Korrelat zu dieser Pflicht dar. Nur eine umfassende Verschwiegenheitspflicht der Wettbewerbsbehörden stelle im ureigenen Interesse der Wettbewerbsbehörden sicher, dass die Wettbewerbsbehörden auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Wirtschaftskreisen zählen könnten. Gerade vor diesem Hintergrund sei die Auffassung abzulehnen, wonach eine Weitergabe von Informationen an Behörden mit Art. 25 Abs. 2 KG vereinbar sei, wenn der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich sei mit dem vom Kartellrechtsverfahren verfolgte Zweck. Denn die Offenlegung von Informationen, welche die WEKO im Rahmen ihrer Untersuchung erhoben hat, zum Zweck der Durchsetzung von kartellrechtlichen Rechtsansprüchen ausserhalb der Untersuchung verstosse gegen Art. 25 Abs. 2 KG.

97. Das letztgenannte Argument wiederholt die von den Gesuchsgegnern vorgenommene wörtliche Auslegung. Die Verwendung von Informationen, die im Rahmen einer Untersuchung erhoben wurden, wird durch Art. 25 Abs. 2 KG eben gerade nicht in genereller Weise ausgeschlossen. Zuzustimmen ist den Gesuchsgegnern allerdings darin, dass die Wettbewerbsbehörden selbst grösstes Interesse daran haben, dass die Personen, die ihnen Informationen zukommen lassen, dies umfassend und wahrheitsgemäss tun. Zur Förderung dieses Interesses ist es wichtig, dass die Wettbewerbsbehörden die erhaltenen Informationen vertrauensvoll behandeln und vor Zugriffen Dritter schützen. Dieser Problematik sind sich die Wettbewerbsbehörden durchaus bewusst. Dieses Schutzbedürfnis kann aus Sicht der WEKO aber auch befriedigt werden, wenn der Schutz vor Zugriffen nicht absolut ist und eine Bekanntgabe innerhalb der oben erwähnten engen Zweckbindung des Art. 25 Abs. 2 KG möglich ist. Dass der Schutz vor Zugriffen Dritter nicht absolut ist, ergibt sich im Übrigen bereits aus der möglichen Datenbekanntgabe an den Preisüberwacher (Art. 25 Abs. 3 KG).

98. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass es vorliegend um die Bekanntgabe von Auszügen aus der WEKO-Verfügung (inkl. weiteren Verfahrensakten wie insb. beschlagnahmte Dokumente) und damit insbesondere Ausführungen zu illegalen Abreden geht. Wie in jeder Untersuchung wussten die sanktionierten Unternehmen von Anfang an, was ihnen vorgeworfen wird, und sie konnten sich entsprechend verteidigen. Durch die geplante Bekanntgabe von Daten (gemäss Anhang dieser Verfügung, der allerdings [der Gesuchstellerin] erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt wird) werden ausserdem keine Geschäftsgeheimnisse offengelegt. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es im hier zu beurteilenden Fall um die Bekanntgabe von Informationen geht, welche die Wettbewerbsbehörden zu einem massgeblichen Teil mit Hilfe von Hausdurchsuchungen (also Zwangsmassnahmen) erstellen konnten.

99. Zur systematischen Auslegung weisen die Gesuchsgegner zudem auf Art. 25 Abs. 3 KG hin: Diese Bestimmung erwähne als einzige Behörde, an welche die Wettbewerbsbehörden Informationen weitergeben dürften, den Preisüberwacher. Daraus folge zwingend, dass eine Weitergabe von Informationen aus der Untersuchung an andere Behörden unzulässig sei. Neben Art. 25 Abs. 3 KG folge aber auch aus Art. 12 ff. KG (keine Informationspflichten oder -rechte der WEKO gegenüber Gerichten) und aus Art. 41 KG (keine Pflicht der Wettbewerbsbehörden gegenüber den Amtsstellen des Bundes und der Kantone), dass ein absolutes Weitergabeverbot bestehe.

100. Zum Argument, der Preisüberwacher sei aufgrund einer systematischen Auslegung die einzige Behörde, an welche die Wettbewerbsbehörden Informationen weitergeben dürften, ist die WEKO schon in Rz 83 und 86 eingegangen. Demnach versteht die WEKO Art. 25 Abs. 3 KG als Lockerung gegenüber der in Art. 25 Abs. 2 KG vorgesehenen engen Zweckbindung, sodass dem Preisüberwacher auch Informationen weitergegeben werden dürfen, die dieser für die Zwecke seiner Verfahren benötigt. Aus der Tatsache, dass in den zivilrechtlichen Bestimmungen in Art. 12 ff. KG und der Amtshilfebestimmung zugunsten der WEKO in Art. 41 KG keine Informationsrechte bzw. -pflichten vorgesehen sind, lässt sich nicht schliessen, dass dieses Schweigen einem bewusst gewählten System des Gesetzgebers entspreche.

101. Die Gesuchsgegner bringen weiter vor, dass die Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG, wonach eine Bekanntgabe an Dritte zulässig sei, sofern damit ein Zweck gemäss Kartellgesetz verfolgt werde, dem Zweckbindungsgebot gemäss Art. 4 DSG entspreche. Damit werde Art. 25 Abs. 2 KG entleert und verlöre jede Bedeutung.

102. Diese Einschätzung ist nicht zutreffend. Art. 25 Abs. 2 KG als Beschränkung der Datenbekanntgabe auf Fälle, in welchen der Datenempfänger einen kartellrechtlichen Zweck verfolgt, legt erst fest, welcher Zweck im Sinne von Art. 4 Abs. 3 DSG „gesetzlich vorgesehen“ ist.

103. Eine Partei sieht in Art. 43 KG eine weitere Gesetzesbestimmung, die zumindest indirekt die Weitergabe von Informationen verbietet. Art. 43 KG regle die Beteiligung Dritter *während* Untersuchungen und damit auch deren Partei- und Einsichtsrechte. *Nach* einer Untersuchung sei keine Beteiligung Dritter vorgesehen, weshalb eine Einsichtnahme Dritter in die Verfügung ausgeschlossen sei.

104. Diesem Hinweis ist entgegenzuhalten, dass sich Art. 43 KG nicht zu Rechten äussert, die einem Gesuchsteller *nach* einem Kartellverfahren zustehen, sodass diese Bestimmung die vorliegend in Frage stehende Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG weder ausschliesst noch beschränkt.

105. Als gesetzliche Einschränkungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG kommt Art. 43 KG nicht in Betracht, sondern einzig Art. 25 Abs. 2 KG. Dieser kann dahingehend ausgelegt werden, dass die Bekanntgabe von Informationen zwar einschränkt, aber nicht generell und vollumfassend ausschliesst. Eine Bekanntgabe von Daten ist möglich, wenn der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck deckungsgleich ist mit dem

vom Kartellrechtsverfahren verfolgte Zweck. Ob dies vorliegend der Fall ist, wird nachfolgend geprüft.

106. Wie oben ausgeführt, verfolgt [die Gesuchstellerin] mit einer Einsichtnahme das Anliegen, die allenfalls unrechtmässige Verwendung von Steuergeldern bzw. allfällige Ansprüche zu prüfen und damit den haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern sicherzustellen. Anwendung finden dabei jeweils unterschiedliche Rechtsgrundlagen, namentlich bezüglich Geltendmachung von Rechtsansprüchen (Schadenersatzansprüchen) Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG, bezüglich gesetzlicher Aufgabenerfüllung (schonungsvoller Umgang mit staatlichen Mitteln) Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG. Soweit sie die Verfolgung von auf das Kartellrecht abgestützten Rechtsansprüchen (insbesondere Schadenersatzforderungen) bezweckt und damit Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG zur Anwendung gelangt, stimmt der damit verfolgte Zweck mit dem Zweck der kartellrechtlichen Untersuchung überein. Es liegt letztlich ein vom Kartellrecht gedeckter Zweck vor. Folglich steht Art. 25 Abs. 2 KG vorliegend einer Datenbekanntgabe zur Verfolgung dieses Zwecks nicht entgegen. Eine entgegenstehende Vorschrift i.S.v. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG liegt demnach insoweit nicht vor. Soweit [die Gesuchstellerin] einen schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln durch Geltendmachung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche bezweckt und Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zur Anwendung kommt, besteht die ausreichende Zweckübereinstimmung in der Durchsetzung der damit geplanten Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Forderungen.

107. Ein Gesuchsgegner widerspricht dieser Schlussfolgerung. Er verweist auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG und damit wohl implizit auf Art. 4 Abs. 4 DSG und bringt vor, dass eine Bekanntgabe nur möglich sei, wenn sie dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung entspreche. Vorliegend seien die Daten aber nicht zum Zweck erhoben worden, sie an Gemeinwesen weiterzugeben.

108. Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Denn der Zweck, der durch die Bekanntgabe verfolgt werden muss, muss ein Zweck sein, der Art. 25 Abs. 2 KG entspricht. Ist diese Vorgabe erfüllt, ist auch die vom DSG bzw. KG verlangte Zweckmässigkeit erfüllt. Vorliegend ist dies der Fall, wie sich aus den oben gemachten Ausführungen ergibt (siehe Rz 105 f.).

109. Ein Gesuchsgegner bringt zudem vor, dass Art. 19 Abs. 1 DSG als Ausnahmenvorschrift konzipiert sei und deshalb restriktiv ausgelegt werden müsse. Ein Datenaustausch müsse sich primär nach spezifischen Normen im fraglichen Sachbereich stützen. Nur wenn keine solche vorhanden sei, dürfe Ausnahmsweise auf Art. 19 Abs. 1 DSG zurückgegriffen werden.

110. Hierzu ist Folgendes zu sagen: Unabhängig von der Frage, ob diese Einschätzung zutrifft, erfüllt die vorliegend geplante Datenbekanntgabe diese Vorgaben. Wie oben dargelegt besteht mit Art. 25 Abs. 2 KG keine fachspezifische Norm, welche die Datenbekanntgabe für den vorliegenden Fall umfassend regelt. Es kann – und muss – dazu vielmehr auf Art. 19 Abs. 1 DSG abgestellt werden. Bei der Anwendung dieses Artikels sind aber die Einschränkungen gemäss Art. 25 Abs. 2 KG zu beachten (gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG). Diese Einschränkung besteht darin, dass eine Datenbekanntgabe nur im engen Rahmen der in Art. 25 Abs. 2 KG vorgesehenen Zwecks

möglich ist, sodass die Bekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 DSG von vornerein sehr restriktiv ausgestaltet ist, was allerdings in erster Linie für die Auskünfte von nicht der Kartellteilnahme verdächtigen Unternehmen gilt.

111. Zusammenfassend zeigt sich, dass keine gesetzliche Bestimmung besteht, die eine Bekanntgabe von Untersuchungsakten ausschliessen würde (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG), soweit sie [die Gesuchstellerin] betreffen.

### **B.2.3 Interessenabwägung**

112. Zu prüfen bleibt, ob die nach dem Gesagten grundsätzlich mögliche Bekanntgabe von allfälligen von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen, in welche [die Gesuchstellerin] involviert war, aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gleichwohl zu verweigern oder einzuschränken ist. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG sieht diese Interessenabwägung ausdrücklich vor, indem er bestimmt, dass die Datenbekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden kann, wenn „wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen“.

#### **a) Interessen [der Gesuchstellerin]**

113. Die Interessen [der Gesuchstellerin] ergeben sich aus den oben genannten Anliegen. [Die Gesuchstellerin] geht es darum, mit ihren finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen.

114. Diese Interessen [der Gesuchstellerin] sind hoch zu gewichten, insbesondere soweit es um ihre Betroffenheit als Opfer von Kartellabreden geht. Die genannten Interessen stimmen grundsätzlich auch mit den öffentlichen Interessen der Wettbewerbsbehörden überein, namentlich Kartellrechtsverstösse aufzuklären, angemessen zu sanktionieren und Schäden zu kompensieren – dies sowohl mit Blick auf die Prävention wie auch die Repression. Die Wirksamkeit des Kartellrechts wird somit auch dadurch gefördert, dass die Kartellopfer ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen.

115. [Die Gesuchstellerin] bringt in ihrer Stellungnahme keine weiteren Interessen vor.

#### **b) Interessen der Gesuchsgegner**

116. Dem stehen die Interessen der betroffenen Bauunternehmen an einer möglichst weitgehenden Geheimhaltung der Erörterungen über ihr unzulässiges Verhalten in der Verfügung gegenüber.

117. Verschiedene Gesuchsgegner bringen vor – zum Teil unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – dass eine Bekanntgabe ihre schutzwürdigen Interessen verletzen würden. Eine auch nur auszugsweise Bekanntgabe könnte die Gesuchsgegner dem Risiko von ungerechtfertigten Prozesshandlungen aussetzen. Ungerechtfertigt seien die Prozesshandlungen, weil die geplante Datenbekanntgabe widerrechtlich sei.

118. Diese Einschätzung basiert auf einem Zirkelschluss. Das schutzwürdige Interesse an einer Datenbekanntgabe bzw. Geheimhaltung kann nicht aus der erst zu prüfenden Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Datenbekanntgabe



abgeleitet werden. Ein schutzwürdiges Interesse ist vielmehr Voraussetzung für eine allfällige Unzulässigkeit der Datenbekanntgabe.

119. Verschiedene Gesuchsgegner machen weiter geltend, mit der geplanten Offenlegung des Verfügungsauszugs würden Geschäftsgeheimnisse offengelegt.

120. Die WEKO beabsichtigt mit der geplanten Offenlegung eines Auszuges aus der WEKO-Verfügung (gemäss Beilage, die allerdings vorerst nur den Gesuchsgegnern zugestellt wird) sowie der Offenlegung eines beschlagnahmten Aktenstücks in keiner Weise die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Sie kann im genannten Auszug aus der Verfügung aber keine Geschäftsgeheimnisse erkennen. Die Gesuchsgegner nennen denn auch keine konkreten Passagen, die aus ihrer Sicht Geschäftsgeheimnisse darstellen, bzw. liefern sie keine Begründung, inwiefern welche Daten die Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses erfüllen.

121. So verständlich die Interessen der Gesuchsgegner an einer weitgehenden Geheimhaltung der Untersuchungsakten bzw. Teilen davon insgesamt auch sein mögen, so wenig schützenswert erscheinen sie aus objektiver Sicht.

### **c) Interessenabwägung soweit keine Selbstanzeige vorliegt**

122. Die Gegenüberstellung der genannten Interessen [der Gesuchstellerin] und der Gesuchsgegner führt zu einer „Grundkonstellation“, bei welcher die Interessen [der Gesuchstellerin] an einer Datenbekanntgabe höher zu gewichten sind als die entgegenstehenden Interessen. Diese „Grundkonstellation“ liegt vor, soweit Einsicht in Fälle verlangt wird, welche ohne die Kooperation eines Selbstanzeigers aufgedeckt werden konnten. Gestützt auf diese „Grundkonstellation“ sind die entsprechenden Passagen dieser Fälle gegenüber [der Gesuchstellerin] bekanntzugeben.

123. Bereits in der vorliegenden Verfügung kann die WEKO bekanntgeben, dass die Voraussetzungen für die Datenbekanntgabe gemäss der vorgenommenen Einschätzung in einem Fall erfüllt sind. Da damit nicht gesagt ist, welche Gesuchsgegner in diesen involviert sind, ist mit der Offenlegung dieser Information auch keine Bekanntgabe (bzw. Bearbeitung) von Personendaten verbunden. Um welchen Fall es sich dabei handelt, wird [der Gesuchstellerin] aber erst nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung bekanntgegeben. Mit anderen Worten wird ihr der Auszug aus der Verfügung (und dem offenzulegenden beschlagnahmten Aktenstück) erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt (gemäss den Anhängen des vorliegenden Entscheids, welche vorerst nur den Gesuchsgegnern zugestellt werden). Dieses Vorgehen drängt sich auf, um den Gesuchsgegnern die Möglichkeit einzuräumen, sich sinnvoll gegen die Bekanntgabe von Personendaten zu wehren und gegen die vorliegende Verfügung Beschwerde zu führen.

124. Neben dem genannten Fall gibt es möglicherweise weitere Fälle, in welchen die Interessenabwägung gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen zu einem anderen Ergebnis führt. Ob dies zutrifft, wird allerdings ausdrücklich offengelassen. [Der Gesuchstellerin] wird somit

nicht bekanntgegeben, ob es neben dem bereits genannten Fall, weitere Fälle gibt, in welchen sie betroffen war. Diese Information muss deshalb offen bleiben, weil mit der Klärung der Frage, ob es weitere Fälle gibt, ein Informationsbild entstehen könnte, das im Zusammenhang mit Gesuchen anderer Gesuchsteller einen unnötigen Interpretationsspielraum eröffnen könnte. Dies liegt daran, dass mehrere Gesuche eingegangen sind und die WEKO nicht ausschliessen kann, dass diese Gesuchsteller ihre jeweiligen Verfügungen untereinander austauschen. Würde nun die nachfolgende Begründung nur dann aufgeführt, wenn auch wirklich ein weiterer Fall vorliegt und würde sonst bekanntgegeben, dass kein weiterer Fall vorliegt, könnte dies einen Gesuchsteller zur Annahme verleiten, dass die Anführung der nachfolgenden Erwägungen bedeutet, dass es weitere Fälle gibt.

125. Deshalb wird nachfolgend ausgeführt, welche Interessenabwägung die WEKO vornehmen würde, falls es weitere Fälle gäbe, in welchen die Interessenabwägung zu einer Verweigerung der Datenbekanntgabe führen würde. Dies kann für [die Gesuchstellerin] zum unbefriedigenden Ergebnis führen, dass sie – sollte sie mit den nachfolgenden Überlegungen nicht einverstanden sein – eine Beschwerde einreichen müsste, ohne zu wissen, ob in der WEKO-Verfügung überhaupt weitere Fälle enthalten sind, die ihr im Falle eines Obsiegens offengelegt würden. Die WEKO ist sich dieses Nachteils bewusst, erachtet ihn aber im vorliegenden Fall als nötig, um die auf dem Spiel stehenden Interessen zu wahren.

### **d) Interessenabwägung soweit Abreden dank Selbstanzeigen aufgedeckt wurden**

126. Neben der in Rz 122 genannten „Grundkonstellation“ ist bei kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung eine „Spezielsituation“ zu berücksichtigen: Im Kartellrecht gibt es eine (ansonsten dem schweizerischen Recht unbekannt) Selbstanzeige („Kronzeugenregelung“ bzw. „Bonusregelung“). Art. 49a Abs. 2 KG hält fest, dass gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (also eine Selbstanzeige einreicht<sup>52</sup>), auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Hintergrund dieser Regelung ist, dass sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und vor allem horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen regelmässig im Geheimen getroffen und versteckt gehalten werden. Eine Aufdeckung solcher Absprachen durch die Wettbewerbsbehörden ist ausgesprochen schwierig; häufig ist hierfür Insiderwissen erforderlich, in jedem Fall aber ausgesprochen hilfreich. Dies ist zum einen der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden ohne Selbstanzeige gar nicht um die fraglichen Handlungen wissen.<sup>53</sup> Zum anderen kann dies aber auch der Fall sein,

<sup>52</sup> Als Selbstanzeiger gilt u.a. ein Unternehmen, das mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, indem es seine Teilnahme an einer unzulässigen Abrede offen legt und hierzu Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

<sup>53</sup> Sogenannte Eröffnungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

wenn im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet ist,<sup>54</sup> mithin im Moment der Selbstanzeige schon Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestanden. Denn trotz solcher Anhaltspunkte ist es ohne Weiteres möglich, dass es ohne Selbstanzeige an den letztlich für eine Verurteilung erforderlichen Beweismitteln mangelt, die Identifizierung und Deutung von relevanten Beweismitteln ohne Erläuterungen schwer fällt oder gar unmöglich ist oder es an entscheidenden Aussagen fehlt.<sup>55</sup> Auch solche Selbstanzeigen können einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten, wobei sich die Wichtigkeit des Beitrags im Ausmass der gewährten Sanktionsreduktion widerspiegelt.<sup>56</sup>

127. Seit Einführung dieses Instruments im Jahr 2004, welche gleichzeitig mit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellrecht erfolgte, hat sich in der bisherigen Praxis gezeigt, dass diesem Instrument essentielle Bedeutung bei der Aufdeckung und dem Beweis unzulässiger Absprachen zukommt. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, gerade auch von Submissionsabsprachen, wird dank dem Institut der Selbstanzeige wesentlich erhöht. Dies führt nicht nur dazu, dass das fragliche Verhalten in einem konkreten Fall repressiv geahndet werden kann, sondern hat auch einen kaum zu überschätzenden präventiven Effekt, indem es vom Treffen solcher Absprachen im Vorherein abschreckt. Es besteht folglich ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige, soweit es um Selbstanzeigen geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten.

128. Ob ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht oder nicht, hängt von seiner Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile ab. Neben der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der erwarteten Sanktionshöhe zieht es dabei unter anderem auch die anderweitig drohenden Nachteile in Betracht. Kartellrechtswidrige Abreden können insbesondere eine kartellzivilrechtliche Haftung und bei Submissionsabsprachen zudem eine vergaberechtliche Sanktionierung zur Folge haben. Diese Nachteile gänzlich auszuschliessen und dadurch den Anreiz zum Einreichen von Selbstanzeigen weiter zu erhöhen, mithin Selbstanzeiger auch in diesen Bereichen per Gesetz von Sanktionen resp. Ersatzansprüchen zu befreien, wäre Sache des Gesetzgebers. Dies hat er allerdings nicht getan. Dass eine solche Inanspruchnahme grundsätzlich droht, können die Wettbewerbsbehörden demnach nicht verhindern. Jedoch – und dies ist in vorliegendem Zusammenhang besonders wichtig – dient eine Selbstanzeige einzig der Aufdeckung und Überführung unzulässiger Verhaltensweisen in einem Kartellverwaltungsverfahren. So erliess der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Selbstanzeige im Kartellrecht nicht gleichzeitig eine Norm, wonach solche Informationen auch zur Durchsetzung anderweitiger Ansprüche verwendbar sind. Der Gesetzgeber entschied sich damit weder für einen grundsätzlichen Schutz eines Selbstanzeigers auch vor weiteren, neben der Sanktion gemäss Art. 49a KG bestehenden möglichen Nachteilen noch für eine automatische Herausgabe der durch die Selbstanzeige gewonnenen Informationen an andere Behörden oder Private.

129. Der Anreiz zur Einreichung einer Selbstanzeige in Kartellverwaltungsverfahren würde nun über Gebühr geschmälert, wenn Selbstanzeiger damit rechnen müssten, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichte Informationen<sup>57</sup> und Beweismittel an Dritte herausgeben und dadurch die mit einer Selbstanzeige für einen Selbstanzeiger womöglich verbundenen Nachteile geradezu fördern, ohne dass der Gesetzgeber dies im Kartellgesetz ausdrücklich so vorgesehen hätte. Mit einer Herausgabe von im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichten Informationen und Beweismitteln untrennbar verbunden ist daher die Gefahr, dass sich Unternehmen künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige und damit gegen eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entscheiden würden. Dies wiederum gefährdet das gute Funktionieren des Instituts Selbstanzeige, an dem – wie zuvor ausgeführt – ein sehr hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse besteht.

130. Auch das private Interesse eines Selbstanzeigers an der Geheimhaltung der Erörterungen über sein unzulässiges Verhalten in der Verfügung ist ein anderes als dasjenige der übrigen involvierten Bauunternehmen, jedenfalls soweit es wie in der vorliegend interessierenden Untersuchung um unzulässige Submissionsabsprachen bezüglich spezifischer Projekte geht. Denn der Selbstanzeiger liefert sich quasi „selbst ans Messer“ und er ist aufgrund seiner umfassenden Kooperationspflicht dazu verpflichtet, sämtliche Submissionsabsprachen offen zu legen, an welchen er beteiligt war. Demgegenüber können Unternehmen, welche sich gegen eine Kooperation entschieden haben, darauf hoffen, dass die Wettbewerbsbehörden nur einen Teil der Absprachen nachweisen können, an welchen sie beteiligt waren. Wie in der WEKO-Verfügung ausführlich dargelegt (Rz. 176 und 212 f.), führt dies dazu, dass aufgrund der unterschiedlichen Dunkelziffer bezüglich einem Selbstanzeiger im Vergleich zu anderen Bauunternehmen überdurchschnittlich viele von unzulässigen Absprachen betroffene Projekte bekannt sind. Eine umfassende Bekanntgabe der Daten würde einen Selbstanzeiger daher wesentlich härter treffen als diejenigen Bauunternehmen, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben. Und diese überdurchschnittliche Belastung für einen Selbstanzeiger entstünde gerade dadurch, weil er sich für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden und damit für eine Verwirklichung und Durchsetzung des Kartellrechts entschieden hat. M.a.W. erscheinen die privaten Interessen eines Selbstanzeigers im Vergleich zu Bauunternehmen, welche sich gegen eine solche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden entschieden haben, schützenswerter und zudem würde ihn eine Bekanntgabe faktisch härter belasten als nicht dergestalt kooperierende Bauunternehmen.

<sup>54</sup> Sogenannte Feststellungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

<sup>55</sup> Ausführlicher dazu RPW 2009/3, 219 Rz. 158 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>56</sup> Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG.

<sup>57</sup> Dass freiwillig mitgeteilte Informationen, deren Geheimhaltung seitens der Behörden zugesichert wurde, besonders schützenswert sind, zeigt auch Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

131. Liegt eine solche „Spezialsituation“ vor, bestehen demnach sehr hoch zu gewichtende öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige ebenso wie schützenswerte private Interessen des Selbstanzeigers selber. Diese Interessen überwiegen das Interesse [der Gesuchstellerin] an einer Datenbekanntgabe, soweit es um eine Selbstanzeige geht, die einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hat. Folglich ist bei Vorliegen solcher „Spezialsituationen“ die Offenlegung der entsprechenden Passagen gegenüber [der Gesuchstellerin] zu verweigern.

#### **B.2.4 Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 1-4 DSGVO)**

132. Gemäss Art. 4 DSGVO dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Abs. 1). Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3). Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 4).

133. Die Gesuchsgegner rügen, dass eine Datenbekanntgabe im oben beschriebenen Ausmass den Grundsatz der Zweckbindung verletze. Ausserdem wird vorgebracht, dass die Bekanntgabe unverhältnismässig sei.

134. Dass sich der Zweck der Datenbearbeitung auf einen gesetzlichen vorgesehenen Zweck stützt, lässt sich den vorangehenden Ausführungen in Rz 105 ff. entnehmen. Auch die Verhältnismässigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Abwägung) ergibt sich aus dem bereits Gesagten.

#### **B.2.5 Schlussfolgerung**

135. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass [der Gesuchstellerin] insoweit Einsicht in die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 (Anhang I) sowie dazugehöriger Sachbeweise (beschlaggenommenes Aktenstück gemäss Anhang II) gewährt wird, als dass die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, in welche [die Gesuchstellerin] involviert war, sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart werden. Soweit weitergehend wird keine Einsicht gewährt.

#### **B.3 Kosten**

136. Die Kosten einer Verfügung stellen Verwaltungsgebühren dar, welche wiederum zu den Kausalabgaben gehören. Kausalabgaben können nur erhoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn besteht. Wenn das Gesetz den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage nennt, kann es die Kompetenz zur Festlegung der Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegieren.<sup>58</sup> Ohne gesetzliche Grundlage könnten nur – aber immerhin – Kanzleigebühren erhoben werden.<sup>59</sup>

137. Die Gebührenbestimmung des Art. 53a KG sieht Gebühren für sonstige Dienstleistungen (Bst. c) vor. Unter

den sonstigen Dienstleistungen sind insbesondere Beratungen des Sekretariats zu verstehen.<sup>60</sup> Darunter dürfte aber auch die Bekanntgabe von Personendaten zu verstehen sein. Da aber eine weitere gesetzliche Grundlage besteht, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob dies der Fall ist.

138. Gemäss Art. 46a Abs. 1 RVOG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Zur Bundesverwaltung in diesem Sinne gehören sowohl die zentrale wie die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG).<sup>61</sup> Die Wettbewerbsbehörden werden – wie oben bereits erwähnt – der dezentralen Bundesverwaltung zugerechnet,<sup>62</sup> so dass Art. 46a RVOG auch auf diese anwendbar ist.

139. Art. 46a RVOG wurde als allgemeine gesetzliche Grundlage über die Gebührenerhebung bei Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung geschaffen. Er nennt den Kreis der Abgabepflichtigen (Verfügungssadressaten und Empfänger von Dienstleistungen), den Gegenstand (Verfügungen und Dienstleistungen) und die Bemessungsgrundlage (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip).<sup>63</sup> Unter einer Verfügung werden erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG verstanden.<sup>64</sup>

140. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Art. 46a RVOG durch den Erlass der AllgGebV<sup>65</sup> Gebrauch gemacht, welche im Übrigen auch für Gebühren gestützt auf Art. 53a KG gilt (Art. 1a GebV-KG<sup>66</sup>).

141. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung oder Dienstleistung veranlasst.

142. Die vorliegende Verfügung wurde durch [die Gesuchstellerin] veranlasst, sodass grundsätzlich auch sie für deren Kosten aufzukommen hat. In Art. 3 Abs. 1 AllgGebV (siehe auch Art. 3 Abs. 1 GebV-KG) ist aber vorgesehen, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erhebt, sofern diese Gegenrecht gewähren.

143. [...] haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Die WEKO verzichtet deshalb darauf, von [der Gesuchstellerin] Kosten zu erheben. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil das Gesuch nicht zuletzt gestützt auf die Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG teilweise gutgeheissen wird, mit welcher die Erledigung von Amtshandlungen ermöglicht werden soll.

<sup>58</sup> Siehe zum Ganzen BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 11), Art. 53a KG N 2.

<sup>59</sup> THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, Art. 46a N 7.

<sup>60</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 11), Art. 53a KG N 15.

<sup>61</sup> SÄGESSER (Fn 59), Art. 46a N 19.

<sup>62</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 11), Art. 19 KG N 5.

<sup>63</sup> Siehe zum Ganzen SÄGESSER (Fn 59), Art. 46a N 8 f.

<sup>64</sup> SÄGESSER (Fn 59), Art. 46a N 17 m.w.H.

<sup>65</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>66</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

144. Mehrere Gesuchsgegner beantragen die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.<sup>67</sup> Die Anträge der Gesuchsgegner auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung werden deshalb abgewiesen.

### **C. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird [der Gesuchstellerin]
2. Einsicht in die Verfügung der WEKO vom 22. April 2013 in der Untersuchung 22-0384 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gemäss Erwägungen gewährt, indem ihr der Verfügungsauszug gemäss Anhang I und eine Kopie des beschlagnahmten Aktenstücks gemäss Anhang II zugestellt wird.
3. Soweit weitergehend wird das Gesuch abgewiesen soweit darauf einzutreten ist.
4. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - [die Gesuchstellerin] (ohne Anhänge)
  - die Gesuchsgegner (mit Anhang I und Anhang II)

Wettbewerbskommission

[Rechtsmittelbelehrung]

---

<sup>67</sup> RPW 2012/2, 423 Rz 1210, Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

|       |   |
|-------|---|
| B 2.5 | <b>5. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. September 2014 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung</b> |
|-------|---|

## A. Sachverhalt

1. Am 22. April 2013 erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nach Abschluss der entsprechenden Untersuchung die Verfügung i.S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (nachfolgend: WEKO-Verfügung).<sup>1</sup> An diesem Verfahren waren 16 Unternehmen<sup>2</sup> beteiligt. Die WEKO deckte dabei rund 30 Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG<sup>3</sup> auf, an welchen 13 der genannten Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen beteiligt waren.<sup>4</sup> Die WEKO-Verfügung ist rechtskräftig.

2. In der publizierten Version der WEKO-Verfügung sind die jeweiligen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekten geschwärzt worden, d.h. sie wurden durch die Abdeckung [...] ersetzt.<sup>5</sup> Ein potentiell geschädigter Auftraggeber kann deshalb aufgrund der publizierten Version nicht erkennen, ob in der Verfügung ihn betreffende Submissionen enthalten sind bzw. ob er Opfer einer unzulässigen Abrede wurde.

3. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2013 verlangt [die Gesuchstellerin] beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) im Nachgang zur oben genannten Untersuchung „Einsicht in die vollständigen Unterlagen“. Auf welche Rechtsgrundlagen [die Gesuchstellerin] ihr Gesuch stützt und in welche Unterlagen der Untersuchung sie Einsicht nehmen möchte<sup>6</sup>, konkretisiert sie nicht weiter.

4. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 stellte das Sekretariat [der Gesuchstellerin] eine erste Einschätzung der Rechtslage bezüglich ihres Gesuches zu, ohne ihr allerdings zu diesem Zeitpunkt bekanntzugeben, ob in der WEKO-Verfügung überhaupt Projekte behandelt werden, bei welchen sie Auftraggeberin war. Für den Fall, dass in der Verfügung solche Projekte enthalten wären, wurde [der Gesuchstellerin] eine teilweise Gutheissung ihres Gesuches in Aussicht gestellt. So wäre ihr insoweit Einsicht in die WEKO-Verfügung zu gewähren, als a) die dortigen Ausführungen allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, bei welchen sie die zuständige Beschaffungsstelle war, und b) dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart würden. Bezüglich Ausschreibungen, in welchen die Voraussetzungen a) und b) nicht erfüllt wären, würde ihr keine Einsicht gewährt und das Gesuch abgewiesen. Falls keine Projekte vorhanden sein sollten, bei welchen [der Gesuchstellerin] die zuständige Beschaffungsstelle war, würde das Gesuch abgewiesen (mit der Mitteilung, dass die Verfügung keine solchen Projekte enthalten würde). Das Sekretariat setzte [der Gesuchstellerin] des Weiteren eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014.

5. Ebenfalls mit Schreiben vom 17. Januar 2014 wandte sich das Sekretariat an sämtliche Parteien der WEKO-Verfügung (Gesuchsgegner) und liess auch diesen die

soeben dargelegte erste Einschätzung der Rechtslage zukommen. Das Sekretariat setzte auch diesen eine Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Februar 2014.

6. Mit Schreiben vom 23. Januar 2013 teilte [die Gesuchstellerin] dem Sekretariat mit, dass sie mit dem beschriebenen Vorgehen einverstanden sei.

7. Die Gesuchsgegner äusserten sich nicht oder nur sehr marginal zum Gesuch [der Gesuchstellerin].

8. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## B. Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

9. Vorliegend geht es um die Behandlung eines Gesuches um Einsicht in Verfahrensakten eines Kartellverfahrens der WEKO nach Verfahrensabschluss und Rechtskraft. Die Wettbewerbsbehörden werden durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern gestützt auf den Umstand, dass sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe kommen aus Sicht der WEKO in Betracht:

- Art. 8 und 19 DSGVO<sup>7</sup>
- Art. 6 BGÖ<sup>8</sup>
- Art. 29 Abs. 2 BV<sup>9</sup>
- Art. 44 Abs. 2 BV

<sup>1</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>2</sup> D.h. 21 Parteien, von denen einige zum selben Unternehmen gehören (Mutter-Tochter-Gesellschaften).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Gegen drei Unternehmen wurde die Untersuchung ohne Folgen eingestellt (siehe Dispositiv der Verfügung; siehe dazu auch die Pressemitteilung der WEKO, abrufbar unter: weko.admin.ch >Aktuell >Medieninformationen >Medienmitteilungen 2013 >Medieninformation vom 18.6.2013).

<sup>5</sup> RPW 2013/4, 524 ff., siehe insb. 570 mit Hinweis vor Rz 223, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>6</sup> Zu den Verfahrensakten gehören neben der Verfügung vom 22. April 2013 unter anderem beschlagnahmte Dokumente, von gewissen Parteien freiwillig eingereichte Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien und Anhörungsprotokolle. Insgesamt umfassen die Verfahrensakten rund 13 Bundesordner.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

<sup>9</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

10. Die Zuständigkeit der WEKO ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie die WEKO-Verfügung erlassen hat, womit sich die vom Gesuch betroffenen Aktenstücke in ihrem Archiv befindet. Ausserdem erlässt die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw. einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 4 Geschäftsreglement WEKO<sup>10</sup>). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.<sup>11</sup>

11. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt, ist dem KG keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig.

## **B.2 Recht auf Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss**

### **B.2.1 Gesetzliche Grundlagen für eine Bekanntgabe von Personendaten**

#### **B.2.1.1 BGÖ**

##### **Art. 6 BGÖ**

12. Als gesetzliche Grundlage für die Behandlung des Gesuches [der Gesuchstellerin] kommt Art. 6 BGÖ in Betracht. Zugangsgesuche gemäss BGÖ sehen ein eigenständiges Verfahren vor (Art. 10 ff. BGÖ), welches das Sekretariat bereits durchgeführt hat. So hat es [der Gesuchstellerin] mit Schreiben vom 17. Januar 2014 mitgeteilt, dass das BGÖ aus seiner Sicht vorliegend nicht anwendbar sei. Gleichzeitig hat das Sekretariat [die Gesuchstellerin] auf die 20-tägige Frist zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 13 BGÖ hingewiesen, worauf diese verzichtet hat. Nachfolgend wird dennoch kurz dargelegt, weshalb das BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung kommt.

13. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für Strafverfahren, wodurch insbesondere die Verfahrensakten eines Strafverfahrens dem Anwendungsbereich des BGÖ entzogen sind. Die Botschaft vom 12. Februar 2003 zum BGÖ (nachfolgend Botschaft BGÖ<sup>12</sup>) präzisiert diesbezüglich, dass unter Strafverfahren auch Verwaltungsstrafverfahren zu verstehen sind. Weiter hält die Botschaft BGÖ ausdrücklich fest, dass von dieser Bestimmung sowohl hängige wie auch abgeschlossene Verfahren erfasst werden.<sup>13</sup> Eine unterschiedslose Geltung sowohl für hängige als auch für abgeschlossene Verfahren ergibt sich nebst der ausdrücklichen Hervorhebung in der Botschaft BGÖ auch aus dem umfassend gehaltenen Wortlaut der Norm, welcher keine Einschränkung auf hängige Verfahren vorsieht (anders etwa als Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSGVO dies tut).

14. Das Gesuch [der Gesuchstellerin] betrifft die Endverfügung der im Betreff genannten Untersuchung, also einer kartellrechtlichen Untersuchung auf Anordnung einer Sanktion gemäss Art. 49a KG. Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat ein solches Verfahren einen „strafrechtlichen bzw. ‚strafrechtsähnlichen‘ [...] Charakter“, weshalb die in Art. 6 und 7 EMRK<sup>14</sup> für straf-

rechtliche Anklagen vorgesehenen Garantien darauf Anwendung finden.<sup>15</sup> An gleicher Stelle hält das Bundesgericht weiter fest, dass in einem solchen Untersuchungsverfahren auch die in Art. 30 und 32 BV verankerten Garantien anwendbar sind. Damit qualifiziert das Bundesgericht ein Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG als „Strafverfahren“ im Sinne der Bundesverfassung, trägt doch Art. 32 BV den Titel „Strafverfahren“. Dass in einem Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG in verfahrensrechtlicher Hinsicht aufgrund des Verweises in Art. 39 KG das VwVG<sup>16</sup> und nicht etwa die StPO<sup>17</sup> oder die entsprechenden Normen des VStrR<sup>18</sup> einschlägig sind, vermochte diese bundesgerichtliche Beurteilung nicht zu beeinflussen. Schon nur aufgrund der Einheit der Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass ein Verfahren, welches vom Bundesgericht als „Strafverfahren“ gemäss Art. 32 BV qualifiziert wird, eben auch als „Strafverfahren“ gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zu qualifizieren ist. Die Unterlagen, zu welchen [die Gesuchstellerin] Zugang verlangt, sind somit vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Das BGÖ kommt vorliegend nicht zur Anwendung.

15. Selbst wenn das BGÖ aber zur Anwendung käme, hätte dies auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keinen Einfluss. Die Akten, in welche [die Gesuchstellerin] Einsicht begehrt, enthalten Personendaten, weshalb Art. 9 BGÖ zur Anwendung käme. Was unter Personendaten im Einzelnen zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 3 Bst. a DSGVO. Es sind „alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen“, m.a.W. ist dies ein sehr weiter Begriff, der eine grosse Anzahl von Angaben erfasst. In Anbetracht der Qualität der betroffenen Personendaten und der mit deren Zugänglichmachung verbundenen Beeinträchtigung der Privatsphäre der involvierten Bauunternehmen sowie natürlichen Personen bestünde hinsichtlich dieser Personendaten grundsätzlich eine Anonymisierungspflicht (Art. 9 Abs. 1 DSGVO).

16. Dies bedeutet, dass [der Gesuchstellerin] gestützt auf das BGÖ höchstens anonymisierte Akten herausgegeben werden könnten, was allerdings ihrem Anliegen auf Einsicht in die vollständigen Unterlagen nicht gerecht werden dürfte, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob [die Gesuchstellerin] von konkreten Abreden betroffen war. Solche Informationen könnten nur durch die Herausgabe

<sup>10</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 (SR 251.1).

<sup>11</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

<sup>12</sup> Vgl. Botschaft vom 12.2.2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 1963, 1989 Ziff. 2.1.3.

<sup>13</sup> Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963, 1989 Ziff. 2.1.3; anderer Ansicht RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Stämpfli Handkommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Brunner/Mader (Hrsg.), 2008, Art. 3 BGÖ N 12.

<sup>14</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

<sup>15</sup> BGE 139 I 72, 79 E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe*.

<sup>16</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>17</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

<sup>18</sup> Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

von nicht-anonymisierten Daten preisgegeben werden, was die Anwendung von Art. 19 DSGVO und damit eine Interessenabwägung zur Folge hätte (Art. 9 Abs. 2 BGD). Da aber in der WEKO-Verfügung gar keine Abreden aufgedeckt wurden, von welchen [die Gesuchstellerin] betroffen war, erübrigt sich die Anwendung von Art. 9 Abs. 2 BGD ohnehin, auch wenn das BGD – entgegen der Ansicht der WEKO – zur Anwendung käme.

17. [Die Gesuchstellerin] hat sich zur Einschätzung bezüglich der Anwendung des BGD nicht vernehmen lassen. Sie hat die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens nicht wahrgenommen. Die Gesuchsgegner sind mit den genannten Ausführungen weitgehend einverstanden, soweit sie sich überhaupt zur Anwendung des BGD äussern.

### B.2.1.2 DSGVO

#### Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSGVO

18. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSGVO gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSGVO). Den letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG erwähnten Behörden zuzuordnen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen sind auch die Wettbewerbsbehörden zu zählen, sodass die WEKO das DSGVO anzuwenden hat.

19. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSGVO). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche wie auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSGVO). Die in die aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen (wie z.B. das Treffen von Abreden).

20. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSGVO). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wie z.B. das Einsichtgewähren. Die Bekanntgabe der WEKO-Verfügung bzw. von Teilen daraus an [die Gesuchstellerin] stellt eine solche Bekanntgabe dar.

21. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSGVO ist nicht ersichtlich. Das DSGVO ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar.

#### Art. 8 DSGVO

22. Gemäss Art. 8 DSGVO kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Angaben zur eigenen Person und kommt daher als Rechtsgrundlage ohnehin nur in Betracht soweit in den Verfahrensakten der WEKO-Untersuchung Personendaten [der Gesuchstellerin] enthalten sind.

23. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Bekanntgabe von Informationen gestützt auf Art. 8 DSGVO fällt danach

ausser Betracht, unabhängig von der Frage, ob dies Bestimmung überhaupt anwendbar wäre.

#### Art. 19 DSGVO

24. Art. 19 DSGVO sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekannt gegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

25. Ebenfalls in Frage kommt eine Bekanntgabe, wenn die Voraussetzungen von Abs. 1<sup>bis</sup> dieser Bestimmung erfüllt sind.

26. Für die WEKO ist keine spezifische gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO ersichtlich. Eine solche wird von [der Gesuchstellerin] auch nicht genannt; auch in ihrer Stellungnahme zur ersten Einschätzung der Rechtslage durch das Sekretariat nicht.

27. Bst. b von Art. 19 Abs. 1 DSGVO (Einwilligung der betroffenen Person) kommt vorliegend nicht in Betracht, da sich die meisten Gesuchsgegner gegen eine Bekanntgabe ausgesprochen haben. Allgemein zugänglich gemacht haben die Parteien die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden nicht, weshalb Bst. c ebenfalls nicht greift. Da es weder um eine aktive Information seitens der Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGD geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO ausser Betracht.

28. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a und d DSGVO aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind.

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO

29. Bei Bst. a handelt es sich um eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung.<sup>19</sup> Dass [die Gesuchstellerin] als öffentlich-rechtliche Körperschaft gesetzliche Aufgaben erfüllt und damit als Empfänger der Daten in Frage kommt, ist evident. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Daten für die Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben unentbehrlich sind.

<sup>19</sup> Siehe etwa BSK DSGVO-EHRENSPERGER, in: Datenschutzgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 2 DSGVO N 13, Art. 19 DSGVO N 7.

30. In ihrem Gesuch erwähnt [die Gesuchstellerin], dass sie die Anfrage eines Kantonsrates zu beantworten hatte, in welcher die Frage gestellt wurde, ob die gemäss WEKO-Verfügung sanktionierten Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2009 durch [die Gesuchstellerin] beschäftigt worden seien. Weiter führt [die Gesuchstellerin] aus, dass an einige der sanktionierten Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2009 Tiefbauaufträge erteilt habe. Sie wünsche deshalb Einsicht in die vollständigen Unterlagen.

31. Mit der Information, wonach [die Gesuchstellerin] nicht von einer in der WEKO-Verfügung aufgedeckten Abrede betroffen war, wird [der Gesuchstellerin] ermöglicht, die von ihr ins Spiel gebrachten gesetzlichen Aufgaben vollumfänglich zu erledigen. Damit kann sie sich nicht auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG stützen, um eine weitergehende Einsicht in Verfahrensakten zu erhalten.

#### Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG

32. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG sieht zwei Varianten vor: Er ermöglicht die Bekanntgabe von Personendaten, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren.

33. In der Variante der Sperrung der Bekanntgabe (vgl. dazu Art. 20 DSG) kommt Bst. d vorliegend nicht in Betracht, da keine solchen Sperrungen vorliegen.

34. In der Variante der Verweigerung der Einwilligung ist die Anwendung von Bst. d allerdings näher zu prüfen. Diese Variante kann aber von vornherein nur Verfügungspassagen betreffen, in welchen [die Gesuchstellerin] erwähnt wird.

35. Durch die Information, wonach [die Gesuchstellerin] nicht von einer in der WEKO-Verfügung aufgedeckten Abrede betroffen war, entfällt somit die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG. Diese Bestimmung bietet keine Grundlage, um weitergehende Informationen offenzulegen.

#### **B.2.1.3 BV**

##### **Art. 29 Abs. 2 BV**

36. Art. 29 Abs. 2 BV gewährt Ansprüche auf Akteneinsicht auch nach Verfahrensabschluss und dies sowohl gegenüber vom Verfahren Betroffenen als auch Dritten, sofern der Rechtssuchende ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.<sup>20</sup>

37. [Die Gesuchstellerin] macht keine besonderes schützenswerten Interessen geltend, die eine Bekanntgabe von Daten rechtfertigten, die über die Information hinaus gehen, wonach [die Gesuchstellerin] nicht von einer in der WEKO-Verfügung aufgedeckten Abrede betroffen ist.

38. Auch Art. 29 Abs. 2 BV bietet demnach keine Grundlage, um [der Gesuchstellerin] weitergehende Informationen bekanntzugeben.

##### **Art. 44 Abs. 2 BV**

39. Gemäss Art. 44 Abs. 2 BV zweiter Satz leisten Bund und Kantone einander Amts- und Rechtshilfe. In der Lite-

ratur wird dazu die Frage aufgeworfen (jedoch nicht beantwortet), ob unmittelbar gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BV Amtshilfe vom Bund an die Kantone „ohne konkretisierendes Gesetz erfolgen“ darf.<sup>21</sup>

40. Mit Art. 19 Abs. 1 DSG, insbesondere Bst. a, besteht eine Bestimmung auf Gesetzesstufe, welche die Voraussetzungen der Amtshilfe (unter anderem vom Bund an die Kantone) weiter konkretisiert, soweit es um die Bekanntgabe von Personendaten geht. Art. 44 Abs. 2 BV kann aus Sicht der verfügenden Behörde bei Betroffenheit von Personendaten keine über Art. 19 DSG hinausgehende resp. inhaltlich davon abweichende Ermächtigung zur Leistung von Amtshilfe des Bundes gegenüber den Kantonen entnommen werden. Vielmehr regelt Art. 19 DSG diesfalls die Voraussetzungen umfassend, weshalb Art. 44 Abs. 2 BV insofern keine eigenständige Bedeutung hat.

41. Auch Art. 44 Abs. 2 BV bietet demnach keine Grundlage, um [der Gesuchstellerin] weitergehende Informationen bekanntzugeben.

#### **B.2.2 Zusammenfassung zu den gesetzlichen Grundlagen**

42. Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Begehren [der Gesuchstellerin] auf Einsicht in die Unterlagen nicht entsprochen werden kann. Sie war in kein Projekt involviert, das gemäss WEKO-Verfügung von den Abreden betroffen war. Ihr Gesuch ist abzuweisen.

43. Ein Gesuchsgegner beantragt, es sei keinem Gesuchssteller mitzuteilen, ob er durch in der Verfügung enthaltene Projekte betroffen war oder nicht. Eine Begründung für dieses Begehren führt er allerdings nicht an. Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb darauf verzichtet werden sollte. Die Mitteilung, dass ein Gemeinwesen nicht von einer aufgedeckten Kartellabrede betroffen war, stellt keine Bekanntgabe von Personendaten dar. Die Parteien der Untersuchung 22-0384 haben durch diese Mitteilung auch keine Nachteile zu befürchten. Anders könnte diese Einschätzung möglicherweise dann ausfallen, wenn die Gemeinden des Kantons Zürich systematisch Gesuche einreichen und sich gezielt untereinander austauschten, um so ein Gesamtbild zu erhalten, welche Gemeinde betroffen war und welche nicht. Vorliegend deutet aber nichts auf ein solches Vorgehen hin.

#### **B.3 Kosten**

44. Die Kosten einer Verfügung stellen Verwaltungsgebühren dar, welche wiederum zu den Kausalabgaben gehören. Kausalabgaben können nur erhoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn besteht. Wenn das Gesetz den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage nennt, kann es die Kompetenz zur

<sup>20</sup> BGE 129 I 249, 253 E. 3; siehe auch Bundesgerichtsentscheid 1P.240/2002 vom 18.10.2002, E. 3.1.

<sup>21</sup> So Kommentar BV-KNAPP/SCHWEIZER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2008, Art. 44 BV N 25.



Festlegung der Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegieren.<sup>22</sup> Ohne gesetzliche Grundlage könnten nur – aber immerhin – Kanzleigeühren erhoben werden.<sup>23</sup>

45. Die Gebührenbestimmung des Art. 53a KG sieht Gebühren für sonstige Dienstleistungen (Bst. c) vor. Unter den sonstigen Dienstleistungen sind insbesondere Beratungen des Sekretariats zu verstehen.<sup>24</sup> Darunter dürfte aber auch die Bekanntgabe von Personendaten zu verstehen sein. Da aber eine weitere gesetzliche Grundlage besteht, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, ob dies der Fall ist.

46. Gemäss Art. 46a Abs. 1 RVOG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Zur Bundesverwaltung in diesem Sinne gehören sowohl die zentrale wie die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG).<sup>25</sup> Die Wettbewerbsbehörden werden – wie oben bereits erwähnt – der dezentralen Bundesverwaltung zugerechnet,<sup>26</sup> so dass Art. 46a RVOG auch auf diese anwendbar ist.

47. Art. 46a RVOG wurde als allgemeine gesetzliche Grundlage über die Gebührenerhebung bei Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung geschaffen. Er nennt den Kreis der Abgabepflichtigen (Verfügungssadressaten und Empfänger von Dienstleistungen), den Gegenstand (Verfügungen und Dienstleistungen) und die Bemessungsgrundlage (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip).<sup>27</sup> Unter einer Verfügung werden erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG verstanden.<sup>28</sup>

48. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Art. 46a RVOG durch den Erlass der AllgGebV<sup>29</sup> Gebrauch gemacht, welche im Übrigen auch für Gebühren gestützt auf Art. 53a KG gilt (Art. 1a GebV-KG<sup>30</sup>).

49. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen hat, wer eine Verfügung oder Dienstleistung veranlasst.

50. Die vorliegende Verfügung wurde durch [die Gesuchstellerin] veranlasst, so dass grundsätzlich auch sie für deren Kosten aufzukommen hat. In Art. 3 Abs. 1 AllgGebV (siehe auch Art. 3 Abs. 1 GebV-KG) ist aber vorgesehen, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erheben, sofern diese Gegenrecht gewähren.

51. [...] haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Die WEKO verzichtet deshalb darauf, von [der Gesuchstellerin] Kosten zu erheben.

52. Mehrere Gesuchsgegner beantragen die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Auf das vorliegende Verfahren ist das VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Weder das KG noch das VwVG sehen für das nicht streitige bzw. erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage besteht aber im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes kein Anspruch auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.<sup>31</sup> Die Anträge der Gesuchsgegner auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung werden deshalb abgewiesen.

### C. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch [der Gesuchstellerin] wird abgewiesen soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - [die Gesuchstellerin]
  - die Gesuchsgegner

Wettbewerbskommission

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>22</sup> Siehe zum Ganzen BSK KG-CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK (Fn 11), Art. 53a KG N 2.

<sup>23</sup> THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, Art. 46a N 7.

<sup>24</sup> BSK KG-CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK (Fn 11), Art. 53a KG N 15.

<sup>25</sup> THOMAS SÄGESSER (Fn 23), Art. 46a N 19.

<sup>26</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 11), Art. 19 KG N 5.

<sup>27</sup> Siehe zum Ganzen THOMAS SÄGESSER (Fn 23), Art. 46a N 8 f.

<sup>28</sup> THOMAS SÄGESSER (Fn 23), Art. 46a N 17 m.w.H.

<sup>29</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>30</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>31</sup> RPW 2012/2, 423 Rz 1210, Verfügung vom 16.12.2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>8. BGBM<br/>LMI<br/>LMI</b>  |
| B 2.8 | <b>1. Prise de position de la COMCO du 26 juin 2017 dans la procédure 2C_261/2017</b> |

*La présente prise de position de la COMCO du 26 juin 2017 se rapporte à l'arrêt 2C\_261/2017 du 2 novembre 2017 du Tribunal fédéral dans la cause A. SA, B. SA, C. SA, D. SA toutes les quatre représentées par [...], recourantes contre Commission technique Genève-Région – Terre Avenir (GRTA), p.a. Direction générale de l'agriculture et de la nature, Plan-les-Ouates, représentée par [...], intimée – Objet: Marque de garantie Genève Région – Terre Avenir; GRTA; produits de boulangerie, recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 31 janvier 2017.*

*Prise de position du 26 juin 2017 de la Commission de la concurrence COMCO dans la procédure 2C\_261/2017*

## 1 Préambule

1. La présente prise de position de la COMCO remise ce jour à un office de la Poste suisse respecte le délai prolongé octroyé par ordonnance du 16 juin 2017.

2. Le présent acte se fonde uniquement sur le droit du marché intérieur, à savoir l'article 10 alinéa 2 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (Loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02) et l'article 102 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) en lien avec l'article 89 LTF. En effet, la COMCO n'est pas en mesure de se prononcer sur l'application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251) compte tenu du manque de connaissance du marché en cause et le fait d'avoir mené d'analyses à ce sujet.

3. La COMCO considère qu'une prise de position s'imposait car d'une part – comme cela sera exposé plus loin –, l'état de fait litigieux constitue une violation de la LMI et, d'autre part, la Cour de Justice n'a à aucun moment examiné l'application de la LMI, dans un cas d'accès au marché manifestement intercantonal à l'égard de l'une des recourantes (cf. ch. 21), et cela quand bien même les recourantes semblent en avoir invoqué l'application par le biais de la production de la Recommandation de la COMCO du 6 avril 2016<sup>1</sup> qui aborde une problématique similaire. La non application de la LMI constitue une violation du droit fédéral examinée d'office par le Tribunal fédéral (art. 106 al. 1 LTF).<sup>2</sup>

4. Néanmoins, la COMCO est consciente du fait que le Tribunal fédéral pourrait ne pas entrer en matière sur le

recours déposé par devant lui. La COMCO se permet tout de même de prendre position.

## 2 Etat de fait

5. Sur la base des faits tels que retenus dans le jugement attaqué, la COMCO retient l'état de fait suivant, étant entendu que du point de vue de la LMI, les bases légales litigieuses constituent une partie de l'état de fait.

### 2.1 Le Label

6. Le 4 février 2004, la République et Canton de Genève (ci-après: Genève) a déposé la marque de garantie<sup>3</sup> « Genève Région - Terre Avenir » (ci-après: GRTA), comprenant également un logo, auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), qui l'a enregistrée sous le no 525'433 jusqu'au 4 février 2024 (après prolongation) et dont Genève est le détenteur. Dans le cadre du dépôt de cette marque, Genève est représenté par le département chargé de l'agriculture ainsi que la direction générale de l'agriculture.

7. La marque de garantie a pour objectif de promouvoir la souveraineté alimentaire du canton de Genève par le maintien d'une agriculture de proximité correspondant aux attentes de citoyens, de contribuer à minimiser les coûts écologiques et économiques des transports et à garantir à tous les acteurs présents sur la chaîne agroalimentaire des conditions de travail, des salaires et des revenus décents et équitables sur la base du partenariat. La marque de garantie concerne les produits de l'agriculture genevoise et des zones franches – notamment les farines et le pain<sup>4</sup> – issus du périmètre géographique de la marque, soit, les communes genevoises et quelques communes vaudoises situées entre Versoix et Céligny ainsi que les zones franches sises en territoire français.

<sup>1</sup> Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de Loi sur la restauration collective publique, in: DPC 2016/2 576 (en allemand dès la page 572).

<sup>2</sup> Cf. à ce sujet, *mutatis mutandis*, ATF 142 I 155, consid. 4, en particulier consid. 4.4.7 et BERNARD CORBOZ, in: Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin (Éds), Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, ch. 16 ss ad art. 106 LTF en lien avec ch. 19 ss ad art. 95 LTF.

<sup>3</sup> Marque de garantie au sens des articles 21 ss de la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM; RS 232.11).

<sup>4</sup> Les produits des classes 29 à 33 de la classification internationale des produits et services de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI): <http://web2.wipo.int/classifications/nice/nicepub/en/fr-edition-20170101/taxonomy/?=&lang=fr>.

## 2.2 Bases légales

8. En s'appuyant sur l'article 187 de la Constitution de la République et Canton de Genève (Cst-GE; RSG A 2 00) et la Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture, LAg; RS 910.1), Genève a adopté une Loi du 21 octobre 2004 sur la promotion de l'agriculture (LPromAgr; RSG M 2 05). Cette loi a pour but explicite (art. 1 al. 1 et 2 let. d LPromAgr) de favoriser durablement l'agriculture genevoise et, à cette fin, prévoit le développement de marques de garantie d'appellation d'origine et de provenance « pour les produits de l'agriculture genevoise » (art. 12 LPromAgr). Par ailleurs, Genève a précisé sa loi par un Règlement d'application du 6 décembre 2004 de la Loi sur la promotion de l'agriculture (RPromAgr; M 2 05.01) dont l'article 9A institue la marque de garantie « Genève Région - Terre Avenir » et l'administration de celle-ci par la Direction générale de l'agriculture.

9. La LPromAgr ajoute que la consommation de produits agricoles genevois dans la restauration doit être encouragée et que ces produits seront proposés prioritairement par les collectivités publiques (art. 13 al. 2 LPromAgr).<sup>5</sup> D'une manière plus générale, le canton facilite le placement et l'écoulement des produits agricoles genevois distinctement identifiés (art. 13 al. 1 LPromAgr).

10. En application de l'article 23 LPM, le canton de Genève a déposé un règlement concernant l'usage de la marque, intitulé « Directive générale »<sup>6</sup>. Celui-ci est complété par une directive « Céréales, oléagineux et protéagineux »<sup>7</sup> ainsi qu'une autre pour l'« étiquetage et l'utilisation graphique »<sup>8</sup>.

11. Ainsi la directive générale prévoit-elle à son chiffre 6.3 que « [t]outes les étapes de transformation et de conditionnement du produit ont lieu dans le périmètre géographique délimité par la marque. Si la transformation et/ou le conditionnement du produit ne sont objectivement pas réalisables dans le périmètre délimité par la marque en raison, par exemple, de l'absence d'infrastructures, la commission technique peut exceptionnellement autoriser d'autres alternatives ».

## 2.3 Organisation et exploitation

12. Comme relevé plus haut, l'administration et le secrétariat du label sont confiés aux services de l'agronomie de la Direction générale de l'agriculture. En outre, la directive générale prévoit à son chiffre 3.1 quatre organes, à savoir, l'organe de conseil, la commission technique, la commission de dégustation et l'organe de communication. Selon le chiffre 3.3, la commission technique est compétente notamment pour formuler la directive générale, formuler et approuver les directives spécifiques ainsi que les directives d'étiquetage, formuler et approuver les exceptions et prendre les décisions sur l'octroi de la marque. Elle est composée de 14 représentants des secteurs concernés désignés par le détenteur de la marque (la République et Canton de Genève) et d'un représentant de ce dernier. Cette commission est assistée d'un juriste du département, peut faire appel à des experts et son secrétariat est assuré par la direction générale de l'agriculture. Les membres sont rémunérés par application analogique des articles 24 et suivants du Règlement du 10 mars 2010 sur les commissions officielles (RCOf; RSG A 2 20.01).

## 2.4 Faits relatifs au litige

13. Le litige trouve son origine dans une décision prise par la commission technique refusant l'octroi du droit d'usage du label GRTA, en particulier dans le fait que la commission technique a refusé de faire usage de l'exception prévue dans le chiffre 6.3, deuxième phrase, des directives générales. En effet, les recourantes avaient requis de la commission technique l'octroi du label avec la dérogation expresse de pouvoir transformer les céréales certifiées en farine, non pas dans le périmètre prévu, mais à Granges-près-Marnand dans le canton de Vaud.

## 3 Au fond

14. L'état de fait pertinent pour l'application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (Loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02) étant posé, la COMCO va ici examiner les droits que confère la LMI aux offreurs ayant le siège en Suisse puis examiner si la décision entreprise restreint l'accès au marché de manière contraire à la LMI.

### 3.1 Droit du marché intérieur

15. La LMI vise à créer un marché unique à l'échelle de la Suisse dans lequel les acteurs économiques puissent développer leur activité en étant le moins possible entravés par des obstacles cantonaux et communaux à l'accès au marché. Elle garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

16. Selon l'article 2 alinéa 2 LMI, la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent les droits conférés par la LMI.

17. Concrétisant l'article 1 alinéa 1 LMI, l'article 2 LMI définit les bases du principe du lieu de provenance, qui s'applique à l'activité économique par-delà les frontières intérieures et permet de justifier la création d'un établissement. En cela, un état de fait intercantonal ou intercommunal – c'est-à-dire un cas où un offreur est soumis à son lieu de provenance à un cadre juridique différent de celui du lieu où il fournit sa prestation – est indispensable à l'application de la LMI. En conséquence, la COMCO ne va examiner l'application de la LMI qu'à l'égard du [...], seul recourant ayant son siège hors du périmètre du GRTA.

<sup>5</sup> Très critique à ce sujet, la COMCO renvoie en outre à sa Recommandation du 4 avril 2016, note 2, ch. 14 *in media*.

<sup>6</sup> Accessible à l'adresse: [https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive\\_generale\\_grta\\_version\\_du\\_01-10-15\\_0.pdf](https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive_generale_grta_version_du_01-10-15_0.pdf).

<sup>7</sup> Accessible à l'adresse: [https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive\\_cereales\\_oleagineux\\_proteagineux\\_grta.pdf](https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive_cereales_oleagineux_proteagineux_grta.pdf).

<sup>8</sup> Accessible à l'adresse: [https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive\\_graphique\\_grta\\_29-11-16.pdf](https://www.geneveterroir.ch/sites/default/files/directive_graphique_grta_29-11-16.pdf).

18. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI). Des restrictions pour les offreurs externes ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions, pour autant que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent pas, dans le cas concret, de garantir un niveau de protection des intérêts publics équivalent à celui du lieu de destination (réfutation de la présomption d'équivalence).

19. En outre, chaque restriction doit s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux, être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Au surplus, l'article 3 alinéa 2 LMI établit un catalogue non exhaustif de restrictions qui ne répondent pas au principe de la proportionnalité et qui sont donc inadmissibles. Finalement, l'article 3 alinéa 3 LMI prévoit que les restrictions ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

20. Pour terminer, il sied de mentionner qu'au terme de l'article 3 alinéa 4 LMI, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

### 3.2 Application de la LMI au cas d'espèce

21. La COMCO va ici exposer la manière dont la LMI s'applique et à quel résultat elle parvient. Il convient en particulier dans un premier temps, au vu de la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour de Justice de la République et Canton de Genève, de se poser la question du champ d'application subjectif de la LMI, à savoir si la commission technique GRTA est soumise à la LMI en tant qu'organe assumant des tâches publiques au sens de l'article 2 alinéa 2 LMI. Dans un second temps, la COMCO se prononcera sur l'application de la LMI au cas [...], respectivement sur les droits du marché intérieur dont jouit cette société au regard des articles 1 et 2 al. 1, 3 et 4 LMI. Finalement, la COMCO examinera la conformité à l'article 3 LMI de la décision par laquelle la commission technique a restreint l'accès au marché de cette entreprise.

#### 3.2.1 La commission technique GRTA

22. La Cour de Justice de la République et Canton de Genève a ainsi jugé que le refus d'octroyer le droit d'usage du label constituait un acte entre privés, ne ressortant ainsi pas de sa compétence et fondant une décision d'irrecevabilité.

23. Or, la République et Canton de Genève a prévu divers buts dans la LPromAgr, parmi lesquels figure celui d'« assurer et soutenir la promotion et l'écoulement des produits agricoles genevois » (art. 1 al. 2 let. d LPromAgr), concrétisé au Chapitre III, en particulier – dans le cas présent – à l'article 12 LPromAgr qui prévoit le soutien de Genève au « développement de marques de garantie et d'appellations d'origine [AOC] et de provenance [AOP] ». Le soutien prévu dans cette disposition constitue typiquement une tâche publique, dans le cadre de la promotion de l'agriculture. En conséquence, la commission technique, en tant qu'organe mis en place par le règlement de la marque GRTA, accomplit une tâche publique.<sup>9</sup> Ce faisant, elle devient, à tout le moins au sens de la LMI, un « autre

organe assumant des tâches publiques » (art. 2 al. 2 LMI) devant veiller à ce que ses prescriptions et décisions garantissent les droits conférés par cette même loi. Ainsi, la qualification de la commission technique ou plus généralement de l'appareil administratif encadrant l'exploitation du label GRTA de public ou de privé – comme l'a fait la Cour de Justice –, respectivement du caractère de « décision » du refus d'octroi du label en tant que décision au sens juridique n'est pas pertinente au regard de l'application de la LMI et peut donc rester ouverte dans la présente analyse.

#### 3.2.2 Le refus d'exception de la commission technique GRTA

24. Dans la mesure où l'instance précédente a déclaré le recours de [...] irrecevable, c'est bien le refus du label par la commission technique dans sa décision du 10 novembre 2015 qui doit être examiné pour déterminer si cette dernière restreint l'accès au marché et ce de manière conforme à l'article 3 LMI.

##### 3.2.2.1 Le refus d'exception de la commission technique restreint l'accès au marché

25. Au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). De plus, l'alinéa 2 de cette disposition précise, par une liste non exhaustive, des cas où des restrictions ne répondent pas à ce dernier principe.

26. Selon BIANCHI DELLA PORTA, « [t]out acte public qui établit une inégalité de traitement entre les offreurs locaux et les autres est toujours illicite ». <sup>10</sup> Ainsi, il y a restriction de l'accès au marché au sens de la LMI pas uniquement lorsqu'un offreur externe est désavantagé, mais également déjà quand les offreurs locaux sont avantagés. <sup>11</sup> En particulier, les restrictions de l'accès au marché au sens de la LMI comprennent non seulement les mesures qui restreignent l'activité économique d'un offreur externe, mais également celles qui renforcent la concurrence locale face à celle qui vient d'autres cantons ou communes. <sup>12</sup>

27. Selon le point 6 de la directive générale, les céréales doivent être issues du périmètre géographique délimité par la marque (pt 6.1), de même que toutes les étapes de la transformation ou du conditionnement (pt 6.3, 1<sup>ère</sup>

<sup>9</sup> Cf. Dans ce sens, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Berne 2014, § 20 Öffentliche Interessen, ch. 1 à 8, particulièrement 5 à 7, p. 157 s.

<sup>10</sup> MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Droit de la concurrence – Commentaire Romand*, 2e éd., Bâle 2013, no 7 ad art. 3 LMI; dans le même sens, cf. déjà le Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), FF 1995 I 1193, p. 1245.

<sup>11</sup> Cf. dans ce sens, cf. NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung des Liberalisierungsprinzips im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht (Freizügigkeit)*, Zurich 2016, ch. 478; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, note 10.

<sup>12</sup> Dans ce sens, cf. NICOLAS DIEBOLD, note 11, ch. 480, et la référence citée à la note 515.

phrase). Toutefois, la commission technique peut exceptionnellement autoriser d'autres alternatives si ces opérations ne sont objectivement pas réalisables dans le périmètre de la marque, en raison, par exemple, de l'absence d'infrastructures. La mention dans le texte de l'expression « par exemple » indique que le motif cité n'est pas exhaustif et que d'autres motifs sont possibles. Dans le cas d'espèce, la COMCO considère que la présence d'un seul moulin industriel sur le marché de la production de farine dans l'aire géographique du label GRTA est un motif légitimant une exception d'une importance au moins équivalente au motif prévu par la directive.

28. Le [...] n'a pas obtenu le label. Ce faisant, la commission technique n'a pas « restreint » son accès au marché du label GRTA, mais l'a purement et simplement « refusé », alors que la réglementation lui aurait permis d'octroyer une dérogation (pt 6.3 directive générale). Un refus de l'accès au marché est contraire à la LMI qui prévoit au contraire le principe de l'octroi de l'accès, éventuellement soumis à des restrictions prenant la forme de charges ou de conditions conformes à l'article 3 LMI.

29. Le fait que le [...] puisse produire de la farine à partir de blé genevois labellisé n'est pas pertinent, car précisément la farine qui en sera issue ne bénéficiera pas de la plus-value liée à la labellisation de la farine, voire même perdra en valeur car cette farine ne pourra pas être utilisée par les boulangeries ou fournisseur genevois pour tous les marchés publics des collectivités publiques genevoises qui prévoient dans les critères d'adjudication l'utilisation de produits labellisés GRTA en application de l'article 13 alinéa 2 LPromAgr (cf. ch. 9) qui leur impose de « proposer prioritairement des produits agricoles genevois ».

30. Au vu de ce qui précède, il apparaît alors que la restriction totale de l'accès au marché des produits labellisés GRTA trouve son origine dans le refus de la commission technique d'octroyer ledit label au [...]. La réglementation – en particulier le point 6.3 de la directive générale – qui permet des exceptions n'est en principe en soi pas discriminatoire. C'est son application par la commission technique qui a engendré la discrimination subie par le [...].

31. Finalement, quand bien même le refus du label GRTA n'empêche pas le [...] de commercer dans le périmètre de ce label, celui-ci se retrouve en position désavantageuse par rapport au (seul) producteur industriel de farine certifiée qui au demeurant fait partie d'un groupe intégrant vingt-quatre boulangeries dans le périmètre du label. Il y a donc lieu de considérer qu'il y a une restriction à l'accès au marché au sens de la LMI.

### 3.2.2.2 Conformité de la restriction avec l'article 3 LMI

32. Au regard des trois conditions que pose l'article 3 alinéa 1 LMI à la conformité des restrictions à l'accès au marché, aucune n'est remplie en l'espèce. En effet, s'agissant de la première – la non-discrimination (let. a) – comme relevé ci-dessus (ch. 13), il apparaît que l'obligation de transformer les céréales en farine sur le territoire genevois discrimine en soi tout offreur n'ayant pas son moulin sis dans le périmètre géographique du label GRTA.<sup>13</sup> Cela étant, cette question peut souffrir de rester

en suspens dans la mesure où cette obligation de transformation locale n'est indispensable à la protection d'aucun intérêt public prépondérant (let. b).

33. En effet, comme l'a mentionné le Prof. GRISEL dans son expertise « [...] l'exigence que la transformation des farines ait lieu dans un moulin situé dans le périmètre fixé par la marque ne figure pas dans la loi ni dans le règlement d'application. D'un point de vue téléologique et systématique cette condition est d'ailleurs étrangère au but de la législation sur la promotion de l'agriculture, laquelle vise les produits agricoles, mais non pas leur transformation dans une minoterie plutôt que dans une autre. »<sup>14</sup>.

34. Ce constat permet de conclure qu'à défaut de mandat légal exprès, la « directive générale » et celle concernant les « céréales, oléagineux et protéagineux » ne permettent pas de faire de la transformation des céréales en farine dans un moulin sis à l'intérieur du périmètre du label GRTA une condition d'octroi de la marque indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant – à savoir la volonté exprimée par Genève dans l'article 13 alinéa 2 LPromAgr de soutenir l'*agriculture céréalière genevoise* (sans mention aucune de la minoterie), ce qui en tant que telle est contraire à l'article 1 alinéa 1 LMI.<sup>15</sup> En conséquence, pour cette raison déjà cette restriction n'est pas conforme à l'article 3 LMI et, partant, illicite.

35. S'agissant du principe de la proportionnalité au sens de la LMI (al. 1 let. c et al. 2), il s'agit du même principe que celui qui prévaut en droit administratif et constitutionnel. Ce dernier se subdivise en trois aspects, l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit. Si l'exigence d'une transformation dans le périmètre du label est apte à atteindre le but visé, cette obligation n'est en revanche pas indispensable à protéger les intérêts publics prépondérants en cause (cf. ch. 32 *in fine* et s.; selon BIANCHI DELLA PORTA, ces deux conditions, l'aptitude et l'indispensabilité sont liées<sup>16</sup>), ni nécessaire, ni proportionnelle. En effet, la localisation de la transformation des céréales en farine dans l'aire géographique du label n'est pas nécessaire car elle n'apporte aucune plus-value ou garantie supplémentaire de qualité à l'agriculture genevoise par rapport à une transformation ailleurs en Suisse.<sup>17</sup> Le (seul) moulin genevois n'a pas de particularité qui ferait que la farine qui y est moulue serait meilleure ou plus genevoise qu'une farine produite à partir de céréales genevoises transformées ailleurs. Finalement, cette exigence n'est pas proportionnelle – au sens étroit – dans

<sup>13</sup> Dans le même sens, Recommandation de la COMCO du 4 avril 2016, note 5, ch. 20 et en particulier 21 *in fine*.

<sup>14</sup> ETIENNE GRISEL, Avis de droit du 12 mai 2016 – De la constitutionnalité des conditions imposées pour la certification du label Genève Région – Terre Avenir, Act. 4, p. 7.

<sup>15</sup> Cf. Recommandation de la COMCO du 4 avril 2016 (note 5), ch. 22, cf. ég. dans ce sens GRISEL, note 14, p. 19.

<sup>16</sup> Cf. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, note 10, ch. 41.

<sup>17</sup> En outre, comme la COMCO le relevait dans sa recommandation du 4 avril 2016 (cf. ch. 20) s'agissant de l'intérêt public à la protection de l'environnement, que d'un point de vue de la durabilité et de l'écologie, la part du transport des céréales puis de la farine dans les charges environnementales est négligeable par rapport à celle liée à la production des céréales elles-mêmes.

la mesure où elle exclut tout autre prestataire hormis le seul et unique moulin sis à Genève – intégré à un groupe comprenant vingt-quatre boulangeries – qui de surcroît est un concurrent. Ce qui constitue une inégalité de traitement de concurrents motivée par une politique structurelle qui en soi viole tant la liberté économique (art. 27 Cst.) que les principes de l'ordre économique (art. 94 al. 1 et 4 Cst.).

36. Au surplus, l'exigence d'une transformation des céréales certifiées en farine sur le territoire prévu par le label GRTA revient à exiger un siège ou un établissement au lieu de destination comme préalable à une autorisation (art. 3 al. 2 let. c LMI), exigence qui au regard de la LMI ne répond explicitement pas au principe de la proportionnalité, une telle mesure constituant une restriction illicite à l'accès au marché.

37. Finalement, au regard de la situation sur le marché genevois ainsi que dans les marchés publics de la République et canton de Genève ainsi que de ses communes de même que pour tous les établissements ou événements subventionnés (cf. art. 13 al. 2 LPromAgr), il apparaît que l'exigence de la transformation des céréales certifiées en farine labellisée favorise et renforce la position du seul moulin sis dans l'aire géographique du label GRTA. La COMCO considère que le refus d'exception accordé au [...] constitue une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux, cachée sous des couvertures de protection des consommateurs et de promotion de l'agriculture, dans la mesure où il n'y a aucun intérêt public prépondérant à exiger la transformation dans l'aire géographique du label GRTA des céréales certifiées en farine labellisée.<sup>18</sup>

#### 4 Conclusion

38. En conclusion, la COMCO considère que la réglementation relative au label GRTA fait de l'exploitation de cette marque au sens de l'article 23 LPM une tâche publique de promotion de l'agriculture – qui ne s'étend pas à l'industrie de la minoterie – que la République et canton de Genève a délégué pour partie à la commission technique GRTA, que cette commission est tenue de garantir les droits conférés par la LMI en particulier de ne pas restreindre l'accès au label d'une manière non conforme à l'article 3 LMI et que le [...] bénéficie d'un droit à l'accès au marché.

39. S'agissant de cette dernière disposition, la COMCO remarque que les conditions de restrictions ne sont pas données car, d'une part, elle refuse totalement l'accès au marché, et, d'autre part, n'est pas indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et ne respecte pas le principe de la proportionnalité, puisqu'elle n'est ni nécessaire, ni proportionnelle au sens étroit.

40. En conséquence, la décision attaquée ayant fait l'objet d'un jugement d'irrecevabilité par devant la Cour de Justice, restreint l'accès au marché de [...] d'une manière non conforme à la LMI, donc illicite.

---

<sup>18</sup> Cf. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, note 10, ch. 55.

|       |   |
|-------|---|
| B 2.8 | <b>2. Stellungnahme zum Plausibilitätsprinzip (2C_1021/2016 und 2D_39/2016)</b> |
|-------|---|

*Diese Stellungnahme bezieht sich auf das Urteil 2C\_1021/2016, vom 18. Juli 2017 des Bundesgerichts, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung in Sachen Stadt Zürich, Stadtrat gegen X AG, Y GmbH, und 2D\_39/2016 Y. GmbH gegen X. AG, Stadt Zürich, Stadtrat.*

*Stellungnahme der WEKO vom 19. Januar 2017 zum Plausibilitätsprinzip (2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016)*

Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und verfügt in dieser Hinsicht über ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2bis BGBM). Darauf hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass die Nichteinhaltung des anzuwendenden kantonalen Vergaberechts auch zu einer Verletzung des Binnenmarktrechts und insbesondere Art. 5 BGBM führt (BGE 141 II 113 E. 3.1.5).

Im vorliegenden Fall erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Vorinstanz das Unterkriterium „Plausibilität“ zu Recht als unzulässig erklärt hat (E. 6.5 des vorinstanzlichen Entscheids). Mit der „Plausibilität“ als Unterkriterium soll die Vergabestelle bei fraglicher Plausibilität der eingereichten Preise bei der Bewertung eine Korrektur vornehmen können. Die beschwerdeführende Stadt Zürich unterbreitet dem Bundesgericht ein entsprechendes Ersuchen als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die WEKO nimmt dazu wie folgt Stellung:

Das BGBM sieht unter anderem vor, dass von Kantonen und Gemeinden umfangreiche Beschaffungen und die Eignungs- sowie Zuschlagskriterien publiziert werden und insbesondere Unternehmen mit Sitz in der Schweiz nicht benachteiligt werden dürfen (Art. 5 BGBM). Das Diskriminierungsverbot gilt nicht nur mit Bezug auf herkunftsbezogene Diskriminierungen, sondern verbietet generell die Ungleichbehandlung von Anbieterinnen. Art. 3 BGBM legt die Voraussetzungen fest, unter welchen eine Einschränkung des Marktzugangs gerechtfertigt werden kann. Das Bundesgericht hat in BGE 141 II 113 E. 5.7 festgehalten, dass eine öffentliche Ausschreibung jedoch zunächst mit dem anwendbaren Recht vereinbar sein muss, bevor die Frage gestellt wird, ob die Voraussetzungen des Art. 3 BGBM erfüllt sind.

Das Bundesgericht hat in BGE 130 I 241 E. 7.3 die Frage offen gelassen, ob ungewöhnlich niedrige Angebote mit einem Bewertungsabzug sanktioniert werden können, oder ob die Anbieterin ausgeschlossen werden muss.

Die Mustervorlage für Vergaberichtlinien (VRöB) des interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen enthält in § 31 die Regel, dass im Falle von ungewöhnlich niedrigen Angeboten Erkundigungen bei der Anbieterin eingeholt werden können, um sicherzustellen, dass diese die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Diese Bestimmung

hat der Kanton Zürich in § 32 seiner kantonalen Submissionsverordnung (SubmV; LS 720.11) so übernommen.

Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass eine Anbieterin, die ein Unterangebot einreicht, die Teilnahme- bzw. Auftragsbedingungen nicht erfüllt. Die Nichterfüllung der Teilnahme- oder Auftragsbedingungen kann zum Ausschluss aus dem Submissionsverfahren führen.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Unterangebote zum Ausschluss der Anbieterin führen, wenn dadurch die Ausführung des Auftrags ernsthaft gefährdet ist. Gemäss BGE 130 I 241 E. 7.3 muss die Anbieterin eines ungewöhnlich niedrigen Preises gestützt auf das verfassungsmässige rechtliche Gehör angehört werden. Ist die Anbieterin trotz ungewöhnlich niedrigem Angebot jedoch geeignet und in der Lage, die Teilnahme- und Auftragsbedingungen zu erfüllen, so besteht keinerlei Rechtfertigung, das niedrige Angebot durch einen Bewertungsabzug zu sanktionieren.

In der Literatur werden ungewöhnlich niedrige Angebote ebenso nicht über einen Bewertungsabzug beim Zuschlagskriterium Preis, sondern mehrheitlich unter den Teilnahme- bzw. Auftragsbedingungen behandelt, welche zu einem Ausschluss des Angebots führen können und in dessen Abklärung der Anbieterin das rechtliche Gehör gewährt werden muss.<sup>2</sup> So ist es demnach auch möglich, dass eine Anbieterin die Vergabestelle überzeugen kann, dass es sich um ein geeignetes Angebot handelt. Aus diesem Grund muss der Anbieterin die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zu erklären.<sup>3</sup> Steht fest, dass eine Anbieterin nicht imstande ist, den Auftrag wie offeriert zu erfüllen, kann sie mangels Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden. Unzulässig wäre jedoch auch dort ein Ausschluss einzig aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Preises.<sup>4</sup>

Die Vergabestellen müssen also weitere Abklärungen vornehmen und der Anbieterin eine Möglichkeit geben, sich zu erklären, und dürfen sich dem nicht durch eine Ausgestaltung der Preisbewertung entziehen.<sup>5</sup> Es kann

<sup>1</sup> Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, § 4a litt. d.

<sup>2</sup> Zur Prüfung der Eignung des Angebots: ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Bern 2014, Rz 313; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner (Hrsg.), *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., Zürich 2013, 17. Kapitel, Rz 1109 ff., 1115; Etienne Poltier, *Les marchés publics: premières expériences vaudoises*, in: RDAF 2000 I, S. 297-329.

<sup>3</sup> BERTRAND REICH, *Le Prix*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyerler/Stefan Scherler, *Aktuelles Vergaberecht 2016*, Freiburg 2016, Rz 61 f.

<sup>4</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 1128 ff., 1131 f.; ETIENNE POLTIER (Fn 2), Rz 313; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI/JACQUES DUBEY, *Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes*, Fribourg 1999, S. 35.

<sup>5</sup> ETIENNE POLTIER (Fn 2), Rz 313; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 1136.

über die Teilnahmevoraussetzungen und Eignungskriterien dafür gesorgt werden, dass kein Unternehmen anbietet, welches die versprochene Qualität nicht einhalten kann. Der Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz der Zuschlagskriterien vermag einen solchen Eingriff in das Bewertungssystem nicht zu rechtfertigen.<sup>6</sup>

Somit kann nicht über die Bewertung des Kriteriums Preis gegen Unterangebote vorgegangen werden. Unter diesem Kriterium sollte das preislich tiefste Angebot immer auch am besten bewertet werden.<sup>7</sup> Eine „Bestrafung“ von niedrigen Angeboten über die Bewertung des Preises bei den Zuschlagskriterien, welche Anwendung fand, wenn ein Angebot unter einem gewissen Prozentsatz des Durchschnitts der anderen Angebote war, wurde demnach auch als unzulässig angesehen.<sup>8</sup> Zudem wurde eine tiefere Bewertung des Preises aufgrund eines „Plausibilitäts-Faktors“ vom Bundesgericht als unzulässig qualifiziert, weil die Vergabestelle der Anbieterin keine Möglichkeit gab, das niedrige Angebot zu begründen.<sup>9</sup>

Auch das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) hält in Artikel XIII Ziff. 4 litt. a fest, dass eine Vergabestelle, welche ein Angebot erhält, das niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen kann, um sicherzustellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann.

In der EU regelt Artikel 69 der Richtlinie 2014/24<sup>10</sup> die Behandlung ungewöhnlich niedriger Angebote. Dieser legt fest, dass der öffentliche Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern vorschreiben kann, die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten zu erläutern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen. Absatz 3 der Bestimmung verpflichtet den Auftraggeber dazu, die gelieferten Informationen der Wirtschaftsteilnehmer mittels einer Rücksprache mit dem Bieter zu bewerten. Des Weiteren kann das niedrige Angebot nach dieser Prüfung nur dann abgelehnt werden, wenn die Informationen des Bieters keinen zufriedenstellenden Nachweis erbringen, dass der Bieter die an ihn gestellten Anforderungen erfüllen kann.

Im Urteil *SAG ELV Slovensko a.s. u. a. gegen Úrad pre verejné obstarávanie* vom 29. März 2012<sup>11</sup> hatte der EuGH im Zusammenhang mit dem damaligen Artikel zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten, Artikel 55 der Richtlinie 2004/18<sup>12</sup>, welche von der Richtlinie 2014/24 ersetzt wurde, festgehalten, dass der Unionsgesetzgeber den öffentlichen Auftraggeber verpflichten wollte, die Bewerber mit einem ungewöhnlich niedrigen Angebot zur Vorlage der erforderlichen Belege für die Seriosität dieser Angebote aufzufordern. Damit werde verlangt, dass zu einem zweckmässigen Zeitpunkt im Verfahren eine Prüfung von einem solchen Angebot stattfindet, damit der Bewerber die Möglichkeit erhält, den Nachweis der Seriosität seines Angebots zu erbringen. „Dadurch soll Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet werden.“<sup>13</sup>

Es erscheint des Weiteren wahrscheinlich, dass das Kriterium der Plausibilität mit einem erheblichen Missbrauchsrisiko verbunden ist. Dieses entsteht dadurch, da

es verunmöglicht wird, dem Transparenzgrundsatz Rechnung zu tragen: Wie kann die Plausibilität bestimmt werden, ohne willkürlich zu bewerten? Ist die Referenz für eine Bewertung des Angebots durch den Auftraggeber tatsächlich eine Schätzung des Werts, würde der Anreiz zur Innovation und Effizienz stark eingeschränkt.

Zusammenfassend vertritt die WEKO mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen die Auffassung, dass das Unterkriterium „Plausibilität“ zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung von besonders effizienten oder innovativen Anbieterinnen führt und deshalb mit Art. 5 BGBM nicht vereinbar ist.

<sup>6</sup> MARTIN BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz Überblick - Erlasse - Rechtsprechung, 2014, Rz 212; ETIENNE POLTIER (Fn 2), Rz 313; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 1132 m.w.H. (insb. in Fussnote 2417). Als Anmerkung zu den Urteilen: VGer TI 52.2012.198 und 52.2012.199, vom 10.08.2012 und KGer GE ATA/713/2013, vom 29.10.2013, in welchen die Prüfung der Plausibilität als Zuschlagskriterium unter gewissen Voraussetzungen als zulässig qualifiziert wurde; EVELYNE CLERC, Art. 5 LMI, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2013, Rz 130 m.w.H. (« Cette obligation de transparence incombant au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, [...] le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »).

<sup>7</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), Rz 912.

<sup>8</sup> Urteil KGer GE ATA/834/2004, 26.10.2004 E. 6.a.; BERTRAND REICH, Marchés publics - Le prix: un critère comme les autres ?, in RDAF 2012 I, 66.

<sup>9</sup> Urteil KGer GE ATA/394/2015 E. 8.

<sup>10</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014 S. 65.

<sup>11</sup> Urteil des EuGH vom 29.3.2012 C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s. u. a. gegen Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191.

<sup>12</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004 S. 114.

<sup>13</sup> *Slovensko a.s. u. a. gegen Úrad pre verejné obstarávanie* (Fn 11), Rz 28 ff.; Urteil des EuGH vom 27.11.2001 *Lombardini und Mantovani* C-285/99 und C-286/99, Slg. 2001 I-9233, Rz 57.



|     |   |
|-----|---|
| B 3 | <b>Bundesverwaltungsgericht</b><br>Tribunal administratif fédéral<br>Tribunale amministrativo federale  |
| B 3 | <b>1. Urteil vom 23. August 2016 (A-6315/2014) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung</b> |

*Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2016 (A-6315/2014) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung*

#### Sachverhalt

##### A.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) erliess am 22. April 2013 nach Durchführung einer Untersuchung eine Verfügung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (nachfolgend: Sanktionsverfügung). Insgesamt waren an diesem Verfahren 21 Parteien bzw. 16 verschiedene Unternehmen aus der Baubranche beteiligt. Die WEKO deckte in rund 25 Fällen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) auf, die grösstenteils zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt hatten. Die Abreden betrafen öffentliche und private Submissionen im Kanton Zürich, bei welchen sich die Bauunternehmen über ihre Offertpreise absprachen und festlegten, wer den Zuschlag erhalten soll. Daran waren 13 Unternehmen in jeweils unterschiedlichen Konstellationen beteiligt; eines dieser Unternehmen zeigte sich selbst an (nachfolgend: Selbstanzeigerin). Zudem waren weitere Unternehmen an einigen der untersuchten Submissionen beteiligt, ohne dass diese als Partei im Untersuchungsverfahren involviert waren (nachfolgend: Drittunternehmen). Insgesamt sanktionierte die WEKO die in die Submissionsabsprachen involvierten Unternehmen mit annähernd Fr. 460'000.–. Die Sanktionsverfügung erwuchs in Rechtskraft.

Die Sanktionsverfügung wurde anschliessend publiziert. Die darin enthaltenen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekten wurden jedoch entfernt bzw. durch Auslassungen ersetzt. Aus diesem Grund kann eine ausstehende Person, beispielsweise ein potentiell geschädigter Auftraggeber, gestützt auf die anonymisierte Sanktionsverfügung nicht herausfinden, ob darin auch von ihm durchgeführte Ausschreibungen enthalten sind und ob er durch Absprachen geschädigt wurde.

##### B.

Am 4. November 2013 gelangte die Gemeinde Meilen (nachfolgend: Gesuchstellerin) an die WEKO und ersuchte sie um Einsicht in die massgebenden Akten. Sie verlangte insbesondere Auskunft darüber, ob sie Bauprojekte vergeben habe, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind.

##### C.

Mit Verfügung vom 8. September 2014 gewährte die WEKO der Gesuchstellerin insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung sowie in ein dazugehöriges Beweismittel, als diese von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen zum Gegenstand haben, in welchen die Gesuchstellerin die zuständige Beschaffungsstelle gewesen ist und sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen offenbart werden. Darüber hinaus wurde das Gesuch abgewiesen, soweit die WEKO darauf eingetreten ist.

##### D.

Gegen diese Verfügung erhebt die A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 29. Oktober 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Verfügung der WEKO vom 8. September 2014 sei aufzuheben und das Gesuch der Gemeinde Meilen sei abzuweisen. Eventuell sei die Aktenherausgabe nur unter den Auflagen zu verfügen, dass die übermittelten Daten als Amtsgeheimnis zu qualifizieren und streng vertraulich zu behandeln seien sowie für keine anderen Zwecke als die Führung eines zivilrechtlichen Schadenersatzprozesses gegen die B. bzw. die C. verwendet werden dürfen.

##### E.

Die Gesuchstellerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) schliesst in ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Dezember 2014 auf Abweisung der Beschwerde.

##### F.

Die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 19. Januar 2015 die Abweisung der Beschwerde.

##### G.

In den Schlussbemerkungen vom 12. März 2015 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Begehren fest.

##### H.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheiderelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

#### Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

##### 1.

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni

2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

**1.2** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. auch Art. 18 Abs. 3 und Art. 19 i.V.m. Art. 39 KG). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.3** Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie verfügt als materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung, sollen damit doch Angaben zu den von Abreden betroffenen Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin und demzufolge allenfalls die Beschwerdeführerin betreffende Personendaten weitergegeben werden. Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

**2.** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

**3.** Mit Beschwerde vom 30. Oktober 2014 verlangte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung vom 8. September 2014. Darin hiess die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Einsicht in die Sanktionsverfügung sowie die massgebenden Akten teilweise gut. Sie gewährte damit eingeschränkten Zugang zu Verfahrensakten eines abgeschlossenen Kartellverfahrens, dessen verfahrensabschliessende Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist. Im Folgenden ist somit ausschliesslich zu prüfen, ob die gewährte eingeschränkte Einsicht in die Verfahrensakten zulässig war.

**4.** Zunächst ist ein Zugang zu den Akten nach dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) zu prüfen.

**4.1** Das Öffentlichkeitsgesetz bezweckt, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (vgl. Art. 1 BGÖ), wodurch namentlich die Kontrolle über die Verwaltung verbessert und das Vertrauen der Bürger in die öffentlichen Institutionen gestärkt werden soll. Entsprechend dieser Zielsetzung kehrt

es den früher geltenden Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit zugunsten des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips um und räumt, soweit es zur Anwendung kommt und keine Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ vorliegt, jeder Person das Recht ein, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt solcher Dokumente zu erhalten (sog. Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimnisvorbehalt; vgl. Art. 6 Abs. 1 BGÖ; MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Bern 2008 [nachfolgend: Handkommentar BGÖ], Art. 6 Rz. 11 ff.).

**4.2** Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten aus einem Strafverfahren. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und herrschender Lehre auch Verwaltungsstrafverfahren und diesen vorgelagerte gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren (vgl. Urteil des BVGer A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.4; CHRISTA STAMM-PFISTER, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK DSG/BGÖ], Art. 3 N 10). Die Verfügung der Vorinstanz gewährt teilweise Einsicht in die Endverfügung eines kartellrechtlichen Verfahrens, mit welcher Sanktionen nach Art. 49a KG ausgesprochen wurden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts weisen solche Massnahmen gemäss Art. 49a KG einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter auf (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2). Dies bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann (vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.11.3). Als Verwaltungsverfahren untersteht es grundsätzlich dem Geltungsbereich des BGÖ (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ e contrario; Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 4.2.5.2).

**4.3** Art. 4 BGÖ statuiert sodann den Vorbehalt von Spezialbestimmungen zum Zugangsverfahren nach dem BGÖ. So bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (vgl. Art. 4 Bst. b BGÖ). Solche Normen können entweder den Zugang bestimmter Tätigkeitsbereiche oder bestimmter Personen begünstigen, die vorbehaltlose öffentliche Zugänglichkeit bestimmter Informationen garantieren, den Zugang enger als das BGÖ fassen oder spezifische Modalitäten für die Einsichtnahme festlegen. In der Lehre ist anerkannt, dass unter diese abweichenden, spezielleren Zugangsnormen insbesondere das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG fällt (vgl. Art. 3 Abs. 2 BGÖ; BERTIL COTTIER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 4 N 13 und 16; STAMM-PFISTER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 3 N 30 und Art. 4 N 10 ff.). Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 6–10), sieht Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG für Bundesorgane ein spezielles Auskunftsrecht im Falle einer Anfrage von Trägern gesetzlicher Aufgaben vor. Diese Bestimmung macht die Bekanntgabe von Daten nicht nur von speziellen Voraussetzungen abhängig, sondern verlangt darüber hinaus, dass deren Bekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden wird, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder schutzwürdige Interessen betroffener

Personen dies verlangen oder dies aufgrund gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder besonderer Datenschutzvorschriften geboten erscheint (vgl. Art. 19 Abs. 4 DSG). Somit besteht eine spezielle Zugangsvorschrift, weshalb kein Raum für ein Zugangsgesuch nach dem Öffentlichkeitsgesetz bleibt.

Zudem bestimmt Art. 9 Abs. 2 BGÖ, dass Zugangsgesuche, die sich wie im vorliegenden Fall auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, ohnehin nach den Regeln von Art. 19 DSG zu beurteilen sind. Demnach ist der Zugang nach dieser Norm zu prüfen.

**5.** Gemäss Art. 44 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unterstützen Bund und Kantone einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen. Art. 44 Abs. 2 BV hält weiter fest, dass sie sich gegenseitig Amts- und Rechtshilfe leisten. Abs. 1 der genannten Bestimmung bringt die Solidarität zwischen Bund und Kantonen bzw. den Kantonen untereinander zum Ausdruck, welche nicht zuletzt Ausfluss des Rechtsprinzips der Bundestreue ist. Eine Rechtspflicht zu positivem Handeln lässt sich jedoch aus dem Grundsatz der Bundestreue nicht ableiten, soweit eine solche Pflicht nicht durch eine Rechtsnorm vorgesehen ist (vgl. BGE 125 II 152 E. 4c/bb). Entsprechend lassen sich keine Ansprüche unmittelbar auf Art. 44 Abs. 1 BV abstützen. Dieser Bestimmung kommt aufgrund ihres programmatischen Charakters keine Justiziabilität zu; sie richtet sich vielmehr an den Verfassungs- und Gesetzgeber von Bund und Kantonen (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: St. Galler BV-Kommentar], Art. 44 N 6 f. und 11 f.). Zwar hält Abs. 2 derselben Bestimmung explizit fest, dass Bund und Kantone einander Amts- und Rechtshilfe leisten. Doch auch hierbei handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einhelliger Meinung in der Lehre um einen allgemeinen Grundsatz, welcher der Konkretisierung in einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift bedarf (Urteil des BGer 1C\_541/2014 vom 13. August 2015 E. 4.5, welches von allgemeinen Grundsätzen der Amtshilfe spricht; vgl. FRANÇOIS BELLANGER, L'entraide administrative en Suisse, in: Bellanger/Tanquerel [Hrsg.], L'entraide administrative, 2005, S. 9 f.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003, Art. 44 N 5; vgl. auch SCHWEIZER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 44 N 32). Nach der Botschaft des Bundesrates enthält die Bestimmung lediglich eine beispielhafte Aufzählung von Gebieten der Zusammenarbeit (vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 209).

Mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) hat der Gesetzgeber eine spezifische Norm geschaffen, welche den verfassungsmässigen Grundsatz der gegenseitigen Amtshilfe zumindest für die informationelle Amtshilfe einer Bundesbehörde konkretisiert und damit eine Anspruchsgrundlage für ein Auskunftsbegehren darstellt (vgl. Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [DSG; nachfolgend: Botschaft zum DSG], BBl 1988 II 413, S. 469, welche bereits festhielt, dass Art. 19 DSG eine Art allgemeine Amts- und Rechts-

hilfebestimmung sowie Ausführungsbestimmung zum allgemeinen Amtsgeheimnis darstelle). Entsprechend ist im Folgenden die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes im Allgemeinen und von Art. 19 DSG im Besonderen zu prüfen.

## 6.

**6.1** Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG gilt das Datenschutzgesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Als Daten bzw. Personendaten gelten dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG). Deren Bekanntgabe, d.h. das Zugänglichmachen von Personendaten (Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen), stellt eine Form der Datenbearbeitung dar (vgl. Art. 3 Bst. e und f DSG). Das Auskunftsgesuch der Beschwerdegegnerin betrifft die Bekanntgabe der in der Verfügung enthaltenen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekten und die in diese Abreden involvierten Unternehmen. Damit hat es Personendaten von bestimmten juristischen Personen zum Gegenstand. Ebenso liegt durch das Zugänglichmachen dieser Informationen, d.h. die Einsichtgewährung und Weitergabe der Daten, eine Datenbearbeitung vor. Sodann ist die Wettbewerbskommission ein Bundesorgan im Sinn von Art. 3 Bst. h DSG (vgl. BEAT RUDIN, in: Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz [DSG], 2015 [nachfolgend: SHK DSG], Art. 3 N 45; URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 2 N 3). Schliesslich ist kein Ausschlussgrund gemäss Art. 2 Abs. 2 DSG gegeben. Folglich gelangt das DSG auf das strittige Auskunftsgesuch zur Anwendung.

**6.2** Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dürfen Bundesorgane Personendaten selbst dann bekannt geben, wenn keine Rechtsgrundlage im Sinn von Art. 17 DSG besteht, sofern die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Diese Ausnahme soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts ihres Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (vgl. Urteil des BVer A-4467/2011 vom 10. April 2012 E. 8.2.2; JENNIFER EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 21).

**6.3** Im Folgenden gilt es nun die einzelnen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zu prüfen. Zunächst ist auf die Anforderungen an das Auskunftersuchen an sich einzugehen (E. 7). Anschliessend ist zu prüfen, ob mit den benötigten Daten eine gesetzliche Aufgabe erfüllt werden soll (E. 8) und die Daten bzw. deren Bekanntgabe hierfür als unentbehrlich erscheinen (E. 9).

## 7.

**7.1** Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dürfen Personendaten nur bekannt gegeben werden, wenn es ein Ersuchen im Einzelfall betrifft. Dies ist der Fall, wenn die Daten für einen einmaligen Zweck bekannt gegeben werden, unabhängig davon, ob es sich um Daten einer oder mehrerer Personen handelt. Entscheidend ist, dass die Daten nicht regelmässig oder gar dauerhaft zur Erledigung einer gesetzlichen Aufgabe herangezogen werden (vgl. CLAUDIA MUND, in: SHK DSG, Art. 19 N 13; EHRENSPERGER, in:

BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 27). Sodann kann eine Datenbekanntgabe nur auf eine konkrete Anfrage hin erfolgen. Die ersuchende Behörde muss gegenüber der angefragten Stelle den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte und Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund des Gesuchs nennen; Anfragen ohne präzisen Anlass oder konkrete Fragestellung (sog. „fishing expeditions“) sind nicht zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6 a und b/aa, 128 II 407 E. 5.2.1 und 6.3.1; vgl. für die internationale Amtshilfe in Steuersachen: BGE 139 II 404 E. 7.2.2 f.; JÖHRI, in: HK DSG, Art. 19 N 25).

**7.2** Im vorliegenden Fall liegt eine konkrete Anfrage vor. So verlangte die Beschwerdegegnerin mit ihrem Gesuch vom 4. November 2013 Einsicht in die Sanktionsverfügung und die massgebenden Akten. Damit bezeichnete sie nicht nur genau die verlangten Unterlagen, sondern umriss zugleich den Kreis der davon betroffenen (juristischen) Personen bzw. deren Personendaten. Zudem legte die Beschwerdegegnerin den Zweck ihres Ersuchens dar, wonach sie insbesondere sicherstellen wolle, dass Steuergelder nicht unrechtmässig bzw. aufgrund von Absprachen zwischen Bauunternehmen in zu hohem Ausmass verwendet werden. Aus dem Gesuch und dessen Begründung folgt weiter, dass die einverlangten Daten nur für einen einmaligen Zweck bekannt gegeben werden sollen. Folglich handelt es sich um eine Anfrage im Einzelfall.

## 8.

### 8.1

**8.1.1** Die Beschwerdegegnerin ersucht um Datenbekanntgabe, damit sie eine rechtmässige Verwendung von Steuergeldern sicherstellen könne bzw. wegen Absprachen zwischen Bauunternehmen keine zu hohen Ausgaben getätigt worden sind. Sie sei gegenüber dem Steuerzahler verpflichtet, darum besorgt zu sein, dass ihre Arbeitsvergaben auf korrekter Basis erfolgen. Entsprechend wolle sie wissen, ob sie Bauprojekte vergeben habe, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen seien.

**8.1.2** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Datenbekanntgabe sei für den von der Beschwerdegegnerin angestrebten schonungsvollen Umgang mit Steuergeldern bzw. zur Prüfung von zivilrechtlichen Ansprüchen nicht zulässig. Die Beweggründe würden keine gesetzliche Aufgabe sondern vielmehr ein allgemeines staatspolitisches Ziel darstellen. Ohnehin bewege sich das Gemeinwesen beim Sammeln von Beweismitteln für die Verfolgung von Zivilansprüchen auf dem Boden des Privatrechts. Folglich handle das Gemeinwesen wie eine Privatperson, weshalb von einer gesetzlichen Aufgabe keine Rede sein könne.

**8.1.3** Die Vorinstanz bestreitet, dass es sich beim schonungsvollen Umgang mit Staatsmitteln lediglich um ein „breites staatspolitisches Anliegen“ handle. Die Beschwerdegegnerin sei aufgrund der kantonalen Verfassung dazu verpflichtet, ihre Mittel schonungsvoll einzusetzen und könne deshalb nicht „freiwillig“ auf ihr zustehende Ansprüche verzichten.

**8.1.4** Mit ihrem Gesuch möchte die Beschwerdegegnerin eine haushälterische Verwendung von Steuergeldern sicherzustellen. Dies schliesst ohne Weiteres die Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche mit

ein, da sich nur auf diesem Weg zu hohe Ausgaben zurückfordern lassen, welche in allfälligen von Submissionsabsprachen betroffenen Vergabeverfahren getätigt wurden. Mithin erscheint die Geltendmachung allfälliger Zivilansprüche als zentrales Mittel zur Erreichung einer haushälterischen Verwendung von Steuergeldern. Deshalb sind im Folgenden beide Zielsetzungen (haushälterischer Umgang mit Steuergeldern und die Prüfung sowie Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche) zu prüfen.

## 8.2

**8.2.1** Art. 43a BV definiert für die Eidgenossenschaft die Grundsätze für die Zuweisung sowie Erfüllung staatlicher Aufgaben. Die Bestimmung sieht insbesondere vor, dass staatliche Aufgaben bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden müssen (vgl. Art. 43a Abs. 5 BV). Dabei handelt es sich um Grundprinzipien, die sowohl an den Gesetzgeber als auch an die Vollzugsbehörden gerichtet sind und deshalb bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben berücksichtigt werden müssen. Sie sind im gesamten Gefüge des Bundesstaates, mittelbar sogar bis auf Stufe der Gemeinden, zu beachten (vgl. RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, in: St. Galler BV Kommentar, Art. 43a N 5 f.). Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit verlangt vom Gemeinwesen, dass einerseits die von ihm angestrebten Wirkungen tatsächlich erreicht werden können und andererseits die Leistungen zu möglichst geringen volkswirtschaftlichen Kosten erbracht werden (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015 [nachfolgend: BSK BV], Art. 43a N 40). Diese Ausführungen erhellen bereits, dass ein Gemeinwesen bei der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben seine finanziellen Mittel effizient einzusetzen hat, um die Kosten für die Allgemeinheit möglichst gering zu halten. Verlangt wird ein schonender Umgang mit Steuergeldern, welcher u.a. auch die Rückforderung zu hoher, getätigter Ausgaben miteinschliesst. Damit stellt der haushälterische Umgang mit Steuergeldern eine gesetzliche, aus den Verfassungsgrundsätzen fliessende Aufgabe dar, welche insbesondere mittels Prüfung und Durchsetzung allfälliger Zivilansprüche gegenüber Unternehmen, die das Gemeinwesen mit Submissionsabsprachen geschädigt haben, zu erreichen ist.

**8.2.2** Der Grundsatz des wirtschaftlichen bzw. haushälterischen Umgangs mit Staatsgeldern hat überdies in verschiedenen kantonalen Erlassen seinen Niederschlag gefunden. So hält Art. 122 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (nachfolgend: KV ZH) fest, der Kanton und die Gemeinden sorgen für einen gesunden Finanzhaushalt. Abs. 2 derselben Bestimmung konkretisiert, dass Kanton und Gemeinden ihren Finanzhaushalt nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit führen. Die Pflicht für einen gesunden Finanzhaushalt zu sorgen, bedeutet, mit den anvertrauten Geldern sorgfältig, d.h. sparsam und wirtschaftlich umzugehen. Diese Grundsätze sollen generell für alle Ebenen staatlichen Handelns zur Anwendung gelangen (vgl. ULRICH HUBLER/MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, Art. 122 N 3, 11, 16–18).

**8.2.3** Diese Grundsätze werden in § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Controlling und Rechnungslegung vom 9. Ja-

nuar 2006 (CRG) aufgenommen und dahingehend konkretisiert, dass die staatlichen Organe bei der Steuerung von Leistungen und Finanzen durch Verfassung und Gesetzgebung gebunden sind und diese nach den Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu erfolgen hat. Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich ohne Weiteres, dass diese Grundsätze nicht nur bei der Ausgabenplanung, sondern auch bezüglich bereits beschlossener Ausgaben massgebend sind. Denn die Verpflichtung zum sorgsamem Umgang mit Steuergeldern schliesst die Pflicht zur konsequenten Überprüfung getätigter Ausgaben auf Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundsätze mit ein. Werden nun aber von einem Gemeinwesen aufgrund von Submissionsabsprachen zu hohe Ausgaben getätigt, verletzte das Gemeinwesen seine Pflicht zur sparsamen und wirtschaftlichen Steuerung von Leistungen und Finanzen, wenn es allfällige Rückforderungsmöglichkeiten nicht prüfen und notfalls gerichtlich durchsetzen würde.

**8.3** Insgesamt besteht damit eine gesetzliche Aufgabe, welche vom Gemeinwesen im Rahmen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung auch die Prüfung und Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen gegenüber den Teilnehmern eines Submissionskartells verlangt, um den aus überhöhten Zuschlagspreisen resultierenden Schaden zu kompensieren. Es handelt sich um eine gesetzliche Aufgabe von entscheidender Bedeutung.

**8.4** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Datenbekanntgabe erfolge nicht aufgrund einer gesetzlichen Aufgabe, da sich die Beschwerdegegnerin beim Sammeln von Beweismitteln zur Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen auf dem Boden des Privatrecht bewege und demzufolge wie eine Privatperson handle, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie bereits dargelegt wurde, handelt es sich dabei um eine gesetzliche Aufgabe. Daran vermag auch die Rechtsnatur allfälliger von der Beschwerdegegnerin zur Erfüllung dieser Aufgaben eingesetzter oder noch einzusetzender verfahrensrechtlicher Mittel, wie die Einleitung einer Schadenersatzklage, nichts zu ändern.

**9.** Weiter stellt sich die Frage, ob die Daten zur Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind.

**9.1** Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit ist gegeben, wenn die Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllt werden könnte. Eine bloss verbesserte oder effizientere Aufgabenerfüllung kann hingegen nie als Rechtfertigung für eine Auskunftserteilung dienen (vgl. A-4467/2011 E. 8.2.2.1; EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 26; MUND, in: SHK DSG, Art. 19 N 13).

**9.2** Im vorliegenden Fall steht ausser Frage, dass die nachgesuchten Daten zur Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche und damit zur Sicherstellung eines haushälterischen Umgangs mit Steuergeldern notwendig sind. Denn für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen müssen nebst dem erlittenen Schaden auch die ersatzpflichtigen Personen bekannt sein. Daran vermögen auch die im Zivilprozessrecht mit der unbezifferten Forderungsklage bzw. sog. Stufenklage gemäss Art. 85 der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) gegenüber der Leistungsklage vorgesehenen Erleichterungen nichts zu ändern. Denn

auch eine Stufenklage setzt voraus, dass dem Kläger zumindest die Person des Ersatzpflichtigen bekannt ist und gegenüber dem Ersatzpflichtigen ein privatrechtlicher Informationsanspruch besteht, dessen Durchsetzung letztlich die Bezifferung der Forderung ermöglicht (vgl. zum Ganzen: DANIEL FÜLLEMANN, in: ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, Art. 85 N 4; PAUL OBERHAMMER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, Art. 85 N 13 f). Weder das Eine noch das Andere ist vorliegend der Fall, weshalb die Beschwerdegegnerin zwingend auf die Daten angewiesen ist, um die gesetzlichen Aufgaben erfüllen zu können.

**9.3** Die Daten aus der Sanktionsverfügung sind jedoch nur insoweit unentbehrlich, als diese Vergabeverfahren betreffen, in denen die Beschwerdegegnerin die Vergabestelle war. Denn nur in diesen Fällen kann es zu einer Schädigung der Beschwerdegegnerin bzw. einem ineffizienten Einsatz ihrer öffentlichen Mittel gekommen sein. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz die Einsicht auf jene Daten beschränkt, welche die Vergabestelle direkt betreffen (vgl. oben E. 3).

**9.4** Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit bezieht sich jedoch nicht nur auf die Daten (im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung), sondern auch auf den Vorgang der Datenbekanntgabe. Denn wie bereits oben dargelegt wurde, ist dieses Erfordernis erfüllt, wenn die gesetzliche Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllt werden kann (vgl. Botschaft zum DSG, 1988 II 413, S. 470, wonach die Bekanntgabe von Personendaten nur zulässig ist, „wenn der Empfänger sonst seine gesetzliche Aufgabe überhaupt nicht erfüllen könnte“; vgl. JÖHRI, in: HK DSG, Art. 19 N 24; CLAUDIA LEONIE WASMER, in: Passadellis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.164). Das Auskunftersuchen darf somit nicht den einfacheren oder praktikableren Weg darstellen, um an die ersuchte Information zu gelangen (JÖHRI, in: HK DSG, Art. 19 N 24). Daraus folgt, dass eine Datenbekanntgabe solange zulässig sein muss, als keine andere Möglichkeit besteht oder das Auskunftersuchen zumindest nicht als die einfachere Möglichkeit gilt, um an die erforderlichen Daten zu gelangen. Deshalb ist im Folgenden (E. 9.5–9.8) zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auch auf anderem Wege, an die erforderlichen Daten hätte gelangen können bzw. nach wie vor gelangen kann und somit eine Datenbekanntgabe als entbehrlich erscheint.

**9.5** An erster Stelle ist der Zugang zu den Daten über einen Verfahrensbeitritt zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren zu prüfen.

**9.5.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Erfordernis der Unentbehrlichkeit gegeben sei, da die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ein Gesuch um Beteiligung an der Untersuchung bei der Vorinstanz hätte stellen und auf diese Weise Zugang zu den relevanten Daten hätte erlangen können. Denn der Verfahrensbeitritt diene gerade dem Zweck, dass sich potentiell geschädigte Personen als Verfahrensparteien die notwendigen Erkenntnisse beschaffen können. Da die Beschwerdegegnerin von einem Verfahrensbeitritt abgesehen habe, könne es nun nicht angehen, dass sie ihr Versäumnis nachträglich über das Datenschutzgesetz heile.

**9.5.2** Nach Ansicht der Vorinstanz bezwecke die Datenbekanntgabe nicht, nachträglich einen allfällig versäumten Verfahrensbeitrag zum Kartellverfahren (Art. 43 KG) zu heilen. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Bestimmung gelte nur während eines Kartellverfahrens und nicht danach, weshalb ein Beitritt zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr verlangt werden könne. Zudem hätte die Beschwerdegegnerin hierfür zunächst ein Gesuch um Verfahrensbeitrag stellen müssen, dessen Gutheissung nicht ohne Weiteres festgestanden hätte, zumal die Vorinstanz bis heute noch nie eine potentiell geschädigte Person zu einem Verfahren gemäss Art. 5 KG zugelassen habe.

**9.5.3** Gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG können (Dritt-)Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, um Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung ersuchen. Die Beschwerdeführerin übersieht jedoch, dass diese Bestimmung nur Personen erfasst, deren Möglichkeiten beeinträchtigt sind, sich am freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu beteiligen oder ihre bisherige Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen (vgl. STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010 [nachfolgend: BSK KG], Art. 43 N 11 f.). Dies trifft insbesondere auf Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten der an einer Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar beteiligten Unternehmen zu, nicht jedoch auf Konsumenten (vgl. RICHARD KUSTER, in: Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, 2007 [nachfolgend: SHK KG], Art. 43 N 5 und 7). Die Funktion der Beschwerdegegnerin im Rahmen einer Vergabe gleicht hingegen derjenigen des Konsumenten, tritt sie doch als Nachfragerin auf dem von ihr geschaffenen Beschaffungsmarkt auf. Folglich beteiligt sie sich weder am Wettbewerb noch wird sie in der Aufnahme oder Ausübung desselben behindert. Deshalb wäre im vorliegenden Fall ein Beitritt der Beschwerdegegnerin zum Untersuchungsverfahren gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG wohl ausgeschlossen gewesen. Ohnehin wäre durch einen Verfahrensbeitrag noch nichts zur allfälligen Parteistellung der Beschwerdegegnerin gesagt gewesen, da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der Teilnahmeberechtigung allein nicht auf die Parteistellung geschlossen werden kann (vgl. BGE 139 II 328 E. 4.3 ff.). Vielmehr ist für die Einräumung der Parteistellung und infolgedessen für die damit verbundenen Parteirechte – wie die Akteneinsicht – entscheidend, dass dem Verfahrensbeteiligten die Beschwerdebefugnis zukommt (vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BILGER, in: BSK KG, Art. 43 N 22 mit weiteren Hinweisen; PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, 2000, S. 218; so bereits der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKOWEF] vom 25. April 1997, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2/1997 S. 243 ff.). Wie es sich damit verhält, kann jedoch angesichts der fehlenden Möglichkeit eines Verfahrensbeitritts von vornherein offen bleiben. Es bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin auf diesem Weg nicht an die ersuchten Daten gelangen konnte.

**9.6** Sodann ist ein Verfahrensbeitrag zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren nach den Regeln des Ver-

waltungsverfahrensgesetzes zu prüfen. Das Kartellgesetz definiert den Kreis der am Untersuchungsverfahren teilnahmebefugten Drittpersonen abschliessend (vgl. BILGER, in: BSK KG, Art. 43 N 9 und 21). Da die kartellrechtlichen Verfahrensbestimmungen Vorrang vor den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes geniessen (vgl. Art. 39 KG), wäre ein Verfahrensbeitrag zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren und die Einräumung der Parteistellung gestützt auf die allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG nicht möglich gewesen. Auch insoweit bestand somit keine Möglichkeit über einen Verfahrensbeitrag und die Stellung eines Akteneinsichtsgesuchs an die benötigten Daten zu gelangen.

**9.7** Ferner bestünde für das Opfer eines Submissionskartells die Möglichkeit, Strafanzeige wegen Submissionsbetrugs gemäss Art. 146 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) gegen Unbekannt einzureichen.

**9.7.1** Wird ein Strafverfahren eröffnet, kann die Untersuchungsbehörde die benötigten Akten aus dem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren auf dem Wege der Rechtshilfe beziehen. Gemäss Art. 44 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) sind die Behörden des Bundes und der Kantone zur Rechtshilfe verpflichtet, wenn Straftaten nach dem Bundesrecht in Anwendung der Strafprozessordnung verfolgt und beurteilt werden. Diese Pflicht zur gegenseitigen Rechtshilfe, wozu insbesondere auch die Übermittlung von Akten gehört, besteht grundsätzlich vorbehaltlos (vgl. ANDREAS DONATSCH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl. 2014 [nachfolgend: Kommentar StPO], Art. 194 N 14 und 20).

**9.7.2** Konstituiert sich nun das Opfer des Submissionskartells als Privatstrafkläger im Strafverfahren (Art. 115 und Art. 118 f. i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Bst. b der StPO), kann dieses seinen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen, um auf diesem Weg Zugang zu den benötigten Daten zu erhalten (vgl. auch Art. 101 Abs. 2 StPO, wonach andere Behörden die Akten einsehen können, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen). Obwohl die Strafbarkeit des Submissionsbetrugs nicht eindeutig geklärt ist und eine Bestrafung von Submissionsabsprachen in der Regel am rechtsgenügenden Nachweis des Vermögensschadens scheitern dürfte (vgl. CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2008, S. 189 f.; ADRIAN WEBER, Submissionsabsprachen im Lichte des schweizerischen Straf- und Wettbewerbsrechts, 2014, S. 39 und S. 56 ff., gefunden unter: <<http://www.binderlegal.ch/uploads/media/Submissionsabrede.pdf>> abgerufen am 14. Januar 2016), steht dies der Einleitung eines Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft nicht von vornherein entgegen, womit die Ausübung des Akteneinsichtsrechts grundsätzlich möglich ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 1175, mit Ausführungen zu einem Strafverfahren der Tessiner Staatsanwaltschaft, die wegen Betrugs und Urkundenfälschung gegen ein Submissionskartell von Strassenbauunternehmen ermittelte). Vor dem

Hintergrund der äusserst geringen Erfolgsaussichten eines Strafverfahrens ist es jedoch nicht angebracht, von der Beschwerdegegnerin die Einreichung einer Strafanzeige zwecks Einleitung des Untersuchungsverfahrens zu verlangen, nur um an die benötigten Daten zu kommen, zumal die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall gar keine strafrechtliche Sanktionierung der betreffenden Unternehmen anstrebt (vgl. Gesuch vom 4. November 2013). Ein solches Vorgehen liefe auf eine massive Verschwendung von staatlichen Ressourcen hinaus und stellte einen zweckentfremdeten Gebrauch des Strafanzeigerechts dar (vgl. aber LORENZ DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 24, 2008, S. 269 ff., S. 277 f., wonach eine Strafanzeige wegen eines Officialdelikts – selbst wenn diese ausschliesslich zivilprozessualen Informationsinteressen geschuldet ist – nicht wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein kann und die Nutzung des Akteneinsichtsrechts zu zivilprozessualen Zwecken einen zulässigen Rechtsgebrauch darstelle). Demnach ist die Erstattung einer Strafanzeige zur Beschaffung der benötigten Daten im konkreten Fall unzumutbar.

**9.7.3** Hinzu kommt, dass ein Auskunftsgesuch nach dem Datenschutzgesetz gegenüber der Akteneinsicht im Strafverfahren im Übrigen auch nicht als die einfachere Möglichkeit erscheint, um an die benötigten Daten zu gelangen. Denn während sowohl im einen wie auch im anderen Fall keine wesentlichen bzw. überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen einer Einsichtnahme entgegenstehen dürfen (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG und Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO; vgl. auch Art. 102 Abs. 2 StPO), hat ein Amtshilfeersuchen darüber hinaus weiteren Voraussetzungen genügen. So muss dieses zudem in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe erfolgen und es dürfen keine gesetzlichen Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzbestimmungen einer Datenbekanntgabe entgegenstehen (vgl. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG).

**9.7.4** Zusammengefasst kann von der Beschwerdegegnerin weder die Einleitung eines Strafverfahrens verlangt werden noch erscheint die Datenbekanntgabe als einfacherer Weg, um an die benötigten Daten zu gelangen. Insofern ist die Beschwerdegegnerin auf die Datenbekanntgabe angewiesen.

**9.8** Weiter stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerin gestützt auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien um Akteneinsicht ersuchen könnte.

**9.8.1** In der Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass eine rechtssuchende Person auch ausserhalb eines Verfahrens einen direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Anspruch auf Akteneinsicht geltend machen kann, sofern sie ein besonderes, schutzwürdiges Interesse daran glaubhaft macht und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Das schutzwürdige Interesse kann sich aus der Betroffenheit in einem spezifischen Freiheitsrecht oder aus einer speziellen Sachnähe ergeben. Ebenso liegt es vor, wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren, wie ein Entschädigungs-, Rehabilitations- oder Revisionsprozess, sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann (vgl. BGE 129 I 249 E. 5.2; Urteil des BGer 1A.253/2005 vom

17. Februar 2006 E. 3.6.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 503; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl. 2008, S. 873 f.; GEROLD STEINMANN, in: *St. Galler BV-Kommentar*, Art. 29 N 54; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.92). Soweit in der bisherigen Rechtsprechung die Akteneinsicht mit der Einleitung eines nachfolgenden Verfahrens begründet wurde, handelte es sich dabei ausschliesslich um natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts, welche auf die verlangte Akteneinsicht offensichtlich angewiesen waren (vgl. Urteil 1A.253/2005 E. 3.6.4, wo das Bundesgericht ein Akteneinsichtsgesuch ablehnte, da dieses mit Blick auf die verfolgten Abklärungszwecke und die Einleitung eines Staatshaftungsverfahrens nicht notwendig war).

**9.8.2** Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall, steht einem Gemeinwesen doch grundsätzlich die Möglichkeit offen, gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ein Amtshilfeersuchen an die zuständige Behörde zu richten und die für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlichen Informationen anzufordern. Zudem konkretisiert die vorliegend zu prüfende Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG in Form der informationellen Amtshilfe das verfassungsrechtlich garantierte Akteneinsichtsrecht für ein Gemeinwesen oder die mit gesetzlichen Aufgaben betrauten Personen. Folglich handelt es sich um die speziellere, auf den Vorgang der amtshilfeweisen Datenbekanntgabe zugeschnittene und damit einschlägige Regelung. Diese stellt im Übrigen strenge Anforderungen an die ersuchende Behörde, die über die Voraussetzungen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Anspruchs hinausgehen. Mithin erscheint die Datenbekanntgabe für die Beschwerdegegnerin nicht als einfacherer Weg, um an die benötigten Daten zu gelangen. Dass die Beschwerdegegnerin ihr Begehren nicht auf Art. 29 Abs. 2 BV stützte, kann ihr deshalb nicht zum Nachteil gereichen. Vielmehr erscheint die Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dennoch als unentbehrlich.

**9.8.3** Schliesslich fällt ein Zugang zu den vorliegend benötigten Daten gestützt auf das BGÖ ausser Betracht, da mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG eine spezielle Zugangsbestimmung besteht, die Vorrang genießt (vgl. Art. 4 Bst. b BGÖ). Im Übrigen richtete sich das vorliegende Zugangsgesuch zufolge des Verweises in Art. 9 Abs. 2 BGÖ ebenfalls nach Art. 19 DSG und damit nach denselben Regeln eines Datenherausgabegesuchs gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG (vgl. oben E. 4.3). Damit stellt das Auskunftersuchen nach dem Datenschutzgesetz für die Beschwerdegegnerin kein einfacherer Weg dar, um an die erforderlichen Daten zu gelangen.

**9.9** Demnach bestehen für die Beschwerdegegnerin keine anderen, zumutbaren Möglichkeiten, um an die ersuchten Daten zu gelangen. Folglich ist die Datenbekanntgabe unentbehrlich für die Aufgabenerfüllung der Beschwerdegegnerin.

**10.** Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zur Sicherstellung eines haushälterischen Umgangs und

demzufolge auch zur Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche erfüllt.

## 11.

**11.1** Weiter bleibt zu prüfen, ob einer allfälligen Datenbekanntgabe Schranken gesetzt sind. So sieht Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO vor, dass das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ablehnt, einschränkt oder mit Auflagen verbindet, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Folglich entbindet das Datenschutzgesetz das angefragte Bundesorgan nicht vom Amtsgeheimnis oder anderen speziellen Geheimhaltungspflichten. Vielmehr muss im Einzelfall mittels Gesetzesauslegung geprüft werden, ob eine spezialgesetzliche Regelung die Geheimhaltungspflicht aufhebt und ob eine datenschutzrechtliche Bestimmung einer Datenbekanntgabe entgegensteht (vgl. EHRENSPERGER, in: BSK DSGVO, Art. 19 N 66 mit weiteren Hinweisen). Art. 19 DSGVO stellt eine Ausführungsbestimmung zum allgemeinen Amtsgeheimnis dar (vgl. oben E. 5). Entsprechend wird in jenen Bereichen, in denen eine Amtshilfeleistung zulässig ist und die Voraussetzungen von Art. 19 DSGVO erfüllt sind, das Amtsgeheimnis durch eine Datenbekanntgabe nicht verletzt (vgl. JÜRGEN WALTER SIMON, Amtshilfe – Allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze, 1991, S. 114).

**11.2** Die Vorinstanz prüfte, ob Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe entgegenstehen könnte. Gestützt auf eine Auslegung von Art. 25 KG gelangte sie zum Schluss, dass diese Bestimmung eine Datenbekanntgabe zwar einschränke, jedoch nicht vollständig ausschliesse. Die Bestimmung diene vor allem dem Schutz von auskunftsverpflichteten Marktteilnehmern, welche den Wettbewerbsbehörden hoch sensible Informationen liefern, nicht jedoch den Verfahrensbeteiligten, die verdächtigt werden, sich an einem Kartell beteiligt zu haben, da diese ohnehin kein Interesse daran hätten, schutzwürdige Informationen preiszugeben. Mithin könnte sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen. Zudem würden vorliegend keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse offengelegt. Schliesslich gelangte sie zum Ergebnis, eine Datenbekanntgabe sei zulässig, wenn der vom potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck mit jenem des Kartellrechtsverfahrens übereinstimme. Die geforderte Zweckübereinstimmung sei vorliegend mit der beabsichtigten Nutzung der Daten (Sicherstellen eines haushälterischen Umgangs mit Steuergeldern bzw. die Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüchen) gegeben, weshalb Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe nicht entgegenstehe.

Die Beschwerdeführerin bestreitet dieses Auslegungsergebnis. Ihrer Ansicht nach handelt es sich dabei um eine absolute und umfassende Geheimhaltungspflicht. Die Bestimmung erlaube keine Unterscheidung zwischen Verfahrensparteien und übrigen Beteiligten, welche nicht von der kartellrechtlichen Untersuchung betroffen seien. Denn auch bei Ersteren bestehe ein Schutzbedürfnis betreffend ihrer Informationen, da diese von der Vorinstanz in der Regel zwangsweise erhoben würden. Insofern bilde der Schutz durch das Amtsgeheimnis das Korrelat zur (zwangsweisen) Beweiserhebung der Vorinstanz. Überdies beinhalte die Verfügung Geschäftsgeheimnisse und der Schutz des Amtsgeheimnisses erfasse nicht nur Geschäftsgeheimnisse sondern Personendaten generell,

weshalb eine Datenbekanntgabe selbst bei Fehlen von Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen sei. Sodann widerspreche die Auffassung der Vorinstanz, die Datenbekanntgabe sei zulässig, wenn der von einem potentiellen Datenempfänger verfolgte Zweck mit jenem des Kartellverfahrens deckungsgleich sei, dem klaren Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 KG. Ohnehin bestehe vorliegend keine derartige Deckungsgleichheit. Denn das Kartellgesetz verfolge volkswirtschaftliche Ziele, wie die präventive und repressive Beseitigung der gesamtwirtschaftlichen, ökonomischen Nachteile von Kartellen und anderen unzulässigen Wettbewerbsabreden, was keineswegs mit der von der Beschwerdegegnerin beabsichtigten Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen sowie dem haushälterischen Umgang mit Steuergeldern übereinstimme.

**11.3** Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts einer Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. „Methodenpluralismus“; vgl. BGE 140 II 80 E. 2.5.3 und 137 III 217 E. 2.4.1; Urteil des BGer 1C\_156/2011 vom 15. Juli 2011 E. 3.5.1; vgl. statt vieler: Urteil des BVerfG A-4586/2014 vom 24. März 2015 E. 5.2.1 [zur Publikation vorgesehen]). Es sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 217). Die Gesetzesauslegung hat sich dabei vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 140 I 305 E. 6.1). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3; BVGE 2007/41 E. 4.2).

**11.3.1** Der deutschsprachige Wortlaut von Art. 25 KG (Marginalie: Amts- und Geschäftsgeheimnis) sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren (Abs. 1). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten (Abs. 2). Ferner erlaubt die Bestimmung den Wettbewerbsbehörden, diejenigen Daten an den Preisüberwacher weiterzugeben, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (Abs. 3). Schliesslich statuiert Abs. 4 das Verbot, in den Veröffentlichungen Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Weder aus der italienischen noch aus der französischen Fassung ergeben sich weiterführenden Informationen zum Umfang des Amtsgeheimnisses und dem Anwendungsbereich der Bestimmung.

Aus dem Wortlaut von Art. 25 KG folgt somit der Grundsatz, dass die Wettbewerbsbehörden dem Amtsgeheimnis unterstehen (Abs. 1) und die im Rahmen ihrer Tätigkeit gewonnenen Kenntnisse einer Verwertungsbe-



schränkung unterliegen (Abs. 2). Aus Abs. 2, der als Konkretisierung zum ersten Absatz erscheint, ergibt sich damit nur – aber immerhin –, dass die Erkenntnisse ausschliesslich zweckgebunden, d.h. zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwertet werden dürfen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass durch die Bestimmung gerade nicht jede weitere Verwertung der Daten durch die WEKO ausgeschlossen ist, sondern deren Zulässigkeit davon abhängt, ob sie dem vom Verfahren verfolgten Zweck entspricht. Unter Verwerten wird im allgemeinen Sprachgebrauch das Verwenden von etwas verstanden, was nicht mehr oder noch nicht genutzt wird bzw. wenn etwas noch für einen bestimmten Zweck verwendet, benutzt oder gebraucht wird (vgl. BROCKHAUS, Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 1594; DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2007, S. 1842). Folglich meint im vorliegenden Kontext der Begriff der Verwertung die Verwendung bzw. Nutzbarmachung von Informationen für einen bestimmten Grund. Darunter fällt auch die Weitergabe von Daten im Rahmen der Amtshilfe, unter dem Vorbehalt, dass dies vom Zweck der ursprünglichen Datenerhebung gedeckt ist. Die Bestimmung äussert sich jedoch nicht dazu, wann eine Übereinstimmung mit dem Zweck gegeben ist. Dies ist nachfolgend im Rahmen der weiteren Auslegungsmethoden zu prüfen.

**11.3.2** Für die historische Auslegung sind zunächst die Materialien heranzuziehen. Die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: Botschaft zum KG; BBl 1995 I 468, S. 601) hält zu Art. 25 KG in allgemeiner Form fest, dass die Vorinstanz und deren Mitarbeiter dem Amtsgeheimnis unterstehen. Unter Bezugnahme auf das zivilrechtliche Kartellverfahren und den mittlerweile aufgehobenen aArt. 16 KG (AS 2010 1739), welcher die Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen insbesondere gegenüber Gegenparteien normierte, wird auf die Gefahr hingewiesen, dass heikle Unternehmensdaten aufgrund des Kartellverfahrens in „falsche Hände geraten“ könnten. Aus diesem Grund sollen die Wettbewerbsbehörden in Art. 25 Abs. 2 KG dazu verpflichtet werden, Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten. Weiter dürfen dem Preisüberwacher Informationen insoweit weitergeleitet werden, als er sie für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Folglich sollen von Art. 25 KG insbesondere die am Kartellrechtsverfahren beteiligten Parteien oder Drittpersonen, welche sensible innerbetriebliche Informationen oder geheime Daten über das eigene Marktverhalten offenlegen (vgl. Botschaft zum KG; BBl 1995 I 468, S. 593), davor geschützt werden, dass ihre Informationen in „falsche Hände“ fallen. Was mit dem Passus der „falschen Hände“ gemeint ist, steht jedoch nicht fest (vgl. BANGERTER, in: BSK KG, Art. 25 N 35). Insbesondere ergeben sich hierzu auch aus den parlamentarischen Beratungen keine weiteren Hinweise, da sowohl aArt. 16 KG als auch Art. 25 Abs. 1 und 2 KG diskussionslos angenommen wurden. Immerhin folgt aus dem Verweis der Botschaft auf aArt. 16 KG, dass im zivilrechtlichen Verfahren sowohl Gegenparteien als auch unbeteiligte Dritte darunter fallen, welche die sensiblen Informationen bzw. Geschäftsgeheimnisse ausserhalb des Verfahrens für ihre eigenen, verfahrensfremden Zwecke einsetzen könnten. Dasselbe muss auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren

gelten. Entsprechend sollen mit der Bestimmung auf der einen Seite Geschäftsgeheimnisse vor dem Zugriff unberechtigter Personen geschützt und auf der anderen Seite sichergestellt werden, dass die Daten nur zu dem mit dem Verfahren verfolgten Zweck verwertet, d.h. nicht ausserhalb des Verfahrens für andere Zwecke brauchbar gemacht und eingesetzt werden sollen.

### 11.3.3

**11.3.3.1** Aus einer systematischen Betrachtung von Art. 25 Abs. 2 und Abs. 3 KG folgt sodann, dass unter der Verwertung von Daten insbesondere auch die Weitergabe an eine Behörde zu verstehen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob Abs. 3 als Ausnahme vom grundsätzlichen Verwertungsverbot für ausserhalb des konkreten Verfahrens liegende Zwecke zu qualifizieren ist, wie dies die überwiegende Mehrheit der Lehre vorschlägt (vgl. URS ZENHÄUSER, in: SHK KG, Art. 25 N 9-11; BANGERTER, in: BSK KG, Art. 25 N 36; VINCENT MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013 [nachfolgend: Commentaire LCart], Art. 25 N 32 und 39; a.M. BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz [KG], 3. Aufl. 2011, Art. 25 N 9-11), oder ob es sich um die Normierung eines (beispielhaften) Anwendungsfalles handelt.

**11.3.3.2** Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf den Zweck des Verfahrens oder der Auskunft, d.h. auf die Voraussetzung der Zweckentsprechung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG einzugehen. Mit dieser Formulierung verweist das Kartellgesetz auf die weiteren Normen zum Verfahren. Aus der Gesetzessystematik (Art. 26 ff. KG) folgt, dass der Gegenstand eines Kartellverfahrens die Abklärung und Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen betrifft. Entsprechend liegt der Zweck des Verfahrens, welches sich in ein Vorabklärungs- und ein Untersuchungsverfahren gliedert, darin, die für die Feststellung und Beurteilung von allfälligen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen notwendigen Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 26 N 1). Entgegen den in der Lehre geäusserten Meinungen kann sich nun aber der Zweck des Verfahrens nicht allein in der Sachverhaltsfeststellung erschöpfen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 25 N 7, wonach die Informationen nur für den engen Zweck des konkret eingeleiteten Vorabklärungs-, Untersuchungs- oder Prüfungsverfahrens verwendet werden dürfen), ist doch die Durchführung eines kartellrechtlichen Verfahrens kein Selbstzweck. Vielmehr geht es darum, dass die Vorinstanz mit ihrem Tätigwerden dem Kartellrecht und damit dessen Zielen zum Durchbruch verhelfen soll. Denn letztlich ist sämtliches Handeln der Wettbewerbsbehörden auf den Gesetzeszweck des Kartellgesetzes ausgerichtet, wonach insbesondere volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen (vgl. Art. 1 KG). Deshalb ist es angebracht, die Frage der Zweckentsprechung nicht nur hinsichtlich des eigentlichen Zwecks des konkreten Kartellverfahrens, sondern nach dem Gesetzeszweck insgesamt zu beurteilen. Die Bezugnahme rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als die in modernen Bundesgesetzen enthaltenen Zweckartikel gerade als Hilfe bei der Auslegung dienen sollen (vgl. JENS LEHNE, in: BSK KG, Art. 1 N 1; BORER, a.a.O., Art. 1 N 11). Daraus folgt, dass mit der Voraussetzung der Zweckentsprechung verhindert werden soll,

dass Informationen sachfremd, d.h. für andere als kartellrechtliche Zwecke verwendet bzw. weitergegeben werden (so auch BANGERTER, in: BSK KG, Art. 25 N 38), nicht jedoch, dass die Daten nur in jenem Verfahren verwendet werden dürfen, in dem sie erhoben wurden.

**11.3.3.3** Diese Zwecksetzung stimmt mit jener des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) überein. Denn auch mit diesem Gesetz soll in Bereichen, in denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht, mittels Preisüberwachung und Regulierung missbräuchlicher Preise, deren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen bekämpft werden (vgl. Art. 4 Abs. 2 PüG; Botschaft des Bundesrates zum einem Preisüberwachungsgesetz vom 30. Mai 1984, BBl 1984 II 755, S. 756 und 765 f.; vgl. auch ROLF H. WEBER; in: Stämpfli Handkommentar Preisüberwachungsgesetz [PüG], 2009 [nachfolgend: SHK PüG], Überblick N 70). Entsprechend verfolgt der Preisüberwacher mit seinen Verfahren ebenfalls kartellrechtliche Zwecke. Deshalb wäre eine Weitergabe von Kenntnissen durch die WEKO nach den obigen Ausführungen bereits gestützt auf Art. 25 Abs. 2 KG zulässig und die in Art. 25 Abs. 3 KG getroffene Regelung nicht notwendig. Der Grund, weshalb Art. 25 Abs. 3 KG nicht gestrichen wurde – wie dies damals in der parlamentarischen Beratung vom Nationalrat verlangt wurde, welcher die Kompetenzen des Preisüberwachers zurückdrängen wollte (vgl. Votum Jean-Pascal Delamuraz, Bundesrat, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB], 1995 III N 1105) – ist darin zu sehen, dass sich im Ständerat die Meinung durchsetzte, der Preisüberwacher habe ohnehin Zugang zu den von den Wettbewerbsbehörden behandelten Dossiers, weil er gemäss Art. 5 Abs. 2 PüG mit beratender Stimme an den Sitzungen der Wettbewerbsbehörden teilnehme und aus diesem Grund die Bestimmung im Kartellgesetz belassen werden könne (vgl. Votum Rosmarie Simmen, Berichterstatterin der vorberatenden Kommission, AB 1995 IV S 866). Damit erscheint das Bestehen dieser Bestimmung jedoch als beliebig. Dies legt den Schluss nahe, dass mit Art. 25 Abs. 3 KG gerade keine besondere Ausnahmeregelung zum grundsätzlichen Verbot einer Weitergabe von Daten hätte geschaffen werden sollen. Denn hätte Art. 25 Abs. 3 KG den Sinn und Zweck, der WEKO ausschliesslich die Weitergabe von Informationen an den Preisüberwacher zu erlauben, hätten die Eidgenössischen Räte die Bestimmung nicht einfach als verzichtbar erachtet, nur weil der Preisüberwacher von den Daten ohnehin auf anderem Wege erfährt. Im Gegenteil, der Ausnahmefall hätte dennoch normiert werden müssen, um sämtliche weiteren potentiellen Gesuchsteller eindeutig auszuschliessen. Dass die Bestimmung letztlich ins Gesetz aufgenommen wurde, ist darauf zurück zu führen, dass mit Art. 25 Abs. 3 KG lediglich ausdrücklich nachvollzogen werden sollte, was faktisch ohnehin der Fall ist und als zweckentsprechende Verwertung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 KG gilt. Insoweit hat die Bestimmung – aus systematisch-historischer Sicht – keinen eigenständigen Gehalt und von vorher kein exklusives Datenverwertungsrecht zugunsten des Preisüberwachers zum Gegenstand. Für dieses Auslegungsergebnis spricht im Übrigen auch die Tatsache, dass zwischen der Wettbewerbsbehörden und dem Preisüberwacher aufgrund ihrer komplementären Zielsetzung und des weitgehend institutionalisierten Zusammenwirkens zahlreiche Berührungspunkte bei der Arbeit bestehen und mit

Art. 25 Abs. 3 KG ausschliesslich eine explizite Grundlage für den Hauptanwendungsfall einer Datenbekanntgabe geschaffen werden sollte, welche regelmässig vorkommen dürfte (vgl. auch MARTENET, in: Commentaire LCart, Art. 25 N 39; WEBER; in: SHK PüG, Überblick N 70).

**11.3.3.4** Sodann bedingt auch Art. 41 KG, welcher die Amtshilfe von Bund und Kantonen gegenüber den Wettbewerbsbehörden regelt, ebenfalls keine einschränkende Auslegung von Art. 25 Abs. 2 und 3 KG (kritisch hierzu auch BORER, a.a.O., Art. 25 N 10). Denn Art. 41 KG regelt nur die Pflicht von Bund und Kantonen an kartellrechtlichen Verfahren bzw. Abklärungen der Wettbewerbsbehörden mitzuwirken. Das Fehlen einer entgegengesetzten Verpflichtung bzw. einer gesetzlichen Grundlage gegenüber Bund und Kantonen ebenfalls Amtshilfe leisten zu können, lässt nicht den Schluss zu, dass eine amtshilfeweise Bekanntgabe von Daten durch die Wettbewerbsbehörden nicht zulässig wäre. Das Fehlen einer derartigen Bestimmung ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass mit Art. 41 KG allein das kartellrechtliche Verfahren der Wettbewerbsbehörden geregelt werden sollte, was bereits aus der systematischen Stellung von Art. 41 KG im 4. Abschnitt, Verfahren und Rechtsschutz, folgt (vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995 I 468, 615). Entsprechend deutet nichts auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers hin, wonach Amtshilfeleistungen durch die WEKO grundsätzlich ausgeschlossen wären.

**11.3.4** Die teleologische Auslegung führt zu folgenden Ergebnissen:

**11.3.4.1** Art. 25 Abs. 1–3 KG liegt der Sinn und Zweck zugrunde, dass von den Parteien oder Dritten in das Verfahren eingebrachte sensible Informationen, wie beispielsweise Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder anderweitige geheime Informationen über das Marktverhalten, vor dem Zugriff und der Verwendung für verfahrensfremde Zwecke durch Gegenparteien oder allfällige Drittpersonen geschützt werden sollen. Die Bestimmung steht insoweit in einem Zusammenhang mit Art. 40 KG, welcher den Beteiligten an Abreden oder Zusammenschlüssen, marktmächtigen Unternehmen sowie betroffenen Dritten eine umfassende Auskunftspflicht auferlegt, die unter Androhung von Verwaltungs- bzw. Strafsanktionen durchgesetzt werden kann (vgl. BENOÎT MERKT, in: Commentaire LCart, Art. 40 N 46 f.; BORER, a.a.O., Art. 40 N 10). Art. 40 KG beruht auf der Annahme, dass die Wettbewerbsbehörden oft nicht über derart detaillierte Marktkennntnisse verfügen, um Strukturen und Verhaltensweisen der auf einem Markt aktiven Marktteilnehmer umfassend beurteilen zu können. Aus diesem Grund sind sie auf die Mitwirkung der am Verfahren beteiligten Unternehmen sowie weiterer auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen angewiesen, was letztlich mit der umfassenden Auskunftspflicht durchgesetzt werden soll (BORER, a.a.O., Art. 40 N 1; MATTHIAS COURVOISIER, in: SHK KG, Art. 40 N 1). Dabei können nicht einmal Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einem Auskunftersuchen der Wettbewerbsbehörden entgegengehalten und die Auskunft entsprechend verweigert werden (vgl. MERKT, in: Commentaire LCart, Art. 40 N 45). Vor diesem Hintergrund stellt Art. 25 KG einen Schutz dar, damit die an einer Untersuchung beteiligten Unternehmen auch tatsächlich umfassend Auskunft geben und dabei nicht Gefahr

laufen, dass sensible Angaben für ausserhalb des Verfahrens liegende Zwecke verwendet werden und in „falsche Hände“ geraten. Aus dem Umstand jedoch, dass die Verfahrensbeteiligten in einem Kartellverfahren nicht ausschliesslich geheime Informationen über ihr Marktverhalten oder Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse preisgeben, folgt bereits, dass der Schutz von Art. 25 KG nicht umfassend sein kann. Davon können vielmehr nur schutzwürdige Daten erfasst sein. Weiter lassen die obigen Ausführungen (E. 11.3.1–11.3.3) zur Voraussetzung der zweckentsprechenden Verwertung den Schluss zu, dass die Daten nicht nur innerhalb des konkreten Verfahrens der WEKO nutzbar sind, sondern auch ausserhalb dieses verwendet werden dürfen, soweit dies kartellrechtlichen Zwecken dient. Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus der in Art. 25 Abs. 3 KG vorgesehenen Bekanntgabe und Verwertung der Daten durch den Preisüberwacher. Daraus folgt ebenfalls, dass der Schutz der übermittelten Informationen nicht absolut gilt.

**11.3.4.2** Mit den Art. 25 Abs. 1–3 KG sollen nach dem Gesagten Geheimnisse vor dem Zugriff von Gegenparteien oder Dritten geschützt werden (sachlicher Schutzbereich). Wird nun im Falle einer Akteneinsicht oder Datenbekanntgabe sichergestellt, dass gerade in derartige geheimhaltungsbedürftige Informationen keine Einsicht gewährt wird, wird der Schutzfunktion von Art. 25 Abs. 1 und 2 KG ausreichend Rechnung getragen. Mithin steht Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe nicht entgegen, wenn im betreffenden Verfahren auf Offenlegung der Daten zuvor geprüft wird, dass keine wesentlichen privaten Interessen wie Geschäftsgeheimnisse oder sonstige geheime Informationen über das Marktverhalten, der Einsichtsgewährung entgegenstehen.

**11.3.4.3** Art. 25 Abs. 2 KG bezweckt den Schutz der im Verfahren preisgegebenen Informationen, damit diese nicht in „falsche Hände“ geraten. Die Bestimmung definiert jedoch nicht den von ihr erfassten Personenkreis, weshalb sich die Fragen stellt, wessen Hände die falschen sind.

Aus den Erkenntnissen der historischen Auslegung ergibt sich, dass unter den „falschen Händen“ jene Personen zu verstehen, die die Daten für sachfremde Zwecke verwenden können (persönlicher Schutzbereich). Aus dem Umkehrschluss folgt somit, dass die Weitergabe der Daten solange zulässig ist, als diese ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken erfolgt bzw. diese nur zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.

**11.3.4.4** Der Personenkreis, an welchen Daten – unter Vorbehalt der obigen Vorgaben zu Geheimnissen (sachlicher Schutzbereich) – bekannt gegeben werden dürfen, lässt sich aber auch auf anderem Wege konkretisieren. So steht es der von einem Submissionskartell geschädigten Vergabestelle offen, Strafanzeige wegen Submissionsbetrugs einzureichen. Wird ein Strafverfahren eröffnet, kann die Untersuchungsbehörde die benötigten Akten aus dem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren auf dem Wege der Rechtshilfe beziehen (Art. 44 StPO; vgl. zur grundsätzlich vorbehaltenen Pflicht die benötigten Akten zu übermitteln: E. 9.7.1). Art. 194 Abs. 2 StPO berechtigt die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden aber nicht nur zur (straflosen) Herausgabe der Akten, indem er die dafür nötige gesetzliche Grundlage schafft (vgl.

Art. 14 StGB; Urteil des BGer 1B\_33/2013 vom 19. März 2013 E. 2.1; DONATSCH, in: Kommentar StPO, Art. 194 N 17), sondern er verpflichtet sie auch dazu (vgl. FRANZ RIKLIN, Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 194 N 3). Erfasst werden sämtliche Akten aus Verfahren von Zivil-, Straf- und Verwaltungsbehörden, so insbesondere auch die Akten von öffentlichen Auftragsvergabeverfahren (ISABELLE PONCET CARNICÉ, in: Kuhn/Jeanneret [Hrsg.], Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse [CPP], 2011, Art. 194 N 6 f.). Diese Herausgabepflicht wird einzig durch entgegenstehende, überwiegende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt; weder das Steuer- noch das Amtsgeheimnis kann dieser entgegengehalten werden (vgl. WOLFGANG WOHLERS, Der „Zugriff“ der Strafbehörden auf Unterlagen im Gewahrsam staatlicher Stellen, SJZ 107, 2011, S. 1 ff., S. 3; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N 840 und 842; DONATSCH, in: Kommentar StPO, Art. 194 N 18 und 20). Art. 194 Abs. 2 StPO stellt eine spezielle Bestimmung gegenüber allen anderen einschlägigen Vorschriften des Bundes und der Kantone dar und geht diesen vor; entsprechend sind weitergehende Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts, als die in Art. 194 Abs. 2 StPO vorgesehenen, unbeachtlich (vgl. MARTIN BÜRGISSER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK StPO], Art. 194 N 8; NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 194 N 3). Sofern im konkreten Fall keine entgegenstehenden überwiegenden Interessen bestehen, könnte die Vorinstanz gegenüber den Strafbehörden nicht einmal unter Anrufung von Art. 25 Abs. 2 KG die rechtshilfweise Herausgabe von Akten eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens verhindern. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend sind selbst im Falle überwiegender Geheimhaltungsinteressen diejenigen Teile der Akten herauszugeben, welche durch die genannten Interessen nicht tangiert sind (vgl. Urteil 1B\_33/2013 E. 2.1; DONATSCH, in: Kommentar StPO, Art. 194 N 23; BÜRGISSER, in: BSK StPO, Art. 194 N 9 ff.) Konstituiert sich nun das Kartellopfer im Strafverfahren als Privatstrafkläger, kann es gestützt auf Art. 107 Abs. 1 Bst. a StPO Einsicht in die Akten des Strafverfahrens nehmen (vgl. im Übrigen das Recht der Behörden gemäss Art. 101 Abs. 2 StPO Akten einzusehen, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen). Auch die Strafbehörden können das Akteneinsichtsrecht wiederum nur insoweit einschränken, als dies zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen, wie den Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen, erforderlich ist (vgl. Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO; VIKTOR LIEBER, in: Kommentar StPO, Art. 108 N 6). Folglich könnte jede Person, welcher Parteistellung im Strafverfahren zukommt, trotz des in Art. 25 Abs. 2 KG statuierten Verwertungsverbots innerhalb der soeben skizzierten Schranken ihres Akteneinsichtsrechts grundsätzlich Einsicht in sämtliche Verfahrensakten nehmen. Aus dem Gesagten folgt somit auf der einen Seite, dass es sich bei allfälligen Kartellopfen von vornherein nicht um die „falschen Hände“ handeln kann, vor deren Zugriff Art. 25 Abs. 2 KG die Informationen schützen möchte. Auf der anderen Seite legen das Akteneinsichtsrecht und dessen Schranken den Schluss

nahe, dass der von Art. 25 Abs. 2 KG gewährte Schutz gegenüber ausserhalb eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens stehenden Personen, soweit sie Parteistellung in strafrechtlichen Verfahren erlangen können, insoweit zurückgedrängt wird, als einer Einsichtnahme keine überwiegenden private oder öffentliche Interessen, wie beispielsweise Geschäftsgeheimnisse, entgegenstehen. Denn es machte keinen Sinn, diesen Personen den Zugriff auf Akten zu verweigern, in welche sie im Rahmen des Strafuntersuchungsverfahrens ohnehin Einsicht nehmen könnten.

**11.3.4.5** Schliesslich bezweckt Art. 25 Abs. 2 KG den Schutz von sensiblen Daten, indem er die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, die Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten. Wie die systematische Auslegung gezeigt hat, wird damit eine allfällige Verwertung und infolgedessen die Weitergabe von Akten nur zu kartellrechtlichen Zwecken erlaubt. Vom Sinn und Zweck des Kartellgesetzes werden sämtliche Interessen und Verwendungen erfasst, mit welchen die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Entsprechend ist eine Datenbekanntgabe nur in jenen Fällen erlaubt, in denen die Daten zum Ausgleich bzw. zur Verhinderung von Schäden verwendet werden, die durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen verursacht wurden bzw. verursacht zu werden drohten. Dabei kommen sowohl präventive wie repressive Mittel in Frage, um diese kartellrechtlichen Zwecke zu erreichen.

**11.4** Zusammengefasst schliesst Art. 25 Abs. 2 KG nicht jede Verwertung der in kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren gewonnenen Daten, worunter insbesondere auch deren Weitergabe an aussenstehende Personen fällt, aus. Eine solche ist zulässig, wenn die Daten an ein (potentielles) Kartellopfer geliefert werden, von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind und die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden. Diesem Auslegungsergebnis steht Art. 25 Abs. 3 KG nicht entgegen, da diese Bestimmung kein exklusives Verwertungsrecht zu Gunsten des Preisüberwachers statuiert.

**11.5** Es ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Weitergabe der Daten gemäss Art. 25 Abs. 2 KG erfüllt sind.

**11.5.1** Die Beschwerdegegnerin verlangte Einsicht in die Sanktionsverfügung, um einen haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern sicherzustellen, was die Prüfung und Durchsetzung allfälliger Zivilansprüche miteinschliesst (vgl. oben E. 8.1.4). Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen dient dabei dem Ausgleich allfälliger der Beschwerdegegnerin und damit dem Gemeinwesen als von Submissionsabsprachen betroffener Vergabestelle entstandener Schäden, die aus der Bezahlung zu hoher Zuschlagspreise resultierten. Entsprechend ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auf die Beseitigung der von Submissionskartellen ausgehenden schädlichen Auswirkungen gerichtet und entspricht damit ohne Weiteres kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG; dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass das Kartellrecht selbst in Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG derartige Ansprüche vorsieht. Folglich erfüllt die von der

Beschwerdegegnerin beantragte Datenbekanntgabe das Erfordernis der zweckentsprechenden Verwertung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG. 11.5.2 Zudem stammt das Gesuch von einem (potentiellen) Kartellopfer, gegenüber welchem die Vorinstanz grundsätzlich zur Weitergabe der Daten berechtigt ist.

**11.5.3** Schliesslich ist auf den Schutz allfälliger Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einzugehen.

Die Beschwerdeführerin macht zu Unrecht geltend, dass Geschäftsgeheimnisse von der Einsichtsgewährung betroffen seien. Sie legt weder dar, worin diese bestehen bzw. in welchen Teilen der offenzulegenden Akten solche enthalten sein sollen, noch sind solche ersichtlich. Insbesondere übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nicht in die gesamte Verfügung Einsicht gewährte. Vielmehr beschränkte sie diese auf jene Passagen der Sanktionsverfügung sowie einem beschlagnahmten Aktenstück, welche Auskunft darüber geben, ob und – falls ja – welche Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin von Submissionsabsprachen betroffen waren. Zudem sollen nur die Bezeichnung der betroffenen Vergaben und die Namen der an Absprachen beteiligten Unternehmen offengelegt werden. Entsprechend betrifft die Einsichtsgewährung Sachverhalte, die der Beschwerdegegnerin bereits aufgrund der von ihr durchgeführten Vergabeverfahren bekannt sind, selbst wenn diese Geheimnisse wie Offertpreise und detaillierte Kostenkalkulationen betreffen sollten. Ohnehin stellen weder der Gegenstand von Untersuchungen noch deren Adressaten Geschäftsgeheimnisse dar. Zudem gelten Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, nicht als geheimhaltungsbedürftig (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 E. 5.1 und 5.2.2.3; BANGERTER, in: BSK KG, Art. 25 N 54 mit weiteren Hinweisen). Mithin könnte die Offenlegung all jener Tatsachen, welche vorliegend das Bestehen einer Wettbewerbsabrede belegen und in welche die Beschwerdegegnerin Einsicht zu erhalten versucht, insoweit nicht mit dem Verweis auf bestehende Geschäftsgeheimnisse verhindert werden. Da im Übrigen von Art. 25 Abs. 2 KG gegenüber einem Kartellopfer nur Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse geschützt werden sollen, steht die Bestimmung auch der mit der Datenbekanntgabe zwangsläufig verbundenen Offenlegung von Personendaten nicht entgegen. Die Zulässigkeit der Weitergabe allfälliger unter das Amtsgeheimnis fallender Personendaten (Art. 25 Abs. 1 KG), bestimmt sich allein nach den Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG.

**11.5.4** Nach dem Gesagten ist eine Weitergabe der Daten im konkreten Fall trotz des grundsätzlichen Verwertungsverbotes von Art. 25 Abs. 2 KG zulässig, sofern diese ausschliesslich zweckentsprechend verwertet werden, was mit der Anordnung einer Auflage sicherzustellen ist (vgl. E. 13.2.2 und 15). Folglich stellt Art. 25 Abs. 2 KG keine gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG dar, welche der Vorinstanz eine Datenbekanntgabe untersagte. Im Übrigen sind auch keine anderweitigen Bestimmungen ersichtlich, welche der Vorinstanz spezielle Geheimhaltungspflichten auferlegten. Da vorliegend die Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG grundsätzlich erfüllt sind (vgl. E. 10), kommt es insbesondere auch nicht zu einer Verletzung des Amtsgeheimnisses.

**12.**

**12.1** Schliesslich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO lehnt das Bundesorgan die Bekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Eine derartige Interessenabwägung hat zu erfolgen, wenn die Datenbekanntgabe – wie im vorliegenden Fall – im Ermessen des Bundesorganes liegt und hierzu keine Verpflichtung besteht (vgl. auch Urteil 2C\_1065/2014 E. 6.4.1). Von einem überwiegenden Interesse ist auszugehen, wenn auch ein unvoreingenommener Betrachter dies so werten würde (sog. objektivierende Betrachtungsweise; vgl. JÖHRI, in: HK DSGVO, Art. 19 N 100). So gilt etwa das Interesse einer betroffenen Person an der Geheimhaltung ihrer Identität als schutzwürdig, wenn sie in eine administrative oder gerichtliche Untersuchung einbezogen ist (vgl. EHRENSPERGER, in: BSK DSGVO, Art. 19 N 61 ff.). Als nicht schutzwürdig erachtete das Bundesgericht jedoch das Interesse eines Versicherten, welcher sich gegen ein Auskunftersuchen der Steuerverwaltung mit der Begründung wehrte, seine finanziellen Verhältnisse möglichst wenig gegenüber dem Fiskus offen zu legen. Verlangt wird ein überwiegendes Interesse, das sich auf die betroffene Person beziehen muss und welches nicht mit der Geheimhaltung der gegenüber dem Fiskus zu deklarierenden Tatsachen begründet werden kann (vgl. Urteil des BGer 2A.96/2000 vom 25. Juli 2001 E. 5; JÖHRI, in: HK DSGVO, Art. 19 N 101). Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass das Kartellgesetz zumindest bei Veröffentlichungen gemäss Art. 48 Abs. 1 KG striktere Regeln im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen aufstellt als Art. 19 Abs. 4 DSGVO. Entsprechend besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Raum für eine Interessenabwägung wenn personenbezogene Daten veröffentlicht werden sollen, die Geschäftsgeheimnisse betreffen. Vielmehr ist deren Veröffentlichung von vornherein untersagt (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 E. 6.4.3). Dies muss auch hinsichtlich der vorliegend beabsichtigten Datenbekanntgabe gelten. Entsprechend hat im Folgenden eine Interessenabwägung nur bezüglich jener Personendaten stattzufinden, welche keine Geschäftsgeheimnisse betreffen.

**12.2** Wie bereits dargelegt wurde (vgl. oben E. 11.5.3), handelt es sich bei den Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, nicht um Geschäftsgeheimnisse. Selbst wenn vorliegend allfällige weitere vorhandene Daten, wie Kostenkalkulationen und Offertpreise, nicht als Teil des rechtswidrigen Verhalten aufgefasst würden, geht diesen dennoch der Charakter von Geheimnissen ab, da die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Submission bereits umfassend Einblick in diese Unterlagen erhalten hat. Insgesamt sind vorliegend keine Geschäftsgeheimnisse auszumachen, welche einer Interessenabwägung an der Datenbekanntgabe von vornherein entgegenstünden. Mithin ist im Folgenden eine Interessenabwägung bezüglich sämtlicher bekanntzugebender Daten durchzuführen.

**12.3** Die Beschwerdegegnerin begründet ihr Gesuch um Datenbekanntgabe mit wesentlichen öffentlichen Interessen an der Sicherstellung eines haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln. Sie arbeite seit Jahren mit

den beiden in [...] ansässigen Firmen B. sowie C. zusammen und benötige deshalb Einsicht in die massgeblichen Akten.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe mit ihrem Gesuch nur Daten der B. sowie der C. angefordert. Entsprechend habe die Beschwerdegegnerin gar kein Interesse an der Einsichtnahme in die die Beschwerdeführerin betreffenden Akten. Diesem Nicht-Interesse stünden seitens der Beschwerdeführerin erhebliche private, schutzwürdige Interessen auf dem Spiel. Vorliegend sei damit zu rechnen, dass die Beschwerdegegnerin weiteren Dritten Auskunft über die erhaltenen Daten geben müsse. Entsprechend drohen die Daten öffentlich bekannt zu werden und die Beschwerdeführerin liefe Gefahr, öffentlich an den Pranger gestellt zu werden. Dies würde für die Beschwerdeführerin zu empfindlichen Nachteilen führen, da sie von ihren Hauptauftraggebern, den öffentlichrechtlichen Körperschaften, keine Aufträge mehr erhalten würde.

**12.4**

**12.4.1** Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin bezieht sich das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Datenbekanntgabe nicht allein auf die Firmen B. sowie C. Das Gesuch wird im Gegenteil in allgemeiner Form damit begründet, dass eine rechtmässige und haushälterische Verwendung der Steuergelder sichergestellt werden soll und die Beschwerdegegnerin in sämtliche massgebenden Akten Einsicht nehmen möchte, um in Erfahrung zu bringen, ob sie Bauprojekte vergeben habe, die von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffen sind. Entsprechend betrifft das Gesuch einen offenen Kreis von Unternehmen. Weiter dient die beabsichtigte Verwendung der Daten gewichtigen öffentlichen Interessen, welche in einer gesetzlichen Aufgabe ihren Niederschlag gefunden haben (vgl. oben E. 8). Sollte die Beschwerdegegnerin allfällige Zivilansprüche durchsetzen, wird damit nicht nur dem wesentlichen öffentlichen Interesse am haushälterischen Umgang mit Steuergeldern entsprochen. Zugleich werden damit im konkreten Fall die durch Submissionskartelle entstandenen schädlichen Auswirkungen kompensiert, was mit der Zwecksetzung des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) übereinstimmt und einem öffentlichen Interesse entspricht. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, wirkt die von der Beschwerdegegnerin beabsichtigten Datenverwendung auch präventiv, da die Wirksamkeit des Kartellrechts gefördert wird, wenn Kartelloffer ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen, was unbestreitbar ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt.

Die seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachten privaten Interessen an einer Geheimhaltung der Daten erscheinen hingegen nicht als schutzwürdig. Zwar drohen der Beschwerdeführerin – sofern sie mittels Absprachen auf Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin eingewirkt haben sollte – empfindliche Nachteile in Form von vergaberechtliche Sanktionen und Schadenersatzforderungen. Dennoch kommt eine Verweigerung der Datenbekanntgabe allein mit Verweis auf diese Nachteile nicht in Frage, zumal die Beschwerdeführerin diese durch ihr eigenes, kartellrechtswidriges Verhalten verschuldet hätte. Zudem verfängt die von der Beschwerdeführerin

geäusserte Befürchtung nicht, wonach sie bei Bekanntgabe der Daten kaum mehr Aufträge der öffentlichen Hand erhalten würde. Ein derartiger Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren müsste von der Beschwerdegegnerin in einem eigenständigen Verfahren verfügt werden, wogegen die Beschwerdeführerin den Rechtsweg beschreiten könnte. Ebenso stünde der Beschwerdeführerin im Falle der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen deren gerichtliche Kontrolle offen, womit sie sich in jedem Fall gegen (aus ihrer Sicht) ungerechtfertigte Prozesshandlungen wehren könnte. Folglich bestehen seitens der Beschwerdeführerin keine überwiegenden, schutzwürdigen Interessen, welche den öffentlichen Interessen an einer Datenbekanntgabe entgegenstünden.

**12.4.2** Anders fällt die Interessenabwägung aus, soweit es um die Interessen von weiteren Bauunternehmen geht, welche zwar ebenfalls an den von Absprachen betroffenen Submissionen beteiligt waren, jedoch nicht als Verfahrensbeteiligte ins kartellrechtliche Untersuchungsverfahren involviert waren. Sollten sich in den offenzulegenden Passagen der Sanktionsverfügung Angaben zu solchen Drittunternehmen finden, haben diese Unternehmen ein gewichtiges Interesse daran, dass ihre Personendaten nicht herausgegeben werden, zumal sie im Untersuchungsverfahren keine Gelegenheit hatten, sich zu äussern. Demgegenüber benötigt die Beschwerdegegnerin diese Daten nicht für ihre Ziele, weshalb wegen den entgegenstehenden Drittinteressen insoweit auf eine Datenbekanntgabe zu verzichten ist.

**12.4.3** Schliesslich gilt es eine dritte Kategorie von Interessen zu unterscheiden, da ein an den Submissionsabsprachen beteiligtes Unternehmen im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG einreichte. Wie es sich dabei mit den öffentlichen Interessen am optimalen Funktionieren der sog. Kronzeugenregelung sowie den privaten Interessen eines Anzeige erstattenden Unternehmens verhält, braucht vorliegend jedoch nicht geklärt zu werden, da die Vorinstanz sämtliche von der Selbstanzeigerin preisgegebenen Daten von der Einsichtnahme ausnahm und die vollständige Offenlegung der Sanktionsverfügung nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet (vgl. oben E. 3).

**12.5** Zusammengefasst bestehen im vorliegenden Fall nur bezüglich allfällig vorhandener Daten von Drittunternehmen schutzwürdige Interessen, welche eine Einschränkung der Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG verlangen. Sollten sich Daten dieser Unternehmen in den offenzulegenden Passagen der Sanktionsverfügung befinden, sind diese zu schwärzen. Schliesslich sind sämtliche Auszüge der Verfügung, welche Daten der Selbstanzeigerin zum Gegenstand haben, nicht bekannt zu geben, da deren Offenlegung nicht mehr strittig ist.

**13.** Nach dem Gesagten sind vorliegend sämtliche Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 DSG gegeben. Dennoch hat das Bundesorgan zusätzlich zu prüfen, ob die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze gemäss Art. 4 DSG erfüllt sind (vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente

Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, ZBI Nr. 105, 2004, S. 173 ff., S. 188 f.; EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 15).

**13.1** Art. 4 Abs. 3 DSG erlaubt die Bearbeitung von Personendaten nur zu dem Zweck, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Dem Vorgang der Amtshilfe ist inhärent, dass eine staatliche Stelle Personendaten erhält, die sie nicht selbst erhoben hat. Mithin werden die Daten in einem neuen Zusammenhang weiterverwendet, der nicht zwangsläufig mit dem ursprünglichen Zweck der Datenbeschaffung übereinstimmen muss. Um die Amtshilfe nicht zu stark einzuschränken, wird in der Lehre deshalb vorgeschlagen, dass neben einer Zweckidentität auch eine Zweckkompatibilität ausreichend sei. Ob ein neuer Zweck mit jenem anlässlich der Datenbeschaffung kompatibel sei, müsse auf dem Wege der Auslegung bestimmt werden, wobei umso grössere Zurückhaltung angezeigt sei, je heikler die Daten sind (vgl. WERMELINGER, a.a.O., S. 189 f.; EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 17).

Vorliegend führte die Auslegung zu Art. 25 Abs. 2 KG zum Schluss, dass die Weitergaben von Daten, welche die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit erlangen, zulässig ist, sofern die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken gemäss Art. 1 KG verwendet werden sollen. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die von der Beschwerdegegnerin mit den Daten verfolgten Zwecke jenen des Kartellgesetzes entsprechen (vgl. oben E. 11.5.1). Demnach besteht ohne Weiteres eine hinreichende Zweckübereinstimmung zwischen ursprünglicher Datenbeschaffung und deren Weiterverwendung durch die Beschwerdegegnerin.

**13.2** Weiter muss eine Datenbearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass eine Massnahme zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist sowie zumutbar bleibt. Ob die Massnahme dem Erfordernis der Zumutbarkeit genügt, ist durch eine Interessenabwägung zu klären (vgl. Urteil des BVGer A-3916/2015 vom 22. Dezember 2015 E. 3.3.1; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 162 ff., 225 ff.).

**13.2.1** Eine Datenbekanntgabe erscheint vorliegend als geeignet, die im öffentlichen Interesse liegenden, gesetzlichen Aufgaben bzw. die damit verfolgten Ziele der Beschwerdegegnerin zu erreichen.

**13.2.2** Im Zusammenhang mit Amtshilfeleistungen dürfen die Daten aufgrund der Voraussetzung der Erforderlichkeit nur im notwendigen Umfang und nicht "auf Vorrat" weitergegeben werden (EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 16). Für die Verfolgung ihrer gesetzlichen Aufgaben ist die Beschwerdegegnerin nur auf die sie als Vergabestelle betreffenden Angaben in der Sanktionsverfügung angewiesen und mehr erhielt sie aufgrund der angefochtenen Verfügung auch nicht zugesprochen. Mithin erfolgt eine Datenlieferung nur im erforderlichen Ausmass. Zudem haben die obigen Ausführungen zu Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG gezeigt, dass die angefragten Daten sowie deren Bekanntgabe für die Aufgabenerfüllung der

Beschwerdegegnerin unentbehrlich sind (vgl. E. 9.2 und 9.9). Das Erfordernis der Erforderlichkeit gilt jedoch nicht nur bezüglich des quantitativen Umfangs der Datenlieferung, sondern auch betreffend des Zwecks der beabsichtigten Datenverwendung, da nur eine zweckkonforme Datenbearbeitung als erforderlich und damit verhältnismässig erscheint. Dies ist im vorliegenden Fall von zentraler Bedeutung, da die Zulässigkeit der Datenbekanntgabe aufgrund von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO i.V.m. Art. 25 Abs. 2 KG mit der Voraussetzung der zweckentsprechenden Verwertung steht und fällt (vgl. E. 11.5.4). Aus diesem Grund ist die Datenbekanntgabe nur mit der Auflage zu gestatten, dass die Daten einzig zu den im Gesuch angegebenen Zwecken verwendet und nicht zu anderen Zwecken an Dritte, insbesondere auch andere Behörden oder Gemeinwesen des Kantons Zürich, weitergegeben oder diesen auf anderen Wegen davon Kenntnis gegeben wird (vgl. Art. 19 Abs. 4 DSGVO).

**13.2.3** Schliesslich ergab die Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Interessen, dass überwiegende öffentliche Interessen bestehen (vgl. oben E. 12.4), weshalb die Datenbekanntgabe als zumutbar erscheint.

**13.2.4** Die Weitergabe der von der Beschwerdegegnerin angefragten Daten ist somit – vorbehaltlich der Anordnung einer Auflage zur Gewährleistung einer strikten Zweckbindung – verhältnismässig.

**13.3** Folglich werden mit der Bekanntgabe der Daten auch die weiteren datenschutzrechtlichen Grundsätze gemäss Art. 4 DSGVO eingehalten.

**14.** Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz schliesslich eine unzulässige Praxisänderung vor. So habe sie im Vertrauen auf die Geheimhaltungspraxis der Vorinstanz auf eine Anfechtung der Sanktionsverfügung aus Opportunitätsüberlegungen verzichtet, obschon diese materiell nicht gerechtfertigt gewesen sei. Die nun beabsichtigte Offenlegung dieser Verfügung verstosse gegen Treu und Glauben. Denn sie habe nicht damit rechnen müssen, dass die Vorinstanz in Beschreitung juristischen Neulandes plötzlich das Amtsgeheimnis und das Zweckbindungsprinzip mittels des Datenschutzgesetzes umgehe und die sensiblen Daten an die Öffentlichkeit gelangten.

Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass bislang keine Praxis zu Amtshilfegesuchen seitens der Vorinstanz bestanden hat. Wie die Vorinstanz darlegt, handelt es sich beim Gesuch der Beschwerdegegnerin bislang um die erste Anfrage einer Datenbekanntgabe. Folglich kann von vorherein keine Praxisänderung vorliegen, da eine Praxis erst mit der Behandlung dieses Gesuchs sowie weiterer Anfragen begründet werden wird.

**15.** Zusammengefasst ist der Beschwerdegegnerin insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung zu geben, als diese Ausführungen zu Ausschreibungen enthält, in welchen es zu kartellrechtswidrigen Absprachen gekommen ist und die Beschwerdegegnerin die zuständige Vergabestelle war, sofern keine von der Selbstanzeigerin offenbarte oder diese betreffende Daten bekannt gegeben werden. Sämtliche Angaben von Drittunternehmen sind

dabei unkenntlich zu machen („Schwärzen“). Soweit weitergehend ist hingegen keine Einsicht zu gewähren. Die Datenbekanntgabe ist zudem mit der Auflage zu verbinden, dass die Daten einzig zu den mit dem Gesuch genannten Zwecken (Sicherstellung eines haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln [inkl. Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche]) verwendet werden dürfen und eine Weitergabe an Drittpersonen zu anderen Zwecken ausdrücklich untersagt ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## 16.

**16.1** Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Hingegen haben Vorinstanzen oder beschwerdeführende und unterliegende Bundesbehörden keine Kosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Aufgrund des Verfahrensausgangs gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei. Sie hat deshalb die auf Fr. 5'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**16.2** Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat, obschon sie obsiegt, keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 und 4 VGKE). Der unterliegenden Beschwerdeführerin sowie der Vorinstanz steht ebenfalls keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**17.** Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Datenschutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) dem EDÖB bekannt zu geben.

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### 2.

Die Beschwerdegegnerin darf die ersuchten Daten einzig zu den mit dem Gesuch genannten Zwecken (Sicherstellung eines haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln [inkl. Prüfung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche]) verwenden. Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt.

### 3.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

### 4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

---

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Beschwerdegegnerin;
- die Vorinstanz;

- den EDÖB (z.K.).

[Rechtsmittelbelehrung]

---



B 3

## 2. Urteil vom 23. August 2016 (BVG 2016/22) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung

*Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2016 (BVG 2016/22) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung*

### Sachverhalt

Die Wettbewerbskommission (WEKO, nachfolgend auch Vorinstanz) erliess am 22. April 2013 nach Durchführung einer Untersuchung eine Verfügung betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (nachfolgend: Sanktionsverfügung). Insgesamt waren an diesem Verfahren 21 Parteien beziehungsweise 16 verschiedene Unternehmen aus der Baubranche beteiligt. Die WEKO deckte in rund 25 Fällen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) auf, die grösstenteils zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt hatten. Die Abreden betrafen öffentliche und private Submissionen im Kanton Zürich, bei welchen sich die Bauunternehmen über ihre Offertpreise absprachen und festlegten, wer den Zuschlag erhalten soll. Daran waren 13 Unternehmen in jeweils unterschiedlichen Konstellationen beteiligt; eines dieser Unternehmen zeigte sich selbst an (nachfolgend: Selbstanzeigerin). Zudem waren weitere Unternehmen an einigen der untersuchten Submissionen beteiligt, ohne dass diese als Partei im Untersuchungsverfahren involviert waren (nachfolgend: Drittunternehmen). Insgesamt sanktionierte die WEKO die in die Submissionsabsprachen involvierten Unternehmen mit annähernd Fr. 460 000.–. Die Sanktionsverfügung erwuchs in Rechtskraft.

Die Sanktionsverfügung wurde anschliessend publiziert. Die darin enthaltenen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte wurden jedoch entfernt beziehungsweise durch Auslassungen ersetzt. Aus diesem Grund kann eine aussenstehende Person, beispielsweise ein potenziell geschädigter Auftraggeber, gestützt auf die anonymisierte Sanktionsverfügung nicht herausfinden, ob darin auch von ihm durchgeführte Ausschreibungen enthalten sind und ob er durch Absprachen geschädigt wurde.

Am 27. September 2013 gelangte die Baudirektion des Kantons Zürich (nachfolgend: Gesuchstellerin) an die WEKO und ersuchte unter anderem um vollständige Einsicht in die Sanktionsverfügung.

Mit Verfügung vom 8. September 2014 gewährte die WEKO der Gesuchstellerin insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung, als diese von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen zum Gegenstand hat, in welchen die Gesuchstellerin die zuständige Beschaffungsstelle gewesen ist und sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen

offenbart werden. Darüber hinaus wurde das Gesuch abgewiesen, soweit die WEKO darauf eingetreten ist.

Gegen diese Verfügung erhebt die A. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 29. Oktober 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt unter anderem, die Verfügung der WEKO vom 8. September 2014 sei aufzuheben und das Gesuch des Kantons Zürich abzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

### Aus den Erwägungen:

#### 6.

**6.1** Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG (SR 235.1) gilt das Datenschutzgesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Als Daten beziehungsweise Personendaten gelten dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG). Deren Bekanntgabe, das heisst das Zugänglichmachen von Personendaten (Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichung), stellt eine Form der Datenbearbeitung dar (vgl. Art. 3 Bst. e und f DSG). Das Auskunftsgesuch der Beschwerdegegnerin betrifft die Bekanntgabe der in der Verfügung enthaltenen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekten und die in diese Abreden involvierten Unternehmen. Damit hat es Personendaten von bestimmten juristischen Personen zum Gegenstand. Ebenso liegt durch das Zugänglichmachen dieser Informationen, das heisst die Einsichtgewährung und Weitergabe der Daten, eine Datenbearbeitung vor. Sodann ist die WEKO ein Bundesorgan im Sinn von Art. 3 Bst. h DSG (vgl. BEAT RUDIN, in: Datenschutzgesetz [DSG], 2015, Art. 3 N. 45, nachfolgend: SHK DSG; MAURER-LAMBROU/KUNZ, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/ Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 2 DSG N. 3, nachfolgend: BSK DSG/BGÖ). Schliesslich ist kein Ausschlussgrund gemäss Art. 2 Abs. 2 DSG gegeben. Folglich gelangt das DSG auf das strittige Auskunftsgesuch zur Anwendung.

**6.2** Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dürfen Bundesorgane Personendaten selbst dann bekannt geben, wenn keine Rechtsgrundlage im Sinn von Art. 17 DSG besteht, sofern die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Diese Ausnahme soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts ihres Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (vgl. Urteil des BVGer A-4467/2011 vom 10. April 2012 E. 8.2.2; JENNIFER EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, a.a.O., Art. 19 DSG N. 21).

**6.3** Im Folgenden gilt es die einzelnen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zu prüfen. Zunächst ist auf die Anforderungen an das Auskunftersuchen an sich einzugehen (E. 7). Anschliessend ist zu prüfen, ob die Daten beziehungsweise deren Bekanntgabe als unentbehrlich erscheinen (E. 8) und diese zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe benötigt werden (E. 9).

## 7.

**7.1** Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO dürfen Personen- und Daten nur bekannt gegeben werden, wenn es ein Ersuchen im Einzelfall betrifft. Dies ist der Fall, wenn die Daten für einen einmaligen Zweck bekannt gegeben werden, unabhängig davon, ob es sich um Daten einer oder mehrerer Personen handelt. Entscheidend ist, dass die Daten nicht regelmässig oder gar dauerhaft zur Erledigung einer gesetzlichen Aufgabe herangezogen werden (vgl. CLAUDIA MUND, in: SHK DSGVO, a.a.O., Art. 19 N. 13; EHRENSPERGER, a.a.O., Art. 19 DSGVO N. 27). Sodann kann eine Datenbekanntgabe nur auf eine konkrete Anfrage hin erfolgen. Die ersuchende Behörde muss gegenüber der angefragten Stelle den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte und Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund des Gesuchs nennen; Anfragen ohne präzisen Anlass oder konkrete Fragestellung (sog. „fishing expeditions“) sind nicht zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6a und b/aa; 128 II 407 E. 5.2.1 und 6.3.1; vgl. für die internationale Amtshilfe in Steuersachen: BGE 139 II 404 E. 7.2.2 f.; YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 19 N. 25).

**7.2** Im vorliegenden Fall liegt eine konkrete Anfrage vor. So verlangte die Beschwerdegegnerin mit ihrem Gesuch vom 27. September 2013 Einsicht in die Sanktionsverfügung. Damit bezeichnete sie nicht nur genau die verlangten Unterlagen, sondern umriss zugleich den Kreis der davon betroffenen (juristischen) Personen beziehungsweise deren Personendaten. Zudem legte die Beschwerdegegnerin dar, dass sie die Personendaten benötige, um ihr Vergabeverfahren und dessen Kontrollmechanismen zu überprüfen, vergaberechtliche Sanktionen durchzusetzen und allfällige zivilrechtliche Ansprüche gegen die in der Sanktionsverfügung geahndeten Unternehmen zu prüfen. Aus dem Gesuch und dessen Begründung folgt weiter, dass die einverlangten Daten nur für einen einmaligen Zweck bekannt gegeben werden sollen. Folglich handelt es sich um eine Anfrage im Einzelfall.

**8.** Nachfolgend ist zu prüfen, ob die ersuchten Daten zur Erfüllung der drei von der Beschwerdegegnerin angeführten Aufgaben unentbehrlich sind.

**8.1** Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit ist gegeben, wenn die Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllt werden könnte. Eine bloss verbesserte oder effizientere Aufgabenerfüllung kann hingegen nie als Rechtfertigung für eine Auskunftserteilung dienen (vgl. Urteil A-4467/2011 E. 8.2.2.1; EHRENSPERGER, a.a.O., Art. 19 DSGVO N. 26; MUND, a.a.O., Art. 19 N. 13).

## 8.2

**8.2.1** Die Beschwerdegegnerin begründet ihr Gesuch mit ihrem Interesse an der Überprüfung und allfälligen Anpassung des Vergabeverfahrens und dessen Kontrollmechanismen. Hierfür benötige sie umfassende Kenntnis der in

der Sanktionsverfügung erwähnten Submissionsabsprachen.

**8.2.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Bekanntgabe der Sanktionsverfügung mit den Namen der an Absprachen beteiligten Unternehmen sowie die Bezeichnung der davon betroffenen Submissionen nicht notwendig sei, um das Vergabeverfahren und dessen Kontrollmechanismen zu überprüfen. Vielmehr sei hierfür die publizierte, anonymisierte Fassung ausreichend, weshalb die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenweitergabe nicht erfüllt sei.

**8.2.3** Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht ausführt, ist eine (vollständige) Bekanntgabe der Verfügung zur Überprüfung des Vergabeverfahrens nicht notwendig. Denn einerseits ergibt sich aus der anonymisierten, öffentlich zugänglichen Verfügung hinreichend deutlich, wie die involvierten Unternehmen auf die verschiedenen Vergabeverfahren einwirkten. Hierzu müssen die Bezeichnungen der betroffenen Vergaben nicht bekannt sein. Andererseits enthält die Sanktionsverfügung zahlreiche Informationen und Hinweise zur Schaffung zusätzlicher Wettbewerbs- und Submissionsabsprachen begünstigenden Umständen sowie Angaben der Selbstanzeigerin zur Vorgehensweise der Kartellanten, et cetera (...). Damit liegen der Beschwerdegegnerin bereits ausreichende Informationen vor, um ihr Vergabeverfahren zu überprüfen. Eine Datenbekanntgabe ist dazu nicht erforderlich.

## 8.3

**8.3.1** Weiter verlangt die Beschwerdegegnerin Einblick in die Sanktionsverfügung, um vergaberechtliche Sanktionen, insbesondere den Ausschluss vom Vergabeverfahren prüfen zu können (vgl. § 28 Bst. e der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003, LS 720.11, nachfolgend: aSubmV).

**8.3.2** Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass im vorliegenden Fall einzig die Verwarnung als vergaberechtliche Sanktion zulässig sei und erachtete somit implizit nur in Bezug auf die Anordnung dieser Sanktion die Voraussetzung einer Datenbekanntgabe als erfüllt. Eine allfällige Datenbekanntgabe schränkte sie jedoch ein, denn die Beschwerdegegnerin benötige hierfür wohl einzig die sie konkret betreffenden Verfügungspassagen.

Sollten hingegen für eine Verwarnung sämtliche im Kanton Zürich festgestellten vergaberechtswidrigen Handlungen relevant sein, ergäben sich bereits aus der publizierten Sanktionsverfügung alle erforderlichen Informationen. Betreffend der weiteren vergaberechtlichen Sanktionsmöglichkeiten hielt die Vorinstanz fest, dass weder ein Ausschluss gemäss § 28 Bst. e aSubmV zulässig sei, da dieser nur bezogen auf ein konkretes Vergabeverfahren erfolgen könne, noch der Widerruf des Zuschlages in Frage komme, weil die Arbeiten bereits ausgeführt worden seien. Weiter sei auch der Ausschluss von künftigen Vergaben gemäss § 40 aSubmV nicht zulässig, da dieser lediglich in einer Verordnung geregelt sei und es demnach an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für diese Sanktion mangle. Ein Ausschluss von künftigen Vergaben gestützt auf § 4 b des Gesetzes des Kantons Zürich vom 15. September 2003 über den Beitritt zur re-

vidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (LS 720.1, nachfolgend: Beitrittsgesetz IVöB) sei hingegen wegen des Rückwirkungsverbots nicht zulässig, da der Erlass erst nach Feststellung der vorliegenden Verstösse in Kraft gesetzt wurde.

**8.3.3** Nach Meinung der Beschwerdeführerin sind im konkreten Fall keine vergaberechtlichen Sanktionen zulässig. Die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie auf der einen Seite einen Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren mangels gesetzlicher Grundlage beziehungsweise aufgrund des Rückwirkungsverbots als unzulässig erachte, denselben Schluss jedoch nicht auf die Verwarnung anwende, welche ebenfalls pönalen Charakter habe. Zudem werde in der Verfügung nicht dargelegt, dass die Projekte, in denen die Beschwerdegegnerin Vergabestelle gewesen sei, tatsächlich für eine Verwarnung relevant seien. Es werde kurzerhand für den Fall, dass dem so wäre, eine Datenherausgabe verfügt. Vorliegend mangle es deshalb an der Unentbehrlichkeit.

### 8.3.4

**8.3.4.1** Wie oben dargelegt wurde, fehlt es an der Unentbehrlichkeit einer Datenbekanntgabe im Sinn von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, wenn eine gesetzliche Aufgabe auch anderweitig – ohne Offenlegung der Daten – erfüllt werden könnte. Es stellt sich nun die Frage, ob eine Offenlegung dann als entbehrlich erscheint, wenn die Aufgabe – wie dies vorliegend von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz vorgebracht wird – gar nicht mehr erfüllt werden kann, da die beabsichtigte vergaberechtliche Sanktionierung im konkreten Fall als unzulässig erscheint. Die Beantwortung dieser Frage setzt jedoch voraus, dass mit Sicherheit feststeht, ob die beabsichtigten Sanktionen zulässig beziehungsweise unzulässig sind.

Wie die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin zu Recht darlegen, stellt § 40 aSubmV keine ausreichende gesetzliche Grundlage für schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte dar. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich einen einjährigen Ausschluss von sämtlichen Vergaben der Baudirektion des Kantons Zürich (inkl. einer Option auf Verlängerung) als unzulässig erachtet, da dies einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2010.00284 vom 31. August 2010 E. 2.2 und 3.4). Ebenso ist die rückwirkende Anwendung von § 4 b Abs. 1 Beitrittsgesetz IVöB auf einen Sachverhalt, der sich vor dem 1. Dezember 2013 ereignet hat, aufgrund des Rückwirkungsverbots ausgeschlossen. Dies legt den Schluss nahe, dass auch im vorliegenden Fall ein Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren kaum zulässig sein dürfte und infolgedessen die Daten zur Prüfung von derartigen Sanktionen als entbehrlich erscheinen. Ob nun aus diesem Entscheid – wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt – abgeleitet werden kann, dass auch für die Anordnung einer Verwarnung die nötige gesetzliche Grundlage fehlt, ist fraglich, denn eine Verwarnung greift weniger stark in die Rechtstellung des Betroffenen ein. Demnach ist die Aussprache einer Verwarnung nicht von vornherein ausgeschlossen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offenbleiben. Denn die Beschwerdeführerin übersieht, dass es im vorliegenden Ver-

fahren nicht darum geht, die Zulässigkeit einer vergaberechtlichen Sanktion abschliessend zu beurteilen; dies wird die Vergabestelle in einem nachgelagerten Verfahren zu entscheiden haben. Die Anordnung einer Sanktion im Einzelfall setzt jedoch notwendigerweise die Prüfung der Sach- und Rechtslage voraus. Für diesen Zwischenschritt erscheint eine Datenbekanntgabe als unumgänglich, weshalb das Kriterium der Unentbehrlichkeit erfüllt ist. Anders wäre vorliegend nur dann zu entscheiden, wenn von vornherein feststehen würde, dass keine der vergaberechtlichen Sanktionen angeordnet werden könnte und es insofern offensichtlich an der Unentbehrlichkeit der Datenherausgabe fehlte.

**8.3.4.2** Aus denselben Überlegungen verfängt auch das Argument der Beschwerdeführerin nicht, die Vorinstanz habe kurzerhand die Datenbekanntgabe erlaubt, ohne zu prüfen, ob die Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin tatsächlich für eine Verwarnung relevant seien. Denn auch dies wird erst in einem allfälligen nachgelagerten Verfahren betreffend Erlass einer vergaberechtlichen Sanktionsverfügung zu prüfen sein. Die Beschwerdegegnerin ist jedoch auf die entsprechenden Daten angewiesen, um die Relevanz allfälliger Widerhandlung gegen die Vergabebestimmungen überhaupt beurteilen zu können.

**8.3.4.3** Schliesslich ist auf den Umfang einer allfälligen Datenbekanntgabe für die Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen einzugehen. Im vorliegenden Fall schränkte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Datenbekanntgabe auf jene Verfügungspassagen ein, welche allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen beschlagen, in denen die Beschwerdegegnerin die Vergabestelle war. In diesem Umfang ist die Beschwerdegegnerin auf die Datenbekanntgabe angewiesen, erfährt sie doch nur auf diesem Weg, welche Unternehmen in welchem Umfang auf die von ihr durchgeführten Vergabeverfahren eingewirkt haben. Insoweit ist die Datenbekanntgabe unentbehrlich, weshalb die Vorinstanz deren Umfang zu Recht eingeschränkt hat.

**8.3.5** Zusammengefasst sind die Daten zur Überprüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen unentbehrlich. Unentbehrlich ist jedoch nur die Bekanntgabe von Auszügen aus der Sanktionsverfügung, welche von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen zum Gegenstand haben, in denen die Beschwerdegegnerin die zuständige Beschaffungsstelle war.

## 8.4

**8.4.1** Schliesslich ersucht die Beschwerdegegnerin um Datenbekanntgabe zur Prüfung allfälliger Zivilforderungen gegen die geahndeten Unternehmen. In der Beschwerdeantwort legt sie zudem dar, dass es auch um die Durchsetzung allfälliger Schadenersatzansprüche gehe.

**8.4.2** Im vorliegenden Fall steht ausser Frage, dass die nachgesuchten Daten zur Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche notwendig sind. Denn für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen müssen nebst dem erlittenen Schaden auch die ersatzpflichtigen Personen bekannt sein. Daran vermögen auch die im Zivilprozessrecht mit der unbezifferten Forderungsklage beziehungsweise sogenannten Stufenklage ge-

mäss Art. 85 ZPO (SR 272) gegenüber der Leistungsklage vorgesehenen Erleichterungen nichts zu ändern. Denn auch eine Stufenklage setzt voraus, dass dem Kläger zumindest die Person des Ersatzpflichtigen bekannt ist und gegenüber dem Ersatzpflichtigen ein privatrechtlicher Informationsanspruch besteht, dessen Durchsetzung letztlich die Bezifferung der Forderung ermöglicht (vgl. zum Ganzen: DANIEL FÜLLEMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] Kommentar, 2011, Art. 85 N. 4; PAUL OBERHAMMER, in: Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 85 N. 13 f.). Weder das eine noch das andere ist vorliegend der Fall, weshalb die Beschwerdegegnerin zwingend auf die Daten angewiesen ist, um allfällige zivilrechtliche Ansprüche prüfen zu können.

**8.4.3** Die Daten aus der Sanktionsverfügung sind jedoch nur insoweit unentbehrlich, als diese Vergabeverfahren betreffen, in denen die Beschwerdegegnerin die Vergabestelle war. Denn nur in diesen Fällen kann es zu einer Schädigung der Beschwerdegegnerin beziehungsweise einem ineffizienten Einsatz ihrer öffentlichen Mittel gekommen sein. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz die Einsicht auf jene Daten beschränkt, welche die Vergabestelle direkt betreffen (...).

**8.5** Die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit bezieht sich jedoch nicht nur auf die Daten (im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung), sondern auch auf den Vorgang der Datenbekanntgabe. Denn wie bereits oben dargelegt wurde, ist dieses Erfordernis erfüllt, wenn die gesetzliche Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllt werden kann (vgl. Botschaft vom 23. März 1988 zum DSG, BBl 1988 II 413, 470, wonach die Bekanntgabe von Personendaten nur zulässig ist, „wenn der Empfänger sonst seine gesetzliche Aufgabe überhaupt nicht erfüllen könnte“; vgl. JÖHRI, a.a.O., Art. 19 N. 24; CLAUDIA LEONIE WASMER, in: Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.164). Das Auskunftersuchen darf somit nicht den einfacheren oder praktikableren Weg darstellen, um an die ersuchte Information zu gelangen (JÖHRI, a.a.O., Art. 19 N. 24). Daraus folgt, dass eine Datenbekanntgabe solange zulässig sein muss, als keine andere Möglichkeit besteht oder das Auskunftersuchen zumindest nicht als die einfachere Möglichkeit gilt, um an die erforderlichen Daten zu gelangen. Deshalb ist im Folgenden (E. 8.6–8.9) zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auch auf anderem Wege an die erforderlichen Daten hätte gelangen können beziehungsweise nach wie vor gelangen kann und somit eine Datenbekanntgabe als entbehrlich erscheint.

**8.6** An erster Stelle ist der Zugang zu den Daten über einen Verfahrensbeitrag zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren zu prüfen.

**8.6.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Erfordernis der Unentbehrlichkeit gegeben sei, da die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ein Gesuch um Beteiligung an der Untersuchung bei der Vorinstanz hätte stellen und auf diese Weise Zugang zu den relevanten Daten hätte erlangen können. Denn der Verfahrensbeitrag diene gerade dem Zweck, dass sich potenziell geschädigte Personen als Verfahrensparteien die notwendigen Erkenntnisse beschaffen können. Da die Beschwerdegegnerin von einem Verfahrensbeitrag abgesehen habe, könne es nun nicht angehen, dass sie ihr

Versäumnis nachträglich über das Datenschutzgesetz heile.

**8.6.2** Nach Ansicht der Vorinstanz bezwecke die Datenbekanntgabe nicht, nachträglich einen allfällig versäumten Verfahrensbeitrag zum Kartellverfahren (Art. 43 KG) zu heilen. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Bestimmung gelte nur während eines Kartellverfahrens und nicht danach, weshalb ein Beitritt zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr verlangt werden könne. Zudem hätte die Beschwerdegegnerin hierfür zunächst ein Gesuch um Verfahrensbeitrag stellen müssen, dessen Gutheissung nicht ohne Weiteres festgestanden hätte, zumal die Vorinstanz bis heute noch nie eine potenziell geschädigte Person zu einem Verfahren gemäss Art. 5 KG zugelassen habe.

**8.6.3** Gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG können (Dritt-)Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, um Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung ersuchen. Die Beschwerdeführerin übersieht jedoch, dass diese Bestimmung nur Personen erfasst, deren Möglichkeiten beeinträchtigt sind, sich am freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu beteiligen oder ihre bisherige Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen (vgl. STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 43 N. 11 f., nachfolgend: BSK KG). Dies trifft insbesondere auf Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten der an einer Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar beteiligten Unternehmen zu, nicht jedoch auf Konsumenten (vgl. RICHARD KUSTER, in: Kartellgesetz [KG], 2007, Art. 43 N. 5 und 7, nachfolgend: SHK KG). Die Funktion der Beschwerdegegnerin im Rahmen einer Vergabe gleicht hingegen derjenigen des Konsumenten, tritt sie doch als Nachfragerin auf dem von ihr geschaffenen Beschaffungsmarkt auf. Folglich beteiligt sie sich weder am Wettbewerb noch wird sie in der Aufnahme oder Ausübung desselben behindert. Deshalb wäre im vorliegenden Fall ein Beitritt der Beschwerdegegnerin zum Untersuchungsverfahren gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG wohl ausgeschlossen gewesen. Ohnehin wäre durch einen Verfahrensbeitrag noch nichts zur allfälligen Parteistellung der Beschwerdegegnerin gesagt gewesen, da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der Teilnahmeberechtigung allein nicht auf die Parteistellung geschlossen werden kann (vgl. BGE 139 II 328 E. 4.3 ff.). Vielmehr ist für die Einräumung der Parteistellung und infolgedessen für die damit verbundenen Parteirechte – wie die Akteneinsicht – entscheidend, dass dem Verfahrensbeteiligten die Beschwerdebefugnis zukommt (vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BILGER, a.a.O., Art. 43 N. 22 m.w.H.; PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, 2000, S. 218; so bereits der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 25. April 1997, RPW1997 S. 243 ff.). Wie es sich damit verhält, kann jedoch angesichts der fehlenden Möglichkeit eines Verfahrensbeitritts von vornherein offenbleiben. Es bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin auf diesem Weg nicht an die er-suchten Daten gelangen konnte.

**8.7** Sodann ist ein Verfahrensbeitrag zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren nach den Regeln des

VwVG zu prüfen. Das KG definiert den Kreis der am Untersuchungsverfahren teilnahmebefugten Drittpersonen abschliessend (vgl. BILGER, a.a.O., Art. 43 N. 9 und 21). Da die kartellrechtlichen Verfahrensbestimmungen Vorrang vor den Regeln des VwVG geniessen (vgl. Art. 39 KG), wäre ein Verfahrensbeitritt zum kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren und die Einräumung der Parteistellung gestützt auf die allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG nicht möglich gewesen. Auch insoweit bestand somit keine Möglichkeit, über einen Verfahrensbeitritt und die Stellung eines Akteneinsichtsgesuchs an die benötigten Daten zu gelangen.

**8.8** Ferner bestünde für das Opfer eines Submissionskartells die Möglichkeit, Strafanzeige wegen Submissionsbetrugs gemäss Art. 146 StGB gegen Unbekannt einzureichen.

**8.8.1** Wird ein Strafverfahren eröffnet, kann die Untersuchungsbehörde die benötigten Akten aus dem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren auf dem Wege der Rechtshilfe beziehen. Gemäss Art. 44 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) sind die Behörden des Bundes und der Kantone zur Rechtshilfe verpflichtet, wenn Straftaten nach dem Bundesrecht in Anwendung der Strafprozessordnung verfolgt und beurteilt werden. Diese Pflicht zur gegenseitigen Rechtshilfe, wozu insbesondere auch die Übermittlung von Akten gehört, besteht grundsätzlich vorbehaltlos (vgl. ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl. 2014, Art. 194 N. 14 und 20, nachfolgend: Kommentar StPO).

**8.8.2** Konstituiert sich nun das Opfer des Submissionskartells als Privatstrafkläger im Strafverfahren (Art. 115 und Art. 118 f. i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Bst. b der StPO), kann dieses seinen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen, um auf diesem Weg Zugang zu den benötigten Daten zu erhalten (vgl. auch Art. 101 Abs. 2 StPO, wonach andere Behörden die Akten einsehen können, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen). Obwohl die Strafbarkeit des Submissionsbetrugs nicht eindeutig geklärt ist und eine Bestrafung von Submissionsabsprachen in der Regel am rechtsgenügelichen Nachweis des Vermögensschadens scheitern dürfte (vgl. CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2008, S. 189 f.; ADRIAN WEBER, Submissionsabreden im Lichte des schweizerischen Straf- und Wettbewerbsrechts, 2014, S. 39 und S. 56 ff., gefunden unter: < [http://www.binderlegal.ch/uploads/media/Submissionsab\\_rede.pdf](http://www.binderlegal.ch/uploads/media/Submissionsab_rede.pdf) > abgerufen am 14.01.2016), steht dies der Einleitung eines Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft nicht von vornherein entgegen, womit die Ausübung des Akteneinsichtsrechts grundsätzlich möglich ist (vgl. PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1175, mit Ausführungen zu einem Strafverfahren der Tessiner Staatsanwaltschaft, die wegen Betrugs und Urkundenfälschung gegen ein Submissionskartell von Strassenbauunternehmen ermittelte). Vor dem Hintergrund der äusserst geringen Erfolgsaussichten eines Strafverfahrens ist es jedoch nicht angebracht, von der Beschwerde-

gegnerin die Einreichung einer Strafanzeige zwecks Einleitung eines Untersuchungsverfahrens zu verlangen, nur um an die benötigten Daten zu kommen, zumal die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall gar keine strafrechtliche Sanktionierung der betreffenden Unternehmen anstrebt (...). Ein solches Vorgehen liefe auf eine massive Verschwendung von staatlichen Ressourcen hinaus und stelle einen zweckentfremdeten Gebrauch des Strafanzeigerechts dar (vgl. aber LORENZ DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, 2008, S. 269 ff., 277 f., wonach eine Strafanzeige wegen eines Officialdelikts – selbst wenn diese ausschliesslich zivilprozessualen Informationsinteressen geschuldet ist – nicht wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein kann und die Nutzung des Akteneinsichtsrechts zu zivilprozessualen Zwecken einen zulässigen Rechtsgebrauch darstelle). Demnach ist die Erstattung einer Strafanzeige zur Beschaffung der benötigten Daten im konkreten Fall unzumutbar.

**8.8.3** Hinzu kommt, dass ein Auskunftsgesuch nach dem DSG gegenüber der Akteneinsicht im Strafverfahren im Übrigen auch nicht als die einfachere Möglichkeit erscheint, um an die benötigten Daten zu gelangen. Denn während sowohl im einen wie auch im anderen Fall keine wesentlichen beziehungsweise überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen einer Einsichtnahme entgegenstehen dürfen (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG und Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO; vgl. auch Art. 102 Abs. 2 StPO), hat ein Amtshilfeersuchen darüber hinaus weiteren Voraussetzungen zu genügen. So muss dieses zudem in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe erfolgen und es dürfen keine gesetzlichen Geheimhaltungspflichten oder besonderen Datenschutzbestimmungen einer Datenbekanntgabe entgegenstehen (vgl. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG).

**8.8.4** Zusammengefasst kann von der Beschwerdegegnerin weder die Einleitung eines Strafverfahrens verlangt werden noch erscheint die Datenbekanntgabe als einfacherer Weg, um an die benötigten Daten zu gelangen. Insofern ist die Beschwerdegegnerin auf die Datenbekanntgabe angewiesen.

**8.9** Weiter stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerin gestützt auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien um Akteneinsicht ersuchen könnte.

**8.9.1** In der Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass eine rechtsuchende Person auch ausserhalb eines Verfahrens einen direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Anspruch auf Akteneinsicht geltend machen kann, sofern sie ein besonderes, schutzwürdiges Interesse daran glaubhaft macht und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Das schutzwürdige Interesse kann sich aus der Betroffenheit in einem spezifischen Freiheitsrecht oder aus einer speziellen Sachnähe ergeben. Ebenso liegt es vor, wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren, wie ein Entschädigungs-, Rehabilitations- oder Revisionsprozess, sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann (vgl. BGE 129 I 249 E. 5.2; Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 3.6.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des

Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 503; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 873 f.; GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 54; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.92). Soweit in der bisherigen Rechtsprechung die Akteneinsicht mit der Einleitung eines nachfolgenden Verfahrens begründet wurde, handelte es sich dabei ausschliesslich um natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts, welche auf die verlangte Akteneinsicht offensichtlich angewiesen waren (vgl. Urteil 1A.253/2005 E. 3.6.4, wo das Bundesgericht ein Akteneinsichtsgesuch ablehnte, da dieses mit Blick auf die verfolgten Abklärungszwecke und die Einleitung eines Staatshaftungsverfahrens nicht notwendig war).

**8.9.2** Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall, steht einem Gemeinwesen doch grundsätzlich die Möglichkeit offen, gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ein Amtshilfeersuchen an die zuständige Behörde zu richten und die für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlichen Informationen anzufordern. Zudem konkretisiert die vorliegend zu prüfende Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG in Form der informationellen Amtshilfe das verfassungsrechtlich garantierte Akteneinsichtsrecht für ein Gemeinwesen oder die mit gesetzlichen Aufgaben betrauten Personen. Folglich handelt es sich um die speziellere, auf den Vorgang der amtshilfeweisen Datenbekanntgabe zugeschnittene und damit einschlägige Regelung. Diese stellt im Übrigen strenge Anforderungen an die ersuchende Behörde, die über die Voraussetzungen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Anspruchs hinausgehen. Mithin erscheint die Datenbekanntgabe für die Beschwerdegegnerin nicht als einfacherer Weg, um an die benötigten Daten zu gelangen. Dass die Beschwerdegegnerin ihr Begehren nicht auf Art. 29 Abs. 2 BV stützte, kann ihr deshalb nicht zum Nachteil gereichen. Vielmehr erscheint die Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dennoch als unentbehrlich.

**8.9.3** Schliesslich fällt ein Zugang zu den vorliegend benötigten Daten gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) ausser Betracht, da mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG eine spezielle Zugangsbestimmung besteht, die Vorrang genießt (vgl. Art. 4 Bst. b BGÖ). Im Übrigen richtete sich das vorliegende Zugangsgesuch zufolge des Verweises in Art. 9 Abs. 2 BGÖ ebenfalls nach Art. 19 DSG und damit nach denselben Regeln eines Datenherausgabegesuchs gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ([...]). Damit stellt das Auskunftersuchen nach dem DSG für die Beschwerdegegnerin keinen einfacheren Weg dar, um an die erforderlichen Daten zu gelangen.

**8.10** Demnach bestehen für die Beschwerdegegnerin keine anderen, zumutbaren Möglichkeiten, um an die ersuchten Daten zu gelangen. Folglich ist die Datenbekanntgabe unentbehrlich für die Beurteilung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen sowie für die Prüfung und Durchsetzung von allfälligen zivilrechtlichen Ansprüchen der Beschwerdegegnerin.

**9.** Weiter gilt es zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin angeführten Aufgaben und Ziele, welche sie mit

der Datenbekanntgabe verfolgt, als gesetzliche Aufgaben zu qualifizieren sind.

**9.1** Soweit die Beschwerdegegnerin mit ihrem Gesuch die Überprüfung und allfällige Anpassung des Vergabeverfahrens beabsichtigt, braucht nicht geprüft zu werden, ob es sich dabei um eine gesetzliche Aufgabe handelt. Denn wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 8.2), sind die Daten zur Erfüllung dieser Aufgaben entbehrlich, womit es bereits an einer Voraussetzung der Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG mangelt.

**9.2** Das zweite Anliegen, die Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen, stellt hingegen eine gesetzliche Aufgabe der Beschwerdegegnerin dar. Denn die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 verlangt, dass die Kantone die Einhaltung der Vergabebestimmungen sowohl vor als auch nach dem Zuschlag überwachen und Sanktionen für den Fall der Verletzung von Vergabebestimmungen vorsehen (vgl. § 1 Art. 19 sowie § 4 b Abs. 1 Beitrittsgesetz IVöB, welcher nun zusätzlich die Sanktionsmöglichkeiten der Verwarnung und des Ausschlusses statuiert). Weiter hielt § 40 aSubmV fest, dass schwerwiegende Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen durch Verwarnung, Widerruf des erteilten Zuschlags oder den Ausschluss von künftigen Vergaben geahndet werden. Selbst wenn diese Bestimmung für schwerwiegende Sanktionen keine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellte, verpflichtet sie die Vergabestelle – nicht zuletzt im Interesse der mit dem Vergabeverfahren verfolgten Ziele der Förderung wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. § 1 Art. 1 Abs. 3 Bst. a und d Beitrittsgesetz IVöB) –, entsprechende Sanktionen dennoch zu prüfen.

**9.3** Schliesslich ist das dritte Anliegen, die Beurteilung allfälliger Zivilforderungen und Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, zu prüfen.

**9.3.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Datenbekanntgabe für die Abklärung und Durchsetzung von zivilen Schadenersatzforderungen sei nicht zulässig. Die von der Vorinstanz angeführte gesetzliche Aufgabe des schonungsvollen Umgangs mit Staatsmitteln sei ein allgemeines staatspolitisches Ziel und keine gesetzliche Aufgabe, die im Übrigen auch nie von der Beschwerdegegnerin vorgebracht worden sei. Ohnehin bewege sich das Gemeinwesen beim Sammeln von Beweismitteln für die Verfolgung von Zivilansprüchen auf dem Boden des Privatrechts. Folglich handle das Gemeinwesen wie eine Privatperson, weshalb von einer gesetzlichen Aufgabe keine Rede sein könne.

Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Beschwerdeantwort darauf hin, es bestünden zahlreiche gesetzliche Grundlagen, welche vom Gemeinwesen verlangten, dass es mit öffentlichen Mitteln sparsam und wirtschaftlich umgehe. Zu dieser Aufgabe gehöre in jedem Fall auch, dass die Beschwerdegegnerin allfällige Zivilansprüche prüft und durchsetzt. Folglich seien die Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe erfüllt.

Die Vorinstanz bestreitet, dass es sich beim schonungsvollen Umgang mit Staatsmitteln lediglich um ein „breites

staatspolitisches Anliegen“ handle. Die Beschwerdegegnerin sei aufgrund der kantonalen Verfassung dazu verpflichtet, ihre Mittel schonungsvoll einzusetzen, und könne deshalb nicht „freiwillig“ auf ihr zustehende Ansprüche verzichten.

### 9.3.2

**9.3.2.1** Art. 43a BV definiert für die Eidgenossenschaft die Grundsätze für die Zuweisung sowie Erfüllung staatlicher Aufgaben. Die Bestimmung sieht insbesondere vor, dass staatliche Aufgaben bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden müssen (vgl. Art. 43a Abs. 5 BV). Dabei handelt es sich um Grundprinzipien, die sowohl an den Gesetzgeber als auch an die Vollzugsbehörden gerichtet sind und deshalb bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben berücksichtigt werden müssen. Sie sind im gesamten Gefüge des Bundesstaates, mittelbar sogar bis auf Stufe der Gemeinden, zu beachten (vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 43a N. 5 f.). Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit verlangt vom Gemeinwesen, dass einerseits die von ihm angestrebten Wirkungen tatsächlich erreicht werden können und andererseits die Leistungen zu möglichst geringen volkswirtschaftlichen Kosten erbracht werden (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 43a N. 40). Diese Ausführungen erhellen bereits, dass ein Gemeinwesen bei der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben seine finanziellen Mittel effizient einzusetzen hat, um die Kosten für die Allgemeinheit möglichst gering zu halten. Verlangt wird ein schonender Umgang mit Steuergeldern, welcher unter anderem auch die Rückforderung zu hoher getätigter Ausgaben miteinschliesst. Damit stellt der haushälterische Umgang mit Steuergeldern eine gesetzliche, aus den Verfassungsgrundsätzen fließende Aufgabe dar, welche insbesondere mittels Prüfung und Durchsetzung allfälliger Zivilansprüche gegenüber Unternehmen, die das Gemeinwesen mit Submissionsabsprachen geschädigt haben, zu erreichen ist.

**9.3.2.2** Der Grundsatz des wirtschaftlichen beziehungsweise haushälterischen Umgangs mit Staatsgeldern hat überdies in verschiedenen kantonalen Erlassen seinen Niederschlag gefunden. So hält Art. 122 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101, SR 131.211) fest, der Kanton und die Gemeinden sorgen für einen gesunden Finanzhaushalt. Abs. 2 derselben Bestimmung konkretisiert, dass Kanton und Gemeinden ihren Finanzhaushalt nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit führen. Die Pflicht, für einen gesunden Finanzhaushalt zu sorgen, bedeutet, mit den anvertrauten Geldern sorgfältig, das heisst sparsam und wirtschaftlich umzugehen. Diese Grundsätze sollen generell auf alle Ebenen staatlichen Handelns zur Anwendung gelangen (vgl. HUBLER/BEUSCH, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, Art. 122 N. 3, 11, 16–18).

**9.3.2.3** Diese Grundsätze werden in § 1 Abs. 1 des zürcherischen Gesetzes vom 9. Januar 2006 über Controlling und Rechnungslegung (CRG, LS 611) aufgenommen und dahingehend konkretisiert, dass die staatlichen Organe bei der Steuerung von Leistungen und Finanzen durch Verfassung und Gesetzgebung gebunden sind und

diese nach den Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu erfolgen hat. Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich ohne Weiteres, dass diese Grundsätze nicht nur bei der Ausgabenplanung, sondern auch bezüglich bereits beschlossener Ausgaben massgebend sind. Denn die Verpflichtung zum sorgsamem Umgang mit Steuergeldern schliesst die Pflicht zur konsequenten Überprüfung getätigter Ausgaben auf Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundsätze mit ein. Werden nun aber von einem Gemeinwesen aufgrund von Submissionsabsprachen zu hohe Ausgaben getätigt, verletzt das Gemeinwesen seine Pflicht zur sparsamen und wirtschaftlichen Steuerung von Leistungen und Finanzen, wenn es allfällige Rückforderungsmöglichkeiten nicht prüfen und notfalls gerichtlich durchsetzen würde.

**9.3.3** Insgesamt besteht damit eine gesetzliche Aufgabe, welche vom Gemeinwesen im Rahmen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung auch die Prüfung und Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen gegenüber den Teilnehmern eines Submissionskartells verlangt, um den aus überhöhten Zuschlagspreisen resultierenden Schaden zu kompensieren. Es handelt sich um eine gesetzliche Aufgabe von entscheidender Bedeutung.

**9.3.4** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Datenbekanntgabe erfolge nicht aufgrund einer gesetzlichen Aufgabe, da sich die Beschwerdegegnerin beim Sammeln von Beweismitteln zur Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen auf dem Boden des Privatrechts bewege und demzufolge wie eine Privatperson handle, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie soeben dargelegt wurde, handelt es sich dabei um eine gesetzliche Aufgabe. Daran vermag auch die Rechtsnatur allfälliger von der Beschwerdegegnerin zur Erfüllung dieser Aufgaben eingesetzter oder noch einzusetzender verfahrensrechtlicher Mittel, wie die Einleitung einer Schadenersatzklage, nichts zu ändern.

**10.** Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG somit sowohl mit Bezug auf die Beurteilung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen als auch die Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche erfüllt.

### 11.

**11.1** Weiter bleibt zu prüfen, ob einer allfälligen Datenbekanntgabe Schranken gesetzt sind. So sieht Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG vor, dass das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ablehnt, einschränkt oder mit Auflagen verbindet, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Folglich entbindet das Datenschutzgesetz das angefragte Bundesorgan nicht vom Amtsgeheimnis oder anderen speziellen Geheimhaltungspflichten. Vielmehr muss im Einzelfall mittels Gesetzesauslegung geprüft werden, ob eine spezialgesetzliche Regelung die Geheimhaltungspflicht aufhebt und ob eine datenschutzrechtliche Bestimmung einer Datenbekanntgabe entgegensteht (vgl. EHRENSPERBER, a.a.O., Art. 19 DSG N. 66 m.w.H.). Art. 19 DSG stellt eine Ausführungsbestimmung zum allgemeinen Amtsgeheimnis dar ([...]). Entsprechend wird in jenen Bereichen, in denen eine Amtshilfeleistung zulässig ist und die Voraussetzungen von Art. 19 DSG erfüllt sind, das Amtsgeheimnis durch eine Datenbekanntgabe nicht verletzt (vgl. JÜRIG WALTER SIMON, Amtshilfe – Allgemeine

Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze, 1991, S. 114).

**11.2** Die Vorinstanz prüfte, ob Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe entgegenstehen könnte. Gestützt auf eine Auslegung von Art. 25 KG gelangte sie zum Schluss, dass diese Bestimmung eine Datenbekanntgabe zwar einschränke, jedoch nicht vollständig ausschliesse. Die Bestimmung diene vor allem dem Schutz von auskunftsverpflichteten Marktteilnehmern, welche den Wettbewerbsbehörden hoch sensible Informationen liefern, nicht jedoch den Verfahrensbeteiligten, die verdächtigt werden, sich an einem Kartell beteiligt zu haben, da diese ohnehin kein Interesse daran hätten, schutzwürdige Informationen preiszugeben. Mithin könnte sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen. Zudem würden vorliegend keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse offengelegt. Schliesslich gelangte sie zum Ergebnis, eine Datenbekanntgabe sei zulässig, wenn der vom potenziellen Datenempfänger verfolgte Zweck mit jenem des Kartellrechtsverfahrens übereinstimme. Die geforderte Zweckübereinstimmung sei vorliegend mit der beabsichtigten Nutzung der Daten (Prüfung und Durchsetzung von vergaberechtlichen Sanktionen und zivilrechtlichen Ansprüchen) gegeben, weshalb Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe nicht entgegenstehe.

Die Beschwerdeführerin bestreitet dieses Auslegungsergebnis. Ihrer Ansicht nach handelt es sich um eine absolute und umfassende Geheimhaltungspflicht. Die Bestimmung erlaube keine Unterscheidung zwischen Verfahrensparteien und übrigen Beteiligten, welche nicht von der kartellrechtlichen Untersuchung betroffen seien. Denn auch bei Ersteren bestehe ein Schutzbedürfnis betreffend ihrer Informationen, da diese von der Vorinstanz in der Regel zwangsweise erhoben würden. Insofern bilde der Schutz durch das Amtsgeheimnis das Korrelat zur (zwangsweisen) Beweiserhebung der Vorinstanz. Überdies beinhalte die Verfügung Geschäftsgeheimnisse und der Schutz des Amtsgeheimnisses erfasse nicht nur Geschäftsgeheimnisse sondern Personendaten generell, weshalb eine Datenbekanntgabe selbst bei Fehlen von Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen sei. Sodann widerspreche die Auffassung der Vorinstanz, die Datenbekanntgabe sei zulässig, wenn der von einem potenziellen Datenempfänger verfolgte Zweck mit jenem des Kartellverfahrens deckungsgleich sei, dem klaren Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 KG. Ohnehin bestehe vorliegend keine derartige Deckungsgleichheit. Denn das Kartellgesetz verfolge volkswirtschaftliche Ziele, wie die präventive und repressive Beseitigung der gesamtwirtschaftlichen ökonomischen Nachteile von Kartellen und anderen unzulässigen Wettbewerbsabreden, was keineswegs mit der von der Beschwerdegegnerin beabsichtigten Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen sowie dem haushälterischen Umgang mit Steuergeldern übereinstimme.

**11.3** Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts einer Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung,

die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. „Methodenpluralismus“; vgl. BGE 140 II 80 E. 2.5.3; 137 III 217 E. 2.4.1; Urteil des BGer 1C\_156/2011 vom 15. Juli 2011 E. 3.5.1; vgl. statt vieler: BVGE 2015/21 E. 5.2.1). Es sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 217). Die Gesetzesauslegung hat sich dabei vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis* (BGE 140 I 305 E. 6.1). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3; BVGE 2007/41 E. 4.2).

**11.3.1** Der deutschsprachige Wortlaut von Art. 25 KG (Marginalie: Amts- und Geschäftsgeheimnis) sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren (Abs. 1). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten (Abs. 2). Ferner erlaubt die Bestimmung den Wettbewerbsbehörden, diejenigen Daten an den Preisüberwacher weiterzugeben, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (Abs. 3). Schliesslich statuiert Abs. 4 das Verbot, in den Veröffentlichungen Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Weder aus der italienischen noch aus der französischen Fassung ergeben sich weiterführende Informationen zum Umfang des Amtsgeheimnisses und dem Anwendungsbereich der Bestimmung.

Aus dem Wortlaut von Art. 25 KG folgt somit der Grundsatz, dass die Wettbewerbsbehörden dem Amtsgeheimnis unterstehen (Abs. 1) und die im Rahmen ihrer Tätigkeit gewonnenen Kenntnisse einer Verwertungsbeschränkung unterliegen (Abs. 2). Aus Abs. 2, der als Konkretisierung zum ersten Absatz erscheint, ergibt sich damit nur – aber immerhin –, dass die Erkenntnisse ausschliesslich zweckgebunden, das heisst zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwertet werden dürfen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass durch die Bestimmung gerade nicht jede weitere Verwertung der Daten durch die WEKO ausgeschlossen ist, sondern deren Zulässigkeit davon abhängt, ob sie dem vom Verfahren verfolgten Zweck entspricht. Unter Verwerten wird im allgemeinen Sprachgebrauch das Verwenden von etwas verstanden, was nicht mehr oder noch nicht genutzt wird beziehungsweise wenn etwas noch für einen bestimmten Zweck verwendet, benutzt oder gebraucht wird (vgl. Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 1594; Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2007, S. 1842). Folglich meint im vorliegenden Kontext der Begriff der Verwertung die Verwendung beziehungsweise Nutzbarmachung von Informationen für einen bestimmten Grund. Darunter fällt auch die Weitergabe von Daten im Rahmen der Amtshilfe, unter dem Vorbehalt, dass dies vom Zweck der ursprünglichen Datenerhebung gedeckt ist. Die Bestimmung äussert sich jedoch nicht dazu, wann eine Übereinstimmung mit dem Zweck gegeben ist. Dies ist nachfolgend im Rahmen der weiteren Auslegungsmethoden zu prüfen.



**11.3.2** Für die historische Auslegung sind zunächst die Materialien heranzuziehen. Die Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (BBI 1995 I 468, 601, nachfolgend: Botschaft zum KG) hält zu Art. 25 KG in allgemeiner Form fest, dass die Vorinstanz und deren Mitarbeiter dem Amtsgeheimnis unterstehen. Unter Bezugnahme auf das zivilrechtliche Kartellverfahren und den mittlerweile aufgehobenen aArt. 16 KG (AS 2010 1739, 1847), welcher die Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen insbesondere gegenüber Gegenparteien normierte, wird auf die Gefahr hingewiesen, dass heikle Unternehmensdaten aufgrund des Kartellverfahrens in „falsche Hände geraten“ könnten. Aus diesem Grund sollen die Wettbewerbsbehörden in Art. 25 Abs. 2 KG dazu verpflichtet werden, Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten. Weiter dürfen dem Preisüberwacher Informationen insoweit weitergeleitet werden, als er sie für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Folglich sollen von Art. 25 KG insbesondere die am Kartellrechtsverfahren beteiligten Parteien oder Drittpersonen, welche sensible innerbetriebliche Informationen oder geheime Daten über das eigene Marktverhalten offenlegen (vgl. Botschaft zum KG, BBI 1995 I 468, 593), davor geschützt werden, dass ihre Informationen in „falsche Hände“ fallen. Was mit dem Passus der „falschen Hände“ gemeint ist, steht jedoch nicht fest (vgl. SIMON BANGERTER, in: BSK KG, a.a.O., Art. 25 N. 35). Insbesondere ergeben sich hierzu auch aus den parlamentarischen Beratungen keine weiteren Hinweise, da sowohl aArt. 16 KG als auch Art. 25 Abs. 1 und 2 KG diskussionslos angenommen wurden. Immerhin folgt aus dem Verweis der Botschaft auf aArt. 16 KG, dass im zivilrechtlichen Verfahren sowohl Gegenparteien als auch unbeteiligte Dritte darunter fallen, welche die sensiblen Informationen beziehungsweise Geschäftsgeheimnisse ausserhalb des Verfahrens für ihre eigenen, verfahrensfremden Zwecke einsetzen könnten. Dasselbe muss auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren gelten. Entsprechend sollen mit der Bestimmung auf der einen Seite Geschäftsgeheimnisse vor dem Zugriff unberechtigter Personen geschützt und auf der anderen Seite sichergestellt werden, dass die Daten nur zu dem mit dem Verfahren verfolgten Zweck verwertet, das heisst nicht ausserhalb des Verfahrens für andere Zwecke brauchbar gemacht und eingesetzt werden sollen.

### 11.3.3

**11.3.3.1** Aus einer systematischen Betrachtung von Art. 25 Abs. 2 und Abs. 3 KG folgt sodann, dass unter der Verwertung von Daten insbesondere auch die Weitergabe an eine Behörde zu verstehen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob Abs. 3 als Ausnahme vom grundsätzlichen Verwertungsverbot für ausserhalb des konkreten Verfahrens liegende Zwecke zu qualifizieren ist, wie dies die überwiegende Mehrheit der Lehre vorschlägt (vgl. URS ZENHÄUSERN, in: SHK KG, a.a.O., Art. 25 N. 9–11; BANGERTER, a.a.O., Art. 25 N. 36; VINCENT MARTENET, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, Art. 25 N. 32 und 39, nachfolgend: *Commentaire LCart*; a.M. JÜRIG BORER, *Wettbewerbsrecht I*, 3. Aufl. 2011, Art. 25 KG N. 9–11), oder ob es sich um die Normierung eines (beispielhaften) Anwendungsfalls handelt.

**11.3.3.2** Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf den Zweck des Verfahrens oder der Auskunft, das heisst auf die Voraussetzung der Zweckentsprechung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG einzugehen. Mit dieser Formulierung verweist das Kartellgesetz auf die weiteren Normen zum Verfahren. Aus der Gesetzessystematik (Art. 26 ff. KG) folgt, dass der Gegenstand eines Kartellverfahrens die Abklärung und Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen betrifft. Entsprechend liegt der Zweck des Verfahrens, welches sich in ein Vorabklärungs- und ein Untersuchungsverfahren gliedert, darin, die für die Feststellung und Beurteilung von allfälligen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen notwendigen Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 26 KG N. 1). Entgegen den in der Lehre geäusserten Meinungen kann sich nun aber der Zweck des Verfahrens nicht allein in der Sachverhaltsfeststellung erschöpfen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 25 KG N. 7, wonach die Informationen nur für den engen Zweck des konkret eingeleiteten Vorabklärungs-, Untersuchungs- oder Prüfungsverfahrens verwendet werden dürfen), ist doch die Durchführung eines kartellrechtlichen Verfahrens kein Selbstzweck. Vielmehr geht es darum, dass die Vorinstanz mit ihrem Tätigwerden dem Kartellrecht und damit dessen Zielen zum Durchbruch verhelfen soll. Denn letztlich ist sämtliches Handeln der Wettbewerbsbehörden auf den Gesetzeszweck des Kartellgesetzes ausgerichtet, wonach insbesondere volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen (vgl. Art. 1 KG). Deshalb ist es angebracht, die Frage der Zweckentsprechung nicht nur hinsichtlich des eigentlichen Zwecks des konkreten Kartellverfahrens, sondern nach dem Gesetzeszweck insgesamt zu beurteilen. Die Bezugnahme rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als die in modernen Bundesgesetzen enthaltenen Zweckartikel gerade als Hilfe bei der Auslegung dienen sollen (vgl. JENS LEHNE, in: BSK KG, a.a.O., Art. 1 N. 1; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 11). Daraus folgt, dass mit der Voraussetzung der Zweckentsprechung verhindert werden soll, dass Informationen sachfremd, das heisst für andere als kartellrechtliche Zwecke verwendet beziehungsweise weitergegeben werden (so auch BANGERTER, a.a.O., Art. 25 N. 38), nicht jedoch, dass die Daten nur in jenem Verfahren verwendet werden dürfen, in dem sie erhoben wurden.

**11.3.3.3** Diese Zwecksetzung stimmt mit jener des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) überein. Denn auch mit diesem Gesetz soll in Bereichen, in denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht, mittels Preisüberwachung und Regulierung missbräuchlicher Preise, deren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen bekämpft werden (vgl. Art. 4 Abs. 2 PüG; Botschaft vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz [PüG], BBI 1984 II 755, 756 und 765 f.; vgl. auch ROLF H. WEBER; *Preisüberwachungsgesetz [PüG]*, 2009, Überblick N. 70). Entsprechend verfolgt der Preisüberwacher mit seinen Verfahren ebenfalls kartellrechtliche Zwecke. Deshalb wäre eine Weitergabe von Kenntnissen durch die WEKO nach den obigen Ausführungen bereits gestützt auf Art. 25 Abs. 2 KG zulässig und die in Art. 25 Abs. 3 KG getroffene Regelung nicht notwendig. Der Grund, weshalb Art. 25 Abs. 3 KG nicht gestrichen

wurde – wie dies damals in der parlamentarischen Beratung vom Nationalrat verlangt wurde, welcher die Kompetenzen des Preisüberwachers zurückdrängen wollte (vgl. Votum Jean-Pascal Delamuraz, Bundesrat, AB 1995 III N 1105) – ist darin zu sehen, dass sich im Ständerat die Meinung durchsetzte, der Preisüberwacher habe ohnehin Zugang zu den von den Wettbewerbsbehörden behandelten Dossiers, weil er gemäss Art. 5 Abs. 2 PÜG mit beratender Stimme an den Sitzungen der Wettbewerbsbehörden teilnehme und aus diesem Grund die Bestimmung im Kartellgesetz belassen werden könne (vgl. Votum Rosmarie Simmen, Berichterstatterin der vorberatenden Kommission, AB 1995 IV S 866). Damit erscheint das Bestehen dieser Bestimmung jedoch als beliebig. Dies legt den Schluss nahe, dass mit Art. 25 Abs. 3 KG gerade keine besondere Ausnahmeregelung zum grundsätzlichen Verbot einer Weitergabe von Daten hätte geschaffen werden sollen. Denn hätte Art. 25 Abs. 3 KG den Sinn und Zweck, der WEKO ausschliesslich die Weitergabe von Informationen an den Preisüberwacher zu erlauben, hätten die Eidgenössischen Räte die Bestimmung nicht einfach als verzichtbar erachtet, nur weil der Preisüberwacher von den Daten ohnehin auf anderem Wege erfährt. Im Gegenteil, der Ausnahmefall hätte dennoch normiert werden müssen, um sämtliche weiteren potenziellen Gesuchsteller eindeutig auszuschliessen. Dass die Bestimmung letztlich ins Gesetz aufgenommen wurde, ist darauf zurückzuführen, dass mit Art. 25 Abs. 3 KG lediglich ausdrücklich nachvollzogen werden sollte, was faktisch ohnehin der Fall ist und als zweckentsprechende Verwertung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 KG gilt. Insoweit hat die Bestimmung – aus systematisch-historischer Sicht – keinen eigenständigen Gehalt und von vornherein kein exklusives Datenverwertungsrecht zugunsten des Preisüberwachers zum Gegenstand. Für dieses Auslegungsergebnis spricht im Übrigen auch die Tatsache, dass zwischen den Wettbewerbsbehörden und dem Preisüberwacher – aufgrund ihrer komplementären Zielsetzung und des weitgehend institutionalisierten Zusammenwirkens – zahlreiche Berührungspunkte bei der Arbeit bestehen und mit Art. 25 Abs. 3 KG ausschliesslich eine explizite Grundlage für den Hauptanwendungsfall einer Datenbekanntgabe geschaffen werden sollte, welche regelmässig vorkommen dürfte (vgl. auch MARTENET, a.a.O., Art. 25 N. 39; WEBER; a.a.O., Überblick N. 70).

**11.3.3.4** Sodann bedingt auch Art. 41 KG, welcher die Amtshilfe von Bund und Kantonen gegenüber den Wettbewerbsbehörden regelt, ebenfalls keine einschränkende Auslegung von Art. 25 Abs. 2 und 3 KG (kritisch hierzu auch BORER, a.a.O., Art. 25 KG N. 10). Denn Art. 41 KG regelt nur die Pflicht von Bund und Kantonen, an kartellrechtlichen Verfahren beziehungsweise Abklärungen der Wettbewerbsbehörden mitzuwirken. Das Fehlen einer entgegengesetzten Verpflichtung beziehungsweise einer gesetzlichen Grundlage, gegenüber Bund und Kantonen ebenfalls Amtshilfe leisten zu können, lässt nicht den Schluss zu, dass eine amtshilfeweise Bekanntgabe von Daten durch die Wettbewerbsbehörden nicht zulässig wäre. Das Fehlen einer derartigen Bestimmung ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass mit Art. 41 KG allein das kartellrechtliche Verfahren der Wettbewerbsbehörden geregelt werden sollte, was bereits aus der systematischen Stellung von Art. 41 KG im 4. Abschnitt, Verfahren und Rechtsschutz, folgt (vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995

I 468, 615). Entsprechend deutet nichts auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers hin, wonach Amtshilfeleistungen durch die WEKO grundsätzlich ausgeschlossen wären.

**11.3.4** Die teleologische Auslegung führt zu folgenden Ergebnissen:

**11.3.4.1** Art. 25 Abs. 1–3 KG liegt der Sinn und Zweck zugrunde, dass von den Parteien oder Dritten in das Verfahren eingebrachte sensible Informationen, wie beispielsweise Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder anderweitige geheime Informationen über das Marktverhalten, vor dem Zugriff und der Verwendung für verfahrensfremde Zwecke durch Gegenparteien oder allfällige Drittpersonen geschützt werden sollen. Die Bestimmung steht insoweit in einem Zusammenhang mit Art. 40 KG, welcher den Beteiligten an Abreden oder Zusammenschlüssen, marktmächtigen Unternehmen sowie betroffenen Dritten eine umfassende Auskunftspflicht auferlegt, die unter Androhung von Verwaltungs- beziehungsweise Strafsanktionen durchgesetzt werden kann (vgl. BENOÎT MERKT, in: Commentaire LCart, a.a.O., Art. 40 N. 46 f.; BORER, a.a.O., Art. 40 KG N. 10). Art. 40 KG beruht auf der Annahme, dass die Wettbewerbsbehörden oft nicht über derart detaillierte Marktkenntnisse verfügen, um Strukturen und Verhaltensweisen der auf einem Markt aktiven Marktteilnehmer umfassend beurteilen zu können. Aus diesem Grund sind sie auf die Mitwirkung der am Verfahren beteiligten Unternehmen sowie weiterer auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen angewiesen, was letztlich mit der umfassenden Auskunftspflicht durchgesetzt werden soll (BORER, a.a.O., Art. 40 KG N. 1; MATTHIAS COURVOISIER, in: SHK KG, a.a.O., Art. 40 N. 1). Dabei können nicht einmal Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einem Auskunftersuchen der Wettbewerbsbehörden entgegenhalten und die Auskunft entsprechend verweigert werden (vgl. MERKT, a.a.O., Art. 40 N. 45). Vor diesem Hintergrund stellt Art. 25 KG einen Schutz dar, damit die an einer Untersuchung beteiligten Unternehmen auch tatsächlich umfassend Auskunft geben und dabei nicht Gefahr laufen, dass sensible Angaben für ausserhalb des Verfahrens liegende Zwecke verwendet werden und in „falsche Hände“ geraten. Aus dem Umstand jedoch, dass die Verfahrensbeteiligten in einem Kartellverfahren nicht ausschliesslich geheime Informationen über ihr Marktverhalten oder Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse preisgeben, folgt bereits, dass der Schutz von Art. 25 KG nicht umfassend sein kann. Davon können vielmehr nur schutzwürdige Daten erfasst sein. Weiter lassen die obigen Ausführungen (E. 11.3.1–11.3.3) zur Voraussetzung der zweckentsprechenden Verwertung den Schluss zu, dass die Daten nicht nur innerhalb des konkreten Verfahrens der WEKO nutzbar sind, sondern auch ausserhalb diesem verwendet werden dürfen, soweit dies kartellrechtlichen Zwecken dient. Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus der in Art. 25 Abs. 3 KG vorgesehenen Bekanntgabe und Verwertung der Daten durch den Preisüberwacher. Daraus folgt ebenfalls, dass der Schutz der übermittelten Informationen nicht absolut gilt.

**11.3.4.2** Mit den Art. 25 Abs. 1–3 KG sollen nach dem Gesagten Geheimnisse vor dem Zugriff von Gegenparteien oder Dritten geschützt werden (sachlicher Schutz-

bereich). Wird nun im Falle einer Akteneinsicht oder Datenbekanntgabe sichergestellt, dass gerade in derartige geheimhaltungsbedürftige Informationen keine Einsicht gewährt wird, wird der Schutzfunktion von Art. 25 Abs. 1 und 2 KG ausreichend Rechnung getragen. Mithin steht Art. 25 KG einer Datenbekanntgabe nicht entgegen, wenn im betreffenden Verfahren auf Offenlegung der Daten zuvor geprüft wird, dass keine wesentlichen privaten Interessen – wie Geschäftsgeheimnisse oder sonstige geheime Informationen über das Marktverhalten – der Einsichtsgewährung entgegenstehen.

**11.3.4.3** Art. 25 Abs. 2 KG bezweckt den Schutz der im Verfahren preisgegebenen Informationen, damit diese nicht in „falsche Hände“ geraten. Die Bestimmung definiert jedoch nicht den von ihr erfassten Personenkreis, weshalb sich die Frage stellt, wessen Hände die falschen sind.

Aus den Erkenntnissen der historischen Auslegung ergibt sich, dass unter den „falschen Händen“ jene Personen zu verstehen sind, die die Daten für sachfremde Zwecke verwenden können (persönlicher Schutzbereich). Aus dem Umkehrschluss folgt somit, dass die Weitergabe der Daten solange zulässig ist, als diese ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken erfolgt beziehungsweise diese nur zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.

**11.3.4.4** Der Personenkreis, an welchen Daten – unter Vorbehalt der obigen Vorgaben zu Geheimnissen (sachlicher Schutzbereich) – bekannt gegeben werden dürfen, lässt sich aber auch auf anderem Wege konkretisieren. So steht es der von einem Submissionskartell geschädigten Vergabestelle offen, Strafanzeige wegen Submissionsbetrugs einzureichen. Wird ein Strafverfahren eröffnet, kann die Untersuchungsbehörde die benötigten Akten aus dem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren auf dem Wege der Rechtshilfe beziehen (Art. 44 StPO; vgl. zur grundsätzlich vorbehaltlosen Pflicht, die benötigten Akten zu übermitteln: E. 8.8.1).

Art. 194 Abs. 2 StPO berechtigt die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden aber nicht nur zur (straflosen) Herausgabe der Akten, indem er die dafür nötige gesetzliche Grundlage schafft (vgl. Art. 14 StGB; Urteil des BGer 1B\_33/2013 vom 19. März 2013 E. 2.1; DONATSCH, a.a.O., Art. 194 N. 17), sondern er verpflichtet sie auch dazu (vgl. FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 194 N. 3). Erfasst werden sämtliche Akten aus Verfahren von Zivil-, Straf- und Verwaltungsbehörden, so insbesondere auch die Akten von öffentlichen Auftragsvergabeverfahren (ISABELLE PONCET CARNICÉ, in: *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, 2011, Art. 194 N 6 f.). Diese Herausgabepflicht wird einzig durch entgegenstehende, überwiegende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt; weder das Steuer- noch das Amtsgeheimnis kann dieser entgegengehalten werden (vgl. WOLFGANG WOHLERS, *Der „Zugriff“ der Strafbehörden auf Unterlagen im Gewahrsam staatlicher Stellen*, SJZ 107/2011 S. 1 ff., S. 3; NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3. Aufl. 2012, Rz. 840 und 842; DONATSCH, a.a.O., Art. 194 N. 18 und 20). Art. 194 Abs. 2 StPO stellt eine spezielle Bestimmung gegenüber allen anderen einschlägigen Vorschriften des Bundes und der Kantone dar und geht diesen vor; entsprechend sind weitergehende Einschränkungen des

Akteneinsichtsrechts, als die in Art. 194 Abs. 2 StPO vorgesehenen, unbeachtlich (vgl. MARTIN BÜRGISSER, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 194 N. 8; NIKLAUS SCHMID, in: *Schweizerische Strafprozessordnung [StPO]*, 2. Aufl. 2013, Art. 194 N. 3). Sofern im konkreten Fall keine entgegenstehenden überwiegenden Interessen bestehen, könnte die Vorinstanz gegenüber den Strafbehörden nicht einmal unter Anrufung von Art. 25 Abs. 2 KG die rechtshilfweise Herausgabe von Akten eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens verhindern. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend sind selbst im Falle überwiegender Geheimhaltungsinteressen diejenigen Teile der Akten herauszugeben, welche durch die genannten Interessen nicht tangiert sind (vgl. Urteil 1B\_33/2013 E. 2.1; DONATSCH, a.a.O., Art. 194 N. 23; BÜRGISSER, a.a.O., Art. 194 N. 9 ff.) Konstituiert sich nun das Kartelloffer im Strafverfahren als Privatstrafkläger, kann es gestützt auf Art. 107 Abs. 1 Bst. a StPO Einsicht in die Akten des Strafverfahrens nehmen (vgl. im Übrigen das Recht der Behörden, gemäss Art. 101 Abs. 2 StPO Akten einzusehen, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen). Auch die Strafbehörden können das Akteneinsichtsrecht wiederum nur insoweit einschränken, als dies zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen, wie den Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen, erforderlich ist (vgl. Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO; VIKTOR LIEBER, in: *Kommentar StPO*, a.a.O., Art. 108 N. 6). Folglich könnte jede Person, welcher Parteistellung im Strafverfahren zukommt, trotz des in Art. 25 Abs. 2 KG statuierten Verwertungsverbots innerhalb der soeben skizzierten Schranken ihres Akteneinsichtsrechts grundsätzlich Einsicht in sämtliche Verfahrensakte nehmen. Aus dem Gesagten folgt somit auf der einen Seite, dass es sich bei allfälligen Kartellopfen von vornherein nicht um die „falschen Hände“ handeln kann, vor deren Zugriff Art. 25 Abs. 2 KG die Informationen schützen möchte. Auf der anderen Seite legen das Akteneinsichtsrecht und dessen Schranken den Schluss nahe, dass der von Art. 25 Abs. 2 KG gewährte Schutz gegenüber ausserhalb eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens stehenden Personen, soweit sie Parteistellung in strafrechtlichen Verfahren erlangen können, insoweit zurückgedrängt wird, als einer Einsichtnahme keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen – wie beispielsweise Geschäftsgeheimnisse – entgegenstehen. Denn es machte keinen Sinn, diesen Personen den Zugriff auf Akten zu verweigern, in welche sie im Rahmen des Strafuntersuchungsverfahrens ohnehin Einsicht nehmen könnten.

**11.3.4.5** Schliesslich bezweckt Art. 25 Abs. 2 KG den Schutz von sensiblen Daten, indem er die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, die Informationen nur zweckentsprechend zu verwerten. Wie die systematische Auslegung gezeigt hat, wird damit eine allfällige Verwertung und infolgedessen die Weitergabe von Akten nur zu kartellrechtlichen Zwecken erlaubt. Vom Sinn und Zweck des Kartellgesetzes werden sämtliche Interessen und Verwendungen erfasst, mit welchen die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Entsprechend ist eine Datenbekanntgabe nur in jenen Fällen erlaubt, in denen die Daten zum Ausgleich

beziehungsweise zur Verhinderung von Schäden verwendet werden, die durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen verursacht wurden beziehungsweise verursacht zu werden drohten. Dabei kommen sowohl präventive wie repressive Mittel in Frage, um diese kartellrechtlichen Zwecke zu erreichen.

**11.4** Zusammengefasst schliesst Art. 25 Abs. 2 KG nicht jede Verwertung der in kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren gewonnenen Daten, worunter insbesondere auch deren Weitergabe an aussenstehende Personen fällt, aus. Eine solche ist zulässig, wenn die Daten an ein (potenzielles) Kartellopfers geliefert werden, von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind und die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden. Diesem Auslegungsergebnis steht Art. 25 Abs. 3 KG nicht entgegen, da diese Bestimmung kein exklusives Verwertungsrecht zugunsten des Preisüberwachers statuiert.

**11.5** Es ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Weitergabe der Daten gemäss Art. 25 Abs. 2 KG erfüllt sind.

**11.5.1** Die Beschwerdegegnerin verlangte Einsicht in die Sanktionsverfügung, um zivilrechtliche Ansprüche prüfen und durchsetzen zu können (vgl. E. 8.4. und 9.3). Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen dient dabei dem Ausgleich allfälliger der Beschwerdegegnerin und damit dem Gemeinwesen als von Submissionsabsprachen betroffener Vergabestelle entstandener Schäden, die aus der Bezahlung zu hoher Zuschlagspreise resultierten. Entsprechend ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auf die Beseitigung der von Submissionskartellen ausgehenden schädlichen Auswirkungen gerichtet und entspricht damit ohne Weiteres kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG; dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass das Kartellrecht selbst in Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG derartige Ansprüche vorsieht. Was sodann die zweite Zielsetzung der Prüfung allfälliger vergaberechtlicher Sanktionen anbelangt, entspricht diese ebenfalls kartellrechtlichen Zwecken, soll damit doch sowohl präventiv wie auch repressiv auf die Bildung von Submissionskartellen eingewirkt und deren schädliche Auswirkungen von vornherein verhindert werden. Folglich erfüllt die von der Beschwerdegegnerin beantragte Datenbekanntgabe das Erfordernis der zweckentsprechenden Verwertung gemäss Art. 25 Abs. 2 KG.

**11.5.2** Zudem stammt das Gesuch von einem (potenziellen) Kartellopfers, gegenüber welchem die Vorinstanz grundsätzlich zur Weitergabe der Daten berechtigt ist.

**11.5.3** Schliesslich ist auf den Schutz allfälliger Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einzugehen.

Im vorliegenden Fall gewährte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin keine Einsicht in die gesamte Verfügung. Sie beschränkte diese auf jene Passagen der Sanktionsverfügung, welche Auskunft darüber geben, ob und – falls ja – welche Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin von Submissionsabsprachen betroffen waren. Folglich ist nicht relevant, ob die Verfügung in anderen, nicht offenzulegenden Bereichen geheime Informationen beinhaltet. Zudem sollen nur die Bezeichnung der betroffenen Vergaben und die Namen der an Absprachen

beteiligten Unternehmen offengelegt werden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Angaben, welche Partei zu welchem Preis offerierte und mit welchem Subunternehmer oder Co-Submittenten bevorzugt zusammenarbeiten oder die eingereichten detaillierten Kostenkalkulationen würden Geschäftsgeheimnisse darstellen, mögen von vornherein nicht zu überzeugen. Denn die Beschwerdegegnerin hatte in den von ihr durchgeführten Vergabeverfahren bereits Einblick in sämtliche von der Beschwerdeführerin bezeichneten Angaben, weshalb durch die Datenbekanntgabe keine Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden. Zudem gelten Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, nicht als geheimhaltungsbedürftig (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.1 und 5.2.2.3; BANGERTER, a.a.O., Art. 25 N. 54 m.w.H.). Mithin könnte die Offenlegung all jener Tatsachen, welche vorliegend das Bestehen einer Wettbewerbsabrede belegen und in welche die Beschwerdegegnerin Einsicht zu erhalten versucht, insoweit nicht mit dem Verweis auf bestehende Geschäftsgeheimnisse verhindert werden. Da im Übrigen von Art. 25 Abs. 2 KG gegenüber einem Kartellopfers nur Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse geschützt werden sollen, steht die Bestimmung auch der mit der Datenbekanntgabe zwangsläufig verbundenen Offenlegung von Personendaten nicht entgegen. Die Zulässigkeit der Weitergabe allfälliger unter das Amtsgeheimnis fallender Personendaten (Art. 25 Abs. 1 KG) bestimmt sich allein nach den Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO.

**11.5.4** Nach dem Gesagten ist eine Weitergabe der Daten im konkreten Fall trotz des grundsätzlichen Verwertungsverbots von Art. 25 Abs. 2 KG zulässig, sofern diese ausschliesslich zweckentsprechend verwertet werden, was mit der Anordnung einer Auflage sicherzustellen ist (...). Folglich stellt Art. 25 Abs. 2 KG keine gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO dar, welche der Vorinstanz eine Datenbekanntgabe untersagte. Im Übrigen sind auch keine anderweitigen Bestimmungen ersichtlich, welche der Vorinstanz spezielle Geheimhaltungspflichten auferlegten. Da vorliegend die Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO grundsätzlich erfüllt sind (vgl. E. 10), kommt es insbesondere auch nicht zu einer Verletzung des Amtsgeheimnisses.

## 12.

**12.1** Schliesslich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO lehnt das Bundesorgan die Bekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Eine derartige Interessenabwägung hat zu erfolgen, wenn die Datenbekanntgabe – wie im vorliegenden Fall – im Ermessen des Bundesorganes liegt und hierzu keine Verpflichtung besteht (vgl. auch Urteil 2C\_1065/2014 E. 6.4.1). Von einem überwiegenden Interesse ist auszugehen, wenn auch ein unvoreingenommener Betrachter dies so werten würde (sog. objektivierende Betrachtungsweise; vgl. JÖHRI, a.a.O., Art. 19 N. 100). So gilt etwa das Interesse einer betroffenen Person an der Geheimhaltung ihrer Identität als schutzwürdig, wenn sie in eine administrative oder gerichtliche Untersuchung einbezogen ist (vgl. EHRENSPERGER, a.a.O., Art. 19 DSGVO N. 61 ff.). Als nicht schutzwürdig

erachtete das Bundesgericht jedoch das Interesse eines Versicherten, welcher sich gegen ein Auskunftersuchen der Steuerverwaltung mit der Begründung wehrte, seine finanziellen Verhältnisse möglichst wenig gegenüber dem Fiskus offenzulegen. Verlangt wird ein überwiegendes Interesse, das sich auf die betroffene Person beziehen muss und welches nicht mit der Geheimhaltung der gegenüber dem Fiskus zu deklarierenden Tatsachen begründet werden kann (vgl. Urteil des BGer 2A.96/2000 vom 25. Juli 2001 E. 5; JÖHRI, a.a.O., Art. 19 N. 101). Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass das Kartellgesetz zumindest bei Veröffentlichungen gemäss Art. 48 Abs. 1 KG striktere Regeln im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen aufstellt als Art. 19 Abs. 4 DSG. Entsprechend besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Raum für eine Interessenabwägung, wenn personenbezogene Daten veröffentlicht werden sollen, die Geschäftsgeheimnisse betreffen. Vielmehr ist deren Veröffentlichung von vornherein untersagt (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 E. 6.4.3). Dies muss auch hinsichtlich der vorliegend beabsichtigten Datenbekanntgabe gelten. Entsprechend hat im Folgenden eine Interessenabwägung nur bezüglich jener Personendaten stattzufinden, welche keine Geschäftsgeheimnisse betreffen.

**12.2** Wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 11.5.3), handelt es sich bei den Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, nicht um Geschäftsgeheimnisse. Selbst wenn vorliegend allfällige weitere vorhandene Daten, wie Kostenkalkulationen und Offertpreise, nicht als Teil des rechtswidrigen Verhaltens aufgefasst würden, geht diesen dennoch der Charakter von Geheimnissen ab, da die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Submission bereits umfassend Einblick in diese Unterlagen erhalten hat. Insgesamt sind vorliegend keine Geschäftsgeheimnisse auszumachen, welche einer Interessenabwägung an der Datenbekanntgabe von vornherein entgegenstünden. Mithin ist im Folgenden eine Interessenabwägung bezüglich sämtlicher bekanntzugebender Daten durchzuführen.

**12.3** Die Beschwerdegegnerin begründet ihr Gesuch um Datenbekanntgabe mit wesentlichen öffentlichen Interessen, welche sie mit der Prüfung vergaberechtlicher Sanktionen und zivilrechtlicher Ansprüche verfolge. So habe insbesondere das Opfer von Kartellabreden ein erhebliches Interesse zu erfahren, in welchen Submissionen und von welchen Unternehmen es geschädigt wurde. Die Datenbekanntgabe sei Grundlage für die Einleitung weiterer Schritte mit präventiver sowie repressiver Wirkung, welche letztlich die Wirksamkeit des Kartell- und Submissionsrechts fördere, was ebenfalls im öffentlichen Interesse liege. Schliesslich diene auch die Prüfung und Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen der haushälterischen Verwendung öffentlicher Mittel und liege damit ebenfalls im öffentlichen Interesse.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind die geltend gemachten Interessen aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht legitim. Denn die Beschwerdegegnerin habe kein relevantes Interesse für die Datenbekanntgabe dargetan. Zudem stünden seitens der Beschwerdeführerin erhebliche private, schutzwürdige Interessen auf dem Spiel. Vorliegend sei damit zu rechnen, dass die Beschwerdegegnerin weiteren Dritten Auskunft über die erhaltenen Daten geben müsse. Entsprechend drohten die Daten öffentlich

bekannt zu werden und die Beschwerdeführerin liefe Gefahr, öffentlich an den Pranger gestellt zu werden. Dies würde für die Beschwerdeführerin zu empfindlichen Nachteilen führen, da sie von ihren Hauptauftraggebern, den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, keine Aufträge mehr erhalten würde.

## 12.4

**12.4.1** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die von der Beschwerdegegnerin angeführten Interessen seien nicht legitim, kann ihr nicht gefolgt werden. Die beabsichtigte Verwendung der Daten dient gewichtigen öffentlichen Interessen, welche in einer gesetzlichen Aufgabe ihren Niederschlag gefunden haben (vgl. E. 9.2 und 9.3). So wird mit der Prüfung und Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zunächst einmal dem wesentlichen öffentlichen Interesse am haushälterischen Umgang mit Steuergeldern entsprochen. Zugleich werden die im konkreten Fall durch die Submissionskartelle entstandenen schädlichen Auswirkungen kompensiert, was mit der Zwecksetzung des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) übereinstimmt. Die Prüfung von vergaberechtlichen Sanktionen ist sodann Grundlage für die Bestrafung von fehlbaren Unternehmen, welche ebenfalls die Sicherstellung der vom Kartell- und Vergaberecht verfolgten öffentlichen Interessen bezweckt. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, wirkt die von der Beschwerdegegnerin beabsichtigte Datenverwendung auch präventiv, da die Wirksamkeit des Kartellrechts gefördert wird, wenn Kartellopfer ihre Interessen verfolgen und ihre Rechte wahrnehmen, was unbestreitbar ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt.

Die seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachten privaten Interessen an einer Geheimhaltung der Daten erscheinen hingegen nicht als schutzwürdig. Zwar drohten der Beschwerdeführerin – sofern sie mittels Absprachen auf Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin eingewirkt haben sollte – empfindliche Nachteile in Form von vergaberechtlichen Sanktionen und Schadenersatzforderungen. Dennoch kommt eine Verweigerung der Datenbekanntgabe allein mit Verweis auf diese Nachteile nicht in Frage, zumal die Beschwerdeführerin diese durch ihr eigenes kartellrechtswidriges Verhalten verschuldet hätte. Zudem verfängt die von der Beschwerdeführerin geäusserte Befürchtung nicht, wonach sie bei Bekanntgabe der Daten kaum mehr Aufträge der öffentlichen Hand erhalten würde. Ein derartiger Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren müsste, wie im Übrigen sämtliche weiteren vergaberechtlichen Sanktionen, von der Beschwerdegegnerin in einem eigenständigen Verfahren verfügt werden, wogegen die Beschwerdeführerin den Rechtsweg beschreiten könnte. Ebenso stünde der Beschwerdeführerin im Falle der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen deren gerichtliche Kontrolle offen, womit sie sich in jedem Fall gegen (aus ihrer Sicht) ungerechtfertigte Prozesshandlungen wehren könnte. Folglich bestehen seitens der Beschwerdeführerin keine überwiegenden, schutzwürdigen Interessen, welche den öffentlichen Interessen an einer Datenbekanntgabe entgegenstünden.

**12.4.2** Anders fällt die Interessenabwägung aus, soweit es um die Interessen von weiteren Bauunternehmen geht,

welche zwar ebenfalls an den von Absprachen betroffenen Submissionen beteiligt waren, jedoch nicht als Verfahrensbeteiligte ins kartellrechtliche Untersuchungsverfahren involviert waren. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, haben diese Drittunternehmen ein gewichtiges Interesse daran, dass ihre Personendaten nicht herausgegeben werden, zumal sie im Untersuchungsverfahren keine Gelegenheit hatten, sich zu äussern. Demgegenüber benötigt die Beschwerdegegnerin diese Daten nicht für ihre Ziele, weshalb wegen der entgegenstehenden Drittinteressen insoweit auf eine Datenbekanntgabe zu verzichten ist.

**12.4.3** Schliesslich gilt es eine dritte Kategorie von Interessen zu unterscheiden, da ein an den Submissionsabsprachen beteiligtes Unternehmen im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG einreichte. Wie es sich dabei mit den öffentlichen Interessen am optimalen Funktionieren der

sogenannten Kronzeugenregelung sowie den privaten Interessen eines Anzeige erstattenden Unternehmens verhält, braucht vorliegend jedoch nicht geklärt zu werden, da die Vorinstanz sämtliche von der Selbstanzeigerin preisgegebenen Daten von der Einsichtnahme ausnahm und die vollständige Offenlegung der Sanktionsverfügung nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet (...).

**12.5** Zusammengefasst bestehen im vorliegenden Fall nur bezüglich der Daten von Drittunternehmen schutzwürdige Interessen, welche eine Einschränkung der Datenbekanntgabe gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG verlangen. Die Daten dieser Unternehmen sind in den offenzulegenden Passagen der Verfügung vom 22. April 2013 zu schwärzen. Schliesslich sind sämtliche Auszüge der Verfügung, welche Daten der Selbstanzeigerin zum Gegenstand haben, nicht bekannt zu geben, da deren Offenlegung nicht mehr strittig ist.

B 3

### 3. Zwischenverfügung vom 23. Mai 2017 – Untersuchungsverfahren Bauleistungen Graubünden – Beweisverwertungsverbot

*Zwischenverfügung B-7260/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Mai 2017 A AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission, Bern, Vorinstanz - Untersuchungsverfahren Bauleistungen Graubünden – Beweisverwertungsverbot*

**wird festgestellt:**

**A.**

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) hat im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren 22-0457 Bauleistungen Graubünden mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 einen ehemaligen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin (nachfolgend: massgeblicher Zeuge) vorgeladen und die Zeugeneinvernahme auf den 3. März 2016 in Bern angesetzt. Bei dem massgeblichen Zeugen handelte es sich um den früheren Geschäftsführer der Zweigniederlassung Chur der Beschwerdeführerin. Mit Schreiben gleichen Datums hat sie die Parteien dieses Untersuchungsverfahrens einschliesslich der Beschwerdeführerin über die angesetzte Zeugeneinvernahme informiert und diesen eine Teilnahme freigestellt. Gegen die Zeugeneinvernahme wurden weder vom massgeblichen Zeugen noch von der Beschwerdeführerin Einwände erhoben.

**B.**

An der Einvernahme des massgeblichen Zeugen am 3. März 2016 nahmen die Beschwerdeführerin sowie weitere Parteien teil. Dabei wurde die Beschwerdeführerin durch einen externen Vertreter, [...], sowie ihren jetzigen Prozessvertreter als Rechtsbeistand vertreten. Zu Beginn der Befragung brachte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zum einen vor, dass der massgebliche Zeuge anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Beschwerdeführerin bereits als Partei einvernommen worden sei. Zum anderen machte er geltend, dass der massgebliche Zeuge gegenwärtig für eine andere Verfahrensbeteiligte, die mutmasslich als Selbstanzeigerin in dem Untersuchungsverfahren aufträte, arbeite. Die Beschwerdeführerin sei daher der Ansicht, dass der massgebliche Zeuge sich in einem latenten Interessenskonflikt befinde, weshalb er faktisch zeugnisunfähig sei. Diese Ansicht wurde an der Einvernahme durch Vertreter der weiteren Parteien vorgebracht. Von einem Mitarbeiter des Sekretariats wurde den anwesenden Parteien daraufhin die Frage gestellt, ob ein entsprechender Antrag gestellt werde, was von diesen einschliesslich des Rechtsbeistands der Beschwerdeführerin unstrittig ausdrücklich verneint wurde. Anschliessend wurde die Zeugeneinvernahme von dem Mitarbeiter des Sekretariats wie vorgesehen durchgeführt.

**C.**

Die Vorinstanz führte in der Folge am 10. März 2016, 26. Mai 2016, 1. Juni 2016 und 26. August 2016 Einvernahmen von weiteren Personen durch und konfrontierte

diese dabei jeweils mit den Aussagen des massgeblichen Zeugen. Die Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin auch über diese angesetzten Zeugeneinvernahmen vorgängig informiert und ihr eine Teilnahme an diesen freigestellt. Die Beschwerdeführerin nahm an den Zeugeneinvernahmen vom 10. März 2016, 1. Juni 2016 und 26. August 2016 teil, wobei sie jeweils von ihrem externen Berater vertreten wurde. Im Anschluss an die Einvernahmen erhielt sie jeweils das entsprechende Protokoll zugesandt.

**D.**

Mit Schreiben vom 14. September 2016 stellte die Beschwerdeführerin mehrere Anträge an die Vorinstanz, die durch Schreiben vom 7. Oktober 2016 wie folgt präzisiert wurden:

- „1. Es sei das Protokoll der Zeugeneinvernahme von der befragten Person vom 3. März 2016 nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen. Die Zeugeneinvernahme und alle darin von der befragten Person gemachten Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem oder einem anderen Verfahren zu verwenden.
2. Es seien alle Aussagen von der befragten Person sowie alle gestützt darauf oder im Zusammenhang damit bereits gemachten Aussagen von Dritten in weiteren Einvernahmen nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen; namentlich betrifft dies die folgenden Einvernahmen:
  - Einvernahme [...] vom 10. März 2016;
  - Einvernahme [...] vom 26. Mai 2016;
  - Einvernahme [...] vom 1. Juni 2016;
  - Einvernahme [...] vom 26. August 2016.

Diese Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem oder einem anderen Verfahren zu verwenden.

3. Es seien keine weiteren Einvernahmen anzuordnen oder durchzuführen, an denen die Aussagen von der befragten Person bzw. gestützt darauf oder im Zusammenhang damit gemachte Aussagen von Dritten direkt oder indirekt verwendet werden.
4. Sofern diesen Anträgen nicht stattgegeben werden sollte, sei umgehend eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.“

**E.**

Am 24. Oktober 2016 erliess die Vorinstanz eine Zwischenverfügung (nachfolgend: vorinstanzliche Verfügung) mit folgendem Dispositiv:

- „1. Auf die Anträge der A AG gemäss ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2016 wird nicht eingetreten.

2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von Fr. 1'510.– werden der A AG auferlegt.
3. [...]“

Gegenstand der vorinstanzlichen Verfügung bilden gemäss ausdrücklicher Feststellung der Vorinstanz die Nichtverwertung des Protokolls der Zeugeneinvernahme des massgeblichen Zeugen vom 3. März 2016, die vollständige Entfernung dieses Protokolls aus den Akten und die Fernwirkung eines sich möglicherweise daraus ergebenden Beweisverwertungsverbots. Es ist davon auszugehen, dass der Gegenstand der vorinstanzlichen Verfügung entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin damit auch die Nichtverwertung des Inhalts der Aussagen des massgeblichen Zeugen vom 3. März 2016 und das Entfernen dieser Aussagen aus den Akten erfasst.

Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht zulässig sei, formelle Rügen, die in einem früheren Verfahrensstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Verfahrensgang später noch vorzubringen. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin zur Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv werden müssen.

Des Weiteren weist sie in ihrer Begründung darauf hin, dass die Anträge auch materiell unbegründet und deshalb abzuweisen seien, weil der massgebliche Zeuge seit seinem Ausscheiden bei der Beschwerdeführerin über keine Organstellung mehr verfüge. Daher hätte er vor der Vorinstanz nicht mehr für die Beschwerdeführerin als Partei aussagen können, sondern sei als Drittperson zu betrachten gewesen, die gemäss Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) als Zeuge einzuvernehmen sei. Das Beweismittel sei deshalb rechtskonform erlangt worden. Rechtskonform erlangte Beweismittel könnten aber von vornherein nicht einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

#### F.

Am 24. November 2016 hat die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde mit den folgenden Anträgen eingereicht:

- „1. Es sei die Nichteintretensverfügung vom 24. Oktober 2016 aufzuheben und durch das Bundesverwaltungsgericht in der Sache wie folgt zu entscheiden.
2. Die Vorinstanz und ihr Sekretariat seien anzuweisen, das Protokoll der Zeugeneinvernahme von der befragten Person vom 3. März 2016 nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen. Die Zeugeneinvernahme und alle darin von der befragten Person gemachten Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem (Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden) oder einem anderen Verfahren zu verwenden.
3. Die Vorinstanz und ihr Sekretariat seien anzuweisen, alle Aussagen von der befragten Person sowie alle gestützt darauf oder im Zusammenhang damit

bereits gemachten Aussagen von Dritten in weiteren Einvernahmen nicht zu verwerten und vollständig aus den Akten zu entfernen; namentlich betrifft dies die folgenden Einvernahmen:

- Einvernahme [...] vom 10. März 2016;
- Einvernahme [...] vom 26. Mai 2016;
- Einvernahme [...] vom 1. Juni 2016;
- Einvernahme [...] vom 26. August 2016.

Diese Aussagen seien weder direkt noch indirekt in diesem (Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden) oder einem anderen Verfahren zu verwenden.

4. Die Vorinstanz und ihr Sekretariat seien anzuweisen, keine weiteren Einvernahmen anzuordnen oder durchzuführen, an denen die Aussagen von der befragten Person bzw. gestützt darauf oder im Zusammenhang damit gemachte Aussagen von Dritten direkt oder indirekt verwendet werden.
5. Die Unverwertbarkeit der erwähnten Beweismittel sei durch das Gericht festzustellen.

[...]“

Dabei wurde auch folgender Antrag auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gestellt:

„Die Anträge 2. bis 5. seien als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens anzuordnen.“

#### G.

Mit Zwischenverfügung vom 29. November 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde vom 24. November 2016 bestätigt. Die Beschwerdeführerin wurde zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 10'000.– bis zum 14. Dezember 2016 aufgefordert. Der Kostenvorschuss ist fristgerecht am 8. Dezember 2016 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

#### H.

Mit der Zwischenverfügung vom 29. November 2016 wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung zur Beschwerde der Beschwerdeführerin sowie zu den Anträgen auf vorsorgliche Massnahmen bis zum 31. Januar 2017 aufgefordert. Mit Vernehmlassung vom 16. Januar 2017 beantragt die Vorinstanz in der Hauptsache, den Antrag Ziff. 1 der Beschwerdeführerin abzuweisen und auf die Anträge Ziff. 2-5 der Beschwerdeführerin einzutreten, eventualiter die Anträge Ziff. 2-5 der Beschwerdeführerin abzuweisen. Zudem beantragt sie die Abweisung des Antrags auf Erlass der vorsorglichen Massnahmen.

**Dabei wird folgendes in Erwägung gezogen:**

#### 1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer



der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

**1.1.** Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 lit. f VGG dar (vgl. BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG gg. Weko, zit. Swisscom ADSL II, E. 3).

**1.2.** Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten Anordnungen von Behörden, welche gestützt auf öffentliches Recht des Bundes entweder gegenüber dem Verfügungsadressaten dessen Rechte und Pflichten begründen, inhaltlich bestimmen, ändern, aufheben oder feststellen oder ein entsprechendes Begehren des Verfügungsadressaten abweisen oder darauf nicht eintreten. Die Vorinstanz ist mit ihrer vorinstanzlichen Verfügung auf die Anträge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Sie hat damit die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Einvernahme einer Person und die sich daraus ergebenden Folgen für die Beurteilung des massgeblichen Sachverhalts inhaltlich bestimmt.

**1.3.** Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und damit auch zum Entscheid über den Verfahrensantrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig.

## 2.

Die Beschwerdefähigkeit setzt gemäss Art. 6 VwVG die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit voraus, welche bei der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene und über handlungsfähige Organe verfügende Aktiengesellschaft gegeben sind.

## 3.

Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 VwVG voraus, dass entweder (i) ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und er ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat, oder (ii) dass ein Bundesgesetz dem Beschwerdeführer dieses Recht ausdrücklich einräumt. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist als Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung, mit der auf ihre Anträge nicht eingetreten wurde, besonders berührt. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung bzw. Änderung der Verfügung, weil die Entscheidung über die Art und Weise der Verwertung von gegebenenfalls rechtswidrig erlangten Beweisen zu einem ideellen oder wirtschaftlichen Nachteil führen kann.

## 4.

Bei der vorinstanzlichen Verfügung handelt es sich um eine Zwischenverfügung, welche die Art und Weise der Durchführung und Verwertung einer Einvernahme von einem ehemaligen Mitarbeiter eines Unternehmens zum Inhalt hat. Die Rechtmässigkeit einer Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung setzt somit gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG voraus, dass die vorinstanzliche Verfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (vgl. BAUMBERGEEER XAVER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen

Recht, 2006, Rn. 499; KAYSER MARTIN, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Art. 46 Rn. 10; KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 1332; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rn. 908; MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rn. 2.44; RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 1630; SCHOTT MARKUS, Rechtsschutz, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 24.118; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 84; UHLMANN FELIX/WÄLLE-BÄR SIMONE, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 46 Rn. 3).

**4.1.** Von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil ist dann auszugehen, wenn ein Beschwerdeführer durch eine Zwischenverfügung eine Beeinträchtigung erfährt, die nicht oder nicht mehr vollständig beseitigt werden kann, weil der Inhalt der Zwischenverfügung erst im Rahmen der Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar wäre (vgl. im Ergebnis ebenso BVGer, 21.1.2015, A-941/2014, E. 1.4.2; BVGer, 28.8.2014, A-4099/2014, E. 2.1; BVGer, 9.7.2014, A-2082/2014, E. 2.1).

**4.2.** Nach Rechtsprechung und Lehre kann der sich ergebende Nachteil rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein (vgl. BGer, 23.4.2008, 2C\_86/2008, E. 3.2; BVGer, 15.8.2013, A-1335/2012, E. 3.1; BVGer, 15.5.2012, A-6037/2011, E. 1.3.2; BVGer, 22.3.2012, A-2970/2010, E. 1.1; KAYSER, a.a.O., Art. 46 Rn. 11; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 2.47; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., Art. 46 Rn. 6). Ein rechtlicher Nachteil entsteht, wenn die Beeinträchtigung für einen Beschwerdeführer auch durch einen günstigen Endentscheid aus (verfahrens-)rechtlichen Gründen nicht vollständig beseitigt werden kann (vgl. BVGer, 13.2.2015, E-3276/2014, E. 4.1, KAYSER, a.a.O., Art. 46 Rn. 10; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 2.45; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., Art. 46 Rn. 7). Ein tatsächlicher Nachteil ist gegeben, wenn zu Lasten eines Beschwerdeführers ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder inhaltlichen Abänderung der Zwischenverfügung festgestellt werden kann. Dieses Interesse kann wirtschaftlich begründet sein (vgl. BGE 125 II 613 E. 2a; BVGer, 23.5.2016, A-7429/2015, E. 1.4.3; BVGer, 6.12.2010, B-7084/2010, E. 1.5.2; BVGer, 6.11.2008, B-2390/2008, E. 2.1.2) oder der Prozessökonomie sowie der Rechtssicherheit entspringen (vgl. BVGer, 9.7.2014, A-2082/2014, E. 2.1; BVGer, 12.12.2007, B-1099/2007, E. 2.3.1; KAYSER, a.a.O., Art. 46 Rn. 11; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., Art. 46 Rn. 7).

**4.3.** Vorliegend stellen sich mangels einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung die Fragen, inwieweit ein ehemaliger Mitarbeiter eines Unternehmens mit Organeigenschaft im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens als Zeuge oder gegebenenfalls als Parteivertreter einzuvernehmen ist und ob unrechtmässig erlangte Aussagen in einem Kartellverwaltungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Diesen Fragen

kommt grundlegende Bedeutung für die Anwendung der hierbei massgeblichen Verfahrensrechte zu. Obwohl ein Beschwerdeentscheid gegenüber dem Endentscheid der Vorinstanz in der vorliegenden Angelegenheit einen allfälligen Verfahrensfehler festzustellen vermag, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich aufgrund eines allfälligen Verfahrensfehlers zu Lasten der Beschwerdeführerin faktisch Auswirkungen ergeben, welche nicht mehr beseitigt werden können. Denn auch bei Anwendung eines Beweisverwertungsverbots kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass aufgrund allfällig rechtswidrig durchgeführter Einvernahmen weitergehende Tatsachen und Informationen bekannt werden könnten, die bei einer ordnungsgemässen Durchführung der Einvernahmen von vornherein nicht entdeckt worden wären und die einem Beschwerdeführer mangels einer möglichen Rückführung auf die inkriminierten Aussagen zum Nachteil gereichen. Die Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung ist deshalb nach Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG zulässig.

#### 5.

Die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist und die gemäss Art. 52 VwVG notwendige Form der Beschwerde wurden gewahrt. Inhaltlich rügt die Beschwerdeführerin gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a VwVG die Verletzung von Bundesrecht. Der gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG erforderliche Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt.

#### 6.

Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin einzutreten.

#### 7.

Der Instruktionsrichter kann gemäss Art. 39 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 56 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) in einem Beschwerdeverfahren von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen.

**7.1.** Bei den vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG handelt es sich um vorläufig wirkende Anordnungen mit dem Zweck, den tatsächlichen oder rechtlichen Zustand im Zeitraum zwischen Rechtshängigkeit und Abschluss des Verfahrens einstweilen zu regeln (vgl. KIENER REGINA, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 56 Rn. 2).

**7.2.** Die Anordnungen können entweder der Erhaltung des bestehenden Zustands (sog. Sicherungsmassnahmen) oder der Sicherstellung bedrohter Interessen (sog. Gestaltungs- oder Regelungsmassnahmen) dienen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Dazu gehört einerseits die vorläufige Behebung eines (möglicherweise) rechtswidrigen bestehenden Zustands, aber auch

umgekehrt die vorläufige Zulassung eines noch nicht bewilligten Zustands (vgl. SEILER HANSJÖRG, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 56 Rn. 31 f.).

#### 8.

Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen entsprechen grundsätzlich denjenigen für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 55 VwVG (vgl. BAUMBERGER, a.a.O., Rn. 394 ff.; KIENER, a.a.O., Art. 56 Rn. 12; SEILER, a.a.O., Art. 56 Rn. 26).

**8.1.** Prinzipiell besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit über Gegenstand und Inhalt der verschiedenen Prüfungsaspekte. Unterschiede bestehen jedoch in Bezug auf die Ausgestaltung der Prüfungsanordnung. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist jedenfalls stets eine Interessensabwägung vorzunehmen, in deren Rahmen auch die Erfolgsaussichten zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 129 II 286 E. 3 f.; BGE 124 V 82 E. 6a; BGE 117 V 185 E. 2b; BGE 110 V 40 E. 5b; BGer, 20.12.2012, 9C\_986/2012, E. 2.2.; BGer, 8.9.2009, 1C\_320/2009, E. 2.1; BGer, 31.8.2009, 1C\_88/2009, E. 3.1). Dabei wird die Entscheidprognose mitunter an den Anfang der Prüfung gestellt (vgl. BVGer, 31.3.2016, A-1703/2016, E. 3.4; BVGer, 27.11.2014, A-5465/2014, E. 3.4 ff.; BVGer, 29.5.2013, A-2716/2013, E. 4 ff.; BVGer, 31.5.2011, A-667/2010, E. 3.2.3. ff.; BVGer, 12.6.2008, A-3614/2008, E. 3).

**8.2.** Vor diesem Hintergrund ist im Kartellrecht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen anhand einer spezifischen Verhältnismässigkeitsprüfung zu beurteilen. Massgebend ist dabei die Gegenüberstellung des öffentlichen Vollstreckungsinteresses gegenüber dem Interesse eines betroffenen Unternehmens als Verfügungsadressaten (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.26; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rn. 1631), dass im Zeitraum zwischen Rechtshängigkeit und Abschluss des Verfahrens der bestehende Zustand einstweilen erhalten bleibt oder bedrohte Interessen einstweilen sichergestellt werden (nachfolgend: Erhaltungs- und Sicherstellungsinteresse). Für diese Abwägung sind die folgenden Merkmale zu prüfen:

(i) Anordnungsgrund, (ii) Dringlichkeit, (iii) Erfolgsprognose und (iv) Vorrang des Erhaltungs- und Sicherstellungsinteresses gegenüber dem öffentlichen Vollstreckungsinteresse.

**8.3.** Der Anordnungsgrund bildet die Grundlage für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne der Eignetheit im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Er besteht in einer Gefährdung der Erhaltung des bestehenden Zustands oder der Sicherstellung bedrohter Interessen des Beschwerdeführers infolge der Durchführung weiterer behördlicher Massnahmen während der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens und der damit einhergehenden Prüfung der Rechtmässigkeit der Verfügung (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 1076; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.24). Ein Anordnungsgrund ist somit im Einzelfall gegeben, wenn eine Gefährdung der Erhaltung des bestehenden Zustands o-

der der Sicherstellung bedrohter Interessen der Beschwerdeführerin durch bestimmte Umstände dargelegt werden kann.

**8.4.** Dringlichkeit im Sinne der Erforderlichkeit im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung setzt voraus, dass die Erhaltung des bestehenden Zustands oder die Sicherstellung bedrohter Interessen unmittelbar gefährdet sind und daher zu deren Schutz die Notwendigkeit besteht, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; BVGer, 31.3.2016, A-1703/2016, E. 3.2; SEILER, a.a.O., Art. 55 Rn. 94; WEISENBERGER PHILIPPE/HIRZEL ASTRID, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, 73). Erscheint es hingegen zumutbar, auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Rechtsmittelverfahrens zu verzichten, ist keine Dringlichkeit gegeben (vgl. BGE, 15.2.2002, 1A.6/2002 u. 1A.7/2002, E. 4.3). Für die Beurteilung im Einzelfall ist dabei zu beachten, dass zur Begründung der Dringlichkeit einerseits nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände vorliegen müssen und andererseits allgemeine Lebensrisiken nicht ausreichen (vgl. BGE 129 II 286 E. 3.2; BGE 105 V 266 E. 2; SEILER, a.a.O., Art. 55 Rn. 94).

**8.5.** Die Erfolgsprognose umfasst eine Beurteilung des mutmasslichen Ausgangs des Verfahrens in der Hauptsache. Hierfür sind die Erfolgsaussichten der jeweiligen Beschwerde abzuschätzen (vgl. BVGer, 29.5.2013, A-2716/2013, E. 4). Die Erfolgsprognose ist nur zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig ausfällt (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 129 II 286 E. 3; BGE 127 II 132 E. 3; BGE 124 V 82 E. 6a; BGE 117 V 185 E. 2b; BGE 110 V 40 E. 5b; BGE, 31.8.2009, 1C\_88/2009, E. 3.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.27). In diesem Fall erübrigt sich auch die weitere Abwägung der widerstreitenden Interessen zur Feststellung eines Vorrangs des Erhaltungs- und Sicherstellungsinteresses. Demgegenüber ist bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten Zurückhaltung geboten, weil die Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren vollständig zusammengetragen und verbindlich abgeklärt werden (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; BGE 127 II 132, E. 3). Ansonsten besteht die Gefahr, dass eine dem Endergebnis widersprechende Zwischenlösung getroffen wird (vgl. WEISENBERGER/HIRZEL, a.a.O., 74). Zudem hat der Instruktrichter grundsätzlich bei seiner Prognose Zurückhaltung zu üben, um dem Endentscheid bzw. der Entscheidungsfindung des ordentlichen Spruchkörpers – auch im Hinblick auf eine allfällige Anpassung der Rechtsprechung – nicht vorzugreifen (vgl. WEISENBERGER/HIRZEL, a.a.O., 74).

**8.6.** Der Vorrang des Erhaltungs- und Sicherstellungsinteresses gegenüber dem öffentlichen Vollstreckungsinteresse setzt ein inhaltliches Übergewicht voraus (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 21. Januar 2004, publiziert in: RPW 2004/1, 198 ff.; BAUMBERGER, a.a.O., Rn. 519 f.; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 1167; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.24; SCHOTT, a.a.O., Rn. 24.76; SEILER, a.a.O., Art. 55 Rn. 92; WEISENBERGER/HIRZEL, a.a.O., 74). Dabei sind vor allem die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: (i) die Schwere des drohenden Nachteils; (ii) die Wahrscheinlichkeit des

tatsächlichen Eintretens eines Nachteils; (iii) welcher Partei kann der durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung verursachte Nachteil am ehesten zugemutet werden (vgl. BAUMBERGER, a.a.O., Rn. 546 ff.; KIENER, a.a.O., Art. 55 Rn. 16; SEILER, a.a.O., Art. 55 Rn. 96). In jedem Fall muss aber auch ein angemessenes Verhältnis zwischen der Umsetzung der Anordnung vorsorglicher Massnahmen einerseits und den daraus resultierenden Folgen für die Behörden andererseits gewahrt bleiben (vgl. BAUMBERGER, a.a.O., Rn. 514; SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 36 Rn. 37 ff.).

**8.7.** Zum Nachweis der Umstände, welche die Anordnung vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen, genügt die Glaubhaftmachung der Tatsachen (vgl. BVGer, 31.3.2016, A-1703/2016, E. 3.3; BVGer, 16.8.2011, A-2841/2011, E. 3.3; BVGer, 5.11.2010, A-4684/2010, E. 6.3.1; BVGer, 4.6.2008, A-515/2008, E. 3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 1081; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.18). Bei der Abwägung des Erhaltungs- und Sicherstellungsinteresses gegenüber dem öffentlichen Vollstreckungsinteresse handelt es sich um einen sog. prima facie-Entscheid. Daher kann die jeweilige Behörde bzw. eine Beschwerdeinstanz sich auf den Sachverhalt abstützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende zeitraubende Erhebungen anstellen zu müssen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.3; BVGer, 29.5.2013, A-2716/2013, E. 3.; BVGer, 16.8.2011, A-2841/2011, E. 3.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.27).

## 9.

Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, ihre bedrohten Interessen seien bereits während der Prozessdauer zu schützen. Sie begründet ihr Gesuch um vorsorgliche Anordnung der Anträge Ziff. 2 bis 5 der Beschwerde im Wesentlichen damit, dass die Praxis der Vorinstanz, ehemalige Mitarbeiter eines Unternehmens mit Organeigenschaft als Zeugen einzuvernehmen, klar geltendem Recht widerspreche und deshalb die Verteidigungsrechte der Beschwerdeführerin verletze, weshalb eine positive Hauptsachenprognose zu bejahen sei. Der massgebliche Zeuge sei im Zeitraum vom 19. September 2008 bis 19. November 2014 als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin tätig gewesen. Als Geschäftsführer komme ihm Organeigenschaft zu. Der massgebliche Zeuge dürfe deshalb nicht als Zeuge i.S.v. Art. 42 Abs. 1 KG befragt werden, weil er kein Dritter im Sinne dieser Bestimmung sei. Entsprechend sei er am 24. April 2013 vom Sekretariat der Vorinstanz auch als Partei vernommen worden. Der nemo tenetur-Grundsatz, wonach eine Person keine selbstbelastenden Aussagen vornehmen muss, verlange aber, dass weder aktuelle noch ehemalige Organe als Zeugen zu Sachverhalten befragt werden dürften, die im Zeitpunkt der relevanten Handlungsweisen Organe gewesen seien und die aufgrund ihrer Organfunktion Einblick in die entsprechenden Vorgänge im Unternehmen gehabt hätten. Des Weiteren liegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein schwerer und nicht leicht wiedergutzumachender Schaden der Beschwerdeführerin vor. Sie führt diesbezüglich aus, dass die kontinuierliche

Verwendung der unverwertbaren Aussagen aus der Zeugeneinvernahme des massgeblichen Zeugen den Untersuchungsverlauf in rechtswidriger Weise zulasten der Beschwerdeführerin beeinflusse, weshalb der Nachteil für die Beschwerdeführerin immer schwerer zu beheben sei, je weiter die Untersuchung dadurch beeinträchtigt werde. Die Konfrontation weiterer Personen mit den Aussagen aus der unzulässigen Zeugeneinvernahme des massgeblichen Zeugen und die damit erlangten Beweismittel würden zwar der Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots unterliegen und seien unverwertbar. Es sei allerdings im Nachhinein häufig kaum feststellbar, inwiefern sich die Verwendung unverwertbarer Beweismittel auf den Verfahrensgang und die Aussagen von Personen konkret ausgewirkt hätten, so dass eine nachträgliche Unverwertbarerklärung immer auf Hypothesen basiere, die nur schwer belegbar seien. Schliesslich sei es auch aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zumutbar, dass von der Vorinstanz laufend weitere unverwertbare Beweismittel geschaffen würden. Hinzu komme, dass die laufende externe Verbreitung der Aussagen von der befragten Person in der Konfrontation mit Dritten zu massiven Reputationsschäden der Beschwerdeführerin führe sowie Haftungsrisiken von allfälligen Zivilansprüchen schaffen oder erhöhen könne. Schliesslich sei die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch dringlich, weil die Vorinstanz gemäss eigenen Angaben laufend weitere Einvernahmen mit weiteren Zeugen durchgeführt und sich auch nicht dazu geäussert habe, ob sie in Zukunft weitere solche Einvernahmen durchzuführen beabsichtige. Die erwähnten Nachteile für die Beschwerdeführerin, namentlich durch die Verbreitung der Aussagen des massgeblichen Zeugen an Dritte, würden deshalb unmittelbar drohen.

#### 10.

Die Vorinstanz beantragt die Abweisung des Antrags auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Sie führt im Wesentlichen aus, dass die Beweismittel rechtskonform erlangt worden seien und daher von vornherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt werden könnten, weshalb keine positive Hauptsachenprognose bestehe. Bei der Beurteilung der Nachteilsprognose führt die Vorinstanz aus, dass sich das strittige Protokoll der Zeugeneinvernahme des massgeblichen Zeugen seit März 2016 sowohl in den Verfahrensakten als auch in den Händen der Verfahrensparteien befinde. Die Vorinstanz hätte im Zeitraum vom 10. März 2016 bis 26. August 2016 vier Einvernahmen durchgeführt, an denen sie die jeweiligen Personen mit den Aussagen des massgeblichen Zeugen konfrontiert habe, wobei sich die Beschwerdeführerin dagegen nicht zur Wehr gesetzt habe. Sie verlange erst jetzt, dass die Weiterverwendung der Aussagen des massgeblichen Zeugen zu unterlassen sei, weshalb es vor diesem Hintergrund nicht glaubhaft erscheine, dass der Beschwerdeführerin durch weitere solche Konfrontationen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohe. Weiter hätten sämtliche Verfahrensparteien bereits Kenntnis der Aussagen des massgeblichen Zeugen. Die Gefahr von Reputationsschäden und der Erhöhung von Haftungsrisiken aufgrund von weiteren Konfrontationen mit dessen Aussagen sei theoretischer Natur und werde von der Beschwerdeführerin nicht näher begründet. Zudem befrage die Vorinstanz primär solche Personen, die

bereits Kenntnis von den mutmasslichen Verhaltensweisen der beschuldigten Unternehmen hätten. Schliesslich sei bei der Würdigung der vorliegenden Interessenslage zu beachten, dass der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen die Ermittlungen in der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung erheblich verzögern würde.

#### 11.

Für die Beurteilung, ob im vorliegenden Sachverhalt die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vorliegen, sind unabhängig davon, ob eine rechtswidrige Einvernahme des massgeblichen Zeugen durch das Sekretariat vorliegt oder nicht, die folgenden Umstände zu berücksichtigen.

#### 12.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden die Aussagen des massgeblichen Zeugen und die in Zusammenhang damit stehenden Aussagen von Dritten als Beweismittel im Rahmen des Untersuchungsverfahrens 22-0457 verwerten werden. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Wettbewerbsbehörden allfällige weitere Zeugeneinvernahmen unter Verwendung der Aussagen des massgeblichen Zeugen durchführen werden. In welchem Umfang die bei Beendigung des Untersuchungsverfahrens festgestellten Tatsachen, welche über den Inhalt der Aussage des massgeblichen Zeugen hinausgehen, durch die allfällige Notwendigkeit einer Nichtverwertung dieser Aussagen tatsächlich beeinflusst oder sogar aufgehoben werden, lässt sich vorgängig nicht mit Gewissheit abschätzen. Angesichts der ungeklärten Rechtslage bei Zeugeneinvernahmen in Kartellrechtsverfahren kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Interessen der Beschwerdeführerin durch die Verwertung der Aussagen des massgeblichen Zeugen beeinträchtigt werden. Demzufolge liegt ein Anordnungsgrund vor.

#### 13.

Die Dringlichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen zum Erhalt des bestehenden Zustands oder zur Sicherstellung bedrohter Interessen der Beschwerdeführerin ist demgegenüber nicht gegeben.

**13.1.** Dringlichkeit setzt eine unmittelbare Gefährdung der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands oder der Sicherstellung bedrohter Interessen voraus, für deren Abwendung eine Anordnung der vorsorglichen Massnahmen unabdingbar ist. Aus sachlogischen Gründen darf sich diese unmittelbare Gefährdung allerdings grundsätzlich nicht durch eine bewusste, freiwillige Handlung einer Partei selbst im Sinne einer mindestens massgeblichen Mitwirkung einstellen, sondern muss sich aufgrund sonstiger Umstände – einschliesslich einer behördlich angeordneten Durchführung von Handlungen durch diese Partei – ergeben. Ansonsten würden zu Lasten der handelnden Behörde und zu Gunsten einer Partei vorsorgliche Massnahmen gegenüber Gefährdungen zugelassen, welche von der jeweiligen Partei selbst herbeigeführt wurden. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind allenfalls dann gegeben, wenn die Handlung einer Partei im Sinne einer bloss untergeordneten Mitwirkung als nicht massgeblich für den Eintritt der Gefährdung zu qualifizieren ist.

**13.2.** Soweit entsprechende Handlungen als rechtswirksam zu qualifizieren sind, stellen die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes sowie der Verzicht auf die Geltendmachung dieses Anspruchs in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren eine wesentliche Handlung einer Partei dar, die regelmässig bedeutsame Folgen im weiteren Verlauf des Verfahrens nach sich zieht oder zumindest nach sich ziehen kann. Eine Entscheidung über die Geltendmachung oder den Verzicht des nemo tenetur-Grundsatzes durch eine Partei ist demzufolge im vorliegenden Sinne als massgebliche Mitwirkung dieser Partei in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren zu qualifizieren. Diese Entscheidung wird im Regelfall von einem Beschwerdeführer bewusst und freiwillig vorgenommen. Dies gilt jedenfalls unzweifelhaft dann, wenn eine Partei durch einen Rechtsbeistand oder eine sonstige, in der gewerbmässigen Wahrnehmung von Drittinteressen tätige Person vertreten wird. Die Folgen, die sich aus der Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes oder durch einen Verzicht darauf ergeben, sind demnach dem Verantwortungsbereich der jeweils entscheidenden Partei zuzurechnen.

**13.3.** Demzufolge kann sich eine Partei hinsichtlich der Folgen, die auf ihrer Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes oder ihrem Verzicht darauf beruhen, grundsätzlich nicht auf eine Gefährdung der Erhaltung des bestehenden Zustands oder der Sicherstellung bedrohter Interessen berufen, um den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Hinblick auf diese Folgen zu begründen.

**13.4.** Bei einem anfänglichen Verzicht einer Partei auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes spricht darüber hinaus auch ein praktischer Aspekt gegen eine nachträgliche Anerkennung der Voraussetzung der Dringlichkeit. Eine Anerkennung würde regelmässig dazu führen, dass eine Partei zunächst auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes verzichten könnte, um erst zu einem späteren Zeitpunkt einen entsprechenden Anspruch und ein sich daraus ergebendes Beweisverwertungsverbot geltend zu machen. Aufgrund der Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots würde einer Partei dadurch die Möglichkeit eröffnet, nicht nur die im Rahmen einer Einvernahme auftretenden Tatsachen, sondern darüber hinaus alle Tatsachen, die im Rahmen des weiteren Verwaltungsverfahrens ermittelt werden, einem potentiellen Verwertungsverbot zu unterwerfen. Demgegenüber lässt sich im Voraus von Seiten einer Partei nicht abschätzen, welche Tatsachen durch die Behörde nur bei einem Verzicht auf den nemo tenetur-Grundsatz ermittelt und welche Tatsachen auch durch die Heranziehung sonstiger Beweismittel nachgewiesen werden können.

**13.5.** Die Aussagen des massgeblichen Zeugen wurden vom Sekretariat mit Kenntnis und Zustimmung der Beschwerdeführerin aufgenommen, protokolliert und den Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht. Darüber hinaus wurden auch Dritte mit Kenntnis und Zustimmung der Beschwerdeführerin mit den Aussagen des massgeblichen Zeugen durch das Sekretariat konfrontiert. Der Inhalt der Aussagen des massgeblichen Zeugen ist demzufolge sowohl dem Sekretariat, den Verfahrensparteien als auch allen in das Verfahren einbezogenen Dritten sowie – wie von der Beschwerdeführerin selbst vorgetragen – allenfalls über Details informierten Dritten bekannt. Diese

eingetretene, tatsächliche Kenntnis der zuständigen Behörde sowie aller Beteiligten und Dritten kann durch eine vorsorgliche Massnahme von vornherein nicht mehr aus der Welt geschafft werden.

**13.6.** Mit ihrer Zustimmung zur Einvernahme des massgeblichen Zeugen und der Einbringung von dessen Aussagen in die Einvernahme von weiteren Zeugen hat die Beschwerdeführerin diese Kenntnis der zuständigen Behörde sowie aller Beteiligten und Dritter im Rahmen des Untersuchungsverfahrens selbst zu verantworten, weshalb eine allfällige Gefährdung des bestehenden Zustands oder der Sicherstellung der gefährdeten Interessen nicht vom Sekretariat, sondern von der Beschwerdeführerin selbst massgeblich hervorgerufen worden ist. Daher sind die von der Beschwerdeführerin beantragten vorsorglichen Massnahmen gegenüber den weiteren Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens auch nicht angezeigt.

**13.7.** Dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Rahmen der Einvernahme des massgeblichen Zeugen vorgängig auf dessen vermeintliche Zeugenunfähigkeit hingewiesen hat, vermag keine Änderung dieser Ausgangslage herbeizuführen. Ein solcher mündlicher Hinweis ist nicht zwingend einem entsprechenden formellen Antrag gleichzustellen, auch wenn eine Gleichstellung im Einzelfall aufgrund des konkreten Kontextes eines Hinweises bejaht werden könnte. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hatte vor der Einvernahme des massgeblichen Zeugen trotz ausdrücklicher Nachfrage des Mitarbeiters des Sekretariats auf die Stellung eines Verfahrensantrags wegen der nach Ansicht der Beschwerdeführerin bestehenden fehlenden Zeugenunfähigkeit des massgeblichen Zeugen verzichtet. Daher besteht keine Unklarheit über die Bedeutung des Hinweises; dieser weist auch nicht implizit einen formellen Antrag auf Unterlassung einer Zeugenvernehmung auf. Vielmehr bildet dieser Verzicht auf die Antragstellung unmittelbar einen Verzicht auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes. Diese eindeutige Beurteilung lässt sich nachträglich auch nicht durch einen Verweis auf die angeblich mangelnde Sinnhaftigkeit bzw. Nützlichkeit der Stellung eines formellen Antrags entkräften. An diese unstrittig freiwillig und ausdrücklich vorgenommene, durch ihre professionellen Berater vermittelte Entscheidung bleibt die Beschwerdeführerin für den weiteren Verlauf des Kartellverfahrens gebunden.

**13.8.** Eine entsprechende Beurteilung fällt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht unter den Grundsatz des überspitzten Formalismus. Nach diesem Grundsatz dürfen für ein Verfahren nicht rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, und im Rahmen eines Verfahrens dürfen formelle Vorschriften nicht mit übertriebener Schärfe angewendet werden. Das Festhalten an einer von einem professionellen Berater als Vertreter vermittelten Entscheidung über die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes durch die Beschwerdeführerin stellt ganz offensichtlich keine übertrieben strenge Anwendung von Verfahrensregelungen dar.

**14.**

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass darüber hinaus eine eindeutige Hauptsacheprognose zu Gunsten der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht gegeben ist.

**14.1.**

Für die Hauptsacheprognose sind die für den jeweiligen Sachverhalt streitgegenständlichen Aspekte, d.h. die massgeblichen Rechtsfragen, zu beachten. Vorliegend steht in Frage, ob ein ehemaliger Mitarbeiter eines Unternehmens mit Organeigenschaft im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens als Zeuge oder als Parteivertreter einzuvernehmen ist. Des Weiteren wird zu beurteilen sein, ob unrechtmässig erlangte Aussagen auch in einem Kartellverwaltungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

**14.2.** Einem allfälligen Beweisverwertungsverbot von unrechtmässig erlangten Aussagen in einem Kartellverwaltungsverfahren käme eine weitreichende Wirkung zu (vgl. KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 188 ff.). Die Beweisführungslast für die Rechtmässigkeit der bis zum Abschluss des Verfahrens vorgenommenen Verfahrenshandlungen trägt die Vorinstanz. Sie hat die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, Rn. 5.5.1; BVGer, 23.9.2014, B-8399/2010, Rn. 4.1.1; BVGer, 23.9.2014, B-8404/2010, Rn. 3.2.4; BVGer, 11.3.2013, A-4876/2012, Rn. 2.1.2; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12 Rn. 6; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.150). Die Vorinstanz hätte daher grundsätzlich sicherzustellen, dass keine der Tatsachen, auf denen sie die Begründung der Endverfügung abstützt, einen unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang zum Inhalt der Aussage des massgeblichen Zeugen aufweist. Dabei spielt es keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt dieser Zusammenhang von der Vorinstanz hergestellt wurde.

**14.3.** Für die streitgegenständlichen Aspekte sieht das Gesetz keine Regelung vor und es besteht hierzu bislang auch keine abschliessende höchstrichterliche Rechtsprechung. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liegt daher keine klare Rechtsverletzung vor. Eine Entscheidprognose in der Hauptsache zu Gunsten der Beschwerdeführerin lässt sich daher entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres aufstellen.

**14.4.** Zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise bestehen in der Literatur zwar unterschiedliche und konträre Ansichten, die vorliegend aber keiner näheren Abklärung bedürfen. So plädiert eine Ansicht für eine analoge Anwendung der Regelung von Art. 141 der schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO,

SR 312.0). Nach anderer Ansicht ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung einerseits und der Einhaltung der Verfahrensvorschriften andererseits vorzunehmen. Nach einer weiteren Ansicht bleiben solche Beweise unabhängig von einer Interessenabwägung verwertbar, wenn sie auch auf rechtmässigem Weg hätten beschafft werden können.

**14.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Rahmen einer jüngeren Entscheidung die Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens anerkannt (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 90 ff.). Allerdings hat es hierbei ebenfalls festgehalten, dass auch die Möglichkeit eines Verzichts auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes zu prüfen und gegebenenfalls zu berücksichtigen sei (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 125 ff.). Im vorliegenden Sachverhalt wird demzufolge im Hauptverfahren zu prüfen sein, ob ein wirksamer Verzicht durch die Beschwerdeführerin auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Prinzips vorliegt, weil die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auf die Stellung eines Antrags auf Parteivernehmung des massgeblichen Zeugen vor dessen Einvernahme ausdrücklich verzichtet hat.

**14.6.** Vor diesem Hintergrund lässt sich jedenfalls keine sichere Entscheidprognose zu Gunsten der Beschwerdeführerin aufstellen, welche für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen erforderlich wäre.

**15.**

Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG sind demzufolge nicht gegeben.

**Demnach verfügt der Instruktionsrichter:**

- (1.) Der Antrag der A AG in ihrer Beschwerde vom 24. November 2016, die Anträge Ziff. 2. bis Ziff. 5. dieser Beschwerde als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens anzuordnen, wird abgewiesen.
- (2.) Über die Kosten dieser Entscheidung wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.
- (3.) Ein Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 16. Januar 2017 wird der Beschwerdeführerin zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis zum 31. Juli 2017 zugesendet.
- (4.) Diese Verfügung geht an:
  - die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein);
  - die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0457; Einschreiben mit Rückschein).

[Rechtsmittelbelehrung]

|     |   |
|-----|---|
| B 4 | <b>Bundesgericht</b><br><b>Tribunal fédéral</b><br><b>Tribunale federale</b>  |
| B 4 | <b>1. Arrêt du 2 novembre 2017 dans la cause Marque de garantie Genève Région – Terre Avenir; GRTA; produits de boulangerie</b> |

*Arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2017 de la II<sup>e</sup> Cour de droit public. Participants à la procédure 1. A. SA, 2. B. SA, C. SA, D. SA, toutes les quatre représentées par [...], recourantes, contre Commission technique Genève-Région - Terre Avenir (GRTA), p.a. Direction générale de l'agriculture et de la nature, Plan-les-Ouates, représentée par [...], intimée. Objet: Marque de garantie Genève Région - Terre Avenir; GRTA; produits de boulangerie. Recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 31 janvier 2017.*

#### Faits:

##### A.

Le 4 février 2004, le canton de Genève a déposé la marque de garantie « Genève Région - Terre Avenir » (ci-après: GRTA) auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (ci-après: IPI), qui l'a enregistrée sous le n° 525'466. L'enregistrement de la marque a été prolongé jusqu'au 4 février 2024.

Selon le règlement de la marques intitulé Directive générale (ci-après: Directive générale GRTA), dans sa version du 1<sup>er</sup> octobre 2015, la marque de garantie se compose d'un signe identitaire (logo) en couleur ou en noir et blanc, sur lequel figure le texte « GENÈVE RÉGION - TERRE AVENIR » et a pour objectif notamment, de promouvoir la souveraineté alimentaire de Genève par le maintien d'une agriculture de proximité correspondant aux attentes des citoyens, de contribuer à minimiser les coûts écologiques et économiques des transports et à garantir à tous les acteurs présents sur la chaîne agroalimentaire des conditions de travail, des salaires et des revenus décents et équitables sur la base du partenariat. À cet effet, la marque de garantie peut être obtenue à certaines conditions générales, de provenance géographique, sociale et de traçabilité. La marque de garantie concerne les produits de l'agriculture genevoise et des zones franches issus du périmètre géographique de la marque, soit les communes genevoises et quelques communes vaudoises situées entre Versoix et Céligny, ainsi que les zones franches situées sur territoire français. Les produits concernés correspondent à ceux des classes 29 à 33 de la classification internationale des produits et services, soit notamment les farines et préparations faites de céréales ainsi que le pain, les pâtisseries et confiseries. La Directive générale GRTA est, notamment, complétée par la « Directive céréales, oléagineux et protéagineux », la « Directive sanction » ainsi que par une « Directive d'étiquetage et d'utilisation graphique ».

Le 18 février 2015, par l'intermédiaire de leur mandataire commun, X. SA, devenue depuis B. SA, Oberson SA, A. SA (ci-après: les sociétés de boulangerie) ainsi que trois autres sociétés de boulangerie, ont demandé à être entendues par la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole au sujet de leurs préoccupations relatives à l'approvisionnement en farine certifiée GRTA. La démarche était soutenue par le D. SA (ci-après: GMSA). Entendues le 7 mai 2015, elles ont exposé souhaiter pouvoir bénéficier de la marque GRTA pour les articles de boulangerie et pâtisserie produits à partir de céréales cultivées dans le canton de Genève et moulues dans le canton de Vaud par GMSA, à Cossonay ou Granges-près-Marnand, soit en-dehors du périmètre de la marque.

Le 19 juin 2015, le Conseiller d'état en charge du Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture et Président de la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole a transmis formellement et pour raison de compétence la demande de dérogation présentée par les sociétés de boulangerie à la commission technique GRTA, organe décisionnel de la marque, selon le ch. 3.3 de la Directive générale GRTA, avec une recommandation formulée au nom de la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole de ne pas accorder de dérogation.

Par « décision » du 10 novembre 2015, la Commission technique GRTA a refusé aux sociétés de boulangerie l'octroi de l'usage de la marque pour les produits transformés de boulangerie-pâtisserie, composés de farine non issue du périmètre géographique de la marque. Le 1<sup>er</sup> décembre 2015, elle a encore indiqué aux sociétés de boulangerie que sa décision relevait du droit privé et qu'une nouvelle notification ne se justifiait pas.

##### B.

Le 11 décembre 2015, les sociétés de boulangerie et GMSA ont déposé un recours commun auprès de la Cour de justice du canton de Genève contre la « décision » du 10 novembre 2015 de la Commission technique GRTA en concluant à son annulation et à la constatation que la réglementation applicable à la marque de garantie GRTA aboutissait, s'agissant des produits boulangers et pâtisseries, à un monopole de fait inadmissible ainsi qu'à la constatation de leur droit d'être mis au bénéfice d'une dérogation leur permettant de bénéficier de la marque de garantie GRTA.

Par arrêt du 31 janvier 2017, la Cour de justice du canton de Genève a déclaré le recours irrecevable.

## C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel, les sociétés de boulangerie et GMSA demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 31 janvier 2017 par la Cour de justice du canton de Genève et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants, subsidiairement de constater leur droit d'être mises au bénéfice d'une dérogation leur permettant de bénéficier de la marque de garantie GRTA pour les produits boulangers et pâtisseries produits à partir de céréales cultivées dans le canton de Genève, même si celles-ci sont moulues par GMSA ailleurs en Suisse, notamment dans le canton de Vaud.

La Cour de justice du canton de Genève n'a pas formulé d'observation sur le recours. La Commission technique GRTA a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. La Comco a constaté que la réglementation de la marque de garantie GRTA pose des conditions qui restreignent le marché, puisqu'elle refuse totalement l'accès au marché, n'est pas indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et ne respecte pas le principe de proportionnalité. Les sociétés de boulangerie et GMSA ont répliqué.

### Considérant en droit:

#### 1.

**1.1.** La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la créance litigieuse et non pas de la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8 p. 405). Toutefois, lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le plan cantonal (ATF 135 V 124). En l'espèce, les recourantes se plaignent de la qualification à leur avis erronée de droit civil de la cause par l'instance précédente et concluent à la recevabilité de leur recours devant les instances cantonales de la juridiction administrative (cf. ATF 128 III 250 consid. 1a p. 252). Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est ouverte. Le recours constitutionnel subsidiaire est par conséquent irrecevable (cf. art. 113 LTF).

**1.2.** L'objet de la contestation porté devant le Tribunal fédéral est déterminé par l'arrêt attaqué. L'objet du litige, délimité par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), ne saurait s'étendre au-delà de l'objet de la contestation (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 p. 156). En l'espèce, l'arrêt attaqué a pour objet un prononcé d'irrecevabilité. Il s'ensuit que les conclusions des recourantes qui concernent le droit d'usage de la marque de garantie elle-même sont irrecevables.

#### 2.

Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a jugé qu'une marque de garantie était exhaustivement régie par le chapitre 2 de la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la

protection des marques, LPM; RS 232.11), contrairement aux AOC/AOP ayant fait l'objet de l'ATF 138 II 134 régies par la Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (LAgr; RS 910.1). Partant, il s'agissait d'un rapport de droit privé, sans égard au fait que le titulaire de la marque soit une corporation de droit public ou un sujet de droit privé. Les décisions rendues par la Commission technique GRTA en application du règlement de la marque de garantie n'étaient donc pas fondées sur le droit public, comme l'exigeait l'art. 4 LPA. Un refus injustifié du droit d'utiliser la marque de garantie et la conformité au droit du règlement de la marque enregistrée auprès de l'IPI pouvaient faire l'objet d'une action civile en constatation fondée sur l'art. 52 LPM ou d'une procédure administrative devant la COMCO, compétente pour prendre des sanctions en cas de violation de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

Les recourantes soutiennent que le litige relève du droit public, en insistant sur le rôle capital, selon elles, joué par le canton, la Direction générale de l'agriculture (ci-après: la Direction générale) et sur la délégation d'une tâche de droit public à la Commission technique GRTA.

Avant d'examiner la nature de la cause, il convient de préciser la notion de marque de garantie, puis d'exposer les dispositions légales genevoises en relation avec la marque de garantie.

#### 3.

**3.1.** Les marques de garanties sont régies par la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM; RS 232.11), qui se fondait à l'époque de son adoption sur les art. 64 et 64 *bis* aCst. (Message concernant une Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance [Loi sur la protection des marques, LPM] du 21 novembre 1990; FF 1991 I 1 p. 56) et désormais sur l'art. 122 Cst., comme cela ressort de son préambule.

**3.2.** Aux termes de l'art. 21 al. 1 LPM, la marque de garantie est un signe utilisé par plusieurs entreprises sous le contrôle de son titulaire, dans le but de garantir la qualité, la provenance géographique, le mode de fabrication ou d'autres caractéristiques communes de produits ou de services de ces entreprises (al. 1). L'usage de la marque de garantie est interdit pour les produits ou les services du titulaire de la marque ou d'une entreprise qui est étroitement liée à celui-ci sur le plan économique (al. 2). Moyennant une rémunération adéquate, le titulaire doit autoriser l'usage de la marque de garantie pour les produits ou les services qui présentent les caractéristiques communes garanties par le règlement de la marque (al. 3), qui ne doit pas contrevenir à l'ordre public, aux bonnes moeurs ou au droit en vigueur (art. 23 al. 4 LPM). Le déposant d'une marque de garantie doit remettre à l'IPI le règlement concernant l'usage de la marque, qui fixe les caractéristiques communes des produits ou des services que celle-ci doit garantir; le règlement de la marque prévoit également un contrôle efficace de l'usage de la marque et des sanctions adéquates (art. 23 al. 1 et 2 LPM). En effet, le titulaire de la marque de garantie doit exercer le contrôle prévu par la loi (art. 21 al. 1 LPM). Il n'est cependant pas tenu de l'exercer lui-même: il peut



déléguer cette tâche à un tiers pour autant que cela soit prévu dans le règlement de la marque (CLAUDIA MARADAN, Commentaire romand de la propriété intellectuelle, de Werra/Gilliéron Ed., Bâle 2013, n° 29 ad art. 21 LPM, p. 944 et les références). En l'espèce, la Directive générale GRTA désigne comme organe de gestion de la marque notamment la Commission technique GRTA (art. 3.1 et 3.3).

Bien qu'en principe quiconque puisse demander l'enregistrement d'une marque de garantie, les titulaires sont en règle générale des associations économiques, des organisations agricoles, voire des services de la Confédération ou des cantons ou encore des autorités étrangères (CLAUDIA MARADAN, op. cit., n° 25 à 27 ad art. 21 LPM, p. 943 s. et les références).

**3.3.** En vertu de l'art. 52 LPM, a qualité pour intenter une action en constatation d'un droit ou d'un rapport juridique prévu par la présente loi toute personne qui établit qu'elle a un intérêt juridique à une telle constatation. Enfin, l'art. 55 LPM accorde une action en exécution d'une prestation à la personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit à la marque.

#### 4.

**4.1.** Le canton de Genève s'est doté d'une Loi du 21 octobre 2004 sur la promotion de l'agriculture (LPromAgr; RSGE M 2 05), qui prévoit que le développement de marques de garantie et d'appellations d'origine et de provenance pour les produits de l'agriculture genevoise est soutenu par le canton (art. 12 LPromAgr). L'art. 9 du règlement sur la promotion de l'agriculture du 6 décembre 2004 (RPromAgr - M 2 05.01) prévoit que la direction générale peut initier et soutenir le développement de marques de garantie et d'appellation d'origine, notamment en favorisant la mise en place de groupements ou de filières qui mettent en oeuvre ces démarches.

**4.2.** Concrètement, c'est en vertu de l'art. 9A RPromAgr que la marque de garantie GRTA a été instituée (al. 1). Elle est administrée par la Direction générale, assistée par divers groupes de travail et en collaboration avec les partenaires de la marque (al. 2). Il ressort de Swissreg qu'elle a été enregistrée le 7 septembre 2004 et que son titulaire est la République et canton de Genève, Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture.

**4.3.** Le règlement de la marque de garantie exigé par l'art. 23 LPM est en l'espèce intitulé Directive générale GRTA.

#### 5.

**5.1.** Selon la jurisprudence, la délimitation entre droit privé et droit public telle qu'elle résulte des critères développés par la jurisprudence et la doctrine - théories des intérêts, fonctionnelle, de la subordination et modale - ne trouve pas d'application lorsqu'elle résulte directement du droit positif, dès lors que, sur le terrain du droit civil, le législateur fédéral est compétent pour fixer souverainement l'étendue du droit privé. La compétence des cantons pour déterminer le champ d'application de leur droit public n'existe que sous réserve de la faculté appartenant à la Confédération. Par conséquent, dans la mesure où le législateur fédéral a décidé de soumettre un domaine au

droit privé ou au droit public, cette attribution est déterminante de sorte qu'il n'y a pas à recourir au surplus aux critères de délimitation (ATF 132 I 270 consid. 4.3 p. 273; 119 la 59 consid. 3 p. 62; 42 I 346 consid. 3 p. 351).

**5.2.** Du moment que le législateur fédéral a décidé souverainement que la marque de garantie et les règles qui la régissent constituent une matière du droit civil (art. 122 Cst.), le refus par la Commission technique GRTA d'accorder aux recourantes une dérogation leur permettant d'utiliser la marque de garantie GRTA constitue également une matière de droit civil. Ce constat suffit à rejeter le recours et confirmer l'arrêt attaqué.

#### 6.

Les objections des recourantes n'y changent rien.

**6.1.** S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la nature juridique des rapports entre l'organisme intercantonal de certification (OIC) et les producteurs de « Gruyère AOC » soumis à son contrôle (ATF 138 II 134), les recourantes soutiennent que la nature de l'activité de « certification » implique un certain rapport de subordination et que la Commission technique GRTA est un organisme investi du pouvoir de décision en vertu d'une délégation prévue par le droit cantonal au sens de l'art. 5 let. g LPA/GE, puisque l'art. 9A de la loi genevoise (*recte*: du règlement sur la promotion de l'agriculture du 6 décembre 2004) prévoit que la marque est administrée par la Direction générale.

Il est vrai que ce sont bien les art. 12 LPromAgr et 9 RPromAgr qui précisent le rôle du canton dans le domaine: celui-ci a bien reçu le mandat de soutenir le développement de marques de garantie et d'appellations d'origine et de provenance pour les produits de l'agriculture genevoise. En exécution de ce mandat, ainsi que cela ressort de l'art. 9A RPromAgr, le canton de Genève par son Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture a du reste institué la marque de garantie GRTA, qu'il a fait inscrire auprès de l'IPI en tant que titulaire et qui est administrée par la Direction générale avec l'assistance de divers groupes de travail et en collaboration avec les partenaires de la marque. Bien que dûment habilité par le droit public - eu égard à la réserve de la loi - à instituer une marque de garantie, le canton de Genève a néanmoins été invité à faire usage d'un instrument de droit privé pour promouvoir les produits de l'agriculture genevoise. Par conséquent, en tant que collectivité publique, il agit dans ce contexte en sa qualité de titulaire de la marque comme un sujet privé, qui doit en contrôler de manière efficace l'usage et prendre des sanctions adéquates (art. 23 al. 1 et 2 LPM). Dans ce cadre, il peut, comme en l'espèce, déléguer cette tâche à un tiers pour autant que cela soit prévu dans le règlement de la marque. Cette délégation est prévue par l'art. 3.3 de la Directive générale GRTA qui désigne à cet effet la Commission technique GRTA. Il s'agit là d'une délégation de droit privé. Cette qualification est confirmée par le fait que des autorités étrangères peuvent aussi être titulaires de marques de garantie (CLAUDIA MARADAN, op. cit., n° 27 ad art. 21 LPM, p. 944 et les références et exemples cités) et que, ce faisant, elles n'exercent en aucune manière des prérogatives de puissance publique sur le territoire suisse.

Cette conclusion est encore renforcée par le contenu de l'art. 35 LPromAgr. Ce dernier permet certes au canton de déléguer certaines tâches d'exécution de droit public, mais il n'autorise pareille délégation qu'à des organisations professionnelles reconnues, auxquelles n'appartient pas la Commission technique GRTA, puisqu'elle n'est en effet qu'un organe de droit privé de la marque. C'est donc à tort que les recourants font valoir que la Commission technique GRTA est délégataire de la tâche prévue par l'art. 12 LPromAgr. La délégation en cause n'est en effet pas prévue par le droit cantonal, mais par le règlement de la marque.

Par conséquent, comme l'a jugé à bon droit l'instance précédente, lorsqu'elle a refusé l'octroi d'usage de la marque de garantie aux recourantes, la Commission technique GRTA a agi, non pas sur délégation du canton en tant que détenteur de la puissance publique, mais bien sur mandat du canton de Genève au titre de détenteur de la marque de garantie au sens de l'art. 21 al. 1 LPM au même titre que d'autres personnes physiques ou morales de droit privé demandant l'enregistrement d'une marque de garantie auprès de l'IPI.

**6.2.** Il est vrai également que l'instrument de droit privé prévu par l'art 23 al. 1 LPM que constitue le règlement concernant l'usage de la marque peut, dans les limites de l'ordre public, des bonnes moeurs et du droit en vigueur (art. 23 al. 3 LPM), poursuivre comme en l'espèce, des buts d'intérêts publics tels ceux énoncés dans la Loi fédérale sur l'agriculture et la Loi genevoise du 21 octobre 2004 sur la promotion de l'agriculture et, à cette fin, fixer les caractéristiques communes des produits ou des services qu'elle entend garantir (art. 23 al. 2 LPM). Il n'en demeure pas moins que la marque de garantie et son règlement, même utilisés pour promouvoir une tâche de droit public et des intérêts publics, relèvent toujours du droit privé et en gardent les caractéristiques. Ainsi, c'est bien le droit privé qui régit non seulement les litiges relatifs à l'octroi ou au refus d'autoriser l'usage de la marque de garantie GRTA, mais également les sanctions en cas de violations des obligations résultant de la Directive concernant la marque de garantie telles qu'elles figurent du reste dans la Directive sanction GRTA. Cette Directive rappelle d'ailleurs à bon droit que les infractions aux législations spécifiques (LAg, LPA, LEaux, LPE, LPN, ODAIOUs LPromAgr, etc.) relèvent en revanche des autorités cantonales d'exécution (ch. 1.2 al. 2 Directive sanction GRTA).

**6.3.** Enfin, s'agissant de la légalité des caractéristiques communes des produits, c'est le lieu de rappeler avec l'instance précédente que les juridictions civiles peuvent être saisies d'une action en constatation de l'art. 52 LPM, voire d'actions fondées sur d'autres lois fédérales. En effet, conformément à l'art. 23 al. 4 LPM, le règlement ne doit pas contrevenir à l'ordre public, aux bonnes moeurs ou au droit en vigueur, qui comprend en particulier la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

**7.**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, les recourantes doivent supporter les frais judiciaires solidairement entre elles (art. 66 al. 1 et 5 LTF). La Commission technique GRTA, qui agit à titre privé pour le canton de Genève et a obtenu gain de cause avec l'aide d'une mandataire professionnelle, a droit à des dépens à charge des recourantes (art. 68 al. 1 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:**

**1.**

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

**2.**

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

**3.**

Les frais de justice, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

**4.**

Les recourantes sont condamnées, solidairement entre elles, à verser à la Commission technique GRTA une indemnité de dépens, arrêtée à 4'500 fr.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des recourantes et de la Commission technique GRTA, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, ainsi qu'à la Commission de la concurrence COMCO, Berne.

B 4

## 2. Urteil vom 8. August 2017 in Sachen Bauleistungen Graubünden Beweisverwertungsverbot - Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. Mai 2017

*Urteil des Bundesgerichts vom 8. August 2017, II. öffentlich-rechtliche Abteilung A. AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission WEKO. Verfügung der WEKO vom 24. Oktober 2016 in Sachen Bauleistungen Graubünden, Untersuchung 22-0457 - Beweisverwertungsverbot; vorsorgliche Massnahmen, Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. Mai 2017.*

### Sachverhalt:

#### A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) führt ein kartellrechtliches Untersuchungsverfahren 22-0457 Bauleistungen Graubünden durch, von welchem unter anderem die A. AG betroffen ist. Bis im November 2014 war B. deren Geschäftsführer. Er wechselte in der Folge zur C. AG, einer Konkurrentin der A. AG, die ihrerseits ins kartellrechtliche Untersuchungsverfahren involviert ist.

Am 24. April 2013 wurde B. durch das Sekretariat WEKO befragt, wobei er auf das Aussageverweigerungsrecht (Selbstbelastung „seiner“ Unternehmung) hingewiesen wurde. Am 3. März 2016 befragte das Sekretariat der WEKO B. erneut, wobei er auf seine Pflicht zur wahrheitsgemässen Zeugenaussage hingewiesen wurde. Bei dieser Befragung war auch die A. AG zugegen, mit einem externen Berater und mit ihrem Rechtsvertreter. Der Rechtsvertreter wies darauf hin, dass B. schon als „Partei“ einvernommen worden sei; er arbeite heute bei einer anderen Gesellschaft, die ebenfalls Verfahrensbeteiligte am Untersuchungsverfahren sei; als Zeuge sei er darum in einem latenten Interessenkonflikt, weshalb er faktisch zeugnisunfähig sei. Eine konkrete Frage der WEKO, ob die A. AG einen diesbezüglichen Antrag stellen wolle, verneinte deren Vertreter. Am 10. März, 26. Mai, 1. Juni und 26. August 2016 nahm das Sekretariat der WEKO die Einvernahme weiterer Personen vor, wobei es diese jeweils auch mit den protokollierten Aussagen von B. konfrontierte. Die A. AG nahm an drei dieser Einvernahmen mittels Präsenz ihres externen Beraters teil.

Am 14. September bzw. 7. Oktober 2016 beantragte die A. AG der WEKO, das Protokoll der Zeugeneinvernahme von B. sei nicht zu verwerten und aus den Akten zu entfernen; die Zeugeneinvernahme und alle darin von der befragten Person gemachten Aussagen seien weder direkt noch indirekt im aktuellen noch in einem anderen Verfahren zu verwenden. Ein gleiches Verwertungs- bzw. Verwendungsverbot wurde beantragt hinsichtlich der anlässlich der Einvernahmen vom 10. März, 26. Mai, 1. Juni und 26. August 2016 gemachten Aussagen von Drittpersonen, die mit der Zeugenaussage von B. im Zusammenhang stehen. Weiter verlangte die A. AG, es seien keine weiteren Einvernahmen anzuordnen oder durchzuführen, an denen die Aussagen von B. bzw. gestützt darauf oder

im Zusammenhang damit gemachte Aussagen von Dritten direkt oder indirekt verwendet werden.

Mit Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2016 trat die WEKO auf die Anträge der A. AG nicht ein. Gegen diese Zwischenverfügung gelangte die A. AG an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, die WEKO sei anzuweisen, den ihr gestellten Anträgen betreffend die (Nicht-)Verwertung der Zeugenaussagen zu entsprechen; die Unverwertbarkeit der erwähnten Beweismittel sei durch das Gericht festzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht wurde darum ersucht, diesen Anträgen sei schon als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens Folge zu geben.

Mit Zwischenverfügung des Instruktionsrichters der Abteilung II vom 23. Mai 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht das Massnahmengesuch ab.

#### B.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 26. Juni 2017 beantragt die A. AG dem Bundesgericht, die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben; den (vollständig wiedergegebenen) dem Bundesverwaltungsgericht gestellten Anträgen sei zu entsprechen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird darum ersucht, die Massnahmen gemäss Beschwerdeanträgen seien für die Dauer des Verfahrens als vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.

In seiner Vernehmlassung vom 10. Juli 2017 weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die dem Bundesgericht gestellten Anträge unzulässig seien. Was das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch das Bundesgericht betrifft, liegen nach Auffassung der Vorinstanz die Voraussetzungen für eine entsprechende Anordnung nicht vor. Die WEKO beantragt am 17. Juli 2017 innert erstreckter Frist, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen; der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Die Beschwerdeführerin hat am 3. August 2017 zu den Vernehmlassungen Stellung genommen; sie hält an ihren Anträgen fest.

#### C.

Mit dem vorliegenden instanzabschliessenden Urteil wird das (entgegen den Relativierungen in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. August 2017) wohl auch für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos.

### Erwägungen:

#### 1.

Angefochten ist eine Zwischenverfügung.

**1.1** Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen End- und Teilentscheide (Art. 90 und 91 BGG), gegen Zwischenentscheide hingegen nur unter bestimmten

Voraussetzungen (Art. 92 und 93 BGG). Art. 92 Abs. 1 BGG lässt die Beschwerde zu gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren. Gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde gegen andere selbstständig eröffnete Zwischenentscheide zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Ist die Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 BGG nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so sind die betreffenden Vor- oder Zwischenentscheide durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken (Art. 93 Abs. 3 BGG).

Die hier angefochtene Zwischenverfügung fällt nicht unter Art. 92 BGG. Sie ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar. Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG kommt bei gegebener Konstellation als Zulässigkeitsgrund nicht in Betracht. Die Beschwerde kann höchstens unter dem Aspekt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zulässig sein.

**1.2** Da die vorinstanzliche Verfügung vorsorgliche Massnahmen zum Gegenstand hat, kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG), und Art. 46 Abs. 1 BGG über den Stillstand der Fristen kommt, etwa für Einladungen zur Vernehmlassung bzw. zu sonstigen Stellungnahmen, hier nicht zur Anwendung (Art. 46 Abs. 2 BGG).

**1.3** Gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG haben Rechtschriften die Begehren und deren Begründung zu enthalten; in der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt schweizerisches Recht (Art. 95 BGG; vorliegend allein verfassungsmässige Rechte, vgl. vorne E. 1.2) verletze. Begehren wie Begründung haben sachbezogen zu sein; sie haben sich auf den Gegenstand des angefochtenen Entscheids zu beziehen und zu beschränken.

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die dem Bundesgericht unterbreiteten Begehren über den Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung hinausgehen, wird mit letzterer doch einzig entschieden, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine vorsorglichen Massnahmen zu treffen sind. Da die dort beantragten vorsorglichen Anordnungen inhaltlich darauf abzielten, den dem Bundesverwaltungsgericht „in der Sache selbst“ unterbreiteten Anträgen vorsorglich zu entsprechen, lassen sich die dem Bundesgericht unterbreiteten Rechtsbegehren wohl so interpretieren, dass die Vorinstanz dazu angehalten werden soll, abweichend von der angefochtenen Zwischenverfügung entsprechend vorsorgliche Anweisungen zu treffen, oder dass das Bundesgericht dies an ihrer Stelle reformatorisch tun soll. Ob zulässige Rechtsbegehren vorliegen, kann indessen angesichts des Verfahrensausgangs dahingestellt bleiben.

## 2.

**2.1** Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG liegt dann vor, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen späteren Entscheid nicht mehr behoben werden kann (etwa

BGE 141 IV 289 E. 1.2 S. 291). Vorliegend ist ein Zwischenentscheid angefochten, womit dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht entsprochen wird, ein Beweismittel, für das nach ihrer Auffassung ein Verwertungsverbot besteht, aus den Akten zu weisen und ab sofort ein diesbezügliches Verwertungsverbot auszusprechen. Ein derartiger Entscheid stellt grundsätzlich keinen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG dar, kann doch der entsprechende Einwand bis zum Abschluss des Verfahrens erneut vorgebracht und die Berücksichtigung des Beweismittels auch noch in einer Beschwerde gegen den Endentscheid gerügt werden. Von der in der Sache entscheidenden Behörde (bzw. dem Rechtsmittelrichter) darf erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen (vgl. für das Strafverfahren BGE 141 IV 284 E. 2.2 S. 287, 289 E. 1.2 S. 291 f.). Von dieser Regel bestehen Ausnahmen. Eine solche liegt im Strafverfahren insbesondere dann vor, wenn das Gesetz (die StPO) ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht. Ebenso verhält es sich nach der strafprozessualen Praxis, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalles die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges Interesse (im Strafverfahren ein rechtlich geschütztes Interesse) an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht (BGE 141 IV 284 E. 2.3 S. 287, 289 E. 1.3 S. 292).

**2.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die (zweite) Befragung ihres ehemaligen Angestellten B. als Zeuge sei in Verletzung des Grundsatzes *nemo tenetur* erfolgt und damit nicht verwertbar. Dafür, ob ein diesbezüglicher Zwischenentscheid angefochten werden kann, sind die vorstehend dargestellten Grundsätze massgeblich. Es gibt keinen Anlass, in einem Administrativverfahren bezüglich des aus dem Strafrecht stammenden Prinzips eine weitergehende Anfechtung als im Strafverfahren zu ermöglichen. Daran ändert die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass über die Frage eines allfälligen Beweisverwertungsverbots, wie es im Strafverfahren gilt, bei Befragungen im Rahmen von Kartellverfahren noch keine Rechtsprechung bestehe, nichts. Dies hat keinen Einfluss auf das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Was in E. 4.3 der angefochtenen Zwischenverfügung und in Rz 9 der Beschwerdeschrift in allgemeiner Form und nun in der (nach Ablauf der Beschwerdefrist verfassten) Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. August 2017 ausgeführt wird, genügt im Lichte der vorstehenden E. 2.1 nicht, um einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darzutun. Es bedürfte der dort erwähnten besonderen Umstände, um ein besonders gewichtiges Interesse des Betroffenen an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises anzuerkennen.

Eine gesetzliche Norm, die eine sofortige Entfernung des Zeugenprotokolls (bzw. der Protokolle der darauf beruhenden Befragungen) vorsähe, ist nicht gegeben. Weiter lassen die gesamten Umstände des vorliegenden Falles nicht ohne Weiteres auf die Rechtswidrigkeit des Beweises

mittels schliessen. Insbesondere ist vorliegend das Interesse der Beschwerdeführerin an einer unverzüglichen Feststellung über eine allfällige Unverwertbarkeit des Beweises zusätzlich (und entgegen ihrer Auffassung) entscheidend durch die Tatsache vermindert, dass sich das Protokoll der Einvernahme von B. seit März 2016 in den Verfahrensakten und in den Händen der Verfahrensbeteiligten befindet, welche, gleich wie auch andere in das Verfahren einbezogene Dritte, zudem Kenntnis von den späteren auf dem Protokoll beruhenden Aussagen haben.

**2.3** Es fehlt nach dem Gesagten am besonderen gewichtigen Interesse der Beschwerdeführerin an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit der Beweise für den Fortgang des Verfahrens und mithin an dem für das Eintreten auf die vorliegende Beschwerde erforderlichen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, den die angefochtene Zwischenverfügung für die Beschwerdeführerin bewirken könnte. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

**3.**

Die Gerichtskosten (Art. 65 BGG) sind entsprechend dem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 erster Satz BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Wettbewerbskommission WEKO und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

B 4

### 3. Urteil vom 18. Juli 2017 – Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2016

*Urteil vom 18. Juli 2017 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung. Verfahrensbeteiligte 2C\_1021/2016 Stadt Zürich, Stadtrat, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen X. AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher A., Y. GmbH, Deutschland, vertreten durch [...], und 2D\_39/2016 Y. GmbH, Deutschland, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen X. AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher A., Stadt Zürich, Stadtrat, vertreten durch [...]. Gegenstand Submission, Beschwerde; Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 27. September 2016.*

#### Sachverhalt:

#### A.

**A.a.** Die Stadt Zürich plant eine Erneuerung des Seewasserwerks Moos, das über eine Kapazität von 100'000 m<sup>3</sup> pro Tag verfügt. Die Arbeiten sollen bei laufendem Betrieb und unter Erhaltung denkmalgeschützter Gebäude erfolgen. Zur Vergabe von Ingenieurleistungen für die Planung und Projektierung dieses Vorhabens eröffnete die Stadt Zürich mit Ausschreibung vom 17. Juli 2015 ein offenes Submissionsverfahren.

Gemäss den allgemeinen Submissionsbedingungen galten folgende Zuschlagskriterien:

- Qualität des Angebots: 30%
- Honorarofferte: 30%
- Referenzen: 20%

|    | Qualität | Honorar | Referenzen | Qualifikation | Total |
|----|----------|---------|------------|---------------|-------|
| Y. | 27,5     | 24,8    | 19,0       | 18,4          | 89,6  |
| X. | 23,9     | 27,8    | 15,7       | 18,5          | 85,8  |

Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums „Honorarofferte“ gewichtete die Stadt Zürich die Unterkriterien Offertsumme mit 70 %, die Ansätze für Zusatzleistungen mit 10 % und die Plausibilität der Honorarofferte mit 20 %.

**A.c.** Der Stadtrat der Stadt Zürich erteilte der Y. GmbH mit Beschluss vom 9. Dezember 2015 zu einem Preis von Fr. 6'799'426.- (ohne Mehrwertsteuer) den Zuschlag.

#### B.

Die X. AG erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Während die Stadt Zürich auf Abweisung der Beschwerde schloss, reichte die Y. GmbH keine Stellungnahme ein.

|    | Qualität | Honorar | Referenzen | Qualifikation | Total |
|----|----------|---------|------------|---------------|-------|
| Y. | 27,5     | 23,5    | 19,0       | 18,9          | 88,9  |
| X. | 24,2     | 29,5    | 17,7       | 19,2          | 90,6  |

- Qualifikation des Anbieters: 20%

Das Honorar war auf der Grundlage einer Kostenschätzung der Stadt Zürich für verschiedene Projektphasen (Vorprojekt, Bauprojekt, Bewilligungsprojekt) als Pauschale zu offerieren. Für weitere Projektphasen (Ausbeschreibung für das Gesamtprojekt, Ausführungsprojekt, Ausführung und Inbetriebnahme/Abschluss) mussten verbindliche Faktoren offeriert werden, die nach Vorliegen eines Kostenvoranschlags für das Bauprojekt als Grundlage für die Pauschalisierung des restlichen Honorars dienen sollen. Zusatzleistungen sollen nur separat in Rechnung gestellt werden können, wenn sie schriftlich verlangt werden.

Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums „Honorarofferte“ führten die Submissionsbedingungen als Unterkriterien die Offertsumme, die Ansätze für Zusatzaufträge sowie die Plausibilität der Honorarofferte auf, letzteres Unterkriterium versehen mit dem Hinweis, dass „Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen“ würden. Soweit aus den Akten ersichtlich wurden die Submissionsbedingungen nicht angefochten.

**A.b.** Für den Auftrag gingen drei Offerten über Fr. 5'938'839.- (X. AG), Fr. 7'408'504.- (Y. GmbH [fortan: Y. GmbH]) und Fr. 11'833'039.44 (Z. AG) ein. Die Auswertung der Offerten durch die Stadt Zürich ergab für die hier interessierenden Bewerber X. AG und Y. GmbH folgendes Ergebnis (gerundet):

Das Verwaltungsgericht kam zum Ergebnis, dass die Stadt Zürich mehrere Zuschlagskriterien falsch bewertet habe. Es erachtete unter anderem das Unterkriterium „Plausibilität“ im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Honorarofferte“ als unzulässig. An dessen Stelle erhöhte es die Gewichtung der verbleibenden Unterkriterien „Offertsumme“ und „Ansätze für Zusatzleistungen“ um je 25 %. Aufgrund von weiteren, hier nicht näher interessierenden Korrekturen gelangte das Verwaltungsgericht schliesslich zu folgender Bewertung:

Entsprechend hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde in Aufhebung des Vergabeentscheids mit Urteil vom 27. September 2016 gut und wies die Sache an die Stadt Zürich zurück, damit diese der X. AG den Zuschlag erteile.

### C.

Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts gelangen die Stadt Zürich und die Y. GmbH mit je separaten Eingaben an das Bundesgericht.

**C.a.** Die Stadt Zürich erhebt mit ihrer Eingabe Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Verfahren 2C\_1021/2016). Sie verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Bestätigung des Zuschlags an die Y. GmbH, eventualiter die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz. Die Y. GmbH pflichtet den Vorbringen der Stadt Zürich bei und beantragt die Vereinigung der beiden Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016.

**C.b.** Die Y. GmbH erhebt ihrerseits ausschliesslich subsidiäre Verfassungsbeschwerde und verlangt die Aufhebung des angefochtenen Urteils unter gleichzeitiger Bestätigung des an sie erteilten Zuschlags (Verfahren 2D\_39/2016). Die Stadt Zürich beantragt die Gutheissung der Beschwerde sowie die Vereinigung der beiden Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016.

**C.c.** Die X. AG beantragt in beiden Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 auf die Rechtsmittel nicht einzutreten, eventualiter sie abzuweisen. Das Verwaltungsgericht Zürich schliesst ebenfalls auf Abweisung der Rechtsmittel, soweit auf sie einzutreten ist.

Die zur Vernehmlassung eingeladene Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass das Unterkriterium „Plausibilität“ zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung von besonders effizienten oder innovativen Anbieterinnen führt und mit Art. 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) nicht vereinbar ist.

In freiwilligen Stellungnahmen halten die Parteien jeweils an ihren Anträgen und der Begründung fest.

**C.d.** Mit Verfügungen vom 28. November 2016 hat der Abteilungspräsident den Beschwerden der Stadt Zürich und der Y. GmbH antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

### Erwägungen:

#### 1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (Art. 95 BGG; BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

#### *I. Eintretensvoraussetzungen Verfahren 2C\_1021/2016*

#### 2.

Die Beschwerde der Stadt Zürich im Verfahren 2C\_1021/2016 richtet sich gegen einen Entscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG).

**2.1.** Streitgegenstand ist die Vergabe von Ingenieurleistungen im Zusammenhang mit der Planung und Projektierung der Erneuerung eines Trinkwasserwerks der Stadt Zürich. Die Vergabe dieses Auftrags fällt in den subjektiven und objektiven Anwendungsbereich des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA), wie sich aus dessen Art. I Ziff. 1 i.V.m. Anhang I Annex 3 Ziff. 1 sowie Anhang I Annex 4 (Ziff. 867 der zentralen Produktklassifikation) ergibt. Der Auftragswert überschreitet ausserdem den Schwellenwert von Fr. 700'000.- für Dienstleistungen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation (vgl. Anhang 1 lit. a des Gesetzes des Kantons Zürich vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [Beitrittsgesetz; LS 720.1]). Es liegt ein Entscheid auf dem Gebiet öffentlicher Beschaffungen vor.

**2.1.1.** Gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist nach Art. 83 lit. f BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags weder den im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) noch jenen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) erreicht oder wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG; vgl. BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

**2.1.2.** Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (vgl. BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Keine Grundsatzfrage stellt die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt ebenfalls nicht, um ihr grundsätzlichen Charakter zu verleihen. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (vgl. BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; Urteil 2C\_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 1.1.2 [nicht publ. in: BGE 139 II 489]). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 141 II 113 E. 1.2 S. 116 f.; 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 133 II 396 E. 2.2 S. 398 f.). Wenn sich ergibt, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, beschränkt sich die bundesgerichtliche Prüfung nicht auf die Beurteilung der Grundsatzfrage. Das Bundesgericht prüft die Beschwerde in diesem Fall nach Massgabe der Art. 95 ff. und Art. 105 ff. umfassend (vgl. BGE 141 II 113 E. 1.4.5 S. 122; 141 II 14 E. 1.2.2.4 S. 22 f.).

**2.1.3.** Die Stadt Zürich macht geltend, dass die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig sei. Sie unterbreitet dem Bundesgericht folgende Rechtsfrage, der sie grundsätzlichen Charakter beimisst:

„Ist es zulässig, beim Zuschlagskriterium Preis neben den Unterkriterien Preis für Gesamtangebot und Preis für Stundenansätze ein Unterkriterium 'Plausibilität' anzuwenden und bei fraglicher Plausibilität (z.B. wegen massiver Unterschreitung der mit üblichen Faktoren gemäss SIA-Ordnung errechneten Stundenaufwände oder aufgrund von Einschränkungen des verlangten Leistungsumfanges) Punkteabzüge vorzunehmen, wenn dieses Unterkriterium und das Bewertungsvorgehen mit Punkteabzügen in der Ausschreibung bekanntgegeben wurden?“

**2.1.4.** Die Rechtsfrage, wie sie von der Stadt Zürich aufgeworfen wird, ist in dieser Form eng verknüpft mit dem konkreten Einzelfall, sodass ihr grundsätzlicher Charakter auf den ersten Blick fraglich erscheint. Im Kern geht es jedoch um die Klärung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unterkriterium „Plausibilität“ im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Preis“ zulässig ist. Ausdrücklich zu beantworten hatte das Bundesgericht diese Frage soweit ersichtlich noch nicht: Im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde war nicht grundsätzlich umstritten und vom Bundesgericht entsprechend nicht näher zu prüfen (vgl. Art. 116 BGG, Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG), ob ein Unterkriterium „Plausibilität der Stunden“ zur Bewertung des Hauptkriteriums „Angebotspreis“ herangezogen werden darf (vgl. Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 6 und E. 7). In einem weiteren Verfahren konnte offen bleiben, ob ungewöhnlich niedrige Angebote mit einem Bewertungsabzug sanktioniert werden dürfen (vgl. BGE 130 I 241 E. 7.1-7.3 S. 253 ff.). Mit Blick auf die erwähnten Urteile und das vorliegende Verfahren zeigt sich allerdings, dass im Anwendungsbereich des GPA und des Binnenmarktgesetzes unterschiedliche kantonale Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Unterkriteriums „Plausibilität“ im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Preis“ besteht.

**2.1.5.** Angesichts dessen kommt der aufgeworfenen Rechtsfrage für die Vergabepaxis grundsätzliche Bedeutung zu. Sie bedarf der Klärung durch das Bundesgericht. Der Wert des streitgegenständlichen Auftrags überschreitet jenen nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG in der Höhe von Fr. 700'000.- (vgl. Art. 1 lit. d der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [Schwellenwertverordnung; SR 172.056.12]). Die von der Stadt Zürich erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C\_1021/2016) ist daher zulässig. Bei dieser Ausgangslage verbleibt für die von der Stadt Zürich ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde kein Raum (Art. 113 BGG). Auf sie ist nicht einzutreten.

**2.2.** Das Rechtsmittel der Stadt Zürich richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG). Gemeinden sind nach Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG zur Beschwerde berechtigt, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt. Zu den von Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG angesprochenen Garantien zählt insbesondere die von der Bundesverfassung

und vom kantonalen Recht ausdrücklich gewährleistete Autonomie als Gemeinde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 189 Abs. 1 lit. e BV, Art. 85 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [SR 131.211]; BGE 140 I 90 E. 1.1 S. 92; 138 I 143 E. 1.3.1 S. 148 f.; Urteil 2C\_756/2015 vom 3. April 2017 E. 1.3.4). Für das Eintreten auf das Rechtsmittel ist entscheidend, dass die Gemeinde durch einen Akt in ihrer Eigenschaft als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt ist und sie sich auf ihre Gemeindeautonomie beruft. Ob die beanspruchte Autonomie besteht und ob sie im konkreten Fall verletzt ist, stellt nicht eine Frage des Eintretens dar, sondern ist Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 140 I 90 E. 1.1 S. 92; 136 I 404 E. 1.1.3 S. 407; Urteil 2C\_886/2015 vom 16. November 2016 E. 1.1 [nicht publ. in: BGE 142 I 177]).

Die Stadt Zürich wird durch das vorinstanzliche Urteil dazu verhalten, einen öffentlichen Auftrag anders zu vergeben, als sie dies selber wollte. Dies berührt sie in ihrer Funktion als Trägerin hoheitlicher Gewalt (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.3.2 S. 149 mit Hinweis). Gleichzeitig führt sie aus, dass sie mit dem angefochtenen Entscheid gezwungen werde, den Auftrag zur Erfüllung einer ihrer öffentlichen Aufgaben anders zu vergeben als sie selber will und nicht dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Sie beruft sich dabei auf ihre Gemeindeautonomie, die sich grundsätzlich auch auf den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens erstreckt (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.2 S. 291; 138 I 143 E. 3.1 S. 150). Die Beschwerdeberechtigung der Stadt Zürich ist folglich gegeben (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG).

**2.3.** Die Vorinstanz hat die Zuschlagsverfügung der Stadt Zürich vom 9. Dezember 2015 aufgehoben und die Sache an den Stadtrat zurückgewiesen, damit dieser der Beschwerdegegnerin den Zuschlag erteile. Formal handelt es sich beim angefochtenen Urteil zwar um einen Zwischenentscheid, der das Verfahren nicht definitiv zum Abschluss bringt. Der Stadt Zürich verbleibt im Hinblick auf die Zuschlagserteilung jedoch kein Entscheidungsspielraum mehr, sodass materiell ein Endentscheid vorliegt, gegen den die Beschwerde zulässig ist (Art. 90 BGG; BGE 141 II 14 E. 1.1 S. 20; 134 II 124 E. 1.3 S. 127). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

## *II. Eintretensvoraussetzungen Verfahren 2D\_39/2016*

### **3.**

Im Verfahren 2D\_39/2016 erhebt die Y. GmbH innert Frist (Art. 117 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG) subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts. Diese ist grundsätzlich zulässig, zumal die Y. GmbH keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft (Art. 113 i.V.m. Art. 83 lit. f Ziff. 2, Art. 114 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 90 BGG; vgl. E. 2.1.1 hiavor).

**3.1.** Näher zu prüfen ist die Beschwerdeberechtigung der Y. GmbH. Ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Art. 115 lit. b BGG liegt im Bereich des öffentlichen Vergabewesens vor, wenn die nicht berücksichtigte Bewerberin eine reelle Chance hätte, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.1 S. 27 mit Hinweisen; Urteil 2C\_257/2016



vom 16. September 2016 E. 1.3). Das trifft bei der Y. GmbH als ursprünglicher Zuschlagsempfängerin und zweitplatzierte Anbieterin nach dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren offenkundig zu.

**3.2.** Umstritten ist die formelle Beschwerde der Y. GmbH. Nach Art. 115 lit. a BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat. Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Y. GmbH keine Stellungnahme ein, nachdem die Vorinstanz dazu Gelegenheit eingeräumt und gleichzeitig darauf hingewiesen hatte, dass die Y. GmbH mit allfälligen Anträgen nach kantonalem Verwaltungsverfahren Recht Parateilstellung erhalten würde. Aus bundesrechtlicher Sicht ist die Y. GmbH als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin jedoch unabhängig von einer aktiven Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren notwendige Gegenpartei der Beschwerdegegnerin (Art. 115 lit. a BGG; vgl. Urteile 2C\_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 7 [zur Publikation vorgesehen]; 2C\_658/2016 vom 25. August 2016 E. 4.2 mit Hinweisen). Das den Prozessgegenstand bildende Rechtsverhältnis (Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Anwendungsbereich des GPA, vgl. E. 2.1 hiervor) zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es in persönlicher Hinsicht eine ausschliessliche Rechtsposition vermittelt, um die sich die Y. GmbH mit ihrer Teilnahme am Submissionsverfahren bereits im unterinstanzlichen Verfahren erfolgreich beworben hatte. Die Erteilung des Zuschlags an sie zieht daher zwangsläufig ihre Teilnahme im Sinne von Art. 115 lit. a BGG (bzw. Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG) am kantonalen Beschwerdeverfahren nach sich, ohne dass die Y. GmbH noch förmlich mit Anträgen und einer Vernehmlassung im kantonalen Gerichtsverfahren hätte aktiv werden müssen. Damit ist die Y. GmbH im bundesgerichtlichen Verfahren formell beschwert und zur Erhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde berechtigt (Art. 115 BGG; vgl. Urteil 2P.153/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 1a; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1303 S. 645).

**3.3.** Auf die Beschwerde der Y. GmbH im Verfahren 2D\_39/2016 ist entsprechend einzutreten.

### III. Vereinigung der Verfahren

#### 4.

**4.1.** Die beiden Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 betreffen dasselbe Anfechtungsobjekt und denselben Sachverhalt. Die Stadt Zürich (als Beschwerdeführerin im Verfahren 2C\_1021/2016) und die Y. GmbH (als Beschwerdeführerin im Verfahren 2D\_39/2016) beantragen beide die Vereinigung der Verfahren. Zudem fechten sie das vorinstanzliche Urteil übereinstimmend in zwei Punkten an, nämlich in Bezug auf die Zulässigkeit des Unterkriteriums „Plausibilität“ und die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Referenzen“. Aufgrund ihrer engen sachlichen Nähe erscheint eine Vereinigung der beiden Verfahren als geboten (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]).

**4.2.** Zu beachten bleibt, dass die Y. GmbH im Unterschied zur Stadt Zürich nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde einlegt und konsequenterweise keine Ausführungen dazu

macht, dass sich eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Die falsche Bezeichnung eines Rechtsmittels allein schadet im bundesgerichtlichen Verfahren zwar grundsätzlich nicht (vgl. BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399; Urteil 2C\_187/2016 vom 31. Januar 2014 E. 1.2 [nicht publ. in: BGE 140 II 112]), was dafür sprechen würde, das Rechtsmittel der Y. GmbH als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu behandeln. Dem steht jedoch entgegen, dass die Y. GmbH ausdrücklich nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhebt und von den Beschwerdeführenden im Rahmen ihrer Begründungspflicht praxisgemäss Ausführungen zum Vorliegen einer Grundsatzfrage verlangt werden, damit auf eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten werden kann (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG; vgl. E. 2.1.2 hiervor und GIOVANNI BIAGGINI, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 2 zu Art. 119 BGG). Hinzu kommt, dass ein Absenken der Begründungsanforderungen im Zusammenhang mit der Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG mit prozessualen Nachteilen für die X. AG verbunden sein könnte, die sachlich nicht gerechtfertigt sind. Abgesehen von möglichen Auswirkungen auf das materielle Verfahrensergebnis gilt dies namentlich mit Blick auf ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und die Kostenverteilung.

**4.3.** Aus diesem Grund sind die beiden Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 zwar zu vereinigen, die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Rügen behandelt das Bundesgericht aber je nach den Vorschriften über die entsprechende Beschwerdeart (vgl. auch Art. 119 Abs. 3 BGG).

### IV. Kognition und massgebender Sachverhalt

#### 5.

**5.1.** Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann die Stadt Zürich alle Rechtsverletzungen nach Art. 95 rügen. Dazu zählen Verstösse gegen Bundes- und Völkerrecht (Art. 95 lit. a und lit. b BGG) sowie interkantonales Recht (Art. 95 lit. e BGG). Abgesehen von kantonalen verfassungsmässigen Rechten und Bestimmungen über politische Rechte (Art. 95 lit. c und lit. d BGG) wird hingegen die Anwendung kantonalen Rechts als solche durch das Bundesgericht nicht überprüft. Diesbezüglich ist nur die Rüge möglich, die Anwendung kantonalen Rechts widerspreche dem in Art. 95 BGG genannten Katalog von Rechtsnormen, wozu auch das Willkürverbot zählt (Art. 95 lit. a BGG i.V.m. Art. 9 BV; vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372). Das Recht wird vom Bundesgericht grundsätzlich von Amtes wegen angewendet (Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, von kantonalem und interkantonalem Recht prüft es jedoch nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde klar und detailliert vorgebracht und begründet worden ist (qualifizierte Rügepflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372; 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.).

**5.2.** Die Y. GmbH ist im Rahmen der von ihr erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerde nur befugt, die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend zu machen (Art. 116 BV). Weil die Anbieter im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben, ist sie insbesondere zur Rüge einer willkürlichen Anwendung

der massgebenden Submissionsgesetzgebung zugelassen (vgl. BGE 125 II 86 E. 4 S. 95 f.; Urteile 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.4 [zur Publikation vorgesehen]; 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3). Zur Unterstützung ihr zustehender anderweitiger Verfassungsprügen kann die Y. GmbH zudem hilfsweise eine Verletzung der Gemeindeautonomie (Art. 50 BV) geltend machen, obwohl sie selber nicht Rechtsträgerin dieses verfassungsmässigen Rechts ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Gemeinde nicht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat, sich auf eine Autonomieverletzung zu berufen (vgl. BGE 141 I 36 E. 1.2.4 S. 40 f.; 119 Ia 214 E. 2c S. 218; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. 1994, S. 274 f.). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte prüft das Bundesgericht auch im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur auf klar und detailliert begründete Rüge hin (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG, E. 5.1 hiervor).

**5.3.** Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 BGG). Von den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz weicht es nur ab, wenn sie offensichtlich unrichtig sind (Art. 105 Abs. 2 und Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG, vgl. BGE 136 I 332 E. 2.2 S. 334; Urteil 2C\_1196/2013 vom 21. Februar 2014 E. 1.7).

#### V. Zulässigkeit des Unterkriteriums „Plausibilität“

### 6.

**6.1.** Die Vorinstanz erachtete das Unterkriterium „Plausibilität“ im Rahmen der Bewertung des Kriteriums „Honorarofferte“ als unzulässig. Sie führte dazu aus, dass die Anbieter bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands frei seien. Eine Verpflichtung, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen bestehe nicht, zumal Pauschalpreise zu offerieren gewesen seien. Der Befürchtung, dass ein tiefer Preis Auswirkungen auf die Auftragserfüllung zeitigen könne, habe die Stadt Zürich bereits mit dem Kriterium „Qualität des Angebots“ Rechnung getragen, das mit 30 % gleich hoch wie der Preis gewichtet worden sei. Das Vorgehen der Stadt Zürich führe zu einer verfälschten Bewertung des Angebotspreises und widerspreche der vorgängig bekannt gegebenen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien. Entsprechend sei das Unterkriterium „Plausibilität“ zu streichen und stattdessen seien die beiden verbleibenden Unterkriterien „Offertsumme“ und „Ansätze für Zusatzaufträge“ um je 25 % zu erhöhen.

**6.2.** Die Stadt Zürich rügt, dieses Vorgehen stelle eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie dar. Nach § 33 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (Submissionsverordnung, SubmV; LS 720.11) sei der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen, wobei sich dieses nicht ausschliesslich über den Preis definiere. Die in § 33 SubmV festgelegten Kriterien zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots seien weit gefasst und nicht abschliessend genannt. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien verfüge sie über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit. In diesen von der Gemeindeautonomie geschützten Bereich griff das Verwaltungsgericht nach Auffassung der Stadt Zürich ein, indem es die Zulässigkeit des Unterkriteriums „Plau-

sibilität“ verneinte und stattdessen die Punktezahl der Anbieter für die verbleibenden zwei Unterkriterien „Offertsumme“ und „Zusatzaufträge“ je proportional erhöhte.

**6.3.** Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Gemeinden sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus (vgl. BGE 141 I 36 E. 5.4 S. 43 f.; 139 I 169 E. 6.1 S. 172 f.; 138 I 242 E. 5.2 S. 244 f.).

**6.3.1.** Bei der Gemeindeautonomie handelt es sich um ein verfassungsmässiges Recht (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.2 S. 290 f.; 140 I 90 E. 2 S. 95). Die bundesgerichtliche Kognition im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung der Gemeindeautonomie unterscheidet sich somit nicht von jener im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 95 lit. c und Art. 116 BGG; vgl. auch E. 5.1 und 5.2 hiervor). Frei zu prüfen ist im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung der Gemeindeautonomie folglich die Anwendung desjenigen kantonalen Verfassungsrechts, das die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinde regelt. Ebenfalls frei prüft das Bundesgericht, ob die kantonale Rechtsmittelinstanz einen in den Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie fallenden Beurteilungsspielraum respektiert hat (BGE 141 I 36 E. 5.4 S. 43; 136 I 395 E. 2 S. 397).

**6.3.2.** Die Verfassung des Kantons Zürich räumt den Gemeinden Autonomie ein (Art. 85 KV). Wie weit diese im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens reicht, bestimmt die Kantonsverfassung nicht ausdrücklich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht indes fest, dass die Gemeinden als Vergabestellen zwar an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden sind, dabei aber über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit verfügen und somit Autonomie geniessen. Das gilt namentlich bei der Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und schliesslich beim Zuschlag selber (BGE 140 I 285 E. 4.1 S. 292 f. [Kanton Genf]; 138 I 143 E. 3.1 S. 150 [Kanton Zürich]; 129 I 313 E. 5.2 S. 320 [Kanton Wallis]; vgl. auch Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB], welcher sich der Kanton Zürich gemäss § 1 Abs. 1 des Beitrittsgesetzes angeschlossen hat; BGE 141 II 353 E. 3 S. 362 f.; Urteil 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2). In Bezug auf die Zuschlagskriterien besteht ein erheblicher Spielraum der Gemeinden jedenfalls insoweit, als sie einen direkten, sachlichen Bezug zur nachgesuchten Leistung aufweisen (vgl. BGE 140 I 285 E. 5.2 S. 295 f.; BGE 139 II 489 E. 2.2.1 S. 491 f.; 129 I 313 E. 8.1 S. 323 f.; je mit Hinweisen).

**6.4.** In Übereinstimmung mit Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA und Art. 13 lit. f IVöB sieht § 33 Abs. 1 SubmV vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots können neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (vgl. BGE 141 II 353 E. 7.1 S. 369), insbesondere die Qualität der angebotenen Leistung. Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ wird damit gerade nicht ausschliesslich über den tiefsten Preis definiert (vgl. BGE 138 I 143 E. 4.2 S. 151). Vielmehr kann das Zuschlagskriterium Preis nur bei der Beschaffung von standardisierten Gütern das allein massgebliche Kriterium bilden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 879 S. 394 f.; vgl. auch § 33 Abs. 2 SubmV). Demgegenüber kommt dem Preis zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Beschaffung komplexer Werke oder Dienstleistungen regelmässig weniger Gewicht zu; hier rücken andere Kriterien wie Qualität oder Termine in den Vordergrund. Allerdings muss der Preis einer nachgesuchten Leistung auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20 % Berücksichtigung finden (vgl. BGE 130 I 241 E. 6.3 S. 253; 129 I 313 E. 9.2 S. 327; Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.1). Zudem darf eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden (BGE 130 I 241 E. 6.1 S. 250 f.; 129 I 313 E. 9.2 S. 327 f.; Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.1).

## 7.

**7.1.** Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei sind. Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen (sogenannte „Unterangebote“; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 S. 515), sind deshalb als solche nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen gleichwohl erfüllt. Bestehen daran Zweifel, etwa weil das (Unter-) Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann die Vergabestelle ergänzende Erkundigungen einholen (Art. XIII Ziff. 4 lit. a GPA; vgl. BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48 f.; 130 I 241 E. 7.3 S. 255 f.; Urteil 2C\_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 5.2 [zur Publikation vorgesehen]). Zeigt sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, wird es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht wegen des niedrigen Preises (ROBERT WOLF, Preis und Wirtschaftlichkeit, BR 2004 [Sonderheft], S. 13). Während der Preis für die Leistung des Gemeinwesens steht, die es für den Auftrag zu erbringen hat, dienen die anderen Zuschlagskriterien (z.B. Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Betriebskosten, etc.; vgl. § 33 Abs. 1 SubmV) der Bewertung der Gegenleistung, die dem Gemeinwesen für den Preis angeboten wird. Entsprechend ist das preislich tiefste Angebot beim Zuschlagskriterium „Preis“ im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten, aber nicht zwingend mit der Maximalnote zu bewerten (vgl. WOLF, a.a.O., S. 12; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 912 S. 411; DENIS ESSEIVA, BR 2004 [Sonderheft], S. 34; ferner ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 336 S. 211; BLAISE CARRON/MANON SIMEONI, BR 2011 S. 102 f.; BERTRAND REICH, RDAF 2012, S. 70). Mithin darf ein tiefes Angebot allein aufgrund seines Preises nicht

schlechter bewertet werden als höhere Angebote, worauf die Vorinstanz im angefochtenen Urteil und die WEKO in ihrer Stellungnahme mit Blick auf Art. 5 BGBM ebenfalls hinweisen (vgl. dazu auch EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/ Pierre Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 125 zu Art. 5 BGBM; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Kommentar Wettbewerbsrecht, Bd. II, 2011, N. 3 zu Art. 5 BGBM). Beim Zuschlagskriterium „Preis“ einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, dieser sei unplausibel, weil er als solcher nicht den Erwartungen entspreche oder weil er nicht kostendeckend sei, ist demzufolge unzulässig. In diesem Sinne ist auch die in BGE 130 I 241 (vgl. dort E. 7.3 S. 255 f.) noch offen gelassene Frage, ob ungewöhnlich niedrige Angebote allein aufgrund ihres tiefen Preises sanktioniert werden dürfen, zu verneinen.

**7.2.** Aus dem Dargelegten folgt, dass die Bewertung eines Angebots unter dem Titel der „Plausibilität“ unstatthaft ist, sofern sich dieses Kriterium auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Andere Aspekte einer Offerte im Rahmen der Zuschlagskriterien unter dem Gesichtswinkel der „Plausibilität“ zu bewerten, ist der Vergabestelle hingegen nicht verwehrt, solange damit in objektiver Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind: In diesem Fall dient das Kriterium der „Plausibilität“ in grundsätzlich zulässiger Weise der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (vgl. Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA, Art. 13 lit. f IVöB, § 33 Abs. 1 SubmV), sodass ein solches Vorgehen auch mit Blick auf das binnenmarktrechtliche Prinzip des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen (Art. 5 Abs. 1 BGBM; vgl. BGE 141 II 113 E. 3.1.4 und 3.1.5 S. 125 f. mit Hinweisen) nicht generell ausgeschlossen ist. Entsprechend war es auch nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die eingegangenen Angebote in dem Beschaffungsverfahren, das Anlass für das bundesgerichtliche Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 gab, auf ihre „Plausibilität“ hin prüfte und bewertete: Massgebende Variable für die Bewertung des Kriteriums „Plausibilität“ bildete dort nicht der Angebotspreis, sondern das offerierte Zeitbudget für komplexe Ingenieurdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bau eines Pumpspeicherkraftwerks (vgl. Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7 und E. 8). Die vorgeschlagene Stundenzahl wurde herangezogen, um unter anderem anhand eines nach objektiven Kriterien geschätzten Mengengerüsts zu benoten, wie gut die Offerte in Umfang und Qualität den Anforderungen des ausgeschriebenen Auftrags entsprach. Nicht der Angebotspreis als solcher bildete demnach Gegenstand des Kriteriums „Plausibilität“, sondern das offerierte Zeitbudget mit Blick auf die zur Auftragsbefriedigung notwendigen Arbeiten und die dabei verlangte Qualität.

**7.3.** In ihrer Stellungnahme an das Bundesgericht führt die WEKO aus, dass ein Zuschlagskriterium, das die „Plausibilität“ eines Angebots bewertet, mit dem binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot im Bereich öffentlicher Beschaffungen (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BGBM) sowie dem Anspruch auf freien Marktzugang (Art. 3 BGBM) in Konflikt geraten kann. Sie tut dies unter der Prämisse, dass der Preis als solcher bzw. die Schätzung des Auftragswerts unter dem

Titel der „Plausibilität“ zur Bewertung des Angebots dient, was nach den vorstehenden Erwägungen in der Tat bereits aus beschaffungsrechtlicher Sicht nicht angeht. Allerdings weist die Stadt Zürich zutreffend darauf hin, dass sich die WEKO in ihrer Stellungnahme nicht eingehend mit der Bewertung des Kriteriums „Plausibilität“ im konkreten Fall auseinandersetzt. Der Standpunkt der WEKO kann denn auch nicht so verstanden werden, dass die Plausibilität eines Angebots als Zuschlagskriterium selbst dann ausgeschlossen sein soll, wenn damit unter Beachtung des binnenmarktrechtlichen Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots nach objektivierbaren Kriterien jene Leistungen bewertet werden, die der Offertpreis abdeckt. Eine Benachteiligung besonders effizienter oder innovativer Anbieterinnen ist bei diesem letzteren Verständnis ebenfalls nicht zu befürchten.

**7.4.** Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit des Unterkriteriums „Plausibilität“ verneint, ohne näher zu prüfen, welche Aspekte die Vergabebehörde damit im Rahmen der Offertbewertung erfasste. Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 7.2 und E. 7.3) greift die Argumentation des Verwaltungsgerichts zu kurz. Im Folgenden ist deshalb zunächst der Frage nachzugehen, ob die Stadt Zürich mit dem Unterkriterium „Plausibilität“ allein den Angebotspreis bewertete, was unzulässig wäre, oder aber ein Bewertungskriterium zur Anwendung brachte, auf das sie in Ausübung ihrer Gemeindeautonomie grundsätzlich abstellen durfte.

**7.4.1.** Das Zuschlagskriterium „Honorarofferte“ bewertete die Stadt Zürich mit einem Gewicht von 30 % gestützt auf die Unterkriterien „Offertsumme“ (Gewichtung: 70 %), „Ansätze für Zusatzleistungen“ (Gewichtung: 10 %) und „Plausibilität“ (Gewichtung: 20 %). Zur Operationalisierung des Unterkriteriums „Plausibilität“ hat die Stadt Zürich zwanzig Punkte vergeben und unter der Bezeichnung „Nachvollziehbarkeit der Honorarberechnung“ (5 Punkte), „Plausibilisierung des Stundenaufwands“ (10 Punkte) sowie „Kommentar, Bemerkungen“ (5 Punkte) weitere Subkriterien gebildet.

**7.4.2.** Für die Verteilung der Punkte in den erwähnten Subkriterien war nach den Ausführungen der Stadt Zürich massgebend, ob für die Honorarberechnung realistische Faktoren (namentlich in Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der Arbeiten) gewählt wurden, ob das von ihr vorgesehene Konzept bei der Erneuerung des Seewasserwerks Moos mit der errechneten Stundenzahl realistisch umgesetzt werden kann und wie allfällige Bemerkungen in der Offerte im Lichte dieser Parameter interpretiert werden können. Die Stadt Zürich führt weiter aus, sie habe bei der Bewertung des Unterkriteriums „Plausibilität“ namentlich berücksichtigt, dass das Angebot der X. AG auf nicht nachvollziehbar tiefen Faktoren zum Schwierigkeitsgrad der Arbeiten beruhe, zu anderen Angeboten einen eklatanten Unterschied beim errechneten Stundenaufwand aufweise und dass die X. AG zudem vorgeschlagen habe, einen Teil der Engineering-Leistungen, die sie gemäss der Ausschreibung selber erbringen müsste, frühzeitig auf Lieferanten zu übertragen. Die Differenz beim stundenmässigen Gesamtaufwand zwischen der Offerte der X. AG und jener der Y. GmbH betrage 17'000 Stunden, was rund 10 Mannjahre ausmache. Betroffen sei davon mit 16'000 Stunden weit überwiegend der Bereich Verfahrenstechnik, der das Herzstück des

Projekts ausmache. Indem sie entgegen der städtischen Anforderungen von einer Verlagerung von Ingenieurleistungen auf andere Unternehmen ausgehe, habe die X. AG ihrer Offerte genau hier ein Vorgehen zugrunde gelegt, das mit dem Ausschreibungskonzept nicht übereinstimme. Es ergäben sich aufgrund der Auftragsanalyse und der errechneten Stundenaufwände deutliche Lücken im Bereich der für das Gelingen des Projekts zentralen Engineering-Leistungen, was namentlich Anlass zur Befürchtung gebe, dass sich im Verlauf des komplexen, mehrjährigen Projekts Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzleistungen ergeben würden.

**7.4.3.** Aus diesen Vorbringen, die sich in Bezug auf das Vorgehen bei der Bewertung auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts und die vorinstanzlichen Akten stützen können (Art. 105 und Art. 118 BGG), ergibt sich Folgendes: Ausgehend von der Erfahrung der Wasserversorgung als Fachbehörde nahm die Stadt Zürich eine Einschätzung dazu vor, ob die Anbieter den Komplexitätsgrad der jeweiligen Fachbereiche in einer Weise beurteilten, die den Anforderungen des Projekts gerecht werden. Eine realistische Einschätzung des Komplexitätsgrads durch den Anbieter gibt Aufschluss über die Qualität des Angebots und kann sich auf die Auftragserfüllung auswirken („Nachvollziehbarkeit der Honorarofferte“). Weiter berücksichtigte die Stadt Zürich, ob mit dem vorgesehenen personellen Aufwand die verlangten Leistungen in Qualität und Umfang vernünftigerweise erbracht werden können. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass im Rahmen komplexer Dienstleistungsaufträge ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Leistungsqualität und Personaleinsatz nicht von der Hand zu weisen ist. Damit ist zwar weder gesagt, dass die Qualität einer Leistung mit Einsatz von mehr Personal stets zunimmt, noch dass Anbieter einen tiefen Personalaufwand mit Erfahrung, Qualifikation oder Innovation nicht wettmachen können. Beides hat die Vergabestelle zu beachten, was bei der Stadt Zürich der Fall war („Plausibilisierung des Stundenaufwands“, vgl. auch E. 8 hiernach). Kommentare und Bemerkungen zur Kalkulation einer Honorarofferte können schliesslich ihrerseits Hinweise auf die Qualität des Anbieters und der vorgesehenen Leistungserbringung geben („Kommentare, Bemerkungen“). Keines der Subkriterien im Unterkriterium „Plausibilität“ bezieht sich damit direkt auf den Angebotspreis. Vielmehr stehen sie nach dem Gesagten in sachlichem Bezug zur angebotenen Leistung. Mit dem als „Plausibilität“ bezeichneten Unterkriterium hat die Stadt Zürich im Ergebnis also nicht den Angebotspreis als solchen bewertet, sondern letztlich eine Einschätzung zur Qualität des Angebots vorgenommen. Dabei handelt es sich um ein Zuschlagskriterium, das von der Submissionsverordnung vorgesehen ist (§ 33 Abs. 1 SubmV) und bei dessen Ausgestaltung die Stadt Zürich für Beschaffungen in ihrem Zuständigkeitsbereich über einen durch die Gemeindeautonomie geschützten Gestaltungsbereich verfügt (vgl. E. 6.3.2 hiervor).

**7.5.** Ohne sich grundsätzlich gegen eine Plausibilitätsprüfung von Offerten zu wenden, bringt die X. AG vor, dass eine Plausibilitätsprüfung im konkreten Fall unzulässig gewesen sei. Im Einklang mit den Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil macht sie geltend, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung Pauschalange-

bote mit Fixpreisen verlangt habe. Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen ein Angebot als grundsätzlich zuschlagswürdig erachte, verbiete es sich, auch noch dessen Plausibilität zu bewerten.

**7.5.1.** Dieser Einwand mag bei Leistungen zutreffen, die nach Eigenschaft, Qualität und Umfang bereits in der Ausschreibung und den zugehörigen Unterlagen detailliert bestimmt werden können. Die Vergabestelle kann in solchen Fällen gestützt auf die eingereichten Offerten abschliessend beurteilen, ob die offerierten Leistungen im Einzelnen der Ausschreibung entsprechen und Angebote widrigenfalls vom Verfahren ausschliessen (vgl. Urteil 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Die Offerte in Verbindung mit dem konkreten Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung kann beim Zustandekommen eines Vertrags mit einer Anbieterin sodann als Grundlage für kauf- oder werkvertragliche Rechtsbehelfe der Vergabestelle dienen (BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48 f.; Urteil 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3).

**7.5.2.** Im Rahmen komplexer Beschaffungen wie der vorliegenden, bei denen die zu erbringende Dienstleistung nach Eigenschaft, Qualität und Umfang in der Ausschreibung nicht bereits in allen Einzelheiten fixiert werden kann (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2013, Rz. 2846 ff. S. 1554 ff.), bleibt es der Vergabestelle demgegenüber auch bei Angeboten zu Pauschalpreisen unbenommen, deren „Plausibilität“ im Sinne einer Qualitätsbewertung einzuschätzen (vgl. auch Urteile 2D\_39/2014 vom 26. Juli 2014 E. 4; 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 8.5-8.6). Diese kann das notorische Risiko späterer Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzaufträge miteinbeziehen, zu denen es auch bei Verträgen mit Pauschalpreisen regelmässig kommt. Dabei handelt es sich im Vergleich zum Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen (wahrscheinlicher) Abweichungen der Offerte vom ausgeschriebenen Leistungsumfang um die mildere Massnahme. Sie belässt dem betroffenen Anbieter unter Berücksichtigung des Risikos für spätere Auseinandersetzungen über Leistungsumfang und -qualität weiterhin die Chance auf den Zuschlag. Vorausgesetzt für eine Bewertung der so verstandenen „Plausibilität“ eines Angebots ist freilich, dass die Qualitätsprognose nach objektivierbaren Kriterien erfolgt. Das war hier wie gezeigt der Fall (vgl. E. 7.4 hiervor). Die Einwände der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren sind damit nicht stichhaltig.

**7.6.** Nach dem Dargelegten ist das Kriterium „Plausibilität“, wie es die Stadt Zürich bei der Offertbewertung im konkreten Fall zur Anwendung brachte, nicht von vorneherein unzulässig, sondern bewegt sich im Rahmen der ihr zustehenden Autonomie auf dem Gebiet gemeindeeigener Beschaffungen. Allerdings bewertete die Stadt Zürich die „Plausibilität“ der Offerten als Unterkriterium im Zuschlagskriterium „Preis“. Deshalb ist weiter zu prüfen, ob das Vorgehen der Stadt Zürich mit dem Transparenzprinzip (vgl. E. 7.7 hiernach) und den Vorgaben zur Mindestgewichtung des Zuschlagskriteriums „Preis“ zu vereinbaren ist (vgl. E. 7.8 hiernach).

**7.7.** Der Grundsatz der Transparenz ist für öffentliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden in Art. 5 Abs. 2

BGBM und Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB verankert. Er verlangt unter anderem, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden (BGE 141 II 353 E. 6.4 S. 367 f.; 125 II 86 E. 7 S. 101; Urteile 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4 [zur Publikation vorgesehen]; 2P.148/2006 vom 2. Oktober 2006 E. 3.1). Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich unzulässig (BGE 130 I 241 E. 5.1 S. 248 f.; 125 II 86 E. 7 S. 99 ff.; Urteil 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4 [zur Publikation vorgesehen]). Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Reihenfolge zu nennen. Die Angabe von Unterkriterien ist hingegen unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich, sofern sie bloss die Hauptkriterien konkretisieren (BGE 130 I 241 E. 5.1 S. 248 f.; Urteile 2C\_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 4.1 [nicht publ. in: BGE 139 II 489]; 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.4; 2C\_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4).

**7.7.1.** Mit dem Unterkriterium „Plausibilität“ nahm die Stadt Zürich eine Einschätzung zur Qualität der eingegangenen Angebote vor und bewertete nicht den Offertpreis als solchen (vgl. E. 7.4 und 7.5 hiervor). Im Unterschied zu den beiden anderen Unterkriterien „Offertsumme“ und „Ansätze für Zusatzleistungen“ stellt das Unterkriterium „Plausibilität“ deshalb nicht bloss eine Konkretisierung des Zuschlagskriteriums „Honorarofferte“ bzw. „Preis“ dar. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Honorarofferte“ ist das Unterkriterium „Plausibilität“ daher als (preis-)fremdes Kriterium zu betrachten, was mit dem Transparenzprinzip nicht ohne Weiteres vereinbar ist. Im vorliegenden Fall hat die Stadt Zürich in der Ausschreibung jedoch klar festgehalten, dass sie das Zuschlagskriterium „Honorarofferte“ anhand der genannten Unterkriterien bewerten werde. Zum Unterkriterium „Plausibilität“ erwähnte sie zudem ausdrücklich, dass „Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen“ würden. Folglich war für die Anbieter erkennbar, dass im Rahmen des Unterkriteriums „Plausibilität“ nicht eigentlich der Angebotspreis bewertet, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen wird. Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung eines Unterkriteriums „Plausibilität“ im erwähnten Sinne (vgl. E. 7.4 und 7.5) für das Zuschlagskriterium „Preis“ mit dem Transparenzgebot vereinbar. Mangels entsprechender Rügen der Beschwerdeführer (Art. 106 Abs. 2 [i.V.m. Art. 117] BGG, vgl. E. 5.1 und 5.2 hiervor) ist im Übrigen nicht weiter zu untersuchen, ob die Vorinstanz nach dem anwendbaren (inter-)kantonalen Recht überhaupt befugt war, die prinzipielle Zulässigkeit des in der Ausschreibung aufgeführten Unterkriteriums „Plausibilität“ noch im Rahmen der Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid zu überprüfen, nachdem gegen die Ausschreibung kein Rechtsmittel ergriffen worden war (vgl. BGE 130 I 241 E. 4 S. 245 ff.; 129 I 313 E. 6 S. 321 ff.; 125 I 203 E. 3a S. 205 ff.; Urteil 2C\_409/2015 vom 28. September 2015 E. 4.2).

**7.8.** Mit der Verwendung des Unterkriteriums „Plausibilität“ (Gewichtung: 20%) verringerte sich die effektive Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Preis“ von 30 % auf 24 %. Da das Unterkriterium „Ansätze für Zusatzleistungen“ seinerseits mit 10 % gewichtet wurde, floss der Preis für das Grundangebot noch mit einer Gewichtung von 21 % in die Gesamtbewertung der Offerten ein (vgl. E.

7.4.1 hiervor). Die Gewichtung des Preises für das Grundangebot bewegt sich damit am untersten Rand dessen, was die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Beschaffung komplexer Werke und Dienstleistungen noch erlaubt (vgl. E. 6.4 hiervor). Von einer solchen hohen Komplexität des ausgeschriebenen Auftrags ist mit Blick auf seine Grösse und die technischen, baulichen sowie denkmalpflegerischen Besonderheiten im vorliegenden Fall auszugehen; die tiefe Gewichtung des Preises erscheint daher gerade noch als zulässig. Dass die Bewertungsmethode keine steile Preiskurve vorsah, ändert daran im vorliegenden Fall nichts (vgl. E. 6.4 hiervor): Gemäss einlässlicher Prüfung der Vorinstanz orientierte sich die Stadt Zürich bei ihrer Bewertungsmethode mit linearer Skala an einer Preisspanne, die gestützt auf die eingereichten Angebote realistisch erscheint, was die Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren im Übrigen auch nicht mehr in Frage stellt.

**7.9.** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Verwendung eines Zuschlagskriteriums unter dem Titel der „Plausibilität“ in der konkreten Ausgestaltung zulässig war, weil es nicht den Angebotspreis als solchen, sondern die vom Angebot umfassten Leistungen nach zulässigen Kriterien beurteilte (vgl. E. 7.4 und 7.5 hiervor). Dabei bewegte sich die Stadt Zürich innerhalb des Beurteilungsspielraums, der ihr im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zusteht (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Dass die „Plausibilität“ als Unterkriterium zum Offertpreis beurteilt wurde, ist mit dem beschaffungsrechtlichen Transparenzprinzip vereinbar, weil die Vergabebehörde in der Ausschreibung ausdrücklich auf dieses Vorgehen hinwies und die Anbieter erkennen konnten, was unter der zu beurteilenden „Plausibilität“ zu verstehen war (vgl. E. 7.7 hiervor). Schliesslich führte die Anwendung des Unterkriteriums „Plausibilität“ nicht dazu, dass der Preis zu wenig stark gewichtet wurde (vgl. E. 7.8 hiervor). Folglich dringt die Stadt Zürich in diesem Punkt mit ihrer Beschwerde (Verfahren 2C\_1021/2016) durch.

## 8.

**8.1.** Vor dem Verwaltungsgericht machte die X. AG nicht geltend, dass das Unterkriterium „Plausibilität“ grundsätzlich unzulässig sei. Sie rügte vielmehr, die Stadt Zürich habe bei der Bewertung ihrer Offerte ungerechtfertigte Abzüge vorgenommen. Das Verwaltungsgericht ging auf diese Vorbringen der X. AG nicht ein, weil es das Unterkriterium „Plausibilität“ ganz grundsätzlich als unzulässig erachtete. Die diesbezüglichen Rügen der X. AG blieben folglich ungeprüft.

**8.2.** Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich, dass das Bundesgericht diese Prüfung selber vornimmt, anstatt die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 353 E. 9.1 S. 381; 141 II 14 E. 1.5 S. 24 und E. 8.2 S. 38). Es kann den rechtserheblichen Sachverhalt gestützt auf die Akten selber feststellen, soweit er sich nicht aus dem angefochtenen Urteil ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 14 E. 1.6 S. 24 f.). Das rechtliche Gehör der Parteien ist gewahrt; es war ihnen bewusst, dass das Bundesgericht allenfalls reformatorisch entscheiden würde. Zudem hatte die X. AG vor der Vorinstanz und auch im bundesgerichtlichen Verfahren Gelegenheit, sich ausführlich zu äussern und sich zu sämtlichen Standpunkten der Stadt Zürich

und der Y. GmbH vernehmen zu lassen (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.2 S. 38). Das Bundesgericht beschränkt sich bei der Prüfung der im vorinstanzlichen Verfahren erhobenen Rügen auf eine Rechtskontrolle. Es steht ihm nicht zu, die Angemessenheit des Vergabeentscheids bzw. einzelner Bewertungen zu prüfen. Das ergibt sich aus Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 der hier gestützt auf § 1 des Beitrittsgesetzes anwendbaren Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001. Art. 16 IVöB steckt die Kognition der kantonalen Beschwerdeinstanz und damit zugleich die Gemeindeautonomie der Stadt Zürich (Art. 50 Abs. 1 BV) ab (vgl. E. 6.3.1 hiervor).

**8.3.** Die Stadt Zürich erteilte dem Angebot der X. AG im Unterkriterium „Plausibilität“ 14 von insgesamt 20 Punkten. Sie stützte sich dabei auf die in E. 7.4.1 bereits wiedergegebenen Kriterien, allerdings nicht ohne die X. AG in der Bewertungsphase auf die erhebliche Abweichung ihres Angebots beim Stundenaufwand hinzuweisen und ihr in Nachachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496 f.) Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen einzuräumen.

**8.3.1.** Gegen die Bewertung des Unterkriteriums „Plausibilität“ durch die Stadt Zürich brachte die X. AG vor, dass der von ihr angegebene Stundenaufwand sehr wohl plausibel sei. Beim Umbau könne aufgrund zweier zeitlich versetzter Bauetappen von einem gewissen Wiederholungsfaktor profitiert werden. Ihre grosse Erfahrung und Fachkompetenz führten ebenfalls zu einem geringeren Zeitaufwand. Hinzu komme, dass die Y. GmbH einen längeren Anfahrtsweg habe und der grosse Unterschied beim Stundenaufwand hauptsächlich den Hin- und Rückreisen der ausländischen Anbieterin geschuldet sei.

**8.3.2.** Dagegen machte die Stadt Zürich geltend, dass weder der Anfahrtsweg, noch der Wiederholungsfaktor für die grosse Differenz beim Aufwand im Fachbereich „Verfahrenstechnik“ verantwortlich sein könnten. Allfällige Reisezeit könne ortsunabhängig produktiv für Planung und Projektierung genutzt werden. Aus der Kalkulation der Y. GmbH ergebe sich sodann, dass sie den Wiederholungsfaktor ebenfalls berücksichtigt habe. Zudem argumentiere die X. AG hauptsächlich mit dem Wiederholungsfaktor durch die Etappierung in zwei Bauphasen, der die Differenz für Ingenieurleistungen im Bereich Verfahrenstechnik jedoch nicht erkläre. Gestützt auf die Offertunterlagen und die Erläuterungen der X. AG im Rahmen der Anbieterpräsentation gelangte die Stadt Zürich zur Überzeugung, dass jene eine Verlagerung von Ingenieurleistungen auf eine weitere Lieferfirma vornehmen wolle und mit Auseinandersetzungen über Nachträge für Zusatzleistungen zu rechnen sei.

**8.3.3.** Die Vorbehalte der Stadt Zürich gegenüber der Offerte der X. AG sind nicht sachfremd. Die Befürchtung, dass die X. AG versucht wäre, gewisse Ingenieurleistungen auf weitere Unternehmer abzuwälzen oder Nachträge zu stellen, ist gestützt auf die Submissionsunterlagen und die Äusserungen der X. AG in der Bewertungsphase nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass die X. AG nicht stichhaltig erklären konnte, wie sie im Stande sein will, mit deutlich weniger Personalaufwand eine qualitativ

ebenso gute Leistung zu erbringen wie ihre Mitbewerberin. Ihren Stellungnahmen lässt sich nicht schlüssig entnehmen, dass sie die bestehende Differenz mit entsprechend grösserer Erfahrung, Qualifikation oder Innovation wettmachen könnte (vgl. E. 7.4.3 hiervor). Schliesslich machte sie auch nicht geltend, zwar den Aufwand für die Projektausführung realistisch eingeschätzt zu haben, aber bewusst ein grundsätzlich zulässiges Unterangebot (vgl. E. 7.1 hiervor) eingereicht zu haben. Angesichts dessen überschritt die Stadt Zürich ihr Ermessen nicht, indem sie dem Angebot der X. AG im Unterkriterium „Plausibilität“ 14 von 20 Punkten erteilte.

|    | Qualität | Honorar | Referenzen | Qualifikation | Total |
|----|----------|---------|------------|---------------|-------|
| Y. | 27,5     | 24,8    | 19,0       | 18,9          | 90,2  |
| X. | 24,2     | 27,8    | 19,2       | 19,2          | 88,9  |

Die Beschwerde der Stadt Zürich (Verfahren 2C\_1021/2016), die mit ihrer Rüge einer Verletzung der Gemeindeautonomie durchdringt, ist folglich gutzuheissen und das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Die Zuschlagsverfügung vom 9. Dezember 2015 an die Y. GmbH ist zu bestätigen. Auf die weiteren Rügen der Stadt Zürich braucht dabei nicht näher eingegangen zu werden.

#### 10.

Im Rahmen der von ihr erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerde rügt die Y. GmbH in erster Linie eine willkürliche Anwendung der einschlägigen Submissionsgesetzgebung, wozu sie legitimiert ist (vgl. E. 3.1 und 5.2 hiervor). Sie beruft sich dabei aber auch auf die Gemeindeautonomie der Stadt Zürich. Im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist dies entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin zulässig (vgl. E. 5.2 hiervor). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen (E. 6.-9. hiervor) ergibt, hat die Vorinstanz in unzulässiger Weise in die Gemeindeautonomie der Stadt Zürich eingegriffen. Folglich ist auch das Rechtsmittel der Y. GmbH gutzuheissen. Ihre weiteren Rügen müssen bei dieser Sachlage ebenfalls nicht weiter behandelt werden.

#### VI. Ergebnis

#### 11.

Im Ergebnis ist im Verfahren 2C\_1021/2016 auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten. Hingegen ist die gleichzeitig erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ebenso gutzuheissen wie die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_39/2016. Der Zuschlagsentscheid der Stadt Zürich vom 9. Dezember 2015 ist zu bestätigen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie schuldet der Y. GmbH eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 BGG), nicht hingegen der Stadt Zürich, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt (Art. 68 Abs. 3 BGG). Zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### 9.

Die Stadt Zürich bewertete das Zuschlagskriterium „Preis“ nach dem Gesagten innerhalb des Beurteilungsspielraums, der ihr aufgrund ihrer Gemeindeautonomie zukommt. Die ursprüngliche Punkteverteilung (Y. GmbH: 24,8 Punkte / X. AG: 27,8 Punkte) ist wiederherzustellen. Dies führt dazu, dass die Y. GmbH mit 90,2 Punkten wiederum den ersten und die X. AG mit 88,9 Punkten den zweiten Platz einnimmt.

#### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Verfahren 2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 werden vereinigt.

#### 2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2C\_1021/2016 wird nicht eingetreten.

#### 3.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Verfahren 2C\_1021/2016 und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_39/2016 werden gutgeheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2016 wird aufgehoben und die Zuschlagsverfügung vom 9. Dezember 2015 bestätigt.

#### 4.

Die Gerichtskosten von Fr. 11'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

#### 5.

Die Beschwerdegegnerin hat die Y. GmbH für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.- zu entschädigen.

#### 6.

Zur Neuverlegung der Kosten und Parteientschädigungen des kantonalen Verfahrens wird die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

#### 7.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, und der Wettbewerbskommission schriftlich mitgeteilt.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

|             |   |          |   |
|-------------|---|----------|---|
| <b>A</b>    |   |          |   |
| AF          | Arrêté fédéral  | GebrV    | and Trade<br>Verordnung über  |
| AIMP        | Accord intercantonal sur les<br>marchés publics                             | GRUR     | Gebrauchsgegenstände<br>Gewerblicher Rechtsschutz<br>und Urheberrecht   |
| AJP         | Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  | GU       | Gemeinschaftsunternehmen  |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin  | <b>H</b> |   |
| AS          | Amtliche Sammlung des<br>Bundesrechts                                       | HGer     | Handelsgericht  |
| ATF         | Arrêts du Tribunal fédéral suisse,<br>Recueil officiel                      | HMG      | Heilmittelgesetz  |
| <b>B</b>    |   | <b>I</b> |   |
| BA          | Bundesamt   | IPRG     | Bundesgesetz über das internationale<br>Privatrecht                     |
| BB          | Bundesbeschluss   | IVöB     | Interkantonale Vereinbarung über das<br>öffentliche Beschaffungswesen   |
| BBI         | Bundesblatt   | <b>J</b> |   |
| BG          | Bundesgesetz  | JAAC     | Jurisprudence des autorités<br>administratives de la<br>Confédération   |
| BGBM        | Bundesgesetz über den Binnenmarkt   | JdT      | Journal des Tribunaux   |
| BGE         | Entscheidungen des<br>schweizerischen Bundesgerichtes,<br>amtliche Sammlung | <b>K</b> |   |
| BGer        | Bundesgericht   | KG       | Kartellgesetz   |
| BOCE        | Bulletin officiel du Conseil des Etats                                      | KMU      | Kleine und mittlere Unternehmen   |
| BOCN        | Bulletin officiel du Conseil national                                       | KSG      | Konkordat über die<br>Schiedsgerichtsbarkeit                            |
| BoeB        | Bundesgesetz über das öffentliche<br>Beschaffungswesen                      | KVG      | Bundesgesetz über die<br>Krankenversicherung                            |
| BR          | Bundesrat   | <b>L</b> |   |
| BR/DC       | Zeitschrift für Baurecht,<br>Revue du droit de la construction              | LAA      | Loi fédérale sur l'assurance-accidents                                  |
| BUCN        | Bollettino ufficiale<br>del Consiglio nazionale                             | LAMal    | Loi fédérale sur l'assurance-maladie                                    |
| BUCSt       | Bollettino ufficiale<br>del Consiglio degli Stati                           | LCA      | Loi fédérale sur le contrat d'assurance                                 |
| BV          | Bundesverfassung  | LCart    | Loi fédérale sur les cartels et autres<br>restrictions à la concurrence |
| BZP         | Bundesgesetz über den<br>Bundeszivilprozess                                 | LCD      | Loi fédérale contre la concurrence<br>déloyale                          |
| <b>C</b>    |   | LCsl     | Legge federale contro la concorrenza<br>sleale                          |
| CC          | Code civil  | LDA      | Loi fédérale sur le droit d'auteur                                      |
| CE          | Communauté Européenne   | LDIP     | Loi fédérale sur le droit international<br>privé                        |
| CE          | Conseil des Etats   | LETC     | Loi fédérale sur les entraves techniques<br>au commerce                 |
| CF          | Conseil fédéral   | LF       | Loi fédérale / Legge federale   |
| FR.         | Schweizer Franken /<br>Francs suisses / Franchi svizzeri                    | LL       | Legge federale sul lavoro   |
| CO          | Code des obligations  | LMG      | Bundesgesetz über Lebensmittel und<br>Gebrauchsgegenstände              |
| Cost.       | Costituzione federale   | LMI      | Loi fédérale sur le marché intérieur                                    |
| CPC         | Code (cantonal)<br>de procédure civile                                      | LMP      | Loi fédérale sur les marchés publics                                    |
| CPS         | Code pénal suisse   | LOTG     | Legge federale sugli ostacoli tecnici<br>commercio                      |
| cst.        | Constitution fédérale   | LPM      | Loi fédérale sur la protection des<br>marques                           |
| <b>D</b>    |   | LRFP     | Loi fédérale sur la responsabilité du fait<br>des produits              |
| DCP         | Diritto e politica<br>della concorrenza (=RPW)                              | LSPr     | Legge federale sulla sorveglianza dei<br>prezzi                         |
| DPC         | Droit et politique<br>de la concurrence (=RPW)                              | <b>M</b> |   |
| DG          | Direction Générale (UE)   | <b>N</b> |   |
| <b>E</b>    |   | <b>O</b> |   |
| EU          | Europäische Union   | O        | Ordonnance  |
| <b>F</b>    |   | OCDE     | Organisation de Coopération<br>et de Développement Economique           |
| FF          | Feuille fédérale  | OCSE     | Organizzazione per la cooperazione e<br>lo sviluppo economico           |
| FMG         | Fernmeldegesetz   |          |   |
| <b>G</b>    |   |          |   |
| GATT        | General Agreement on Tariffs  |          |   |



|             |   |          |   |
|-------------|---|----------|---|
| 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                                 |
|             |   | TF       | Tribunal fédéral / Tribunale federale                                   |
| <b>P</b>    |   | THG      | Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse                           |
| PA          | Loi fédérale sur la procédure administrative  | TRIPS    | Trade Related Aspects on Intellectual Property                          |
| PCF         | Loi fédérale sur la procédure civile fédérale   |          |   |
| PJA         | Pratique Juridique Actuelle (=AJP)  |          |   |
| Pra.        | Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts   | <b>U</b> |   |
| PrHG        | Produktehaftpflichtgesetz   | UE       | Union Européenne  |
| Publ.CCSPr  | Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix | UFIAML   | Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro     |
| PüG         | Preisüberwachungsgesetz   | URG      | Bundesgesetz über das Urheberrecht                                      |
|             |   | URP      | Umweltrecht in der Praxis (=DEP)  |
|             |   | UWG      | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb                             |
| <b>Q</b>    |   |          |   |
| <b>R</b>    |   | <b>V</b> |   |
| RDAF        | Revue de droit administratif et de droit fiscal   | VKKP     | Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers       |
| RDAT        | Rivista di diritto amministrativo ticinese  | VKU      | Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen         |
| RDS         | Revue de droit suisse (=ZSR)  | VoeB     | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen                       |
| REKOWEF     | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  | VPB      | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)                            |
| Rep. Patria | Repertorio di Giurisprudenza  | VwVG     | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren                              |
| RJB         | Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)  |          |   |
| RO          | Recueil officiel des lois fédérales (=AS)   | <b>W</b> |   |
| RPW         | Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)  | WTO      | Welthandelsorganisation (World Trade Organization)                      |
| RR          | Regierungsrat   | WuW      | Wirtschaft und Wettbewerb   |
| RS          | Recueil systématique des lois fédérales (=SR)   |          |   |
| RSDA        | Revue suisse de droit des affaires (=SZW)   | <b>X</b> |   |
| RSJ         | Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)  | <b>Y</b> |   |
| RSPI        | Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)  | <b>Z</b> |   |
|             |   | ZBGR     | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF) |
| <b>S</b>    |   | ZBJV     | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)                        |
| SAV         | Schweizerischer Anwaltsverband  | ZBI      | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht           |
| SchKG       | Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs   | ZGB      | Schweizerisches Zivilgesetzbuch   |
| SHAB        | Schweizerisches Handels-amtsblatt   | ZPO      | Zivilprozessordnung   |
| SJ          | La semaine judiciaire   | ZSR      | Zeitschrift für schweizerisches Recht                                   |
| SJZ         | Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)  |          |   |

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 5, 97
  - Abrede 1 ff., 78, 81, 86, 96 ff., 121, 126 f., 129 f., 132, 133 ff., 150 ff., 159 ff., 166 ff., 178 ff., 183, 185, 187, 189 f., 194, 196, 198, 201, 203, 205 f.
  - Acquiring -
  - Anhörung 8, 18 f., 83, 133, 150, 155, 166
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 135, 153
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 6
  - Domestic Interchange Fee 64
- E**
- Effizienzgründe 104, 107
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 1 ff., 15 f., 20, 77, 82 f., 104 ff., 117, 119
  - Erheblichkeit 4, 104
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 6, 26, 46, 64, 99
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 100
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 6 f., 99
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
  - marktbeherrschende Stellung 3 f., 6, 17
  - Marktgegenseite 100 f.
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 7, 11
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht -
  - Missbrauch 2, 4, 6 f., 12 f., 16 f., 100, 123, 139, 156, 177, 184, 198, 209
- N**
- Netzwerk 3, 7, 11
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb -
  - Preisabrede 2 ff., 6, 8, 99 ff., 104, 108, 110 f., 114 f., 118 f.
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 4, 99
  - Reduktion der Sanktion 17, 19, 112, 114
- S**
- Sanktionen 2 ff., 10 ff., 15 ff., 19, 81, 95, 104, 113, 115 f., 137, 146 f., 163, 179, 187, 190, 195 f., 199 ff., 203, 205 f.
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 1 ff., 13, 16, 70, 76, 84, 108, 132, 137, 139, 145 ff., 150, 163, 166, 176, 178, 181 ff., 188 ff., 194 f., 198, 200, 204 ff., 223, 226 f., 229, 231 f.
  - Submissionskartell 13, 182 f., 188 ff., 198, 200, 204 ff.
- T**

|                         |                                     |
|-------------------------|-------------------------------------|
| Tarife 6, 12, 90        | Veröffentlichung 185, 190, 201, 206 |
| Tarifvertrag -          | Verschulden 107 ff.                 |
| Tierärzte/innen -       | Vierparteiensysteme -               |
| Transparenzmassnahmen - | vorbehaltene Vorschriften 96        |
|                         | vorgezogene Recyclinggebühren -     |

**U**

|  |                           |
|--|---------------------------|
| Umstossung der Vermutung -   | <b>W</b>                  |
| Untersuchung 1 ff., 78, 80 ff., 85 f., 93 ff., 98 ff., 102 ff., 121, 126 ff., 143 ff., 149 ff., 155, 159 ff., 166 ff., 178, 182 ff., 194, 197 f., 201 ff., 208 f., 213 f., 220 | Wettbewerb um den Markt - |
| unzulässige Wettbewerbsabrede 78, 81, 96, 109, 115, 118, 126, 146, 150, 155, 163   | <b>X</b>                  |
|  | <b>Y</b>                  |
|  | <b>Z</b>                  |

**V**

|  |                      |
|--|----------------------|
| vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede - | Zahlungsmittel -     |
|  | zweiseitige Märkte - |