



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

2024/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.24/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

2024/2

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.

Juli/juillet/luglio 2024

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

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

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

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
3.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Vernehmlassung zu Änderungen der Winterreserveverordnung	330
2.	Vernehmlassung zu Änderungen des Stromversorgungsgesetzes (Stromreserve)	333
3.	Vernehmlassung zur Teilrevision des Landesversorgungsgesetzes (LVG)	338
4.	Vernehmlassung zu Änderungen des Stromversorgungsgesetzes (Anforderungen an systemkritische Unternehmen)	342
5.	Vernehmlassung zur Umsetzung des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien auf Verordnungsstufe und weitere Änderungen der betroffenen Verordnungen	344
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
1.	Selbstregulierungen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) im Bereich Sustainable Finance	359
2.	Übernahme von Glasfasernetzen	366
3.	Glasfaserausbau EWZ	372
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	TX/Locher Consulting & Marketing	375
2.	Post CH AG/Quickmail Holding AG	378
3.	Kanton Graubünden/Swiss Energy Infrastructure Holding/Repower	443
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1.	Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Siegenia-Aubi AG gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede	446
2.	Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Koch Group AG Wallisellen gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabreden	483
3.	Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket	546
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Urteil vom 5. März 2024 - Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung - Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Juni 2021	559
2.	Urteil vom 16. April 2024 – Sanktionsverfügung – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022	580
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 13. Dezember 2023 – Vorsorgliche Massnahmen / Missbrauch relativer Marktmacht	588

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen

Actes législatifs, communications

Atti legislativi, comunicazioni

1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2022	608
2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert) – Décision de la Commission de la concurrence du 12 décembre 2022	616
3. Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert) – Decisione della Commissione della concorrenza del 12 dicembre 2022	624
4. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Dezember 2022	631
5. Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Note explicative CommVert) du 12 décembre 2022	638
6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Opuscolo esplicativo ComVert) del 12 dicembre 2022	645

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)

652

Index (deutsch, français e italiano)

654

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

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

B 1	3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 1.3	1. Vernehmlassung zu Änderungen der Winterreserveverordnung

Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder andern Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral ausgestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

Teilnehmerkreis an öffentlichen Ausschreibungen für die Stromreserve

Antrag:

Die Winterreserveverordnung sei in der vorliegenden Revision dahingehend anzupassen, dass nicht nur die Betreiber von Speicherwasserkraftwerken, sondern *sämtliche* Speicherbetreiber sowie grössere Endverbraucher mit einem Potenzial für Nachfragereduktion an den Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen dürfen. Der Bundesratsantrag und der erläuternde Bericht seien in diesem Sinne zu überarbeiten.

Begründung:

3. Die geltenden Vorgaben in der Winterreserveverordnung² beschränken die Möglichkeit zur Teilnahme an den Auktionen für die Stromreserve auf die Betreiber

von Speicherwasserkraftwerken. Reservekraftwerke, WKK-Anlagen und Notstromaggregate haben die Möglichkeit, im Rahmen der ergänzenden Reserve berücksichtigt zu werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a und b WResV). Eine Änderung dieser Vorgaben im Rahmen der vorliegenden Revision der WResV ist seitens des BFE/UVEK nicht angedacht.

4. In einer zurzeit noch im Parlament hängigen Revision des StromVG³ ist angedacht, dass auch *grössere Endverbraucher mit einem Potenzial für Nachfragereduktion* an den Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen können. Zudem ist in dieser Revision vorgesehen, dass sich *sämtliche* Betreiber von Speicherkraftwerken (nicht nur die Speicherwasserkraft) an diesen Ausschreibungen beteiligen dürfen. Die WEKO begrüsst es, dass mit dieser Vorlage die Ausweitung des Kreises der Teilnehmenden an der Stromreserve für kritische Versorgungssituationen im StromVG auf formalgesetzlicher Ebene verankert werden soll. Voraussichtlich wird die zurzeit im Parlament hängige Gesetzesrevision betreffend das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit einheimischen erneuerbaren Energien zu einer Ausweitung des Teilnehmerkreises führen. Der National- und der Ständerat unterstützen dieses Anliegen. In Bezug auf einzelne Details hinsichtlich der Ausgestaltung der Stromreserve bestehen zurzeit allerdings noch Differenzen.⁴

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

² Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter vom 25.1.2023 (Winterreserveverordnung, WResV; SR 734.722).

³ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁴ Vgl. Fahne zur Änderung des Energie- und Stromversorgungsgesetzes (21.047) nach dem Beschluss des Ständerats in der Sommersession 2023, Art. 8a StromVG; <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210047/S33%20D.pdf> (24.8.2023).

5. Es ist unklar, ob und wann die Ausdehnung des Teilnehmerkreises aufgrund der Revision des StromVG in Kraft treten wird. Die aus wettbewerblichen Gründen gebotene Ausdehnung des Teilnehmerkreises könnte aus heutiger Sicht frühestens nach Inkrafttreten der Revision des StromVG mit einsprechenden Vorgaben im Jahr 2025 erfolgen und erstmals für den Winter 2025/26 zur Anwendung gelangen. Im Falle der Weiterführung des bisherigen Konzepts auf Verordnungsstufe könnten somit mindestens für die nächsten beiden Winter lediglich die Betreiber von Speicherwasserkraftwerken an den Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen. Aus Wettbewerbsperspektive wäre dies unbefriedigend.

6. Aus wettbewerblichen Gründen sollten *sämtliche* aus technischer Sicht geeigneten Anbieter von Speicherkapazitäten sowie Grossverbraucher zu den Ausschreibungen für die Stromreserve zugelassen werden. Mit einer *technologieneutralen* Ausgestaltung der Vorgaben auf Verordnungsstufe würde sichergestellt, dass andere geeignete Anbieter gegenüber den Betreibern von Speicherwasserkraftwerken nicht diskriminiert werden, indem diesen der Zugang zum betreffenden Markt ebenfalls ermöglicht wird. Einschränkungen des Teilnehmerkreises über das Verordnungsrecht, welche alternative Technologien zur Speicherwasserkraft per se ausschliessen, sind nicht erforderlich. Es kann über die Ausschreibungskriterien sichergestellt werden, dass sich nur aus technischer Sicht geeignete Akteure an den Ausschreibungen beteiligen dürfen. Durch die Öffnung des Teilnehmerkreises könnte aufgrund der Erhöhung des Potenzials auf der Angebotsseite zudem die Kosteneffizienz verbessert werden. Endkundinnen und Endkunden würden dadurch geringfügiger mit Zusatzkosten aufgrund der Reservebildung belastet, da sich die Netzkosten für diese entsprechend weniger stark erhöhen würden.

7. Der Grundsatz der Technologieneutralität betreffend die an Ausschreibungen für die Stromreserve teilnahmeberechtigten Akteure sollte aus wettbewerblicher Sicht so zeitnah wie möglich verwirklicht werden. Nach Auffassung der WEKO sollte sich die Technologieneutralität zumindest **ab dem Winter 2024/25** umsetzen lassen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb es für das UVEK/BFE nicht fristgerecht möglich sein sollte, zumindest für den *übernächsten* Winter den Kreis der Teilnahmeberechtigten für diese Ausschreibungen auszuweiten. Um zumindest auf Verordnungsstufe die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen zu schaffen, sollte die Winterreserververordnung in dieser Vorlage entsprechend angepasst werden. Zur Begründung dieses Antrags verweisen wir im Übrigen auf die Ausführungen in der Stellungnahme des Sekretariats vom 15. Dezember 2022 in der 2. Ämterkonsultation zur WResV und der WEKO vom 16. November 2022 in der diesbezüglichen Vernehmlassung.

Verfügbarkeitsanforderungen an Reservekraftwerke

Antrag:

Als Reservekraftwerke im Rahmen der ergänzenden Reserve zu berücksichtigen seien primär Anlagen, die eine *hohe Verfügbarkeit* garantieren können; *beispielsweise* durch Umschaltung auf alternative Betriebsmittel oder mittels Speicher. Auf ein *zwingendes* Erfordernis zur Zwei- oder Mehrstofffähigkeit, um an Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen zu können, sei zu verzichten. Art. 6 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 WResV sei in diesem Sinne abzuändern.

Begründung:

8. Gemäss der heutigen Regelung in der Winterreserververordnung können *grundsätzlich* nur Kraftwerke, die als Zweistoffanlagen betrieben werden können, an der ergänzenden Reserve teilnehmen. Vom Zweistofferefordernis kann abgewichen werden, wenn andernfalls die für die ergänzende Reserve geforderte Leistung von insgesamt bis zu 1000 MW nicht erreicht würde.⁵

9. Aufgrund des Grundsatzes der Technologieneutralität sollte die Möglichkeit zur Teilnahme als Reservekraftwerk an der ergänzenden Reserve *nicht zwingend* von der Zwei- oder Mehrstofffähigkeit abhängig gemacht werden. Vielmehr sollte es den Anlagenbetreibern und Projektanten überlassen bleiben, auf welche Weise sie eine *möglichst hohe Verfügbarkeit* garantieren können. Sollte – wie bislang vorgesehen – einzig auf die Eigenschaft eines Kraftwerks als Zweistoffanlage abgestellt werden, würden Akteure benachteiligt, die zwar über keine Zweistoffanlage verfügen, aber auf andere Weise die für ein Reservekraftwerk erforderlichen technischen Voraussetzungen erfüllen können.

Kosten und Finanzierung der ergänzenden Reserve

Antrag:

Die Betreiber von Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten in der ergänzenden Reserve seien hinsichtlich der Tragung von Ausgleichsenergiekosten aufgrund von Fahrplanabweichungen gleich zu behandeln wie die übrigen Akteure im Strommarkt. Zudem sei darauf zu verzichten, diesen Akteuren über das Verfügbarkeitsentgelt und die Abrufentschädigung hinaus weitere Kosten zu vergüten. Art. 22 Abs. 1 Bst. e und f WResV seien zu streichen.

Begründung:

Kosten für Ausgleichsenergie

10. In Art. 22 Abs. 1 Bst. e des Verordnungsentwurfs soll neuerdings definiert werden, dass die Kosten der Betreiber von Reservekapazitäten, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten für die Ausgleichsenergie *Kosten des Übertragungsnetzes* darstellen sollen, sofern zwischen dem Bund und den Betreibern eine Kostenübernahme

⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 WResV.

vereinbart worden sei. Demnach sollen solche Kosten *als anrechenbare Betriebskosten des Übertragungsnetzes* auf sämtliche Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz sozialisiert werden. Mit der vorgesehenen Verordnungsänderung sollen die betreffenden Ausgleichsenergiekosten *somit entgegen des für alle übrigen im Strommarkt tätigen Akteure geltenden Grundsatzes* nicht den sie verursachenden Bilanzgruppen *individuell* in Rechnung gestellt werden, wie dies formalgesetzlich in Art. 15a Abs. 1 StromVG verankert ist.

11. Mit der individuellen Anlastung von Kosten für Ausgleichsenergie sollen Anreize für möglichst präzise Fahrplanmeldungen der Bilanzgruppenverantwortlichen an die Swissgrid AG gesetzt werden. Im StromVG befindet sich zurzeit keine Delegationsnorm, wonach der Bundesrat befugt wäre, die *Ausgleichsenergiekosten* von *bestimmten Akteuren* mittels einer Regelung auf Verordnungsstufe auf sämtliche Endkundinnen und Endkunden zu sozialisieren. Im Rahmen einer zurzeit ebenfalls auf Verwaltungsstufe pendenten Vorlage zur Revision des StromVG soll eine neue Delegationsnorm im formellen Gesetz geschaffen werden, welche die Überwälzung dieser Kosten ermöglichen soll.⁶ Insofern soll mit der vorliegend beabsichtigten Verordnungsänderung die gewünschte Kostenüberwälzung möglichst zeitnah und ohne gesetzliche Grundlage verwirklicht werden, d. h. noch bevor allenfalls eine entsprechende Revision des StromVG in einigen Jahren in Kraft treten wird.

12. Die angedachte Sonderregelung für bestimmte Akteure führt aus Sicht der WEKO zu einer *nicht verursachergerechten* Anlastung der Kosten für Ausgleichsenergie. Damit würden die unausgeglichene Bilanzgruppen von Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten gegenüber allen übrigen Marktakteuren *bevorzugt* behandelt. Im Gegensatz zu allen übrigen Marktakteuren soll für sie *per se kein Risiko* bestehen, Kosten für Ausgleichsenergie bezahlen zu müssen. Das schafft ein «moral hazard»-Risiko.

13. Hinzu kommt, dass der Verzicht auf die Verrechnung der Kosten für Ausgleichsenergie an diese Akteure aus Sicht der Versorgungssicherheit *falsche Anreize* setzen würde. Erzeugungskapazitäten, welche als zusätzliche Reserve neben Speicherkapazitäten und grossen Endverbrauchern bei der Stromreserve berücksichtigt werden, müssen dazu in der Lage sein, bei Abruf Strom einzuspeisen, um eine *kurz bevorstehende* Mangellage verhindern oder zeitlich aufschieben zu können. Insofern ist es von wesentlicher Bedeutung, dass für diese Funktion lediglich Kraftwerke berücksichtigt werden, die *je-derzeit* auf Abruf bereitstehen und *möglichst rasch* mit der Kapazität, für welche sie sich vertraglich verpflichtet haben, Strom einspeisen können. Für die Gewährleistung ihrer kurzfristigen Einsatzfähigkeit im Bedarfsfall werden die Teilnehmer der zusätzlichen Reserve als *Gegenleistung* ein *Verfügbarkeitsentgelt* sowie beim Abruf eine Entschädigung für die eingespeiste Energie erhalten.

14. Im Übrigen macht es auch konzeptionell keinen Sinn, dass Ausgleichsenergiekosten als Kosten des Übertragungsnetzes auf sämtliche *Endkundinnen und Endkunden* in der Schweiz sozialisiert werden. Dadurch

würden diese übermässig mit Kosten belastet. Die Endkundinnen und Endkunden müssen bereits die aufgrund der Fahrplanabweichungen erforderlichen *SDL-Kosten der Swissgrid AG* über die Netzkosten bezahlen⁷ und können auf die Sicherstellung der kurzfristigen Einsatzbereitschaft der Reservekapazitäten keinen Einfluss nehmen.

Kosten aufgrund von Vereinbarungen des Bundes mit Dritten

15. Gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. f des Verordnungsentwurfs sollen basierend auf entsprechend lautenden Vereinbarungen zwischen dem Bund und Dritten «weitere für die ergänzende Reserve notwendige Kosten» als Kosten für die Stromreserve an alle Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz überwälzt werden. Gemäss den Erläuterungen handle es sich dabei beispielsweise um Kosten für Strom oder Gas sowie die in Art. 23 Abs. 4 WResV genannten Aufwendungen.⁸

16. Die WEKO beantragt die Streichung von Art. 22 Abs. 1 Bst. f WResV. Aus Sicht der WEKO sollten die Betreiber von Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten die erforderlichen Kosten ihrer Reservekapazitäten bereits gestützt auf das Verfügbarkeitsentgelt und die Abrufentschädigung erhältlich machen können. Somit sollten die Kosten für die Gewährleistung der zeitnahen Inbetriebnahme auf Abruf (einsatzunabhängige Kosten) sowie eines allfälligen Einsatzes (einsatzabhängige Kosten) gedeckt sein. Insbesondere sollten an der ergänzenden Reserve teilnehmende Akteure, die mittels Ausschreibungen ermittelt werden, die Kosten für Erstellung und Inbetriebnahme ihrer Reservekapazitäten bereits in das Verfügbarkeitsentgelt einkalkulieren. Die Höhe des Verfügbarkeitsentgelts ist ein wesentliches Kriterium für den Entscheid, welche Akteure den Zuschlag erhalten und in die ergänzende Reserve aufgenommen werden.⁹ Insofern würde es zu Wettbewerbsverzerrungen kommen, wenn der Bund mit *bestimmten Akteuren vereinbaren* würde, dass sie über die ihnen gestützt auf die WResV zustehenden Abgeltungen hinaus weitere Beträge erhalten sollen. Die Regelungen hinsichtlich der Kostenerstattung sollten aus wettbewerblicher Sicht für sämtliche Akteure gleich sein. Privilegierungen bestimmter Akteure würden zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Nachträgliche Vereinbarungen mit bestimmten Akteuren, in welchen diesen die Erstattung weiterer Kosten zugesichert wird, sollten zumindest für Reservekapazitäten, die mittels Ausschreibungen bestimmt werden, vermieden werden.

⁶ Vgl. Art. 8b Abs. 4 Bst. h E-StromVG in der Version des Vernehmlassungsentwurfs vom 28.6.2023.

⁷ Vgl. Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG.

⁸ Vgl. erläuternder Bericht zur Änderung der Winterreserveverordnung (WResV) vom 28.6.2023, S. 4.

⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Bst. a WResV.

B 1.3

2. Vernehmlassung zu Änderungen des Stromversorgungsgesetzes (Stromreserve)

1. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.¹ Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die unkommentierten Ausführungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Gesetzesänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

2. Stromreserve

Antrag:

Art. 8a Abs. 2 StromVG sei dahingehend anzupassen, dass gestützt auf das StromVG nicht nur die Betreiberinnen von Speichern, sondern auch grössere Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Potenzial für Nachfragereduktion an den Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen dürfen. Der erläuternde Bericht sei in diesem Sinne zu überarbeiten. Art. 8a Abs. 2^{bis} StromVG sei zu streichen.

Begründung:

3. In Art. 8a Abs. 2^{bis} des Vernehmlassungsentwurfs ist vorgesehen, dass es der Bundesrat **zwingend auf Verordnungsstufe** verankern muss, falls auch grössere Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Potenzial für die Nachfragereduktion an den Ausschreibungen für die Speicherreserve sollen teilnehmen dürfen. Im erläuternden Bericht wird nicht begründet, weshalb der Zugang der Nachfrageseite zu diesen Auktionen von einer Regelung auf Verordnungsstufe abhängig gemacht werden müsste. Diese Anforderung hätte zur Folge, dass der Nachfrageseite der Zugang zu den Auktionen verwehrt wäre, solange es an einer Regelung in der Winterreserveverordnung² fehlt.

4. Die geltenden Vorgaben in der WResV beschränken die Möglichkeit zur Teilnahme an den Auktionen auf die Betreiberinnen von Speicherwasserkraftwerken. Reservekraftwerke, WKK-Anlagen und Notstromaggregate haben die Möglichkeit, im Rahmen der ergänzenden Reserve berücksichtigt zu werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a und b WResV). Eine Änderung dieser Vorgaben

im Rahmen der zurzeit laufenden Revision der WResV ist seitens des BFE/UVEK nicht angedacht.

5. Die WEKO begrüsst es, dass der Teilnehmerkreis zu den Ausschreibungen für die Stromreserve mit vorliegender Gesetzesrevision zumindest auf *sämtliche* Speicherbetreiberinnen ausgedehnt werden soll. Die WEKO beantragt, dass in der vorliegenden Revision des StromVG die Voraussetzungen auf *Gesetzesebene* geschaffen werden, damit auch grössere Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Potenzial für Nachfragereduktion an den Ausschreibungen für die Stromreserve teilnehmen dürfen. Aus wettbewerblicher Perspektive sollten *sämtliche* aus technischer Sicht geeigneten Anbieterinnen als Teilnehmende an diesen Ausschreibungen zugelassen werden; somit auch Grossverbraucherinnen, welche die technischen Voraussetzungen erfüllen und insofern den Verbrauch auf einen bestimmten Zeitpunkt hin in wesentlichem Umfang einsparen können. Mit der Verankerung dieses Grundsatzes wäre der *diskriminierungsfreie* Zugang zur Stromreserve sichergestellt. Durch die Öffnung des Teilnehmerkreises könnte aufgrund der Erhöhung des Potenzials auf der Angebotsseite zudem die Kosteneffizienz verbessert werden. Endkundinnen und Endkunden würden dadurch geringfügiger mit Zusatzkosten aufgrund der Reservebildung belastet, wodurch sich die Netzkosten für diese entsprechend weniger stark erhöhen würden. Es kann über die Ausschreibungskriterien sichergestellt werden, dass sich nur aus technischer Sicht geeignete Akteure an den Ausschreibungen beteiligen dürfen.

6. Weiter ist zu berücksichtigen, dass kürzlich auch die eidgenössischen Räte anlässlich einer Revision des StromVG im Rahmen des sog. «Mantelerlasses» die Ausweitung des Teilnehmerkreises der Auktionen für Reservekapazitäten auf Grosskunden mit einem Potenzial für die Lastreduktion auf *Gesetzesebene* angenommen haben.³ Grosskunden mit einem Potenzial für die Nachfragereduktion werden somit *nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung gestützt auf das StromVG* Zugang zu den Auktionen für Reservekapazitäten erhalten.

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter vom 25.1.2023 (Winterreserveverordnung, WResV; SR 734.722).

³ Vgl. Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes) vom 29.9.2023 Art. 8a StromVG; <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210047/Schlussabstimmungstext%201%20SN%20D.pdf> (17.10.2023).

Folglich besteht auch unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers kein Anlass, den Zugang dieser Akteure künftig zusätzlich von rechtssetzenden Bestimmungen auf Verordnungsstufe abhängig zu machen, zumal diese Einschränkung im erläuternden Bericht zurzeit weder erwähnt noch begründet wird.

3. An der Stromreserve teilnehmende Reservekraftwerke, WKK-Anlagen und Notstromaggregate (ergänzende Reserve)

Antrag:

Es sei ein neuer Absatz 1^{bis} in Art. 8b StromVG einzufügen, wonach die Erzeugungskapazitäten der zusätzlichen Reserve mittels Ausschreibungen bestimmt werden müssen. Auf Ausschreibungen soll nur dann verzichtet werden können, falls nach einer ersten Ausschreibung kein Angebot eingegangen ist, welches den technischen Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Art. 8b Abs. 4 Bst. b Ziff. 2 StromVG sei zu streichen.

Es sei auf die Schaffung einer Delegationsnorm im StromVG zu verzichten, welche es dem Bundesrat ermöglicht, an der Stromreserve teilnehmenden Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten die von ihnen verursachten Kosten für die Ausgleichsenergie zu erlassen und diese stattdessen über das Netznutzungsentgelt auf die Endkundinnen und Endkunden zu sozialisieren. Art. 8b Abs. 4 Bst. h StromVG sei zu streichen.

Begründung:

Verfahren zur Bestimmung der ergänzenden Reservekapazitäten

7. Die WEKO nimmt zur Kenntnis, dass der Bund im Anschluss an die Konsultationen zur Winterreserveverordnung mit zwei weiteren Reservekraftwerken Verträge abgeschlossen hat und die betreffenden Reservekapazitäten ohne Ausschreibung bestimmt wurden. Die drei bislang bestimmten Reservekraftwerke weisen eine Leistung von bis zu 336 MW auf. Die Verträge zwischen dem Bund und den Betreiberinnen der Reservekraftwerke laufen Ende Frühling 2026 aus.⁴ Weiter geht aus dem erläuternden Bericht zur Revision des StromVG hervor, dass der Bund Verträge mit Axpo, CKW und BKW unterzeichnet hat. Die betreffenden Unternehmen würden im Auftrag des Bundes als Pooler ein nationales *virtuelles Reservekraftwerk* aus *Notstromaggregaten* aufbauen, die von ihren Besitzerinnen und Besitzern freiwillig gegen eine Entschädigung zur Verfügung gestellt würden. Die Besitzerinnen und Besitzer konnten sich seit Herbst 2022 bei den Poolern anmelden. Ziel sei, Notstromgruppen mit einer Leistung von insgesamt rund 280 MW unter Vertrag zu nehmen.⁵ Die Wettbewerbsbehörden waren bei diesen Auswahlprozessen nicht involviert und konnten sich aus wettbewerblicher Sicht hierzu nicht äussern. Ihnen sind die Inhalte der einzelnen Verträge, welche der Bund mit den genannten Akteuren abgeschlossen hat sowie insbesondere deren Rechte und Pflichten nicht bekannt. Aus wettbewerblicher Sicht war das bisherige Verfahren zur Bestimmung von Reservekraftwerken nicht optimal, da mit bestimmten Akteuren Verträge abgeschlossen wurden, jedoch nicht alle po-

tenziell geeigneten Anbieter die Möglichkeit hatten, eine Offerte einzureichen.

8. Für die Zeit *nach* 2026 sollen mit der vorliegenden Revision des StromVG Vorgaben auf Gesetzesstufe für eine zusätzliche Reserve (in Ergänzung zur Stromreserve) geschaffen werden. Dabei soll der Bundesrat die Befugnis erhalten, auf Verordnungsstufe vorzusehen, dass die Reserveteilnehmer *nicht über Ausschreibungen*, sondern über ein *anderes Verfahren* zu ermitteln sind.⁶ Im erläuternden Bericht zur Revision des StromVG ist festgehalten, dass etwa für einzelne Kategorien von Reserveteilnehmern (z. B. kleine WKK-Anlagen) auf eine Ausschreibung verzichtet werden könnte. Als alternatives Verfahren seit etwa ein Einladungsverfahren denkbar.⁷

9. Mit der angedachten Delegation an den Verordnungsgeber hätte dieser die Möglichkeit, für diverse Bereiche der ergänzenden Reserve *Ausschreibungen auszuschliessen*. Aus Sicht der WEKO sollten die Anlagen, welche künftig ausserhalb des Strommarktes als Reservekraftwerke zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter tätig sein werden, wenn immer möglich in *wettbewerblichen* Zuteilungsverfahren ermittelt werden. Aus wettbewerblicher Sicht sollte nur in *begründeten Ausnahmesituationen* auf die Durchführung von Ausschreibungen verzichtet werden. Diese Konstellationen sollten *abschliessend im Gesetz selbst* aufgeführt werden. Eine Sonderregelung für *bestimmte Kategorien* von Reserveteilnehmern, wie dies seitens des BFE/UVEK angedacht ist, wäre nicht technologieneutral und ist aus wettbewerblicher Sicht abzulehnen. Bei einem Einladungsverfahren anstelle einer öffentlichen Ausschreibung würde der für den Zuschlagsentscheid zuständige Akteur – das BFE oder die Swissgrid AG – selbst bestimmen, welche potenziellen Anbieter für ein Angebot angeschrieben werden. Eine derartige künstliche Beschränkung der Anbieterseite führt tendenziell zu höheren Kosten und sollte nur vorgenommen werden, falls dies systembedingt zwingend notwendig ist. Aus Wettbewerbsperspektive sollte höchstens dann auf eine Ausschreibung verzichtet werden, falls in einer ersten Runde kein Angebot eingegangen ist, welches den technischen Anforderungen der Ausschreibung entspricht.

Verrechnung der Kosten für Ausgleichsenergie

10. Gemäss Art. 8b Abs. 4 Bst. h StromVG soll der Bundesrat künftig die Möglichkeit erhalten, im Verordnungsrecht vorzusehen, dass die Kosten für die Ausgleichsenergie⁸, welche von an der Stromreserve teilnehmenden Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten verursacht werden, als *anrechenbare Betriebskosten des Übertragungsnetzes* zu behandeln

⁴ Vgl. Änderung des Stromversorgungsgesetzes (Stromreserve), erläuternder Bericht zum Vorentwurf (nachfolgend: erläuternder Bericht zur StromVG-Revision), S. 9; Medienmitteilung des BFE vom 28.7.2023 zur ersten Ausschreibung für Reservekraftwerke ab 2026; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97128.html> (17.10.2023).

⁵ Vgl. erläuternder Bericht zur StromVG-Revision, S. 9 f.

⁶ Vgl. Art. 8b Abs. 4 Bst. b Ziff. 2 StromVG.

⁷ Vgl. erläuternder Bericht zur StromVG-Revision, S. 9.

⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. e StromVG.

sind. Damit sollen die betreffenden Kosten *entgegen des für alle übrigen Akteure geltenden Grundsatzes* nicht den sie *verursachenden* Bilanzgruppen *individuell* in Rechnung gestellt werden. Das Bedürfnis für ein entsprechendes Sonderregime wird im erläuternden Bericht zur Revision des StromVG damit begründet, dass es insbesondere bei den Reservekraftwerken bei der Betriebsaufnahme zu Verzögerungen und entsprechenden Fahrplanabweichungen kommen könne, weil diese nur ausnahmsweise eingesetzt würden.⁹

11. Die angedachte Sonderregelung führt zu einer *nicht verursachergerechten* Anlastung der Kosten für Ausgleichsenergie. Damit würden die unausgeglichene Bilanzgruppen von Reservekraftwerken, WKK-Anlagen und Notstromaggregaten gegenüber allen übrigen Marktakteuren bevorzugt behandelt. Im Gegensatz zu allen übrigen Marktakteuren soll für sie *per se kein Risiko* bestehen, Kosten für Ausgleichsenergie bezahlen zu müssen.

12. Hinzu kommt, dass der Verzicht auf die Verrechnung der Kosten für Ausgleichsenergie an diese Akteure aus Sicht der Versorgungssicherheit falsche Anreize setzen würde. Erzeugungskapazitäten, welche als zusätzliche Reserve neben Speicherkapazitäten und grossen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern bei der Stromreserve berücksichtigt werden, müssen dazu in der Lage sein, bei Abruf Strom einzuspeisen, um eine *kurz bevorstehend*¹⁰ Mangellage verhindern oder zeitlich aufschieben zu können. Insofern ist es von wesentlicher Bedeutung, dass für diese Funktion lediglich Kraftwerke berücksichtigt werden, die *jederzeit* auf Abruf bereitstehen und *möglichst rasch* mit der Kapazität, für welche sie sich vertraglich verpflichtet haben, Strom einspeisen können. Für die Gewährleistung ihrer kurzfristigen Einsatzfähigkeit im Bedarfsfall werden die Teilnehmenden der zusätzlichen Reserve als *Gegenleistung* ein *Verfügbarkeitsentgelt* sowie beim Abruf ein Entgelt für die eingespeiste Energie erhalten. Mit der individuellen Anlastung von Kosten für Ausgleichsenergie sollen Anreize für möglichst präzise Fahrplanmeldungen der *Bilanzgruppenverantwortlichen* an die Swissgrid AG gesetzt werden.

13. Sofern entgegen dem Antrag der WEKO an der beabsichtigten Delegationsnorm festgehalten wird, sollte zumindest auf eine *Sozialisierung* der betreffenden Ausgleichsenergiekosten auf sämtliche Endkundinnen und Endkunden verzichtet werden. Konzeptionell macht es keinen Sinn, dass den *Endkundinnen und Endkunden* Ausgleichsenergiekosten verrechnet werden. Die Endkundinnen und Endkunden müssen bereits die aufgrund der Fahrplanabweichungen erforderlichen SDL-Kosten der Swissgrid AG über das Netznutzungsentgelt bezahlen¹¹ und können auf die Sicherstellung der kurzfristigen Einsatzbereitschaft dieser Reservekapazitäten keinen Einfluss nehmen.

4. Finanzielle Förderung von WKK-Anlagen

Antrag:

Auf die Schaffung von formalgesetzlichen Grundlagen zur finanziellen Förderung von WKK-Anlagen sei zu verzichten.

Begründung:

14. Der Bundesrat will den Zubau von wärmegesteuerten WKK-Anlagen mittels Investitionsbeiträgen aus dem *Netzzuschlagsfonds* fördern.¹² Der Netzzuschlagsfonds soll aufgrund der neuen Förderung nicht erhöht werden und weiterhin höchstens 2,3 Rp./kWh betragen.

15. Die Einführung eines *neuen* Förderinstruments für wärmegesteuerte WKK-Anlagen führt zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen auf den Stromproduktions- und Versorgungsmärkten. Eine solche Regelung ist nicht technologie-neutral und benachteiligt andere Stromproduzenten, welche keine Fördergelder erhalten. Aus wettbewerblicher Sicht ist die beabsichtigte Förderung daher abzulehnen.

16. Die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds werden bislang ausschliesslich für die Förderung von (*kostengünstigeren*) *erneuerbaren* Energien eingesetzt, um die Zielwerte der Energiegesetzgebung zu erreichen. Bei der neuerdings angedachten Förderung von wärmegesteuerten WKK-Anlagen geht es nicht darum, den Zubau von erneuerbaren Energien zu erhöhen. Vielmehr handelt es sich um eine weitere Massnahme zur Gewährleistung der Winterversorgung.

17. Die Ausschüttung der für die Förderung von erneuerbaren Energien notwendigen Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds zum Bau von wärmegesteuerten WKK-Anlagen würde dazu führen, dass dieses Geld nicht mehr zur Förderung von erneuerbaren Energien verwendet werden könnte, für deren Ausbau gemäss Art. 2 und 3 EnG¹³ zeitliche Zielvorgaben eingehalten werden müssen. Dadurch könnte das auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierende und nicht wettbewerbsneutrale Fördersystem für erneuerbare Energien, welches bis mindestens 2035 laufen soll, zeitlich *verlängert* werden. Aus wettbewerblicher Sicht sollten die mit diesem Fördersystem einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion und -versorgung *nicht länger als notwendig* bestehen bleiben. Auch dies spricht aus Wettbewerbsperspektive gegen die Einführung dieses neuen Fördermodells.

18. Zudem haben die Wettbewerbsbehörden bereits in früheren Konsultationen zu Rechtsetzungsprojekten im Energiebereich stets die Auffassung vertreten, dass die beschränkt verfügbaren Fördergelder im Energiebereich aus wettbewerblicher Sicht in möglichst *kosteneffiziente* Technologien investiert werden sollten. Der Bau und Betrieb von *wärmegesteuerten* WKK-Anlagen zur Stromproduktion im Markt ist *nicht wirtschaftlich* und wohl auch *langfristig nicht wettbewerbsfähig*. Gemäss einem Bericht des Bundesrats vom Dezember 2022 werden bei mit fossilen als auch mit erneuerbaren oder synthetischen Brennstoffen betriebenen WKK-Anlagen

⁹ Vgl. erläuternder Bericht zur StromVG-Revision, S. 5 f. und 17 f.

¹⁰ Vgl. erläuternder Bericht zur StromVG-Revision, S. 13.

¹¹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG.

¹² Vgl. erläuternder Bericht, S. 6 und 20.

¹³ Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

die Gesteungskosten der Stromproduktion auch langfristig höher sein als die beim Verkauf der Elektrizität durchschnittlich erzielbaren Erlöse. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sich der Preis zum Erwerb von CO₂-Emissionsrechten künftig erheblich verteuern könnte, was den Betrieb von WKK-Anlagen noch weniger rentabel machen würde.¹⁴

19. Die neuerdings angedachte finanzielle Förderung von wärmegesteuerten WKK-Anlagen wird vom BFE/UVEK damit begründet, dass diese Kraftwerke einen Beitrag zur Stromproduktion im Winter leisten könnten. Durch die zusätzliche Stromproduktion sollen die bestehenden Wasserspeicher geschont werden.¹⁵ Zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter wurden in letzter Zeit bereits *diverse* gesetzgeberische Massnahmen in die Wege geleitet. Mit dem Bundesgesetz für eine sichere Stromversorgung mit inländischen erneuerbaren Energien soll die Versorgungssicherheit speziell im Winterhalbjahr verbessert werden. Dazu beitragen soll der beschleunigte Ausbau der erneuerbaren Energien. Die eidgenössischen Räte haben anlässlich der Schlussabstimmung zum Mantelerlass beschlossen, dass bis im Jahr 2040 im Umfang von total 6 TWh neue *erneuerbare* Erzeugungskapazitäten *zur Gewährleistung der Winterversorgung* zuzubauen sind. Davon sollen 2 TWh sicher abrufbar sein (Speicherwasserkraft). Der restliche Zubau soll durch den Bau von Speicherwasserkraftwerken, alpinen Solaranlagen und Windkraftanlagen von nationalem Interesse erfolgen (Art. 9^{bis} StromVG).¹⁶ Bei einem *dreimal* höheren Produktionsausbauziel zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit im Winter, als vom Bundesrat ursprünglich angedacht, erscheint es fraglich, ob eine *zusätzliche* finanzielle Förderung von WKK-Anlagen für die Stromproduktion im Winter *aus Versorgungssicherheitsgründen* zum aktuellen Zeitpunkt effektiv notwendig ist.

20. Weiter ist zu berücksichtigen, dass mit der Stromreserve (inkl. den Reservekraftwerken) bereits ein weiteres Instrument für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter besteht. Sofern die Anträge der WEKO berücksichtigt werden, haben diese Instrumente geringere negative Auswirkungen auf den Wettbewerb als die finanzielle Förderung bestimmter Technologien.

21. Aufgrund der bereits bestehenden sowie der künftigen Instrumente zur Sicherstellung der Winterversorgung bedarf es *vertiefterer* Abklärungen, ob *noch weitergehende* Absicherungsmassnahmen gestützt auf die Bundesgesetzgebung notwendig sind. Im erläuternden Bericht zur vorliegenden Gesetzesrevision finden sich keine näheren Informationen über den aktuellen *Bedarf* von *im Markt* produzierenden WKK-Anlagen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter – *unter Berücksichtigung der bereits bestehenden oder neu angedachten gesetzgeberischen Massnahmen des Bundesgesetzgebers*. Mit der Erarbeitung von zusätzlichen Förderbestimmungen im Rahmen eines Rechtsetzungsprojekts auf Stufe Bundesverwaltung sollte zumindest abgewartet werden, bis basierend auf den neuen Vorgaben in Art. 9^{bis} StromVG eine *aktualisierte Bedarfsanalyse* vorgenommen werden kann.

22. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Parlament noch vor Kurzem einer finanziellen Förderung von

WKK-Anlagen skeptisch gegenüberstand. In den Beratungen zum revidierten CO₂-Gesetz¹⁷, das 2021 von der Stimmbevölkerung abgelehnt wurde, verzichteten die eidgenössischen Räte beispielsweise auf weitere Massnahmen zur Förderung von WKK-Anlagen. In der Debatte zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien lehnte zudem der Ständerat im September 2022 eine Förderung von teilweise fossil betriebenen WKK-Anlagen ab.¹⁸

5. Förderung von Zweistoffanlagen

Antrag:

Auf eine Abgeltung der Mehrauslagen für zusätzliche CO₂-Emissionsrechte an die Betreiber von Zweistoffanlagen, wenn diese auf Empfehlung oder Anweisung des Bundes hin auf den alternativen Energieträger umstellen, sei zu verzichten. Art. 19b CO₂-Gesetz sei zu streichen.

Begründung:

23. Die WEKO ist nicht per se gegen die finanzielle Förderung von Zweistoffanlagen. Betreiberinnen solcher Anlagen können freiwillig oder aufgrund einer entsprechend lautenden Anordnung des Bundesrats in einer unmittelbar bevorstehenden Mangellage von Gas auf den alternativen Energieträger (in der Regel Öl) wechseln. Dies könnte die Anordnung noch weitergehender Bewirtschaftungsmassnahmen mit schwerwiegenden Eingriffen für die Endkundinnen und Endkunden (z. B. Kontingentierungen oder Netzabschaltungen) zeitlich hinausschieben oder idealerweise obsolet machen und stellt insofern einen Mehrwert für die Versorgungssicherheit dar. Die Anzahl Zweistoffanlagen in der Schweiz hat sich in den letzten Jahren kontinuierlich reduziert. Der WEKO sind die Gründe hierfür nicht bekannt. Die Erläuterungen thematisieren dies nicht.

24. Bereits heute erhalten zahlreiche Betreiberinnen von Zweistoffanlagen von den Gasnetzbetreiberinnen, an deren Rohrleitungsnetze sie angeschlossen sind, kommunalrechtlich oder vertraglich verankerte *Spezialkonditionen* für das Netznutzungsentgelt und/oder sie profitieren von vergünstigten Konditionen für die Erdgaslieferung. Bei Leistungstarifen wird in der Regel vereinbart, dass das für das Gas geschuldete Entgelt nicht unter Berücksichtigung der effektiv bezogenen Leistung, sondern basierend auf der *vereinbarten abschaltbaren* Leistung (die oftmals deutlich geringer ist) berechnet wird.¹⁹

¹⁴ Vgl. Bericht BR zu WKK-Anlagen, S. 11 und 21.

¹⁵ Vgl. erläuternder Bericht, S. 2.

¹⁶ Vgl. Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes) vom 29.9.2023, Art. 9bis StromVG.

¹⁷ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 23.12.2011 (CO₂-Gesetz; SR 641.71).

¹⁸ Vgl. Zukunftsstrategie für die Wärme-Kraft-Kopplung, Bericht des Bundesrates vom 2.12.2022 in Erfüllung des Postulates 20.3000 der UREK-N vom 14.1.2020 (nachfolgend: Bericht BR zu WKK-Anlagen), S. 4; <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/74187.pdf> (17.10.2023).

¹⁹ Vgl. hierzu auch die noch weitergehenden Ausführungen in der Stellungnahme des Sekretariats vom 3.4.2023 in der Ämterkonsultation zum Aussprachepapier zum GasVG, S. 10 f.

Insofern profitieren diverse Zweistoffanlagen bereits heute von vorteilhaften Gastarifen, für welche sie keine angemessene Gegenleistung erbringen müssen. Eine weitere finanzielle Förderung von Zweistoffanlagen würde den Wettbewerb in den Produktions- und Dienstleistungsmärkten, in denen diese tätig sind, zum Nachteil ihrer Konkurrenten zusätzlich verzerren. Einstoffkunden müssen die Kosten für CO₂-Emissionsrechte für den von ihnen verbrauchten Energieträger vollumfänglich selber bezahlen.

25. Hinzu kommt, dass sich die Betreiberinnen von Zweistoffanlagen in erster Linie nicht aufgrund einer finanziellen Förderung, sondern aus Kosten- und Flexibilitätsgründen ihre Verbrauchsanlagen zwei- oder mehrstofffähig einrichten, um dadurch mehr *Handlungsspielraum* bei ihren Produktionsprozessen zu erhalten und ihre Kosten zu reduzieren. In Abhängigkeit der aktuellen

Kosten der beiden Energieträger sowie ihrer Einsatzmöglichkeiten werden sie sich jeweils für die günstigere Variante entscheiden. Bei einer angespannten Versorgungslage im Gasbereich bestehen auch ohne zusätzliche finanzielle Förderung Anreize für die Einrichtung eines Zweistoffbetriebs, um das Risiko eines Produktionsausfalls zu verringern. Dies ist der Grund, weshalb im letzten Jahr die allermeisten Betreiberinnen von Zweistoffanlagen den Energieträger ohne behördliche Anordnung *freiwillig* umstellten, um Kosten zu sparen.

26. Sollte das BFE/UVEK entgegen dem Antrag der WEKO an der angedachten finanziellen Förderung für Zweistoffanlagen festhalten, sollten höchstens Mehrausgaben für CO₂-Emissionsrechte aufgrund einer *Anweisung* des Bundes in einer Bewirtschaftungsverordnung erfolgen.

B 1.3

3. Vernehmlassung zur Teilrevision des Landesversorgungsgesetzes (LVG)**Einleitende Bemerkungen**

1. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder andern Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

Zu Art. 16 und 21 Landesversorgungsgesetz (LVG)Anträge:

Die zurzeit geltenden Vorgaben in Art. 16 Abs. 1 LVG seien nicht zu ändern.

Art. 16 Abs. 5 LVG sei wie vorgeschlagen aufzuheben.

Art. 21 Abs. 1 LVG: Der Satz «Nicht zulässig ist die Abschöpfung einer Abgabe auf inländischen Nahrungs- und Futtermitteln sowie Pflanz- und Saatgut» sei wie vorgeschlagen zu streichen (entsprechend der Aufhebung von Art. 16 Abs. 5). Dagegen sei der Teilsatz «oder um die aus der Lagerpflicht entstandenen Wettbewerbsnachteile auszugleichen» nicht in Art. 21 Abs. 1 aufzunehmen (entsprechend unserem Antrag der Nichtänderung von Art. 16 Abs. 1)

Begründung:

3. Die WEKO begrüsst die geplante Aufhebung des Verbots der Erhebung von Garantiefondsbeiträgen auf inländischen Nahrungs- und Futtermitteln sowie Saat- und Pflanzgut (Art. 16 Abs. 5 bzw. Art. 21 Abs. 1 E-LVG), da damit eine Gleichbehandlung sämtlicher Erstinverkehrbringer dieser Güter einhergeht.

4. Im erläuternden Bericht zum vorliegenden Vernehmlassungsverfahren wird darauf verwiesen, dass bei einer Aufhebung des Verbots der Erhebung von Garantiefondsbeiträgen auf inländischen Nahrungs- und Futtermitteln sowie Saat- und Pflanzgut mit Wettbewerbsnachteilen für die inländische verarbeitende Industrie gerechnet werden müsste. Als Beispiel sind in der Schweiz tätige Hersteller von Süssgetränken erwähnt, welche für den von ihnen verwendeten Zucker Garantiefondsbeiträge zu entrichten hätten, während der in importierten

Süssgetränken enthaltene Zucker jedenfalls keinen schweizerischen Garantiefondsbeiträgen unterliegen würde.

5. Um diese Wettbewerbsnachteile der in der Schweiz tätigen Hersteller gegenüber ihren Konkurrenten im Ausland, welche in die Schweiz verkaufen, auszugleichen, soll der Garantiefonds neu auch zum Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen, die Pflichtlagerhaltern im Zusammenhang mit der Lagerhaltung entstehen, verwendet werden können (Art. 16 Abs. 1 bzw. Art. 21 Abs. 1 E-LVG).

6. Der erläuternde Bericht enthält keine konkreten Angaben zur Höhe dieser mutmasslichen Wettbewerbsnachteile in den einzelnen Märkten. Offensichtlich ist, dass dieser Wettbewerbsnachteil umso grösser ist, je gewichtiger die dem Garantiefondsbeitrag unterliegenden Inputs für das Produkt sind, also beispielsweise tiefer für einen Hersteller von Eistee mit wenig Zucker als für einen Hersteller von Eistee mit einem «normalen» Zuckergehalt. Beim aktuellen Garantiefondsbeitrag von 7 Rappen pro kg würde ein Liter Eistee mit «normalen» Zuckergehalt (Annahme: 70 g Zucker) dadurch etwa einen halben Rappen teurer, ein Liter zuckerreduzierter Eistee (Annahme: 38 g Zucker) rund einen Viertel Rappen und eine Tafel Milkschokolade (Annahme: 50 g Zucker) rund einen Drittel Rappen.

7. Zudem ist der mutmassliche Wettbewerbsnachteil umso grösser, je stärker belastet ein Input durch den Garantiefondsbeitrag ist, wobei die Belastung davon abhängt, wie gross die Inputbasis ist, welche den Garantiefonds zu finanzieren hat, d. h. auf welche Inputmenge ein Garantiefondsbeitrag erhoben werden kann. Diese Basis erweitert sich durch die Aufhebung von Art. 16 Abs. 5 LVG, da neu nebst Importen auch die inländische Produktion garantiefondspflichtig wird. Bei Zucker beispielsweise wird neu nebst dem Importzucker auch der im Inland produzierte Zucker garantiefondspflichtig (wobei Rückerstattungen von Garantiefondsbeiträgen für Exporte in den Nicht-EU-Raum gewährt werden, dieser Zucker also wiederum de facto von Garantiefondsbeiträgen ausgenommen ist). Es wäre also damit zu rechnen, dass der Garantiefondsbeitrag von aktuell 7 Rappen pro kg reduziert werden könnte, entsprechend würden dann auch die diesbezüglichen Belastungen für die einzelnen in der Schweiz hergestellten Produkte, die Zucker enthalten, sinken.

8. Aus Wettbewerbsicht ist es grundsätzlich begrüssenswert, wenn eine Massnahme zu einer Reduzierung oder gar Beseitigung einer Wettbewerbsverzerrung führt. Im vorliegenden Fall scheint uns das geplante Vorgehen aber mit einer Reihe von – auch wettbewerbsrelevanten – Problemen behaftet zu sein:

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

- Gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG sollen Wettbewerbsnachteile, die Pflichtlagerhaltern im Zusammenhang mit der Lagerhaltung entstehen, mit Garantiefondsmitteln ausgeglichen werden. Nicht gegengerechnet werden dabei die Beiträge, welche im Ausland produzierende Unternehmen an die Pflichtlagerhaltung ihrer eigenen Länder leisten, z. B. indirekt via Unternehmenssteuern. Auch anderweitige Wettbewerbsvor- und -nachteile von im Ausland produzierenden Unternehmen gegenüber in der Schweiz produzierenden Unternehmen werden nicht berücksichtigt, so unterschiedliche Regulierungen, denen Unternehmen in der Schweiz verglichen mit solchen im Ausland unterliegen, sowie Zollabgaben, die an der Schweizer Grenze auf einer Vielzahl verarbeiteter Lebensmittel, auch aus der Europäischen Union, erhoben werden. Es ist klar, dass es vorliegend angesichts der kleinen Belastung pro Produkt durch den Garantiefondsbeitrag nicht verhältnismässig wäre, all diese Faktoren zu berücksichtigen. Ohne die Berücksichtigung dieser vielen Einflüsse ist jedoch unklar, ob die Unternehmen, deren Wettbewerbsnachteile in Bezug auf die Pflichtlagerhaltung gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG ausgeglichen werden sollen, tatsächlich einen unfairen Nachteil gegenüber ihren im Ausland produzierenden Konkurrenten haben, und wenn ja, wie gross dieser unfaire Nachteil tatsächlich ist.
- Der administrative Aufwand für die Vergütung von Wettbewerbsnachteilen gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG könnte auch dazu führen, dass es sich für Unternehmen mit kleinerem Volumen an zu vergütenden Inputfaktoren nicht lohnen würde, diese Vergütung einzufordern. Damit würden diese Unternehmen gegenüber Unternehmen, die ein grösseres Volumen an zu vergütenden Inputfaktoren hätten und für die sich eine Vergütung trotz administrativem Aufwand lohnen würde, benachteiligt.
- Für eine Vergütung gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG würde/n die privatwirtschaftlich organisierte/n Vergütungsstelle/n (z. B. die réservesuisse genossenschaft) von den jeweiligen Antragsstellern gemäss unserer Einschätzung sowohl Daten zur Menge der von ihr/ihnen verwendeten, den Garantiefondsabgaben unterstehenden Inputfaktoren als auch zu den damit produzierten Produkten benötigen. Seitens der Vergütungsstelle/n müsste darauf geachtet werden, dass es nicht zum Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Daten kommt.
- Schliesslich ist anzumerken, dass die Vergütung von Wettbewerbsnachteilen gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG zu Verzerrungen auf Ebene des Konsums führen kann. Folgendes Beispiel soll dies veranschaulichen: Mit rund 85 % gelangt ein Grossteil des in der Schweiz produzierten Zuckers in die Nahrungsmittelindustrie, nur 15 % des in der Schweiz produzierten Zuckers ist sog. Haushaltszucker (Von der Rübe zum Zucker: Die Zuckerproduktion in der Schweiz, BFS Aktuell, Januar 2020). So ist davon auszugehen, dass die Schweizer Bevölkerung einen bedeutenden Anteil, wenn nicht gar einen Grossteil ihres Zuckerkonsums, via bereits durch die Industrie verarbeitete Produkte aufnimmt. Würden Zucker enthaltende, in

der Schweiz produzierte Produkte eine Vergütung von Wettbewerbsnachteilen gemäss Art. 16 Abs. 1 E-LVG erhalten, so würde die Last der Garantiefondsbeiträge bezüglich Zucker in Extremis (d. h. wenn sämtliche Produzenten diese beantragen könnten) alleine auf dem Haushaltszucker liegen. Dies würde eine Verzerrung des Konsums vom Haushaltszucker hin zu Zucker enthaltenden, von der Industrie verarbeiteten Produkten bewirken.

9. In Berücksichtigung der zu erwartenden administrativen Aufwendungen bei der Vergütung von Wettbewerbsnachteilen nach Art. 16 Abs. 1 E-LVG, die je nach Produkt allenfalls eher gering ausfallen würden, der Unsicherheit darüber, ob bei einer Gesamtmarkt Betrachtung tatsächlich ein Wettbewerbsnachteil der Antragsberechtigten gegenüber ausländischen Produzenten vorliegt, sowie der vorgängig beschriebenen möglichen Benachteiligung von Unternehmen mit kleinerem Volumen an zu vergütenden Inputfaktoren aufgrund der damit verbundenen administrativen Aufwendungen spricht sich die WEKO gegen die beantragte Änderung von Art. 16 Abs. 1 E-LVG aus.

Organisation der WL / Neuausrichtung und Differenzierung der Fachbereiche

Antrag:

In Art. 58b LVG sei in einem zusätzlichen Absatz festzuhalten, dass die Fachbereiche der wirtschaftlichen Landesversorgung (WL) unter Berücksichtigung der innerhalb eines Wirtschaftszweigs vorhandenen unterschiedlichen Interessengruppen paritätisch zusammengesetzt sein müssen, sofern verschiedene Interessengruppen in von den Tätigkeiten der Fachbereiche betroffenen Märkten tätig sind.

Begründung:

10. Das BWL/WBF will auf eine *verbindliche* gesetzliche Verpflichtung im LVG hinsichtlich der paritätischen Zusammensetzung der Fachbereiche der WL verzichten. Stattdessen wird im erläuternden Bericht lediglich ausgeführt, dass die Fachbereiche, sofern dies *sinnvoll, zielgerichtet und objektiv* möglich ist, aus allen wichtigen Akteuren des betreffenden Wirtschaftszweigs zusammenzusetzen seien. Es sei zudem darauf zu achten, dass die Fachbereiche zumindest dort, wo Verbraucherinnen und Verbraucher eine wesentliche Betroffenheit bezüglich von Interventionsmassnahmen zu gewärtigen hätten, paritätisch zusammengesetzt sind.

11. Gemäss dem erläuternden Bericht sollen die im *Milizsystem* organisierten Fachbereiche der WL in der vorliegenden Teilrevision des LVG im Rahmen einer Neuorientierung stärker als strategische und Beratungsorgane in der *Vorbereitung einer Mangellage* eingesetzt werden und weniger im Vollzug bzw. in der operativen Bewältigung einer solchen.² Für den Vollzug des Gesetzes soll die oder der Delegierte der WL verantwortlich sein. Die Fachbereiche selbst sollen somit nicht primär Vollzugsorgane der WL sein. Stattdessen sollen sie ihre

² Erläuternder Bericht, S. 3 f.

Fachkompetenz stärker bei der Definition von Vorbereitungsmaßnahmen einbringen und die Vorschläge des BWL kritisch beurteilen.³

12. Die WEKO begrüsst grundsätzlich die neu angedachte Organisation innerhalb der WL. Wenn die aus Milizpersonen bestehenden Fachbereiche künftig primär beratend und strategisch tätig sind, aber keinen direkten Einfluss auf die Entscheidungen der WL-Organisation beim Vollzug haben, ist dies für die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs in den betroffenen Branchen weniger sensibel als im Falle der Beibehaltung der heutigen Strukturen. Allerdings kann auch nach der Neuorganisation nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden, dass es aufgrund der Tätigkeiten der Fachbereiche zu Wettbewerbsverzerrungen kommen kann; beispielsweise, was die Detailausgestaltung einer Vorbereitungsmaßnahme anbelangt, von welcher sowohl Unternehmen, für welche Mitglieder des involvierten Gremiums der WL hauptberuflich tätig sind, als auch weitere Marktakteure betroffen wären. Sofern innerhalb bestimmter Branchen – wie etwa im Strom- und Gasbereich – *verschiedene Interessengruppen* in von den Tätigkeiten der Fachbereiche betroffenen Märkten tätig sind, sollten die entsprechenden Organisationseinheiten daher paritätisch ausgestaltet sein, so dass einseitige Entscheidungen zugunsten einer bestimmten Interessengruppe vermieden werden können. Die sollte durch eine ausdrückliche Verpflichtung im LVG verankert werden. Eine entsprechende Verordnungsregelung ohne formalgesetzliche Grundlage wäre nicht rechtlich nicht ausreichend, um eine solche Verpflichtung durchzusetzen.

Publikation der Namen und Interessenbindungen von Personen, welche für die Fachbereiche der WL sowie Organisationen der Wirtschaft gemäss Art. 60 LVG tätig sind

Antrag:

Art. 60 LVG: Es sei eine neue Bestimmung in das LVG aufzunehmen, wonach die Namen und Interessenbindungen der für die Fachbereiche der wirtschaftlichen Landesversorgung gemäss Art. 58b LVG sowie Organisationen der Wirtschaft gemäss Art. 60 LGV tätigen Personen zu veröffentlichen sind. Der Bundesrat sei mit dem Erlass der entsprechenden Ausführungsbestimmungen zu beauftragen.

Begründung:

13. Für die Offenlegung der Namen und Interessenbindungen von Milizpersonen in bestimmten Organisationen der WL ist eine Verpflichtung auf *Gesetzebene* erforderlich. Im erläuternden Bericht wird darauf hingewiesen, dass die Offenlegung der Interessenbindungen zumindest der Verantwortungsträgerinnen und -träger der Fachbereiche der WL *geprüft* werde. Weshalb es in der *vorliegenden* Vorlage an einer entsprechenden formalgesetzlichen Bestimmung fehlt, wird in den Erläuterungen nicht begründet.

14. Aus Transparenzgründen und zur Vermeidung von Interessenkonflikten erscheint es aus wettbewerblicher Sicht geboten, die Namen und Interessenbindungen der Milizpersonen, welche nebenberuflich für die Fachberei-

che der WL tätig sind, zu veröffentlichen. Gleiches gilt für Personen, die für Organisationen der Wirtschaft im Sinne von Art. 60 LVG tätig sind. Aus Sicht der WEKO wäre mit entsprechenden gesetzlichen Vorgaben besser gewährleistet, dass die Fachbereiche unter Berücksichtigung aller tangierter Interessengruppen ausgewogen zusammengesetzt sind. Ohne diese Transparenz kann die Zusammensetzung von Milizorganisationen innerhalb der WL von der Öffentlichkeit und insbesondere von den in den jeweiligen Bereichen tangierten Marktakteuren nicht nachvollzogen werden.

15. Die Offenlegung der Namen und Interessenbindungen ist insbesondere deshalb erforderlich, da die betreffenden Personen mit *öffentlichen Aufgaben* im Bereich des Vollzugs des LVG betraut werden sollen. Bei Beibehaltung des Milizsystems sollte diese Offenlegung auch aufgrund der Corporate Governance des Bundes erfolgen. Entsprechende Vorgaben gelten beispielsweise für ausserparlamentarische Kommissionen, welche gestützt auf eine bundesgesetzliche Zuständigkeitsnorm *öffentliche Aufgaben* wahrnehmen. Kommissionsmitglieder sind verpflichtet, ihre Interessenbindungen *vor ihrer Wahl* offenzulegen. Wer sich weigert, seine Interessenbindungen publik zu machen, ist als Mitglied einer Kommission nicht wählbar (vgl. Art. 57f Abs. 1 und 2 RVOG⁴).

16. Zurzeit ist unklar, welche Personen im Einzelnen in den verschiedenen relevanten Gremien der WL sitzen. Auf der Webseite des BWL sind auf den publizierten Organigrammen der Fachbereiche und der diesen untergeordneten Einheiten (insb. Abteilungen) jeweils lediglich die Namen der Leiterin oder des Leiters sowie der Stellvertreterin oder des Stellvertreters aufgeführt.⁵ Auf Anfrage teilte das BWL dem Sekretariat der WEKO im Herbst 2022 mit, dass beispielsweise die Abteilung Erdgas des Fachbereichs Energie mit einer Ausnahme (Unternehmensvertreter eines Grosskunden) ausschliesslich aus Personen zusammengesetzt sei, die bei Gasnetzbetreiberinnen beschäftigt sind. Die Abteilung Erdgas beschäftigt sich beispielsweise mit der Ausgestaltung von Bewirtschaftungsmaßnahmen in einer Mangellage, unter besonderer Berücksichtigung des für Grossverbraucherinnen bedeutsamen Kontingentenhandels. Die in den Bewirtschaftungsverordnungen vorgesehenen Inhalte sind insbesondere für die Anbieterinnen und Nachfragerinnen im Erdgaslieferungsbereich relevant. Die Gasnetzbetreiberinnen sind in den betreffenden Märkten in Konkurrenz zu Gaslieferantinnen tätig, die heute in der Abteilung Erdgas nicht vertreten sind.

17. Nicht transparent ist zurzeit überdies, welche Personen im Einzelnen für Organisationen der Wirtschaft gemäss Art. 60 LVG tätig sind und öffentliche Aufgaben im Bereich der WL wahrzunehmen haben. Diesbezüglich

³ Erläuternder Bericht, S. 4 und 24 f.

⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

⁵ Vgl. z. B. für den Fachbereich Energie: https://www.bwl.admin.ch/bwl/de/home/wirtschaftliche_landesversorgung/organisation_wl/milizorganisation_der_wirtschaft/organisation_fachbereiche/fachbereich_energie.html > Leitung des Fachbereichs Energie (20.2.2024).

kann als Beispiel auf die die Kriseninterventionsorganisation (KIO) des Verbands der schweizerischen Gasindustrie (VSG) im Gasbereich hingewiesen werden. Der VSG betreibt zur Sicherstellung der Versorgung des Landes mit Erdgas und gasförmigen Energieträgern aus erneuerbaren Quellen und zum Vollzug der vorbereiteten Massnahmen eine KIO (vgl. Art. 2 Abs. 1 VOGW⁶). Obwohl die KIO seit Längerem ihre Tätigkeit aufgenommen hat und eine eigene Webseite betreibt,⁷ ist bis heute nicht publik geworden, welche Personen in dieser Organisation im Einzelnen mitwirken. In Art. 2 Abs. 2 VOGW ist festgehalten, dass der VSG Gasverbraucher, die nicht Mitglieder des VSG sind, namentlich bestehende Interessensgemeinschaften, zur Mitwirkung in der KIO bezieht. Ob aufgrund der momentanen Zusammensetzung der KIO und ihrem Zustandekommen die betreffende Verordnungsvorgabe erfüllt wird, erscheint fraglich. Auf der Webseite der KIO finden sich keine Informationen dazu, auf welche Weise sichergestellt wird, dass Verbraucherorganisationen in der KIO mitwirken können. Insofern ist für die Öffentlichkeit und andere Behörden aufgrund der fehlenden Transparenz nicht überprüfbar, ob die organisationsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.

⁶ Verordnung vom 4.5.2022 über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Gaswirtschaft (VOGW; SR 531.81).

⁷ <https://kio.swiss/de/> (20.2.2024).

B 1.3

4. Vernehmlassung zu Änderungen des Stromversorgungsgesetzes (Anforderungen an systemkritische Unternehmen)

1. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.¹ Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die unkommentierten Ausführungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Gesetzesänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

2. Möglichst zeitnahe Einführung der neuen Regulierung für systemkritische Unternehmen sowie Aufhebung des FiREG

Antrag:

Die vorliegende Revision des StromVG mit Regulierungsvorgaben für systemkritische Unternehmen sowie die beabsichtigten Gesetzgebungsarbeiten betreffend BCM-Massnahmen seien vom BFE/ UVEK zeitlich priorisiert weiterzuverfolgen, so dass die betreffenden Gesetzesänderungen vor Ende 2026 in Kraft treten können und das FiREG vorzeitig ausser Kraft gesetzt werden kann.

Begründung:

3. Gestützt auf das bis Ende 2026 befristete FiREG² können systemkritische Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft mit Finanzhilfen in Form von staatlichen Darlehen unterstützt werden, falls diesen aufgrund eines Liquiditätsengpasses infolge von unvorhergesehenen Entwicklungen Illiquidität droht. Das maximale Gesamtvolumen des Schuttschirms beträgt 10 Milliarden Franken (vgl. Art. 3 Abs. 1 FiREG). Diese Unterstützungsmassnahme hat das Potenzial, den Wettbewerb in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung zu verzerren. Aufgrund der im FiREG enthaltenen Anforderungen an systemkritische Unternehmen können lediglich BKW, Axpo und Alpiq von diesem potenziellen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber allen anderen auf denselben Märkten tätigen Unternehmen im Elektrizitätsbereich profitieren. Vor diesem Hintergrund sollten die betreffenden Vorgaben im FiREG *so zeitnah wie möglich* durch eine *wettbewerbsneutralere* Regulierung ersetzt werden. Anträge in diesem Sinne stellten die Wettbewerbsbehörden bereits in ihren Stellungnahmen in den Konsultationen des BFE/UVEK zum FiREG im Jahr 2022.³

4. Die neuerdings angedachten Regulierungsvorgaben für systemkritische Unternehmen sehen die Möglichkeit von Finanzhilfen für die grössten Unternehmen auf den betroffenen Märkten im Elektrizitätsbereich nicht mehr vor. Die mit Darlehen einhergehenden potenziellen Wettbewerbsverzerrungen würden mit Inkrafttreten dieser neuen Gesetzesvorlage somit wegfallen. Die WEKO begrüsst es überdies, dass auf Gesetzesstufe keine strikten Vorgaben in Bezug auf das Eigenkapital und die Liquidität von systemkritischen Unternehmen angedacht sind. Stattdessen soll im StromVG⁴ lediglich der Grundsatz verankert werden, dass systemkritische Unternehmen über angemessenes Eigenkapital und angemessene Liquidität verfügen müssen. In Art. 9a^{quarter} Abs. 5 StromVG ist eine Delegationsnorm vorgesehen, wonach der Bundesrat insbesondere *Mindestanforderungen* hinsichtlich des Eigenkapitals, der Liquidität und des Verschuldungsgrads von systemkritischen Unternehmen erlassen *kann*, falls er dies aufgrund der Situation als erforderlich erachtet.

5. Gemäss dem erläuternden Bericht ist es in erster Linie Aufgabe der Unternehmen im Elektrizitätsbereich und deren Eigentümer für genügend Liquidität und Eigenkapital bei den Unternehmen zu sorgen und laufend die notwendigen Vorkehrungen für die sichere Stromversorgung zu treffen.⁵ Dem ist aus wettbewerblicher Sicht zuzustimmen. Strikte staatliche Vorgaben betreffend das Eigenkapital und die Liquidität, die nur von einzelnen besonders grossen Unternehmen eingehalten werden müssen, die auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind, könnten zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Es darf von den im Elektrizitätsbereich tätigen systemkritischen Unternehmen und insbesondere ihren grösstenteils staatlichen Eigentümerinnen erwartet werden, dass diese auch unter Berücksichtigung von Extremszenarien *eigenverantwortlich* die notwendigen finanziellen Mittel für ihren Geschäftsbetrieb sicherstellen. Daher begrüsst es die WEKO, dass ein systemkritisches Unternehmen von der Einhaltung der neu angedachten Vorgaben auf Gesuch hin befreit werden kann, falls bereits auf kantonaler oder

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30.9.2022 (FiREG; SR 734.91).

³ Vgl. z.B. Stellungnahme der WEKO vom 4.5.2022 in der Vernehmlassung zum Bundesgesetz über einen Rettungsschirm für die Elektrizitätswirtschaft, S. 4.

⁴ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7)

⁵ Vgl. Änderung des Stromversorgungsgesetzes (Anforderungen an systemkritische Unternehmen), erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Fassung vom 8. März 2024 für die Vernehmlassung (nachfolgend: erläuternder Bericht), S. 8.

kommunaler Ebene – auch im Sinne einer verantwortungsvollen Eigentümerstrategie der öffentlichen Hand – gleichartige Massnahmen vorgesehen sind (vgl. Art. 9a^{sexies} StromVG).

6. Im erläuternden Bericht wird darauf hingewiesen, dass die Einführung von gesetzlichen Massnahmen im Bereich *Business Continuity Management* (BCM) aufgrund ihrer Komplexität mehr Zeit benötige und solche Massnahmen deshalb noch nicht im vorliegenden Gesetzesentwurf enthalten seien. Die BCM-Massnahmen betreffen den unterbruchfreien Betrieb von systemkritischen Kraftwerksanlagen im Konkursfall bzw. in einem Nachlassverfahren. Zudem sollen die BCM-Massnahmen sicherstellen, dass im Falle eines Börsenauschlusses eines grossen Bilanzgruppenverantwortlichen dessen Aktivitäten unterbruchfrei weiter bewirtschaftet werden können. Gemäss den Erläuterungen ist für die Verankerung der BCM-Massnahmen eine separate Gesetzesvorlage vorgesehen; die Eröffnung der diesbezüglichen Vernehmlassung sei für Herbst 2024 geplant.⁶

7. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist primär relevant, dass die Stromproduktion und der Netzbetrieb jederzeit aufrechterhalten werden können – unabhängig von möglichen finanziellen Verwerfungen und Konkursen der dahinterstehenden Unternehmen. Mit BCM-Massnahmen können die Folgeschäden im Falle des Ausfalls der für die Aufrechterhaltung der Stromversorgung relevanten Akteure allenfalls erheblich abgeschwächt werden. Aus wettbewerblicher Perspektive ist es daher nicht optimal, dass die Verankerung von BCM-Massnahmen nicht zusammen mit den weiteren Vorgaben für systemkritische Unternehmen erfolgt, sondern die betreffende Gesetzesvorlage separat und zeitlich verzögert behandelt werden soll. Neue gesetzliche Anforderungen, die an systemkritische Unternehmen gestellt werden, sollten prinzipiell *unter Berücksichtigung von BCM-Massnahmen* beschlossen werden. Ohne die Vorgaben zu BCM-Massnahmen zu kennen, kann die WEKO nur beschränkt abschätzen, ob die übrigen Vorgaben für systemkritische Unternehmen aus wettbewerblicher Sicht effektiv erforderlich sind, um den Netzbetrieb und die Stromversorgung in der Schweiz gewährleisten zu können.

⁶ Vgl. erläuternder Bericht, S. 5.

B 1.3

5. Vernehmlassung zur Umsetzung des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien auf Verordnungsstufe und weitere Änderungen der betroffenen Verordnungen

1. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen (Art. 46 Abs. 2 KG¹). Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Bestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral ausgestalten sind. Mit anderen Worten sollten Staatseingriffe nicht Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen.

2. Grundsätzliche Bemerkungen zur Revision der Stromversorgungs- und Energiegesetzgebung aufgrund der Verabschiedung des Mantelerlasses

3. Zahlreiche aus wettbewerblicher Sicht nicht optimale neue Vorgaben, die zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen auf diversen Märkten im Strombereich führen, ergeben sich bereits aufgrund der Inhalte des von den eidgenössischen Räten anlässlich der Schlussabstimmung vom 29. September 2023 verabschiedeten Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien² (nachfolgend: Mantelerlass). Die neuen verbindlichen Inhalte auf Gesetzesebene privilegieren die Produzenten von inländischen erneuerbaren Energien, deren finanzielle Risiken sich beim Bau von neuer Kraftwerksinfrastruktur auf Kosten der Endkundinnen und Endkunden weiter verringern. Aus wettbewerblicher Perspektive sind das mittels regulatorischer Vorgaben erzeugte zunehmende Ungleichgewicht sowie die daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen insbesondere auch deshalb zu bedauern, da die Marktgegenseite in zahlreichen Märkten keine Auswegmöglichkeit hat und Produkte von Monopolanbieterinnen zu einem von diesen vorgegebenen Preis zwingend abnehmen muss. Dies betrifft insbesondere die Bereiche Netzbetrieb, Stromlieferungen an gebundene Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch unter 100 MWh sowie das aufgrund des Mantelerlasses neuerrichtungs vollständig monopolisierte Messwesen.

4. Aufgrund der neuen Vorgaben im Mantelerlass wird das auf finanziellen Unterstützungsleistungen beruhende Fördersystem für den Zubau von inländischen erneuerbaren Energien, welches auf einer technologiespezifischen Förderung bestimmter erneuerbarer Erzeugungstechnologien beruht, weiter ausgebaut. Aus wettbewerblicher Sicht ist das aktuelle Fördersystem, welches voraussichtlich bis mindestens Ende 2030 gelten wird (vgl. Art. 38 EnG³), abzulehnen. Längerfristig geeignete Fördermassnahmen sollten die technische und wirtschaftli-

che Entwicklung der unterstützten neuen Technologie sowie deren Markteinführung beschleunigen und Anreize zu kosteneffizientem Verhalten setzen. Aus Sicht der WEKO sollten zur Erreichung der Ziele der ES 2050 bevorzugt Instrumente zum Einsatz kommen, die eine *kosteneffiziente* Förderung von verschiedenen erneuerbaren Energien mit hohen Investitionsanreizen erlauben, *ohne dass das Förderinstrument auf eine spezifische Technologie fokussiert*. Anbieterinnen und Verbraucherinnen sollten in Abhängigkeit der Preissignale, die sich dezentral auf den Märkten bilden, entscheiden, ob und welche erneuerbaren Energien sie am Markt absetzen bzw. beziehen wollen.⁴

5. Durch den geltenden Förderansatz in der Energiegesetzgebung, wonach sich die Höhe der finanziellen Unterstützungsleistung (im Verhältnis zu den Investitionskosten) je nach Erzeugungstechnologie und Anlagentyp unterscheidet und primär auf die Kosten einer Referenzanlage sowie der möglichen Rendite der Investoren ausgerichtet ist, verringert sich der Wettbewerbsdruck zwischen Stromproduzentinnen. Aufgrund der Aufnahme der gleitenden Marktpremie in das Fördersystem werden bestimmte Produzentinnen von erneuerbaren Energien künftig ein Wahlrecht zwischen verschiedenen auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierenden Förderinstrumenten haben. Aus unternehmerischer Sicht werden diese sich für jenes Förderinstrument entscheiden, welches ihnen die grössere Rendite garantiert.

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

² Vgl. Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 29.9.2023 (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), Schlussabstimmungstext; <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210047/Schlussabstimmungstext%201%20SN%20D.pdf> (27.5.2024).

³ Energiegesetz (EnG; SR 730.0) vom 30.9.2016.

⁴ Vgl. Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zur Revision des EnG vom 30.6.2020, Rz 13.

6. Aufgrund der Ausgestaltung der regulatorischen Vorgaben bestehen somit Anreize, dass sich aufgrund des heutigen Förderregimes nicht die kostengünstigsten und effizientesten Arten der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien durchsetzen, sondern jene, die unter Berücksichtigung der möglichen finanziellen Förderung die höchste Rendite versprechen. Die Förderung bestimmter Technologien mittels Investitionsbeiträgen ist keine wettbewerbsneutrale Lösung. Die technologiespezifische Förderpolitik verhindert einen Wettbewerb unter den Technologien, bei dem sich die kostengünstigsten erneuerbaren Energiequellen durchsetzen. Für die Erreichung der Ziele der ES 2050 müssen dadurch unnötig hohe Kosten aufgewendet werden, was eine Verlängerung des heutigen Förderregimes zur Folge haben dürfte; dies sollte aus wettbewerblicher Sicht vermieden werden. Ein derartiges Fördermodell setzt zudem keine besonderen Anreize, um in die Forschung und Entwicklung zu investieren und Innovationen zu schaffen.⁵

3. Stromversorgungsverordnung⁶

3.1 Ausgestaltung der Grundversorgung

Antrag:

Art. 4a Abs. 3 Satz 1 StromVV sei dahingehend abzuändern, dass *mindestens* 10 % der Elektrizität, die für die Grundversorgung benötigt wird, aus inländischen erneuerbaren Erzeugungskapazitäten zusammengesetzt sein muss.

Die Vorgabe in Art. 4a Abs. 3 Satz 2 StromVV, wonach neue Bezugsverträge zur Erreichung der Mindestanteile für Elektrizität aus erneuerbaren Energien im Inland eine Laufzeit von mindestens drei Jahren aufweisen müssen, sei zu streichen. Stattdessen sei die *Mindestlaufzeit* auf *ein Jahr* zu reduzieren.

Auf rigide Prozentvorgaben, die vorgeben, wie die Beschaffung zeitlich zu staffeln ist, sei zu verzichten. Art. 4c Abs 2 StromVV sei zu streichen.

Ziff. 4.1 des erläuternden Berichts zur Revision der StromVV sei unter Berücksichtigung der über das Verordnungsrecht einzuführenden neuen Inhalte – insb. der *Höhe* der angedachten Mindestanteile in Art. 4a StromVV sowie der *konkreten* Vorgaben an die mittel- und langfristige strukturierte Beschaffung der Verteilnetzbetreiberinnen zur Belieferung der Grundversorgung in Art. 4a Abs. 2 Bst. b und Art. 4c StromVV – anhand der nachfolgenden Ausführungen umzuformulieren. Auf die Aussage, dass die neuen Verordnungsvorgaben die grundversorgten Endkundinnen und Endkunden vor *zu hohen Marktpreisen* schützen, sei zu verzichten. Zudem sei die Textstelle zu streichen, wonach die Abschaffung der Durchschnittspreismethode und die Vorgabe, eine separate Beschaffungsstrategie für die Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung einerseits und die freien Marktkunden andererseits zu führen, die heutigen Preisverzerrungen zwischen den Kunden in der Grundversorgung und den freien Marktkunden behebe.

Begründung:

Zunehmende Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der verzögerten Strommarkttöffnung sowie neuer regulatorischer Vorgaben

7. Eine vollständige Liberalisierung im Bereich der Endkundenversorgung würde Ineffizienzen, übermässige Monopolgewinne und daraus resultierende Wettbewerbsverzerrungen auf den Erzeugungs- und Dienstleistungsmärkten zum Vorteil der Verteilnetzbetreiberinnen als historisch angestammte Anbieterinnen verhindern. Der an das Parlament überwiesene Gesetzesentwurf des Bundesrats basierte noch auf einer vollständigen regulatorischen Markttöffnung. Eine vollständige Liberalisierung des Schweizer Strommarktes wäre eine zwingende Voraussetzung für ein Stromabkommen mit der EU. Ein solches Abkommen würde den Schweizer Akteuren den Zugang zum europäischen Markt ermöglichen und die Versorgungssicherheit in der Schweiz verbessern. Aus wettbewerblicher Sicht ist es sehr bedauerlich, dass der Gesetzgeber im aufgrund des Mantelerlasses revidierten StromVG⁷ ein weiteres Mal auf die Öffnung der Endkundenmärkte verzichtet hat. Stattdessen wurden mit dem Mantelerlass zahlreiche neue Anforderungen für die Belieferung der gebundenen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung verankert, die in erster Linie die Produzentinnen von inländischen erneuerbaren Energien privilegieren.

8. Aufgrund der neuen Vorgaben in Art. 6 Abs. 5 StromVG haben die Verteilnetzbetreiberinnen ihre erweiterte Eigenproduktion aus erneuerbaren Energien zu einem vom Bundesrat festzusetzenden Mindestanteil in der Grundversorgung abzusetzen. Gemäss Art. 4a Abs. 1 StromVV soll dieser Mindestanteil 50 % betragen. Die Verteilnetzbetreiberinnen müssen zudem mindestens 20 % der Energie für die Grundversorgung aus inländischen erneuerbaren Energien beschaffen (vgl. Art. 4a Abs. 3 StromVV). Wenn die Kosten der Eigenproduktion einer Verteilnetzbetreiberin längerfristig günstiger sind als der Marktpreis, können nur jene gebundenen Endkundinnen und Endkunden von günstigen Preisen profitieren, welche primär mit Eigenproduktion (eigene Kraftwerke und Strom aus Partnerwerken zu Gestehungskosten) beliefert werden. Allerdings verfügen derzeit nur rund zwölf Verteilnetzbetreiberinnen in der Schweiz über genügend eigene Kraftwerke, um ihre gebundenen Kunden vollständig mit Eigenproduktion versorgen zu können. In Konstellationen mit hohen Marktpreisen werden gebundene Endkundinnen und Endkunden von Verteilnetzbetreiberinnen, die den Grossteil ihrer Energie von Dritten einkaufen müssen,

⁵ Vgl. hierzu auch Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zur Revision des EnG vom 30.6.2020, Rz 10 ff.

⁶ Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

⁷ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

bei dieser Konzeption der Grundversorgungstarifizierung preislich benachteiligt. Aus wettbewerblicher Sicht ist es stossend, dass es Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung, die von einer Anbieterin mit sehr teuren Stromlieferprodukten versorgt werden, *aufgrund der neuen gesetzlichen Vorgaben im Mantelerlass* nach wie vor versagt wird, die Lieferantin zu wechseln und das von ihnen gewünschte Stromprodukt auf dem freien Markt zu beziehen.

9. Vor diesem Hintergrund sind die neuen Anforderungen, die für die Belieferung der grundversorgten Endkundinnen und Endkunden gelten sollen – beispielsweise die angedachten Massnahmen zur Absicherung vor Marktpreisschwankungen sowie die einzuhaltenden Mindestanteile für Elektrizität aus erneuerbaren Energien – aus wettbewerblicher Perspektive kritisch zu beurteilen. Sie führen aufgrund des nach wie vor bestehenden Schwellenwerts zur Ausübung des Rechts auf Netzzugang⁸ zu *zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen*. Ein gewerblich tätiges Unternehmen, welches den für den Netzzugang erforderlichen Stromverbrauch von 100 MWh pro Jahr nicht erreicht, muss es neuerdings akzeptierten, mittels einer *abgesicherten längerfristigen Beschaffungsstrategie mit einem Mindestanteil von inländischen erneuerbaren Energien* beliefert zu werden. Ein solches Unternehmen hat künftig kaum noch die Möglichkeit, von günstigen kurzfristigeren Bezugskonditionen auf den Stromliefermärkten profitieren zu können. Demgegenüber kann ein in derselben Branche tätiges Unternehmen, welches aufgrund seines Jahresverbrauchs die von ihm gewünschte Stromlieferantin und auf dem freien Markt auswählen kann, ein auf seine Bedürfnisse zugeschnittenes Stromlieferprodukt beziehen.

Mindestanteil inländischer erneuerbarer Energien zur Belieferung der Grundversorgung

10. Aus wettbewerblicher Perspektive sollte es den Verteilnetzbetreiberinnen überlassen bleiben, welche Elektrizitätsprodukte sie den Endkundinnen und Endkunden in ihrem Versorgungsgebiet standardmässig anbieten möchten. Die Vorgabe im Mantelerlass hinsichtlich der Ausgestaltung des Standardprodukts für die Grundversorgung, wonach dieses *insbesondere* auf der Nutzung von inländischen erneuerbaren Energien beruhen muss (vgl. Art. 6 Abs. 2^{bis} StromVG), wird dazu beitragen, dass die kleineren Haushalts- und Gewerbekunden *überproportional* für die Kosten der inländischen erneuerbaren Energien aufzukommen haben.

11. Die gesetzliche Anforderung, wonach ein bestimmter Mindestanteil der für die Grundversorgung benötigten Elektrizität aus *inländischen erneuerbaren Quellen* stammen muss, stellt eine – vom Gesetzgeber gewollte (vgl. Art. 6 Abs. 2^{bis} und Abs. 5 Bst. b StromVG) – *zusätzliche Wettbewerbsverzerrung* auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung dar. Produzentinnen von inländischen erneuerbaren Energien werden dadurch zum Nachteil von Konkurrentinnen zusätzlich gefördert. Bereits die Vorgabe in Art. 4a Abs. 1 StromVV, wonach die Verteilnetzbetreiberinnen pro Tarifjahr mindestens 50 % ihrer erweiterten Eigenproduktion aus erneuerbaren Energien an die Grundversorgung verkaufen müssen, stellt bei Kantonswerken und grösse-

ren Kommunalwerken faktisch sicher, dass deren grundversorgte Endkundinnen und Endkunden mit einheimischen erneuerbaren Energien beliefert werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierende Fördersystem zum Zubau von neuen erneuerbaren Erzeugungskapazitäten im Inland aufgrund der Vorgaben im Mantelerlass weiter ausgebaut werden soll. Der Zubau von inländischen erneuerbaren Erzeugungskapazitäten wird somit bereits gestützt auf das Förderregime in der Energiegesetzgebung hinreichend beanreizt. Auf eine *nicht diskriminierungsfrei* ausgestaltete zusätzliche Förderung im Rahmen der Grundversorgung, welche ausschliesslich auf Kosten der festen Endkundinnen und Endkunden erfolgen soll, sollte möglichst verzichtet werden.

12. Aus wettbewerblicher Sicht sollte der auf Verordnungsstufe festzusetzende Mindestanteil daher auf *10 % halbiert* werden, damit die mit diese einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen verringert werden können.

Mittel- und langfristige Beschaffungsverträge zur Erreichung der Mindestanteile für Elektrizität aus erneuerbaren Energien im Inland

13. Verteilnetzbetreiberinnen, welche den administrativ festgelegten Mindestanteil für inländische erneuerbare Energien nicht erfüllen, müssen solche tendenziell teureren Energiequellen zulasten der grundversorgten Endkundinnen und Endkunden zusätzlich einkaufen oder den Anteil ihrer Eigenproduktion entsprechend erhöhen. Aufgrund der Vorgaben im Mantelerlass müssen die benötigten Mengen mittels «mittel- und langfristiger» Bezugsverträge erfolgen (vgl. Art. 6 Abs. 5 Bst. b StromVG). Weitere Vorgaben hinsichtlich der vorzunehmenden Beschaffungen enthält der Mantelerlass nicht. Gemäss den angedachten Vorgaben in Art. 4a Abs. 2 Bst. b StromVV müssen solche Bezugsverträge *zwingend eine Mindestlaufzeit von drei Jahren* aufweisen.

14. In Bezug auf Stromeinkäufe zur Erreichung des Mindestanteils für inländische erneuerbare Energien sollte auf eine solche übermässige Vorgabe zur langfristigen Beschaffung für die Grundversorgung verzichtet werden. Eine Verpflichtung zum Abschluss von *ausserbörslichen* Bezugsverträgen mit einer Mindestlaufzeit von drei Jahren würde die Märkte für Stromproduktion, -handel und -versorgung *zusätzlich* verzerren. Absicherungen gegen Marktpreisschwankungen werden bereits aufgrund der neuerdings angedachten Vorgaben zur strukturierten Beschaffung in Art. 4c StromVV hinreichend vorgenommen. Daher sollten die Verteilnetzbetreiberinnen hinsichtlich der Vorgehensweise zur Erreichung des Mindestanteils für inländische erneuerbare Energien nicht auch noch aufgrund einer vorgeschriebenen Mindestlaufzeit von drei Jahren für neue Bezugsverträge in ihrem Handelsspielraum *zusätzlich* eingeschränkt werden, zumal sich mit einer solchen Vorgaben die Liquidität für langfristige inländische erneuerbare Stromlieferprodukte im Markt verringern würde (vgl. hierzu auch nachfolgend, Rz 16), was zu höheren Preisen für die Endkundinnen und Endkunden führt.

⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 sowie Art. 13 Abs. 2 StromVG.

15. Der geforderte Mindestanteil für inländische erneuerbare Energien zur Belieferung der Grundversorgung wäre primär für kleinere Verteilnetzbetreiberinnen ohne wesentliche Eigenproduktion relevant, welche den benötigten Strom von Dritten zukaufen müssen. Die Verteilnetzbetreiberinnen werden die Kosten für Strombezüge von Dritten zur Belieferung der grundversorgten Endkundinnen und Endkunden künftig *vollumfänglich* an die betreffenden Verbraucher überwälzen können (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 5^{bis} Bst. d StromVG). Langfristige Bezugsverträge von drei und mehr Jahren führen bei einigermaßen stabilen Marktverhältnissen zu *teureren* Einkaufskonditionen. Bei einigermaßen konstanten Marktpreisen würden durch diese Vorgaben insbesondere die grundversorgten Endkundinnen und Endkunden von Verteilnetzbetreiberinnen ohne oder nur mit geringfügiger Eigenproduktion gegenüber Endkundinnen und Endkunden, die von Kantonswerken oder grösseren Stadtwerken mit wesentlicher Eigenproduktion beliefert werden, preislich benachteiligt. Die auf Verordnungsstufe vorgesehene Regulierung könnte zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn in der Grundversorgung belieferte Unternehmen auf denselben Märkten wie Unternehmen mit Netzzugang tätig sind, die aufgrund der neuen Vorgaben im Mantelerlass keine Zusatzkosten zu tragen haben. Überdies könnte es zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen auf denselben Märkten tätigen Unternehmen in der Grundversorgung kommen, die in unterschiedlichen Netzgebieten an das Stromnetz angeschlossen sind. Die zu erwartenden Zusatzbelastungen aufgrund der neuen Regulierung werden in Netzgebieten von Verteilnetzbetreiberinnen mit wesentlicher Eigenproduktion tiefer sein.

16. Aus den Erläuterungen geht nicht hervor, dass seitens des BFE/UVEK näher abgeklärt worden wäre, ob das Angebot an inländischen erneuerbaren Energien für *mindestens dreijährige* Bezugsverträge genügend gross ist und der Markt entsprechend hinreichend liquide wäre, damit alle Verteilnetzbetreiberinnen, die inländische erneuerbare Energien zusätzlich einkaufen müssen, ihren Verpflichtungen im erforderlichen Ausmass nachkommen könnten. Niedrigere Liquidität in den Terminmärkten führt zu höheren Preisen, die an die grundversorgten Endkundinnen und Endkunden weiterverrechnet würden. Insbesondere in längeren Phasen veränderlicher und sehr hoher Marktpreise, wie dies beispielsweise im Jahr 2022 der Fall war, erscheint es fraglich, ob seitens der inländischen Produzentinnen ein hinreichendes Interesse bestehen würde, um ein genügend grosses und *bezahlbares* Angebot für solche *langfristigen* Bezugsverträge zur Verfügung zu stellen, da der Strom kurzfristig zu sehr hohen Preisen verkauft werden kann. Sie würden solche Produkte im grösseren Ausmass wohl nur unter der Voraussetzung anbieten, dass sie mit solchen Transaktionen eine *vergleichbar hohe* Marge erzielen könnten wie mit kurzfristigen Transaktionen in der *Hochpreisphase*. Die beabsichtigte Vorgabe in Art. 4a Abs. 3 StromVV könnte daher insbesondere zu einem wesentlichen Anstieg der Stromlieferkosten für Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung führen, die von *kleineren kommunalen* Verteilnetzbetreiberinnen mit keiner oder geringfügiger Eigenproduktion beliefert werden.

17. Auf den Märkten für Stromproduktion und -handel gibt es in der Schweiz mit Alpiq, Xpo, und BKW eine überschaubare Anzahl relevanter Anbieterinnen, die den Grossteil des Umsatzes auf sich vereinen (*hohe Marktkonzentration*). Zudem ist es aufgrund der beschränkt vorhandenen möglichen Standorte für neue grosse erneuerbare Produktionsanlagen – sowie der zurzeit sehr volatilen Marktpreise – für aktuelle und potenzielle Konkurrenten anspruchsvoll, neu in den Markt einzutreten (*hohe Eintrittsbarrieren*) resp. die bisherige Marktstellung wesentlich auszubauen. Dabei sind insbesondere auch die verlorenen Vorlaufkosten und die sehr lange Lebensdauer der Anlagen zu berücksichtigen. Ferner haben Anlagen mit niedrigen Grenzkosten in der Regel wesentliche Grössenvorteile im Verhältnis zum bedienten Markt. Weiter bestehen oftmals langjährige Kundenbeziehungen zwischen grossen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) als Vorlieger und kleineren kommunalen Verteilnetzbetreiberinnen als Nachlieger. Letztere versorgen gebundene Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet mit von ihren Vorliegern bezogenem Strom. Daneben gibt es aufgrund der Tatsache, dass sich die EVU in der Schweiz mehrheitlich im Eigentum der Kantone und Gemeinden befinden, zahlreiche gesellschaftsrechtliche Beteiligungen sowie Verflechtungen zwischen den einzelnen Akteurinnen im Bereich der Stromversorgung. Auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung gibt es daher bereits heute keine atomistischen Marktstrukturen. Vielmehr weisen diese verschiedenen Merkmale von *oligopolistischen* Märkten auf.

18. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass zusätzliche Mengen inländischer erneuerbarer Energien im Rahmen von mindestens dreijährigen Bezugsverträgen hauptsächlich bei einer der drei grossen Anbieterinnen in der Schweiz bezogen werden müssten. Primär diese drei Anbieterinnen kommen für entsprechende Angebote in Frage. Um die zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Mantelerlasses möglichst tief zu halten, sollten hinsichtlich der Vertragsdauer der vorzunehmenden Transaktionen zur Erreichung des Mindestanteils an inländischen erneuerbaren Energien daher *möglichst geringfügige* Anforderungen gestellt werden. Auch bei Verankerung einer Vertragslaufzeit von *einem* Jahr würden die gesetzlichen Vorgaben eingehalten. Bei solchen Transaktionen kann ebenfalls noch von «mittel- und langfristigen Bezugsverträgen» gesprochen werden. Eine Verpflichtung, die zusätzlich benötigten inländischen Energien mittels Bezugsverträgen mit *mehr als einjähriger* Laufzeit zu beschaffen, würde die bereits bestehenden und aus wettbewerblicher Sicht kritisch zu beurteilenden Oligopolstrukturen weiter stärken.

Absicherung gegen Marktpreisschwankungen

19. Ein adäquates Risikomanagement liegt in der Verantwortung der Verteilnetzbetreiberinnen in ihrer Rolle als Grundversorgerinnen und gehört auch für diese zu den Pflichten der Unternehmensführung. Aus wettbewerblicher Sicht sollte darauf verzichtet werden, aufgrund des fehlenden Risikobewusstseins einzelner Verteilnetzbetreiberinnen in der jüngeren Vergangenheit mit detaillierten Vorgaben hinsichtlich einer strukturierten Beschaffungsstrategie zu reagieren. Es sollte Sache der Unternehmen sein, die Risikobereitschaft zu definieren

und basierend darauf eine risikooptimierte Beschaffungsstrategie zu entwickeln und anzuwenden.

20. Art. 4c Abs. 2 StromVV sieht zurzeit vor, dass mindestens 75 % des Stroms mit eigenen Kraftwerken, Stromlieferverträgen oder am Grosshandelsmarkt für die nächste Tarifperiode im Voraus zu beschaffen sind (Bst. a). Für die übernächste Tarifperiode sollen 50 % (Bst. b) und für die überübernächste Tarifperiode 25 % im Voraus eingekauft werden (Bst. c). Aufgrund der angedachten Vorgaben würden die Verteilnetzbetreiberinnen zu stark in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt. Es bestünde unter solchen Voraussetzungen kaum mehr Flexibilität für preisgünstige kurzfristige Beschaffungen zugunsten der Grundversorgung auf dem freien Markt. Den gebundenen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung würde es dadurch grösstenteils verunmöglicht, ebenfalls von Preisvorteilen auf dem Strommarkt profitieren zu können, wie dies vor der Revision des StromVG im Rahmen des Mantelerlasses in Art. 6 Abs. 5 StromVG vorgesehen war.

21. Mit den neuen gesetzlichen Vorgaben zur Absicherung von Marktpreisschwankungen soll unter anderem verhindert werden, dass einzelne Verteilnetzbetreiberinnen einseitig auf kurzfristig ausgerichtete Beschaffungsstrategien für die Grundversorgung setzen. Bei einem markanten Preisanstieg am Grosshandelsmarkt würde ein auf kurzfristigen Beschaffungen beruhendes Portfolio unter solchen Voraussetzungen, wie sie beispielsweise vom Sommer 2022 bis Ende 2022 vorherrschend waren, zu einer erheblichen Verteuerung der Stromlieferkosten der gebundenen Endkundinnen und Endkunden führen. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass sich der Marktpreis künftig noch weiter reduzieren könnte; allenfalls auch unter die Gestehungskosten der inländischen Wasserkraftwerke, wie dies in der jüngeren Vergangenheit – z. B. zwischen 2016 und 2018 – auch schon der Fall war.

22. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Verteilnetzbetreiberinnen im Rahmen ihres Versorgungsauftrags in einem bestimmten Ausmass *zwingend* auch kurzfristige Beschaffungen vornehmen müssen; beispielsweise benötigen sie bei Fahrplanabweichungen etwa aufgrund von witterungsbedingten Produktionsausfällen oder dauerhaften Betriebsschliessungen in ihrem Versorgungsgebiet, jährlich *in nicht genauer prognostizierbarem Umfang* Ausgleichsenergie.

23. Bereits in der Vergangenheit haben die meisten Verteilnetzbetreiberinnen Bandenergie für die Grundversorgung mit längerfristigen Produktionen beschafft. Bei einigen Verteilnetzbetreiberinnen ist es im Tarifjahr 2023 zu einem sehr starken Anstieg der Stromlieferkosten in der Grundversorgung gekommen, da diese praxisgemäss den *Grossteil* des Stroms von ihren Vorliegerinnen im Juni/Juli 2022 für die folgende Tarifperiode mittels sog. «Rundumsorglospaketen» einkauften. Insbesondere die kleineren Verteilnetzbetreiberinnen ohne wesentliche Eigenproduktion würden künftig wohl über drei Jahre Rundumsorglospakete mit ihren Vorliegerinnen abschliessen und über drei Jahre mindestens 75 % des Stroms langfristig beziehen, um die Vorgaben in Art. 4c Abs. 2 StromVV einhalten zu können. Die gebundenen Endkundinnen und Endkunden solcher Verteilnetzbetreiberinnen

müssen aufgrund der angedachten Vorgaben mit spürbaren Preiserhöhungen rechnen, je strikter die Vorgaben in Bezug auf die vorzunehmenden langfristigen Beschaffungen sind. Da grosse Produzentinnen von erneuerbaren Energien die betreffenden regulatorischen Vorgaben kennen und wissen, dass Verteilnetzbetreiberinnen zwingend längere Zeit im Voraus bestimmte Stromlieferprodukte einkaufen müssen, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie ihre Marge für solche Produkte zusätzlich anheben oder das Angebot künstlich verknappten könnten. Daher sollten keine rigiden Vorgaben an die vorzunehmende strukturierte Beschaffung der Verteilnetzbetreiberinnen für die Grundversorgung gestellt werden.⁹

Auswirkungen der neuen Vorgaben in der StromVV auf Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft

24. Zurzeit ist in Ziffer 4.1 des erläuternden Berichts festgehalten, dass die Abschaffung der Durchschnittspreismethode und die Vorgabe, eine separate Beschaffungsstrategie für die Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung einerseits und die freien Marktkunden andererseits zu führen, die heutigen Preisverzerrungen zwischen den Kunden in der Grundversorgung und den freien Marktkunden beheben würde. Die Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung würden durch die neuen Regelungen in der StromVV zu Mindestanteilen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien im Inland sowie zur mittel- und langfristigen Beschaffung *vor hohen Marktpreisen* bzw. den Schwankungen der Marktpreise geschützt.¹⁰ Diese zurzeit vorgesehenen Aussagen sind nicht richtig und irreführend. Vielmehr muss aufgrund der vorgesehenen neuen Verordnungsbestimmungen mit finanziellen Zusatzbelastungen für die Endkundinnen und Endkunden gerechnet werden und es würden zahlreiche neue Preis- und Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil dieser Kundinnen und Kunden geschaffen. Der Status quo würde insofern «verschlimmbessert».

25. Die neu angedachten Beschaffungsvorgaben zur Belieferung der Grundversorgung in Art. 4c StromVV werden zwar voraussichtlich zu geringfügigeren *Preis-schwankungen* führen. Allerdings ist zu beachten, dass es aufgrund der neuen Vorgaben im Mantelerlass und in der StromVV zu *neuen Wettbewerbsverzerrungen zum Vorteil der Produzentinnen und von inländischen erneuerbaren Energien* kommen wird. Aufgrund der strikten Vorgaben zur strukturierten Beschaffung, die den Handlungsspielraum der Verteilnetzbetreiberinnen massiv einschränken, und der Abschaffung der Durchschnittspreismethode werden die gebundenen Endkundinnen

⁹ Vgl. hierzu auch die vorstehenden Ausführungen zur Marktliquidität von längerfristigen Stromlieferprodukten und den zu erwartenden Preissteigerungen insbesondere für gebundene Endkundinnen und Endkunden von kleineren kommunalen Verteilnetzbetreiberinnen, falls auf Verordnungsstufe zu rigiden regulatorischen Vorgaben hinsichtlich der Beschaffungsstrategie in der Grundversorgung erlassen werden sollten; vorstehend, Rz 14 ff.

¹⁰ Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien: Änderung der Stromversorgungsverordnung, erläuternder Bericht, Vernehmlassungsentwurf (nachfolgend: erläuternder Bericht zur Revision der StromVV), S. 14 f.

und Endkunden künftig kaum mehr von Preisvorteilen auf dem freien Strommarkt profitieren können; dies im Gegensatz zu den Endkundinnen und Endkunden mit Netzzugang, die den Strom auf dem freien Markt beziehen können. Zudem ist eine *Verteuerung* der mehrere Jahre im Voraus ausserbörsllich einzukaufenden inländischen erneuerbaren Stromlieferprodukte zum Nachteil der Grundversorgung zu befürchten. Die Strompreise in der Grundversorgung würden bei Annahme der angegebenen Vorgaben künftig zwar weniger stark schwanken, sie dürften sich aber aufgrund der geschilderten Umstände auf einem *noch höheren* preislichen Niveau bewegen (vgl. vorne, Rz 14 ff. und 23). Insofern werden die neu angedachten Vorgaben zur strukturierten Beschaffung über längere Zeit betrachtet höchstwahrscheinlich zu einem Preisanstieg für die Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung führen.

26. Zu beachten ist weiter, dass die Verteilnetzbetreiberinnen aufgrund der neu eingeführten strengen *buchhalterischen Trennung* der Beschaffung einer Verteilnetzbetreiberin für den freien Markt und die Grundversorgung künftig die Möglichkeit haben, die *teuersten* eigenen Kraftwerke und Strombezugsverträge der Grundversorgung zuzuweisen.¹¹ Entgegen der Ausführungen in Ziff. 2.1 der Erläuterungen dürfen dabei – aufgrund der buchhalterischen Trennung – nur die durch durchschnittlichen Gesteungskosten dieser *der Grundversorgung zugewiesenen* Anlagen (und nicht die durchschnittlichen Gesteungskosten der *gesamten* Eigenproduktion einer Verteilnetzbetreiberin) aufgrund der verbuchten Energiemenge an die Grundversorgung weiterverrechnet werden. Insofern werden die *bisherigen* Preisverzerrungen aufgrund der neuen regulatorischen Vorgaben *nur teilweise* vermieden.

27. Die WEKO beantragt, dass der Text über die Auswirkungen der neuen Vorgaben in der StromVV auf Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft im Sinne der vorstehenden Ausführungen anzupassen ist.

3.2 Solidarisierung von Netzverstärkungskosten sowie den Kosten der Erschliessungsleitung von PV-Anlagen über 50 kW

Antrag:

Die *Obergrenze für die Verstärkung von Anschlussleitungen* gemäss Art. 15b Abs. 5 StromVG sei vom Bundesrat *so tief wie möglich* anzusetzen. Im erläuternden Bericht zur Revision der StromVV sei der angenommene Wert in Franken pro Kilowatt in *nachvollziehbarer* Weise zu begründen.

Begründung:

28. Aufgrund der neuen Vorgaben des Gesetzgebers erfolgt eine *Ungleichbehandlung* hinsichtlich der Vergütung von notwendigen Netzverstärkungen aufgrund des Neuanschlusses von erneuerbaren Erzeugungsanlagen. Während die effektiv entstandenen Netzverstärkungskosten aufgrund von an das Mittelspannungsnetz angeschlossenen Erzeugungsanlagen vollumfänglich von der Swissgrid AG vergütet werden, werden Netzverstärkungskosten in Bezug auf Anlagen, die an das Niederspannungsnetz angeschlossen sind, neu mit einer *Pau-*

schale von 50 Franken pro kW abgegolten (vgl. Art. 15b Abs. 2-4 StromVG und Art. 13e Abs. 2 StromVV).

29. Zudem hat der Gesetzgeber entschieden, dass neuerdings Verstärkungen von *Anschlussleitungen* von der Parzellengrenze bis zum Netzanschlusspunkt für *erneuerbare Erzeugungsanlagen mit einer Leistung von über 50 kW* über die Kosten des Übertragungsnetzes vergütet werden. Der Bundesrat kann für diese anrechenbaren Kosten eine Obergrenze pro kW vorsehen (vgl. Art. 15b Abs. 5 StromVG). Alle anderen Produzentinnen haben die Kosten der Erschliessungsleitung an das Stromnetz selbst zu bezahlen.

30. Die neuen Vorgaben im StromVG aufgrund des Mantelerlasses führen zu *zusätzlichen* Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung, was aus wettbewerblicher Sicht negativ zu beurteilen ist. Dies ergibt sich etwa aufgrund des unterschiedlichen Ansatzes zur Berechnung der Netzverstärkungskosten; je nachdem, ob Erzeugungsanlagen auf der Mittelspannungsebene (effektive Kosten) oder der Niederspannungsebene (Pauschale) an das Stromnetz angeschlossen sind. Die *Privilegierung* der Betreiber von erneuerbaren Erzeugungskapazitäten mit einer Leistung von mehr als 50 kW, denen neuerdings auch die Kosten der *nur durch sie genutzten* Erschliessungsleitung vergütet werden, ist *nicht verursachergerecht*. Vor diesem Hintergrund sollte der Berechnungsansatz zur Vergütung solcher Kosten *so tief wie möglich* angesetzt werden. Im erläuternden Bericht zur Revision der StromVV wird zurzeit weder in den allgemeinen Ausführungen zur Solidarisierung von Verstärkungskosten noch in der Kommentierung zu Art. 13e StromVV erläutert, wie und anhand welcher einzelnen Kriterien die einzuführen beabsichtigte Pauschale von 50 Franken berechnet wurde.¹² Für die WEKO ist insofern nicht nachvollziehbar, ob sich diese Pauschale, wie vorliegend beantragt, am unteren Rand des möglichen Spektrums bewegt.

3.3 Kostenanrechenbarkeit für Massnahmen zur Effizienzsteigerung

Antrag:

Art. 4d Satz StromVV sei dahingehend abzuändern, dass Verteilnetzbetreiberinnen nur einen *möglichst tief* festzusetzenden Teil der Kosten von Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung für Massnahmen zur Steigerung der Effizienz nach Art. 46b EnG über die Energietarife überwälzen dürfen.

Begründung:

31. In Art. 6 Abs. 5^{ter} StromVG ist vorgesehen, dass die Verteilnetzbetreiberinnen die Kosten aufgrund der Zielvorgaben zur Steigerung der Effizienz gemäss Art. 46b EnG *anteilmässig* den festen Endkundinnen und Endkunden sowie den Endkundinnen und Endkunden, die

¹¹ Vgl. Art. 6 Abs. 5^{bis} Bst b StromVG und Art. 4 Abs. 3 StromVV.

¹² Erläuternder Bericht zur Revision der StromVV, S. 4 f. und 26 f.

auf den Netzzugang verzichten, auferlegen dürfen. Der Bundesrat hat die *Möglichkeit*, diese Kosten zu *begrenzen*. Aus wettbewerblicher Sicht sollte die Anrechenbarkeit von Kosten für Massnahmen nach Art. 46b EnG über die Energietarife in der Grundversorgung möglichst beschränkt werden.

32. Gemäss den Erläuterungen werden für die Elektrizitätslieferantinnen durch die Umsetzung dieses zusätzlichen Instruments Investitionskosten anfallen, so beispielsweise u. a. für die Durchführung von *Energieberatungen* oder für *neue Geräte und Anlagen*. Die Elektrizitätslieferantinnen seien berechtigt, diese Kosten über die Energiekomponente des Strompreises weiterzugeben. Damit würden diese Kosten von den Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung und im freien Markt getragen. Für die Elektrizitätslieferantinnen entstehe so ein *Anreiz*, die Effizienzdienstleistungen *möglichst kostengünstig* zu erbringen und dadurch die Kosten *so tief wie möglich* zu halten.¹³ Letztere Aussage mag in Bezug auf Kundinnen und Kunden im freien Markt zutreffend sein. In Bezug auf die 99 % Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz, die ohne Wechselmöglichkeit in der *Grundversorgung* beliefert werden, bestehen bei den für sie zuständigen Verteilnetzbetreiberinnen in ihrer Rolle als Monopolistinnen aufgrund der regulatorischen Markterschliessung hingegen *keine Anreize für ein kosteneffizientes Verhalten*.

33. In Art. 51d EnV¹⁴ werden einige wenige Massnahmen aufgezählt, deren Kosten *nicht* in die Energietarife der grundversorgten Endkundinnen und Endkunden eingerechnet werden dürfen. Allerdings versteht sich dies meist ohnehin von selbst und stellt *keine hinreichende Kostenbegrenzung* für die grundversorgten Endkundinnen und Endkunden dar. Beispielsweise besteht offensichtlich kein Anlass, Energieeffizienzmassnahmen zu vergüten, die *nicht zweckdienlich* sind, da sie weder dauerhaft sind, noch auf eine Verhaltensänderung der Endkundinnen und Endkunden abzielen (Bst. e). Gleiches gilt etwa in Bezug auf Energieeffizienzmassnahmen, die bereits von *kantonalen oder kommunalen Finanzhilfen* profitieren (Bst. b).

34. Wenn die Verteilnetzbetreiberinnen beispielsweise ihre Kosten für Energieberatungen sowie neue Geräte zugunsten einzelner grundversorgter Endkundinnen und Endkunden auf sämtliche Kunden in der Grundversorgung *sozialisieren* dürfen, wird dies den Wettbewerb in den betreffenden Bereichen künftig erheblich erschweren. Von den Verteilnetzbetreiberinnen *nicht mandatierte* Drittanbieterinnen, welche ihre Produkte und Dienstleistungen der Nachfrageseite *vollständig* an ihre Kundinnen und Kunden weiterverrechnen müssen, hätten bei einem zu hohen Anteil anrechenbarer Kosten faktisch kaum noch die Möglichkeit, für die 99% der Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung mit solchen Angeboten tätig zu sein. Die zurzeit angedachten regulatorischen Vorgaben auf Verordnungsstufe, welche basierend auf dem Stromverbrauch die anteilmässige Weiterverrechnung solcher Kosten an die Grundversorgung vorsehen, würden insofern zu einer *erheblichen Beeinträchtigung des funktionierenden Wettbewerbs im Bereich der Energieeffizienzmassnahmen* führen.

35. Bei einer übermässigen Sozialisierungsmöglichkeit der Kosten für Energieeffizienzmassnahmen für die Grundversorgung, ohne dass diese Kosten individuell in Rechnung gestellt oder von den Verteilnetzbetreiberinnen anderweitig kompensiert werden müssen, bestünde zudem die Gefahr, dass den grundversorgten Endkundinnen und Endkunden von den Verteilnetzbetreiberinnen bei dieser Gelegenheit andere Produkte- und Dienstleistungsangebote unterbreitet werden könnten, die keinen direkten Zusammenhang zur Stromlieferung und zu Energieeffizienzmassnahmen haben. Dies würde zu Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Märkten zum Nachteil von Konkurrentinnen führen, die nicht als Verteilnetzbetreiberinnen tätig sind.

36. Die zurzeit in Art. 4d StromVV vorgesehene Lösung stellt aber zumindest gegenüber dem Gesetzesentwurf in der 1. Ämterkonsultation aus Wettbewerbssicht einen Mehrwert dar. Einerseits wird klargestellt, dass den Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung nur jener Anteil der Kosten sämtlicher anrechenbarer Massnahmen belastet werden kann, der ihrem Anteil am Referenzstromabsatz des Verteilnetzbetreibers in kWh entspricht (Abs. 1). Die Verteilnetzbetreiberinnen dürfen diese Kosten zudem nur insoweit in die Grundversorgungstarife einrechnen, als diese Kosten *angemessen* sind.

3.4 Messwesen

Antrag:

Nebst den Tarifobergrenzen für intelligente Elektrizitätszähler seien in der StromVV zudem *Tarifobergrenzen für konventionelle mechanische Elektrizitätszähler* ohne automatische Fernauslesung einzuführen. Nebst den Tarifobergrenzen für intelligente und mechanische Zähler von Endkundinnen und Endkunden seien auch solche *Obergrenzen für Produzentinnen und Speicherbetreiberinnen* zu verankern.

Im erläuternden Bericht zur Revision der StromVV sei die Berechnung der Tarifobergrenzen in *nachvollziehbarer* Weise darzustellen und zu begründen, inwiefern mit diesen Obergrenzen *verursachergerechte Kosten* gewährleistet und *übermässige Monopolerträge vermieden* werden können.

¹³ Vgl. Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien: Änderung der Energieverordnung, erläuternder Bericht, Vernehmlassungsentwurf (nachfolgend: erläuternder Bericht zur Revision der EnV), S. 10.

¹⁴ Energieverordnung vom 1.11.2017 (EnV; SR 730.01).

Begründung:

Gesetzliche Monopolisierung des Messwesens

37. Mit Annahme des Mantelerlasses durch die eidgenössischen Räte wird das Messwesen in Bezug auf sämtliche Akteure des Strommarktes *monopolisiert* und ist einzig Sache der örtlich für den Netzbetrieb zuständigen Verteilnetzbetreiberinnen (vgl. Art. 17a Abs. 1 StromVG). Die Wettbewerbsbehörden hatten sich in ihren diversen Konsultationen auf Stufe Bundesverwaltung stets für eine vollständige regulatorische Markttöffnung ausgesprochen, wie dies ursprünglich auch seitens des Bundesrats angedacht war.¹⁵ Aus wettbewerblicher Sicht ist die nun durch den Gesetzgeber erfolgte Marktverschliessung zu bedauern. Die durch eine vollständige Markttöffnung induzierte Wettbewerbssituation hätte bei Verteilnetzbetreiberinnen mit überdurchschnittlich hohen Messkosten und/oder Gewinnmargen den Anreiz gesetzt, ihre Erträge aus dem Messstellenbetrieb und den Messdienstleistungen zu reduzieren, um konkurrenzfähig zu bleiben. Im Übrigen hätten insbesondere Grossverbraucher mit diversen Standorten in der Schweiz (sog. «Multi Site-Kunden») ein Interesse daran, eine einzige Anbieterin für Dienstleistungen im Bereich des Messwesens zu verpflichten, die ihre Anforderungen an die Qualität und Kosteneffizienz über sämtliche Bereiche der Energieversorgung hinweg erfüllt.¹⁶

Tarifobergrenzen für sämtliche Akteurinnen im Strommarkt sowie konventionelle mechanische Zähler

38. Aus wettbewerblicher Sicht sind absolute Tarifobergrenzen auf einem dem freien Wettbewerb unterstehenden Markt abzulehnen. Solche Obergrenzen führen tendenziell zu einer Preisharmonisierung am obersten Limit der aufgrund des regulatorischen Höchstpreises zulässigen Bandbreite. Vorliegend ist eine regulatorische Beschränkung der Kosten für das Messwesen jedoch notwendig, da aufgrund der gesetzlichen Monopolisierung in den Bereichen Messstellenbetrieb und Messdienstleistungen kein freier Markt zugelassen wird und sich daher kein funktionierender Wettbewerb entwickeln kann.

39. Aufgrund der Monopolisierung des Messwesens muss mittels der Regulierung zumindest sichergestellt werden, dass die Verteilnetzbetreiberinnen als Monopolanbieterinnen keine unangemessen hohen Preise für ihre Dienstleistungen in Rechnung stellen. Das BFE will die in Art. 8 Abs. 2 StromVV vorgesehenen Ertragsobergrenzen lediglich zur Anwendung bringen, falls bei einer *Endkundin oder einem Endkunden* ein *intelligenter Stromzähler* (sog. Smartmeter) eingebaut wurde. Zurzeit sind bei zahlreichen Endkundinnen und Endkunden noch herkömmliche analoge Stromzähler eingebaut. Der Fortschritt des bis Ende 2027 zu erfolgenden Smartmeter-Rollouts (vgl. Art. 31e Abs. 1 StromVV) gestaltet sich bei den rund 600 Verteilnetzbetreiberinnen in der Schweiz sehr unterschiedlich. Es muss je nach Verteilnetzbetreiberin mit Verzögerungen gerechnet werden, zumal die Nichteinhaltung der Rollout-Vorgaben für betroffene Verteilnetzbetreiberinnen keine rechtlichen Konsequenzen hätte. Überdies müssen gemäss den Vorgaben in der StromVV lediglich 80 % der Endkundinnen und Endkunden mit intelligenten Elektrizitätszählern

ausgerüstet werden. Daher sollten mit dem Inkrafttreten der revidierten Stromversorgungsgesetzgebung im Jahr 2025 zum Schutz der Nachfrageseite vor übermässigen Preisen auch Tarifobergrenzen für *herkömmliche mechanische* Stromzähler ohne automatische Fernauslesung eingeführt werden, welche *verursachergerechte* und *angemessene* Kosten auch für die betreffenden Kundinnen und Kunden zu gewährleisten vermögen. Bei der Festlegung der Tarifobergrenzen ist insbesondere zu beachten, dass für eine verursachergerechte Anlastung der Messkosten für intelligente und mechanische Zähler separate Obergrenzen in der StromVV verankert werden müssen. Die Messkosten für einen mechanischen Zähler sind erheblich günstiger als jene für einen Smartmeter.

40. Zudem ist für die WEKO kein Grund ersichtlich, weshalb nur in Bezug auf Elektrizitätszähler von Endkundinnen und Endkunden absolute Kostenobergrenzen eingeführt werden sollen. Auch für intelligente sowie herkömmliche mechanische Zähler von reinen Produzentinnen und Speicherbetreiberinnen sollten solche Vorgaben eingeführt werden, um auch diese Kundinnen und Kunden vor überhöhten Preisen im Monopol zu schützen.

Herleitung und Begründung der gewählten Höchstpreise pro Zähler

41. In den Erläuterungen zur Revision der StromVV finden sich zurzeit keinerlei Hinweise darüber, aufgrund welcher Kennzahlen und anhand welcher Kriterien die monatlichen Tarifobergrenzen genau berechnet wurden. Insofern ist es für die WEKO basierend auf den vom BFE/UVEK zur Verfügung gestellten Informationen nicht möglich zu beurteilen, ob mit diesem Instrument effektiv übermässige Monopolerträge effektiv verhindert werden können. Daher beantragt die WEKO, dass die Berechnungsweise der Tarifobergrenzen in den Erläuterungen in nachvollziehbarer Weise dargelegt wird.

3.5 Vorgaben zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Datenplattformbetreibers

Antrag:

Art. 8h Abs. 3 StromVV sei dahingehend zu ergänzen, dass der Datenplattformbetreiber funktionell (*personell, organisatorisch, informatorisch und hinsichtlich der Ressourcenausstattung*) von den an ihm beteiligten Unternehmen entflochten und von diesen *vollständig* unabhängig sein muss.

¹⁵ Bundesratsbeschluss vom 3.4.2020 betreffend die Revision des Stromversorgungsgesetzes: Eckwerte der Strommarktöffnung und Anpassungen nach Vernehmlassung aufgrund des Antrags des UVEK vom 13. März 2020, Ziff. 4.2.

¹⁶ WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH, Kosten-Wirksamkeits-Analyse von Organisationsmodellen des Messwesens in Stromverteilnetzen in der Schweiz, Studie im Auftrag des BFE von 9.8.2015, S. 1.

Begründung:

42. Ein diskriminierungsfreier und effizient organisierter Zugang zu mitunter wirtschaftlich hochsensiblen Daten und Informationen im Energiebereich spielt eine entscheidende Rolle für die Entwicklung wirksamen Wettbewerbs. Insofern begrüsst es die WEKO grundsätzlich, dass die Grundlagen für den Aufbau eines Datahubs regulatorisch verankert werden sollen. Da mit der Verabschiedung des Mantelerlasses an der lediglich teilweisen Markttöffnung im Bereich der Stromversorgung für lediglich 1 % der Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz festgehalten wurde und auch das Messwesen neuerdings monopolisiert ist, hat eine solche Datenplattform jedoch nur einen beschränkten Mehrwert. Drittanbieterinnen, welche Messdaten für ihre Dienstleistungen benötigen, können für den Grossteil der Endkundinnen und Endkunden in diesen Bereichen nicht tätig sein und brauchen diese Daten zurzeit nicht. Gemäss dem mit dem Mantelerlass neu eingeführten Art. 17i Abs. 3 StromVG wird das Entgelt für den Betrieb des Datahubs *pro Messpunkt* erhoben. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob es verursachergerecht ist, auch Endkundinnen und Endkunden mit mechanischen Zählern ohne automatische Fernauslesung über die Netznutzungstarife anteilmässig mit denselben Kosten für den Betrieb des Datahubs zu belasten, obwohl für sie dadurch kein Mehrwert entsteht.

43. Aufgrund der vom Gesetzgeber gewünschten *nicht-staatlichen* Governancelösung für den Datenplattformbetreiber muss mittels geeigneter Schutzbestimmungen möglichst ausgeschlossen werden können, dass sich dessen Eigentümer aufgrund der über die Datenplattform gesammelten Daten Vorteile im Markt verschaffen könnten. Insbesondere muss technisch sichergestellt sein, dass keine Personen, die bei im Energiebereich tätigen Unternehmen beschäftigt sind, auf wirtschaftlich sensible Daten Zugriff erhalten. Der Datenplattformbetreiber sollte eine eigene, von anderen Unternehmen auch *räumlich getrennte* Infrastruktur haben und insbesondere ein *separates IT-System* betreiben, welches er nicht mit weiteren Unternehmen teilt.

44. Gemäss den angedachten Vorgaben in Art. 8g Abs. 2 StromVV ist der Datenplattformbetreiber personell von seinen Anteilseignern zu entflechten. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass der Datenplattformbetreiber bereits nach gesetzlicher Konzeption als eigenständige Gesellschaft organisatorisch verselbstständigt sei und er sich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben an die entsprechenden Vorgaben zum Datenschutz und zur Datensicherheit zu halten habe. Die personelle Entflechtung stelle sicher, dass keine Interessenkonflikte entstehen und keine wirtschaftlich sensiblen Informationen zu nicht berechtigten Marktteilnehmern fliessen.¹⁷

45. Nach Auffassung der WEKO kann durch eine personelle Entflechtung allein nicht vollständig sichergestellt werden, dass wirtschaftlich sensible Informationen, die mittels der Plattform gesammelt und ausgetauscht werden, insbesondere von Unternehmen, die im Elektrizitätsbereich tätig sind, verwendet werden könnten, um ihre Stellung in bestimmten Märkten im Energiebereich zu verbessern; dies gilt insbesondere für jene Branchenakteure, die im obersten Leitungs- oder Verwal-

tungsorgan des Datenplattformbetreibers vertreten sein werden (vgl. Art. 8g Abs. 1 StromVG). Der mit dem Mantelerlass in Kraft tretende Art. 17i Abs. 1 StromVG hält fest, dass der Datenplattformbetreiber *unabhängig* von der Elektrizitätswirtschaft agiert, um jegliche Einflussnahme und Bevorteilung zu verhindern. Gemäss der Botschaft seien die *detaillierten* Vorgaben zur Unabhängigkeit auf *Verordnungsstufe* zu regeln.¹⁸ Somit entspricht es der Konzeption des Gesetzgebers, dass die *inhaltlichen Details* im Verordnungsrecht festgelegt werden. Aus diesem Grund hat er eine entsprechend lautende Delegationsnorm erlassen, wonach der Bundesrat befugt ist, weitere Bestimmungen zur Organisation, zur Unabhängigkeit und zur Finanzierung des Datenplattformbetreibers zu erlassen.

46. Die WEKO beantragt vor diesem Hintergrund, dass auf Verordnungsstufe eine *vollständige* funktionelle Entflechtung verankert wird. Entgegen der Darstellung in den Erläuterungen ist eine solche Entflechtung nicht bereits aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit des Datenplattformbetreibers sichergestellt, sofern dieser gestützt auf Art. 17h Abs. 1 StromVG von Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft und anderer Wirtschaftszweige in Form einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft mit Sitz in der Schweiz konstituiert wird. Gestützt auf die regulatorischen Vorgaben zur Datensicherheit besteht zwar eine Verpflichtung, Personendaten hinreichend vor dem Zugang unberechtigter Dritter zu sichern. Allerdings besteht keine rechtliche Verpflichtung, eine separate Infrastruktur zu nutzen. Bei gemeinsam genutzten Ressourcen besteht trotz der Datensicherheitsanforderungen ein höheres Potenzial für eine Kenntnisnahme von wirtschaftlich sensiblen Daten durch Marktakteure. Aus wettbewerblicher Sicht sollte dieses Missbrauchspotenzial möglichst minimiert werden.

3.6 Lokale Elektrizitätsgemeinschaften (LEG)

Antrag:

Der prozentuale Abschlag gemäss Art. 17e Abs. 3 StromVG sei unter Berücksichtigung der effektiv genutzten Netzebenen für die Verteilung der von der LEG selbst erzeugten Elektrizität *möglichst verursachergerecht* festzusetzen. Die zurzeit in Art. 19g Abs. 1 und Abs. 3 StromVV vorgesehenen Abschläge seien daher auf ein *verursachergerechtes* Niveau zu reduzieren.

Begründung:

47. Endkundinnen und Endkunden, Produzentinnen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien sowie Speicherbetreiberinnen können sich zu einer LEG zusammenschliessen und die selbst erzeugte Elektrizität innerhalb dieser Gemeinschaft absetzen. Hierfür ist aufgrund der Vorgaben im Mantelerlass unter anderem vorausgesetzt, dass die eine LEG bildenden Akteure im gleichen Netzgebiet, auf der gleichen Netzebene und örtlich nahe beieinander an das Elektrizitätsnetz angeschlossen sind (vgl. Art. 17d Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a StromVG). Der

¹⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision der StromVV, S. 24.

¹⁸ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2021 1666, S. 104 f.

Gesetzgeber hat zudem entschieden, dass Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung auch als Teilnehmende an einer LEG keine Möglichkeit erhalten sollen, *nicht* von der LEG produzierten Strom, den sie aufgrund ihres Lastgangprofils zusätzlich benötigen, *über* die LEG von einer Stromlieferantin auf dem freien Markt zu beziehen (vgl. Art. 17e Abs. 2 StromVG). Aus wettbewerblicher Sicht ist diese neuerliche regulatorische Marktverschliessung des Gesetzgebers zu bedauern. LEG sollen stattdessen dadurch beanreizt werden, dass die daran teilnehmenden Netznutzerinnen und Netznutzer nicht mehr das volle Netznutzungsentgelt auf ihrer Netzebene zu bezahlen haben, sondern einen vom Verordnungsgeber zu bestimmenden Abschlag von bis zu 60 % des ausserhalb von LEG üblichen Tarifs zugestanden erhalten (vgl. Art. 17e Abs. 2 StromVG).

48. Für den Stromaustausch soll den Teilnehmenden der LEG maximal 70 % des üblichen Netztarifs für die Netznutzung verrechnet werden dürfen (vgl. Art. 19g Abs. 1 StromVV). In den Erläuterungen zur Revision der StromVG wird die Höhe des zurzeit vorgesehenen Abzugs von 30 % bislang weder näher erläutert noch begründet. Zudem scheint das BFE/UVEK die Kostenstruktur der unterschiedlichen Netzebenen bislang bei der Festlegung des Abzugs nicht berücksichtigt zu haben. Es ist möglich, die betreffenden Informationen für die ganze Schweiz pro Netzebene auf Gesuch hin von der ElCom zu erhalten. Ein Abschlag von 30 % entspricht einer verdeckten Subvention der Teilnehmenden der LEG durch die übrigen Endkundinnen und Endkunden. Ein derart hoher Abschlag erscheint nicht verursachergerecht. Die WEKO beantragt, dass dieser Abschlag reduziert und unter Berücksichtigung der effektiv von der LEG beanspruchten Netzinfrastruktur festgesetzt wird. Damit können Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der neuen Vorgaben im Mantelerlass minimiert werden.

3.7 Kalkulatorische Verzinsung (WACC)

Antrag:

Die Vorgaben in Art. 13 Abs. 3^{bis} und Anhang 1 der StromVV seien dahingehend umzuformulieren, dass sich der durchschnittliche kalkulatorische Kapitalkostensatz (WACC) für die Berechnung der Netzkosten und -tarife an der *Rendite von Bundesobligationen langer Laufzeit* orientiert. Auf einen weiteren Zuschlag sei zu verzichten.

Begründung:

49. Die Wettbewerbsbehörden setzen sich in Rechtsetzungsvorlagen des BFE/UVEK seit Jahren für eine Reduktion des WACC ein. Der von 2017 bis 2023 geltende WACC Stromnetze von 3,83 % war offensichtlich überhöht, zumal sich die effektiven Zinskonditionen vor Kurzem noch im negativen Bereich bewegten. Die Vorgaben in der StromVV zur Berechnung des WACC führten in der Vergangenheit zu Zusatzeinnahmen der Netzbetreiberinnen zulasten der Endkundinnen und Endkunden im Milliardenbereich. Diese könnten die hieraus resultierenden übermässigen Erträge beispielsweise in wettbewerbsverzerrender Weise dafür einsetzen, um ihre Position in benachbarten Märkten zum Nachteil des lokalen Gewerbes zu verbessern.

50. Gemäss den Angaben der ElCom betrugen die jährlichen Einnahmen aufgrund der kalkulatorischen Abschreibungen und der WACC-Verzinsung über die Netznutzungstarife im Jahr 2021 rund 320 Millionen Franken mehr als die jährlich rund 1,4 Milliarden Franken, welche die Netzbetreiberinnen für neue Netzinfrastruktur investieren.¹⁹ Würden die anrechenbaren Kapitalkosten aufgrund einer WACC-Reduktion um 1 % um 200 Millionen Franken gekürzt, bestünde immer noch eine Differenz von 120 Millionen Franken. Dies veranschaulicht, dass bereits der damals geltende WACC von 3,83 % offensichtlich überhöht war.

51. Das aktuelle Berechnungsmodell zur Bestimmung des kalkulatorischen Zinssatzes führt aufgrund des ab Mitte 2022 erfolgten Zinsanstiegs nun dazu, dass sich der WACC Stromnetze im Tarifjahr 2024 *auf 4,13 % erhöht* hat.²⁰ Dadurch ergibt sich in Zeiten hoher Strompreise ein weiterer *Anstieg der anrechenbaren Netzkosten* zulasten der Endkundinnen und Endkunden. In Art. 8 Abs. 3 StromVV ist vorgesehen, dass der WACC gemäss der Berechnungsweise in Anhang 1 der StromVV auch für die Bestimmung *der anrechenbaren Messkosten* verwendet werden soll. Ein überhöhter WACC führt zu nicht verursachergerechten Messkosten und auch in diesem Bereich übermässigen Erträgen der Verteilnetzbetreiberinnen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der WACC gemäss der Praxis der ElCom bei der Berechnung der in die Grundversorgungstarife einkalkulierbaren Kosten der Eigenproduktion berücksichtigt werden darf. Im Jahr 2024 beträgt der WACC Produktion 5,11 %²¹. Der WACC Produktion ist auch für die Bestimmung des Vergütungssatzes der gleitenden Marktpremie (vgl. nachfolgend, Ziff. 5.1) relevant, indem bei den Gestehungskosten der geförderten Anlagen eine kalkulatorische Verzinsung in entsprechender Höhe berücksichtigt wird. Aufgrund der momentanen Vorgaben in der StromVV zur Berechnung des WACC führt dies zu überhöhten Vergütungssätzen. Insofern werden mittels der gleitenden Marktpremie geförderte Anlagen ohne Reduktion des WACC über eine voraussichtliche Laufzeit von 20 Jahren übermässige Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds erhalten. Diese Mittel könnten stattdessen eingesetzt werden, um die Errichtung von weiteren erneuerbaren Erzeugungskapazitäten zu fördern, um so die gesetzlichen Zubauziele im EnG rascher zu erreichen. Diese Beispiele veranschaulichen, dass die Berechnungsgrundlagen zur Bestimmung der Höhe der kalkulatorischen Verzinsung im Elektrizitätsbereich von *erheblicher Bedeutung* sind.

¹⁹ Vgl. Tätigkeitsbericht 2021 der ElCom, S. 25 f. sowie S. 30, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte (27.5.2024). Aus den Zahlen der ElCom im Tätigkeitsbericht lässt sich ableiten, dass die Betriebs- und Kapitalkosten zusammen 68 % betragen, was rund 3,4 Milliarden CHF entspricht. Unter Berücksichtigung von Steuern von 1 % (50 Mio. CHF) ergibt dies total 3,45 Mrd. CHF. Der Anteil der Kapital- und Betriebskosten an den gesamten Netzkosten beträgt je 34 % resp. 1,7 Mrd. CH. Auf die Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen entfallen somit rund 1,7 Mrd. CHF pro Jahr.

²⁰ Vgl. Medienmitteilung BFE vom 1. März 2023, UVEK legt Kapitalkostensatz für Stromnetze für das Tarifjahr 2024 fest; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-93379.html> (27.5.2024).

52. Ein WACC von 4,13% im Netzbereich und von 5,11 % für die Eigenproduktion entspricht weder dem heutigen Zinsniveau noch den kaum vorhandenen Risiken im Monopolbereich. Die Rendite der Netzbetreiber ist nach dem bisherigen WACC-Ansatz in der StromVV um ein Mehrfaches höher als das effektive Zinsniveau und berücksichtigt das sehr geringe Risiko im Monopolbereich nicht angemessen. Die Netzstabilität und langfristige Versorgungssicherheit bleiben auch bei einer Reduktion des WACC aufgrund der Cost-Plus-Regulierung der anrechenbaren Netz- und Energiekosten vollumfänglich gewährleistet. Für die Netzbetreiberinnen bedeutet dies im Wesentlichen Folgendes:

- Beim *Stromnetz* handelt es sich um ein *natürliches und gesetzlich abgesichertes Monopol*. Somit kann den Netzbetreiberinnen als Monopolistinnen im Bereich der Stromversorgung über ihre Netze keinerlei Konkurrenz erwachsen. Folglich besteht – falls überhaupt – nur ein äusserst geringes marktbedingtes Risiko, welches bei der Bestimmung der kalkulatorischen Verzinsung zu berücksichtigen ist;
- Es ist in jedem Fall gesetzlich gewährleistet, dass die Netzbetreiberinnen die jährlichen *Abschreibungen* auf ihrer Netzinfrastruktur als anrechenbare *Kapitalkosten* vergütet erhalten (vgl. Art. 15 Abs. 3a StromVG und Art. 13 Abs. 2 StromVV). Die Kapitalkosten für Anlagen werden vergütet, sobald sich diese *im Bau* befinden;²²
- Die *Kosten für den Netzbetrieb* stellen ebenfalls anrechenbare *Betriebskosten* dar (vgl. Art. 15 Abs. 2 StromVG und Art. 7 StromVV);
- Die Netzbetreiberinnen erhalten zudem über die WACC-Verzinsung jedes Jahr eine garantierte *Rendite* für das von ihnen bereitgestellte *Eigen- und Fremdkapital* sowie einen *angemessenen Betriebsgewinn* (vgl. Art. 15 Abs. 3b StromVG und Art. 13 Abs. 3 StromVV);
- *Unterdeckungen* aufgrund einer Differenz zwischen den Plan-Kosten und den Ist-Kosten im Netzbereich – bspw. auch Debitorenverluste – können in den folgenden drei Tarifjahren im Rahmen der *Deckungsdifferenzen* kompensiert werden (vgl. Art. 19 Abs. 2 StromVV).

53. Die Netzbetreiberinnen haben aufgrund der Stromversorgungsgesetzgebung somit eine gesetzlich verankerte Garantie, sämtliche anrechenbaren Kosten sowie einen angemessenen Betriebsgewinn vergütet zu erhalten, den sie von den an ihr Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden einholen dürfen. Unter solchen regulatorischen Umständen sind die Netzstabilität und die langfristige Investitionssicherheit sichergestellt. Eine derartige Regulierung – erst recht unter Berücksichtigung eines offensichtlich überhöhten WACC – birgt einen Anreiz für Überinvestitionen, welche für die Endkundinnen und Endkunden keinen Mehrwert haben.

54. Um gleich lange Spiesse im Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern (Monopolisten) sowie gewerblichen Anbietern ohne eigenes Netz zu schaffen, erscheint eine Überarbeitung der Netzregulierung unumgänglich, zumal insbesondere auch die Netzbetreiberinnen von den künftig noch weitergehenden finanziellen Fördermassnah-

men für den zeitlich forcierten Zubau von einheimischen erneuerbaren Energien werden profitieren können. Hinzu kommt, dass die seit 2008 geltende Regulierung der anrechenbaren Netzkosten im StromVG Mehrfachbelastungen der Endkundinnen und Endkunden für vor Inkrafttreten des StromVG gebaute Netzinfrastruktur zulässt. Zahlreiche Netzbetreiberinnen machen von dieser Möglichkeit Gebrauch. Grössere Netzbetreiberinnen haben so die Möglichkeit, bereits in der Vergangenheit bezahlte/vollständig abgeschriebene Anlagerestwerte im Umfang von mehreren hundert Millionen Franken den Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet erneut in Rechnung zu stellen und mit einem seit vielen Jahren offensichtlich überhöhten WACC zu verzinsen.²³ Auch solche übermässigen Mehreinnahmen im Monopolbereich könnten für erforderliche Investitionen in die Netzinfrastruktur eingesetzt werden.

55. Da Investitionen ins Verteilnetz dank der Cost-Plus-Regulierung risikofrei sind – Planungsfehler, Debitorenverluste etc. können in die Deckungsdifferenzen eingerechnet und in den Folgejahren kompensiert werden – muss sich ein Kapitalanleger nach gleichen *risikofreien* inländischen Investitionsmöglichkeiten (ohne Währungsrisiken) umsehen. Diesbezüglich bieten sich alternativ langjährige Bundesobligationen an. Diese bewegten sich in den letzten zehn Jahren zwischen rund -1 % und 1,56 % (aktuell rund 0,8 %).²⁴ Die WEKO schlägt vor, hinsichtlich der Höhe der kalkulatorischen Verzinsung auf die entsprechenden Zinssätze abzustellen und die Vorgaben in der StromVV entsprechend anzupassen.

4. Energieverordnung (EnV)

4.1 Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (ZEV)

56. Wenn der gesamte Verbrauch eines ZEV 100 MWh pro Jahr überschreitet, haben die Endkundinnen und Endkunden dieses ZEV Anspruch auf Netzzugang gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG. Dabei spielt es keine Rolle, welcher Anteil vom Verbrauch über das Netz bezogen oder von der eigenen Anlage produziert wurde. Insofern können aufgrund ihres Verbrauchs grundsätzlich nicht netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden bei Bildung eines ZEV aufgrund ihrer Rolle als Prosumer für die Lieferung des zusätzlich benötigten Stroms eine Anbieterin im freien Markt auswählen. Sie müssen sich somit nicht zwingend von der örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiberin beliefern lassen, was aus wettbewerblicher Sicht positiv zu beurteilen ist.

²¹ Vgl. Weisung 2/2024 der ElCom betreffend WACC Produktion vom 5.3.2024, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen (27.5.2024).

²² In diesem Sinne ist auch Art. 13 Abs. 3 Bst. a Ziff. 1 StromVV zu verstehen, wonach für die jährliche Verzinsung der für den Netzbetrieb notwendigen Vermögenswerte höchstens die Anschaffungs- bzw. Herstellwerte bestehender Anlagen, die sich per Ende des Geschäftsjahres ergeben, verwendet werden dürfen.

²³ Eine ausführliche Darstellung zu dieser Thematik findet sich in der Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zum Gasversorgungsgesetz vom 11.2.2020, S. 19 ff., abrufbar unter www.weko.admin.ch > Praxis > Entscheide (27.5.2024).

²⁴ <https://www.cash.ch/devisen-zinsen/bundesobli-190007/ikr/chf/#chart> (27.5.2024).

57. Die WEKO begrüsst es vor diesem Hintergrund, dass es aufgrund zweier Anpassungen in der EnV künftig noch einfacher werden wird, einen ZEV zu gründen. Einerseits soll die Benutzung von Anschlussleitungen erlaubt werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 EnV). Andererseits sollen neuerdings auch sog. «virtuelle ZEV» ermöglicht werden, indem neu auch mehrere physische Messpunkte für einen ZEV zulässig sind (vgl. Art. 17 Abs. 1 EnV). Ermöglicht wurde dies dank entsprechender Anpassungen des EnG durch den Gesetzgeber im Mantelerlass.

4.2 Abnahme- und Vergütungspflicht

Antrag:

Um Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil der Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung zu vermeiden, seien die Minimalvergütungen für gestützt auf Art 15 EnG abzunehmenden Strom so anzusetzen, dass der *Weiterbetrieb* der betreffenden erneuerbaren Erzeugungsanlagen gewährleistet werden kann. Die vorgeschlagene Minimalvergütung für *Wasserkraftanlagen* bis zu einer Leistung von 150 kW sei in diesem Sinne so anzupassen, dass sie nur die *variablen Betriebskosten* deckt. Der in Art. 12 Abs. 1^{bis} Bst. d StromVV festgelegte Minimaltarif sei unter Berücksichtigung dieses Kalkulationsansatzes festzusetzen.

Im erläuternden Bericht zur EnV sei nachvollziehbar aufzuzeigen, dass der für die einzelnen erneuerbaren Technologien gewählte Minimaltarif *kein zusätzliches Förderinstrument* für bereits bestehende erneuerbare Erzeugungskapazitäten ist, sondern aufgrund der vorgeschlagenen Höhe des Minimaltarifs lediglich der *Weiterbetrieb* sichergestellt wird.

Begründung:

58. Durch die Abnahme- und Vergütungspflicht gemäss Art. 15 EnG in Bezug auf bereits in Betrieb gesetzte Erzeugungskapazitäten werden zusätzliche Kosten für die Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung verursacht, ohne dass der Zubau von erneuerbaren Energien gefördert würde. Die Abnahmepflicht und die Festlegung einer minimalen Vergütung für die Betreiberinnen von neuen erneuerbaren Produktionsanlagen könnte sich zu Ungunsten der Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung auswirken, wenn *übermässige* Kosten an diese Kundengruppe überwältigt werden, um erneuerbare Energien zu fördern. Im freien Markt zu Wettbewerbskonditionen belieferte Unternehmen, welche diese Vergütung anteilmässig *nicht* mitfinanzieren müssen, könnten daher gegenüber auf demselben nachgelagerten Markt tätigen Unternehmen in der Grundversorgung einen Wettbewerbsvorteil erhalten.

59. In Zeiten sehr hoher Strompreise und einer *Orientierung am Marktpreis* für den gestützt auf Art. 15 EnG abzunehmenden Strom, wie dies beispielsweise im Sommer 2022 der Fall war, würden die Betreiberinnen von erneuerbaren Produktionsanlagen von einer ihre Betriebskosten erheblich übersteigenden Vergütung profitieren. Bezahlt werden müsste diese von den gebundenen Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung. Daher sollten sich die Minimalvergütungen nicht primär am Marktpreis orientieren, sondern so angesetzt werden, dass der *Weiterbetrieb* dieser Anlagen

gewährleistet werden kann, so dass die Ziele der Energiegesetzgebung ohne den Einsatz von zusätzlichen Fördermitteln eingehalten werden können.

60. Im erläuternden Bericht zur EnV ist in diesem Sinne *im Kontext mit Kleinwasserkraftanlagen* festgehalten, dass der Minimaltarif keine Anreize zum Bau von Neuanlagen, sondern schlicht den Weiterbetrieb sicherstellen soll.²⁵ Konsequenterweise sollte sich die Minimalvergütung folglich nicht an den *gesamten Gesteungskosten* orientieren, sondern lediglich an den *variablen Betriebskosten*. Von den in Art. 12 Abs. 1^{bis} Bst. d EnV vorgeschlagenen 12 Rp./kWh sind somit die Baukosten in Abzug zu bringen. Die bisherige Berechnungsweise der zurzeit vorgesehenen Minimalvergütung beruht gemäss den Erläuterungen auf den *Gesteungskosten* der 20 % kostengünstigsten Anlagen.²⁶ Dieser momentane Ansatz führt zu einer überhöhten Vergütung, auch wenn nur die *Gesteungskosten* der kostengünstigsten Anlagen in die Berechnung eingeflossen sind.

61. Gestützt auf die Informationen im erläuternden Bericht ist in Bezug auf die weiteren erneuerbaren Erzeugungstechnologien nicht nachvollziehbar, ob für die Festlegung der Minimalvergütung ein eher strenger oder ein eher grosszügiger Massstab zugunsten der Anlagebetreiberinnen festgelegt wurde. In Bezug auf weitere erneuerbare Produktionsanlagen verzichtet die WEKO deshalb darauf, eine bestimmte Höhe der jeweiligen Minimalvergütungen zu beantragen.

5. Energieförderungsverordnung (EnFV)²⁷

5.1 Gleitende Marktprämie

Antrag:

Für mittels der gleitenden Marktprämie geförderte erneuerbare Erzeugungsanlagen sei eine *Vergütungsdauer von 15 statt 20 Jahren* vorzusehen. Art. 30a^{septies} EnFV sei in diesem Sinne anzupassen. Auf eine Verlängerung der Mindestbetriebsdauer von mittels Investitionsbeiträgen geförderten Photovoltaik-, Windkraft- und Geothermieanlagen von 15 auf 20 Jahre sei zu verzichten.

Gehen mehr Gesuche zur Förderung von *Windkraft- und Biomasseanlagen* ein, als finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, seien die Projekte mit dem voraussichtlich tiefsten Vergütungssatz zuerst zu berücksichtigen. Art. 30d^{bis} und Art. 30e^{quinquies} EnFV seien entsprechend anzupassen.

Begründung:

Grundsätzliche Bemerkungen

62. Im Mantelerlass wurde die gleitende Marktprämie als zusätzliches Förderinstrument für bestimmte grössere Produzentinnen von inländischen erneuerbaren Energien verankert. Betreiberinnen von neuen Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 1 MW sowie erhebliche

²⁵ Erläuternder Bericht zur Revision der EnV, S. 9.

²⁶ Erläuternder Bericht zur Revision der EnV, S. 9.

²⁷ Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03).

Erweiterungen oder Erneuerungen von Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 300 kW, Photovoltaikanlagen mit einer Leistung ab 150 kW, Windkraftanlagen und Biomasseanlagen werden künftig ein Wahlrecht erhalten und können sich entscheiden, ob sie für ihre Anlagen mittels der gleitenden Marktprämie oder in Form von Investitionsbeiträgen gefördert werden möchten (vgl. Art. 29a Abs. 1 und Art. 29b EnG).

63. Die Aufnahme dieses weiteren Förderinstruments zugunsten von inländischen erneuerbaren Energien ist aus Wettbewerbsperspektive kritisch zu beurteilen. Dadurch erhöht sich das Ungleichgewicht zum Vorteil der Produzentinnen von inländischen erneuerbaren Energien. Die gleitende Marktprämie garantiert ihnen während der Vergütungsdauer einen bestimmten *Mindestverkaufspreis*. Sie erhalten dadurch während dieser Zeitdauer eine *konstante Rendite*. Durch dieses Förderinstrument wird somit das Investitionsrisiko der Projektantinnen minimiert. Dieses Risiko wird stattdessen künftig von den Endkundinnen und Endkunden getragen. Ein solches Fördermodell führt zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung. Im Vergleich zur Förderung mittels Investitionsbeiträgen führt der grössere Versicherungseffekt der gleitenden Marktprämie bei den Produzentinnen zwangsläufig zu verminderten Anreizen, auf die Entwicklung der erzielbaren Preise am Markt zu reagieren. Dies verringert etwa den Anreiz, neue Erzeugungsanlagen auf eigene Kosten zusätzlich mit einem Energiespeicher zu kombinieren, um Strom in Zeiten geringer Nachfrage und somit zu geringen Börsenstrompreisen für Zeiten mit hoher Nachfrage einzuspeichern. Aufgrund der garantierten Rendite für die eingespeiste Produktion bestünde beispielsweise auch kein finanzieller Anreiz, bei sehr tiefen oder negativen Marktpreisen die Produktion zu drosseln, obwohl dies gesamtwirtschaftlich betrachtet systemdienlich wäre.

Vergütungsdauer

64. Das BFE/UVEK beabsichtigt, für die gleitende Marktprämie eine Vergütungsdauer von 20 Jahren in der EnFV vorzusehen. In den Erläuterungen wird die gewählte Laufzeit nicht begründet. Erneuerbare Erzeugungsanlagen, welche Investitionsbeiträge erhalten, müssen gemäss den zurzeit geltenden Vorgaben in der EnFV während 15 Jahren in Betrieb sein. Insofern wurde das aktuell geltende Förderinstrument der Investitionsbeiträge auf eine Betriebsdauer von 15 Jahren ausgerichtet. Offenbar bestehen unter diesen Voraussetzungen genügend Anreize, neue Anlagen zu bauen. Insofern sollte auch für Anlagen, die mittels der gleitenden Marktprämie finanziell unterstützt werden, eine Vergütungsdauer von 15 Jahren gelten. Eine längere Vergütungsdauer würde bewirken, dass die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds während 5 zusätzlicher Jahre für mittels der gleitenden Marktprämie geförderte Anlagen eingesetzt werden könnten. Eine übermässige finanzielle Förderung von bestimmten Anlagen hätte zur Folge, dass kosteneffizientere jüngere Projekte länger warten müssten, bis sie verwirklicht werden könnten. Tendenziell könnte dies zu einer zeitlichen Verlängerung des auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierenden Fördersystems und der mit diesen einhergehenden Wett-

bewerbsverzerrungen führen. Dies sollte aus wettbewerblicher Perspektive möglichst vermieden werden.

65. Bei einer Vergütungsdauer von 15 Jahren für mittels der gleitenden Marktprämie geförderte Anlagen kann auf eine Verlängerung der Mindestbetriebsdauer von Anlagen, die mit Investitionsbeiträgen gefördert werden, verzichtet werden.

Reihenfolge der Berücksichtigung von Windkraft- und Biomasseanlagen

66. Die Mittel für die Förderung der gleitenden Marktprämie für bestimmte erneuerbare Energien sind beschränkt. Bei Windkraft- und Biomasseanlagen soll für die Berücksichtigung eines Gesuchs um Teilnahme an der gleitenden Marktprämie auf das *Einreichdatum* abgestellt werden. Können nicht alle am gleichen Tag eingereichten Gesuche berücksichtigt werden, sollen die Projekte mit der *grössten* Leistung zuerst berücksichtigt werden.²⁸ Dieses zurzeit im Verordnungsentwurf für Windkraft- und Biomasseanlagen vorgesehene Windhundprinzip vermag nicht zu gewährleisten, dass die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds *effizient* eingesetzt werden. Ein ineffizienter Mitteleinsatz würde zu einer Verlängerung des auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierenden Fördersystems und der diesbezüglichen Wettbewerbsverzerrungen führen.

67. Die seitens des BFE/UVEK für Windkraft- und Biomasseanlagen vorgeschlagene Regelung hätte zur Folge, dass primär Projekte an die Hand genommen werden, ohne dass die Frage der *Kosteneffizienz* solcher Anlagen prioritär betrachtet wird. Es würden unter dem Förderinstrument der gleitenden Marktprämie somit keine besonderen Anreize dafür gesetzt, dass neue Anlagen möglichst kostengünstig gebaut werden und möglichst effizient Strom produzieren. Bei der Photovoltaik wird durch eine Festlegung der Vergütungssätze über ein Auktionsverfahren sichergestellt, dass der Zubau möglichst günstig erfolgt. Auch bei der Wasserkraft werden Projekte mit den tiefsten Vergütungssätzen zuerst berücksichtigt.²⁹ Dieser auf der *Kosteneffizienz* beruhende Grundsatz sollte auch für Windkraft- und Biomasseanlagen übernommen werden.

5.2 Projektierungsbeiträge

Antrag:

Die über den Netzzuschlagsfonds zu vergütenden Investitionsbeiträge für Wind- und Wasserkraftwerke sowie die Geothermie seien auf *maximal 20 %* der anrechenbaren Projektierungskosten zu reduzieren. Die massgeblichen Bestimmungen in der EnFV sowie der erläuternde Bericht zur Revision der EnFV seien in diesem Sinne anzupassen.

²⁸ Vgl. Art. 30d^{bis} Abs. 1 und 2 sowie Art. 30e^{quinquies} Abs. 1 und 2 EnFV.

²⁹ Vgl. Art. Art. 30b^{quater} Abs. 1 EnFV.

Begründung:**Anrechenbare Projektierungskosten für Wasser- und Windkraftwerke sowie Geothermie**

68. Die angedachten neuen Regelungen in der EnFV, wonach Projektierungskosten von Wasser- und Windkraftanlagen sowie der Geothermie im Umfang von 40 % als anrechenbare Kosten vergütet werden sollen, verzerren den Wettbewerb auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung, da nur die Projektierungskosten von *bestimmten* erneuerbaren Energieträgern erstattet werden sollen. Die Wettbewerbsbehörden lehnen solche regulatorischen Unterstützungsmassnahmen für Projekte, die später nicht zu Stande kommen, ab. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits in der Vergangenheit stets gegen die Vergütung von Projektierungskosten für Projekte, die schliesslich nicht zu Stande kommen werden, über zusätzliche Abgaben zulasten der Endkundinnen und Endkunden ausgesprochen.³⁰

69. Die beschränkten finanziellen Mittel des Netzzuschlagsfonds sollten nur für Projekte eingesetzt werden, die später verwirklicht werden. Wird eine Anlage effektiv in Betrieb genommen und erhält sie einen Investitionsbeitrag, sind darin auch die Projektierungskosten berücksichtigt.³¹ Von den angedachten Unterstützungsmassnahmen würden somit ausschliesslich Projektantinnen von – aus einem *beliebigen* Grund – gescheiterten Projekten profitieren. Für diese würden damit die Planungsrisiken zulasten der Endkundinnen und Endkunden im wesentlichen Umfang entfallen. Dies würde falsche Anreize setzen. Absolute Planungssicherheit ist dem realen Wirtschaftsleben fremd. Investoren haben stets gewisse Unsicherheiten und Planungsrisiken hinzunehmen resp. bei ihren Investitionsentscheiden angemessen zu berücksichtigen.

70. Vor diesem Hintergrund sollte der Spielraum zur Festsetzung des anrechenbaren Anteils gemäss den Vorgaben auf Gesetzesstufe von *maximal* 40 % der Projektionskosten nicht vollständig ausgeschöpft werden. Um Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund der Erstattung der Projektierungskosten zu begrenzen und den in allen anderen Branchen üblichen Risiken im Geschäftsverkehr Rechnung zu tragen, sollten den Projektantinnen von nicht verwirklichten Projekten *maximal* 20 % der diesbezüglich angefallenen und grundsätzlich anrechenbaren Kosten vergütet werden.

6. Winterreserveverordnung³²**6.1 Teilnahmeberechtigte sowie Verfahren zur Bestimmung der Energiereserve für kritische Versorgungssituationen**Antrag:

Ein von der ElCom zu bestimmender Anteil der Energiereserve sei mittels *wettbewerblicher Ausschreibungen* zu ermitteln, an welchen *sämtliche* Speichertechnologien sowie *Endkundinnen und Endkunden mit einem Potenzial für die Lastreduktion* teilnehmen können. Der Bundesrat habe auf Verordnungsbestimmungen zu verzichten, mit denen er die Bildung dieses Reserveteils auf unbestimmte Zeit verunmöglicht.

Der erläuternde Bericht zur Revision der WResV sei in diesem Sinne anzupassen. In Ziffer 5 der Erläuterungen seien zudem folgende Ausführungen ersatzlos zu streichen: *«Bei der Schweizer Wasserkraftreserve ist jedoch aufgrund der geringen Anzahl von Anbietern das Gegenteil der Fall, wie die Erfahrungen gezeigt haben. Somit bestehen für die Wasserkraftreserve – sowohl was den neuen Beschaffungsmodus wie auch weitere Aspekte betrifft – insgesamt gute Argumente, um sie als EU-kompatibel zu qualifizieren.»*

Begründung:

71. Der Gesetzgeber hat beschlossen, dass die Wasserkraftreserve nicht mittels öffentlicher Ausschreibungen bestimmt wird und stattdessen die Betreiber obligatorisch zur Teilnahme an der Reservebildung verpflichtet sind (vgl. Art. 8a Abs. 2 Bst. a StromVG). Gemäss Art. 8a Abs. 2 Bst. b StromVG sollen die Betreiber von Speicherkraftwerken sowie grössere Verbraucher mit einem Potenzial für die Lastreduktion aufgrund von Ausschreibungen an der Bildung der Energiereserve teilnehmen dürfen. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 8a Abs. 7 Bst. a StromVG die Möglichkeit, zeitweise auf die Bildung eines Reserveteils zu verzichten oder diesen vorzeitig zu beenden. Das UVEK/BFE schlägt vorliegend vor, weiterhin auf die Teilnahme von anderen Speichertechnologien als der Wasserkraft sowie der Verbraucherseite zu verzichten. Gemäss den Erläuterungen seien aktuell keine anderen Speichertechnologien in ausreichendem Ausmass vorhanden. Zudem habe der Bundesrat am 28. Juni 2023 entschieden, dass anstelle einer hoheitlichen Verbrauchsreserve die Strombranche entsprechende Vorhalteprodukte marktbasiert entwickeln und anbieten könne.³³

72. Somit möchte das BFE/UVEK künftig vollumfänglich auf die Durchführung von wettbewerblichen Ausschreibungen zur Bestimmung eines Teils der Energiereserve verzichten. Dies würde sämtliche anderen Betreiberinnen von Speichertechnologien sowie die Verbraucherseite von der Teilnahme an der Bildung der Energiereserve ausschliessen, wie dies bereits bislang im Geltungsbereich der Winterreserveverordnung sowie der früheren Wasserkraftreserveverordnung der Fall war. Eine technologieoffene Verauktionierung von Speichertechnologien würde den Wettbewerb fördern, wäre diskriminierungsfrei und würde tendenziell zu tieferen Preisen führen.

³⁰ Vgl. z. B. Stellungnahme WEKO vom 30.6.2020 in der Vernehmlassung zur Revision des EnG, S. 18 sowie Stellungnahme des Sekretariats vom 14.1.2021 in der Ämterkonsultation zur Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, S. 20 und 43.

³¹ Nach geltendem Recht sind bei der Berechnung des Investitionsbeitrags insbesondere die Erstellungs-, die Planungs- und die Bauleitungskosten sowie die Eigenleistungen des Betreibers anrechenbar, sofern sie in direktem Zusammenhang mit den für die Elektrizitätsproduktion notwendigen Teilen der Anlage anfallen und ausgewiesen werden, für die Steigerung oder Aufrechterhaltung der Elektrizitätsproduktion direkt notwendig sind, angemessen sind und effizient ausgeführt werden; vgl. Art. 61 Abs. 1 EnFV.

³² Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter vom 25.1.2023 (Winterreserveverordnung, WResV; SR 734.722).

³³ Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien: Änderung der Winterreserveverordnung, erläuternder Bericht, Vernehmlassungsentwurf (nachfolgend: erläuternder Bericht zur Revision der WResV), S. 3.

73. Aus wettbewerblicher Perspektive sollten sämtliche aus technischer Sicht geeigneten Anbieter von Speicherkapazitäten sowie Grossverbraucher zu den Ausschreibungen für die Stromreserve zugelassen werden. Mit einer *technologieneutralen* Ausgestaltung der Vorgaben auf Verordnungsstufe würde sichergestellt, dass andere geeignete Anbieter gegenüber den Betreibern von Speicherwasserkraftwerken nicht diskriminiert werden, indem diesen der Zugang zum betreffenden Markt ebenfalls ermöglicht wird. Durch die Öffnung des Teilnehmerkreises könnte aufgrund der Erhöhung des Potenzials auf der Angebotsseite zudem die Kosteneffizienz verbessert werden. Endkundinnen und Endkunden würden dadurch geringfügiger mit Zusatzkosten aufgrund der Reservebildung belastet, wodurch sich die Netzkosten für sie entsprechend weniger stark erhöhen würden. Einschränkungen des Teilnehmerkreises im Verordnungsrecht, welche alternative Technologien zur Speicherwasserkraft per se ausschliessen, sind nicht erforderlich. Es kann über die Ausschreibungskriterien sichergestellt werden, dass sich nur aus technischer Sicht geeignete Akteure an den Ausschreibungen beteiligen dürfen.

74. Die in den Erläuterungen zur WResV vorgebrachte Begründung ist aus wettbewerblicher Sicht nicht überzeugend. Insbesondere finden sich in den Erläuterungen keine Hinweise darauf, welche konkreten technischen Eigenschaften Speichertechnologien haben müssen, um an der Energiereserve mitwirken zu können. Zudem stellt sich die Frage, weshalb sich die Betreiberinnen von kleineren Speichertechnologien nicht als Kooperation zusammenschliessen können, um die vom BFE/UEVK geforderte «relevante Energiemenge» vorhalten zu können, zumal sich die Erläuterungen nicht näher dazu äussern, ab welcher Energiemenge eine Teilnahme sinnvoll erscheint. Eine Laststeuerung auf der Verbraucherseite kann die Nachfrage gezielt steuern und ist ein probates Mittel zur Vermeidung von Mangellagen. So werden beispielsweise «virtuelle Kraftwerke» in Form eines Zusammenschlusses von stationären und mobilen Batterien durch das grosse Wachstum der Elektromobilität zu einer Möglichkeit, die künftig rasch an Bedeutung gewinnen könnte.³⁴

75. Nicht nur die Endkundinnen und Endkunden, sondern auch die Betreiberinnen von Speicherwasserkraftwerken haben bereits heute die Möglichkeit, ihre Flexibilität auf dem Markt zu verkaufen, sofern eine entsprechende Nachfrage besteht. Dies ist keine Legitimation für eine regulatorische Ungleichbehandlung. Ob zurzeit eine hinreichende Nachfrage nach solchen Produkten ausserhalb der Energiereserve besteht, erscheint ohnehin fraglich. Auch bei einem eher geringen Interesse der Grossverbraucher sollte sich durch deren Möglichkeit zur Teilnahme an den Ausschreibungen das Angebot erhöhen, was zu einem tieferen Preis pro Reserveeinheit führen würde. Es ist technisch nicht erforderlich, für Grossverbraucher separate Ausschreibungen durchzuführen. Auch aus wettbewerblicher Sicht wäre ein solches Konzept abzulehnen: Wenn im Vorhinein bestimmt würde, welchen Anteil der Reserve Grossverbraucher bereitstellen und welchen Anteil die Speicherbetreiber, würden sich nicht die kosteneffizientesten Anbieter durchsetzen. Wenn sich alle aus technischer

Sicht geeigneten Akteure an denselben Ausschreibungen beteiligen können, hätte ein eher geringes Interesse der Grossverbraucher keinen negativen Einfluss auf die Preisbildung für Reservekapazitäten. Zudem könnte gesetzlich verankert werden, dass Grossverbraucher, die ihre Nachfrage für die Stromreserve reduzieren, hierfür während der Dauer einer Kontingentierung im entsprechenden Umfang kein Entgelt erhalten, sofern sie nicht zusätzlich zu den Anordnungen des BWL den Stromverbrauch reduzieren sollten. Insofern führt die Ausweitung des Teilnehmerkreises nicht zu negativen Wechselwirkungen mit den Massnahmen gemäss der Landesversorgungsgesetzgebung. Im Weiteren weist die WEKO darauf hin, dass der Entscheid des Bundesrats vom 28. Juni 2023 vor der Schlussabstimmung in den eidgenössischen Räten zum Mantelerlass erfolgt ist, mit welchem die Teilnahme an der Winterreserve auf sämtliche Speichertechnologien und die Verbraucherseite *ausgedehnt* wurde. Im Kontext mit den nun auf Verordnungsstufe in der Winterreserververordnung umzusetzenden Bestimmungen kommt diesem Entscheid somit keine Präjudizwirkung zu.

76. Schliesslich ist das Argument, dass zu wenige alternative Anbieter vorhanden seien und Auktionen daher zu höheren Preisen als die obligatorische Wasserkraftreserve führen würden, nicht stichhaltig. Gestützt auf Art. 8a Abs. 7 Bst. d StromVG hat der Verordnungsgeber die Möglichkeit, Preisobergrenzen bei Ausschreibungen vorzusehen, womit er sicherstellen könnte, dass keine Zuschläge an einzelne Akteure zu unangemessenen Konditionen erfolgen.

Erläuternder Bericht zur WResV

77. Weiter beantragt die WEKO, dass zwei Sätze in Ziffer 5 des erläuternden Berichts zur Revision der WResV ersatzlos zu streichen sind. Mit den beabsichtigten Verordnungsanpassungen werden wettbewerbliche Ausschreibungen zur Bestimmung der Energiereserve *per se* verunmöglicht. Zudem werden bestimmte Akteure neuerdings obligatorisch verpflichtet, an der Reservebildung mitzuwirken. Diese werden mit einem regulatorisch verankerten Fixpreis entschädigt. Dies führt gegenüber dem geltenden System zu *zusätzlichen Marktverzerrungen*. Da es Endkundinnen und Endkunden sowie weiteren Speichertechnologien nebst der Wasserkraft auch weiterhin und auf unbestimmte Zeit verunmöglicht werden soll, an Ausschreibungen zur Bestimmung der Energiereserve teilzunehmen, führt dies tendenziell zu höheren und nicht zu tieferen Kosten, welche von den Endkundinnen und Endkunden zu bezahlen sind.

³⁴ <https://www.mdr.de/wissen/sind-virtuelle-kraftwerke-die-zukunft-102.html> (27.5.2024).

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Selbstregulierungen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) im Bereich Sustainable Finance

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Grundlage der Beratungsantwort bildet der in der Beratungsanfrage unterbreitete Sachverhalt. Das Sekretariat nimmt für seine Beratungstätigkeit im Regelfall keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vor. Vorliegend haben die Wettbewerbsbehörden jedoch nach Eingang der Beratungsanfrage der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) eine Anzeige betreffend die Missbräuchlichkeit der Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz erhalten und zu deren Prüfung eine Marktbeobachtung eröffnet. Im Zuge dieser Marktbeobachtung hat das Sekretariat die SBVg mit den Vorwürfen konfrontiert und nach weiteren Präzisierungen gefragt. Die Ausführungen der SBVg zur Marktbeobachtung sind auch für die Beratungsantwort relevant, weswegen sie hier einbezogen werden.

I. Sachverhalt

1. Die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)¹ hat im Rahmen ihrer Kompetenz zur Selbstregulierung für ihre Mitglieder Mindestvorgaben zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien in der Anlage- und Hypothekendarberatung erarbeitet und mit Medienmitteilung vom 28. Juni 2022 publiziert. Diese neuen Selbstregulierungen, die «Richtlinien für die Finanzdienstleister zum Einbezug von ESG-Präferenzen und ESG-Risiken bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung» (SBVg-Richtlinien ESG) sowie die «Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz» (SBVg-Richtlinien Hypotheken), sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten (nachfolgend gemeinsam: SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance oder Selbstregulierungen).²

2. Gemäss der Beratungsanfrage wurden die SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance erlassen, um einen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Sinne der Leitlinien zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, die der Bundesrat an seiner Sitzung vom 24. Juni 2020 gestützt auf seinen Bericht «Nachhaltigkeit im Finanzsektor» verabschiedete.³ Die bundesrätlichen Leitlinien sehen vor, dass sich Behörden und die Finanzbranche gemeinsam für einen nachhaltigen Finanzplatz engagieren. Der Finanzplatz Schweiz soll Nachhaltigkeit als Chance nutzen. Damit dies gelingt, haben Finanzakteure Nachhaltigkeitsfaktoren systematisch in Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen aufzunehmen.⁴

3. Um diesen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, enthalten die SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance verschiedene Vorgaben, zu deren Einhaltung sich die Mitgliedsinstitute der SBVg verpflichten. Die Selbstregulierungen sind jedoch nicht exklusiv für SBVg-Mitglieder ausgestaltet. Marktteilnehmer, die über keine Mitgliedschaft bei der SBVg verfügen, haben die Möglichkeit, via Anschlussklärung daran teilzunehmen.

Richtlinien für die Finanzdienstleister zum Einbezug von ESG-Präferenzen und ESG-Risiken bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung (SBVg-Richtlinien ESG)

4. Mit diesen Richtlinien soll innerhalb der Branche ein einheitlicher Minimalstandard für die Berücksichtigung von ESG-Präferenzen⁵ und Risiken in der portfoliobasierten und transaktionsbasierten Anlageberatung sowie in der Vermögensverwaltung festgelegt werden. Gleichzeitig werde mit den Richtlinien ein Beitrag zur Vermeidung von Greenwashing geleistet. Die SBVg-Mitgliedsinstitute und die via Anschlussklärung teilnehmenden Institute sind künftig verpflichtet, die ESG-Präferenzen ihrer Kundinnen und Kunden zu erheben und zu berücksichtigen, wenn eine dieser Dienstleistungen erbracht wird.⁶ Die Kundensegmentierung richtet sich nach dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG⁷), wobei die Richtlinien auf institutionelle Kundinnen und Kunden keine Anwendung finden (Art. 9 SBVg-Richtlinien ESG).

¹ Die SBVg ist der Dachverband der Banken in der Schweiz und zählt rund 270 Mitgliedsinstitute aus den verschiedenen Bankengruppen und weiteren Finanzdienstleistern. Ihr Hauptziel ist es, für die Banken in der Schweiz optimale Rahmenbedingungen zu schaffen.

² Die Selbstregulierungen sehen für die allenfalls notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen der unterstellten Institute in den Schlussbestimmungen verschiedene Übergangsfristen vor.

³ Dieser Zweck wurde auch in der Präambel der beiden Selbstregulierungen zuerst festgehalten.

⁴ Schreiben SBVg vom 17.1.2023 (Beratungsanfrage), S. 1 mit Verweis.

⁵ Das Akronym «ESG» steht für «Environmental, Social and Governance» (zu Deutsch: Umwelt, Soziales und Unternehmensführung). Art. 8 SBVg-Richtlinien ESG definiert es als: «Steht für Umwelt (z. B. Energieverbrauch, Wasserverbrauch), Soziales (z. B. Attraktivität des Arbeitgebers, Management der Lieferketten) und Governance (z. B. Vergütungspolitik, Unternehmensführung).»

⁶ Dabei ist je nach Dienstleistung zu unterscheiden, wie weitgehend die einzelnen Pflichten sind.

⁷ Bundesgesetz vom 15.6.2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG; SR 950.1).

5. Neben Vorschriften zur Erhebung der ESG-Präferenzen von Kundinnen und Kunden (namentlich gelten die gemäss FIDLEG bei der Anlageberatung oder Vermögensverwaltung vorzunehmende Angemessenheits- oder Eignungsprüfung auch in Bezug auf ESG-Anlagelösungen) enthalten die Richtlinien insbesondere Bestimmungen zu allgemeinen Informationspflichten bezüglich der mit den Finanzinstrumenten bzw. den Finanzdienstleistungen verbundenen ESG-Risiken und -Wesensmerkmalen, Prüfpflichten hinsichtlich des Einklangs der geäusserten ESG-Präferenzen von Kundinnen und Kunden mit den angebotenen Finanzinstrumenten sowie eine Informationspflicht bei Abweichung von diesen Präferenzen. Hinzu kommen Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sowie weitergehende Aus- und Weiterbildungspflichten für Kundenberaterinnen und Kundenberater.

6. Äussern Kundinnen und Kunden keine spezifischen ESG-Präferenzen und stehen einer Integration der ESG-Kriterien somit neutral gegenüber, ist die Berücksichtigung von ESG-Kriterien nicht oder nur erforderlich, wenn der Finanzdienstleister dies selbst als angebracht erachtet (Art. 11 Abs. 6 SBVg-Richtlinien ESG). Kundinnen und Kunden, die als «ESG-neutral» betrachtet werden, können sowohl ESG-Anlagelösungen oder Finanzinstrumente als auch solche ohne ESG-Kriterien empfohlen werden (Art. 12 Abs. 4 SBVg-Richtlinien ESG).

7. Im Q&A wird als Antwort auf Frage 17 schliesslich deklaratorisch festgehalten, dass es nach wie vor möglich ist, nicht nachhaltige, nur nachhaltige oder eine gemischte Produktpalette anzubieten. Die Richtlinien haben keinen Einfluss auf die Geschäftsmodelle der Banken.

Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz (SBVg-Richtlinien Hypotheken)

8. Die Richtlinien beabsichtigen laut Präambel, Hypothekarkunden auf die Energieeffizienz ihrer Immobilie aufmerksam zu machen und sie dabei zu unterstützen, diese zu erhöhen. Dafür soll im Rahmen der Beratung die langfristige Werterhaltung und somit auch die Energieeffizienz des zu finanzierenden Gebäudes thematisiert werden, insbesondere bei älteren Liegenschaften oder solchen mit Sanierungsbedarf.⁸ Dabei sollen entsprechende Sanierungsmassnahmen angesprochen und erörtert werden (Art. 2 SBVg-Richtlinien Hypotheken).⁹

9. Dafür haben Anbieter von Hypotheken Massnahmen zu treffen, um öffentlich verfügbare relevante Informationen zur Klimaeffizienz von Gebäuden (insb. Labels und Zertifikate) zu ermitteln und zu erfassen (Art. 4 SBVg-Richtlinien Hypotheken). Zudem haben sie eine angemessene und regelmässige Weiterbildung der zuständigen Mitarbeitenden sicherzustellen.

10. Schliesslich hält Art. 3 fest, dass die Anbieter von Hypotheken ihre Konditionen in den Dimensionen Belehnung, Tragbarkeit, Amortisation und Zins im Rahmen der geltenden Selbstregulierungen¹⁰ so ausgestalten können, dass sich Finanzierungen nachhaltiger Immobilien von solchen mit nicht-nachhaltigen Eigenschaften unterscheiden. Darüber hinaus können sie weitere Angebote entwickeln, die dem Ziel der verbesserten Energieeffizienz dienen.

11. Im dazu erstellten FAQ wird in der Antwort auf Frage 3 näher ausgeführt, was von den Banken erwartet wird. Insbesondere wird festgehalten, in welcher Tiefe die Thematisierung¹¹ der entsprechenden Elemente gemäss Richtlinien zu erfolgen hat. Zudem werden die Kann-Bestimmungen in den Richtlinien hervorgehoben: Es steht den Anbietern von Hypotheken frei, zusätzliche Massnahmen umzusetzen. Klar nicht erwartet und reguliert wird, dass Anbieter von Hypotheken «grüne» Produkte zu Sonderkonditionen anbieten.

II. Kartellrechtliche Beurteilung

Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG

12. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind bei der Anwendung des Kartellgesetzes Vorschriften vorbehalten, die Wettbewerb nicht zulassen, vor allem solche, die eine staatliche Markt- und Preisordnung begründen (lit. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Da dem Kartellgesetz der Gedanke einer möglichst umfassenden Wettbewerbsordnung zugrunde liegt, sind vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG restriktiv¹² auszulegen und Regelungen, welche dem Kartellgesetz vorgehen sollen, müssen ausdrücklich in der betroffenen Vorschrift enthalten sein.¹³ Unter Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG werden in erster Linie generell-abstrakte Normen verstanden, die vom Gesetzgeber erlassen wurden. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch ein Gesetz im materiellen Sinn (z. B. Verordnungen) einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG begründen kann, sofern dieses den Grundsätzen der Gesetzesdelegation entspricht.¹⁴

13. Demgegenüber können privat erlassene Regulierungen (Selbstregulierung) nur in absoluten Ausnahmefällen zu einem Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG führen.

⁸ Die Richtlinien erfassen gemäss Geltungsbereich die persönliche sowie sinngemäss die digitale Beratung von Privatpersonen mit zu finanzierenden selbstbewohnten Einfamilien- und Ferienhäusern.

⁹ Art. 5 SBVg-Richtlinien Hypotheken legt diesen Grundsatz konkretisierend fest, welche Elemente im Rahmen der Beratung zur Immobilienfinanzierung insbesondere angesprochen werden sollen.

¹⁰ Die SBVg verantwortet im Hypothekarbereich zwei Selbstregulierungen, welche beide von der FINMA als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt sind. Es handelt sich dabei um die «Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen» und die «Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite». Vgl. <www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/hypothekarmarkt> (12.2.2024).

¹¹ Da «Anbieterinnen von Hypotheken» keine baulichen Fachexperten sind, kann diese Thematisierung gemäss FAQ rein qualitativer Natur sein, auf den üblichen Nutzungsdauern in der Baubranche, auf entsprechenden Erfahrungswerten der Kundenberaterinnen und Kundenberater und/oder auf standardisierten Modellwerten (z. B. von spezialisierten Drittanbietern) basieren.

¹² BGE 141 II 66, 71 E. 2.2.3, *Hors-Liste Medikamente*.

¹³ RPW 2006/3, 443 Rz 18, *Börsenpflicht der SWX*. Ferner BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.3, *Entreprises électriques fribourgeoises*.

¹⁴ RPW 2006/3, 443 Rz 16, *Börsenpflicht der SWX*; vgl. BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.5, *Hors-Liste Medikamente*.

14. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat gemäss Art. 7 Abs. 3 FINMAG¹⁵ die Kompetenz, Selbstregulierung im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anzuerkennen und durchzusetzen, was sie unter anderem für die in Rz 10 und Fn 10 erwähnten Selbstregulierungen im Hypothekarbereich gemacht hat. In einem früheren Fall, der die «Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite»¹⁶ der SBVg betraf, vertrat das Sekretariat die Auffassung, dass eine Selbstregulierung, welche *einzig* auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 3 FINMAG als Mindeststandard anerkannt wird, keinen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen vermag. Grund dafür sei der Umstand, dass Art. 7 Abs. 3 FINMAG keine ausreichend konkrete (Delegations-)Norm bilde, um einen bestimmten Bereich dem wirksamen Wettbewerb zu entziehen. Mit Art. 72 Abs. 4 und 5 ERV¹⁷ gab es für jenen Fall jedoch eine weitere Delegationsnorm, welche den Anforderungen an die Gesetzesdelegation genüge und welche die konkret vorgesehenen Massnahmen abdeckte, weswegen die als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung der SBVg als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren war.¹⁸

15. Die vorliegend zu beurteilenden beiden SBVg-Selbstregulierungen wurden von der FINMA nicht zum Mindeststandard erhoben, weshalb ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG aus vorgenannten Gründen von vornherein nicht in Betracht kommt. Darüber hinaus sind prima facie auch keine Vorschriften ersichtlich, die als ausreichende Grundlage bzw. als (Delegations-)Norm dienen könnten, um den Regulierungsbereich der beiden SBVg-Selbstregulierungen dem wirksamen Wettbewerb zu entziehen. Keinen Vorbehalt zu schaffen vermögen mangels Rechtssetzungscharakter ferner die zugrundeliegenden Leitlinien des Bundesrates (s. o. Rz 2), wobei zusätzlich angefügt werden kann, dass diese auch rein inhaltlich keinen Ausschluss vom Wettbewerbsgrundsatz nahelegen.

Unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG

16. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was das Kartellgesetz unter einer Wettbewerbsabrede versteht. Erfüllt eine Kooperation nicht alle Merkmale dieser Definition, ist sie kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Wenn eine Kooperation jedoch als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert wird, bestimmt Art. 5 KG deren (Un-)Zulässigkeit. Art. 5 Abs. 1 KG besagt, dass eine Wettbewerbsabrede unzulässig ist, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Für bestimmte Arten von Abreden vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird (sog. «harte Abreden»), wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG.

Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

17. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Ausschlaggebend für die Annahme einer Abrede ist das bewusste und gewollte Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen bzw. das Vorliegen eines Mindestmasses an Verhaltenskoordination zwischen diesen.¹⁹ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.²⁰ Entscheidend ist allein, dass mindestens zwei wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.²¹

18. Die beiden SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance dürften dieses Tatbestandselement ohne weiteres erfüllen. Die rund 270 Mitgliedsinstitute der SBVg verpflichten sich qua ihrer Mitgliedschaft zur Einhaltung der beiden Selbstregulierungen und damit zur Etablierung (und Einhaltung) gewisser dort normierten Mindeststandards. Bei allfälligen Marktteilnehmern, die über keine Mitgliedschaft bei der SBVg verfügen, wird die Einhaltungsverpflichtung hingegen explizit durch eine Anschlusserklärung geschaffen. Die Mitglieder der SBVg und die potenziell weiteren Institute, die sich anschliessen, sind sodann (zumindest mehrheitlich) Banken und soweit vorliegend relevant Unternehmen der gleichen Marktstufe. Es bleibt zu prüfen, ob dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

19. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen

¹⁵ Bundesgesetz vom 22.6.2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

¹⁶ <www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung> > Selbstregulierung der Schweizerischen Bankiervereinigung (12.2.2024).

¹⁷ Verordnung vom 1.6.2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03).

¹⁸ Schreiben Sekretariat vom 16.7.2014 an die SBVg (nicht publiziert).

¹⁹ Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altium*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

²⁰ BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, *Gebro*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 I N 48 m. w. H.

²¹ Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.7.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*; WALTER STOFFEL, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz B.9 ff. m. w. H.

des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».²² Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen.²³ Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»²⁴. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.²⁵

20. Spezifisch zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen halten die EU-Horizontalleitlinien²⁶, in denen diesem Thema in der letzten Revision jüngst ein eigenes Kapitel gewidmet wurde und die vergleichend berücksichtigt werden können,²⁷ gleichermaßen fest, dass Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Auswahl oder Innovation haben, nicht geeignet sind, Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu geben.²⁸ Umgekehrt können Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, vom Kartellverbot nicht allein deshalb ausgenommen werden, weil sie sich auf ein Nachhaltigkeitsziel beziehen.²⁹

21. Durch die SBVg-Selbstregulierungen werden – wie im Sachverhalt für beide Richtlinien einzeln dargelegt – verbindliche Mindeststandards für die Beratung von Kundinnen und Kunden geschaffen, womit einer der gerade eben genannten Wettbewerbsparameter betroffen ist. Die Mitgliedsinstitute werden namentlich verpflichtet, ESG-Präferenzen im Rahmen der Beratungsgespräche zu thematisieren, zu erheben und zu dokumentieren, und diese anschliessend beim Matching grundsätzlich zu berücksichtigen, sofern denn entsprechende ESG-Präferenzen seitens der Kundschaft bestehen. Und auch für die Beratung zur Immobilienfinanzierung entsteht eine Verpflichtung zur Thematisierung von Nachhaltigkeitsaspekten.

22. Das dürfte zur Folge haben, dass die von den Selbstregulierungen erfassten Institute zwangsläufig gewisse ESG-Anlagelösungen oder Finanzinstrumente anbieten müssen bzw. gewillt sein müssen, solche Titel im Rahmen der gewählten Dienstleistung für ihre Kundschaft zu erwerben, da sich die verschiedenen Massnahmen gegenüber dieser ansonsten nicht plausibel erklären lassen. Es wäre für Kundinnen und Kunden kaum nachvollziehbar, im Rahmen der Beratung von einem Institut über ESG-Themen aufgeklärt zu werden und eine eventuelle Präferenz anzugeben, wenn ihnen dieses Institut in der Folge keine solchen Lösungen anbieten kann oder möchte. Zumindest mittelbar haben die Richtlinien somit – im Sinne des verfolgten Anliegens – wohl grundsätzlich auch Einfluss auf die angebotenen Produkte.³⁰

23. Insofern führen die SBVg-Selbstregulierungen zu einer gewissen Beschränkung der Handlungsfreiheit der angeschlossenen Institute hinsichtlich dieser Wettbewerbsparameter; ein Abseitsstehen beim Thema ESG oder der Verzicht auf initiale Beratungsdienstleistungen bei Anlagendienstleistungen und der Immobilienfinanzierung sind damit nicht mehr möglich.

24. Wird durch ein Zusammenwirken die Handlungsfreiheit bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter eingeschränkt, führt dies allerdings nicht automatisch zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Denn der Zweck von Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG liegt nicht darin, die an der Abrede Beteiligten vor sich selbst zu schützen, sondern die übrigen Wettbewerbsteilnehmer, vorliegend insbesondere die Kundinnen und Kunden auf der einen und die Anbieter von Finanzinstrumenten, Emittenten von Wertpapieren etc. auf der anderen Seite von einer damit einhergehenden Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs zu bewahren. Da mit Einschränkungen der Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter in der Regel eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht, ist aber nicht leichthin von einem Auseinanderfallen dieser beiden Punkte auszugehen. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist bei Art. 4 Abs. 1 KG deshalb nur, aber immerhin, dann zu verneinen, wenn ein solches Auseinanderfallen offenkundig ist, d. h., wenn der wirksame Wettbewerb trotz Einschränkung der Möglichkeit einer eigenständigen Marktpositionierung offensichtlich nicht beschränkt ist.³¹

25. Für die Kundinnen und Kunden führen die beiden SBVg-Selbstregulierungen – soweit aus den Richtlinien ableitbar – zu keiner Einschränkung des Angebots. Die beiden Richtlinien erschöpfen sich im Wesentlichen darin, die Kundschaft innerhalb der jeweiligen Dienstleistung mit dem Thema Nachhaltigkeit vertraut zu machen und allfällige Präferenzen festzustellen. Die angeschlossenen Institute haben im Anlagegeschäft nach wie vor die Möglichkeit, ihren Kundinnen und Kundinnen Produkte und Dienstleistungen anzubieten, die nicht als

²² BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*. Ferner BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

²³ Statt vieler RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTB-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

²⁴ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

²⁵ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

²⁶ Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 vom 21.7.2023 S. 1 ff.

²⁷ Bei der Auslegung des Schweizerischen Wettbewerbsrechts ist die Berücksichtigung des europäischen Wettbewerbsrechts gemäss Rechtsprechung grundsätzlich zulässig. Vgl. statt vieler BGE 147 II 72 E. 3.1. m. w. H., *Hors-Liste Medikamente II*. In Bezug auf vertikale Vereinbarungen hat das Bundesgericht sogar eine analoge Anwendung des europäischen Rechts zugelassen (BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*; vgl. auch BGE, 2C_44/2020 vom 2.3.2022 E. 4.4, *Editions Flammarion*).

²⁸ EU-Horizontalleitlinien Rz 527. In der Folge (Rz 528 ff.) wird anhand von Beispielen veranschaulicht, welche Nachhaltigkeitsvereinbarung wahrscheinlich keinen Anlass zu Bedenken geben.

²⁹ Vgl. EU-Horizontalleitlinien Rz 521.

³⁰ Gleichzeitig ist hierzu jedoch einschränkend festzuhalten, dass das Bedürfnis von Kundinnen und Kunden nach nachhaltigen Investitionen und Produkten in den letzten Jahren stark zugenommen hat und dass viele Anbieter im Finanzbereich unabhängig von Selbstregulierungen dazu übergegangen sind, diese neuen Opportunitäten zu nutzen und ihr Angebot vermehrt nach ESG-Kriterien auszurichten. Dieser Trend dürfte weiterhin bestehen bleiben und sich in Zukunft verstärken, zumal nationale wie auch internationale Vorgaben für Unternehmen diese Transformation noch stärker befeuern werden (Stichworte: Netto-Null-Ziel bis spätestens 2050, European Green Deal und EU-Taxonomie, ausgeprägtere Konzernverantwortung usw.).

³¹ Vgl. dazu näher RPW 2021/1, 116 f., Rz 161 ff., *Dauer-ARGE Graubünden*.

nachhaltig gelten, wobei in diesem Zusammenhang ebenfalls anzufügen ist, dass die SBVg-Richtlinien ESG (zumindest bis jetzt)³² keine klare und einheitliche Definition enthält, was unter nachhaltigem Anlegen zu verstehen ist und wie sich dieses gegenüber traditionellem Anlegen unterscheidet. Auch die SBVg-Richtlinien Hypotheken enthalten keine einschränkenden Vorgaben zur eigentlichen Finanzierungstätigkeit der Hypothekengeber. Es liegt nach wie vor in deren freiem geschäftlichen Ermessen, ob und in welchem Umfang sie nachhaltige wie auch nicht-nachhaltige Baufinanzierungen tätigen und auf welche Art und Weise. Eine eigentliche Pflicht für angeschlossene Institute, Sonderkonditionen für nachhaltige Lösungen anzubieten, ergibt sich aus den Richtlinien nicht, was im FAQ explizit bestätigt wird (s. o. Rz 11). Auch dass die neue Vorschrift in Art. 4 SBVg-Richtlinien Hypotheken in dieser Form (s. o. Rz 9) auf ein GEAK³³-Obligatorium für Hypothekennehmerinnen und -nehmer hinauslaufe, wie dies von gewissen Stakeholdern gelegentlich insinuiert wurde, ist nach Ansicht des Sekretariats nicht der Fall.

26. Wie gesehen, sind die Richtlinien als Mindeststandard konzipiert. Die tatsächliche Umsetzung und die Bedeutung, die diesem Thema beigemessen werden, hängen von den geschäftspolitischen Entscheidungen jedes einzelnen Instituts ab. Daher kann Nachhaltigkeit auch als ein weiteres Merkmal dienen, das die Unternehmen und ihre jeweiligen Produkte und Dienstleistungen voneinander unterscheidet. Im Bereich Hypotheken sieht Art. 3 SBVg-Richtlinien Hypotheken für die Anbieter von Hypotheken explizit die Möglichkeit vor, im Rahmen der geltenden Selbstregulierungen unterschiedliche Konditionen für die Finanzierung nachhaltiger und nicht-nachhaltiger Immobilien zu gewähren (s. o. Rz 10). In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass sich nachhaltige Gebäudefinanzierungen seit geraumer Zeit unter den unterschiedlichsten Bezeichnungen (z. B. Grüne oder Eco-Hypothek) im Markt etabliert haben und dass gemäss Marktbeobachtern das Angebot (wie auch die Nachfrage) weiterhin stark ansteigt.³⁴ So bietet mittlerweile ein wesentlicher Teil der Banken, Versicherungen und auch Pensionskassen verschiedene Finanzierungslösungen an, die, um Anreize zu schaffen, oft mit einem Zinsabschlag für nachhaltiges Bauen oder nachhaltige Renovationen einhergehen.³⁵

27. Vor diesem Hintergrund dürfte diese Möglichkeit von Art. 3 SBVg-Richtlinien Hypotheken nach dem Verständnis des Sekretariats vor allem deklaratorischer Natur sein.

28. Abgesehen von dieser Klausel ist festzuhalten, dass sich die beiden SBVg-Selbstregulierungen nicht zu (einzelnen) Produkten, Dienstleistungen, Preisen oder Ähnlichem äussern.

29. Die Kundinnen und Kunden haben ferner die Möglichkeit, im Bereich des Anlagegeschäfts keine spezifischen ESG-Präferenzen zu äussern bzw. zum Ausdruck zu bringen, dass sie einer Integration der ESG-Kriterien neutral gegenüberstehen. Diesfalls ist eine Berücksichtigung von ESG-Kriterien bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung nicht oder nur erforderlich, wenn der Finanzdienstleister dies selber als angebracht erachtet. Zur Situation, in der eine hypothetische Kundin oder

ein hypothetischer Kunde keine ESG-Präferenzen aufweist und explizit keine ESG-Anlagelösungen in seinem Portfolio wünscht, äussern sich die ESG-Richtlinien nicht direkt. In der Beratungsanfrage wird diesbezüglich jedoch festgehalten, dass mittels Bekanntgabe einer entsprechenden Nicht-Präferenz der Einbezug von Nachhaltigkeitskriterien bei der Anlageberatung auf Kundenwunsch hin unterbleiben kann. Die freie Wahlmöglichkeit für Kundinnen und Kunden bleibt also auch in dieser Hinsicht erhalten (vorausgesetzt natürlich, das jeweilige Institut handelt auch tatsächlich mit traditionellen Anlagen).

30. Gleichermassen bestätigt die SBVg in Bezug auf die SBVg-Richtlinien Hypotheken, dass Kundinnen und Kunden anlässlich des ersten Kundengesprächs auf eine entsprechende Thematisierung und Beratung hinsichtlich Energieeffizienz und Nachhaltigkeit verzichten können.

31. Es ist vor dem Hintergrund dieser Ausführungen eher nicht davon auszugehen, dass die beiden SBVg-Selbstregulierungen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, womit auch das Bezwecken und/oder Bewirken einer solchen ausser Betracht fallen und somit keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen dürfte. Doch selbst wenn an dieser Stelle das Vorliegen von Wettbewerbsabreden bejaht würde, wäre nicht davon auszugehen, dass diese den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen (vgl. sogleich).

Unzulässigkeit der Abrede im Sinne von Art. 5 KG

32. Gegenstand der zu beurteilenden Vereinbarungen sind wie gesehen gewisse Verhaltenspflichten bzw. Mindestvoraussetzungen in Sachen Nachhaltigkeit im Anlagegeschäft und im Beratungsprozess zur Vergabe von Hypotheken. Da vorliegend kein Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) in Frage kommt, wäre bei Bejahen einer Wettbewerbsabrede (s. o.) somit zu prüfen, ob die Vereinbarungen den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen. Dafür sind quantitative und qualitative Elemente zu berücksichtigen.³⁶

33. Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen.³⁷ Bezüglich des

³² In der Beratungsanfrage wird festgehalten, dass die beiden Selbstregulierungen je nach Bedarf künftig ergänzt werden könnten, allenfalls um eine solche klare Definition und Abgrenzung.

³³ Gebäudeenergieausweis der Kantone (GEAK), <www.geak.ch> (12.2.2024).

³⁴ Vgl. statt vieler NZZ, Umwelt-Hypotheken: «Zinsvorteile im Detail prüfen», <www.nzz.ch/finanzen/umwelt-hypotheken-zinsvorteile-im-detail-pruefen-ld.1667028> (12.2.2024).

³⁵ Dazu etwa NADINE BERCHTOLD ET AL., Welche nachhaltigen Finanzierungen Schweizer Banken anbieten (sollten), vom 6.7.2023, <https://hub.hslu.ch/retailbanking/welche-nachhaltigen-finanzierungen-schweizer-banken-anbieten-sollten> (12.2.2024).

³⁶ Vgl. dazu und zur Erheblichkeit als Bagatellklausel, BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*.

³⁷ RPW 2022/1, 224 Rz 1580, *Abreden im Bereich Luftfracht*; RPW 2020/4, 1827 Rz 514, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3, 1117 Rz 1272, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2012/1, 105 Rz 175, *Hallenstadion*.

quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m. a. W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (z. B. Marktanteile, Umsätze etc.).³⁸

34. Der Zweck der Richtlinien besteht darin, einen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, namentlich indem Aufklärungsarbeit betrieben und ESG-Präferenzen der Kundschaft systematisch abgeklärt und – sofern von den Kundinnen und Kunden gewünscht – berücksichtigt werden. Speziell im Hypothekarbereich sollen die Kundinnen und Kunden für die Bedeutung energetischer Sanierungen sensibilisiert werden. Idealtypisch sei davon auszugehen, dass im Zuge der auf Kundenseite erhöhten Sensibilität (z. B. hinsichtlich des Werterhalts einer Liegenschaft) die Sanierungsquote des Gebäudebestands steigt, sodass auch im Gebäudesektor das bundesrätliche Ziel von Netto-Null bis 2050 erreicht werden kann.³⁹

35. Es soll somit eine zunehmende Verschiebung der Nachfrage von traditionellen zu nachhaltigen Finanzprodukten erfolgen. Dafür knüpfen die beiden SBVg-Selbstregulierungen beim Beratungsprozess an. Auch wenn sich die Kundenberatung im Finanzgeschäft seit einiger Zeit im Wandel befindet und aufgrund von neuen technologischen Möglichkeiten (z. B. die Möglichkeit, digital zu investieren oder Vermittlungsplattformen für Hypotheken zu nutzen) zunehmend Produkte und Dienstleistungen ohne eingehenden Beratungsprozess in Anspruch genommen werden können, darf die Bedeutung der Beratung für Kundinnen und Kunden aufgrund des regelmässig damit verbundenen finanziellen Risikos, fehlender Kenntnisse und der Komplexität gewisser Finanzprodukte nicht unterschätzt werden.⁴⁰ Der Eingriff in diesen Wettbewerbsparameter kann jedoch als unwesentlich bezeichnet werden. Es wird lediglich ein Mindeststandard etabliert, der die Thematisierung von Nachhaltigkeitsaspekten verlangt. Wie weitgehend diese umgesetzt wird, liegt in der Hand der einzelnen Institute.⁴¹

36. In quantitativer Hinsicht verfügen die an den Vereinbarungen beteiligten Unternehmen über einen hohen Marktanteil in den relevanten Märkten. Die WEKO hat in der Vergangenheit im Bereich Retail Banking unterschiedliche sachlich relevante Märkte betrachtet, unter anderem einen Markt für Hypothekarkredite. Das Anlagegeschäft gegenüber nicht institutionellen Kunden wurde dem Private Banking zugeordnet, wobei dieses nach Vermögen und Domizil unterteilt wurde.⁴² Räumlich ging sie mehrheitlich von einer nationalen Dimension aus.⁴³

37. Das Hypothekar- und das Anlagegeschäft wird in der Schweiz grossmehrheitlich von Banken betrieben,⁴⁴ die überdies mehrheitlich Mitglied bei der SBVg sind. Vor diesem Hintergrund ist unabhängig von der genauen Marktabgrenzung ein Grossteil der vorliegend relevanten Anbieterinnen an der Vereinbarung beteiligt. Während den beteiligten Unternehmen mutmasslich eine grosse Bedeutung auf dem Markt zukommt, dürfte dies beim «Gewicht» der Abrede selbst nicht der Fall sein. So haben sich die beteiligten Unternehmen zwar zu einem Mindeststandard bei der Beratung verpflichtet, sie kön-

nen sich aber nach wie vor hinsichtlich der restlichen Wettbewerbsparameter (Preise, Konditionen etc.) konkurrenzieren.

38. Im Lichte der massgebenden Gesamtbeurteilung ist nach diesen Ausführungen mutmasslich nicht davon auszugehen, dass die beiden SBVg-Selbstregulierungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den relevanten Märkten führen, selbst wenn die Selbstregulierungen den Tatbestand der Wettbewerbsabrede erfüllten. Inwiefern dies für allfällige zukünftig weitere Selbstregulierungen im Bereich der Nachhaltigkeit und/oder Ergänzungen der vorliegenden beiden Richtlinien ebenfalls zutrifft, kann mangels Bestimmtheit der in der Beratungsanfrage beispielhaft genannten möglichen Ergänzungen nicht fundiert beurteilt werden. Gemäss SBVg sind etwa folgende Ergänzungen denkbar:

- Greenwashing: Weiterführende Vorgaben mit dem Ziel, Greenwashing am Point of Sale zu vermeiden;
- Nachhaltiges Anlegen: Klarere Definition und Abgrenzung von nachhaltigem gegenüber traditionellem Anlegen;
- Kundenpräferenzen: Detailliertere Abfrage der Kundenpräferenzen, d. h. es könnten in der Selbstregulierung bestimmte Fragen vorgegeben werden;
- Hypothekarkreditvergabe: Ausdehnung der Pflicht zur Thematisierung der Energieeffizienz auf weitere Kundengruppen bzw. weitere Liegenschaftstypen (z. B. zu finanzierende Mehrfamilienhäuser);
- Berichterstattung: Konkretisierung der Anforderungen an das Reporting.

39. Zu keinen Problemen führen dürfte vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen jedenfalls die Ausdehnung der Vorgaben gemäss *SBVg-Richtlinien Hypotheken* auf weitere Kundengruppen und Liegenschaftstypen. Ebenfalls unproblematisch erscheinen Anforderungen an das Reporting, wenn sichergestellt wird, dass es im Falle einer externen Berichterstattung dadurch nicht zu einem kartellrechtlich unerlaubten Informationsaustausch kommt.⁴⁵

³⁸ RPW 2022/1, 224 Rz 1580, *Abreden im Bereich Luftfracht*; RPW 2020/4, 1827 Rz 514, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3, 1117 Rz 1272, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2012/1, 105 Rz 175, *Hallenstadion*.

³⁹ Schreiben SBVg vom 12.7.2023, 3.

⁴⁰ Die zentrale Bedeutung der hohen Qualität in der Kundenberatung für die Branche Bank wird auch von der SBVg betont, weswegen sie eine Zertifizierung und stetige Weiterbildungen empfiehlt.

⁴¹ Nicht direkt betroffen ist hingegen der Wettbewerbsparameter der Nachhaltigkeit an sich, da es nur um dessen Thematisierung im Rahmen des Beratungsprozesses geht.

⁴² Es ist indessen davon auszugehen, dass der Teil dieser Dienstleistungen, die gegenüber Retail-Kunden erbracht werden, beim Retail Banking anzusiedeln wäre.

⁴³ Vgl. die verschiedenen Marktabgrenzungen in der Stellungnahme der WEKO vom 25.9.2023 zum Zusammenschluss UBS Group AG/Credit Suisse Group AG (zu finden unter: <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide).

⁴⁴ Im Hypothekenmarkt haben die Banken etwa einen Anteil von 95 %. Vgl. Moneypark, *Hypothekenmarkt 2022: Wachstum trotz Zinsanstieg*, <https://moneypark.ch/news-wissen/hypotheken-und-zinsen/hypothekar-markt-schweiz-2022-wachstum-trotz-zinsanstieg> (12.2.2024).

⁴⁵ Vgl. dazu statt vieler BVGer B-4596/2019 vom 5.6.2023 E 5.2, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*.

40. Weitere Vorgaben am Point of Sale oder die klare Definition und Abgrenzung von nachhaltigem gegenüber traditionellem Anlegen könnten etwa dann unzulässig sein, wenn damit eine Verpflichtung einherginge, nur noch gewisse Nachhaltigkeitsstandards zu berücksichtigen, oder wenn den angeschlossenen Instituten Vorgaben gemacht würden, die sie beim Anbieten von traditionellen Finanzprodukten einschränken (z. B. Quoten für nachhaltige Anlagen bzw. zu vergebende grüne Hypotheken und damit verbunden die Einschränkung nicht-nachhaltiger Finanzierungen; Verbote oder andere Restriktionen betreffend Wertschriften von Unternehmen, die nicht als nachhaltig einzustufen sind etc.). Ferner sind zweifellos Vereinbarungen problematisch, die zwar die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels vorgeben, in Wirklichkeit aber das eigentliche Ziel verbergen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen, wie etwa die Festsetzung von Preisen, die Aufteilung des Marktes oder der Kunden, die Beschränkung der Produktion oder die Abschottung von Qualität und Innovation.⁴⁶

41. In der Beratungsanfrage stellt sich die SBVg schliesslich auf den Standpunkt, sofern es sich bei den beiden Richtlinien überhaupt um Wettbewerbsabreden handeln würde, wären diese jedenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Der Effizienzgrund der «rationelleren Nutzung der Ressourcen» erstreckte sich namentlich auch auf das Thema Nachhaltigkeit. Die verabschiedeten Mindeststandards hätten einen direkten Bezug zu den Beratungs- und Finanzierungsdienstleistungen der ihnen unterstellten Finanzdienstleister und sie seien notwendig, um die Nachhaltigkeitsziele des Bundesrates erreichen zu können.

42. Gemäss Praxis der WEKO müssen umweltbezogene Rechtfertigungsgründe für deren Berücksichtigung im Rahmen der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG einen hinreichend engen Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum fraglichen Produkt aufweisen.⁴⁷ Ausserdem muss die Abrede unter anderem notwendig sein, das angestrebte Ziel – die rationellere Nutzung von Ressourcen – zu erreichen, damit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.⁴⁸

43. Unabhängig von der Frage, ob vorliegend überhaupt ein hinreichender Bezug im Sinne der zuvor erwähnten Praxis vorliegt, wird aus den Ausführungen in der Beratungsanfrage nicht ersichtlich, inwiefern die beiden SBVg-Selbstregulierungen notwendig sind, um die Nachhaltigkeitsziele des Bundesrats zu erreichen. Insbesondere wird nicht klar, weshalb die einzelnen Mitgliedsinstitute nicht von sich aus eigene Beratungsgrundsätze etablieren können, zumal ESG offensichtlich einem Bedürfnis der Nachfrage entspricht und eine Vielzahl an Instituten bereits vor Inkrafttreten dieser Richtlinien ESG-Ziele in ihrer Tätigkeit berücksichtigt haben.

44. Allerdings kann es ein Bedürfnis darstellen, dass es in einem Bereich ein gemeinsames Verständnis von Nachhaltigkeit gibt, so dass einheitliche Massstäbe geboten wären. Eine allfällige Rechtfertigung ist somit nicht ausgeschlossen, wäre jedoch näher zu substantiieren.

45. Bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG wäre eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen *zumindest anhand der vorliegenden Informationen* fraglich.

III. Fazit

46. Basierend auf dem in der Beratungsanfrage geschilderten Sachverhalt, den beiden SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance inkl. FAQs und den in der Marktbeobachtung eingeholten Auskünften kommt das Sekretariat zum Schluss, dass es bereits fraglich ist, ob es sich bei diesen Richtlinien um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, da *prima facie* nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.

47. Wenn (je) eine Wettbewerbsabrede vorliegen sollte, wäre mangels Vorliegens eines Vermutungstatbestands einzig die Unzulässigkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. In diesem Fall wäre nicht davon auszugehen, dass die Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, da sich in der Beratungsanfrage/in den Selbstregulierungen keine Hinweise für eine entsprechende Wettbewerbsbeschränkung finden.

48. Im Ergebnis dürfte es vorliegend somit bereits an einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fehlen. Aber selbst wenn diese vorliegend gegeben sein sollte, handelte es sich mutmasslich nicht um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

⁴⁶ Vgl. ebenfalls EU-Horizontalleitlinien Rz 547 f.

⁴⁷ RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*; RPW 2021/3, 616 Rz 30, *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Kriterium z. B. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N. 319 ff.

B 1.4

2. Übernahme von Glasfasernetzen**I. Sachverhalt**

1. Swisscom habe in der Vergangenheit in Kooperation mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Kabelnetzbetreibern und Gemeinden (nachfolgend: Kooperationspartner) in verschiedenen Regionen der Schweiz ein durchgängiges Glasfasernetz (nachfolgend: FTTH-Netz) aufgebaut. Hierbei habe meist Swisscom oder der jeweilige Kooperationspartner das FTTH-Netz gebaut und dem jeweils anderen ein langfristiges Nutzungsrecht (nachfolgend: IRU) eingeräumt. Gemäss Beratungsanfrage würden diese Kooperationsverträge in der Regel ein Vorkaufsrecht zur gegenseitigen Absicherung für den Fall eines beabsichtigten Verkaufs des Netzes an einen Dritten während der Vertragslaufzeit beinhalten.

2. Gemäss Beratungsanfrage würden mehrere Kooperationspartner von Swisscom erwägen aus dem Markt auszusteigen und ihr FTTH-Netz an Swisscom zu verkaufen. Im Zuge eines solchen Verkaufs würde Swisscom nach eigenen Angaben nur das Eigentum des in Kooperation erstellten Glasfasernetzes (exkl. Kabelkanalisationen) übernehmen. Der Beratungsanfrage liegt gemäss Swisscom ein konkret beabsichtigter Verkauf eines FTTH-Netzes mit [...] Nutzungseinheiten zugrunde, welche vom Kooperationspartner errichtet wurden. In der Gemeinde bestünden insgesamt [...] Nutzungseinheiten.

3. Swisscom seien die Wholesale- und Retail-Kunden des Kooperationspartners nicht bekannt. Nach Aussagen von Swisscom würden diese nicht automatisch auf Swisscom übergehen. Da die an das FTTH-Netz angeschlossenen [...] Nutzungseinheiten gemäss Swisscom allerdings nicht zusätzlich an das Koaxialnetz des Kooperationspartners angeschlossen seien, würden die meisten dieser Kunden in diesem Gebiet ihre Telekommunikationsdienstleistungen künftig in irgendeiner Form (sei es über eine andere Fernmeldedienstanbieterin oder Swisscom) ihre Fernmeldedienste über das Netz von Swisscom beziehen. Swisscom bringt vor, dass aufgrund der geringen Grösse des bestehenden Glasfasernetzes ausgeschlossen werden könne, dass das FTTH-Netz in der Gemeinde eigenständig betrieben werden könnte.

4. Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage bittet Swisscom um Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kauf von Eigentumsrechten an Glasfaseranschlussnetzen einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstellen.

5. Hierzu stellt Swisscom die nachfolgenden Fragen:

1. Wäre die Übernahme des bestehenden Glasfasernetzes in der oben beschriebenen Gemeinde als Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren?
2. Welche der folgenden Szenarien stellen einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar?

a. Basisszenario: Der Kooperationspartner, der das Glasfaseranschlussnetz gebaut hat, ist aktueller Eigentümer des Netzes in einem Gebiet, während Swisscom über IRUs verfügt. Der Kooperationspartner bietet Swisscom an, das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz zu übernehmen. Swisscom geht auf dieses Angebot ein und übernimmt dabei auch die Kunden des Kooperationspartners.

b. Macht es im Vergleich zu Szenario a. einen Unterschied, wenn Swisscom lediglich einen Teil des Glasfaseranschlussnetzes (also bspw. das Netz in einem Stadtteil) übernimmt? Die Anzahl Nutzungseinheiten wäre wie im oben beschriebenen Beispiel so gering, dass ein eigenständiger Betrieb dieses Glasfasernetzes nicht wirtschaftlich wäre.

c. Macht es im Vergleich zu Szenario a. einen Unterschied, ob der Kooperationspartner das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz zuerst einem Dritten angeboten hat und Swisscom daraufhin von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch macht?

d. Macht es im Vergleich zu Szenario a. einen Unterschied, wenn der Kooperationspartner die Verträge mit seinen Wholesale- und Retailkunden vorher kündigen würde und Swisscom lediglich das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz ohne Kundenbeziehungen übernehmen würde?

e. Macht es im Vergleich zu Szenario a. einen Unterschied, wenn der Kooperationspartner seine Retailkunden auf ein bestehendes Koaxialkabelnetz migrieren würde? Swisscom würde lediglich die Wholesalekunden übernehmen.

3. In den Fällen, in denen nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vorliegen würde, wären die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erfüllt und daher auch eine diesbezügliche Meldepflicht nicht gegeben. Wäre in diesem Fall der Erwerb eines Glasfaseranschlussnetzes aber dennoch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig?

II. Beurteilung**Unternehmenszusammenschlüsse**

6. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Diese Bestimmung wird durch die

Ausführungen in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) sowie die Praxis der Wettbewerbskommission und der Gerichte konkretisiert.

Unternehmen als Ausgangspunkt

7. Gemäss Art. 3 Abs. 2 VKU gilt der Teil des Unternehmens, der Gegenstand des Zusammenschlusses ist, als an einem Unternehmenszusammenschluss beteiligtes Unternehmen. Gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, als Unternehmen.

Teile des Vermögens von Unternehmen

8. Gemäss Art. 1 VKU gilt als Unternehmenszusammenschluss der Erhalt der Möglichkeit einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Hierbei stellen die Mittel zur Kontrolle insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens dar.

9. Insbesondere Produktionsmittel sowie Produkte und Dienstleistungen, die ein Unternehmen zum Zwecke des Angebots auf dem Markt erstellt, sind als Teil des Vermögens von Unternehmen zu qualifizieren. Produkte und Dienstleistungen unterscheiden sich aber von Vermögenswerten, die zur Produktion von Produkten und Dienstleistungen genutzt werden, dahingehend, dass sie das Ergebnis des Durchlaufens der Wertschöpfungskette und damit nicht ein Teil der Tätigkeit des Unternehmens sind. Solche Vermögenswerte können daher nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG als Teile von Unternehmen qualifiziert werden. Vermögenswerte die zur Herstellung von Gütern und Dienstleistungen genutzt werden, welche dann gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG für das Auftreten als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess verwendet werden, stellen einen Teil der Tätigkeit des Unternehmens dar. Solche Vermögenswerte können daher dahingehend als Teile von Unternehmen qualifiziert werden, als ihnen eine Marktpräsenz und ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.

10. Dies spiegelt sich auch in der Praxis der Wettbewerbsbehörden wider wonach ein Unternehmensteil i.S. des KG i.d.R. vorliegt, wenn der zu übernehmende Unternehmensbereich einen Geschäftsbereich mit einer gewissen eigenständigen Marktpräsenz darstellt, dem ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.¹

11. So wurden im Fall «Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG» die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert.²

12. Im Zusammenschluss «Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG» wurden Kunden mit Sparkonten und Aktien- bzw. Anlagesparplänen, nicht jedoch die übrigen Geschäftsbereiche übertragen.³ Die Kunden mit Sparkonten und Aktien- bzw. Anlagesparplänen wurden als Unternehmensteil qualifiziert.

13. Im Fall «Swisscom AG/Verizon Switzerland» wurde die Übertragung von Kundenverträgen sowie des vor-

mals für die Betreuung dieser Kunden zuständigen Personals von Verizon und weiteren Objekten (gewisse Mobilien und Verträge, «Know-how», Geschäftsbücher und Unterlagen) ebenfalls als Unternehmensteil betrachtet.⁴

14. Beim Zusammenschluss «Emmi/Kellenberger» wurde ein Kundenstamm an Detailhändlern zusammen mit den betroffenen Mitarbeitern als Unternehmensteil angesehen.⁵

15. Im Zusammenschluss «Edipress Publications SA/Imprimerie Cuhat SA» hat die WEKO eine entgeltliche Übernahme von Abonnenten dreier Lokalzeitungen als Veräusserung von Kunden behandelt, welche die Kriterien für einen Kontrollwechsel über einen Unternehmensteil erfüllen.⁶ In diesem Fall wollten die Betreiber des damaligen Familienunternehmens ihre Geschäftstätigkeit aufgeben und haben lediglich ihre Abonnenten der Zeitungen Feuille d'Avis et Journal d'Avances, du Vully et des Environs, la Terre fibourgeoise, la Terre Vuilleraie auf die Zeitung La Broye übertragen.

16. Ebenso wurde die Übernahme wesentlicher Teile des Personals, des Knowhow sowie Kundenverträge als Unternehmensteil qualifiziert.⁷

17. Im Zusammenschlussvorhaben «Swisscom (Schweiz) AG/Deuromedia Technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH» wurden die gesamten Assets von Deuromedia und damit der gesamte operative Geschäftsbetrieb übernommen.⁸ Diese Vermögenswerte wurden als Unternehmensteil qualifiziert.

18. Beim Zusammenschluss «Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA» wurden verschiedene Aktivitäten als Unternehmensteil qualifiziert.⁹ Diese waren Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Depots für die Lagerung von Heizöl und Diesel, die Aktivität des Verkaufs von Diesel, Benzin und Heizöl an Einzelhändler, Betreiber von Fahrzeugflotten und Grosshändler in der ganzen Schweiz, die Aktivität des Verkaufs von Heizöl an Endkunden in den Kantonen Genf und Waadt sowie der Verkauf von zwei Tankstellen, welche im Verkauf von Diesel und/oder Benzin an Endkunden tätig waren.

¹ Statt vieler: RPW 2013/3, 316, *Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschluss Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom I Services/X AG*; RPW 2022/3, 593 Rz 7, *Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden*.

² RPW 2001/1, 137, *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG*.

³ RPW 2003/3, 550 Rz 5, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*.

⁴ RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

⁵ RPW 2009/4, 452 f. Rz 116 ff., *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

⁶ RPW 2010/2, 235 Rz 3 f., *Edipresse Publication SA/Imprimerie Cuhat SA*.

⁷ RPW 2013/3, 316, *Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschluss Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom I Services/X AG*.

⁸ RPW 2013/2, 255 Rz 18, *Swisscom (Schweiz) AG/Deuromedia technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH*.

⁹ RPW 2014/4, 726 Rz 7, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*.

19. Im Zusammenschluss «Tamedia/home.ch» wurde die Website home.ch als Unternehmensteil qualifiziert.¹⁰

20. Im Zusammenschlussvorhaben «Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG» wurde das Grosshandelsgeschäft der Contadis als Unternehmensteil qualifiziert.¹¹

21. Im Zusammenschlussvorhaben «Tamedia/Planet 105» wurden die Übernahme der Veranstalterkonzession für ein UKW-Radio sowie eine Funkkonzession für die Verbreitung eines Radioprogramms, die Nutzungsrechte an zwei Sendeanlagen in der Stadt Zürich, die entsprechenden Marken und Domains sowie weitere zusammenhängende Verträge, insbesondere im Bereich der Vermarktung des Radiosenders als Unternehmensteil qualifiziert.¹² Nicht übernommen wurden hingegen die redaktionellen Mitarbeiter sowie die technische Infrastruktur.

22. Im Zusammenschlussvorhaben «TX Group/Immowelt Schweiz» wurden Kundenverträge mit Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen als Unternehmensteil qualifiziert.¹³ Nicht übertragen wurden dabei der Online-Marktplatz, also weder Domain-Namen noch die Beziehungen zu den Werbekunden der Plattform.

23. In der Beratung «Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden» wurde die Übertragung von Rechten an Titelrechten, ohne die dazugehörige Redaktion bzw. die entsprechenden Arbeitsverträge als Unternehmensteil qualifiziert.¹⁴

24. In der Beratung «Zusammenarbeit im TV-Bereich» wurde die Übertragung eines Kundenstamms mit bestehenden Vertragsverhältnissen als Unternehmensteil qualifiziert.¹⁵

25. Im Zusammenschluss «Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Valora-Gruppe» wurde der Betrieb von 113 Tankstellenshops und der damit verbundenen Eigentums- und Nutzungsrechte als Unternehmensteil qualifiziert.¹⁶ Übertragen wurden das Eigentum an Mobiliar und Warenlagern, Gewährleistungsansprüche, Versicherungsansprüche, Arbeitsverhältnisse und weitere Verträge mit Dritten (z.B. Lieferanten).

26. Unter dem Kriterium einer Marktpräsenz haben die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit sowohl Verlagsrechte bzw. Zeitschriften (Rz 11), Titelrechte (Rz 22), Websites (Rz 19), Funkkonzessionen und entsprechende Nutzungsrechte (Rz 21) als auch eine Kundenbasis mit Assets (Rz 12, 13, 14, 16) sowie eine Kundenbasis ohne Assets (Rz 15, 22, 24) als Unternehmensteil qualifiziert. Weiter wurden gesamte mit Externen operativ tätige Geschäftsbereiche als Unternehmensteil qualifiziert (Rz 17, 18, 20, 25).

27. In der EU kann die Erlangung der Kontrolle über Vermögenswerte als Unternehmensteil angesehen werden, wenn es sich um einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz handelt, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.¹⁷ Die Übertragung des Kundenstamms eines Geschäftsbereichs kann diese Kriterien erfüllen, wenn dadurch ein Geschäftsbereich mit Marktumsatz übertragen wird. Sind nur immaterielles Vermögen wie Marken, Patente oder Urheberrechte betroffen, kann ein Unternehmensteil vorliegen, wenn

dieses Vermögen einen Geschäftsbereich mit Marktumsatz bildet. Die Übertragung von Lizenzen für Marken, Patente oder Urheberrechte ohne zusätzlich Vermögenswerte kann diese Kriterien allerdings nur erfüllen, wenn es sich um Exklusivlizenzen zumindest für ein bestimmtes Gebiet handelt und mit der Übertragung der Lizenzen eine Übertragung Umsatz generierender Tätigkeiten einhergeht. Bei anderen Lizenzen ist auszuschliessen, dass sie für sich genommen einen Geschäftsbereich bilden, dem ein Marktumsatz zugerechnet werden kann.

28. Hinsichtlich des Outsourcings hält die EU-Kommission fest, dass ein Unternehmensteil vorliegen kann, wenn die zuvor für die interne Tätigkeit des veräussernden Unternehmens verwendeten Vermögenswerte es dem Outsourcing-Dienstleister ermöglichen, Dienstleistungen entweder sofort oder innerhalb kurzer Zeit nach dem Transfer nicht nur an den Outsourcing-Kunden zu erbringen, sondern auch an Dritte.¹⁸ Werden vom outgesourcten Bereich Dienstleistungen an Dritte erbracht, so kann ein Marktumsatz zugeordnet werden und der Bereich ist als Unternehmensteil zu qualifizieren. Selbst wenn keine Dienstleistungen an Dritte erbracht werden, so reicht es aus, wenn die Mittel übertragen werden, um rasch in den Markt einzutreten. Gemäss EU-Kommission müssen die übertragenen Vermögenswerte mindestens die Kernelemente enthalten, die es einem Käufer ermöglichen, innerhalb eines Zeitrahmens der in etwa der Anlaufphase für Gemeinschaftsunternehmen entspricht, in den Markt einzutreten. Wichtig, um von einem Unternehmensteil zu sprechen, ist hierbei gemäss EU-Kommission, dass durch die Übertragung eine dauerhafte Änderung der Marktstruktur bewirkt wird.

¹⁰ RPW 2014/4, 759 Rz 14, *Tamedia/home.ch*.

¹¹ RPW 2016/2, 555 Rz 5, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

¹² RPW 2019/3b, 1038 Rz 6, *Tamedia/Planet 105*.

¹³ RPW 2021/2, 504 Rz 6, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

¹⁴ RPW 2022/3, 594 Rz 10, *Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden*.

¹⁵ RPW 2023/1, 98 Rz 23, *Zusammenarbeit im TV-Bereich*.

¹⁶ RPW 2023/1, 134 f. Rz 8, *Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Valore-Gruppe*.

¹⁷ Berichtigung der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09 vom 21.02.2009), Rz 24.

¹⁸ Berichtigung der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09 vom 21.02.2009), Rz 25 f.

Beantwortung der Fragen

Frage 1: Wäre die Übernahme des bestehenden Glasfasernetzes der Gemeinde als Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren?

Unternehmensteil

29. Das Glasfasernetz des veräussernden Unternehmens ist ein Teil der unternehmensinternen Wertschöpfungskette, basierend auf welcher das veräussernde Unternehmen seine Leistungen, welche es am Markt anbietet, erstellt. Indem das Glasfasernetz einen Teil der Wertschöpfungskette des veräussernden Unternehmens bildet, stellt das Glasfasernetz die Grundlage einer Tätigkeit des veräussernden Unternehmens dar. Die Tätigkeit besteht darin, Fernmeldedienste im Markt sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenstufe anzubieten. Da über das Glasfasernetz auch ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur angeboten werden kann (z.B. Zugang zu einzelnen Glasfasern im Falle einer Punkt-zu-Punkt Netzarchitektur oder Zugang zu einem Glasfaserbaum im Falle einer Punkt-zu-Multipunkt Netzarchitektur), kann ihr grundsätzlich unmittelbar ein Marktauftritt und ein Marktumsatz zugeordnet werden.

30. Soweit die physische Netzinfrastruktur lediglich unternehmensintern verwendet wird, um Fernmeldedienste durch den Netzbetrieb zu erstellen und im Markt anzubieten, kann der physischen Netzinfrastruktur zumindest mittelbar ein Marktauftritt und ein Marktumsatz zugerechnet werden. Zur Beurteilung ob es sich hierbei um einen Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG handelt, kann die Praxis der EU-Kommission hinsichtlich Outsourcings hinzugezogen werden (vgl. Rz 28).

31. Eine Glasfasernetzinfrastruktur ermöglicht einem Dritten, wie z.B. Swisscom, innerhalb kurzer Zeit nach dem Transfer des Netzes Fernmeldedienste gegenüber Dritten zu erbringen. Soweit gegenüber Dritten Dienstleistungen erbracht werden, kann der Nutzung der Glasfasernetzinfrastruktur ein Marktumsatz zugeordnet werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass durch die Übertragung des Glasfasernetzes an Swisscom die Marktstruktur dauerhaft geändert wird. So werden in Zukunft nicht mehr zwei separate Glasfasernetzinfrastrukturen von zwei verschiedenen Unternehmen im Markt unterhalten sowie hierauf im Falle einer Punkt-zu-Punkt Netzarchitektur ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur bereitgestellt und im Falle einer Punkt-zu-Multipunkt Netzarchitektur darauf basierend Fernmeldedienste erstellt und angeboten, sondern lediglich von einem Unternehmen.

32. Dementsprechend ist das zu veräussernde Glasfasernetz als Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

Kontrollübergang

33. Sowohl ein Glasfasernetz selbst als auch ein IRU stellen nach dem oben Ausgeführten einen Vermögenswert eines Unternehmens dar. Ausgehend von den der WEKO unterbreiteten Kooperationsverträgen wird für die Zwecke der vorliegenden Beratungsantwort davon ausgegangen, dass keine gemeinsame Kontrolle an den

von den jeweiligen Unternehmen kontrollierten Glasfaserleitungen (sei es durch Eigentumsverhältnisse oder durch IRU) besteht, und dass die Glasfaserpartnerschaft kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU darstellt.¹⁹ Folglich wird für die Zwecke der vorliegenden Beratung davon ausgegangen, dass Swisscom bisher keine Kontrolle über die Glasfaserleitungen des Kooperationspartners hat.

34. Mit dem Erwerb der Glasfaserleitungen des Kooperationspartners erlangt Swisscom damit die alleinige Kontrolle über diese Vermögenswerte. Swisscom kann nach der Übernahme der Kontrolle auf diese Vermögenswerte einen bestimmenden Einfluss ausüben.

35. Damit ist auch der Erhalt der Möglichkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen bestimmenden Einfluss auszuüben, vorliegend erfüllt.

Fazit zu Frage 1

36. Beim Glasfasernetz handelt es sich um einen Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG. Durch den Verkauf des Unternehmensteils kommt es im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu einem Kontrollwechsel. Damit sind die beiden Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG erfüllt. Bei der Veräusserung des Glasfasernetzes handelt es sich damit um einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

Frage 2.a.: Stellt folgendes Szenario einen Unternehmenszusammenschluss dar: Der Kooperationspartner, der das Glasfaseranschlussnetz gebaut hat, ist aktueller Eigentümer des Netzes in einem Gebiet, während Swisscom über IRUs verfügt. Der Kooperationspartner bietet Swisscom an, das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz zu übernehmen. Swisscom geht auf dieses Angebot ein und übernimmt dabei auch die Kunden des Kooperationspartners.

37. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden stellt die Übernahme eines Kundenstamms für sich alleine genommen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar (vgl. Rz 15, 22, 24). Auch die Übernahme eines Kundenstamms zusammen mit Vermögenswerten wurde in der Vergangenheit durch die Wettbewerbsbehörden regelmässig als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG qualifiziert (vgl. Rz 12, 13, 14, 16).

38. Die Übernahme von Kunden zusammen mit einem Glasfaseranschlussnetz stellt eine Übernahme eines Kundenstamms zusammen mit Vermögenswerten dar und wäre im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

¹⁹ Vgl. hierzu auch RPW 2012/2, 171 ff., FTTH Freiburg.

Frage 2.b.: Macht es im Vergleich zu Szenario in Frage 2.a. einen Unterschied, wenn Swisscom lediglich einen Teil des Glasfaseranschlussnetzes (also bspw. das Netz in einem Stadtteil) übernimmt? Die Anzahl Nutzungseinheiten wäre wie im Beispiel der Gemeinde so gering, dass ein eigenständiger Betrieb dieses Glasfasernetzes nicht wirtschaftlich wäre.

39. Wie bereits aus der Beantwortung der Frage 1 ersichtlich ist, stellt die Übernahme eines Teils des Glasfasernetzes einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, soweit ihm ein Marktauftritt und ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.

40. Swisscom wirft die Frage auf, ob der zu übertragende Unternehmensteil ebenfalls die Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens erfüllen muss, damit die Übertragung des Unternehmensteils als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist, oder ob allfällige Vollfunktionseigenschaften des Unternehmensteils keine Voraussetzung für die Qualifikation von dessen Übertragung als Unternehmenszusammenschluss darstellt.

41. Aus der Formulierung und dem Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU geht hervor, dass nicht die einzelnen in das Gemeinschaftsunternehmen eingebrachten Vermögenswerte die Funktionen nach Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllen müssen, sondern lediglich das daraus resultierende Unternehmen. Vor diesem Hintergrund kann aus Art. 2 VKU nicht abgeleitet werden, dass ein zu übertragender Unternehmensteil Vollfunktionseigenschaften erfüllen muss, damit der Kontrollwechsels eines solchen Unternehmensteils als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

42. Damit spielt das Vorbringen, dass die Anzahl Nutzungseinheiten so gering wäre, dass ein eigenständiger Betrieb dieses Glasfasernetzes nicht wirtschaftlich wäre, für die Qualifikation der Übertragung des Glasfasernetzes als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG keine Rolle.

Frage 2.c.: Macht es im Vergleich zu Szenario in Frage 2.a. einen Unterschied, ob der Kooperationspartner das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz zuerst einem Dritten angeboten hat und Swisscom daraufhin von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch macht?

43. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG ist jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren. Das Rechtsgeschäft, welches zum Kontrollwechsel führt, spielt bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG keine Rolle.

44. Daher macht es im Vergleich zum Szenario in der Frage 2.a. keinen Unterschied, ob der Kontrollwechsel durch direkten Verkauf oder durch Ausübung eines Vorkaufsrechts stattfindet.

Frage 2.d.: Macht es im Vergleich zu Szenario in Frage 2.a. einen Unterschied, wenn der Kooperationspartner die Verträge mit seinen Wholesale- und Retailkunden vorher kündigen würde und Swisscom lediglich das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz ohne Kundenbeziehungen übernehmen würde?

45. Würden vor der Übertragung des Glasfasernetzes sämtliche Verträge mit Wholesale- und Retailkunden gekündigt, so würde das Eigentum am Glasfaseranschlussnetz grundsätzlich ohne Kundenbeziehung übernommen werden. Ein Marktauftritt und Marktumsatz würden dann dem Glasfasernetz zumindest temporär nicht zugeordnet werden. Falls das übernommene Glasfasernetz im Anschluss vollständig stillgelegt würde, so würde dem Glasfasernetz dauerhaft kein Marktauftritt und Marktumsatz zugerechnet werden.

46. Vor diesem Hintergrund würde sich in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission die Frage stellen, ob die hypothetische Voraussetzung, dass es einem Dritten möglich wäre basierend auf dem Glasfasernetz Dienstleistungen gegenüber Dritten anbieten zu können und damit einen Marktauftritt und einen Marktumsatz realisieren zu können, zur Qualifikation als Unternehmenszusammenschluss ausreicht. Swisscom verneint eine solche Überlebensfähigkeit aufgrund der zu geringen Grösse des zu übernehmenden Glasfasernetzes. Vor diesem Hintergrund würde die Übernahme des zuvor stillgelegten Glasfasernetzes die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG nicht erfüllen.

47. Soweit kein alternatives Glasfasernetz zur Verfügung steht würden mit der Kündigung sämtliche Verträge mit Wholesale- und Retailkunden zu Swisscom übergehen. Soweit daher die Kündigung sämtlicher Verträge mit Wholesale- und Retailkunden mit einer Vereinbarung zwischen Swisscom und dem Inhaber des Glasfasernetzes in Verbindung steht, müsste dies als Übernahme der Wholesale- und Retailkunden durch Swisscom qualifiziert werden. Dies unabhängig davon ob Swisscom das dann stillgelegte Glasfasernetz übernimmt oder nicht. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbsbehörden wäre die Übernahme dieser Kunden, soweit sie mit einer Vereinbarung zwischen Swisscom und dem Inhaber des Glasfasernetzes zusammenhängen, als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

Frage 2.e.: Macht es im Vergleich zu Szenario in Frage 2.a. einen Unterschied, wenn der Kooperationspartner seine Retailkunden auf ein bestehendes Koaxialkabelnetz migrieren würde? Swisscom würde lediglich die Wholesalekunden übernehmen.

48. Soweit das Glasfasernetz zusammen mit einem Kundenstamm übernommen wird, kann dem Glasfasernetz ein Marktauftritt und ein Marktumsatz zugeordnet werden. Ob es sich bei diesen Kunden um Wholesale- oder Retailkunden handelt, spielt keine Rolle. Vor diesem Hintergrund wäre eine solche Transaktion als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

Frage 3: In den Fällen, in denen nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vorliegen würde, wären die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erfüllt und daher auch eine diesbezügliche Meldepflicht nicht gegeben. Wäre in diesem Fall der Erwerb eines Glasfaseranschlusnetztes aber dennoch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig?

49. Im Verfahren «32-0198 Swisscom ADSL» wurde rechtskräftig festgestellt, dass Swisscom zumindest auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternetangebote marktbeherrschend ist.²⁰ Das zu erwerbende Glasfasernetz stellt einen direkten Input-Faktor für die Erbringung von Vorleistungsdienstleistungen zur leitungsgebundenen Datenübertragung dar.

50. Damit beträfe das Zusammenschlussvorhaben einen dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternetangebote direkt vorgelagerten Markt. Der Unternehmenszusammenschluss wäre daher gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

51. Für die Zwecke der vorliegenden Beratung wird offengelassen, ob gemäss Art. 9 Abs. 4 KG auch aus dem Verfahren «Telecom PTT/Blue Window»²¹ eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG abzuleiten wäre.

III. Fazit

52. Die Abklärungen haben ergeben, dass die Übernahme eines Glasfasernetzes von einem Kooperationspartner grundsätzlich als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist. Werden im Rahmen einer Vereinbarung sämtliche Kundenbeziehungen gekündigt und ist zu erwarten, dass diese auf Swisscom übergehen, so wäre dieser Vorgang als Kundenübernahme zu qualifizieren. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbsbehörden stellt eine auf eine Vereinbarung zurückzuführende Kundenübernahme einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

²⁰ BGE 146 II 217, E.5.2.3.

²¹ RPW 1997/2, 174 Dispositiv-Ziff. 1–4, *Telecom PTT/Blue Window*.

I. Vorbemerkungen

1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt für den Telekommunikationsmarkt neben dem Kartellrecht die besondere Regelung des Fernmelderechts.¹ Die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren gelangen nebeneinander zur Anwendung. Insbesondere bilden die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (Fernmeldegesetz, FMG; SR 784.10) in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst. Bei der Frage, in wieweit sich Kartell- und Fernmelderecht gegenseitig beeinflussen, gilt es im Lichte der Anwendung des Kartellgesetzes die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes zu beachten.² Sinn macht gemäss Bundesgericht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt.

2. Vorliegend ist für die kartellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts insbesondere die Auslegung von Art. 35b FMG von Bedeutung. Gemäss Art. 35b Abs. 1 FMG hat jede Anbieterin von Fernmeldediensten das Recht auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen, soweit dies technisch vertretbar ist und keine anderen wichtigen Gründe für die Verweigerung vorliegen.

3. Hierbei kann sich die Frage stellen, ob Art. 35b FMG im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinreichend und angemessen bestimmt ist,³ so dass aufgrund des legiferten Mitbenutzungsrechts der gebäudeinternen Anlagen ein Recht auf die Kappung einer von der Anschlusszentrale bzw. vom POP bis zur OTO-Dose durchgehenden Glasfaser, also das Recht auf die Änderung der gebäudeinternen Anlagen, sowie die gemäss Beratungsgesuch einer materiellen Enteignung gleichkommenden Entwertung des vom Strassenschacht bzw. von der Anschlusszentrale bis zum Kapppunkt verbleibenden Teilstücks der bereits verlegten Glasfaserkabel, abgeleitet werden kann. Andernfalls würde sich Art. 35b FMG lediglich auf diejenigen gebäudeinternen Anlagen beziehen, für welche innerhalb des Gebäudes ein Netzzugangspunkt besteht. Das um Beratung anfragende Unternehmen geht implizit davon aus, dass Art. 35b Abs. 1 FMG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Änderung der gebäudeinternen Anlagen darstellt. Diese Einschätzung bildet die Grundlage für die vorliegende kartellrechtliche Beurteilung. Eine anderslautende Auslegung der Tragweite von Art. 35b FMG kann die kartellrechtliche Einschätzung der geplanten Verhaltensänderung durch das um Beratung ersuchende Unternehmen entsprechend ändern.

4. Für die Überwachung der Einhaltung des Fernmeldegesetzes ist das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) zuständig (Art. 58 FMG). Damit sind für die Auslegung des FMG das BAKOM sowie die ent-

sprechenden Entscheid- und Rechtsmittelinstanzen zuständig. Daher ist die Frage der Auslegung von Art. 35b FMG dem BAKOM zu unterbreiten bzw. durch einen entsprechenden Entscheid durch die eidgenössische Kommunikationskommission (nachfolgend: COMCOM) sowie durch die entsprechenden Rechtsmittelinstanzen zu beurteilen.

5. Der guten Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass eine kartellrechtliche Beurteilung der Anrufung von Art. 35b FMG durch Fernmeldediensteanbieterinnen (nachfolgend: FDA) insbesondere dann angezeigt wäre, wenn eine FDA durch massenweise Nutzung der gebäudeinternen Infrastruktur zu kostenorientierten Preisen, bei welchen die Netzbauerin die bereits getätigten Investitionen in den Ausbau der Bereiche Drop und Feeder entschädigungslos abschreiben müsste, eine Verdrängungsabsicht verfolgt.

II. Sachverhalt

6. Gemäss dem um Beratung ersuchenden Unternehmen würde der neue Artikel 35b FMG anderen FDA ein Zugangsrecht zur Gebäudeinfrastruktur gewähren, was in der Praxis gemäss dem um Beratung ersuchenden Unternehmen zu neuen Anwendungsfällen (vgl. nachfolgend Rz 9) beim Glasfaserbau führen würde. Diese Zugangsmöglichkeit würde aber der gebauten Netzarchitektur im Mehrfasermode in P2P-Topologie widersprechen, weil die Durchgängigkeit von der Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss der mitbenutzten Glasfaser aufgehoben würde und Vorinvestitionen dadurch verloren gehen würden.

7. Das um Beratung ersuchende Unternehmen geht davon aus, dass Art. 35b FMG ausreichend bestimmt wäre und eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellen würde, um eine Änderung der gebäudeinternen Infrastruktur, welche eine einer materiellen Enteignung gleichkommenden Entwertung der zum Gebäude führenden Infrastruktur zur Folge hätte, zu verlangen (vgl. Rz 2 f.). Die vorliegende Beratungsantwort beschränkt sich auf die vom um Beratung ersuchenden Unternehmen vorgelegte Auslegung von Art. 35b FMG, gemäss welcher Art. 35b FMG eine ausreichende gesetzliche Grundlage zur Änderung der gebäudeinternen Anlagen darstellt (vgl. Rz 3).

¹ Vgl. BGE 137 II 199, E. 3.4.

² Vgl. BGE 137 II 199, E. 5.1; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 C.7.

³ Vgl. BGE 131 II 13 E. 6.5.

8. Gemäss dem um Beratung ersuchenden Unternehmen sei der Bau des Glasfasernetzes in Anwendung des Mehrfaserprinzips und der BAKOM-Richtlinie mit von der Anschlusszentrale Swisscom bis OTO durchgängigen Glasfasern in P2P-Topologie erfolgt. Damit sei es Dritten möglich, sich neben dem um Beratung ersuchenden Unternehmen und dem Baukooperationspartner am Glasfasernetz zu beteiligen und flächendeckend jeweils eine Glasfaser zu übernehmen. Zudem bestünde die Möglichkeit, Layer 1-Vorleistungsprodukte beim um Beratung ersuchenden Unternehmen oder beim Baukooperationspartner zu beziehen.

9. Ausgehend von einer rechtlichen Einschätzung, aufgrund welcher Art. 35b FMG eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt, um eine bestehende durchgehende Glasfasernetzinfrastruktur so umbauen zu lassen, dass beim Gebäudeeingang die durchgehende Glasfaser gekappt werden kann und ein Netzzugangspunkt entsteht, was zur Folge hat, dass die bereits errichtete Glasfasernetzinfrastruktur in den Bereichen Feeder (Strecke von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht) und Drop (Strecke vom Strassenschacht bis zum Gebäudeeingang) entwertet werden kann, stellt das um Beratung ersuchende Unternehmen die nachfolgenden neuen Anwendungsfälle fest:

- a. Fernmeldeunternehmen, die sich nicht am flächendeckenden Glasfasernetzausbau beteiligt haben, schliessen Gebäude über eine eigene, separate Anschlussleitung an und benutzen die (gestützt auf einen Liegenschaftsanschlussvertrag mit dem um Beratung ersuchenden Unternehmen) bereits erstellte Gebäudeinfrastruktur (BEP [Building Entry Point] und die Gebäudeverkabelung) im Sinne von Art. 35b FMG mit.
- b. Fernmeldeunternehmen, die sich nicht am flächendeckenden Glasfasernetzausbau beteiligt haben, schliessen ausgesuchte Gebäude als sog. Ersterschliesser an. Der Anschluss erfolgt jedoch nicht über die Anschlusszentrale von Swisscom, sondern über das eigene Anschlussnetz.
- c. Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer bzw. deren Vertreter melden gegenüber dem um Beratung ersuchenden Unternehmen den Anspruch an, eine der vier verlegten Glasfasern für FTTH-fremde Anwendungen nutzen zu wollen, namentlich für gebäudeinterne Nutzungen wie IoT (Internet of Things), Smart Building-Nutzungen, o.ä.

10. Aus Sicht des um Beratung ersuchenden Unternehmens stehen die erwähnten Anwendungsfälle im Widerspruch zum Glasfaserstandard, wie ihn die WEKO bzw. das Bundesverwaltungsgericht festgestellt haben und er sich aus dem seinerzeit am Runden Tisch entstandenen BAKOM Referenzmodell ableitet, und damit auch im Widerspruch zur Netzarchitektur, zu der sich das um Beratung ersuchende Unternehmen verpflichtet hat.

11. Insbesondere würde durch die ausschliessliche Nutzung der bereits erstellten Gebäudeinfrastruktur die Durchgängigkeit von der Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss der mitbenutzten Glasfaser verloren gehen, da die Zugang ersuchende FDA das Gebäu-

de selbst mittels eigenem Anschlussnetz erschliessen würde. Der entbündelte Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen in der Anschlusszentrale von Swisscom würde in Bezug auf die betroffenen Glasfasern dadurch auf Dauer vereitelt. Zudem würden die Investitionen für den Ausbau der Bereich Feeder und Drop entwertet, da die Haushalte über diese Leitungen nicht mehr mit Dienstleistungen versorgt werden könnten. In diesem Fall drohe dem um Beratung ersuchenden Unternehmen ein Verlust dieser Vorinvestitionen.

12. Weiter könnte ein solcher Zugang gemäss dem um Beratung ersuchenden Unternehmen dazu führen, dass parallele Glasfaserinfrastrukturen in den Bereichen Feeder und Drop entstehen würden, was ineffizient und kostentreibend sei.

13. Zur Sicherung ihrer Vorinvestitionen plant das um Beratung ersuchende Unternehmen den weiteren Ausbau des Glasfasernetzes künftig wie folgt anzupassen:

- a. Erschliesst das um Beratung ersuchende Unternehmen ein Gebäude als Ersterschliesser und ist vor der Erschliessung bekannt, dass ein Fernmeldeunternehmen das Gebäude über einen eigenen, separaten Gebäudeanschluss anschliessen und die Gebäudeinfrastruktur mitbenutzen wird, behält sich das um Beratung ersuchende Unternehmen vor, den Glasfaseranschluss von der Anschlusszentrale bis zum BEP nur mit zwei Glasfasern zu realisieren.
- b. Möchte ein Fernmeldeunternehmen bei einem Gebäude, das vom um Beratung ersuchenden Unternehmen bereits früher erschlossen wurde (Bestandesbau), die Gebäudeverkabelung mitbenutzen, gewährt das um Beratung ersuchende Unternehmen nur dann Zugang, wenn das Fernmeldeunternehmen neben einer Entschädigung für die Mitnutzung der Gebäudeverkabelungsinfrastruktur auch einen angemessenen Anteil an den vom um Beratung ersuchenden Unternehmen getätigten Investitionen zwischen Anschlusszentrale und BEP (Drop / Feeder) trägt.
- c. Hat ein Fernmeldeunternehmen, das sich nicht am flächendeckenden Glasfasernetzausbau beteiligt, ein Gebäude als sog. Ersterschliesser mit Glasfaser erschlossen, behält sich das um Beratung ersuchende Unternehmen vor, den Glasfaseranschluss von der Anschlusszentrale bis zum BEP nur mit zwei Glasfasern zu realisieren. Dies unabhängig davon, ob der Ersterschliesser den Anschluss gemäss BAKOM Richtlinien (Mehrfaserprinzip) realisiert oder nicht.
- d. Beanspruchen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer bzw. Immobiliengesellschaften eine der vier gebäudeintern verlegten Glasfasern für gebäudeinterne, d.h. FTTH-fremde Anwendungen, behält sich das um Beratung ersuchende Unternehmen vor, die entsprechende Glasfaser im vorliegenden Glasfaseranschluss (Drop / Feeder) nicht zu realisieren.

14. Das um Beratung ersuchende Unternehmen sieht diese Massnahmen im Einklang mit dem Kartellgesetz und fragt ob das Sekretariat diese Beurteilung teilt und die geplanten Massnahmen gutheissen kann.

III. Beurteilung

15. In Anwendung des Kartellgesetzes beurteilen die Wettbewerbsbehörden die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Zentral ist hierbei die Sicherstellung des Funktionierens des wirksamen Wettbewerbs. Um diesen zu gewährleisten beurteilen die Wettbewerbsbehörden unter anderem unzulässige Wettbewerbsabreden und missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes.

16. Die vorliegende Einschätzung ist einzig kartellrechtlicher Natur. Zu allfälligen fernmelderechtlichen Einschätzungen von Art. 35b FMG wird vorliegend keine Stellung bezogen.

17. Im Rahmen der von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) erlassenen und von den Gerichten bestätigten vorsorglichen Massnahmen im Verfahren Netzbaustrategie gegen Swisscom wurde Swisscom im Wesentlichen dazu verpflichtet ihre Glasfasernetzinfrastruktur in einer Art und Weise zu errichten, dass, soweit Swisscom als marktbeherrschend zu qualifizieren ist, alternative FDA ab den Anschlusszentralen von Swisscom einen Layer 1-Zugang zu den einzelnen Nutzungseinheiten nachfragen können. Diese Massnahme wurde technologieneutral formuliert und es bleibt Swisscom überlassen, wie dieser Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz durch alternative FDA realisiert und ausgestaltet ist.

18. Da die von den Wettbewerbsbehörden erlassenen Massnahmen nach Art. 30 KG eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Unternehmen darstellen, bleibt der Gestaltungsspielraum der Wettbewerbsbehörden von zu erlassenden Massnahmen auf das zur Erhaltung des wirksamen Wettbewerbs notwendige Mass beschränkt.

19. So haben behördlich angeordnete Massnahmen gemäss Art. 30 KG dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen. Das bedeutet, dass die Massnahmen geeignet und erforderlich zu sein haben sowie die Zweck-Mittel-Relation zu beachten ist.

20. In ihrem Massnahmenentscheid kam die WEKO zum Schluss, dass die Gewährung eines nutzbaren Layer 1-Zugangs für alternative FDA in den Anschlusszentralen geeignet und notwendig ist sowie die Zweck-Mittel-Relation wahrt, um wirksamen Wettbewerbs zwischen den einzelnen FDA zu erhalten. Auf welche Weise Netzbetreiber einen solchen Layer 1-Zugang, sofern keine Rechtfertigungsgründe zur Verweigerung eines solchen vorliegen, für alternative FDA zur Verfügung stellen, liegt in der Wirtschaftsfreiheit der Netzbetreiber.

Zur Verhaltensweise a)

21. Vor dieser Ausgangslage kann mit der vom um Beratung ersuchenden Unternehmen geplanten Erschlies-

sung einzelner Nutzungseinheiten mit nur zwei Glasfasern ein Layer 1-Zugang für alternative FDA realisiert werden. Damit scheint die unter Rz 13a geplante Verhaltensweise nicht gegen das Kartellrecht zu verstossen.

Zur Verhaltensweise b)

22. Soweit bei Nutzung der Gebäudeinfrastruktur durch einen Dritten die durch das um Beratung ersuchende Unternehmen erstellte Glasfasernetzinfrastruktur tatsächlich ganz oder teilweise entwertet wird, erscheint ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG und insbesondere im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dann nicht gegeben, wenn keine unangemessenen Preise resultieren oder allfällige zu hohe Preise dadurch gerechtfertigt werden können, dass keine anderen Möglichkeiten bestehen, die bereits getätigten Investitionen in das Glasfasernetz zu amortisieren, als diese auf die Nachfrager der Gebäudefasern umzulegen.

Zur Verhaltensweise c)

23. In Anlehnung an Rz 22 kann mit der Erschliessung einer einzelnen Nutzungseinheit mit nur zwei Glasfasern alternativen FDA ein nutzbarer Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen angeboten werden. Vor diesem Hintergrund scheint die unter Rz 13c geplante Verhaltensweise nicht gegen das Kartellgesetz zu verstossen.

Zur Verhaltensweise d)

24. Nach Meinung des Sekretariats stellt das Kartellgesetz grundsätzlich ein Abwehrrecht gegen missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender oder an Kartellen beteiligten Unternehmen dar. Dementsprechend vertritt das Sekretariat die Meinung, dass aus dem Kartellgesetz lediglich Pflichten hinsichtlich der Art und Weise, wie eine Glasfasernetzinfrastruktur aufzubauen ist, abgeleitet werden können, wenn ein Unternehmen von sich aus entscheidet eine Glasfasernetzinfrastruktur zu errichten. Hingegen ist das Sekretariat der Meinung, dass aus dem Kartellgesetz grundsätzlich keine Pflichten abgeleitet werden können, welche Unternehmen dazu verpflichten eine Glasfasernetzinfrastruktur zu errichten. Vor diesem Hintergrund scheint die unter Rz 13d geplante Verhaltensweise nicht gegen Art. 7 Abs. 1 KG und insbesondere gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zu verstossen.

IV. Fazit

25. Die von dem um Beratung ersuchenden Unternehmen vorgelegten Verhaltensweisen scheinen nicht gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Dies bedeutet allerdings nicht notwendigerweise, dass die vorgelegten Verhaltensweisen, insbesondere die unter Rz 13b beschriebene Verhaltensweise, im Einklang mit Art. 35b FMG steht. Eine entsprechende Beurteilung bleibt dem BAKOM als zuständige Behörde vorbehalten.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse
 Concentrations d'entreprises
 Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. TX/H. Locher Consulting & Marketing

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. April 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. April 2024

1. Am 5. April 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX), die alleinige Kontrolle über die H. Locher Consulting & Marketing GmbH (nachfolgend: Locher Consulting & Marketing) zu erwerben.¹

2. Gemäss Meldung sei TX die Muttergesellschaft des Medienunternehmens TX-Gruppe, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Die TX-Gruppe gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe u.a. digitale Newsportale, vermittele/vermarkte Werbung und sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Sie gliedere sich in die Segmente TX Markets (digitale Marktplätze)², Goldbach (Werbevermittlung/-vermarktung), 20 Minuten (Pendlermedien), Tamedia (Zeitungen und Zeitschriften) sowie Group & Ventures (weitere Beteiligungen, wie z. B. Doodle oder Zattoo, sowie zentrale Dienste). Die TX-Gruppe sei schwerwiegend in der Schweiz tätig.³

3. Seit der Übernahme der Neo Advertising AG (nachfolgend: Neo Advertising) und des Schweizer Geschäfts der Clear-Channel-Gruppe (nachfolgend: Clear Channel Schweiz) sei die TX-Gruppe auch im Bereich Plakat- bzw. Aussenwerbung (heute als Out-of-Home-Werbung bezeichnet; nachfolgend: OOH-Werbung) tätig; diese Tätigkeit erfolge über die aus der Fusion von Neo Advertising und Clear Channel Schweiz im Herbst 2023 hervorgegangene Goldbach Neo OOH AG (nachfolgend: Goldbach Neo OOH). Die Goldbach Neo OOH sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Goldbach Group AG, welche die Muttergesellschaft der Goldbach-Gruppe sei. Die Goldbach Group AG sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der TX Group AG.⁴

4. Die Locher Consulting & Marketing sei als OOH-Unternehmen tätig. Sie bezwecke u.a. die Vermarktung von Werbeflächen und sei berechtigt gewisse Werbeflächen zu vermarkten/bewirtschaften, wobei sie diese Vermarktung nicht selbst vornehme, sondern Dritte damit beauftragt habe; momentan die APG SGA SA (nachfolgend: APG).⁵

5. Gemäss Meldung beabsichtigt TX indirekt über ihre Tochtergesellschaft Goldbach Neo OOH alle Anteile der Locher Consulting & Marketing vom Veräusserer und damit die alleinige Kontrolle über Locher Consulting & Marketing zu erwerben.⁶ Dieses Vorhaben stellt daher einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁷ i. V. m. Art. 1 VKU⁸ dar.

6. TX beabsichtige mit der Übernahme von Locher Consulting & Marketing die Geschäftstätigkeit im OOH-Bereich bzw. die Anzahl der bewirtschafteten Plakatflächen (minimalst) zu ergänzen. Klare Marktführerin im OOH-Markt in der Schweiz sei heute APG. Daran werde auch vorliegende Übernahme in keiner Weise etwas ändern.⁹

7. TX und Locher Consulting & Marketing erzielten im Geschäftsjahr 2023 in der Schweiz zusammen einen Umsatz von über 500 Mio. Franken. Allerdings erziele nur TX einzeln einen Umsatz von über 100 Mio. Franken.¹⁰ Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreicht. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist nach Ansicht der Zusammenschlussparteien nicht meldepflichtig.¹¹

¹ Vgl. Meldung, Rz 1.

² Hierbei handle es sich [...].

³ Vgl. Meldung, Rz 3.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 4.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 17.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 23.

⁷ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251)

⁸ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

⁹ Vgl. Meldung, Rz 25.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 26 ff.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 30 ff.

8. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem «marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne» (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) eine marktbeherrschende Stellung innehat.¹² Da die Edipresse-Gruppe Teil der TX-Gruppe ist, zeitigt die nach wie vor geltende Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vom 1. Dezember 1997 auch Wirkung für TX. Gemäss Praxis der WEKO können Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten im Bereich der Plakat- bzw. Aussen- oder OOH-Werbung in den Regionen Genf und Lausanne bzw. in der Schweiz nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht folglich ein Nahverhältnis zwischen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten und dem beherrschten Markt. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.¹³

9. Im Bereich der OOH-Werbung schalten OOH-Unternehmen Werbung von Werbetreibenden auf dazu geeigneten Flächen. Die Inhaber dieser Flächen sind Private und Gemeinden. Es ist grundsätzlich von einem zweiseitigen Markt auszugehen, bei welchen die OOH-Unternehmen einerseits die Werbetreibenden und andererseits die Gemeinwesen und Private als Werbeinventareigner (Flächen) mit Vermittlungs- und Vermarktungsdienstleistung bedienen. Es ist damit denkbar, diese Märkte explizit als zweiseitige Märkte aufzufassen und dabei auch mögliche Netzwerkeffekte zu adressieren. Für die Zwecke der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden, wie in der bisherigen Praxis der WEKO, beide Seiten als separate Märkte abgegrenzt.¹⁴

10. Tabelle 2 enthält die in der Meldung angegebenen Marktanteile der TX-Gruppe und von Locher Consulting & Marketing zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»).

Relevanter Markt		TX-Gruppe	Locher Consulting & Marketing	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffener Markt
Märkte für OOH-Werbung	schweizweiter Markt für OOH-Werbung (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	ja
	<i>schweizweiter Markt für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	<i>ja</i>
	Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	ja
	<i>Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	<i>ja</i>
	Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	ja
	<i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	<i>ja</i>
Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung	schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	ja
	<i>schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	<i>ja</i>
	Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	ja
	<i>Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	<i>ja</i>
	Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (inkl. Verkehrsmittelwerbung)	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %	ja
	<i>Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %	<i>ja</i>

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2022

¹² Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

¹³ Vgl. RPW 2023/2, 287 Rz 32 ff., *TX/Clear Channel*.

¹⁴ Vgl. RPW 2023/2, 288 Rz 42, *TX/Clear Channel*.

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 55 ff.

11. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich wird, spielt es für die Frage der Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU keine Rolle, ob die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte mit oder ohne Berücksichtigung der Verkehrsmittelwerbung erfolgt. Entsprechend kann die definitive Marktabgrenzung offenbleiben.¹⁶

12. Die vorliegend relevanten Märkte wurden von der WEKO anlässlich der Übernahme des Schweizer Geschäfts der Clear-Channel-Gruppe durch die TX-Gruppe unlängst analysiert.¹⁷ Jenes Zusammenschlussverfahren ergab keine Anhaltspunkte auf Begründung oder Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung oder kollektiver Marktbeherrschung.¹⁸

13. Die Marktanteile haben sich in den relevanten Märkten seit der Übernahme des Schweizer Geschäfts der Clear-Channel-Gruppe durch die TX-Gruppe praktisch nicht verändert (insbesondere auch nicht diejenigen der beiden grössten Konkurrenten APG und Livesystems).¹⁹

14. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt nur zu minimalsten Marktanteilsadditionen.²⁰ Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu keiner massgeblichen Veränderung der Marktverhältnisse.

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

¹⁶ Vgl. RPW 2023/2, 294 Rz 74, *TX/Clear Channel*.

¹⁷ Vgl. RPW 2023/2, 295 ff. Rz 77 ff., *TX/Clear Channel*.

¹⁸ Vgl. RPW 2023/2, 313 Rz 280, *TX/Clear Channel*.

¹⁹ Vgl. Beilagen 7 – 30 Meldung,

²⁰ Die Marktanteilsaddition beträgt zwischen [0-5] % (schweizweiter Markt für OOH-Werbung [inkl. Verkehrsmittelwerbung]; Beilage 7 Meldung) und [0-5] % (Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich [exkl. Verkehrsmittelwerbung]; Beilage 20 Meldung).

B 2.3	2. Post CH AG/Quickmail Holding AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Januar 2024

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt 379

A.1 Zusammenschlussparteien und involvierte Unternehmen 379

A.1.1 Die Schweizerische Post AG (kontrollierendes Unternehmen) 379

A.1.2 Post CH AG 380

A.1.3 Quickmail Holding AG (kontrolliertes Unternehmen) 380

A.1.4 Quickmail AG 380

A.1.5 Quickpac AG 381

A.1.6 Verium AG als Vertreterin der Private Equity Investoren (Veräusserer) 381

A.2 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens 381

A.2.1 Gründe 381

A.2.2 Ziele 382

A.3 Verfahren 382

B Erwägungen 386

B.1 Geltungsbereich 386

B.1.1 Unternehmen 386

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss 386

B.2 Vorbehaltene Vorschriften 386

B.3 Meldepflicht 386

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der Prüfung 387

B.4.1 Relevante Märkte 387

B.4.1.1 Praxis der WEKO 388

B.4.1.1.1 Sachlich relevante Märkte 388

B.4.1.1.2 Räumlich relevante Märkte 388

B.4.1.2 Befragung von Geschäftskunden der Post und der Quickmail-Gruppe durch das Sekretariat 388

B.4.1.3 Übersicht der relevanten Märkte 389

B.4.1.4 Briefpostmärkte 390

B.4.1.4.1 Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden 390

B.4.1.4.2 Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden 392

B.4.1.4.3 Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und Privatkunden 392

B.4.1.4.4 Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen 392

B.4.1.4.5 Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden 393

B.4.1.5 Märkte für die Zeitungszustellung 3394

B.4.1.5.1 Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften 394

B.4.1.6 Paketpostmärkte 395

B.4.1.6.1 Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich 395

B.4.1.7 Märkte für Expresszustelldienste 395

B.4.1.7.1 Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) 395

B.4.1.8 Zwischenfazit 395

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 396

B.4.2.1 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU 396

B.4.2.2 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten 396

B.4.2.2.1 Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden 396

B.4.2.2.2 Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden 398

B.4.2.2.3 Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm 400

B.4.2.2.4.	Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen	401
B.4.2.2.5.	Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften	403
B.4.2.2.6.	Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden	404
B.4.2.2.7.	Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich	404
B.4.2.2.8.	Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)	406
B.4.2.2.9.	Mögliche vertikale und konglomerale Effekte	408
B.4.2.2.10.	Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt	408
B.4.2.2.11.	Gesamtwürdigung	408
B.4.3	Failing Company Defence	408
B.4.3.1	Verschwinden des Unternehmens innert kurzer Zeit	409
B.4.3.1.1.	Finanzielle Lage von Quickpac	410
B.4.3.1.2.	Finanzielle Lage von Quickmail	410
B.4.3.1.3.	Finanzielle Lage von Quickmail Holding	412
B.4.3.1.4.	Finanzielle Verflechtungen zwischen Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac	412
B.4.3.1.5.	Liquiditätsentwicklung auf Stufe Quickmail-Gruppe	413
B.4.3.1.6.	Zwischenfazit	414
B.4.3.2	Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen bzw. Ausscheiden der Vermögenswerte aus dem Markt	414
B.4.3.2.1.	Absorption von Marktanteilen in den Briefpostmärkten und dem Markt für die Tageszustellung von Zeitungen und Zeitschriften	415
B.4.3.2.2.	Absorption von Marktanteilen im Paketpostmarkt und im Markt für Express-Sendungen	415
B.4.3.2.3.	Verbleib der Produktionsmittel im Markt	416
B.4.3.2.4.	Zwischenfazit	416
B.4.3.3	Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung	416
B.4.3.3.1.	Die Verkaufsbemühungen der Verkäufer in Bezug auf Quickpac und Quickmail vor Vertragsabschluss mit der Post	418
B.4.3.3.2.	Zweites Bieterverfahren	420

B.4.3.3.3.	Angebot von Back Enterprises	422
B.4.3.3.4.	Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Angebots von Back Enterprises	426
B.4.3.3.5.	Fazit	441
B.4.4	Keine Auflagen und Bedingungen	442
B.5	Ergebnis	442
C	Kosten	442
D	Dispositiv	442

A Sachverhalt

1. Am 30. Oktober 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Post CH AG, die alleinige Kontrolle über die Quickmail Holding AG zu übernehmen.

A.1 Zusammenschlussparteien und involvierte Unternehmen

2. Als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) gelten vorliegend die Schweizerische Post AG als Konzernmutter des Post-Konzerns und die Quickmail Holding AG. Meldende Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VKU sind hingegen die direkte Erwerberin Post CH AG und die Quickmail Holding AG.

A.1.1 Die Schweizerische Post AG (kontrollierendes Unternehmen)

3. Die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Schweizerische Post) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) und die Muttergesellschaft des Post-Konzerns. Unter ihrem Dach werden die strategischen Konzernbereiche (Konzerngesellschaften) Logistik-Services (Post CH AG; vorliegend die direkte Erwerberin der Quickmail Holding AG), Kommunikations-Services (Post CH Kommunikation AG), PostNetz (Post CH Netz AG) und Mobilitäts-Services (PostAuto AG) geführt. Zudem ist auch die PostFinance AG Teil der Konzerngruppe.¹ Des Weiteren besteht die Konzerngruppe aus diversen weiteren Unternehmen bei denen die Schweizerische Post direkt oder indirekt die Kontrolle ausübt.²

¹ Meldung, Rz 10 f. (act 484).

² Webseite der Post, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/portraet/konzerngesellschaften>> (1.11.2023).

4. Die Schweizerische Post AG erbringt die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen im In- und Ausland, gewisse Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen (Art. 3 POG).

A.1.2 Post CH AG

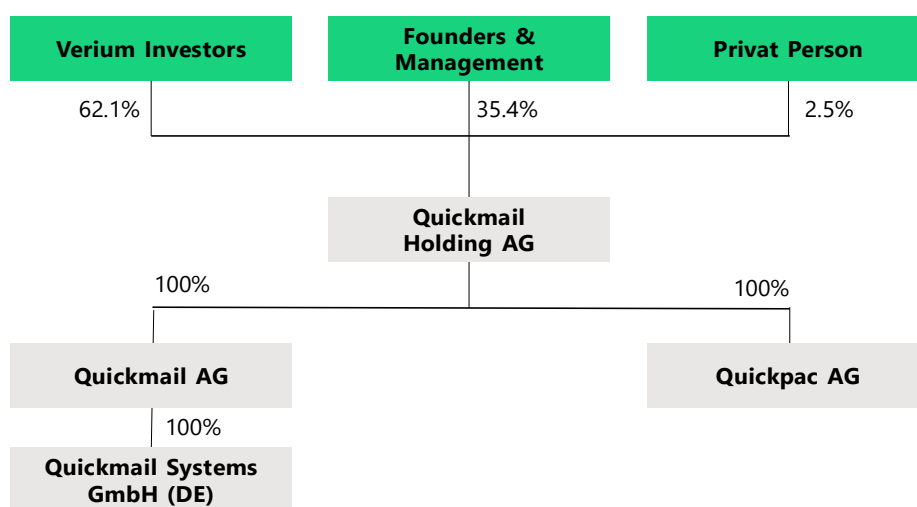
5. Das vorliegend meldende Unternehmen und die direkte Erwerberin, Post CH AG (nachfolgend: Post), ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post AG³ und innerhalb des Konzerns für die Postdienste zuständig. Sie stellt die Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Art. 13 Abs. 1 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (Postgesetz, PG; SR 783.0) i.V.m. Art. 14 bis 17 PG sicher.⁴ Die Post verfügt über eine 100%-ige Haushaltsabdeckung in der Schweiz.⁵

6. Nachfolgend wird die Post als Erwerberin der Quickmail Holding auch stellvertretend für die Schweizerische Post als Zusammenschlusspartei bezeichnet.

A.1.3 Quickmail Holding AG (kontrolliertes Unternehmen)

7. Die Quickmail Holding AG (nachfolgend: Quickmail Holding bzw. Quickmail-Gruppe) bezweckt die juristische wie auch wirtschaftlich einheitliche Leitung des Quickmail-Konzerns. Der Quickmail-Konzern hält zwei 100%-ige Tochtergesellschaften: Die Quickmail AG und die Quickpac AG, beide mit Sitz in St. Gallen. Die 100%-ige Tochtergesellschaft von Quickmail AG ist die Quickmail Systems GmbH mit Sitz in Montabaur, Deutschland.⁶

8. Die Quickmail Holding weist folgende Konzernstruktur auf:⁷



A.1.4 Quickmail AG

9. Quickmail AG (nachfolgend: Quickmail) ist eine private Dienstleisterin für die Annahme und Zustellung von Postsendungen, Erbringung nicht-reservierter Postdienstleistungen⁸ sowie vor⁹- und nachgelagerten¹⁰ Dienstleistungen. Zu der Erbringung nicht-reservierter Postdienstleistungen gehören neben der Zustellung auch die Annahme, die Abholung, die Sortierung und der Transport von Postsendungen zwischen Betriebsstätten. Die Abholung erfolgt dabei nicht durch Quickmail selber, sondern hierfür werden ausschliesslich andere Logistikdienstleister beigezogen. Quickmail wurde im Jahr 2009 nach der Absenkung des Briefmonopols auf 50 Gramm gegründet. Der Tätigkeitsbereich von Quickmail umfasst insbesondere die Zustellung adressierter, teiladressierter und unadressierter Briefe.¹¹

10. Quickmail nutzt für die Sortierung der Briefsendungen und die Belieferung der Zusteller 18 Verteilzentren («Depots»). [...] Depot betreibt sie selber, nämlich [...]. Insgesamt [...] Depots werden von [...] und je ein Depot von [...] und von [...] jeweils im Auftrag von Quickmail auf Basis eines Service Level Agreements betrieben.¹² Damit erreiche Quickmail eine Haushaltsabdeckung von 85 % (86.6 % aller Haushalte in der Deutschschweiz,

81.7 % der Haushalte in der Romandie und 77.8 % der Haushalte im Tessin).¹³

³ Webseite der Post, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/portraet/konzerngesellschaften#schweiz>> (1.11.2022).

⁴ Meldung, Rz 12 (act 484).

⁵ Meldung, Rz 165 (act 484).

⁶ Meldung, Rz 17 (act 484).

⁷ Meldung, Rz 18 (act 484).

⁸ Bei der Formulierung «Annahme und die Zustellung von Postsendungen, Erbringung nicht-reservierter Postdienstleistungen» handelt es sich gemäss Meldung um die Zweckumschreibung gemäss Handelsregistereintrag.

⁹ Dazu gehören gemäss Meldung die Abholung von Postsendungen (wobei ausschliesslich andere Logistikdienstleister beigezogen werden), die Kontrolle und Korrektur der angegebenen Adressen im Rahmen der Annahme von Postsendungen sowie die Aufbereitung von Adressdaten für die Vorsortierung durch die Kunden.

¹⁰ Dazu gehören gemäss Meldung die Beförderung unzustellbarer Sendungen zu Erfassungsstationen oder zum Absender sowie die Erfassung der Identitäts-Nr. von unzustellbaren Sendungen.

¹¹ Meldung, Rz 19 – 21 (act 484).

¹² Meldung, Rz 23 – 28 (act 484).

¹³ Meldung, Fn 14 (act 484); Webseite von Quickmail, <<https://quickmail-ag.ch/de/quickmail>> (16.11.2023).

11. Quickmail beschäftigt über 3 300 Mitarbeitende, die für mehr als [...] Geschäftskunden Dienstleistungen erbringen. Die Zustellung von Quickmail erfolgt mit [...] Zustellfahrzeugen sowie mit Twizys und VR3-Bikes (Kleinmotorfahrzeuge).¹⁴

A.1.5 Quickpac AG

12. Quickpac AG (nachfolgend: Quickpac) ist eine Anbieterin von Paketpostdiensten. Zum Produktportfolio gehört insbesondere die Zustellung von Paketsendungen, die Erbringung von Paketdienstleistungen¹⁵ sowie vor¹⁶- und nachgelagerten¹⁷ Services. Zu der Erbringung von Paketdienstleistungen gehören neben der Zustellung von Paketsendungen auch die Annahme, die Abholung, die Sortierung und der Transport von Paketen.¹⁸

13. Quickpac verfügt über sechs Verteilzentren, welche ausschliesslich durch Quickpac selbst betrieben werden, aber nicht in ihrem Eigentum stehen.¹⁹ Damit erreiche Quickpac ab Juni 53.5 % aller Haushalte in der Schweiz (73.8 % aller Haushalte in der Deutschschweiz und 2.8 % der Haushalte in der Romandie)²⁰.

14. Quickpac beschäftigt mehr als 400 Mitarbeitende, die für mehr als 50 Geschäftskunden Dienstleistungen erbringen. Die Zustellung der Pakete erfolgt mit 283 Fahrzeugen, welche geleast sind.²¹

A.1.6 Verium AG als Vertreterin der Private Equity Investoren (Veräusserer)

15. Die Veräusserer bzw. die Aktionäre der Quickmail Holding (vgl. Rz 8) sind Private-Equity Investoren, meist natürliche Personen. Die Aktionäre, die juristische Personen sind, sind Beteiligungsvehikel für einzelne natürliche Personen oder Family-Offices. Es gibt keinen Aktionär, der alleinige Kontrolle oder zusammen mit anderen Aktionären gemeinsame Kontrolle über die Quickmail Holding ausübt.²²

16. Verium AG (nachfolgend: Verium) wird in der Meldung als Vertreterin der Private-Equity Investoren im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens genannt²³ und wird nachfolgend auch stellvertretend als Veräusserin/Verkäuferin bezeichnet.

A.2 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens

A.2.1 Gründe

17. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um eine Sanierungsübernahme handle. Der Sanierungsfall sei die direkte Folge des unter einer starken Volumenreduktion leidenden Briefgeschäftes.²⁴

18. Das Briefvolumen sei schon seit mehreren Jahren aufgrund der zunehmenden Digitalisierung der Transaktions- und Kommunikationspost rückläufig. Besonders prononciert sei die Entwicklung bei den ausserhalb des reservierten Dienstes befindlichen Briefen über 50 Gramm, welche den Kern des Geschäftsmodelles von Quickmail ausmachen.²⁵

19. Quickmail Holding habe sich überlegen müssen, wie auf die rückläufige Menge adressierter Briefe strategisch zu reagieren sei. Quickmail Holding habe aufgrund dieser Herausforderung im Wesentlichen zwei Massnah-

men getroffen: *Erstens* erfolgte im Jahr 2019 durch die Gründung der Division Quickpac der Einstieg in den Paketmarkt. Damit wurde auf einen anderen Markt als Briefsendungen gesetzt, der angesichts des generellen Wachstums des E-Commerce bessere und nachhaltige Zukunftsaussichten habe. Der Einstieg in den Paketmarkt habe trotz des attraktiven Marktwachstums massgeblich zum aktuellen Liquiditätsengpass beigetragen, da der Aufbau eines flächendeckenden Zustellnetzwerks für Pakete hohe Investitionen und Anlaufkosten erfordert habe und weiterhin erfordern werde. Es habe sich gezeigt, dass Quickpac in diesem Markt nur mit einer aggressiven Preisstrategie wachsen könne. Dieses Wachstum war und sei weiterhin wichtig, um durch Skaleneffekte zu niedrigeren Stückkosten zu kommen. Diese Strategie habe eine hohe Querfinanzierung der Quickpac durch die Quickmail erfordert. Diese sei angesichts der aktuellen rückläufigen Auftragslage bei der Quickmail nicht mehr möglich. Die bisherigen Investitionen in den Aufbau des Paketgeschäfts würden sich bereits auf mehr als CHF [...] belaufen, wobei ein Grossteil dazu diene, die fortlaufenden Anlaufverluste zu decken. Das Management rechne damit, dass ein Kapitalbedarf von weiteren mehr als CHF [...] benötigt werde, bevor Quickpac profitabel operieren könne. *Zweitens* habe Quickmail im Juni 2022 ihr Dienstleistungssortiment um unadressierte Werbesendungen erweitert. Zwar hätten mit diesem Produkt im Jahr 2022 und in den bisherigen Monaten des Jahres 2023 relevante Umsätze erzielt werden können. Der unerwartet starke Rückgang im Bereich der adressierten Sendungen in den bisherigen Monaten des Jahres 2023 hätte aber bei weitem nicht kompensiert werden können.²⁶

20. Vor diesem Hintergrund habe sich für die Quickmail-Unternehmensgruppe seit [...] ein stark negativer Cashflow ergeben, so dass die Liquidität der Unternehmensgruppe unter Berücksichtigung einer betriebsnotwendigen Liquidität rückblickend bereits ab Juli 2023 nicht mehr gesichert gewesen wäre. Angesichts der drohenden Überschuldung und Illiquidität habe daher ein unmittelbares Konkursrisiko bestanden.²⁷

¹⁴ Meldung, Rz 29 (act 484).

¹⁵ Bei der Formulierung «Zustellung von Paketsendungen, die Erbringung von Paketdienstleistungen» handelt es sich gemäss Meldung um die Zweckumschreibung gemäss Handelsregistereintrag.

¹⁶ Dazu gehören gemäss Meldung die Kontrolle und Korrektur der angegebenen Adressen im Rahmen der Annahme von Paketsendungen.

¹⁷ Dazu gehört gemäss Meldung die Beförderung unzustellbarer Sendungen zu Erfassungsstationen oder zum Absender.

¹⁸ Meldung, Rz 30 – 32 (act 484).

¹⁹ Meldung, Rz 34 (act 484).

²⁰ Meldung, Beilage 3: Quickpac Übersicht erreichte Haushalte (act 490).

²¹ Meldung, Rz 34 f. (act 484).

²² Meldung, Rz 43 f. (act 484).

²³ Meldung, Rz 45 (act 484).

²⁴ Meldung, Rz 55 (act 484).

²⁵ Meldung, Rz 56 f. (act 484).

²⁶ Meldung, Rz 62 (act 484).

²⁷ Meldung, Rz 67 (act 484).

21. Der von Lincoln International AG (nachfolgend: Lincoln) bereits im 4. Quartal 2022 gestartete, professionelle Finanzierungs- resp. Verkaufsprozess habe nebst der Post keinen weiteren Käufer (auch nicht für die Einzelgesellschaft Quickpac) hervorgebracht, welcher die Zahlungs- und Fortführungsfähigkeit der Gruppe hätte sicherstellen können.²⁸

22. Durch das Zusammenschlussvorhaben und [...] habe die ungeordnete Geschäftsaufgabe abgewendet und der ordentliche Geschäftsbetrieb bis auf Weiteres fortgeführt werden können.²⁹

A.2.2 Ziele

23. Der geplante Erwerb der Quickmail Holding stellt für die Post eine geschäftsfördernde Marktopportunität dar. Durch die Übernahme der Geschäftssparten Quickmail und Quickpac würden zusätzliche Sendungsmengen resultieren, welche die Post zur besseren Auslastung bestehender Kapazitätsreserven und dadurch zur Erzielung von Skalenerträgen und Synergien nutzen könne. Die verbesserte Kosteneffizienz würde der Post helfen, den gegenläufigen Effekt, nämlich der sinkenden Skalenerträge aufgrund von E-Substitution und zunehmender Digitalisierung, abzuschwächen. Dies entspreche auch dem Auftrag der Post zur möglichst eigenwirtschaftlichen Erbringung der Grundversorgung sowie den Vorgaben des Bundesrates, ein rentables Wachstum zu erzielen und durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft zu stärken. Die Post rechnet nach Abzug der Integrationskosten mit einem positiven Business Case innerhalb der nächsten [...] Jahre.

24. Mit der beabsichtigten Übernahme der Quickmail Holding könne die Post deren unmittelbar bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit vorbeugen und den Kunden einen reibungslosen Übergang von der Zustellung durch Quickmail oder Quickpac zur Post ermöglichen. Dies erlaube den Erhalt von Assets und Know-how von Quickmail und Quickpac. Zudem würden die Zustellverpflichtungen gegenüber den Kunden eingehalten werden können. Für die Kunden der Quickmail-Unternehmensgruppe könnten somit im Gegensatz zu einer ungeordneten Geschäftseinstellung wirtschaftliche Nachteile wie Leistungsunterbrüche oder Wechselkosten abgewendet bzw. minimiert werden.³⁰ Schliesslich macht die Post die Übernahme sozialer Verantwortung geltend.³¹

A.3 Verfahren

25. Am 29. Juni 2023 informierten die Zusammenschlussparteien das Sekretariat vorab mündlich über das geplante Zusammenschlussvorhaben. Mit Schreiben vom 21. Juli 2023 reichte die Post sodann einen Entwurf einer erleichterten Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.³²

26. Am 11. August 2023 äusserte sich das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) zum Begehren um eine erleichterte Meldung, erklärte den Meldungsentwurf für unvollständig und erbat weitere Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU.³³

27. Am 22. August stellte das Sekretariat ein Amtshilfegesuch bei der Eidgenössischen Postkommission (PostCom) und ersuchte um die Zustellung von Daten-

grundlagen zu Umsätzen, Sendungsvolumina und Marktanteilen zum Brief-, Paket-, Express- und Kurierdienstmarkt sowie zu Zeitungen und Zeitschriften in der Tageszustellung der bei der PostCom registrierten Unternehmen.³⁴ Am 31. August 2023 stellte die PostCom dem Sekretariat die gewünschten Daten zu.³⁵

28. Die Post erklärte sich am 5. September 2023 einverstanden, dass das Sekretariat schon vor der Einreichung der definitiven Meldung die vom Sekretariat selektionierten Kunden der Post sowie von Quickmail und Quickpac kontaktieren und diesen einen Fragebogen zustellen könne.³⁶ Am 5., 6. und 7. September 2023 stellte die Post dem Sekretariat die gewünschten Kundenlisten inkl. Kontaktdaten und Angaben zu Umsätzen getrennt nach bezogenen Dienstleistungen³⁷ der Post, Quickmail und Quickpac zu.³⁸

29. Am 7. September stellte die Post dem Sekretariat zusätzlich die Kontaktdaten der 21 Unternehmen (ohne die Post), welche im von Lincoln durchgeführten Interessentenverfahren für Quickpack angeschrieben worden waren, vertrauliche Informationen gesichtet und ein entsprechendes *Non-Disclosure Agreement (NDA)* unterschrieben hatten, zu.³⁹

30. Am 7. September 2023 wurden 103 Kunden der Post⁴⁰ sowie 58 Kunden von Quickmail Holding per E-Mail und brieflich kontaktiert und gebeten, einen Fragebogen auszufüllen und zu retournieren. Die Frist für die Rückmeldung wurde auf den 19. September 2023 gesetzt.⁴¹ Am 12. September 2023 wurden weitere 26 Kunden der Post⁴² in gleicher Art und Weise angeschrieben. Die Frist für die Rückmeldung wurde auf den 22. September 2023 gesetzt.⁴³ In der Folge wurden auf Anfrage der befragten Unternehmen vereinzelt individuelle Fristverlängerungen gewährt.

31. Mit Schreiben vom 11. September 2023 reichte die Post einen zweiten Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.⁴⁴

²⁸ Meldung, Rz 52 (act 484).

²⁹ Meldung, Rz 67 und 77 f. (act 484): Angesichts des unmittelbaren Konkursrisikos der Quickmail-Gruppe ab Juli 2023 stellte [...] von bis zu CHF [...] zur Verfügung, um den laufenden Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. [...].

³⁰ Meldung, Rz 74 f. (act 484).

³¹ Meldung, Rz 76 (act 484).

³² Act 2 – 5.

³³ Act 6.

³⁴ Act 7.

³⁵ Act 8 f.

³⁶ Act 14.

³⁷ Briefe >50g; Briefe Export; unadressierte Sendungen; Tageszustellung Zeitungen und Zeitschriften; Pakete; Expresssendungen.

³⁸ Act 10 – 13, 15 – 18, 20 – 23, 26, 27.

³⁹ Act 22, 24.

⁴⁰ Ohne den Bereich Tageszustellung Zeitungen und Zeitschriften, da die entsprechenden Adressen zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlagen.

⁴¹ Act 28 – 43.

⁴² Aus dem Bereich Tageszustellung Zeitungen und Zeitschriften.

⁴³ Act 79, 80, 90, 91.

⁴⁴ Act 58 – 61.

32. In Übereinstimmung mit der OECD-Empfehlung vom 16. September 2014 zur internationalen Zusammenarbeit bei wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen und Verfahren («*Council Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*»)⁴⁵ (nachfolgend: OECD-Empfehlung) informierte das Sekretariat das Bundeskartellamt am 11. September 2023 per E-Mail, dass es [...] Unternehmen mit Geschäftssitz in Deutschland (bei welchen es sich um wichtige Kunden der Post und/oder Quickmail/Quickpac handelte) ein einfaches Auskunftsbegehren im Zusammenhang mit der anstehenden Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zugestellt habe.⁴⁶

33. Am 12. September 2023 wurden 20 potenzielle Kaufinteressentinnen bezüglich Quickpac, drei potenzielle Kaufinteressenten bezüglich Quickmail sowie die TX Group AG, die an beiden von Lincoln durchgeführten Interessentenverfahren teilgenommen hatte, per E-Mail und brieflich kontaktiert und gebeten, einen Fragebogen auszufüllen und zu retournieren. Die Unternehmen wurden zu einem möglichen Erwerb von bzw. einer Beteiligung an Quickpac, Quickmail und Quickmail Holding befragt. Die Frist für die Rückmeldung wurde auf den 22. September 2023 gesetzt.⁴⁷ Vereinzelt wurden auf Anfrage der befragten Unternehmen individuelle Fristverlängerungen gewährt.

34. Ebenfalls am 12. September 2023 wurde Lincoln per E-Mail und brieflich angeschrieben und gebeten, diverse Fragen zum Ablauf, den Inhalten und dem Ergebnis beider Interessentenverfahren zu beantworten. Die Frist für die Rückmeldung wurde auf den 22. September 2023 gesetzt.⁴⁸

35. Am 14. September 2023 informierte das Sekretariat per E-Mail das Bundeskartellamt, die Französische Wettbewerbsbehörde, die Schwedische Wettbewerbsbehörde, die Dänische Wettbewerbsbehörde sowie die niederländische Wettbewerbsbehörde (*Authority for Consumer and Markets ACM*) in Übereinstimmung mit der OECD-Empfehlung, dass es den in der E-Mail bezeichneten Unternehmen mit Geschäftssitz in den jeweiligen Ländern (bei welchen es sich um potenzielle Käufer/Investoren von/in Quickpac/Quickmail handelte) ein einfaches Auskunftsbegehren im Zusammenhang mit der anstehenden Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zugestellt habe.⁴⁹

36. Mit Schreiben vom 15. September 2023 wurden fünf weitere potenzielle Kaufinteressentinnen bezüglich Quickpac (Ringier AG, Planzer Transport, Galliker Transport AG, Migros Genossenschaftsbund und Deutsche Post DHL Group) brieflich angeschrieben und gebeten, den Fragebogen auszufüllen, obwohl diese fünf Unternehmen gemäss Verium bereits nach Sichtung der ersten Informationen (*Teaser*) kein Interesse an einem möglichen Kauf von bzw. an einer möglichen Beteiligung an Quickpac geäußert hatten. Die Frist für die Rückmeldung wurde auf den 29. September 2023 gesetzt.⁵⁰

37. Am 19. September 2021 beantwortete Back Enterprises AG (nachfolgend: Back Enterprises)⁵¹ den Fragebogen und teilte darin u.a. mit, dass Back Enterprises ein grosses Interesse am Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung und damit der Kontrolle über Quickpac gehabt

habe und noch immer habe und dass ebenfalls ein ernsthaftes Interesse am kombinierten Erwerb von Quickmail und Quickpac (resp. der Quickmail Holding) bestanden habe bzw. noch immer bestehe. Back Enterprises teilte zudem mit, dass sie keine Kenntnis vom Interessentenverfahren in Bezug auf Quickmail gehabt habe.

38. Mit Schreiben vom 21. September 2023 erklärte das Sekretariat den zweiten Meldungsentwurf für unvollständig und forderte zusätzliche Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU ein.⁵²

39. Mit Schreiben vom 21. September 2023 beantwortete [Unternehmen A] den Fragebogen. Daraus war insbesondere zu entnehmen, dass [Unternehmen A] keine Kenntnis vom Interessentenverfahren in Bezug auf Quickmail hatte. [Unternehmen A] teilte mit, dass sie im Rahmen einer fundierten Due Diligence die Wirtschaftlichkeit einer Übernahme der Quickmail geprüft hätte und aufbauend auf den gewonnenen Erkenntnissen ihre Kaufabsichten hätte erhärten oder gegebenenfalls verwerfen können.⁵³

40. Am 21. und 26. September 2023 sowie am 3. Oktober wurden Erinnerungsschreiben an insgesamt 32 Kunden der Post und 15 Kunden von Quickmail Holding, die bis zu der ihnen gewährten Frist noch keinen ausgefüllten Fragebogen eingereicht hatten, versandt.⁵⁴

41. Am 22. September 2023 reichte [Unternehmen B] den ausgefüllten Fragebogen ein. In ihrer Rückmeldung bekräftigte [Unternehmen B] ihr Interesse an einer Übernahme von bzw. einer Beteiligung an Quickpac, gegebenenfalls auch als Minderheitsaktionärin mit weiteren Partnern.⁵⁵

42. Am 25. September 2023 fand ein telefonischer Austausch zwischen dem Sekretariat und Back Enterprises statt, in dem Back Enterprises bekräftigte, erneut in Verhandlungen mit Verium treten zu wollen und bestätigte, dass ihre Antworten auf den Fragebogen den Zusammenschlussparteien zu diesem Zweck zugestellt werden dürften. In der Folge stellte das Sekretariat am 26. September 2023 den Zusammenschlussparteien die Rückmeldung von Back Enterprises zu mit der Aufforderung, die gebotenen Schritte im Hinblick auf eine allfällige zukünftige Meldung basierend auf der Failing Company Defence zu unternehmen.⁵⁶

⁴⁵ OECD, Recommendation of the Council Concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0408>> (8.11.2023).

⁴⁶ Act 62.

⁴⁷ Act 73 – 77, 81 – 83, 85, 87 – 89.

⁴⁸ Act 78, 86.

⁴⁹ Act 132 – 136.

⁵⁰ Act 169.

⁵¹ Act 264.

⁵² Act 292.

⁵³ Act 295.

⁵⁴ Act 310, 311, 364, 366, 442, 443.

⁵⁵ Act 338.

⁵⁶ Act 355.

43. Am 26. September 2023 wurde ein Erinnerungsschreiben an sechs potenzielle Kaufinteressentinnen bezüglich Quickpac und eine potenzielle Kaufinteressentin bezüglich Quickmail, die bis zu der ihnen gewährten Frist noch keinen ausgefüllten Fragebogen eingereicht hatten, versandt.⁵⁷

44. Am 26. und 27. September 2023 liess das Sekretariat [Unternehmen A] und [Unternehmen B] je ein zweites Auskunftsbegehren mit präzisierenden Fragen zu den angemeldeten potenziellen Kaufinteressen zukommen.⁵⁸

45. Am 27. September 2023 liess das Sekretariat Lincoln ein zweites Auskunftsbegehren mit präzisierenden Fragen zukommen, welches Lincoln am 4. Oktober 2023 beantwortete.⁵⁹

46. [Unternehmen B] beantwortete das zweite Auskunftsbegehren am 2. Oktober 2023. Darin bestätigte [Unternehmen B], dass weiterhin ein grundsätzliches Interesse an einer Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung an Quickpac, jedoch nicht an Quickpac Holding, bestehe.⁶⁰ Nach Rückfragen betreffend Geschäftsgeheimnisse⁶¹ wurden im Anschluss die beiden Rückmeldungen von [Unternehmen B] am 5. Oktober 2023 geschäftsgeheimnisbereinigt an die Zusammenschlussparteien weitergeleitet mit der impliziten Aufforderung an die Verkäufer, die nötigen Verhandlungen (erneut) aufzunehmen.⁶²

47. [Unternehmen A] beantwortete das zweite Auskunftsbegehren am 3. Oktober 2023. Darin bestätigte [Unternehmen A], dass grundsätzlich nach wie vor ein Kaufinteresse seitens der [Unternehmen A] an Quickmail bestehe.⁶³ Im Anschluss wurden die beiden Rückmeldungen von [Unternehmen A] geschäftsgeheimnisbereinigt am 4. Oktober 2023 an die Zusammenschlussparteien weitergeleitet mit der impliziten Aufforderung an die Verkäufer, die gebotenen Verhandlungen aufzunehmen.⁶⁴

48. Nachdem [Unternehmen B] das Sekretariat am 17. Oktober 2023 informiert hatte, dass sie im neuen Bieterverfahren einzig zu einer Angebotsabgabe für eine 100 %-Beteiligung an Quickmail Holding eingeladen wurde mit dem Hinweis, dass die Verkäufer allfällige andere Beteiligungsangebote nicht in Betracht ziehen müssten/würden⁶⁵, informierte das Sekretariat gleichentags die Zusammenschlussparteien schriftlich über das geschilderte Vorgehen der Verkäufer.⁶⁶

49. Ebenfalls am 17. Oktober 2023 informierte Verium das Sekretariat über den aktuellen Stand des Bieterverfahrens, zu welchem Back Enterprises, [Unternehmen B] und [Unternehmen A] eingeladen worden waren, und teilte mit, dass [...] und dass ohne weitere Finanzierung die Gruppe innert kürzester Zeit nicht mehr über die betriebsnotwendige Liquidität verfüge.⁶⁷

50. Bezugnehmend auf die Informationen zum aktuellen Stand des Bieterverfahrens teilte das Sekretariat den Verkäufern am 18. Oktober 2023 mit, dass mit den potenziellen Interessenten für Mehr-/Minderheitsbeteiligungen und/oder Beteiligungen lediglich an Tochterunternehmen diverse Beteiligungsoptionen zu diskutieren seien und dass den potenziellen Käufern dafür Einsicht in die aktuellen Daten von Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac zu gewähren sei.⁶⁸

51. Am 20. Oktober 2023 stellte Verium dem Sekretariat aktualisierte Informationen zum Stand des Bieterverfahrens zu.⁶⁹ Das Sekretariat äusserte sich dazu am 23. Oktober 2023 und hielt insbesondere explizit fest, dass es die Rechtmässigkeit der Ausgestaltung des Bieterverfahrens in Bezug auf die Erfordernisse der Failing Company Defence in diesem Stadium weder beurteilt habe noch beurteilen werde. Es erinnerte daran, dass es nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sei, eine aktive Rolle in den Vertragsverhandlungen einzunehmen. Ob das gegenwärtige Bieterverfahren die Voraussetzungen der Failing Company Defence erfülle, sei – wie auch die Beurteilung der Liquidität der Quickmail Holding – Gegenstand der vorläufigen Prüfung der WEKO.⁷⁰

52. Am 30. Oktober 2023 reichte die Post die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein⁷¹, deren Eingang gleichentags vom Sekretariat bestätigt wurde.⁷²

53. Mit Schreiben vom 6. November 2023 erklärte das Sekretariat die Meldung für unvollständig und forderte zusätzliche Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU ein.⁷³

54. Nachdem Verium die die Unvollständigkeit begründende Frage am 7. November 2023 schriftlich beantwortet hatte⁷⁴, erklärte das Sekretariat am 8. November 2023 die Meldung vom 30. Oktober 2023 für vollständig und setzte die Frist für die Einreichung der zusätzlichen Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU auf Freitag, 10. November 2023.⁷⁵

55. Am 8. November 2023 reichte Verium einen ausführlichen Nachtrag zu den Entwicklungen im Bieterverfahren ein. Darin begründete Verium, weshalb ihrer Ansicht nach das Angebot («Binding Offer») von Back Enterprises unvollständig und somit unverbindlich sei, die Weiterführung der Verhandlungen mit Back Enterprises (oder anderen Bietern) sich nicht als zielführend erweise und die Verkäufer infolgedessen beabsichtigen würden, das Bieterverfahren am 9. November 2023, 19 Uhr, abzuschliessen. Schliesslich regten sie – insbesondere vor dem Hintergrund der ausführlichen Dokumentation des Bieterverfahrens durch Lincoln – an, auf eine weitere Befragung der drei Bieter zu verzichten.⁷⁶

⁵⁷ Act 365 f.

⁵⁸ Act 362, 374.

⁵⁹ Act 375, 448.

⁶⁰ Act 429.

⁶¹ Act 434, 449.

⁶² Act 450.

⁶³ Act 438.

⁶⁴ Act 447.

⁶⁵ Act 473.

⁶⁶ Act 474.

⁶⁷ Act 476.

⁶⁸ Act 477.

⁶⁹ Act 479.

⁷⁰ Act 480.

⁷¹ Act 484 – 578.

⁷² Act 579.

⁷³ Act 581.

⁷⁴ Act 582.

⁷⁵ Act 583.

⁷⁶ Act 584.

56. Das Sekretariat erinnerte Verium in seiner Antwort vom 9. November 2023 u.a. daran, dass die Stellungnahme der Verkäufer zum Bieterverfahren die Beantwortung der konkreten Fragen nach Art. 15 Abs. 1 VKU durch die Zusammenschlussparteien nicht ersetze. Es schloss zudem nicht aus, Back Enterprises in Anbetracht der divergierenden Vorstellungen zwischen Verium und Back Enterprises in Bezug auf den erforderlichen Inhalt eines Kaufangebots zu befragen.⁷⁷

57. Back Enterprises informierte das Sekretariat am 9. November 2023 – ohne Belege dafür einzureichen –, dass sie ein finales verbindliches Angebot für die Übernahme der Gruppe abgegeben und eine langfristig ausgelegte Strategie inklusive der notwendigen Finanzierung vorgestellt habe.⁷⁸

58. Mit Schreiben vom 9. November 2023 wandten sich Kadermitglieder von Quickmail und Quickpac, die gleichzeitig Aktionäre von Quickmail Holding sind, direkt an das Sekretariat. Sie erläuterten, weshalb sie bezweifelten, dass Back Enterprises tatsächlich in der Lage sei, einen nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten und forderten die WEKO auf, die Nachhaltigkeit potenzieller Alternativen gründlich zu beurteilen.⁷⁹

59. Mit Schreiben vom 10. November 2023 reichten die Zusammenschlussparteien fristgerecht die vom Sekretariat am 6. November 2023 verlangten zusätzlichen Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU ein.⁸⁰

60. Back Enterprises leitete am 10. November 2023 dem Sekretariat den E-Mail-Austausch mit Lincoln vom 9. November 2023 weiter, welcher die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises durch die Verkäufer sowie die Antwort von Back Enterprises darauf enthält.⁸¹

61. Mit Schreiben vom 13. November 2023 stellte das Sekretariat Back Enterprises konkrete Fragen zu ihrem Angebot vom 31. Oktober 2023 für den Erwerb von 100 % des Aktienkapitals von Quickmail Holding und setzte dafür eine Frist zur Beantwortung bis 16. November 2023.⁸²

62. Am 15. November ging beim Sekretariat eine Ergänzung der Parteien zu den zusätzlichen Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU ein. Verium nahm darin zur Antwort-E-Mail von Back Enterprises an Lincoln vom 10. November 2023 im Anschluss an die Beendigung des Bieterverfahrens Stellung.⁸³

63. Am 16. November 2023 liess Back Enterprises dem Sekretariat fristgerecht die Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 13. November 2023 inkl. Beilagen zum Finanzierungsnachweis zukommen.⁸⁴

64. Am 19. November 2023 wandte sich der Verwaltungsratspräsident von Quickmail Holding per E-Mail direkt an die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse und erörterte u.a. die finanziellen und sozialen Folgen einer fehlenden Freigabe des Zusammenschlussvorhabens.⁸⁵

65. Die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse der WEKO leitete am 29. November 2023 die vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ein und stellte den Zusammenschlussparteien die Beschlussbegründung von 27. November 2023 zu. Die Zusammenschlussparteien wurden dabei eingeladen, bis am

13. Dezember 2023 zur Beschlussbegründung der WEKO Stellung zu nehmen.⁸⁶

66. Am 30. November 2023 wurden den Zusammenschlussparteien das Aktenverzeichnis sowie sämtliche Aktenstücke zugestellt.⁸⁷

67. Mit Schreiben vom 30. November 2023 wurde Rico Back, CEO Back Enterprises, als Zeuge für eine Einvernahme vor der WEKO am 18. Dezember 2023 vorgeladen.⁸⁸

68. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2023 wurde Marc Erni, Partner Direct Investments Verium, als Zeuge für eine Einvernahme vor der WEKO am 18. Dezember 2023 vorgeladen.⁸⁹

69. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2023 wurden die Zusammenschlussparteien für eine Anhörung vor der WEKO am 18. Dezember 2023 eingeladen.⁹⁰

70. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2023 wurde Dr. Johannes Cramer, Geschäftsleistungsmitglieder der Post, als Vertreter der Post zur Parteieinvernahme vor der WEKO am 18. Dezember 2023 vorgeladen.⁹¹

71. Gleichentags wurden Christof Lenhard, Geschäftsführer (CEO) Quickmail und Geschäftsführer Quickpac, sowie Bernard Germanier, Geschäftsführer (Leiter Sales & Marketing) Quickmail, als Vertreter von Quickmail Holding zur Parteieinvernahme vor der WEKO am 18. Dezember 2023 vorgeladen.⁹²

72. Am 13. Dezember 2023 ging beim Sekretariat die Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zur Beschlussbegründung der WEKO ein.⁹³

73. Am 18. Dezember 2023 fanden vor der WEKO die Zeugeneinvernahmen von Marc Erni und Rico Back, die Parteieinvernahmen der Post, aussagend durch Dr. Johannes Cramer, und Quickmail Holding, aussagend durch Christof Lenhard und Bernard Germanier, sowie die Anhörung der Zusammenschlussparteien statt.⁹⁴

74. Am 19. Dezember 2023 wurde Back Enterprises ein weiteres Auskunftsbegehren mit einer Frist für die Beantwortung bis 21. Dezember 2023 zugestellt.⁹⁵

75. Am 21. Dezember 2023 reichte Back Enterprises dem Sekretariat eine ausführliche Dokumentation zur ihrer Strategie inkl. Businessplan für die Quickmail-Gruppe ein.⁹⁶

⁷⁷ Act 586.

⁷⁸ Act 585.

⁷⁹ Act 587.

⁸⁰ Act 588 – 602.

⁸¹ Act 603.

⁸² Act 605.

⁸³ Act 606.

⁸⁴ Act 607.

⁸⁵ Act 609.

⁸⁶ Act 613.

⁸⁷ Act 619.

⁸⁸ Act 618.

⁸⁹ Act 622.

⁹⁰ Act 628.

⁹¹ Act 629.

⁹² Act 630.

⁹³ Act 639.

⁹⁴ Act 640 – 648.

⁹⁵ Act 650.

⁹⁶ Act 653.

76. Gleichentags reichte Back Enterprises ihre Antworten auf das Auskunftsbegehren vom 19. Dezember 2023 ein.⁹⁷

77. Am 22. Dezember 2023 und 8. Januar 2024 wurden den Zusammenschlussparteien die seit der letzten Akteneinsicht neu ins Dossier aufgenommenen Akten zugestellt.⁹⁸

78. Die Verkäufer und Quickmail Holding nahmen am 8. Januar 2024 in einer direkt per E-Mail an das Präsidium der WEKO gerichteten Eingabe zu in der Zwischenzeit eingetretenen Entwicklungen und zu den zusätzlichen Akten Stellung.⁹⁹

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

79. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

80. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz folgt nach geltender Rechtsprechung und Praxis der WEKO einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Gemäss Praxis der WEKO werden folglich Konzerne als Ganzes als beteiligte Unternehmen angesehen.¹⁰⁰ Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Schweizerische Post und Quickmail Holding sind folglich als Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

81. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

82. Gemäss Aktienkaufvertrag vom [...] Juli 2023 zwischen den Aktionären von Quickmail Holding und der Post [...].¹⁰¹ [...].¹⁰²

83. Durch die Übernahme des Aktienkapitals der Quickmail Holding erlangt die Post die alleinige Kontrolle über die Quickmail Holding im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

84. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

85. Das Postgesetz bezweckt unter anderem, dass die Bevölkerung und die Wirtschaft auf vielfältige, preiswerte und qualitativ hochstehende Postdienste zurückgreifen können (Art. 1 Abs. 2 PG). Das Postgesetz legt die Grundversorgung fest, welche die Schweizerische Post gemäss Art. 13 Abs. 1 PG i.V.m. Art. 14 bis 17 PG zu erbringen hat. Sie hat namentlich die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften ins In- und Ausland unter gewissen Mindeststandards sicherzustellen (Art. 14 f. PG).

86. Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Schweizerische Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern (reservierter Dienst). Ausgenommen sind nach Art. 18 Abs. 2 PG abgehende Briefe im internationalen Verkehr sowie Briefe, für die das Zweieinhalbfache des Preises der Post für Briefe der schnellsten Kategorie der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird (d.h. Express-Briefe). Der Versand von Paketen stellt unabhängig von der Zustellgeschwindigkeit keinen reservierten Dienst dar.

87. Der reservierte Dienst erlaubt neben der Post keine andere Anbieterin von entsprechenden Dienstleistungen, weshalb der reservierte Dienst durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen ist.

88. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

89. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

90. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2022 folgende Umsätze in Tabelle 1 an.

⁹⁷ Act 655.

⁹⁸ Act 658, 660, 666.

⁹⁹ Act 667.

¹⁰⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, Publigroupe SA et al./WEKO, bestätigt in BGE 139 I 72, E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO; RPW 2018/4, 995 Rz 19, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

¹⁰¹ Meldung, Beilage 6: Aktienkaufvertrag, Ziff. 1 (act 493).

¹⁰² Meldung, Beilage 6: Aktienkaufvertrag, Ziff. 2 (act 493); Meldung, Rz 71 (act 484).

	Post	Quickmail Holding
Schweiz	5 973	[...]
Weltweit	6 655	79

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2022 gemäss Meldung (in Mio. Franken)¹⁰³

91. Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt somit die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht.

92. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG muss allerdings ein Kontrollerwerb auch gemeldet werden, wenn eines der beteiligten Unternehmen in einer rechtskräftigen Entscheidung gestützt auf das Kartellgesetz für marktbeherrschend erklärt wurde und falls die Transaktion entweder diesen Markt, einen benachbarten Markt oder einen vor- oder nachgelagerten Markt betrifft.

93. Die WEKO hielt in Ziff. 1 des Dispositivs ihrer Entscheidung i.S. *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* vom 30. Oktober 2017 ausdrücklich fest, dass die Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden¹⁰⁴ sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.¹⁰⁵

94. Da Quickmail auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden tätig ist, erfolgt die vorliegende Meldung in Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der Prüfung

95. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

96. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

97. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Bei der Prüfung von Zusammenschlüssen ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Die Prüfung erfolgt im Gegensatz zu Untersuchungen gemäss Art. 7 KG prospektiv für einen Zeitraum von ca. zwei bis drei Jahren.

98. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potentiellen Konkurrenten und gegebenenfalls durch die Stellung der Marktgegenseite beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren oder ob eine Disziplinierung durch die Marktgegenseite erfolgt.

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

B.4.1 Relevante Märkte

100. 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).

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

102. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.¹⁰⁶ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.¹⁰⁷

¹⁰³ Meldung, Rz 201 f. (act 484).

¹⁰⁴ Im vorliegenden Antrag werden die Begriffe Vertragskunden und Geschäftskunden synonym verwendet.

¹⁰⁵ RPW 2020/2, 625 Disp. Ziff. 1, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹⁰⁶ RPW 2023/2, 288 Rz 41, *TX/Clear Channel*.

¹⁰⁷ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28. Januar 2014, E. 3.2.

B.4.1.1 Praxis der WEKO

B.4.1.1.1. Sachlich relevante Märkte

103. Die WEKO hat im Postbereich im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Deutsche Post AG / Danzas Holding* im Jahr 1999 folgende sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Internationale Express-Sendungen, nationale Express-Sendungen, internationale Express-Fracht, nationale Express-Fracht, internationale Briefpostdienste, nationale Briefpostdienste, internationale Paketdienste, nationale Paketdienste, internationale Fracht, nationale Fracht.¹⁰⁸ Diese wurden 2012 im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Schweizerische Post / La Poste* weiter in ausgehende Sendungen und eingehende Sendungen, Sendungen für Geschäftskunden und Sendungen für Privatkunden sowie adressierte Sendungen und unadressierte Sendungen unterteilt.¹⁰⁹ In der Stellungnahme der WEKO zuhanden des Preisüberwachers i.S. *Tarife der Schweizerischen Post* im Jahr 2013 wurde lediglich der Bereich der inländischen Brief- und Paketsendungen analysiert, weshalb sich die Marktabgrenzung auf folgende Märkte beschränkte: Markt für die Beförderung von Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelbriefsendungen von Privatkunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von adressierten Massenbriefsendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für reguläre nationale Paketpost im Privatkundenbereich (C2C und C2B) und Markt für reguläre nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich (B2B und B2C).¹¹⁰ Im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* wurden 2017 ausgehend von den strittigen Preissystemen, welche den Gegenstand der Untersuchung bildeten, die folgenden sachlichen Märkte abgegrenzt: Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 g von Vertragskunden und Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 g von Vertragskunden.¹¹¹ Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *TNT Swiss Post AG / FedEx Express Switzerland Sàrl* bestätigte die WEKO die bisherige Praxis und lehnte sich in Bezug auf die Zuordnung des Tätigkeitsbereichs der sog. Integratoren an die Marktabgrenzung der EU-Kommission an. U.a. grenzte die WEKO einen Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen ab, wobei nicht zwischen Briefen und Paketen unterschieden wurde.¹¹² Im Bereich der Zustelldienstleistungen von Zeitungen und Zeitschriften grenzte die WEKO sodann folgende Märkte ab: Markt für die Frühzustellung von abonnierten Zeitungen¹¹³, Markt für die Tageszustellung von abonnierten Zeitungen¹¹⁴.

B.4.1.1.2. Räumlich relevante Märkte

104. Bisher wurden die Postmärkte in der Schweiz national abgegrenzt mit der Begründung, dass die Kunden die Dienste überwiegend innerhalb der nationalen Grenzen nachfragen.¹¹⁵ Auch die EU-Kommission grenzt die Märkte im Postbereich praxisgemäss national ab.¹¹⁶ Im Bereich der unadressierten Sendungen¹¹⁷ und der Frühzustellung von Zeitungen¹¹⁸ wurde von der WEKO teil-

weise eine regionale Abgrenzung vorgenommen sowie eine Differenzierung nach Sprachregionen, Zustellgebieten und nach WEMF-Wirtschaftsgebieten erwogen.

B.4.1.2 Befragung von Geschäftskunden der Post und der Quickmail-Gruppe durch das Sekretariat

105. Die vom Sekretariat durchgeführte Befragung bei Kunden der Post und der Quickmail-Gruppe (vgl. Rz 30) hatte das Ziel, einerseits die Marktabgrenzungen zu plausibilisieren und andererseits eine Beurteilung des zweiten Kriteriums der Failing Company Defence zu ermöglichen (vgl. Kap. B.4.3.2).

106. Für jeden vorliegend relevanten Markt¹¹⁹ wurden basierend auf den Sendungsmengen (Kunden der Post) bzw. den erzielten Umsätzen (Kunden von Quickmail) die jeweils [...] grössten Kunden angeschrieben. In Bezug auf die Kunden der Post deckte dies rund 52 % (Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden) bis rund 80 % (Markt für die nationale Beförderung von Express-Sendungen [Briefe und Pakete]) der Sendungsmengen ab. In Bezug auf die Quickmail-Gruppe beträgt der durch die Befragung abgedeckte Anteil 80 % oder mehr des erzielten Umsatzes.

107. Gewisse Unternehmen zählen in mehr als einem relevanten Markt zu den wichtigen Kunden. In diesen Fällen erfolgte nur eine Befragung. Darüber hinaus beschränkten sich diverse befragte Unternehmen bei der Beantwortung der Fragen nicht ausschliesslich auf die für sie gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien

¹⁰⁸ RPW 1999/1, 128 f. Rz 13 ff., *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*.

¹⁰⁹ RPW 2012/4, 870 Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

¹¹⁰ RPW 2014/2, 484 ff. insb. Rz 28 und 39, *Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post*.

¹¹¹ RPW 2020/2, 555 Rz 721, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹¹² RPW 2018/4, 998 ff. Rz 42 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

¹¹³ RPW 2018/4, 866 ff. Rz 112, *AZ Medien/NZZ*.

¹¹⁴ RPW 2009/4, 383 ff. Rz 334, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹¹⁵ RPW 1999/1, 129 Rz 21, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 874 Rz 94, *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2018/4, 1003 Rz 82 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; RPW 2020/2, 555 Rz 722, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹¹⁶ RPW 2012/4, 874 Rz 94, *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2018/4, 1003 Rz 82 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; EU-KOMM, COMP/M.6503 vom 4.7.2012, Rz 27 ff., *LA POSTE/ SWISS POST/ JV*; EU-KOMM, COMP/M.5152 vom 21.4.2004, Rz 64 ff., *Posten AB / Post Danmark A/S*.

¹¹⁷ RPW 219/2, 299 Rz 21, *Beratung Preissmodell bei Zustellung nicht-adressierter Werbung*.

¹¹⁸ RPW 2018/4, 879 Rz 113 ff., *AZ Medien/NZZ*; RPW 2009/4, 398 f. Rz 193 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*. Diese räumliche Abgrenzung bezieht sich jedoch auf die Frühzustellung von Zeitungen. Für die Tageszustellung ist keine eigene räumliche Abgrenzung bekannt.

¹¹⁹ Nicht abgedeckt wurde einzig der Markt für international adressierte grenzüberschreitende eingehende Postsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und Privatkunden. Diese Sendungen werden zwischen Postanbietern und nicht zwischen einem Postanbieter und einem (Privat- oder Geschäfts-)Kunden erbracht (Meldung, Rz 250 [act 484]).

relevanten Märkte, sondern erteilten auch zu den weiteren Märkten Auskünfte. Entsprechend kann davon ausgegangen werden, dass die Befragung in Bezug auf die Sendungsmengen bzw. den erzielten Umsatz einen grösseren Anteil abdeckt als die Stichprobe suggeriert.

108. Von den insgesamt 187 angeschriebenen Kunden (129 Kunden der Post und 58 Kunden der Quickmail-Gruppe) wurden sechs aus der Befragung ausgeschlossen.¹²⁰ Schlussendlich umfasste die Befragung 124 Kunden der Post und 57 Kunden der Quickmail-Gruppe.

109. In Bezug auf die Rücklaufquote gilt es zunächst zu beachten, dass verschiedene Kunden eine gemeinsame Rückmeldung eingereicht haben, sei es, weil es sich um unterschiedliche Abteilungen eines Unternehmens oder um Gesellschaften derselben Gruppe handelt, sei es, weil das befragte Unternehmen sowohl Kunde der Post als auch Kunde der Quickmail-Gruppe ist. Unter Berücksichtigung der gemeinsamen Rückmeldungen ergibt sich letztlich eine Stichprobengrösse von 117 Kunden der Post und 50 Kunden der Quickmail-Gruppe. Von den Kunden der Post gingen 102 ausgefüllte Fragebogen ein, was einer Rücklaufquote von 87 % entspricht. Von den Kunden der Quickmail-Gruppe gingen 44 ausgefüllte Fragebogen ein, was einer Rücklaufquote von 88 % entspricht.

110. Die Qualität der ausgefüllten Fragebögen bzw. die Antwortdichte variiert naturgemäss, kann aber in den meisten Fällen als gut bis sehr gut bezeichnet werden. Zudem gab es während der Befragungsperiode nur ganz vereinzelt inhaltliche Rückfragen, was dafür spricht, dass die Fragebögen grundsätzlich gut verständlich waren. Inhaltliche Kritik am Fragebogen blieb gänzlich aus.

111. Die WEKO erachtet die Auswahl der befragten Kunden, die Grösse der Stichprobe, die Rücklaufquote und die Qualität der Rückmeldungen als ausreichend, um belastbare Antworten zu den gestellten Fragen zu erhalten.

B.4.1.3 Übersicht der relevanten Märkte

112. Für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall ist vom Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens auszugehen. Ausgangspunkt ist somit der Tätigkeitsbereich der Post und der Quickmail-Gruppe.

113. Gemäss Meldung erbringen sowohl die Post als auch die Quickmail Holding Dienstleistungen im Bereich der adressierten und unadressierten Brief-, Paket- und Expresssendungen sowie der Zeitungszustellung.¹²¹

114. Die Zusammenschlussparteien schlagen in Anlehnung an die oben genannte Praxis der WEKO folgende relevanten Märkte vor, in denen gemeinsame Marktaktivitäten der Post und der Quickmail-Gruppe bestehen:¹²²

Briefpostmärkte

- Nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden
- International adressierte grenzüberschreitende ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden

- International adressierte grenzüberschreitende eingehende Postsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und Privatkunden
- Nationale Zustellung unadressierter Sendungen

Märkte für Zeitungszustellung

- Nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften

Paketpostmärkte

- Reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich

Märkte für Expresszustelldienste

- Nationale Beförderung von Express-Sendungen (Briefe und Pakete)

115. In den vom Sekretariat durchgeführten Kundenbefragungen wurden diese Märkte zu Grunde gelegt. In den Rückmeldungen wurden die vorgenommenen Abgrenzungen nicht kritisiert bzw. die Befragten waren in der Lage, zu den sie betreffenden Bereichen Auskunft zu erteilen. Vor diesem Hintergrund geht die WEKO davon aus, dass die vorgenommenen Abgrenzungen grundsätzlich den Realitäten der Geschäftskunden der Post und der Quickmail-Gruppe entsprechen.

116. In verschiedenen Postmärkten, in denen die Post aktiv ist, ist die Quickmail-Gruppe nicht tätig. Mangels Geschäftstätigkeit der Quickmail-Gruppe würden sich durch das Zusammenschlussvorhaben in diesen Märkten keine Marktanteilsveränderungen ergeben¹²³, weshalb das Sekretariat keine zusätzlichen Angaben zu diesen Märkten verlangte. Da jedoch nicht auszuschliessen ist, dass die Quickmail-Gruppe auf einem oder mehreren dieser Märkte eine potenzielle Konkurrentin der Post darstellt, wird in der vorliegenden Prüfung wo nötig dennoch darauf eingegangen.

117. Darüber hinaus ist die Post in verschiedenen Bereichen ausserhalb des Postbereichs ohne Aktivitäten der Quickmail-Gruppe aktiv. Auch hier würden sich aufgrund des Zusammenschlussvorhabens keine Marktanteilsveränderungen ergeben.¹²⁴ In diesen Bereichen kann grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass die Quickmail-Gruppe eine potenzielle Konkurrentin der Post darstellt. Es wird deshalb nicht näher auf diese Bereiche eingegangen.

¹²⁰ Zwei Kunden sind Unternehmen des Post-Konzerns, eines ist in Konkurs, zwei konnten weder elektronisch noch postalisch erreicht werden. Zudem wurde die einzige ausländische Kundin, der nicht aus Deutschland stammt, ebenfalls von der Befragung ausgeschlossen.

¹²¹ Meldung, Rz 219 (act 484).

¹²² Meldung, Rz 220 f. (act 484).

¹²³ Meldung, Rz 222 f. (act 484).

¹²⁴ Meldung, Rz 224 f. (act 484).

B.4.1.4 Briefpostmärkte

B.4.1.4.1. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden

I. Sachliche Marktabgrenzung

118. Im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* grenzte die WEKO einen Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 Gramm ab.¹²⁵

119. Auch die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem solchen Markt aus.¹²⁶ Zu beachten seien jedoch signifikante und sich weiter verstärkende Substitutionsbeziehungen zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Internet-Plattformen, E-Mail, E-Banking etc. Der technologische Wandel führe zu einem Ersatz von traditionellen Briefen durch elektronische Kommunikation. Andererseits würden Geschäftskunden bei steigenden Preisen elastisch reagieren und auf elektronische Kommunikationskanäle ausweichen. Diese Entwicklungen im Rahmen der Digitalisierung bzw. der E-Substitution würden die Briefpostunternehmen unter einen starken Wettbewerbsdruck stellen. Entsprechend seien die zumeist kostenlosen elektronischen Kommunikationsmittel entweder Teil des Marktes oder als disziplinierende Marktfaktoren zu berücksichtigen.¹²⁷

120. Dass elektronische Kommunikationsmittel unter Umständen Ausweichmöglichkeiten für physische Briefpost bieten können, ist unbestritten. Die relevante Frage im Hinblick auf die Marktabgrenzung ist, ob sich dadurch ein disziplinierender Einfluss auf die Marktteilnehmer ergibt. So war sich die WEKO im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* des Strukturwandels hin zu vermehrter E-Substitution bewusst, ordnete elektronische Medien gestützt auf die damaligen Ergebnisse der Marktbefragungen jedoch nicht den relevanten Briefpostmärkten zu.¹²⁸

121. Unternehmen, Organisationen und öffentliche Einrichtungen nutzen zweifelsohne die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation und reduzieren auf diese Weise bis zu einem gewissen Grad ihr Postsendungsvolumen. Die Vorteile der elektronischen Kommunikation liegen in der Geschwindigkeit und in den sehr tiefen Versandkosten im Vergleich zu Postsendungen. Aus preislichen Überlegungen lohnt sich eine Verlagerung auf elektronische Kommunikationsmittel deshalb immer. Auch fragen Konsumenten und Konsumentinnen teilweise elektronische Lösungen wie Kundenplattformen (z.B. E-Banking) nach, weshalb Unternehmen solche Lösungen anbieten. Daraus folgt, dass ein Unternehmen Postversände nur dann beibehält, wenn spezifische Gründe dafür bestehen. Diese spezifischen Gründe sprechen jedoch gegen eine Zuordnung elektronische Übermittlungsformen in den gleichen Markt wie Briefsendungen.¹²⁹

122. In den Befragungen von Geschäftskunden der Post im Jahr 2013 im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* wurden verschiedentlich Angaben gemacht, wes-

halb elektronische Kommunikationsformen nur beschränkte Alternativen zu Briefsendungen darstellen, u.a.: Gewisse Kunden der Unternehmen wünschen ausdrücklich einen Postversand, auch wenn elektronische Alternativen zur Verfügung stehen; je nach Altersstruktur der Kundschaft eines Unternehmens ist die Affinität für elektronische Kommunikation tief; eine Briefsendung ist hochwertiger und persönlicher als eine E-Mail, was z.B. in Bezug auf die Spendenbereitschaft oder die Antwortrate der Adressaten relevant ist; der Versand eines (kleinen) Produkts, einer speziellen Beilage (z.B. eine Warenprobe) oder von Katalogen bedarf der physischen Form; teilweise sprechen rechtliche Gründe gegen eine elektronische Übermittlung (z.B. Versand von Originaldokumenten); schliesslich ist die Umstellung auf elektronische Kommunikation bisweilen mit hohen Umstellungskosten verbunden. Es lagen somit verschiedene spezifische Gründe vor, die trotz fast kostenloser elektronischer Kommunikation zu einer Nachfrage nach Briefsendungen führten.¹³⁰

123. Die WEKO gelangte deshalb in besagter Untersuchung zum Schluss, dass Geschäftskunden für gewisse Sendungen oder Teile davon nicht auf elektronische Alternativen umstellen können oder wollen und daher in relevantem Ausmass nicht auf Briefsendungen verzichten. Zudem zeigte die Tatsache, dass die Post nicht mit Preissenkungen auf das Aufkommen elektronischer Kommunikation reagierte – wie dies im Falle eines Substituts zu erwarten wäre –, dass elektronische Kommunikation nicht dem relevanten Markt zuzuordnen ist.¹³¹

124. Die vom Sekretariat vorliegend durchgeführte breit angelegte Befragung von Geschäftskunden der Post und der Quickmail-Gruppe hatte u.a. zum Ziel, die mögliche E-Substitution von Briefsendungen heute, rund 10 Jahre nach der letzten Marktbefragung, zu untersuchen. Der Fokus der Befragung lag dabei auf den vorliegend relevanten Märkten. Nicht direkt Gegenstand waren Briefpostsendungen des reservierten Dienstes. Die Auswertung der entsprechenden Antworten zeigt im Wesentlichen eine grosse Übereinstimmung mit den Abklärungen im Rahmen der Untersuchung *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

125. In Bezug auf die vorliegend relevanten Briefpostmärkte erwähnen die Befragten verschiedentlich vergangene oder künftig geplante Digitalisierungsvorhaben. In aller Regel handelt es sich dabei jedoch um Massnahmen, welche die Briefsendungen nicht ersetzen, sondern ergänzen sollen. Bspw. setzen bereits heute diverse Befragte E-Newsletter als Ergänzung zu physischen Werbesendungen ein oder publizieren auf ihrer

¹²⁵ RPW 2020/2, 555 ff. Rz 721, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹²⁶ Meldung, Rz 229 (act 484).

¹²⁷ Meldung, Rz 230 (act 484).

¹²⁸ RPW 2020/2, 556 Rz 728, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹²⁹ RPW 2020/2, 550 Rz 692 f., *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹³⁰ RPW 2020/2, 551 f. Rz 698 f., *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹³¹ RPW 2020/2, 552 Rz 702, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

Website eine elektronische Version von Verkaufskatalogen. Konkrete vergangene oder künftig geplante Massnahmen zur Digitalisierung von Postsendungen erwähnt jedoch nur eine Minderheit der Befragten. Ausserdem wurde auf die Frage nach der Reaktion auf eine (hypothetische) dauerhafte Erhöhung der Preise für die Zustellung von Briefen im Umfang von 5-10 %¹³² nur in Ausnahmefällen mit einer substanziellen E-Substitution geantwortet. In der Regel können sich die Befragten keine oder höchstens eine teilweise bzw. geringfügige Umstellung auf elektronische Versände vorstellen. Vielmehr würde eine solche Preiserhöhung in einer Reduktion der nachgefragten Menge (in Ausnahmefällen bis hin zu einem vollständigen Verzicht auf einen Versand) resultieren, weil die Unternehmen z.B. über beschränkte Marketingbudgets verfügen würden.

126. Die vorliegend Befragten begründen die fehlende Austauschbarkeit zwischen Postsendungen und elektronischen Kommunikationsformen sehr ähnlich wie im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* (vgl. Rz 122), u.a.: Kunden würden häufig Postsendungen bevorzugen, auch wenn sie die Wahl zwischen einem elektronischen und einem physischen Versand haben; je nach Altersstruktur der relevanten Kundensegmente fehle es den Kunden an «digitaler Affinität»; physische Kommunikationsmittel würden u.a. aufgrund der Haptik sowie der direkten und persönlichen Ansprache deutlich höhere Aufmerksamkeit und damit eine deutlich höhere Respons-Rate erzielen, was z.B. bei Werbesendungen oder Katalogen ein zentraler Aspekt sei; aus rechtlichen Gründen sei ein physischer Versand unabdingbar (z.B. aufgrund der Rechtsverbindlichkeit oder wegen der Sensibilität von Informationen); der Versand kleiner Waren, z.B. als eigentliche Warensendung oder als Beilage in einer Werbesendung oder einem Spendenaufruf, setze einen physischen Versand voraus; schliesslich bestünden teilweise Wechselkosten (z.B. Beschaffung von E-Mail-Adressen oder Aufbau der entsprechenden IT-Infrastruktur).

127. Es zeigt sich, dass elektronische Kommunikationsformen dort im Einsatz sind, wo es die Befragten als zielführend und lohnend erachten. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass heutige Postsendungen sich entweder nicht ohne Weiteres auf digitale Kanäle umstellen lassen oder dies von den Unternehmen gar nicht gewünscht ist. Für solche Postsendungen stellen elektronische Kommunikationsformen folglich kein hinreichendes Substitut dar. Die Ergebnisse aus den durch das Sekretariat durchgeführten Befragungen bestätigen die Schlussfolgerungen der WEKO in Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*, wonach elektronische Kommunikation nicht den vorliegend relevanten Briefpostmärkten zuzuordnen ist.

128. Es verbleibt die Frage, inwiefern das Vorhandensein elektronischer Kommunikationsformen die in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen in ihrem Wettbewerbsverhalten diszipliniert.¹³³ Die Ergebnisse der durchgeführten Befragungen zeigen einerseits, dass Preiserhöhungen primär in einem Rückgang der nachgefragten Menge resultieren und in deutlich geringerem Ausmass in einer E-Substitution, dem Ausweichen auf

ein anderes Postprodukt oder der Wahl eines alternativen Anbieters. Andererseits hat die Post in der Vergangenheit auf die zunehmende Digitalisierung nicht mit Preissenkungen, sondern eher mit Preissteigerungen reagiert. Auch für Anfang 2024 wird die Post in vielen Bereichen teilweise substanzielle Preiserhöhungen durchsetzen.¹³⁴ Dies könnte sie nicht, wenn eine substanzielle Abwanderung von Nachfrage hin zu elektronischen Kommunikationsformen drohen würde. Eine massgebliche Disziplinierung des Wettbewerbsverhaltens durch E-Substitution liegt somit nicht vor.

II. Räumliche Marktabgrenzung

129. Die Zusammenschlussparteien grenzen den sachlich relevanten Markt national ab.¹³⁵ Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite besteht aus Unternehmen in der Schweiz, welche die entsprechende Dienstleistung bei in der Schweiz ansässigen Anbietern solcher Dienstleistungen nachfragen. Ausserdem zeigen die Ergebnisse der Befragungen, dass viele Befragte die nationale Abdeckung als eines der wichtigsten Kriterien für die Wahl eines Anbieters von Postdienstleistungen aufführen, woraus geschlossen werden kann, dass sie die Dienstleistungen schweizweit nachfragen.

III. Zusammenfassung

130. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 Gramm abzugrenzen.

¹³² Die entsprechenden Fragen wurden an den SSNIP-Test angelehnt. Dieser führt aufgrund der «Cellophane Fallacy» zu zu weit abgegrenzten Märkten, wenn nicht von kompetitiven, sondern den aktuellen (Monopol-)preisen ausgegangen wird (vgl. MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4. Abs 2, N 128 [nachfolgend: BSK KG-REINERT/WÄLCHLI]). Monopolpreise liegen hier jedoch kaum vor, da die Post auf Anfang 2024 in verschiedenen Bereichen substanzielle Preiserhöhungen umsetzt (vgl. Rz 128). Würde die Post bereits Monopolpreise verlangen, führte eine weitere Erhöhung des Preises zu einer Gewinnreduktion. Andererseits ist es aufgrund der aktuell sehr starken Stellung der Post in den vorliegend relevanten Märkten (vgl. Kap. B.4.2.) nicht auszuschliessen, dass die Preise der Post über dem Wettbewerbsniveau liegen. Dass gemäss den Ergebnissen der Befragung auch ausgehend von den aktuellen Preisen der Post keine substanzielle E-Substitution erfolgt, stärkt die Schlussfolgerung, dass Briefsendungen und elektronische Kommunikationsformen nicht denselben Märkten zuzuordnen sind. Schliesslich sei im Hinblick auf die Anwendbarkeit des SSNIP-Tests erwähnt, dass die in der Befragung thematisierte Preiserhöhung nicht vollständig hypothetischer Natur ist, sondern angesichts der von der Post ab Anfang 2024 geltenden Preiserhöhungen einen aktuellen Bezug aufweist (vgl. Rz 128).

¹³³ RPW 2020/2, 567 Rz 811, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹³⁴ Medienmitteilung der Post vom 6. Juli 2023, <<https://www.post.ch/de/pages/anpassung-angebot-briefe-und-pakete>> (6.11.2023).

¹³⁵ Meldung, Rz 232 (act 484).

B.4.1.4.2. Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden

I. Sachliche Marktabgrenzung

131. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Schweizerische Post/LaPoste* grenzte die WEKO einen Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz ab. Eine Unterteilung in die Bereiche unter und über 50 Gramm wurde nicht vorgenommen, weil ausgehende Briefe gemäss Art. 18 Abs. 2 Bst. b PG vom reservierten Dienst ausgenommen sind.¹³⁶

132. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem solchen Markt aus.¹³⁷ Zu beachten seien jedoch signifikante und sich weiter verstärkende Substitutionsbeziehungen zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Internet-Plattformen, E-Mail, E-Banking etc. (vgl. Rz 119).¹³⁸

133. In Bezug auf die Substitutionsbeziehungen zwischen Briefpostsendungen und elektronischen Kommunikationsformen sowie der möglichen disziplinierenden Wirkung der E-Substitution auf das Wettbewerbsverhalten der in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen wird auf die Ausführungen in Rz 120 ff. verwiesen. Demnach gelangt die WEKO vorliegend zum Schluss, dass elektronische Kommunikationsformen nicht den relevanten Briefpostmärkten zuzuordnen sind und das Wettbewerbsverhalten durch E-Substitution nicht massgeblich diszipliniert würde.

II. Räumliche Marktabgrenzung

134. Die Zusammenschlussparteien grenzen den sachlich relevanten Markt national ab.¹³⁹ Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite sind Unternehmen, die Briefsendungen von der ganzen Schweiz aus ins Ausland versenden möchten und diese Dienstleistungen bei in der Schweiz in diesem Bereich tätigen Unternehmen nachfragen.¹⁴⁰

III. Zusammenfassung

135. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden abzugrenzen.

B.4.1.4.3. Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und Privatkunden

I. Sachliche Marktabgrenzung

136. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Schweizerische Post/LaPoste* grenzte die WEKO einen Markt für adressierte eingehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm ab. Eine Unterteilung in Bereiche für Geschäftskunden und Privatkunden wurde nicht vorgenommen, da eingehende Postdienstleistungen zwischen Postanbietern und nicht zwischen einem Postanbieter und einem Geschäfts- oder Privatkunden erbracht wer-

den. Zudem fallen eingehende Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 Gramm unter den reservierten Dienst gemäss Art. 18 Abs. 1 PG.¹⁴¹

137. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem solchen Markt aus.¹⁴² Zu beachten seien jedoch signifikante und sich weiter verstärkende Substitutionsbeziehungen zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Internet-Plattformen, E-Mail, E-Banking etc. (vgl. Rz 119).¹⁴³

138. In Bezug auf die Substitutionsbeziehungen zwischen Briefpostsendungen und elektronischen Kommunikationsmitteln sowie der möglichen disziplinierenden Wirkung der E-Substitution auf das Wettbewerbsverhalten der in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen wird grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 120 ff. verwiesen. Demnach gelangt die WEKO vorliegend zum Schluss, dass elektronische Kommunikationsformen nicht den relevanten Briefpostmärkten zuzuordnen sind und das Wettbewerbsverhalten nicht massgeblich durch E-Substitution diszipliniert würde.

II. Räumliche Marktabgrenzung

139. Die Zusammenschlussparteien grenzen den sachlich relevanten Markt national ab.¹⁴⁴ Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite sind i.d.R. Postanbieter im Ausland, welche Postdienstleistungen bei in der Schweiz in diesem Bereich tätigen Unternehmen nachfragen.¹⁴⁵

III. Zusammenfassung

140. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz abzugrenzen.

B.4.1.4.4. Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen

I. Sachliche Marktabgrenzung

141. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Schweizerische Post/LaPoste* ging die WEKO in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission von einem Markt für die Zustellung unadressierter Postsendungen aus.¹⁴⁶ Im Entscheid *Vertrieb von Werbematerialien* ordnete die WEKO den unadressierten Postwurfsendungen auch adressierte Werbesendungen und Zeitungsbeilagen

¹³⁶ RPW 2012/4, 871 f. Rz 68 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

¹³⁷ Meldung, Rz 239 (act 484).

¹³⁸ Meldung, Rz 240 (act 484).

¹³⁹ Meldung, 242 (act 484).

¹⁴⁰ RPW 2012/4, 874 f. Rz 93 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁴¹ RPW 2012/4, 870 f. Rz 66, *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁴² Meldung, Rz 251 (act 484).

¹⁴³ Meldung, Rz 252 (act 484).

¹⁴⁴ Meldung, Rz 254 (act 484).

¹⁴⁵ Meldung, Rz 250 (act 484); RPW 2012/4, 874 f. Rz 93 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁴⁶ RPW 2012/4, 870 f. Rz 66 und 71 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

zu.¹⁴⁷ Eine Substitution von nichtadressierten Sendungen durch adressierte Sendungen sowie umgekehrt wurde von der WEKO später jedoch als nur eingeschränkt möglich betrachtet. Zudem sind unadressierte und adressierte Sendungen auch angebotsseitig voneinander abzugrenzen.¹⁴⁸ In Bezug auf die Zeitungsbeilagen gelangte das Sekretariat im Rahmen der Beratung *Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung* zum Schluss, dass sowohl adressierte Briefsendungen wie auch Zeitungsbeilagen wohl nur unvollständige Substitute für unadressierte Sendungen darstellen und entsprechend nur in beschränktem Masse Wettbewerbsdruck ausüben können.¹⁴⁹

142. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen aus.¹⁵⁰ Zu beachten seien jedoch signifikante und sich weiter verstärkende Substitutionsbeziehungen zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Internet-Plattformen, E-Mail, E-Banking etc. (vgl. Rz 119).¹⁵¹

143. In Bezug auf die Substitutionsbeziehungen zwischen Briefpostsendungen und elektronischen Kommunikationsmitteln sowie der möglichen disziplinierenden Wirkung der E-Substitution auf das Wettbewerbsverhalten der in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen wird grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 120 ff. verwiesen. Demnach gelangt die WEKO vorliegend zum Schluss, dass elektronische Kommunikationsformen nicht den relevanten Briefpostmärkten zuzuordnen sind und das Wettbewerbsverhalten nicht massgeblich durch E-Substitution diszipliniert würde.

II. Räumliche Marktabgrenzung

144. Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann grundsätzlich auf die bisherige Praxis der WEKO (überregionale und nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104), da die Marktgegenseite i.d.R. eine überregionale oder nationale Zustellung von Werbematerialien nachfragt.¹⁵² Im Rahmen der Beratung *Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung* argumentierte das Sekretariat jedoch, dass sich der Markt in räumlicher Hinsicht auf die jeweiligen Verteilorganisationen beschränkt.¹⁵³

145. Die Zusammenschlussparteien grenzen den Markt unter Berücksichtigung der überregionalen Zustellgebiete der Post und von Quickmail schweizweit ab.¹⁵⁴ Dem kann vorliegend grundsätzlich gefolgt werden, wobei in Ergänzung dazu regionale Marktabgrenzungen ausgehend von den Verteilnetzen der jeweiligen Zustellorganisationen vorzunehmen sind. Soweit sich diesbezüglich keine massgebenden Unterschiede bei der Beurteilung der Marktstellung ergeben, kann die definitive räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden.

III. Zusammenfassung

146. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen abzugrenzen. Daneben sind jedoch auch mögliche regionale Märkte nach Massgabe der Verteilnetze der Zustellorganisationen zu betrachten.

B.4.1.4.5. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden

147. Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern (reservierter Dienst). Damit sind andere Anbieter in diesem Bereich vom Wettbewerb ausgeschlossen. Mit anderen Worten besteht spezifisch für den reservierten Dienst eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Art. 3 Abs. 1 KG. Das Kartellgesetz ist somit auf einen möglichen Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden nicht anwendbar, solange die Post gemäss PG über ein Restmonopol verfügt.

148. Gemäss Meldung sei Quickmail bei der Gründung aber auch bei ihrer Übernahme im Jahr 2018 davon ausgegangen, dass das Schweizer Briefmonopol perspektivisch fallen werde. So sah z.B. die Botschaft zur Änderung des Postgesetzes aus dem Jahr 2009 vor, das Briefmonopol bis 2012 ganz aufzuheben¹⁵⁵ und bis heute wurde dieser Schritt immer wieder diskutiert.¹⁵⁶ [...] ¹⁵⁷

149. Vor diesem Hintergrund ist erstens festzuhalten, dass Quickmail sich grundsätzlich als potenzielle Wettbewerberin der Post im derzeit noch reservierten Bereich sieht. Zweitens ist eine weitere bzw. eine vollständige Liberalisierung der Briefpostmärkte zumindest längerfristig nicht ausgeschlossen. Aufgrund der derzeitigen Marktverhältnisse in den Briefpostmärkten (vgl. Kap. B.4.2) ist davon auszugehen, dass Quickmail in einem solchen Szenario die einzige Wettbewerberin der Post sein dürfte. Vor diesem Hintergrund könnte das vorliegende Zusammenschlussvorhaben künftig im derzeit noch reservierten Bereich wettbewerbliche Auswirkungen haben, weshalb vorliegend auch darauf eingegangen wird.

I. Sachliche Marktabgrenzung

150. Im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* grenzte die WEKO einen Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von unter 50 Gramm ab.¹⁵⁸ Diese Abgrenzung kann vorliegend übernommen

¹⁴⁷ RPW 2001/2, 247 Rz 43, *Vertrieb von Werbematerialien*.

¹⁴⁸ RPW 2020/2, 549 Rz 680 ff., *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹⁴⁹ RPW 2019/2, 299 Rz 18 ff., *Beratung Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung*.

¹⁵⁰ Meldung, Rz 251 (act 484).

¹⁵¹ Meldung, Rz 252 (act 484).

¹⁵² RPW 2001/2, 247 Rz 44 f., *Vertrieb von Werbematerialien*.

¹⁵³ RPW 2019/2, 299 Rz 21, *Beratung Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung*.

¹⁵⁴ Meldung, Rz 264 (act 484).

¹⁵⁵ Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz (PG), BBl 2009 5181, 5182.

¹⁵⁶ Zuletzt im Rahmen des Schlussberichts der Expertenkommission Grundversorgung Post vom 24. Februar 2022, 2, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/expertenkommission_grundversorgung_post.html> (7.11.2023).

¹⁵⁷ Meldung, Rz 65 (act 484).

¹⁵⁸ RPW 2020/2, 555 ff. Rz 721, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

werden. Insbesondere kann vorliegend aufgrund der hypothetischen Betrachtung offengelassen werden, ob eine zusätzliche Abgrenzung von Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen vorzunehmen wäre.¹⁵⁹

II. Räumliche Marktabgrenzung

151. Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite besteht aus Unternehmen in der Schweiz, welche die entsprechende Dienstleistung bei in der Schweiz ansässigen Anbietern solcher Dienstleistungen nachfragen. Zudem zeigen die Ergebnisse der Befragungen, dass viele Befragte die nationale Abdeckung auch im reservierten Bereich als eines der wichtigsten Kriterien für die Wahl eines Anbieters von Postdienstleistungen aufführen, woraus geschlossen werden kann, dass sie die Dienstleistungen schweizweit nachfragen.

III. Zusammenfassung

152. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein (möglicher) Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von unter 50 Gramm abzugrenzen.

B.4.1.5 Märkte für die Zeitungszustellung

B.4.1.5.1. Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften

I. Sachliche Marktabgrenzung

153. Die WEKO ging bisher von einem Markt für die Tageszustellung von Wochenzeitungen und Zeitschriften aus¹⁶⁰, wovon insbesondere die Frühzustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften zu unterscheiden ist.¹⁶¹ Die Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften entspricht auch der Definition gemäss Postgesetzgebung.¹⁶²

154. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem solchen Markt aus.¹⁶³ Zu beachten seien jedoch signifikante und sich weiter verstärkende Substitutionsbeziehungen zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Internet-Plattformen, E-Mail, E-Banking etc. (vgl. Rz 119).¹⁶⁴

155. In Bezug auf die Substitutionsbeziehungen zwischen Postsendungen und elektronischen Kommunikationsmitteln sowie der möglichen disziplinierenden Wirkung der E-Substitution auf das Wettbewerbsverhalten der in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen wird grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 120 ff. verwiesen. Insbesondere ist hier zu erwähnen, dass verschiedene Anbieterinnen von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften ihren Kunden auch digitale Ausgaben zur Verfügung stellen oder dies in Erwägung ziehen. Diese zusätzlichen Angebote würden indes eine Ergänzung zum physischen Versand von Zeitungen und Zeitschriften darstellen, da die Leserinnen und Leser in aller Regel nach wie vor Letzteres nachfragen würden. Demnach gelangt die WEKO vorliegend zum Schluss, dass elektronische Kommunikationsformen nicht den relevanten Märkten für die Zeitungszustellung zuzuordnen sind

und das Wettbewerbsverhalten nicht massgeblich durch E-Substitution diszipliniert würde.

II. Räumliche Marktabgrenzung

156. Soweit ersichtlich hat sich die WEKO noch nicht mit der räumlichen Abgrenzung des sachlichen Marktes für die Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften auseinandergesetzt. Die Zusammenschlussparteien schlagen unter Berücksichtigung der überregionalen Zustellgebiete der Post und von Quickmail eine schweizweite Abgrenzung vor.¹⁶⁵

157. Ein Grossteil der Kunden der Post und von Quickmail in diesem Markt versenden ihre Zeitungen und Zeitschriften überregional bzw. schweizweit.¹⁶⁶ Entsprechend kann davon ausgegangen werden, dass die Marktgegenseite eine zumindest überregionale Tageszustellung von Zeitungen und Zeitschriften nachfragt. Ferner würde eine räumliche Abgrenzung nach Sprachregionen oder WEMF-Gebieten, wie sie für den Markt der Frühzustellung von abonnierten Zeitungen üblicherweise erfolgt¹⁶⁷, zu keinen abweichenden Schlussfolgerungen führen, da gemäss Meldung nur die Post und Quickmail in der Tageszustellung abonnierter Zeitungen und Zeitschriften tätig seien.¹⁶⁸ Dem Vorschlag der Zusammenschlussparteien (nationale Abgrenzung) kann somit gefolgt werden.

III. Zusammenfassung

158. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften abzugrenzen.

¹⁵⁹ Aufgrund der hypothetischen Betrachtung beschränken sich die vorliegenden Ausführungen auf den von der WEKO abgegrenzten Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von unter 50 Gramm. Im Sinne einer Arbeitshypothese ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Ausführungen grundsätzlich auch für den Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz unter 50 Gramm gelten dürften.

¹⁶⁰ RPW 2009/4, 423 Rz 334, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹⁶¹ RPW 2009/4, 393 ff. Rz 334 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹⁶² Art. 29 Abs. 1 Bst. c der Postverordnung vom 29. August 2012 (Postverordnung, VPG; SR 783.01).

¹⁶³ Meldung, Rz 280 (act 484).

¹⁶⁴ Meldung, Rz 281 (act 484).

¹⁶⁵ Meldung, Rz 282 f. (act 484).

¹⁶⁶ Meldung, Rz 372 f. (act 484); Beilage 88: Kundenliste Quickmail (act 575); Beilage 89a: Top-Kunden betroffene Märkte ohne Zeitungen inkl. Adresse (act 577).

¹⁶⁷ Z.B. RPW 2018/4, 879 Rz 113, *AZ Medien/NZZ*.

¹⁶⁸ Meldung, Rz 287 f. (act 484).

B.4.1.6 Paketpostmärkte

B.4.1.6.1. Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich

I. Sachliche Marktabgrenzung

159. Die WEKO definierte in der Stellungnahme vom 23. September 2013 zuhanden des Preisüberwachers i.S. *Tarife der Schweizerischen Post* einen Markt für die reguläre nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich (B2B und B2C). Eine mögliche weitere Unterteilung des Marktes nach Auslieferung an Privatkunden und Auslieferung und Geschäftskunden hat die WEKO im Rahmen dieser Stellungnahme thematisiert, jedoch in Anlehnung an die Praxis des Preisüberwachers letztlich nicht vorgenommen.¹⁶⁹

160. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich aus.¹⁷⁰

161. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Unterteilung in eine Auslieferung an Privatkunden und eine Auslieferung an Geschäftskunden vorzunehmen ist, ging die WEKO in der Stellungnahme vom 23. September 2013 zuhanden des Preisüberwachers i.S. *Tarife der Schweizerischen Post* in Anlehnung an einen Entscheid der Europäischen Kommission¹⁷¹ davon aus, dass ein Transportunternehmen, das über eine Infrastruktur verfügt, um an Privatkunden auszuliefern, auch zumindest in einem gewissen Umfang an Geschäftskunden ausliefern kann, was umgekehrt nicht zwingend der Fall sein muss, da eine Auslieferung an Privatkunden im Durchschnitt mit viel weiteren Transportwegen und einer grösseren Anzahl Transportrouten verbunden ist.¹⁷² Sowohl die Post als auch Quickpac beliefern Privatkunden und wären daher in der Lage, auch Geschäftskunden zu beliefern. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend eine weitere Unterteilung des Marktes nicht angezeigt und die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene Abgrenzung kann übernommen werden.

II. Räumliche Marktabgrenzung

162. Die Zusammenschlussparteien grenzen den sachlich relevanten Markt national ab.¹⁷³ Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite besteht aus Unternehmen (primär) in der Schweiz, welche die entsprechende Dienstleistung bei in der Schweiz ansässigen Anbietern solcher Dienstleistungen nachfragen. Ausserdem zeigen die Ergebnisse der Befragungen, dass die nationale Abdeckung als eines der wichtigsten Kriterien für die Wahl eines Anbieters von Postdienstleistungen betrachtet wird, woraus geschlossen werden kann, dass die Kunden die Dienstleistungen schweizweit nachfragen.

III. Zusammenfassung

163. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich abzugrenzen.

B.4.1.7 Märkte für Expresszustelldienste

B.4.1.7.1. Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)

I. Sachliche Marktabgrenzung

164. Die WEKO grenzte im Rahmen des Zusammenschlusses *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl* gestützt auf ihre bisherige Praxis einen Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) ab.¹⁷⁴

165. Die Zusammenschlussparteien gehen vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem solchen Markt aus.¹⁷⁵ Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb vorliegend davon abgewichen werden sollte.

II. Räumliche Marktabgrenzung

166. Die Zusammenschlussparteien grenzen den sachlich relevanten Markt national ab.¹⁷⁶ Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung kann auf die bisherige Praxis der WEKO (nationale Märkte) abgestützt werden (vgl. Rz 104). Die Marktgegenseite besteht aus Unternehmen (primär) in der Schweiz, welche die entsprechende Dienstleistung bei in der Schweiz ansässigen Anbietern solcher Dienstleistungen nachfragen. Ausserdem zeigen die Ergebnisse der Befragungen, dass die nationale Abdeckung als eines der wichtigsten Kriterien für die Wahl eines Anbieters von Postdienstleistungen betrachtet wird, woraus geschlossen werden kann, dass die Kunden die Dienstleistungen schweizweit nachfragen.

III. Zusammenfassung

167. Zusammenfassend ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ein Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) abzugrenzen.

B.4.1.8 Zwischenfazit

168. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird im Folgenden grundsätzlich von den von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagenen Märkten ausgegangen. In Ergänzung dazu werden 1) für den Markt für die Zustellung unadressierter Sendungen (hypothetische) engere räumliche Abgrenzungen untersucht; 2) ein Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden analysiert; und 3) mögliche vertikale und konglomerale Effekte betrachtet.

¹⁶⁹ RPW 2014/2, 485 f. Rz 42 ff., *Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post*.

¹⁷⁰ Meldung, Rz 290 (act 484).

¹⁷¹ EU-KOMM, COMP/M.5152 vom 21.4.2004, Rz 61, *Posten AB / Post Danmark A/S*.

¹⁷² RPW 2014/2, 486 Rz 44, *Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post*.

¹⁷³ Meldung, Rz 292 (act 484).

¹⁷⁴ RPW 2018/4, 1000 Rz 57 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

¹⁷⁵ Meldung, Rz 290 (act 484).

¹⁷⁶ Meldung, Rz 292 (act 484).

B.4.2. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

169. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene

Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

170. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation.

171. Tabelle 2 enthält die in der Meldung angegebenen Marktanteile der Post und der Quickmail-Gruppe zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»¹⁷⁷).

Relevanter Markt	Post	Quickmail-Gruppe	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffener Markt
Briefpostmärkte				
Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden	[70-80] %	[20-30] %	100 %	Ja
Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden	[70-80] %	[0-10] %	[80-90] %	Ja
Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	Ja
Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	Ja
Märkte für Zeitungszustellung				
Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften	[90-100] %	[0-10] %	100 %	Ja
Paketpostmärkte				
Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich	[70-80] %	[0-10] %	[80-90] %	Ja
Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	Ja

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile in Bezug auf den Umsatz im Jahr 2022

172. Gestützt auf die Angaben in der Meldung werden damit vorliegend in allen abgegrenzten Märkten die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht.

173. Im Zusammenhang mit dem Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) gilt es festzuhalten, dass der gemeinsame Marktanteil der Post und Quickmail nach dem Zusammenschluss knapp [...] % betragen würde. Wie in Kap. 4.2.2.8 aufgezeigt wird, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der von den Zusammenschlussparteien nur grob geschätzte Marktanteil der Post zu tief ausfällt (vgl. Rz. 277). Vor diesem Hintergrund wird dieser Markt vorliegend ebenfalls als betroffener Markt qualifiziert.

B.4.2.2 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.2.1. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden

I. Aktueller Wettbewerb

174. Tabelle 3 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

¹⁷⁷ Meldung, Rz 220 (act 484).

		Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien		
			Post	Quickmail	gemeinsam
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[20-30] %	100 %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[20-30] %	100 %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[20-30] %	100 %

Tabelle 3: Marktanteile Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden¹⁷⁸

175. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [70-80] %, während auf Quickmail ein Marktanteil von [20-30] % entfällt. Den Zusammenschlussparteien sind keine weiteren Wettbewerber auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden bekannt.¹⁷⁹

176. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Im Vergleich zur Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* hat sich der Marktanteil von Quickmail von gut [10-20] % im Jahr 2015 um rund [10-20] Prozentpunkte erhöht.¹⁸⁰

177. Die Post wird somit gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von 100 % auf sich vereinen und somit die einzige Anbieterin in diesem Markt sein.

178. Zur Plausibilisierung der Marktanteilsschätzungen der Zusammenschlussparteien hat das Sekretariat Daten der PostCom des jährlichen Reportings, welches alle bei der PostCom ordentlich registrierten Unternehmen ausfüllen müssen¹⁸¹, ausgewertet. Die von den Zusammenschlussparteien vorgenommenen Marktanteilsschätzungen stimmen in diesem Markt mit denjenigen der PostCom grundsätzlich überein.¹⁸²

179. Aus den Ergebnissen der Befragungen der Kunden der Post und von Quickmail geht klar hervor, dass neben der Post und Quickmail in allen Briefpostmärkten keine oder kaum andere Wettbewerber existieren. Aufgrund der nur durch die Post sichergestellten vollständigen nationalen Abdeckung sind selbst Quickmail Kunden teilweise auf die Post angewiesen.

180. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb nach dem Vollzug des Zusammenschlusses insgesamt als inexistent zu qualifizieren ist.

II. Potenzieller Wettbewerb

181. Den Zusammenschlussparteien ist gemäss Meldung weder bekannt, dass in den letzten fünf Jahren neue Anbieter in diesen Markt eingetretenen wären, noch dass in den kommenden drei Jahren neue Anbieter einen Markteintritt planen würden.¹⁸³

182. Gemäss den Zusammenschlussparteien verursacht ein Markteintritt hohe Kosten: Einerseits seien gros-

se Investitionen sowohl in physische Infrastruktur (insbesondere Lagerung, Sortierung) wie auch in IT-Infrastruktur sowie der Aufbau eines Distributionsnetzes nötig. Dies mache andererseits eine Expansion in ausreichendem Umfang erforderlich, um die Rentabilität zu erreichen bzw. die in Netzwerkindustrien entscheidenden Grössen- und Dichtevorteile («economies of scale and density») zu erzielen. Entsprechend sei von einem relativ langen zeitlichen Vorlauf eines Markteintritts und einem hohen Investitionsrisiko auszugehen. Letzteres werde von der aktuellen Marktentwicklung (schrumpfender Markt¹⁸⁴) noch verstärkt. Bei einem Markteintritt in einem klar definierten geographischen Gebiet und/oder mit einem eng definierten Leistungsangebot würden die Kosten zwar tiefer ausfallen, doch auch in dieser Konstellation müsste die Anforderung an die Dichte und Menge erfüllt sein, um Rentabilität sicherzustellen.¹⁸⁵

183. Dass höchstens ein beschränktes Interesse an einem Markteintritt besteht, zeige auch, dass in der jüngeren Vergangenheit staatliche oder ehemals staatliche Postanbieter im Ausland keine Investitionen in private Briefpostanbieter getätigt, sondern im Gegenteil entsprechende Beteiligungen reduzierten hätten. Auch habe es in Europa seitens privater Briefpostanbieter in den letzten 10 Jahren keine grenzüberschreitenden Unternehmenskäufe gegeben.¹⁸⁶

184. Schliesslich sei auch Rahmen der beiden Bieterverfahren, die im Hinblick auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben durchgeführten wurden, nur ein sehr beschränktes Interesse an der Übernahme von Quickmail vorhanden gewesen¹⁸⁷ (vgl. Kap. B.4.3.3).

¹⁷⁸ Meldung, Rz 237 (act 484).

¹⁷⁹ Meldung, Rz 389 (act 484).

¹⁸⁰ RPW 2020/2, 556 Rz 736, *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹⁸¹ Jahresbericht 2022 der eidgenössische Postkommission PostCom, 49, <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Jahresberichte/012-POC-2301_JB2022_210x297_DE_RZ_20230821.pdfmin.ch> (17.11.2023). Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die von der PostCom betrachteten Märkte zwar grundsätzlich mit den vorliegenden Marktabgrenzungen übereinstimmen, im Detail jedoch gewisse Differenzen bestehen (z.B. bezüglich der Zuweisung von Kleinwarensendungen zu Paketen oder Briefsendungen gemäss Rz 196).

¹⁸² Amtshilfe PostCom (act 9).

¹⁸³ Meldung, Rz 415 f. (act 484).

¹⁸⁴ Meldung, Rz 348 ff. (act 484).

¹⁸⁵ Meldung, Rz 417 ff. (act 484).

¹⁸⁶ Meldung, Rz 175, 185 (act 484).

¹⁸⁷ Meldung, Rz 168 ff. (act 484).

185. Die Zusammenschlussparteien gelangen zum Schluss, dass in den Briefpostmärkten aufgrund der nötigen hohen Investitionen und der grossen Sendungsvolumina, die erforderlich seien, um profitabel zu wirtschaften, sowie der bestehenden Marktstellung der Post mit einer 100%-igen Haushaltsabdeckung und dem Briefmonopol, nicht mit Markteintritten zu rechnen sei.¹⁸⁸

186. Nach Ansicht der WEKO gibt es keine Gründe, die den Ausführungen der Zusammenschlussparteien entgegenstehen. Die Kosten und Risiken eines Markteintritts sind als hoch zu betrachten. Quickmail dürfte die einzige Anbieterin sein, die seit der Absenkung des Briefmonopols auf 50 Gramm 2009 in den Markt eingetreten ist. Die beiden Bieterverfahren im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sowie die entsprechenden Befragungen durch das Sekretariat deuten ebenfalls darauf hin, dass auch aktuell bzw. künftig kaum ein ernsthaftes Interesse an einem Markteintritt besteht. Schliesslich wäre die Post nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die einzige Anbieterin auf dem Markt und könnte noch stärker als heute Skalen- und Dichteeffekte realisieren. Unter diesen Umständen erscheint ein künftiger Markteintritt als höchst unrealistisch.

187. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz insgesamt als inexistent zu qualifizieren ist.

III. Stellung der Marktgegenseite

188. In den Briefmärkten ist die Marktgegenseite der Post wenig konzentriert. Auch wenn einzelne Kunden hohe Umsätze mit der Post realisieren, besteht in der Regel höchstens ein eingeschränktes Drohpotenzial hinsichtlich einer Abwanderung zu einer Konkurrentin, da viele Kunden selbst zu einem grossen Teil mangels Alternativen auf die Leistungen der Post angewiesen sind (z.B. aufgrund der Versände von Briefen im Monopolbereich oder dem beschränkten Angebot der Konkurrenz).¹⁸⁹ Ausserdem führt das Zusammenschlussvorhaben im vorliegenden Markt dazu, dass die einzige Konkurrentin der Post vom Markt verschwindet. Ein allfällig bestehendes Drohpotenzial würde somit automatisch hinfällig. Im Übrigen wurde eine allfällige Verhandlungsmacht der Marktgegenseite in den Briefmärkten von den Zusammenschlussparteien auch nicht vorgebracht.

IV. Zwischenergebnis

189. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung der Post auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden festgestellt.¹⁹⁰ Insoweit diese marktbeherrschende Stellung auch aktuell besteht – wofür es angesichts der Marktanteile sowie der Marktbedingungen weiterhin klare Anhaltspunkte gibt – führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu einer Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung. Selbst wenn aktuell keine marktbeherrschende Stellung der Post bestünde, würde das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen, da die Post nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens alleinige Anbieterin

auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden ist.

V. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

190. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine marktbeherrschende Stellung, da die Post nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens alleinige Anbieterin auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden ist. Weil auch potenzieller Wettbewerb in diesem Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann und keine Disziplinierung durch die Marktgegenseite besteht, würde der Wettbewerb zudem gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt.

VI. Ergebnis

191. Die WEKO gelangt im Rahmen der Prüfung zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verstärkt. Ausserdem beseitigt das Zusammenschlussvorhaben den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt. Die Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für den Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden gegeben.

B.4.2.2.2. Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden

I. Aktueller Wettbewerb

192. Tabelle 4 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

¹⁸⁸ Meldung, Rz 163 ff. (act 484).

¹⁸⁹ RPW 2020/2, 567 Rz 805 f., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

¹⁹⁰ RPW 2020/2, 625 Disp. Ziff. 1, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

		Gesamtmarkt ¹⁹¹	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber			
			Post	Quick-mail	gemeinsam	DHL Express	Spring GDS	UPS	DPD
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[0-10] %	[80-100] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[0-10] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[80-90] %	[0-10] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 4: Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden¹⁹²

193. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [70-80] %, während auf Quickmail ein Marktanteil von [0-10] % entfällt.

194. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren stabil geblieben sind.

195. Die Post wird gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [80-90] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber ist die DHL Express (Schweiz) AG mit einem Marktanteil von rund [0-10] %. Die Differenz in Bezug auf den Marktanteil zwischen der Post und dem grössten Wettbewerber beträgt somit [70-80] Prozentpunkte.

196. Den Zusammenschlussparteien lägen keine Informationen zum Umsatzvolumen und den Marktanteilen der Wettbewerber vor. Die Schätzung der Marktanteile der Wettbewerber basiere deshalb auf einem «Best Guess» gestützt auf internes Expertenwissen und (unvollständige) verfügbare Marktdaten und -informationen. Würden Sendungen mit Kleinwaren, die gemäss der *Universal Postal Union Convention* als Briefsendungen gelten, dem Paketbereich zugeordnet, läge der Marktanteil der Post nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bei [80-90] %.¹⁹³

197. Im Vergleich mit den Daten der PostCom liegen die von den Zusammenschlussparteien geschätzten Marktanteile für die Post rund 5-10 Prozentpunkte tiefer und diejenigen für die Wettbewerber entsprechend höher.¹⁹⁴ Aus Sicht der WEKO dürfte sich diese Differenz jedoch nicht auf die Beurteilung der Marktsituation auswirken.

198. Bezüglich der Ergebnisse der Befragungen der Kunden der Post und von Quickmail sei grundsätzlich auf Rz 179 verwiesen. In Ergänzung dazu wurde in den Befragungen vereinzelt erwähnt, dass gegebenenfalls auf einen anderen Anbieter als die Post bzw. Quickmail ausgewichen werden könne. Dies deutet auf einen gewissen Restwettbewerb hin, wobei teilweise festgehalten wurde, dass ein Wechsel selbst bei höheren Preisen der Post unattraktiv wäre, u.a. weil nicht mehr «alles aus einer Hand» bezogen werden könne (inkl. Sendungen im reservierten Dienst). Ein Wettbewerber müsse des-

halb deutlich günstiger anbieten als die Post, damit er als Alternative in Frage käme.

199. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb nach dem Vollzug des Zusammenschlusses insgesamt als schwach zu qualifizieren ist.

II. Potenzieller Wettbewerb

200. Im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb kann auf die Ausführungen in Rz 182 verwiesen werden. In Ergänzung dazu kann festgestellt werden, dass selbst vergleichsweise grosse internationale Konzerne wie DHL, die mutmasslich über substanzielle finanzielle Ressourcen und entsprechendes Knowhow verfügen und dadurch möglicherweise am ehesten für erfolgreiche Markteintritte in Frage kämen, unverändert einstellige Marktanteile aufweisen. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz insgesamt als schwach bzw. inexistent zu qualifizieren ist.

III. Zwischenergebnis

201. Angesichts des Marktanteils der Post von rund [70-80] % im Jahr 2022 und einem Vorsprung auf den grössten Wettbewerber von [70-80] Prozentpunkten sowie dem schwachen potenziellen Wettbewerb bestehen starke Anhaltspunkte, dass die Post auf dem Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Folglich verstärkt das Zusammenschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post.

¹⁹¹ Da die Zusammenschlussparteien über keine Angaben zu den Gesamtmarktumsätzen respektive den Umsätzen der Wettbewerber verfügen, wurden diese basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien zu den Umsätzen und Marktanteilen der Post respektive von Quickmail hochgerechnet.

¹⁹² Meldung, Rz 249, 400 (act 484).

¹⁹³ Meldung, Rz 397, 400 f. (act 484).

¹⁹⁴ Amtshilfe PostCom (act 9).

IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

202. Nach der Praxis der WEKO schliesst das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht aus. Wirksamer Wettbewerb kann auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nicht mehr als Konkurrenten verhalten können. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. Mit anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.¹⁹⁵

203. Wie vorangehend dargelegt bestehen Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt diese mögliche Marktbeherrschung.

204. Damit würde das Zusammenschlussvorhaben gleichsam die Möglichkeit verstärken, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder davon fernzuhalten und damit den wirksamen Wettbewerb im Markt für international

adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden zu beseitigen.

V. Ergebnis

205. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) ausgehende Postsendungen von Geschäftskunden. Ob sich die Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung erhärten lassen und insbesondere ob das Zusammenschlussvorhaben der Post die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, kann vorliegend jedoch offengelassen werden, weil bereits im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 KG festgestellt wurde.

B.4.2.2.3. Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm

I. Aktueller Wettbewerb

206. Tabelle 5 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

		Gesamtmarkt ¹⁹⁶	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			Post	Quickmail	gemeinsam	DHL Express	UPS	DPD
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	90-100 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 5: Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm¹⁹⁷

207. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [90-100] %, während auf Quickmail ein Marktanteil von [0-10] % entfällt.

208. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren stabil geblieben sind.

209. Die Post wird gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [90-100] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber ist die DHL Express (Schweiz) AG mit einem Marktanteil von rund [0-10] %. Die Differenz in Bezug auf den Marktanteil zwischen der Post und dem grössten Wettbewerber beträgt somit [80-90] Prozentpunkte.

210. Den Zusammenschlussparteien lägen keine Informationen zum Umsatzvolumen und den Marktanteilen der Wettbewerber vor. Die Schätzung der Marktanteile der Wettbewerber basiere deshalb auf einem «Best Guess» gestützt auf internes Expertenwissen und (unvollständige) verfügbare Marktdaten und -informationen. Würden Sendungen mit Kleinwaren, die gemäss der *Universal Postal Union Convention* als Briefsendungen

¹⁹⁵ RPW 2018/4, 899 f 217 f, AZ Medien / NZZ m.w.H.

¹⁹⁶ Da die Zusammenschlussparteien über keine Angaben zu den Gesamtmarktumsätzen respektive den Umsätzen der Wettbewerber verfügen, wurden diese basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien zu den Umsätzen und Marktanteilen der Post respektive von Quickmail hochgerechnet.

¹⁹⁷ Meldung, Rz 259, 403 (act 484).

gelten, dem Paketbereich zugeordnet, läge der Marktanteil der Post nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bei [90-100] %.¹⁹⁸

211. Die von den Zusammenschlussparteien vorgenommenen Marktanteilsschätzungen stimmen in diesem Markt mit denjenigen der PostCom grundsätzlich überein.¹⁹⁹

212. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb insgesamt als schwach zu qualifizieren ist.

II. Potenzieller Wettbewerb

213. Im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb kann auf die Ausführungen in Rz 182 verwiesen werden. In Ergänzung dazu kann festgestellt werden, dass selbst vergleichsweise grosse internationale Konzerne wie DHL, die mutmasslich über substanzielle finanzielle Ressourcen und entsprechendes Knowhow verfügen und dadurch möglicherweise am ehesten für erfolgreiche Markteintritte in Frage kämen, unverändert einstellige Marktanteile aufweisen. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz insgesamt als schwach bzw. inexistent zu qualifizieren ist.

III. Zwischenergebnis

214. Angesichts des Marktanteils der Post von rund [90-100] % im Jahr 2022 und einem Vorsprung auf den grössten Wettbewerber von [80-90] Prozentpunkten sowie dem schwachen potenziellen Wettbewerb bestehen starke Anhaltspunkte, dass die Post auf dem Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm möglicherweise bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Folglich verstärkt das Zusammenschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post.

IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

215. Nach Praxis der WEKO muss für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Wettbe-

werb nicht vollständig ausgeschaltet werden (vgl. Rz 202).

216. Wie vorangehend dargelegt bestehen Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt diese mögliche Marktbeherrschung.

217. Damit würde das Zusammenschlussvorhaben gleichsam die Möglichkeit verstärken, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder davon fernzuhalten und damit den wirksamen Wettbewerb im Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm zu beseitigen.

V. Ergebnis

218. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für international adressierte (grenzüberschreitende) eingehende Postsendungen von Geschäftskunden und Privatkunden in der Schweiz über 50 Gramm. Ob sich die Anhaltspunkte für eine bestehende marktbeherrschende Stellung erhärten lassen und insbesondere ob das Zusammenschlussvorhaben der Post die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, kann vorliegend jedoch offengelassen werden, weil bereits im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 KG festgestellt wurde.

B.4.2.2.4. Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen

I. Aktueller Wettbewerb

219. Tabelle 6 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

		Gesamtmarkt ²⁰⁰	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber
			Post	Quickmail	gemeinsam	Regionale
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	[0-10] %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	[90-100] %	[0-10] %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	-	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	-	[90-100] %	[0-10] %

Tabelle 6: Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen²⁰¹

¹⁹⁸ Meldung, Rz 402 ff. (act 484).

¹⁹⁹ Amtshilfe PostCom (act 9).

²⁰⁰ Da die Zusammenschlussparteien über keine Angaben zu den Gesamtmarktumsätzen respektive den Umsätzen der Wettbewerber

verfügen, wurden diese basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien zu den Umsätzen und Marktanteilen der Post respektive von Quickmail hochgerechnet.

²⁰¹ Meldung, Rz 268, 405 f. (act 484).

220. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [90-100] %, während auf Quickmail ein Marktanteil von [0-10] % entfällt.

221. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren grundsätzlich stabil geblieben sind. Es ist allerdings ersichtlich, dass der Marktanteil von Quickmail nach dem Markteintritt 2021 auf tiefem Niveau stark angestiegen ist.

222. Die Post wird gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [90-100] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Die verschiedenen regionalen Wettbewerber vereinen einen Marktanteil von rund [0-10] % auf sich. Die Differenz in Bezug auf den Marktanteil zwischen der Post und dem grössten Wettbewerber beträgt somit mehr als [80-90] Prozentpunkte.

223. Auf Ebene der nationalen Verteilung seien den Zusammenschlussparteien neben der Post und Quickmail keine weiteren Anbieter bekannt. Für die auf regionaler Ebene tätigen fünf weiteren Anbieter würden die Marktanteile basierend auf den durch diese selber akquirierten und im Rahmen der Partnerzustellung an die Post übergebenen Sendungen sowie gestützt auf internes Expertenwissen geschätzt. Weil nicht bekannt sei, welche Sendungsvolumina die regionalen Anbieter für ihr eigenes Gebiet akquirieren bzw. allenfalls untereinander im Rahmen der Partnerzustellung austauschen, gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass der Marktanteil der Zusammenschlussparteien eher tiefer liegen dürfte.²⁰²

224. Die PostCom verfügt über keine Daten zu Volumina und Umsätzen, die mit unadressierten Sendungen erzielt werden. Entsprechend ist kein Vergleich möglich.

225. Würde eine regionale räumliche Marktabgrenzung auf Basis der Verteilnetze der fünf Zustellorganisationen erfolgen, ergäben sich entsprechend fünf Märkte für die regionale Zustellung unadressierter Sendungen in den jeweiligen Verteilgebieten. Aufgrund der fehlenden Informationen zu den von den Zustellorganisationen selbst akquirierten und untereinander im Rahmen der Partnerzustellung übergebenen Sendungen sei es den Zusammenschlussparteien nicht möglich, für die regional abgegrenzten Märkte Marktanteilsschätzungen vorzunehmen. Die Zusammenschlussparteien gehen jedoch davon aus, dass das Zusammenschlussvorhaben nur geringfügige Auswirkungen auf die entsprechenden Marktsituationen hätte, u.a. weil die Post an zwei der fünf regionalen Anbietern (Schazo und Somedia) eine Beteiligung halte.²⁰³

226. Es ist davon auszugehen, dass die Marktanteile der Post und von Quickmail in den Verteilgebieten der fünf regionalen Anbieter tiefer sein dürften als bei einer nationalen Betrachtung. Dies, weil die regionalen Anbieter wohl primär in ihrem eigenen Verteilgebiet tätig und für Sendungen in andere Regionen auf die Partnerzustellung angewiesen sind. Daraus ergibt sich, dass die Konkurrenzsituation für die Post und Quickmail auf dem vorliegend im Zentrum stehenden schweizweit abgegrenzten Markt schwächer ausfallen dürfte als auf regio-

ner Ebene. Aus wettbewerblicher Sicht erscheint eine Betrachtung des schweizweit abgegrenzten Marktes deshalb als angezeigt.

227. Bezüglich der Ergebnisse der Befragungen der Kunden der Post und von Quickmail sei grundsätzlich auf Rz 179 verwiesen. In Ergänzung dazu wurde in den Befragungen vereinzelt erwähnt, dass gegebenenfalls auf einen anderen Anbieter als die Post bzw. Quickmail ausgewichen werden könne. Dies deutet auf einen gewissen Restwettbewerb hin.

228. Die WEKO gelangt zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb nach dem Vollzug des Zusammenschlusses insgesamt als schwach zu qualifizieren ist.

II. Potenzieller Wettbewerb

229. Den Zusammenschlussparteien ist gemäss Meldung weder bekannt, dass in den letzten fünf Jahren neue Anbieter in diesen Markt eingetreten wären (mit Ausnahme von Quickmail), noch dass in den kommenden drei Jahren neue Anbieter einen Markteintritt planen würden.²⁰⁴

230. Gemäss den Zusammenschlussparteien seien die Markteintrittsbarrieren für die Zustellung unadressierter Sendungen eher tief und ein Markteintritt entsprechend relativ rasch möglich. Es würden einzig ein Tourenplanungssystem sowie Zustellpersonal benötigt. Allerdings liege die Herausforderung darin, dass die Sendungsmengen nachhaltig zurückgingen und damit die zwischen zwei Zustellpunkten zurückgelegte Strecke rechnerisch immer länger werde.²⁰⁵

231. Dass ein neuer Anbieter im Markt für unadressierte Sendungen grundsätzlich Fuss fassen kann, zeigt das Beispiel von Quickmail. Auf noch tiefem Niveau konnte in kurzer Zeit ein substanzielles Wachstum erzielt werden. Zudem könnte die durch die Post angekündigte Einstellung der Zustellorganisation der zu 100 % zum Post-Konzern gehörenden Direct Mail Company (DMC) auf Juni 2024²⁰⁶ Marktopportunitäten für Drittanbieter von unadressierten Sendungen eröffnen.

232. Im Übrigen kann jedoch grundsätzlich der Argumentation der Zusammenschlussparteien gefolgt werden, wonach die nachhaltig sinkenden Mengen²⁰⁷ (u.a. aufgrund vermehrter «Bitte keine Werbung»-Kleber an den Briefkästen²⁰⁸) einen Markteintritt wenig attraktiv erscheinen liessen. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz, insbesondere nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens, insgesamt als eher schwach zu qualifizieren ist.

²⁰² Meldung, Rz 269 ff., 405 f. (act 484).

²⁰³ Meldung, 273 ff. (act 484).

²⁰⁴ Meldung, Rz 415 f. (act 484).

²⁰⁵ Meldung, Rz 423 f. (act 484).

²⁰⁶ Medienmitteilung der Post vom 25. Oktober 2023, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2023/immer-weniger-physische-werbung-dmc-beabsichtigt-einstellung-der-zustellorganisation>> (9.11.2023).

²⁰⁷ Meldung, Rz 348 ff. (act 484).

²⁰⁸ Meldung, Rz 64 (act 484).

III. Zwischenergebnis

233. Angesichts des Marktanteils der Post von rund [90-100] % im Jahr 2022 und einem Vorsprung auf den grössten Wettbewerber von [80-90] Prozentpunkten sowie dem schwachen potenziellen Wettbewerb bestehen starke Anhaltspunkte, dass die Post auf dem Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Folglich verstärkt das Zusammenschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post.

IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

234. Nach Praxis der WEKO muss für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden (vgl. Rz 202).

235. Wie vorangehend dargelegt bestehen Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt diese mögliche Marktbeherrschung.

236. Damit würde das Zusammenschlussvorhaben gleichsam die Möglichkeit verstärken, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder davon fernzuhalten und damit

den wirksamen Wettbewerb im Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen zu beseitigen.

V. Ergebnis

237. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für die nationale Zustellung unadressierter Sendungen. Ob sich die Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung erhärten lassen und insbesondere ob das Zusammenschlussvorhaben der Post die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, kann vorliegend jedoch offengelassen werden, weil bereits im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 KG festgestellt wurde.

B.4.2.2.5. Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften

I. Aktueller Wettbewerb

238. Tabelle 7 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

		Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien		
			Post	Quickmail	gemeinsam
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	100 %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	100 %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[90-100] %	[0-10] %	100 %

Tabelle 7: Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften²⁰⁹

239. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [90-100] %, während auf Quickmail ein Marktanteil von [0-10] % entfällt. Den Zusammenschlussparteien sind keine weiteren Wettbewerber auf dem Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften bekannt.²¹⁰

240. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind.

241. Die Post wird somit gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von 100 % auf sich vereinen. Die von den Zusammenschlussparteien vorgenommenen Marktanteilsschätzungen stimmen in diesem Markt mit denjenigen der PostCom grundsätzlich überein.²¹¹

242. Würde eine regionale räumliche Marktabgrenzung auf Basis der WEMF-Gebiete oder Sprachregionen erfolgen, ergäben sich keine abweichenden Auswirkungen

des Zusammenschlussvorhabens, da gemäss den Zusammenschlussparteien keine weiteren Wettbewerber in diesem Markt tätig seien.

243. Bezüglich der Ergebnisse der Befragungen der Kunden der Post und von Quickmail sei auf Rz 179 verwiesen.

244. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb nach dem Vollzug des Zusammenschlusses insgesamt als inexistent zu qualifizieren ist.

²⁰⁹ Meldung, Rz 288 (act 484).

²¹⁰ Meldung, Rz 287, 407 (act 484).

²¹¹ Amtshilfe PostCom (act 9).

II. Potenzieller Wettbewerb

245. Den Zusammenschlussparteien ist gemäss Meldung weder bekannt, dass in den letzten fünf Jahren neue Anbieter in diesen Markt eingetreten wären, noch dass in den kommenden drei Jahren neue Anbieter einen Markteintritt planen würden.²¹²

246. Im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb kann ansonsten auf die Ausführungen in Rz 229 f. verwiesen werden. In Ergänzung dazu kann festgestellt werden, dass die Medienhäuser, die im Rahmen der Bieterverfahren in Bezug auf Quickpac und Quickmail als potenzielle Kaufinteressentinnen angefragt wurden, kein Interesse an einem Kauf bzw. einer Beteiligung äusserten. Dies deutet darauf hin, dass auch die grössten Kunden der Post und Quickmail in diesem Markt kaum einen Markteintritt tätigen werden.

247. Im Übrigen kann grundsätzlich der Argumentation der Zusammenschlussparteien gefolgt werden, wonach die nachhaltig sinkenden Sendungsmengen einen Markteintritt wenig attraktiv erscheinen liessen.²¹³ Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass die potenzielle Konkurrenz insgesamt als schwach zu qualifizieren ist.

III. Zwischenergebnis

248. Angesichts des Marktanteils der Post von rund [90-100] % im Jahr 2022 und einem Vorsprung auf den grössten Wettbewerber von über [80-90] Prozentpunkten sowie dem voraussichtlich schwachen potenziellen Wettbewerb bestehen starke Anhaltspunkte, dass die Post im Markt für die Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Folglich verstärkt das Zusammenschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post.

IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

249. Wie vorangehend dargelegt bestehen Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt diese mögliche Marktbeherrschung. Gleichzeitig würde der wirksame Wettbewerb vollständig beseitigt, da nach dem Zusammenschluss die Post als alleinige Anbieterin in diesem Markt verbleiben würde.

V. Ergebnis

250. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG oder begründet eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften. Da durch das Zusammenschlussvorhaben die einzige verbleibende Konkurrentin der Post vom Markt verschwinden würde, wird der wirksame Wettbewerb durch das Zusammenschlussvorhaben vollständig beseitigt.

B.4.2.2.6. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Geschäftskunden

I. Aktueller Wettbewerb

251. Da die Post gemäss Art. 18 Abs. 1 PG das ausschliessliche Recht besitzt, Briefe bis 50 Gramm zu befördern (reservierter Dienst), sind andere Anbieter in diesem Bereich vom Wettbewerb ausgeschlossen. Mit anderen Worten beträgt der Marktanteil der Post 100 %.

II. Potenzieller Wettbewerb

252. Da Quickmail gemäss Aussagen der Zusammenschlussparteien u.a. im Hinblick auf die mehrmals angekündigte bzw. diskutierte Aufhebung des Briefmonopols gegründet wurde, ist davon auszugehen, dass Quickmail in den möglichen Märkten des reservierten Dienstes eine potenzielle Konkurrentin der Post wäre (vgl. Rz 148 f.). Darauf deutet auch die Aussage der Zusammenschlussparteien hin, wonach in der aktuellen Lage nur die Aufhebung des Briefmonopols per 1. Januar 2024 Quickmail eine Perspektive geben würde.²¹⁴

253. Im Übrigen sei auf die Ausführungen Rz 182 verwiesen. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass ohne eigenständige Quickmail in den möglichen Märkten des reservierten Dienstes keine potenzielle Konkurrenz besteht.

III. Zwischenergebnis

254. Aufgrund der vorbehaltenen Vorschrift sind die in diesem Kapitel beschriebenen Märkte des reservierten Dienstes nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Es kann jedoch festgestellt werden, dass, sollte das bestehende Briefmonopol dereinst aufgehoben werden, die wohl einzige realistische potenzielle Konkurrenz der Post durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wegfällt.

B.4.2.2.7. Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich

I. Aktueller Wettbewerb

255. Tabelle 8 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

²¹² Meldung, Rz 415 f. (act 484).

²¹³ Meldung, 423 f., Fn 349 (act 484).

²¹⁴ Meldung, Rz 65 (act 484).

		Gesamtmarkt ²¹⁵	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			Post	Quickpac	gemeinsam	Planzer KEP	DPD	DHL Express
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[0-10] %	[80-100] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[70-80] %	[0-10] %	[70-80] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[80-90] %	[0-10] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 8: Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich²¹⁶

256. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [70-80] %, während auf Quickpac ein Marktanteil von [0-10] % entfällt.

257. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren grundsätzlich stabil geblieben sind. Es ist allerdings ersichtlich, dass der Marktanteil von Quickpac nach dem Markteintritt 2019 auf tiefem Niveau stark angestiegen ist.

258. Die Post wird gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [80-90] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber ist die DPD (Schweiz) AG mit einem Marktanteil von rund [10-20] %. Die Differenz in Bezug auf den Marktanteil zwischen der Post und dem grössten Wettbewerber beträgt somit [70-80] Prozentpunkte. Die von den Zusammenschlussparteien vorgenommenen Marktanteilsschätzungen stimmen in diesem Markt mit denjenigen der PostCom grundsätzlich überein.²¹⁷

259. Dass die Wettbewerber nur beschränkt in Konkurrenz zur Post treten können, zeigt sich auch darin, dass gemäss den Zusammenschlussparteien im Falle einer Liquidation von Quickpac deren Marktanteil der Post zufallen würde, da andere Anbieter wie bspw. [...] nach Einschätzung der Post gar nicht die Kapazität hätten, mittelfristig die Volumina von Quickpac zu übernehmen. [...].²¹⁸

260. Aus den Ergebnissen der Befragungen der Kunden der Post und von Quickpac geht hervor, dass Anbieterwechsel z.B. bei Preiserhöhungen der Post geprüft würden und in der Vergangenheit teilweise vollzogen worden seien. Verschiedentlich wurde jedoch erwähnt, dass trotz vorhandener Konkurrenz ein Wechsel nicht zielführend bzw. gewünscht sei, z.B. weil die Post «alles aus einer Hand» anbiete oder weil die Wettbewerber nicht in der Lage seien, die Kundenbedürfnisse zu erfüllen (z.B. im Hinblick auf das Sendungsvolumen, die Liefersgeschwindigkeit oder die Zustelltage). Ein Wettbewerber müsste deshalb deutlich günstiger anbieten als die Post, damit er als Alternative in Frage käme. Trotz verfügbarer Alternativen ist deshalb nur von einem beschränkten Restwettbewerb auszugehen.

261. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der aktuelle Wettbewerb nach dem Vollzug des Zusammenschlusses insgesamt als relativ schwach zu qualifizieren ist.

II. Potenzieller Wettbewerb

262. Im Jahr 2019 sei neben Quickpac Planzer KEP in den Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich eingetreten. Daneben seien alternative Angebote entstanden wie die PickMup Boxen der Migros bzw. die Lieferung in die Migros-Filialen oder die Plattform Annanow, die über eine cloudbasierte Lieferkette eine lokale Lieferung mit vor Ort verfügbaren Verkehrsteilnehmenden (z.B. Taxis, Kuriere oder Private) ermögliche.²¹⁹

263. In den nächsten drei Jahren sei gemäss Zusammenschlussparteien ein potenzieller Markteintritt von E-Commerce Plattformen bzw. Händlern grundsätzlich denkbar. Solche hätte im Ausland bereits stattgefunden (z.B. Amazon in Deutschland, Österreich und Italien). In der Schweiz könnte aus Sicht der Zusammenschlussparteien z.B. ausserdem [...] grössere Mengen [...] selber bewältigen.²²⁰

²¹⁵ Da die Zusammenschlussparteien über keine Angaben zu den Gesamtmarktumsätzen respektive den Umsätzen der Wettbewerber verfügen, wurden diese basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien zu den Umsätzen und Marktanteilen der Post respektive von Quickpac hochgerechnet.

²¹⁶ Meldung, Rz 297, 408 ff. (act 484).

²¹⁷ Amtshilfe PostCom (act 9).

²¹⁸ Meldung, Rz 161 (act 484).

²¹⁹ Meldung, Rz 414 (act 484).

²²⁰ Meldung, Rz 416 (act 484).

264. Auf der anderen Seite gehen die Zusammenschlussparteien wie bei den Briefpostmärkten davon aus, dass für einen Markteintritt in den Paketpostmarkt eine hoch entwickelte IT-Infrastruktur, eine umfassende physische Infrastruktur (Sortierung, Lagerung) sowie ein entsprechendes Distributionsnetz nötig seien. Auch im Paketpostmarkt sei die Grösse und die Dichte eines Netzwerks zentral, was hohe Investitionen und einen relativ langen zeitlichen Vorlauf erforderlich mache. Die Investitionen in die Infrastruktur seien noch höher als im Fall der Briefpostmärkte.

265. Die in Rz 263 erwähnten E-Commerce Plattformen bzw. Händler würden indes über gesicherte Mengen verfügen, was das Risiko des Markteintritts verringere.²²¹ Ferner befände sich der Paketpostmarkt insbesondere aufgrund des Wachstums des E-Commerce in einer längerfristigen Expansionsphase, auch wenn das Wachstum künftig wohl moderater ausfallen dürfte als in den vergangenen Jahren.²²²

266. Trotzdem gelangen die Zusammenschlussparteien zum Schluss, dass im Paketmarkt aufgrund der nötigen hohen Investitionen und der grossen Sendungsvolumina, die erforderlich seien, um profitabel zu wirtschaften, sowie der bestehenden Marktstellung der Post mit einer 100%-igen Haushaltsabdeckung, nicht mit Markteintritten zu rechnen sei.²²³

267. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass der potenzielle Wettbewerb insgesamt als relativ schwach zu qualifizieren ist. Ausserdem würde durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben mit Quickpac eine u.U. mittel- bis längerfristig ernsthafte Konkurrentin der Post aus dem Markt verschwinden.

III. Zwischenergebnis

268. Angesichts des Marktanteils der Post von rund [70-80] % im Jahr 2022 und einem Vorsprung auf den grössten Wettbewerber von knapp [70-80] Prozentpunkten sowie dem schwachen potenziellen Wettbewerb bestehen starke Anhaltspunkte, dass die Post auf dem Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Folglich verstärkt das Zusam-

menschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post.

IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

269. Nach Praxis der WEKO muss für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden (vgl. Rz 202).

270. Wie vorangehend dargelegt bestehen Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt diese mögliche Marktbeherrschung.

271. Damit würde das Zusammenschlussvorhaben gleichsam die Möglichkeit verstärken, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder davon fernzuhalten und damit den wirksamen Wettbewerb im Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich zu beseitigen.

V. Ergebnis

272. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich. Ob sich die Anhaltspunkte für eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung erhärten lassen und insbesondere ob das Zusammenschlussvorhaben der Post die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, kann vorliegend offengelassen werden, weil bereits im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 KG festgestellt wurde.

B.4.2.2.8. Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)

I. Aktueller Wettbewerb

273. Tabelle 9 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

		Gesamtmarkt ²²⁴	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			Post	Quickpac	gemeinsam	Integratoren	Nationale	Regionale
2022	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[30-40] %
2021	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[30-40] %
2020	in Mio. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[30-40] %

Tabelle 9: Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)²²⁵

²²¹ Meldung, Rz 420 ff. (act 484).

²²² Meldung, Rz 356 ff. (act 484).

²²³ Meldung, Rz 163 ff. (act 484).

²²⁴ Da die Zusammenschlussparteien über keine Angaben zu den Gesamtmarktumsätzen respektive den Umsätzen der Wettbewerber

verfügen, wurden diese basierend auf den Angaben der Zusammenschlussparteien zu den Umsätzen und Marktanteilen der Post respektive von Quickpac hochgerechnet.

²²⁵ Meldung, Rz 306, 411 ff. (act 484).

274. Vor dem Zusammenschluss verfügt die Post im Jahr 2022 über einen Marktanteil von rund [20-30] %, während auf Quickpac ein Marktanteil von [0-10] % entfällt.

275. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren grundsätzlich stabil geblieben sind. Es ist allerdings ersichtlich, dass der Marktanteil von Quickpac nach dem Markteintritt 2019 auf tiefem Niveau angestiegen ist.

276. Die Post wird gemessen am Umsatz im Jahr 2022 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer sehr geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Mangels verfügbarer Datengrundlagen stützen sich die Zusammenschlussparteien auf die Marktanteile gemäss Zusammenschlussvorhaben *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.²²⁶ Demnach stammen die wichtigsten Wettbewerber aus den Kategorien internationale Integratoren mit inländischen Expressangeboten (wie z.B. DHL), Anbieter mit Expressnetzen in der Schweiz (wie z.B. Planzer KEP) und lokale sowie regionale Expressanbieter mit meist urbanen Angeboten (wie z.B. Meier Express). Weil die Zusammenschlussparteien nur Marktanteilsschätzungen für ganze Kategorien von Wettbewerbern vornehmen und diese Marktanteile zwischen [20-30] % liegen, ist davon auszugehen, dass die Post die grösste Anbieterin in diesem Markt ist.

277. Im Vergleich mit den Daten der PostCom liegen die von den Zusammenschlussparteien geschätzten Marktanteile für die Post deutlich tiefer (rund [30-40] Prozentpunkte) und diejenigen für die Wettbewerber entsprechend höher.²²⁷ Die Zusammenschlussparteien können sich diese Differenz nicht erklären.²²⁸ Gemäss Auskunft der PostCom dürfte die Differenz in den Abgrenzungskriterien, was als Express- bzw. Kuriersendung gilt und was nicht, liegen. Insbesondere würden gemäss PostCom nicht alle Anbieter garantierte Laufzeiten, sondern teilweise Regellaufzeiten sowie keine Direktfahrten anbieten. Solche Anbieter ordnet die PostCom nicht dem Bereich der Express-Sendungen zu²²⁹, was letztlich dazu führt, dass in den Daten der PostCom der Gesamtmarktumsatz dieses Bereichs tiefer ausfällt als in der Meldung, während der Gesamtmarktumsatz im (deutlich grösseren) Bereich für (Standard) Paketpost etwas höher ist.²³⁰

278. Die Abgrenzung der PostCom scheint sich eher nach technischen Kriterien (z.B. Garantie von Laufzeiten; Direktfahrten ohne Zwischenlagerung) zu richten, während sich die Abgrenzung aus dem Zusammenschlussverfahren *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl* eher an den Bedürfnissen der Marktgegenseite orientiert.²³¹ Vor diesem Hintergrund wird vorliegend grundsätzlich von den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien ausgegangen. Wie sich zeigen wird, kann dies letztlich jedoch offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei höheren Marktanteilen der Post kaum zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen dürfte.

279. Den Daten der PostCom ist im Weiteren zu entnehmen, dass regional und lokal ausgerichtete Wettbe-

werber vergleichsweise geringe Umsätze erwirtschaften.²³² Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Marktanteil der Post ohne die Berücksichtigung dieser Wettbewerber nur unwesentlich höher ausfiele. Umgekehrt dürfte der Marktanteil der Post im Falle einer regionalen oder sogar lokalen Abgrenzung des Marktes eher kleiner ausfallen als bei einer nationalen Betrachtung, da mutmasslich mehr Wettbewerber vorhanden sind.

280. Schliesslich könne gemäss den Zusammenschlussparteien gestützt auf die von der PostCom regelmässig veröffentlichte Liste der gemeldeten privaten Postdienstleistungsfirmen auf eine sich verstärkende aktuelle Konkurrenz geschlossen werden.²³³

281. Aus den Ergebnissen der Befragungen der Kunden der Post und von Quickmail geht hervor, dass Anbieterwechsel z.B. bei Preiserhöhungen der Post geprüft würden und in der Vergangenheit teilweise vollzogen worden seien. Die meisten Befragten scheinen Express-Sendungen jedoch in vergleichsweise geringem Umfang nachzufragen, weshalb diesem Bereich (und damit auch möglichen Anbieterwechseln) eine eher untergeordnete Bedeutung zukommt.

282. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass in diesem Markt aktueller Wettbewerb besteht, der das Marktverhalten der Anbieter bis zu einem gewissen Grad disziplinieren dürfte.

II. Potenzieller Wettbewerb

283. Eine Begründung bzw. eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) erscheint angesichts des aktuellen Wettbewerbs als eher unwahrscheinlich. Entsprechend erübrigt sich die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs grundsätzlich.

284. Es kann jedoch festgehalten werden, dass in den letzten Jahren diverse neue Anbieter in diesen Markt eingetreten sind (vgl. Rz 280), was für eine verstärkte potenzielle Konkurrenz sprechen würde. Andererseits gehen die Zusammenschlussparteien von ähnlich hohen Kosten eines Markteintritts wie im Markt für reguläre (Standard) nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich aus (vgl. Rz 264), wobei diese Kosten für bereits im Paketbereich tätige Anbieter wesentlich tiefer ausfallen dürften, ebenso im Falle eines regionalen oder lokalen Markteintritts.²³⁴

285. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass im Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) in gewissem Umfang potenzieller Wettbewerb bestehen dürfte.

²²⁶ RPW 2018/4, 1004 Rz 91 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

²²⁷ Amtshilfe PostCom (act 9).

²²⁸ Meldung, Fn 250 (act 484).

²²⁹ Amtshilfe PostCom, Antworten auf Rückfragen (act 25).

²³⁰ Amtshilfe PostCom (act 9).

²³¹ Vgl. auch RPW 2020/2, 547 f. 669 ff., *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*.

²³² Amtshilfe PostCom (act 9).

²³³ Meldung, Fn 247 (act 484).

²³⁴ Meldung, Rz 425 f. (act 484).

III. Ergebnis

286. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Post auf dem Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) durch das Zusammenschlussvorhaben.

B.4.2.2.9. Mögliche vertikale und konglomerale Effekte

287. Gemäss den Zusammenschlussparteien führe das Zusammenschlussvorhaben weder zu vertikalen noch zu konglomeraten Wettbewerbswirkungen. Der Grund dafür sei, dass die Quickmail-Gruppe ihre Dienstleistungen ausschliesslich in Märkten anbiete, in denen auch die Post tätig sei.²³⁵

288. Aus Sicht der WEKO sind vorderhand keine vertikalen und/oder konglomeraten Wettbewerbsauswirkungen ersichtlich.

B.4.2.2.10. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt

289. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, der die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst b KG).

290. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt ist nicht ersichtlich. Auch seitens der Zusammenschlussparteien wurden keine entsprechenden Argumente vorgebracht.

B.4.2.2.11. Gesamtwürdigung

291. Gestützt auf die vorangehende Analyse der voraussichtlichen Stellung der Post in den betroffenen Märkten ergibt die Prüfung mit Ausnahme des Marktes für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) grundsätzlich in allen Märkten Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Post.

292. Im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden führt das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Post, durch die wirksamer Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt wird.

293. Eine vollständige Beseitigung wirksamen Wettbewerbs erfolgt auch im Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften. In den übrigen betroffenen Märkten – mit Ausnahme des Marktes die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete) – dürfte das Zusammenschlussvorhaben eine möglicherweise bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Post verstärken. Inwiefern dadurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte, kann vorliegend angesichts der festgestellten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden und im Markt für die nationale Tageszustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften offengelassen werden.

294. Ferner spricht Einiges dafür, dass durch das Zusammenschlussvorhaben jeglicher künftige Wettbewerb in den Märkten des reservierten Dienstes, sollte es der-einst zu einer vollständigen Markttöffnung kommen, mit hoher Wahrscheinlichkeit verunmöglicht wird.

295. Schliesslich gilt es zu bedenken, dass Quickpac derzeit zwar nur kleine Marktanteile aufweist, sich jedoch auf einem starken Wachstumspfad befindet. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit zum Verschwinden eines Unternehmens, das sich künftig auf den nationalen Paketmärkten gegebenenfalls als ernsthafte Konkurrentin der Post etablieren könnte.

296. Demgegenüber gelangen die Zusammenschlussparteien zum Schluss, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben für alle betroffenen Märkte nicht kausal sei für die mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch welche der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, da es sich um eine Sanierungsübernahme handle.²³⁶ Darauf wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung der Failing Company Defence im Detail eingegangen (vgl. Kap. B.4.3).

B.4.3 Failing Company Defence

297. Sind bei einem Zusammenschluss die Eingriffs Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 KG erfüllt, können die Zusammenschlussparteien ausnahmsweise die Failing Company Defence geltend machen. Diese basiert auf der Annahme, dass ein wirtschaftlich angeschlagenes beteiligtes Unternehmen ohne Vollzug des Zusammenschlussvorhabens aus dem Markt ausscheiden und sich dadurch die Wettbewerbsstruktur des Marktes zumindest in gleichem Ausmass verschlechtern würde wie bei Vollzug des geplanten Zusammenschlusses. In einer solchen Konstellation ist der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur bzw. die (prognostizierte) Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse anzusehen (fehlender Kausalzusammenhang). Entscheidend für die Anwendung der Failing Company Defence ist somit ein Vergleich der voraussichtlichen Marktergebnisse mit und ohne Zusammenschluss (sog. counterfactual).²³⁷

²³⁵ Meldung, Rz 307 ff. (act 484).

²³⁶ Meldung, Rz 316 (act 484).

²³⁷ RPW 2006/2, 287 Rz. 174, Emmi/AZM m.w.H.; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/SANDRO TRAVAGLINI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 10, N 169a (nachfolgend: BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI); siehe auch Begründung im ersten Entscheid der EU-Kommission, in welchem die Failing Company Defence erfolgreich angewendet wurde, EU-KOMM, ABl. 1993 L 186/38, Rz 71 f., Kali + Salz/MdK/Treuhand; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31/5 vom 5.2.2004, Rz 89 (nachfolgend: EU-Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse); Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, 73 Rz 182 f. (nachfolgend: BKartA-Leitfaden Fusionskontrolle).

298. Die Weko hat in ihrer bisherigen Praxis in sechs Fällen²³⁸ Zusammenschlüsse trotz möglicher Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gestützt auf die Failing Company Defence und in einem Fall gestützt auf die Failing Division Defence²³⁹ zugelassen.

299. Gemäss Praxis der WEKO ist ein Zusammenschluss nicht kausal für Veränderung der Marktstruktur bzw. für die prognostizierte Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, wenn die folgenden drei Voraussetzungen der Failing Company Defence kumulativ erfüllt sind:²⁴⁰

- Eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen würden ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden.
- Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.²⁴¹
- Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

B.4.3.1 Verschwinden des Unternehmens innert kurzer Zeit

300. Als erste Voraussetzung sieht die Failing Company Defence vor, dass eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden würden. Bei der Beurteilung wird dabei in erster Linie auf die finanzielle Situation abgestellt. So setzte die WEKO bisher je nach Konstellation eine Überschuldung oder einen drohenden Konkurs voraus.²⁴²

301. Der unmittelbar bevorstehende Marktaustritt ist anhand geeigneter Dokumente zu belegen, die blosser Behauptung der beteiligten Unternehmen reicht dabei nicht aus.²⁴³ Der Grad der finanziellen Schwierigkeiten des zu übernehmenden Unternehmens wird allgemein mit dem Begriff der Sanierungsbedürftigkeit umschrieben. Im Einzelfall stellt sich jeweils die Frage, wie erheblich die finanziellen Probleme des sanierungsbedürftigen Unternehmens sein müssen, damit von einem unmittelbar drohenden Marktaustritt auszugehen ist. So wird in der Lehre beispielsweise die Meinung vertreten, dass die erste Voraussetzung der Failing Company Defence grundsätzlich aufgrund einer sog. Fortbestehensprognose nachgewiesen werden sollte. Die Fortbestehensprognose enthält eine begründete Aussage darüber, ob ein Unternehmen nachhaltig seine geschäftlichen Aktivitäten unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen fortführen kann.²⁴⁴ Gemäss Bundeskartellamt scheint ein unmittelbar bevorstehender Marktaustritt bei einer negativen Fortbestehensprognose zudem erst dann festzustehen, wenn die Durchführung einer Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens aufgrund der Unternehmenssituation ausgeschlossen ist.²⁴⁵ Auch die EU-Kommission verwies in der Vergangenheit schon auf rettende Instrumentarien des nationalen Insolvenzrechts, welche im betreffenden Fall erfolglos bzw. nicht erfolgsversprechend waren. In der Folge schienen der Konkurs unausweichlich, wenn nicht ein Käufer für das sanierungsbedürftige Unternehmen gefunden wurde.²⁴⁶

302. Vorliegend machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass der Quickmail Holding als Unternehmens-

gruppe die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung drohe. Ohne externe Finanzierungslösung müsse daher der Konkurs angemeldet werden.²⁴⁷

303. Die Zusammenschlussparteien räumen ein, dass Quickmail zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht überschuldet ist. Hingegen wird geltend gemacht, dass sich aufgrund der erfolgten und prognostizierten Rückgänge der Sendungsvolumina im Briefgeschäft, ein baldiges Verschwinden der Quickmail aus dem Markt abzeichne.²⁴⁸

304. Um vorliegend das erste Kriterium der Failing Company Defence zu beurteilen, wird wie folgt vorgegangen: Zunächst wird die finanzielle Lage von Quickpac, Quickmail und Quickmail Holding jeweils einzeln beleuchtet (vgl. Kap. B.4.3.1.1 – B.4.3.1.3). Würde sich nämlich z.B. zeigen, dass nur eine der Gruppengesellschaften innert kurzer Zeit aus dem Markt ausscheiden würde, könnten die jeweils anderen Gruppengesellschaften allenfalls eigenständig weitergeführt werden, insbesondere wenn dies aus wettbewerblicher Sicht dem Zusammenschlussvorhaben vorzuziehen ist. Danach werden die finanziellen Verflechtungen zwischen Quickmail

²³⁸ RPW 2006/2, 287 ff. Rz 174 ff., *Emmi/AZM*; RPW 2004/2, 518 ff. Rz 173 ff., *NZZ/Espace/Bund*; RPW 2003/3, 547 f. Rz 84 ff., *Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft*; RPW 2002/3, 481 ff. Rz 60 ff., *Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG*; RPW 1999/1, 174 ff., *Batrec AG/Recymet SA*; RPW 1998/1, 54 ff. Rz 69 ff., *Le Temps*.

²³⁹ RPW 2009/3, 299 ff. Rz 299 ff., *Tamedia/PPSR*; Bei der Failing Division Defence ist nicht ein Unternehmen als Ganzes (die mutmasslich «failing company»), sondern nur ein Geschäftsbereich (die mutmasslich «failing division») betroffen. Die Voraussetzungen der Failing Division Defence und der Failing Company Defence sind im Grunde deckungsgleich, allerdings stellt die WEKO wie auch die EU Kommission erhöhte Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen der Failing Division Defence, insb. in Bezug auf das Kriterium des unmittelbar bevorstehenden Verschwindens des Unternehmens bzw. Unternehmensteils aus dem Markt, vgl. RPW 2009/3, 299 ff. Rz 299, 302 – 305, 333, *Tamedia/PPSR*.

²⁴⁰ RPW 2006/2, 287 Rz 176, *Emmi/AZM*; RPW 2004/2, 518 Rz 173, *NZZ/Espace/Bund*; RPW 2003/3, 547 Rz 85, *Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft*; RPW 2002/3, 482 Rz 61, *Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG*; RPW 1999/1, 175, *Batrec AG/Recymet SA*; RPW 1998/1, 54 Rz 71, *Le Temps*.

²⁴¹ Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Emmi/AZM* prüfte die WEKO zusätzlich die neuere Voraussetzung des EU-Rechts, ob die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens ohne den Zusammenschluss unweigerlich für den Markt verloren gingen, RPW 2006/2, 288 Rz. 183 ff. *Emmi/AZM* (siehe nachfolgend B.4.3.2).

²⁴² RPW 2006/2, 287 Rz 177 *Emmi/AZM* m.w.H.

²⁴³ RPW 2006/2, 287 Rz 177 *Emmi/AZM*; vgl. hierzu exemplarisch BKartA-Leitfaden Fusionskontrolle (Fn 237), 74 Rz 184, «Bei der Bewertung können u.a. Dokumente mit folgenden Informationen hilfreich sein: Gewinn- und Verlustentwicklung, Bilanzen, Einstufung durch Rating-Agenturen bzw. «Kreditwürdigkeit», Einstufung durch Lieferanten, sowie Angaben zu verschiedenen Kennzahlen, z.B. EBIT, ROI, Cash Flow, Liquidität, Verschuldungsgrad, Eigenkapitalrentabilität, Eigenkapitalquote, insbesondere im Vergleich zum Branchendurchschnitt. Relevant ist ebenfalls, ob eine Restrukturierung bzw. Refinanzierung möglich erscheint. Massgeblich sind die Umstände des Einzelfalls».

²⁴⁴ M. ULRICH GASSNER/MICHALE BRAUN, Die Failing Company Defence in der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle, Recht der internationalen Wirtschaft RIW 2004, 891 (Heft 12).

²⁴⁵ GASSNER/BRAUN (Fn 244) mit Verweis auf Entscheid des BKartA vom 21.10.2003 i.S. Imation Corp. / EMTEC Magnetics GmbH i.L., Rz 55.

²⁴⁶ EU-KOMM, COMP/M.2314 vom 11.7.2001, Rz 144, *BASF/Eurodiol/Pantochim*.

²⁴⁷ Meldung, Rz 80 ff. (act 484).

²⁴⁸ Meldung, Rz 127 (act 484).

Holding, Quickmail und Quickpac aufgezeigt (vgl. Kap. B.4.3.1.4). Schliesslich erfolgt eine Beurteilung der Liquiditätssituation auf Stufe Quickmail-Gruppe (vgl. Kap. B.4.3.1.5). Letzteres lässt sich damit begründen, dass innerhalb der Quickmail-Gruppe ein *Cash Pooling* betrieben und kurzfristige Liquiditätsengpässe durch [...] zwischen den Gruppengesellschaften ausgeglichen würden. Liquiditätsengpässe betreffen somit jeweils alle Gruppengesellschaften.²⁴⁹

B.4.3.1.1. Finanzielle Lage von Quickpac

305. Quickpac wurde 2019 gegründet und 2022 rückwirkend von Quickmail abgespalten. Der Aufbau von Quickpac habe bisher ein Investment von insgesamt CHF [...] erfordert. Die dadurch entstandenen negativen *Cash-Flows* seien einerseits durch [...] Finanzierungsrunden mit [...] auf Stufe Quickmail Holding (CHF [...]) sowie mittels Querfinanzierung durch flüssige Mittel von Quickmail (CHF [...]) gedeckt worden.²⁵⁰

306. In der Bilanz per 31. Dezember 2022 weist Quickpac einen Bilanzverlust in der Höhe von CHF [...] aus. In den Jahren 2019 bis 2022 hätten die Reinverluste der Division Quickpac CHF [...] (2019), CHF [...] (2020) und CHF [...] (2021) betragen. Folglich arbeite Quickpac seit ihrem Bestehen defizitär.²⁵¹

307. Für das Jahr 2023 erwarten die Zusammenschlussparteien für Quickpac einen Reinverlust von CHF [...].²⁵² Dieser setze sich aus dem bis und mit September 2023 erzielten Ergebnis (Reinverlust von rund CHF [...]) sowie einer Prognose für die verbleibenden drei Monate des Jahres 2023 zusammen. Auf den Monat gerechnet falle der voraussichtliche Verlust bis Ende 2023 geringer aus, weil [...]. Zudem rechnen die Zusammenschlussparteien im Vergleich zum Jahr 2022 mit [...].²⁵³

308. Die Verlustprognose für das Geschäftsjahr 2023 erscheint plausibel. Der prognostizierte Reinverlust bewegt sich zwar deutlich unter dem Niveau von 2022, fällt aber immer noch substantiell aus, weshalb ein baldiges Erreichen des *Break-even Points* nicht realistisch sein dürfte.

309. In Bezug auf den Jahresabschluss 2022 hielt die Revisionsstelle in ihrem Bericht fest, dass Quickpac basierend auf den verfügbaren liquiden Mitteln per 31. Dezember 2022 im Geschäftsjahr 2023 ein Liquiditätsengpass drohen würde. Dies habe im ersten Quartal 2023 eine zusätzliche Finanzierungsrunde mit [...] im Hinblick auf eine baldige externe Finanzierungslösung ausgelöst. Letzteres habe sich in der Folge jedoch nicht ergeben, weil im Rahmen des ersten Bieterverfahrens mit Ausnahme der Post keine Investoren gefunden worden seien (vgl. Kap. B.4.3.3). Im Übrigen seien die bestehenden Aktionäre nicht in der Lage bzw. nicht dazu bereit, erneut finanzielle Mittel einzuschiessen.²⁵⁴ Schliesslich könne auch Quickmail angesichts der eigenen finanziellen Situation Quickpac nicht mehr alimentieren. Im Gegenteil, Quickpac habe sich aufgrund der Querfinanzierungen zu einer Belastung für Quickmail entwickelt (vgl. Rz 313 ff.).²⁵⁵

310. Das fehlende Interesse externer Investoren begründen die Zusammenschlussparteien mit einer generellen Zurückhaltung gegenüber Investments in noch

nicht profitable Start-ups, mit den hohen und zwischen [...] und [...] gestiegenen Verlusten von Quickpac, dem gebrochenen Wachstumstrend im Paketmarkt sowie den generellen aktuellen wirtschaftlichen Unsicherheiten (z.B. Krieg in der Ukraine, Zinserhöhungen). Unter diesen Rahmenbedingungen gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass bei Quickpac in den kommenden Jahren Mittel im Umfang von mindestens CHF [...] notwendig seien, um den Businessplan zu realisieren und den *Break-even Point* im Jahr [...] zu erreichen.²⁵⁶ Die mangelnden externen Fremdfinanzierungsmöglichkeiten würden sich zudem dadurch manifestieren, dass Quickmail Holding gegenüber der aktuell finanzierenden [Hausbank] mit den vereinbarten Amortisationszahlungen in Verzug sei.²⁵⁷

311. Die Entwicklungen im Jahr 2023 hätten schliesslich dazu geführt, dass Quickpac per [...] über ein negatives Eigenkapital von CHF [...] verfüge, nachdem sich dieses Ende 2022 noch auf CHF [...] belief.²⁵⁸

312. Aus Sicht der WEKO legen die Zusammenschlussparteien plausibel dar, dass Quickpac ohne substantielle zusätzliche interne oder externe finanzielle Mittel kurzfristig kaum überlebensfähig ist. Dabei wurde nachvollziehbar aufgezeigt, dass mit Ausnahme der allfälligen Übernahme durch die Post oder möglicherweise einen anderen Investor weder intern noch extern die notwendigen Mittel beschafft werden können, um Quickpac nachhaltig finanziell zu stabilisieren.

B.4.3.1.2. Finanzielle Lage von Quickmail

313. Die Jahresrechnungen 2018 bis 2022 von Quickmail weisen mit Ausnahme des Jahres 2021 einen Bilanzgewinn aus.²⁵⁹ [...] In Bezug auf die Jahre 2019 bis 2022 gelte es zu beachten, dass Quickmail substantielle finanzielle Mittel zum Aufbau von Quickpac in der Höhe von insgesamt CHF [...] beigesteuert habe.²⁶¹

314. In Tabelle 10 sind die Umsätze, Bilanzgewinne und die Absatzmengen der adressierten und unadressierten Sendungen von Quickmail seit 2018 aufgeführt.²⁶²

²⁴⁹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 3 (act 589).

²⁵⁰ Meldung, Rz 101 f. (act 484).

²⁵¹ Meldung, Rz 99 f., 102 f. (act 484); Beilage 34: Bericht der Revisionsstelle betr. Quickpac für das Geschäftsjahr 2022 inkl. Jahresrechnung (act 521).

²⁵² Meldung, Rz 66 (act 484).

²⁵³ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 4 (act 589).

²⁵⁴ Meldung, Rz 107 ff. (act 484).

²⁵⁵ Meldung, Rz 66 (act 484).

²⁵⁶ Meldung, Rz 111 ff. (act 484). [...].

²⁵⁷ Meldung, Rz 116 (act 484).

²⁵⁸ Meldung, Beilage 34: Bericht der Revisionsstelle betr. Quickpac für das Geschäftsjahr 2022 inkl. Jahresrechnung (act 521); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 16 (act 589).

²⁵⁹ Meldung, Beilagen 43 – 47: Quickmail Jahresrechnungen 2018 – 2022 (act 530 – 534).

²⁶⁰ Meldung, Beilage 47: Quickmail Jahresrechnung 2022 (act 534); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 13 (act 589).

²⁶¹ Meldung, Rz 101 f. (act 484).

²⁶² Meldung, Rz 60 (act 484); Beilagen 43 – 47: Quickmail Jahresrechnungen 2018 – 2022 (act 530 – 534).

Kennzahl	2018	2019	2020	2021	2022
Umsatz (Mio. Fr.)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bilanzgewinn (Mio. Fr.)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Adressierte Sendungen (Mio.)	99	107	108	104	98
Unadressierte Sendungen (Mio.)	-	-	-	1	15

Tabelle 10: Entwicklung Umsatz, Bilanzgewinn, Sendungsvolumina von Quickmail (Darstellung Sekretariat)

315. Gestützt auf die in Tabelle 10 aufgeführten Zahlen kann zwar von einer eher stagnierenden Entwicklung ausgegangen werden, ein stark negativer Trend, der unmittelbar zum Marktaustritt von Quickmail führen würde, ist jedoch nicht auszumachen. Es gilt ausserdem festzuhalten, dass Quickmail ins Geschäft mit unadressierten Sendungen erst 2021 eingestiegen ist.

316. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien befindet sich Quickmail aktuell in einer prekären finanziellen Lage mit ebenfalls getrübbten Aussichten. Begründet wird dies primär mit den seit mehreren Jahren rückläufigen Mengen bei den adressierten und unadressierten Sendungen. Gemäss Jahresbericht der PostCom deute alles darauf hin, dass sich diese Entwicklung weiter fortsetze, was auch die aktuellen Geschäftszahlen der Post zeigten, wobei der Rückgang in den Bereichen ausserhalb des reservierten Dienstes ausgeprägter ausfalle als im Monopolbereich.²⁶³

317. Quickmail habe auf die abnehmenden Sendungsvolumina in den Briefpostmärkten strategisch einerseits mit der Lancierung von Quickpac reagiert, um vom generellen Wachstum im E-Commerce-Bereich profitieren zu können. Die dafür nötigen Investitionen seien u.a. mittels Querfinanzierungen von Quickmail finanziert worden. Dadurch habe sich Quickpac jedoch zu einer Belastung für Quickmail entwickelt, weil die entsprechenden Mittel Quickmail nicht mehr für eigene Investitionen und Marketing zur Verfügung gestanden seien.²⁶⁴ Andererseits habe Quickmail das Dienstleistungsportfolio um unadressierte Sendungen ergänzt. In diesem Bereich habe man ab Mitte 2022 relevante Umsätze erzielen können, welche die Verluste im Bereich der adressierten Sendungen jedoch bei weitem nicht hätten kompensieren können, u.a. weil die Deckungsbeiträge bei unadressierten Sendungen im Durchschnitt tiefer seien als bei adressierten Sendungen. Hinzu komme, dass auch die Anzahl unadressierter Sendungen aufgrund des steigenden Anteils von «Bitte keine Werbung»-Klebern und der Verlagerung zu elektronischer Kommunikation stark rückläufig sei. Dies sei im Übrigen auch mit ein Grund, weshalb die Post angekündigt habe, die Zustellorganisation von DMC Mitte 2024 einzustellen.²⁶⁵

318. Ferner sei Quickmail bereits bei ihrer Gründung 2009 davon ausgegangen, dass das Schweizer Briefmonopol perspektivisch fallen werde. Stand heute gebe es keine Anzeichen, dass dies innert für Quickmail nützlicher Frist passieren könnte. Aus Sicht der Zusammen-

schlussparteien hätte einzig eine Aufhebung des Briefmonopols per 1. Januar 2024 Quickmail noch eine Perspektive geben können.²⁶⁶

319. Im ersten Halbjahr 2023 habe sich die finanzielle Lage von Quickmail weiter massiv verschlechtert. Die Menge an adressierten Briefen sei schlagartig um [...] % eingebrochen, was zu einem Umsatzrückgang im Bereich der adressierten Briefe um [...] % (April), [...] % (Mai) und [...] % (Juli) im Vergleich zum Vorjahr geführt habe. Durch einen weiteren Rückgang um [...] % – was von den Zusammenschlussparteien als optimistisches Szenario bezeichnet wird – würde Quickmail defizitär. Dies primär deshalb, weil infolge eines Rückgangs des Sendungsvolumens die Infrastruktur nunmehr unzureichend ausgelastet sei, die entsprechenden Fixkosten jedoch trotzdem anfallen würden.²⁶⁷ Vor diesem Hintergrund rechne Quickmail für das Jahr 2024 (2025) bei einem Sendungsvolumen von [...] ([...]) mit einem Reingewinn von CHF [...] (CHF [...]).²⁶⁸

320. Die WEKO erachtet die Geschäftsprognosen von Quickmail mit Blick auf das Vorsichtsprinzip als grundsätzlich plausibel. Aus folgenden Gründen könnten die Prognosen der Zusammenschlussparteien jedoch möglicherweise zu pessimistisch ausfallen: *Erstens* schreiben die Zusammenschlussparteien die Sendungsvolumina basierend auf dem Durchschnitt der Entwicklungen von 2021 auf 2022 und von 2022 auf 2023 fort (vgl. Fn 268). In beiden Jahren ist der Absatz von adressierten Sendungen vergleichsweise stark zurückgegangen (vgl. Tabelle 10). Es ist durchaus denkbar, dass die jüngsten Rückgänge eine Momentaufnahme darstellen und nicht dem – möglicherweise weniger stark ausgeprägten – mittel- bis längerfristigen Trend entsprechen.

²⁶³ Meldung, Rz 56 ff. (act 484).

²⁶⁴ Meldung, Rz 66, 106 (act 484).

²⁶⁵ Meldung, Rz 64 (act 484). Gemäss den von den Zusammenschlussparteien zur Verfügung gestellten Zahlen der Stiftung Werbestatistik Schweiz (Beilagen 14 – 20 [act 501 – 507]) zeigt sich zwar seit 2020 ein leichtes Wachstum beim Absatz unadressierter Werbesendungen. Dies sei jedoch auf den Corona-Effekt zurückzuführen.

²⁶⁶ Meldung, Rz 62 ff. (act 484).

²⁶⁷ Meldung, Rz 153 (act 484).

²⁶⁸ Meldung, Rz 68 f. (act 484); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 10 f. (act 589). Diese Prognosen basieren primär auf der Fortschreibung des durchschnittlichen Rückgangs der Sendungsvolumina von 2021 auf 2022 sowie von 2022 auf 2023, korrigiert um Annahmen zu Totalverlusten und Neukunden gestützt auf bisherige Erfahrungen. [...].

Zweitens hat die Post angekündigt, die Zustellorganisation von DMC Mitte 2024 einzustellen und die entsprechenden unadressierten Sendungen fortan selber zuzustellen. Dies böte Quickmail im Falle eines eigenständigen Weiterbestehens die Gelegenheit, im Bereich der unadressierten Sendungen neue Kunden und damit Sendungsvolumen sowie Umsatz hinzuzugewinnen. *Drittens* erfolgt per Anfang 2024 in verschiedenen Bereichen eine relativ starke Preiserhöhung durch die Post. [...] ²⁶⁹ Zusätzlich ergibt sich dadurch die Opportunität, der Post insbesondere preissensible Kunden abzuwerben.

321. Im Übrigen deuten auch die Ergebnisse der Kundebefragungen nicht darauf hin, dass insbesondere die Geschäftskunden von Quickmail kurz- bis mittelfristig eine substantielle Reduktion von Sendungsmengen planen (vgl. Rz 124 ff.).

322. Zusammenfassend geht die WEKO davon aus, dass Quickmail trotz des schwierigen Marktumfeldes im Kerngeschäft nach wie vor profitabel arbeitet und Anzeichen dafür bestehen, dass dies auch kurz- bis mittelfristig möglich sein könnte. Die WEKO erachtet es deshalb nicht als ausreichend erstellt, dass Quickmail alleine aufgrund der Entwicklungen im Kerngeschäft innert kurzer Zeit aus dem Markt ausscheiden wird.

323. Auch die EU-Kommission setzt hohe Anforderungen an einen möglichen zukünftigen Marktaustritt. In der Sache *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*²⁷⁰ machten die Zusammenschlussparteien geltend, dass de Havilland mittel- bis langfristig ohnehin als Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden würde.²⁷¹ Die Kommission hielt ein solches Ausscheiden als Wettbewerber jedoch nicht für wahrscheinlich. Eine wirtschaftliche Analyse von de Havilland hatte ergeben, dass die unternehmerischen und finanziellen Aspekte eine positive Zukunftsprognose zuließen.²⁷² Nach Ansicht der EU-Kommission war «nicht davon auszugehen, dass de Havilland auf jeden Fall seinen Betrieb einstellen müsste, falls der Zusammenschluss nicht zustandekommt».

324. Die Frage, ob Quickmail aufgrund der geltend gemachten sinkenden Briefvolumina mittelfristig aus dem Markt austreten müsste, kann jedoch offenbleiben, weil, wie nachfolgend aufgezeigt wird, Quickmail aufgrund der finanziellen Verflechtungen von Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac sowie der äusserst angespannten Liquiditätssituation der Quickmail-Gruppe mit hoher Wahrscheinlichkeit die Überschuldung bzw. die Zahlungsunfähigkeit droht.

B.4.3.1.3. Finanzielle Lage von Quickmail Holding

325. Gemäss Konzernrechnung 2022 von Quickmail Holding weist die Bilanz bei Aktiven in der Höhe von CHF [...] Fremdkapital in der Höhe von CHF [...] aus, womit grundsätzlich eine Überschuldung besteht. Die Mitteilung an das Gericht konnte gemäss den Zusammenschlussparteien nur verhindert werden, weil die Aktionäre einem Rangrücktritt ihrer langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten in Höhe von CHF [...] zugestimmt hätten.²⁷³ Zudem hielt Marc Erni, Verwaltungsratspräsident von Quickmail Holding, anlässlich seiner Zeugeneinvernahme am 18. Dezember 2023 fest, dass Quickmail Holding nur noch existiere, weil bestehende

Investoren sich bereit erklärt hätten, noch einmal CHF [...] einzuschliessen.²⁷⁴

326. Die Verschuldung gegenüber der [Hausbank] in der Höhe von CHF [...] ergibt sich aus dem Kreditvertrag vom 3. Oktober 2018 zwischen Quickmail Holding und der [Hausbank]. [...]. Trotzdem könne die [Hausbank] den Kreditvertrag jederzeit auflösen, falls sich die Kreditnehmerin mit der Zahlung eines fälligen Betrages in Verzug befinde. Hinzu komme, dass Quickmail Holding den im Kreditvertrag vereinbarten maximalen Nettoverschuldungsfaktor von [...] nur dank der durchgeführten Finanzierungsrunden [...] einhalten könne. Um dasselbe per Ende 2023 zu erreichen, müsste signifikant zusätzliches Kapital eingebracht werden. Ansonsten hätte die [Hausbank] das Recht, den Kreditvertrag aufzulösen. Quickmail Holding wäre in einem solchen Fall nicht zu einer Rückzahlung in der Lage und müsste folglich die Bilanz deponieren.²⁷⁵ Schliesslich seien die Namenaktien von Quickmail und Quickpac zu [...] % als Sicherheit an die [Hausbank] verpfändet. Eine Verpfändung weiterer Vermögenswerte sei aufgrund des *Asset-light Models* nicht mehr möglich (vgl. Rz 332).²⁷⁶

327. Die Ausführungen der Zusammenschlussparteien deuten in Bezug auf Quickmail Holding auf eine äusserst angespannte finanzielle Situation hin. Für eine abschliessende Beurteilung bedarf es jedoch einer Analyse der finanziellen Verflechtungen zwischen Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac sowie der Liquiditätssituation auf Stufe Quickmail-Gruppe. Darauf wird in den beiden folgenden Kapiteln eingegangen.

B.4.3.1.4. Finanzielle Verflechtungen zwischen Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac

328. Zwischen Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac bestünden substantielle finanzielle Abhängigkeiten. Aus der Abspaltung von Quickpac 2022 seien verschiedene Verbindlichkeiten hervorgegangen. So habe Quickmail gegenüber Quickpac Forderungen in der Höhe von CHF [...] aufgebaut. Letztere beiden Forderungen in der Höhe von CHF [...] habe Quickmail Ende 2022 an Quickmail Holding abgetreten. Konkret habe

²⁶⁹ Meldung, Beilage 4: Quickmail Holding, Lagebericht 2022 (act 491).

²⁷⁰ EU-KOMM, ABl. 1991 L 334/42, Rz 31, *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*.

²⁷¹ Dies mit der Begründung, dass Boeing die Produktion auslaufen lassen würde, wenn der geplante Zusammenschluss nicht zustande käme.

²⁷² «De Havilland stellt hochwertige, gut eingeführte und anerkannte Erzeugnisse her, deren Nettoverkaufspreise gestiegen sind; beim Abbau überschüssiger Arbeitsplätze wurden Fortschritte erzielt; in der Produktion ist jedoch noch Spielraum für eine weitere Optimierung, da die Produktivität von de Havilland relativ niedrig ist [...]».

²⁷³ Meldung, Rz 85 (act 484); Beilage 23: Konzernrechnung der Quickmail Holding 2022 (act 510); Beilage 24: Quickmail Gruppe – Verschuldung per 30. September 2023 (act 511).

²⁷⁴ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 170 ff. (act 640).

²⁷⁵ Meldung, Rz 86 ff. (act 484); Beilage 29: Quickmail Holding Jahresrechnung 2022 (act 516); Beilage 30: Kreditvertrag mit der [Hausbank] datiert vom [...] (act 517).

²⁷⁶ Meldung, Rz 116 (act 484). Das *Asset-light Model* bedeute insbesondere, dass die relevanten Assets von der Quickmail-Gruppe überwiegend gemietet oder geleast würden (vgl. Meldung, Rz 23 [act 484]).

Quickmail gemäss Abtretungs- und Darlehensvertrag vom [...] ²⁷⁷ Quickmail Holding ein Darlehen von CHF [...]. Zwecks Sanierung habe Quickmail Holding [...], wodurch bei Quickpac zusätzliches Eigenkapital in der Höhe von CHF [...] geschaffen worden sei. ²⁷⁸

329. Aus diesen Vorgängen sowie weiteren unterjährigen Zahlungen im Jahr 2023 ²⁷⁹ würden sich per Ende Juni 2023 insbesondere folgende gruppeninterne, nicht abgesicherte Verbindlichkeiten ergeben: ²⁸⁰

- [...]
- [...]
- [...]

330. Die Verbindlichkeiten von Quickpac gegenüber Quickmail Holding bzw. Quickmail könnten zwar theoretisch in Eigenkapital gewandelt werden oder es könnte ein Forderungsverzicht erfolgen, was bis auf Weiteres die Bilanz von Quickpac sanieren würde. Darauf sei jedoch verzichtet worden, um [...]. Ausserdem setze eine Bilanzierung zu Fortführungswerten die Zahlungsfähigkeit der Gruppe voraus, die einzig dank [...] sichergestellt sei (vgl. Kap. B.4.3.1.5). ²⁸¹

331. Vor dem Hintergrund dieser finanziellen Verflechtungen stellten die Zusammenschlussparteien auf Ersuchen des Sekretariats die Folgen eines allfälligen Konkurses von Quickpac auf das Fortbestehen von Quickmail Holding und Quickmail dar. Die Idee dahinter war, genauer abzuschätzen zu können, welche Auswirkungen ein Marktaustritt der in ihrem Kerngeschäft nach wie vor stark defizitären Quickpac auf die mutmasslich profitable Quickmail haben könnte.

332. Vorab gilt es festzuhalten, dass den Zusammenschlussparteien zufolge aufgrund des *Asset-light Models* bei der Quickmail-Gruppe nur in geringem Ausmass verwertbare Assets vorhanden seien. Das Anlagevermögen bestehe primär aus [...]. ²⁸² Somit sei es im Falle eines Konkurses von Quickpac ausgeschlossen, dass nebst den Gläubigern der ersten Klasse, [...], noch weitere Forderungen aus der Konkursmasse bedient werden könnten. [...]. ²⁸³

333. Gemäss den Zusammenschlussparteien würde der Konkurs von Quickpac zunächst eine vollständige Abschreibung der entsprechenden Beteiligung im Anlagevermögen von Quickmail Holding in der Höhe von CHF [...] bedeuten. Ausserdem müsste das Darlehen an Quickpac in der Höhe von CHF [...] vollständig abgeschrieben werden. Quickmail Holding wäre damit mit einem Eigenkapital von CHF [...] unmittelbar überschuldet. ²⁸⁴

334. Der allfällige Konkurs von Quickmail Holding wiederum hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit eine substanzielle Wertberichtigung (bzw. eine vollständige Abschreibung) der Forderung von Quickmail gegenüber Quickmail Holding in der Höhe von CHF [...] zur Folge. Zusätzlich müsste Quickmail das [...] in der Höhe von CHF [...] abschreiben. Infolge dieser beiden Abschreiber würde das Eigenkapital von Quickmail auf CHF [...] sinken. Quickmail wäre damit ebenfalls überschuldet. ²⁸⁵

335. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass ein Konkurs von Quickpac für Quickmail Holding und

Quickmail finanzielle Entlastungen zur Folge hätte, weil einerseits die Defizite von Quickpac nicht mehr gedeckt und andererseits gewisse Verbindlichkeiten von Quickpac nicht mehr querfinanziert werden müssten. ²⁸⁶ Diesen Entlastungen stünden nämlich Verpflichtungen gegenüber, denen Quickmail auch nach einem allfälligen Konkurs von Quickpac nachkommen müsste. So sei Quickmail in diversen Verträgen, welche die Geschäftstätigkeit von Quickpac beträfen, als [...] ²⁸⁷ In der Summe müsste Quickmail bei einem allfälligen Konkurs von Quickpac per Ende Juni 2023 kumuliert weiterlaufende Verbindlichkeiten bis Ende 2024 in der Höhe von rund CHF [...] tragen. ²⁸⁸ Ein allfälliger Konkurs von Quickpac führte somit auch nicht zu einer substanziellen Entlastung im Hinblick auf die Liquiditätssituation der Quickmail-Gruppe (vgl. Kap. B.4.3.1.5). ²⁸⁹

336. Insgesamt stellte bzw. stelle der separate Konkurs von Quickpac für die Verkäufer keinen gangbaren Weg dar. Die einzige realistische Möglichkeit habe (zumindest ursprünglich) in einer Veräusserung von Quickpac bestanden, wofür es jedoch nach dem ersten Bieterverfahren keine Interessenten gegeben habe (vgl. Kap. B.4.3.3). ²⁹⁰

337. Wie in Rz 312 dargelegt, erscheint ein Konkurs von Quickpac ohne substanzielle zusätzliche externe oder interne finanzielle Mittel kaum abwendbar. Aus Sicht der WEKO legen die Zusammenschlussparteien glaubhaft dar, dass damit mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine Überschuldung von Quickmail Holding und Quickmail droht.

B.4.3.1.5. Liquiditätsentwicklung auf Stufe Quickmail-Gruppe

338. Aufgrund der finanziellen Entwicklungen von Quickpac und Quickmail habe sich seit 2020 für die Quickmail-Gruppe ein stark negativer *Cash-Flow* ergeben, so dass die betriebsnotwendige Liquidität bereits ab Juli 2023 nicht mehr gesichert gewesen sei. Nur dank [...] habe die Illiquidität vermieden und der laufende

²⁷⁷ Meldung, Beilage 33: Abtretungs- und Darlehensvertrag vom [...] (act 520).

²⁷⁸ Meldung, Rz 104 (act 484); Beilage 38: Einlagevertrag vom [...] (act 525).

²⁷⁹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 13 (act 589).

²⁸⁰ Meldung, Rz 105 (act 484); Beilage 32: Bilanz der Quickmail Holding per 30.06.2023 (Szenario Konkurs Quickpac) (act 519); Beilage 51: Bilanz der Quickmail per 30.06.2023 (Szenario Konkurs Quickpac) (act 538); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 91: Bilanz der Quickpac per 30.06.2023 (act 590).

²⁸¹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 16 (act 589).

²⁸² Meldung, 23 ff. (act 484).

²⁸³ Meldung, Rz 98 (act 484); Beilage 33: Abtretungs- und Darlehensvertrag vom [...] (act 520).

²⁸⁴ Meldung, Rz 95 ff. (act 484); Beilage 32: Bilanz der Quickmail Holding per 30.06.2023 (Szenario Konkurs Quickpac) (act 519).

²⁸⁵ Meldung, Rz 130 ff. (act 484); Beilage 51: Bilanz der Quickmail per 30.06.2023 (Szenario Konkurs Quickpac) (act 538); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 14 (act 589).

²⁸⁶ Meldung, Rz 98, 12 (act 484).

²⁸⁷ Meldung, Rz 103 (act 484); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 21 (act 589).

²⁸⁸ Meldung, Rz 132 ff. (act 484); Beilagen 52 – 60.

²⁸⁹ Meldung, Rz 148 (act 484); Beilage 63: Liq. der Quickmail-Gruppe im Alternativszenario (act 550).

²⁹⁰ Meldung, Rz 96 (act 484).

Geschäftsbetrieb ab Juli 2023 sichergestellt werden können. Infolge der Eröffnung des zweiten Bieterverfahrens durch die Verkäufer habe [...].²⁹¹ Damit würde die Quickmail-Gruppe jedoch Ende November 2023 nicht mehr über die betriebsnotwendige Liquidität verfügen.²⁹²

339. Die jüngste Liquiditätsentwicklung von Quickmail und Quickpac ist in Tabelle 11 dargestellt:

Gesellschaft	2022	30.6.23	30.9.2023 ²⁹³
Quickmail ²⁹⁴ (Mio. Fr.)	[...]	[...]	[...]
Quickpac ²⁹⁵ (Mio. Fr.)	[...]	[...]	

Tabelle 11: Liquiditätsentwicklung von Quickmail und Quickpac (Darstellung des Sekretariats)

340. Aus Tabelle 11 ist ersichtlich, dass sich die Liquiditätssituation per 30.6.2023 im Vergleich zum Jahresabschluss 2022 nur unwesentlich verändert hat. Die Zusammenschlussparteien erklären dies mit folgenden ausserordentlichen Mittelzuflüssen: [...].²⁹⁶

341. Per Ende September 2023 weise die Quickmail-Gruppe liquide Mittel in der Höhe von CHF [...] auf, wobei bis dahin bereits CHF [...] aus [...] zugeflossen seien. Ohne diese CHF [...] wären die liquiden Mittel aufgebraucht gewesen. Blieben [...] zudem weiterhin aus, reduzierten sich die liquiden Mittel im November 2023 auf CHF [...] und im Dezember 2023 auf CHF [...]. Mit anderen Worten sei die Quickmail-Gruppe angesichts der kurzfristigen Liquiditätssituation unmittelbar konkursbedroht.²⁹⁸

342. Die prognostizierte starke Abnahme der Liquidität gegen Ende 2023 begründen die Zusammenschlussparteien damit, dass im November wegen der E-Commerce Promotionstage wie *Cyber Monday* und *Black Friday* höhere Personalkosten anfielen, während die entsprechenden Zahlungseingänge erst verzögert im Dezember erfolgten. Zudem stünden die Auszahlung der 13. Monatslöhne und der variablen Vergütungen ([...]) an und es würden zusätzliche Verbindlichkeiten z.B. für Pensionskassenzahlungen (ca. CHF [...]) sowie [...] Zahlungen an die AHV-Ausgleichskasse EXFOUR (ca. CHF [...]) fällig. [...].²⁹⁹

343. Schliesslich erwähnte Marc Erni anlässlich seiner Zeugeneinvernahme am 18. Dezember 2023, dass gewisse Forderungen [...] derzeit nicht bezahlt würden. [...].³⁰⁰

344. Aus Sicht der WEKO legen die Zusammenschlussparteien glaubhaft dar, dass die Quickmail-Gruppe ohne zeitnahe Zuführung zusätzlicher interner oder externer finanzieller Mittel mit hoher Wahrscheinlichkeit in Kürze zahlungsunfähig wird.

B.4.3.1.6. Zwischenfazit

345. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac ohne substanzielle zusätzliche finanzielle Mittel in Kürze die Überschuldung bzw. die Zahlungsunfähigkeit droht. Grund dafür ist einerseits, dass die drei Gruppengesellschaften finanziell stark miteinander verflochten sind. Insbesondere würde ein Konkurs von Quickpac mit hoher Wahrscheinlichkeit

auch zu einer Überschuldung von Quickmail Holding und Quickmail führen. Andererseits befindet sich die Quickmail-Gruppe in einer äusserst angespannten Liquiditätssituation. Nur dank [...] scheint die Zahlungsunfähigkeit bislang abgewendet worden sein. Fällt [...] weg, droht mit hoher Wahrscheinlichkeit zeitnah die Illiquidität. Somit erachtet die WEKO das erste Kriterium der Failing Company Defence als erfüllt.

B.4.3.2 Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen bzw. Ausscheiden der Vermögenswerte aus dem Markt

346. Die WEKO nennt in ihrer Praxis als zweite Voraussetzung der Failing Company Defence zwar, dass die anderen beteiligten Unternehmen auch ohne den geplanten Zusammenschluss die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren würden, hat aber auch schon in Anlehnung an die neuere EU-Praxis³⁰¹ geprüft, ob die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens ohne den Zusammenschluss unweigerlich für den Markt verloren gehen würden. Der letztere Test kann auch in solchen Fällen Anwendung finden,

²⁹¹ Meldung, Rz 54 (act 484). Aufgrund des durch die Verkäuferschaft neu eröffneten Bieterverfahrens habe [...].

²⁹² Meldung, Rz 67, 77, 94 (act 484).

²⁹³ Meldung, Beilage 61: Liquiditätsentwicklung der Quickmail-Unternehmensgruppe (act 548).

²⁹⁴ Meldung, Beilage 46: Quickmail Jahresrechnung 2022 (act 534); Beilage 51: Bilanz der Quickmail per 30.06.2023 (Szenario Konkurs Quickpac) (act 538).

²⁹⁵ Meldung, Beilage 34: Bericht der Revisionsstelle betr. Quickpac für das Geschäftsjahr 2022 inkl. Jahresrechnung (act 521); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 91: Bilanz der Quickpac per 30.06.2023 (act 590).

²⁹⁶ Meldung, Rz 141 f. (act 484).

²⁹⁷ [...].

²⁹⁸ Meldung, Rz 54, 145 (act 484); Beilage 61: Liquiditätsentwicklung der Quickmail-Unternehmensgruppe (act 548).

²⁹⁹ Meldung, Rz 145 (act 484); Beilage 62: Kurzfristige Liquiditätsentwicklung der Quickmail-Unternehmensgruppe (act 549); Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 8 (act 589).

³⁰⁰ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 164 ff. (act 640).

³⁰¹ Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens BASF/Pantochim/Eurodiol ersetzte die EU-Kommission die Voraussetzung des Marktanteilszuwachses der beteiligten Unternehmen durch das neue Erfordernis, dass die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte unweigerlich für den Markt verloren gehen, vgl. EU-KOMM, COMP/M.2314 vom 11.7.2001, Rz 141, 151 f., BASF/Eurodiol/ Pantochim.

in denen beim Ausscheiden des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt ein Restwettbewerb bestehen bleibt und daher nicht sicher ist, wem die Marktanteile des aus dem Markt ausscheidenden Unternehmens zufallen würden.³⁰²

8347. Konkret ist zu prüfen, ob die Produktionsmittel («production assets») ohne Zusammenschluss im Markt verbleiben könnten – dies entweder in ihrer derzeitigen Verwendung oder auch liquidiert und einer anderen, effizienteren Nutzung zugewiesen.³⁰³

348. Nachfolgend wird zuerst die Absorption der Marktanteile separat in Bezug auf die Briefpostmärkte bzw. den Markt für die Tageszustellung von Zeitungen und Zeitschriften (Quickmail) sowie in Bezug auf den Paketpostmarkt bzw. den Markt für Express-Sendungen (Quickpac) betrachtet. Im Anschluss wird geprüft, inwiefern die Produktionsmittel ohne den Zusammenschluss am Markt verbleiben könnten.

B.4.3.2.1. Absorption von Marktanteilen in den Briefpostmärkten und dem Markt für die Tageszustellung von Zeitungen und Zeitschriften

349. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien würde die Post im Falle eines Konkurses von Quickmail deren Marktanteile übernehmen. [...] ³⁰⁴

350. Ferner sei eine Übernahme von Quickmail im Falle eines Konkurses durch eine Drittpartei aufgrund der hohen Fixkosten durch die Aufrechterhaltung der Infrastruktur höchst unwahrscheinlich. Nur mit hinreichend grossen Sendungsmengen könnten Skaleneffekte realisiert und tiefe Stückkosten erzielt werden. Dies zu erreichen würde zusätzlich durch die nicht attraktiven Aussichten in den von Quickmail bedienten Märkten erschwert. Einerseits sanken die Sendungsmengen bei gleichzeitig steigenden Papier- und Druckpreisen. Andererseits verfüge die Post über das Briefmonopol und eine 100%-ige Haushaltsabdeckung. Es sei deshalb generell nicht davon auszugehen, dass eine Mengen- und Umsatzabsorption durch Markteintritte erfolge.³⁰⁵

351. Die Befragungen durch das Sekretariat bestätigen im Wesentlichen die Ausführungen der Zusammenschlussparteien. Im Falle eines Konkurses von Quickmail würden die bestehenden Kunden von Quickmail zwangsläufig zur Post wechseln, da gar keine bzw. kaum andere Anbieter in den entsprechenden Bereichen tätig seien. Teilweise arbeiteten die befragten Unternehmen bereits heute mit der Post zusammen, einerseits im reservierten Dienst, andererseits weil Quickmail keine 100%-ige Haushaltsabdeckung gewähren kann sowie die Zustelltage beschränkt sind, was für diese Kunden einen Übergang zur Post erleichtern dürfte.

352. Die WEKO erachtet es deshalb als plausibel, dass ein Grossteil der Marktanteile von Quickmail in den Briefpostmärkten und im Markt für die Tageszustellung von Zeitungen im Falle eines Konkurses von Quickmail auf die Post übergehen dürfte.

B.4.3.2.2. Absorption von Marktanteilen im Paketpostmarkt und im Markt für Express-Sendungen

353. Gemäss den Zusammenschlussparteien seien die wichtigsten Konkurrentinnen der Post im Paketpostmarkt und im Markt für Express-Sendungen DHL Express (Schweiz) AG, UPS United Parcel Service (Schweiz) AG, DPD (Schweiz) AG und Planzer KEP AG.³⁰⁶

354. Die Zusammenschlussparteien gehen davon aus, dass im Falle einer Liquidation von Quickpac die Post die Marktanteile von Quickpac am ehesten übernehmen würde und zwar unabhängig davon, dass die Post als grösste Anbieterin automatisch den grössten Teil der Marktanteile absorbiere. Dies wird damit begründet, dass [...] % der von Quickpac beförderten Pakete von Kunden stammten, die ihre Pakete zuvor durch die Post verschickt hätten. [...] % der von Quickpac beförderten Pakete würden zudem von Kunden stammen, welche für die nicht von Quickpac abgedeckten Regionen bereits mit der Post zusammenarbeiteten. Schliesslich hätte Quickpac im zweiten Quartal 2023 [...] Kunden verloren, wobei [...] davon zur Post gewechselt hätten³⁰⁷, was einem Anteil von [...] % der zuvor von Quickpac beförderten Pakete entspreche.³⁰⁸

355. Inhaltlich begründen die Zusammenschlussparteien ihre Einschätzung, wonach die Post bei einem Konkurs von Quickpac einen Grossteil deren Marktanteile absorbieren würde, damit, dass Quickpac und die Post mit ihren Angeboten weitgehend dieselbe Kundschaft bedienten. Dies leiten die Zusammenschlussparteien aus den folgenden Überlegungen ab: 1) Quickpac differenziere sich von anderen Paketzustellern, in dem sie [...]

³⁰² RPW 2006/2, 288 Rz. 183 ff. Emmi/AZM.

³⁰³ OECD Competition Committee Meeting of 21 October 2009, Roundtable on Failing Firm Defence, Note by the services of the European Commission Directorate-General for Competition (nachfolgend: OECD, Roundtable on FFD, DGComp), Rz 7, «In other words, it has to be assessed whether the production assets are likely to remain in the market in their current use or liquidated and re-allocated for another more efficient use. The rationale for this part of the test is that the application of the two previous conditions does not address the possibility of a take-over by third parties of the various production assets of the failing firm in the course of bankruptcy proceedings. If these production assets remain in the market, the effects on competition may be similar to (or more beneficial than) the takeover of the entire failed business by an alternative purchaser. It will therefore have to be assessed whether investors would be prepared to maintain the individual assets in their current use or whether they would prefer to re-allocate them for a better use elsewhere. In this connection it would have to be assessed whether such asset transfer would cause short term supply disruptions which are such as to cause more important harm to customers (and ultimately consumers) than the transfer of the business as a going concern. This part of the test has been applied rather strictly and is in general difficult to fulfil»; EU-KOMM, COMP/M.2314 vom 11.7.2001, Rz 141, 151 f., BASF/Eurodiol/ Pantochim.

³⁰⁴ Meldung, Rz 151 ff. (act 484).

³⁰⁵ Meldung, Rz 154, 163 (act 484).

³⁰⁶ Meldung, Rz 152, 155 (act 484).

³⁰⁷ [...].

³⁰⁸ Meldung, Rz 157 ff. (act 484); Beilage 64: Aufschlüsselung Verlust / Rückgewinnung Kunden an / von Quickpac 2019 bis 2023 mit Kontaktdaten (act 551); Beilage 65: Aufschlüsselung Kunden Quickpac nach vorherigem Anbieter 2019 bis Juli 2023 mit Kontaktdaten (act 552).

auf der letzten Meile weitgehend ohne Subunternehmen arbeite; 2) im Gegensatz zu anderen Anbietern würde die Schnellzustellung von Paketen am Abend primär von Quickpac sowie [...] angeboten; 3) Quickpac stelle vorwiegend leichte und kleine Pakete zu. Damit sei das Angebot «SmallPac» der Post am ehesten vergleichbar; 4) im Falle eines Konkurses von Quickpac hätte mittelfristig [nach Ansicht der Zusammenschlussparteien] nur die Post die Kapazitäten, um das frei werdende Volumen zu übernehmen. Andere Wettbewerber müssten dazu ihre bestehende Sortier- und Verteilinfrastruktur stark ausbauen. [...].³⁰⁹

356. In Bezug auf die mögliche Absorption von Umsätzen und Marktanteilen durch Markteintritte kann grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz 350 verwiesen werden.

357. Die Kundenbefragungen bestätigen die Einschätzung der Zusammenschlussparteien grundsätzlich. Die meisten befragten Kunden von Quickpac würden sowohl im Falle einer Übernahme von Quickpac durch die Post als auch im Falle eines Konkurses von Quickpac zur Post wechseln. Teilweise wird dies explizit damit begründet, dass nur die Post vergleichbare Produkte anbiete bzw. andere Anbieter entsprechende Kundenbedürfnisse nicht oder nur teilweise abdecken. Da Quickpac nur gut die Hälfte der Haushalte in der Schweiz bedient, sind viele Quickpac-Kunden bereits heute schon Kunden der Post. Aus diesen Gründen erachten die befragten Kunden von Quickmail einen Wechsel zu einem anderen Anbieter als die Post sowohl im Paketmarkt als auch im Markt für Express-Sendungen als unwahrscheinlich bis sehr unwahrscheinlich.

358. Die WEKO erachtet es deshalb als plausibel, dass ein Grossteil der Marktanteile von Quickpac im Paketpostmarkt sowie im Markt für Express-Sendungen im Falle eines Konkurses von Quickpac auf die Post übergehen dürfte.

B.4.3.2.3. Verbleib der Produktionsmittel im Markt

359. Die WEKO geht grundsätzlich davon aus, dass die Vermögenswerte der Quickmail-Gruppe im Falle eines Konkurses aus den relevanten Märkten verschwinden. Aufgrund des *Asset-light Models* scheint die Quickmail-Gruppe nur in geringem Ausmass über verwertbare Assets zu verfügen. Gemäss den Zusammenschlussparteien bestehe das Anlagevermögen grösstenteils aus [...].³¹⁰ Aufgrund des ausbleibenden Interesses an einer Übernahme der Quickmail-Gruppe ist deshalb kaum damit zu rechnen, dass diese Vermögenswerte in den relevanten Märkten verbleiben würden.

360. Theoretisch denkbar ist jedoch, dass Back Enterprises auch im Konkursfall eine Verwendung für die Vermögenswerte in den relevanten Märkten finden würde. Dass diese Möglichkeit allenfalls besteht, geht aus entsprechenden Aussagen von Back Enterprises klar hervor.³¹¹ Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass die Produktionsmittel selbst im Falle eines Konkurses im Markt verbleiben würden, auch wenn eine Fortführung der Quickmail-Gruppe aus der Konkursmasse heraus weniger erfolgsversprechend erscheint als eine ordentliche Übernahme. Back Enterprises ist jedoch gerade an einem ordentlichen Erwerb der Quickmail-Gruppe inte-

ressiert, weshalb darauf im Rahmen der Prüfung des dritten Kriteriums der Failing Company Defence in Kap. B.4.3.3 ausführlich eingegangen wird.

B.4.3.2.4. Zwischenfazit

361. Aus Sicht der WEKO sind keine wesentlichen Gründe ersichtlich, die gegen die Ausführungen der Zusammenschlussparteien zum zweiten Kriterium der Failing Company Defence sprechen, zumal die durchgeführten Befragungen die Schlussfolgerungen der Zusammenschlussparteien grundsätzlich stützen. Somit dürfte im Falle eines Konkurses der Quickmail-Gruppe in allen relevanten Märkten ein Grossteil der Umsätze und Marktanteile von der Post absorbiert werden. Entsprechend unterscheiden sich die Folgen eines Konkurses nicht wesentlich von den Folgen einer Übernahme der Quickmail-Gruppe durch die Post. Vor diesem Hintergrund erachtet die WEKO das zweite Kriterium der Failing Company Defence als erfüllt.

B.4.3.3. Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung

362. Als dritte Bedingung fordert die Failing Company Defence, dass keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben besteht. Eine solche weniger schädliche Lösung könnte beispielsweise in der Refinanzierung des scheiternden Unternehmens, in der Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen oder in der Übernahme des scheiternden Unternehmens durch einen weniger marktmächtigen Wettbewerber bestehen.³¹²

363. Der Nachweis, dass weder eine hinreichende Finanzierung noch ein geeigneter alternativer Erwerber gefunden werden konnte, ist durch die beteiligten Unternehmen grundsätzlich mittels genügender Dokumentation, ernsthafter, aber erfolglos gebliebener Anstrengungen zu erbringen.³¹³ Es ist somit nachzuweisen, dass sich die Verkäufer ausreichend um eine anderweitige Veräusserung bemüht haben. In diesem Kontext kann auch relevant sein, *warum* etwaige Verkaufsbemühungen gescheitert sind. Insbesondere scheidet ein potenzieller Erwerber nicht schon deshalb als Alternative aus, weil er den Verkäufern einen geringeren Kaufpreis geboten hat.³¹⁴ Diesbezüglich wird in mehreren Rechtsordnungen explizit festgehalten, dass jedes Angebot, die

³⁰⁹ Meldung, Rz 159 ff. (act 484); diese Einschätzungen basieren auf Erfahrungen der Zusammenschlussparteien, namentlich aus Aussagen und Eindrücken aus Verkaufsgesprächen.

³¹⁰ Meldung, Rz 23, 98 (act 484).

³¹¹ Antworten von Back Enterprises an Sekretariat vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 1 (act 607); Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbegehren, 3 ff. (act 655).

³¹² BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 237), Art. 10, N 177.

³¹³ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 237), Art. 10, N 177b; EU-Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse (Fn 237), Rz 91.

³¹⁴ Vgl. BKartA-Leitfaden Fusionskontrolle (Fn 237), 75.

Vermögenswerte des insolventen Unternehmens zu einem Preis über dem Liquidationswert zu erwerben, als ein angemessenes Alternativangebot zu gelten hat.³¹⁵

364. Hingegen kann ein Erwerbsinteressent z.B. dann keine Alternative darstellen, wenn er kein tragfähiges langfristiges Konzept für die Weiterführung und Finanzierung des übernommenen Unternehmens vorzuweisen hat.³¹⁶ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei Vorliegen eines solchen Konzepts insbesondere einer Strategie und eines Businessplans für die Fortführung des sanierungsbedürftigen Unternehmens und der für die Umsetzung dieses Konzepts benötigten Mittel von einer alternativen – und möglicherweise wettbewerbsfreundlicheren – Lösung für das sanierungsbedürftige Unternehmen auszugehen ist. Ob eine bestimmte Strategie dem alternativen Kaufinteressenten erlauben wird, das sanierungsbedürftige Unternehmen langfristig als Wettbewerber im Markt zu halten, wird die Zukunft weisen und kann nicht *ex ante* garantiert werden.

365. Eine solche Garantie bzw. ein «Beweis» für den zukünftigen Erfolg einer Geschäftsstrategie eines alternativen Kaufinteressenten ist gestützt auf die der Failing Company Defence zugrundeliegende Kausalitätsüberlegung auch nicht zu erbringen. Wie die ersten beiden Voraussetzungen der Failing Company Defence dient auch die dritte Voraussetzung dazu aufzuzeigen, dass der Zusammenschluss nicht kausal für die prognostizierte Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur ist. Dies bedeutet, dass auch die dritte Voraussetzung der Failing Company Defence nur erfüllt ist, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur *in jedem Fall* auch ohne Zusammenschluss eintreffen würde. Besteht hingegen aufgrund eines alternativen Übernahmeangebots die Möglichkeit bzw. eine *positive Wahrscheinlichkeit*, dass das sanierungsbedürftige Unternehmen eigenständig – möglicherweise auch in einer anderen Form – im Markt weiterbestehen könnte, ist das Zusammenschlussvorhaben ursächlich für die prognostizierte Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur.

366. Schliesslich gilt zu bedenken, dass eine wettbewerbsfreundlichere Übernahme des sanierungsbedürftigen Unternehmens nicht notwendigerweise während des Prüfungsverfahrens der Wettbewerbsbehörden zu erfolgen hat. In der Regel dürften die Zusammenschlussparteien denn auch vertraglich verpflichtet sein, das Zusammenschlussvorhaben zu vollziehen bzw. den Entscheid der Wettbewerbsbehörden abzuwarten.³¹⁷ In diesem Fall könnten die Veräusserer erst nach einem Negativentscheid der Wettbewerbsbehörden das *Target* an den alternativen Käufer veräussern. Während des Prüfverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden und dabei namentlich während der Prüfung, ob eine wettbewerbsfreundlichere Lösung existiert, besteht somit naturgemäss keine hundertprozentige Sicherheit, dass diese wie erwartet umgesetzt wird. Sowohl die Veräusserer als auch der alternative Kaufinteressent haben es in der Hand, eine wettbewerbsfreundlichere Lösung nicht umzusetzen. So können einerseits die Veräusserer nicht gezwungen werden, auf das wettbewerbsfreundlichere Angebot des alternativen Kaufinteressenten einzugehen. Es steht ihnen beispielsweise frei, den Konkurs zu bevorzugen. Andererseits kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse im Angebot des alter-

nativen Kaufinteressenten enthaltene Bedingungen schlussendlich nicht erfüllt werden können und es somit nicht zu einem Closing in der vorgesehenen Form kommt. Es besteht somit in der Regel während des Prüfungsverfahrens keine absolute Transaktionssicherheit in Bezug auf die zu beurteilende wettbewerbsfreundlichere Lösung. Nichtsdestotrotz ist eine solche anzunehmen, wenn dadurch eine positive Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass die prognostizierte Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur nicht eintritt.

367. Wie oben aufgezeigt wurde, würde der geplante Zusammenschluss zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden führen (vgl. Kap. B.4.2.2.11). Die WEKO hat nun zu prüfen, ob tatsächlich – wie von den Zusammenschlussparteien geltend gemacht – keine wettbewerbsfreundlichere Alternative, namentlich durch die Übernahme von Quickmail Holding durch ein anderes (oder mehrere andere) Unternehmen als die Post, möglich wäre.

³¹⁵ So halten auch die neu überarbeiteten Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, vom 18. Dezember 2023 (nachfolgend: US-Merger Guidelines) am im US-Recht etablierten Prinzip fest: «*The Agencies typically look for evidence that a company has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that pose a less severe danger to competition than does the proposed merger. Any offer to purchase the assets of the failing firm for a price above the liquidation value of those assets will be regarded as a reasonable alternative offer.*» (US-Merger Guidelines, Abschnitt 3.1 und Fn 62, <<https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>> [27.12.2023]); Auch in Kanada und dem Vereinigten Königreich (UK) wird lediglich verlangt, dass das Alternativangebot über dem Liquidationswert liegt, OECD Competition Committee Meeting of 21 October 2009, Roundtable on Failing Firm Defence, Contributions (nachfolgend: OECD, Roundtable on FFD, [Country]): «*Such a third party must be willing to pay a price that, net of the costs associated with making the sale, would be greater than the proceeds that would flow from liquidation, less the costs associated with such liquidation (net price above liquidation value)*», so hielten die kanadischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens fest «*This third party purchaser was willing and able to offer a net price above liquidation value. In the view of the Bureau, this indicated that, in the absence of the proposed transaction, the acquiree was not likely to exit the market in the face of a desirable alternative to liquidation*», OECD, Roundtable on FFD, Kanada, 84 f.; Auch in UK wird betreffend die Höhe eines alternativen Angebots explizit festgehalten, dass «*[e]ven if such a purchaser may not be prepared to pay the seller as high a purchase price or otherwise benefit the target business, the UK Authorities will take into account any realistic prospect of alternative offers above liquidation value. Alternatively, in some cases it may also be better for competition that the target business fails and the remaining players compete for its market share and assets rather than being transferred wholesale to a single purchaser. (...) As liquidation of the assets is the next alternative to a sale of the business, any bid above liquidation value is likely to be considered realistic. (...) There is no good reason why owners of struggling businesses should be permitted to sell to another close competitor in the market simply because it is prepared to pay the highest price for the target business*», OECD, Roundtable on FFD, UK, 160, 169.

³¹⁶ Vgl. BKartA-Leitfaden Fusionskontrolle (Fn 237), 75; So sah das Bundeskartellamt beispielsweise in einer als Management Buy Out (MBO) gegründeten Gesellschaft keine tragfähige Erwerbsalternative, da neben der fehlenden Finanzierungsmöglichkeit des Kaufpreises auch kein tragfähiges langfristiges Konzept für die Weiterführung und Finanzierung von Produktion und Vermarktung vorlag. Ebenfalls gegen die Erwerbsalternative sprachen auch die bisherigen Versuche, das Unternehmen über eine MBO-Konstruktion zu betreiben, Entscheid des BKartA vom 21.10.2003 i.S. Imation Corp. / EMTEC Magnetics GmbH i.L., Rz 56 ff.

³¹⁷ So auch vorlegend, vgl. Meldung, Beilage 6: Aktienkaufvertrag, Ziff. 1 und 4 (act 493).

368. Hierfür werden in einem ersten Schritt die Verkaufsbemühungen der Verkäufer vor Vertragsabschluss mit der Post beleuchtet und es wird ausgeführt, weshalb diese den Anforderungen der Failing Company Defence nicht genügt haben (vgl. Kap. B.4.3.3.1). In einem zweiten Schritt wird beurteilt, ob das auf Anregung des Sekretariats durchgeführte zweite Bieterverfahren den Anforderungen der Failing Company Defence entsprochen hat (vgl. Kap. B.4.3.3.2) und insbesondere ob das daraus resultierende Angebot eines alternativen Käufers eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das vorliegende Zusammenschlussvorhaben darstellt (vgl. Kap. B.4.3.3.3 und B.4.3.3.4).

B.4.3.3.1. Die Verkaufsbemühungen der Verkäufer in Bezug auf Quickpac und Quickmail vor Vertragsabschluss mit der Post

I. Darstellung der Zusammenschlussparteien

369. In der Meldung wird ausgeführt, dass Lincoln im November 2022 mit der Suche nach Kaufinteressenten für Quickpac betraut wurde. Im Rahmen des Interessentenverfahrens bezüglich Quickpac sei bei der Kontaktierung sehr breit vorgegangen und es seien sämtliche Wettbewerber sowie auch die grössten Kunden, E-Commerce Anbieter, ausländische Käufer sowie Upstream-Unternehmen angesprochen worden. Zudem seien bereits zu Beginn zwei verschiedene Möglichkeiten in Erwägung gezogen worden, nämlich entweder eine Finanzierung durch eine Kapitalerhöhung oder ein M&A Prozess.³¹⁸

370. Insgesamt seien 93 Unternehmen angefragt worden, wovon bereits 71 Interessenten nach Sichtung der ersten Informationen (*Teaser* und *NDA*) abgelehnt hätten und weitere 21 Interessenten eine Absage erteilt hätten, nachdem sie vertrauliche Unterlagen sichten konnten. Die Gründe für die Absagen werden von den Zusammenschlussparteien wie folgt zusammengefasst: (i) Finanzprofil, insbesondere hoher Kapitalbedarf, andauernde Verluste und lange Dauer bis der *Break-even Point* in der Zukunft erreicht werden könnte; (ii) [...]; (iii) Desinteresse, in ein unprofitables Unternehmen zu investieren und (iv) Reichweite/Fokus passt nicht zu Strategie resp. lag ausserhalb der verfolgten, strategischen Segmente.³¹⁹

371. Diese Vorgehensweise [ein Interessentenverfahren einzig für Quickpac zu lancieren] sei basierend auf der Annahme gewählt worden, dass (i) Quickpac effektiv separat verkauft werden könne und dass (ii) Quickmail *stand-alone* kurz- bis mittelfristig eine Überlebenschance hätte. Beide Annahmen hätten sich als falsch erwiesen. Die Aktionäre (vertreten durch Verium) hätten aus den Rückmeldungen des Verkaufsprozesses erkennen müssen, dass niemand Quickpac *stand-alone* kaufen respektive die erforderlichen Finanzierungsmittel zur Verfügung stellen wollte. Weiter würde Quickmail selbst *stand-alone* aufgrund von Volumenrückgängen im ersten und zweiten Quartal 2023 eigenständig mittelfristig nicht mehr wirtschaftlich agieren können. Auch die Post habe sich letztlich nur für einen Kauf der ganzen Quickmail-Unternehmensgruppe interessiert.³²⁰

372. So wurde während des laufenden Interessentenverfahrens betreffend Quickpac nachträglich ein Interessen-

tenverfahren betreffend Quickmail lanciert, zu welchem neben der Post die CH Media, die Österreichische Post AG, die APG-Gruppe sowie die TX Group AG (nachfolgend: TX) eingeladen wurden. In der Meldung wird der kleine Teilnehmerkreis dadurch begründet, dass aufgrund des engen Zeitplans bedingt durch die ausgesprochen angespannte Liquiditätssituation nur potenzielle Investoren angesprochen worden seien, welche als realistische Käuferpartei erachtet worden seien. Die CH Media, die APG-Gruppe sowie die Österreichische Post AG hätten bereits nach Sichtung der ersten Informationen, die TX rasch nach Sichtung des vertraulichen Information Memorandums eine Absage erteilt.³²¹

373. [...].

II. Abklärungen des Sekretariats

374. Vor dem Hintergrund, dass das Zusammenschlussvorhaben in der Übernahme von Quickmail Holding durch die Post besteht, dass aber (1) kein eigentliches Interessentenverfahren für Quickmail Holding und (2) kein nennenswertes Interessentenverfahren (weder in zeitlicher Hinsicht noch in Bezug auf den Teilnehmerkreis) für Quickmail durchgeführt worden war, entschied das Sekretariat, eine Auswahl der von Lincoln angeschriebenen Interessenten zu befragen. Neben Fragen namentlich zu den von Lincoln erhaltenen Informationen betreffend das Kaufobjekt, zum Zeitrahmen bzw. zu den gesetzten Fristen, zu den Verhandlungsmöglichkeiten und den Gründen für die Absage wurde insbesondere auch danach gefragt, ob die angeschriebenen Interessenten Kenntnis davon gehabt hätten, dass sowohl Quickpac als auch Quickmail bzw. Quickmail Holding zum Verkauf standen. Ebenfalls wurde danach gefragt, ob die angeschriebenen Interessenten ein Interesse am Erwerb von bzw. einer Beteiligung an Quickmail und/oder Quickmail Holding gehabt hätten (wenn sie davon gewusst hätten) oder haben.

375. Ein weiterer Grund für die Befragungen zum Inhalt und Ablauf der beiden Interessentenverfahren war, dass aus dem Meldungsentwurf nicht eindeutig hervorging, dass auch Quickmails finanzielle Situation deren Verkauf plötzlich (während des laufenden Interessentenverfahrens bezüglich Quickpac) unumgänglich machte. Es war somit *prima vista* nicht ersichtlich, weshalb der Post die Möglichkeit eröffnet wurde, die ganze Holding zu erwerben.

376. So wurden am 12. September 2023 Lincoln, die 20 potenziellen Kaufinteressentinnen bezüglich Quickpac (exkl. die Post), welche das NDA unterschrieben und vertrauliche Informationen zu Quickpac gesichtet hatten, die drei angeschriebenen potenziellen Kaufinteressentinnen bezüglich Quickmail (exkl. die Post) sowie die TX, die an beiden Interessentenverfahren teilgenommen

³¹⁸ Meldung, Rz 169 (act 484).

³¹⁹ Meldung, Rz 171 ff. (act 484).

³²⁰ Meldung, Rz 180 (act 484).

³²¹ Meldung, Rz 183 ff. (act 484).

hatte, befragt. Am 15. September 2023 wurden fünf weitere potenzielle Kaufinteressentinnen bezüglich Quickpac (Ringier AG, Planzer Transport, Galliker Transport AG, Migros Genossenschaftsbund und Deutsche Post DHL Group) befragt, obwohl diese fünf Unternehmen gemäss Verium nach der ersten Kontaktnahme (*Teaser, NDA*) kein Interesse an einem möglichen Kauf von bzw. an einer möglichen Beteiligung an Quickpac geäussert hatten. Die Befragungen haben Folgendes ergeben:

a. Zur Verfügung gestellte Unterlagen und zeitlicher Ablauf der Interessentenverfahren

377. Das Interessentenverfahren bezüglich **Quickpack** dauerte **von 25. Januar 2023 (Marktansprache) bis 6. Juli 2023** ([...]). Die angeschriebenen Unternehmen wurden eingeladen, bis am 17. März 2023 ein indikatives Angebot («*Non Binding Offer*») abzugeben. Dafür erhielten die Interessenten einen *Teaser, CCP, Current Trading* sowie ein zusätzliches Informationspaket. Mit der Abgabe eines indikativen Angebots entschieden sich die Interessenten für die Teilnahme am Interessentenverfahren und gaben eine indikative Bewertung ab. Die Frist für ein definitives Angebot («*Binding Offer*») wurde je nach Unternehmen auf verschiedene Daten gesetzt.³²² Ein definitives Angebot hatte die Investitions-/Kaufabsicht, die definitive Bewertung sowie einen *Term-sheet mark-up* zu umfassen. Dafür erhielten die Interessenten den Datenraumzugang und nahmen an Managementpräsentationen und Expertengesprächen teil.³²³

378. Die vom Sekretariat befragten Unternehmen erachteten sowohl die zur Verfügung gestellten Unterlagen als auch die zeitliche Dauer des Interessentenverfahrens bezüglich Quickpac als ausreichend. Gemäss Lincoln entsprach der Prozess dem üblichen Vorgehen.³²⁴

379. Die Befragung ergab zudem, dass die im Rahmen des Interessentenverfahrens bezüglich Quickpac angeschriebenen Unternehmen nicht darüber informiert worden waren, als Lincoln parallel ein Interessentenverfahren bezüglich Quickmail eröffnete.

380. Die Post gab am 17. März 2023, [Unternehmen B] am 20. April 2023 und Back Enterprises am 5. Mai 2023 ein indikatives Angebot für den Erwerb bzw. eine Beteiligung an Quickpac ab.³²⁵

381. Zu beachten ist dabei, dass die Post am 31. Mai 2023 ein indikatives Angebot für den Erwerb der gesamten Holding abgab. Gemäss Lincoln sei nach dem indikativen Angebot der Post für Quickpac (17. März 2023) die Option aktuell geworden, Quickmail in den Transaktionsperimeter einzubeziehen. In den laufenden Gesprächen³²⁶ sei deutlich geworden, dass die Post einen kombinierten Deal (Übernahme beider Unternehmen durch die Übernahme der Holding) für interessanter halten würde als einen separaten Kauf von Quickpac alleine.³²⁷

382. Trotz Verhandlungen zu kommerziellen Aspekten der Transaktion zwischen [Unternehmen B], Lincoln und Verium reichte [Unternehmen B] schlussendlich kein finales Angebot ein.³²⁸ Back Enterprises gab schliesslich am 29. Juni 2023 ein angepasstes und konkretisiertes Angebot für Quickpac ab (vgl. Rz 389).³²⁹

383. Das Interessentenverfahren bezüglich **Quickmail** dauerte **von 18. Mai 2023 (Marktansprache) bis 6. Juli 2023** ([...]).³³⁰

384. Es war gemäss Lincoln unüblich rasch und kurz.³³¹ Von den Unternehmen, die Teil dieses Interessentenverfahrens waren, wurden jedoch weder die zur Verfügung gestellten Informationen noch der zeitliche Ablauf bemängelt. Neben der Post hatte nur ein Interessent (TX) das *NDA* unterschrieben, um den Fall vertiefter für ein indikatives Angebot zu prüfen. Die Frist wurde dafür auf den 21. Juni 2023 gesetzt, TX hatte sich jedoch davor zurückgezogen.

385. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 381) hat die Post [...] am 31. Mai 2023 ein indikatives Angebot für die Holding abgegeben.

b. Interesse an einem Kauf von bzw. einer Beteiligung an Quickmail und Quickpac

386. Die vier befragten Unternehmen des Interessentenverfahrens bezüglich Quickmail lehnten alle eine Investition in Quickmail ab. Dies primär, weil das Briefgeschäft nicht den strategischen Geschäftsfeldern der befragten Unternehmen entspreche.³³² Keines der Unternehmen begründete den ablehnenden Entscheid mit einer mutmasslich schlechten finanziellen Situation bzw. mutmasslich fehlenden Profitabilität von Quickmail.

387. Von den 21 vom Sekretariat befragten Unternehmen des Interessentenverfahrens bezüglich Quickpac lehnten 18 eine Investition ab. Dies primär, weil das Paketgeschäft nicht den strategischen Geschäftsfeldern der befragten Unternehmen entspreche oder keine bzw. nicht genügend Synergien mit dem eigenen Kerngeschäft vorliegen würden. Ausserdem wurde die fehlende Profitabilität von Quickpac und das damit verbundene Risiko bzw. ein entsprechender Kapitalbedarf erwähnt.

388. Drei der 21 Unternehmen (Back Enterprises, [Unternehmen A], [Unternehmen B]) äusserten in den Antworten auf den Fragebogen ein grundsätzliches und bestehendes Interesse an einem Erwerb von bzw. einer Beteiligung an Quickpac und/oder Quickmail bzw. Quickmail Holding.

³²² 26. Mai 2023 für die Post, 9. Juni 2023 für [Unternehmen B].

³²³ Beantwortung Fragebogen I durch Lincoln, 3 (act 328).

³²⁴ Beantwortung Fragebogen I durch Lincoln, 4 (act 328).

³²⁵ Beantwortung Fragebogen II durch Lincoln, 4 (act 448); Beantwortung Fragebogen I durch [Unternehmen B], 4 (act 338); Beantwortung Fragebogen durch Back Enterprises, 3 (act 264).

³²⁶ Managementpräsentationen und Expertengespräche fanden am 12.4.2023, 3.5.2023, 4.5.2023, 5.5.2023, 8.5.2023, 12.6.2023, 19.6.2023 und 20.6.2023 statt. Gemäss Lincoln lässt sich nicht mehr aufschlüsseln, an welchen Daten nur Quickpac besprochen wurde. Nachdem klar geworden sei, dass Quickmail Teil des Transaktionsperimeters werden würde, sei bei diesen Gesprächen [welche z.T. vor der Lancierung des Interessentenverfahrens bezüglich Quickmail stattfanden] meistens beide Unternehmen angesprochen worden, Beantwortung Fragebogen II durch Lincoln, 4 f. act 448).

³²⁷ Beantwortung Fragebogen II durch Lincoln, 4 (act 448).

³²⁸ Beantwortung Fragebogen I durch [Unternehmen B], 4 (act 338).

³²⁹ Beantwortung Fragebogen durch Back Enterprises, 4 (act 264).

³³⁰ Beantwortung Fragebogen I durch Lincoln, 6 (act 328).

³³¹ Beantwortung Fragebogen I durch Lincoln, 6 (act 328).

³³² TX war das einzige Unternehmen, das die vertraulichen Informationen sichtete und insbesondere [...] prüfte. Diese haben sich jedoch als ungenügend erwiesen, weshalb kein Angebot abgegeben wurde.

389. **Back Enterprises** hat im Rahmen des Interessenverfahrens bezüglich Quickpac als einzige Unternehmung neben der Post am 29. Juni 2023 ein angepasstes Kaufangebot für eine Mehrheitsbeteiligung an Quickpac eingereicht. Dieses wurde – entgegen den Ausführungen in der Meldung³³⁴ – am 4. Juli 2023 zurückgezogen, nachdem Verium nicht darauf eingegangen war³³⁵. Zu erwähnen ist hierbei auch, dass die Zusammenschlussparteien das Sekretariat bereits am 29. Juni 2023 über den Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens und das hierfür am [...] Juli 2023 geplante *Signing* informiert hatten.

390. Back Enterprises hatte keine Kenntnis über das Interessenverfahren bezüglich Quickmail und teilte mit, dass (weiterhin) ein grundsätzliches Interesse bestehe, Quickpac und neu auch Quickmail Holding zu übernehmen.

391. **[Unternehmen A]** hatte kein Interesse an einem Kauf von bzw. einer Beteiligung an Quickpac. Grund dafür waren [...].

392. **[Unternehmen A]** hatte keine Kenntnis über das Interessenverfahren bezüglich Quickmail, [...]. **[Unternehmen A]** teilte mit, dass sie an einem möglichen Kauf von bzw. einer Beteiligung an Quickmail und/oder Quickmail Holding interessiert wäre, eine positive Bewertung nach einer durchgeführten Due Diligence vorausgesetzt.

393. **[Unternehmen B]** hatte ein konkretes Interesse an einem Kauf von Quickpac und wollte ursprünglich als Minderheitsaktionärin einsteigen mit der Option, bei Erreichen gewisser Ziele bzw. Meilensteine die Beteiligung aufzustocken (bis 100 %). Verium und **[Unternehmen B]** konnten jedoch keine Einigung bezüglich der konkreten Ausgestaltung dieses Vorgehens erzielen.

394. **[Unternehmen B]** teilte mit, dass sie sich immer noch sowohl eine alleinige wie auch eine gemeinsame Beteiligung mit einem anderen Investor an Quickpac (auch zusammen mit der Post) vorstellen könnte.

III. Fazit

395. Entgegen den Aussagen der Zusammenschlussparteien ist nicht davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung zwischen der Post und Quickmail Holding keine anderen Unternehmen an der Übernahme von oder Beteiligung an Quickpac und/oder Quickmail bzw. Quickmail Holding interessiert gewesen wären. Wie oben aufgezeigt wurde, hatten die Teilnehmer des Interessenverfahrens (mit Ausnahme der Post und TX) keine Kenntnis davon, dass Verium den Verkauf von Quickpac und Quickmail bzw. der ganzen Holding in Erwägung zog und hatten folglich auch keine Gelegenheit, eine Due Diligence beider Tochtergesellschaften bzw. der Holding durchzuführen und allenfalls ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Wäre dies geschehen, hätten allenfalls Interessenten an Quickpac mit Interessenten an Quickmail eine gemeinsame Übernahme der Holding ins Auge fassen können. Ebenfalls unberücksichtigt blieb die Möglichkeit, Interessenten an einer Mehrheitsbeteiligung (bspw. Back Enterprises) mit Interessenten an einer Minderheitsbeteiligung (Bsp. **[Unternehmen B]**) zusammenzuführen, was

Verium ebenfalls den Ausstieg aus der Gesellschaft erlaubt hätte.

396. Das Sekretariat informierte die Zusammenschlussparteien folglich über das Ergebnis der Befragung der Kaufinteressenten und stellte ihnen die Antworten von Back Enterprises, **[Unternehmen A]** und **[Unternehmen B]** zu. Dabei war zu erwarten, dass die Verkäufer vor diesem Hintergrund schon alleine deshalb in (erneute) Verhandlungen mit den drei Interessenten treten würden, um in der definitiven Meldung des Zusammenschlussvorhabens darlegen zu können, inwiefern die Bedingungen der Failing Company Defence, namentlich dass keine wettbewerbsfreundlichere Lösung existiere, erfüllt sind.

B.4.3.3.2. Zweites Bieterverfahren

397. Im Auftrag von Verium führte Lincoln vom 27. September 2023 bis 9. November 2023 ein zweites Bieterverfahren durch. Back Enterprises wurde dazu am 27. September 2023, **[Unternehmen A]** am 4. Oktober 2023 und **[Unternehmen B]** am 6. Oktober 2023 eingeladen.³³⁵

398. In diesem Kapitel wird das zweite Bieterverfahren dargestellt und beurteilt, ob es den Anforderungen der Failing Company Defence entsprochen hat. In den nachfolgenden Kapiteln wird geprüft, ob das von Back Enterprises im Rahmen des zweiten Bieterverfahrens eingereichte Angebot eine wettbewerbsfreundlichere Alternative zum Zusammenschlussvorhaben darstellen könnte (vgl. Kap. B.4.3.3.3 und B.4.3.3.4).

I. Zur Verfügung gestellte Unterlagen und zeitlicher Ablauf

399. Die Frist für die Abgabe eines indikativen Angebots wurde für Back Enterprises auf den 16. Oktober 2023, für **[Unternehmen A]** auf den 24. Oktober 2023 und für **[Unternehmen B]** auf den 26. Oktober 2023 gesetzt.

³³³ Meldung, Rz 176 (act 484).

³³⁴ Meldung, Beilage 73: E-Mail-Korrespondenz mit Back Enterprises vom 4. Juli 2023 (act 560); Beantwortung Fragebogen durch Back Enterprises, Beilage 2 (act 264): Marc Erni (Verium) machte per E-Mail am 29. Juni 2023 Anmerkungen zum angepassten Angebot von Back Enterprises für Quickpac. In seiner Antwort vom 30. Juni 2023 bezeichnete Rico Back (Back Enterprises) den Vorschlag von Marc Erni als gangbar. Ohne auf die eigens vorgeschlagene «gangbare» Lösung weiter einzugehen, informierte Marc Erni Rico Back am 2. Juli 2023 darüber, dass sie in den nächsten [...] Tagen entscheiden würden, mit welcher Partei sie in die finalen Gespräche einsteigen würden und dass der andere Interessent an Quickpac und Quickmail interessiert sei. Rico Back war bis zu diesem Zeitpunkt nicht darüber informiert worden, dass Quickmail ebenfalls zum Verkauf stand. Obwohl er überzeugt war, dass beide Firmen zusammen operieren müssen und sollen, war ihm klar, dass es unmöglich war, innerhalb von [...] Tagen eine Beurteilung für eine mögliche Übernahme der Quickmail Holding abzugeben (vgl. auch Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 373 ff. [act 641]). Nachdem sich Marc Erni nach den angekündigten [...] Tagen nicht gemeldet hatte, zog Rico Back sein Angebot für eine Beteiligung an Quickpac aus diesem Grund zurück.

³³⁵ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 93: Update von Lincoln per 8. November 2023 (act 592).

400. Obwohl die Zusammenschlussparteien darüber in Kenntnis gesetzt worden waren, dass nicht alle drei Interessenten ausschliesslich an der alleinigen Übernahme von Quickmail Holding interessiert waren, sondern insbesondere auch ein Interesse an einer Beteiligung an einer der Tochtergesellschaften angemeldet hatten, wurden die Interessenten anfänglich einzig zu einer Angebotsabgabe für eine 100 %-Beteiligung an Quickmail Holding eingeladen. Zudem wurde namentlich [Unternehmen B] per E-Mail explizit darauf hingewiesen, dass die Verkäufer allfällige andere Beteiligungsangebote nicht in Betracht ziehen müssten/würden.³³⁶

401. Das Sekretariat erinnerte daraufhin die Zusammenschlussparteien daran, dass in einer allfälligen zukünftigen Meldung darzulegen sei, dass es nachweislich keine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das geplante Zusammenschlussvorhaben gebe. Dabei sei u.a. aufzuzeigen, dass kein anderes Unternehmen alleine oder mehrere Unternehmen zusammen die mutmasslich «failing Company» oder Teile derselben übernehmen würden. Eine alternative Transaktion müsse somit nicht notwendigerweise der Beteiligungsstruktur des geplanten Zusammenschlusses entsprechen noch müsse sie denselben Kaufpreis erzielen.³³⁷ In der Folge informierte Lincoln die Interessenten am 19. Oktober 2023, dass ein offenes Verfahren geführt werde und die Verkäufer auch alternative Beteiligungsstrukturen prüfen würden.³³⁸

402. Back Enterprises liess die Frist vom 16. Oktober 2023 für die Abgabe eines indikativen Angebots verstreichen. Wie aus dem E-Mail-Austausch zwischen Back Enterprises und Lincoln ersichtlich wird, lag der Grund u.a. darin, dass die zur Verfügung gestellten Daten veraltet waren bzw. dem Stand März/April 2023 entsprachen³³⁹. Back Enterprises bestätigte jedoch gegenüber Lincoln am 17. Oktober 2023, dass sie immer noch an einem Erwerb von Quickmail Holding interessiert sei und auf die aktualisierten Daten warten würde.³⁴⁰ Die Verkäufer bestritten zwar die Einschätzung von Back Enterprises betreffend den mutmasslich unzureichenden Informationsstand, Lincoln lud daraufhin jedoch laufend neue Daten in den Datenraum hoch – nicht zuletzt nachdem das Sekretariat Verium ebenfalls darauf hingewiesen hatte, dass den potenziellen Käufern Einsicht in die *aktuellen* Daten von Quickpac, Quickmail und Quickmail Holding zu gewähren sei.³⁴¹ Schliesslich gab Back Enterprises am 20. Oktober 2023 ein indikatives Angebot ab.

403. Die Verkäufer informierten das Sekretariat am 20. Oktober 2023 darüber, dass der Lohnlauf der Quickmail-Gruppe per 25. November 2023 für knapp [...] Mitarbeiter nicht mehr gesichert sei. Eine Transaktion mit (einem) alternativen Bieter(n), welche die Zahlungs- und Fortführungsfähigkeit der Gruppe sicherstelle, müsse somit zwingend spätestens bis zum 15. November 2023 abgeschlossen (d.h. nicht nur vereinbart, sondern auch vollzogen) werden können; nur dann bleibe genug Zeit, um vor dem Lohnlauf die notwendigen Finanzierungen umzusetzen. Mit dieser Begründung setzten die Verkäufer allen drei Interessenten eine Frist bis am 31. Oktober 2023, um ein verbindliches Kaufangebot einzureichen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte einzig Back Enterprises ein unverbindliches Angebot eingereicht.

404. Vor Ablauf dieser Frist und folglich in Unkenntnis, ob ein verbindliches Angebot eingereicht werden würde, welches eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellen könnte, reichten die Zusammenschlussparteien am 30. Oktober 2023 die definitive Meldung ein.

II. Ergebnis des zweiten Bieterverfahrens

405. [Unternehmen A] gab kein indikatives Angebot ab und trat am 24. Oktober 2023, vor Ablauf der Frist für ein verbindliches Angebot, ganz vom Akquisitionsprozess zurück.³⁴²

406. [Unternehmen B] gab ebenfalls weder ein unverbindliches noch ein verbindliches Angebot ab und teilte Lincoln nach Ablauf beider Fristen am 8. November 2023 mit, dass [Unternehmen B] kein Interesse am Erwerb von 100 % der Aktien von Quickpac habe, jedoch offen und gewillt wäre, zusammen mit der Post Wege zu diskutieren, um eine erfolgreiche Zukunft von Quickpac sicherzustellen.³⁴³

407. Da diese beiden Unternehmen nach durchgeführter Due Diligence kein Interesse an einer Beteiligung an Quickmail Holding oder einer Tochtergesellschaft gezeigt haben, wird nachfolgend einzig zu beurteilen sein, ob eine Übernahme von Quickmail Holding durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Alternative zum Zusammenschlussvorhaben darstellen könnte.

408. Back Enterprises gab am 31. Oktober 2023 ein verbindliches Angebot für den Erwerb von 100 % des Aktienkapitals von Quickmail Holding ab (vgl. Rz 416 ff.).³⁴⁴ Dieses wird von den Zusammenschlussparteien als unvollständig und somit rechtlich unverbindlich qualifiziert, weshalb Verium das – ihrer Ansicht nach erfolglose – zweite Bieterverfahren am 9. November 2023 abschloss (vgl. Rz 431 ff.).

³³⁶ E-Mail von [Unternehmen B] an Sekretariat vom 17. Oktober 2023 (act 473).

³³⁷ E-Mails von Sekretariat an Post und Verium vom 17. und 18. Oktober 2023 (act 474 und 477).

³³⁸ E-Mail von Verium an Sekretariat vom 20. Oktober 2023 inkl. Beilagen (act 479).

³³⁹ E-Mail von Verium an Sekretariat vom 17. Oktober 2023, Beilage, 16 (act 476): «*please understand that we need up to date Information. Like I told you, time has moved on and 2 new financial excel sheets plus 645 outdated informations from QM and all outdated papers from QP does not help to value the company. Also for QP we need to understand what happened in the last 6 month and what will happen. So please update the required information and put us in a position to understand the situation of the QM Group. If you do not want to support the process tell us now please. We are again spending time and money for the evaluation with the target to have a chance for placing an offer and develop a strategy for growth in a sustainable future. If you ignore our request how can we do this? This is what I mean with unfairly treatment. Please tell us before we keep on spending funds*».

³⁴⁰ E-Mail von Verium an Sekretariat vom 17. Oktober 2023 inkl. Beilage, 28 (act 476).

³⁴¹ E-Mail von Sekretariat an Verium vom 18. Oktober 2023 (act 477); E-Mail von Verium an Sekretariat vom 20. Oktober 2023 inkl. Beilagen (act 479).

³⁴² Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 93: Update von Lincoln per 8. November 2023, 120 f. (act 592).

³⁴³ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 92: E-Mail von [Unternehmen B] vom 8. November 2023 (act 591).

³⁴⁴ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 94: Binding Offer – Schreiben von Back Enterprises vom 31. Oktober 2023 (act 593).

III. Beurteilung des zweiten Bieterverfahrens

409. Wie bereits erläutert wurde, haben sich die Verkäufer ausreichend und ernsthaft um eine anderweitige Veräusserung zu bemühen. Anhand des ersten Interessenverfahrens wurde aufgezeigt, dass das Ausbleiben von Angeboten in der Ausgestaltung des Bieterverfahrens liegen kann. Es ist folglich unabdingbar, dass die Verkäufer den Interessenten die notwendigen Informationen während eines angemessenen Zeitraums zur Verfügung stellen, um diese in die Lage zu versetzen, einen fundierten Kaufentscheid fällen zu können.

410. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass den Interessenten im zweiten Bieterverfahren mindestens gleich viel Zeit zur Prüfung der Unterlagen im Datenraum zur Verfügung gestanden habe wie der Post im Rahmen des ersten Interessenverfahrens. Namentlich seinen Back Enterprises insgesamt 109 mögliche Due Diligence Tage gewährt worden, während der Post lediglich 85 Tage zur Verfügung gestanden hätten.

411. Aus Sicht der WEKO ist dieser Vergleich nicht einschlägig. Relevant für den Entscheid, ein Angebot für Quickmail Holding im Oktober 2023 zu unterbreiten, sind nicht die im Frühling 2023 eingesehenen Informationen und Daten zu Quickpac (72 Tage für Back Enterprises), sondern die *aktuellen* Zahlen in Bezug auf *Quickpac*, *Quickmail* und *Quickmail Holding*. Der Datenraum stand im zweiten Bieterverfahren für Back Enterprises lediglich 35 Tage, für [Unternehmen B] 15 Tage und für [Unternehmen A] 22 Tage offen.³⁴⁵ Hinzu kommt, dass die Daten bei Öffnung des Datenraums weder komplett noch aktuell waren und nur auf konkrete Anfrage hin aktualisiert wurden (vgl. Rz 402). Auch scheinen z.T. die Formate der hochgeladenen Dateien einer effizienten Bearbeitung hinderlich gewesen zu sein.³⁴⁶ Aus diesen Gründen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die drei Interessenten im zweiten Bieterverfahren weniger Zeit für eine fundierte Analyse und weiterführende Abklärungen hatten, als die Post im Frühling 2023.

412. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einem Unternehmen in finanzieller Notlage oftmals nur beschränkte Zeit für die Suche nach einem geeigneten Käufer bleibt.³⁴⁷ Wie im Rahmen der Liquiditätsdarstellung aufgezeigt wurde (vgl. Kap. B.4.3.1.5), scheint die aktuelle Liquiditätssituation der Quickmail-Gruppe prekär, weshalb die von Verium gesetzte Frist (15. November 2023) für das *Signing* mit einem alternativen Käufer nachvollziehbar scheint. Unter den gegebenen Umständen scheinen die im Vergleich zum Interessenverfahren von Frühling 2023 gesetzten kurzen Fristen (namentlich für die Einreichung eines verbindlichen Angebots nach dem unverbindlichen Angebot sowie für die darauffolgenden Verhandlungen) als grundsätzlich angemessen.

413. Der durch äussere Umstände möglicherweise vorgegebene Zeitdruck bedeutet jedoch nicht, dass sich die Verkäufer nicht ernsthaft um eine alternative Veräusserung zu bemühen hätten. Umso mehr dürfte in diesem Fall erwartet werden, dass den potenziellen Käufern entgegenzukommen ist. Demgegenüber erweckt das zweite Bieterverfahren eher den Anschein, als hätten die Verkäufer versucht, die Interessenten auszubremsen, sei es in der Art und Weise der Kommunikation (nament-

lich in Bezug auf das Kaufobjekt) oder in der Zurverfügungstellung der notwendigen Daten.

414. Schliesslich kann die Frage, ob sich Verium ernsthaft um eine alternative Veräusserung bemüht hat, vorliegend offenbleiben, da Back Enterprises schlussendlich ein Kaufangebot eingereicht hat. Back Enterprises teilte dem Sekretariat zudem am 9. November 2023 per E-Mail mit, dass sie alle notwendigen Unterlagen zur Beurteilung bekommen und ein finales verbindliches Angebot für die Übernahme der Gruppe abgegeben habe.³⁴⁸

B.4.3.3.3. Angebot von Back Enterprises

415. Bevor in einem nächsten Kapitel eine wettbewerbliche Beurteilung des Angebots von Back Enterprises vom 31. Oktober 2023 vorgenommen wird (Kap. B.4.3.3.4), wird in diesem Kapitel das Angebot von Back Enterprises bzw. dessen wichtigste Parameter wiedergegeben (Abschnitt I), die Verhandlungen im Nachgang zu Angebot resümiert (Abschnitt II) sowie die abrupte Beendigung des Bieterverfahrens dargestellt (Abschnitt III).

I. Angebot vom 31. Oktober 2023

416. Wie bereits erwähnt gab Back Enterprises am 31. Oktober 2023 ein verbindliches³⁴⁹ Angebot für den Erwerb von 100 % des Aktienkapitals von Quickmail Holding ab.³⁵⁰

417. Back Enterprises bietet [...] CHF 1 für 100 % des Aktienkapitals von Quickmail Holding inkl. 100 % des Aktienkapitals der Tochtergesellschaften. [...] basiert das Angebot namentlich auf folgenden Annahmen und Bedingungen:

«(i) The Company is free from any financial debt (except for the leasing commitments and the secured bank loan granted by the [Hausbank]), i.e. an amount of CHF 1 would be paid by the Company for [...], for the shareholder loans and the mandatory convertible of Quickpac, respectively, and a waiver for the remaining amounts would be delivered at Closing.

(ii) The Company has reached with [Hausbank] an arrangement satisfactory to Buyer with respect to the secured bank loan granted to the Company.

³⁴⁵ Allerdings ist diesbezüglich zu relativieren, dass die Unternehmen schneller Zugang hätten erhalten können (ab NDA), was Back Enterprises einen Zugang von 43 Tagen, [Unternehmen B] 34 Tagen und [Unternehmen A] 36 Tagen Zugang ermöglicht hätte.

³⁴⁶ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 93: Update von Lincoln per 8. November 2023, 56 (E-Mail vom 24. Oktober 2023): «We also noted that some of the updates you provided were in the PDF format. It is really hard if not impossible in the tight remaining time frame to analyse financial data provided in PDF files. Hence, we kindly ask you to provide the underlying Excel files for the items listed in the attached list "2023.10.24 Back Enterprises Excel file request.pdf"» (act 592).

³⁴⁷ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 237), Art. 10, N 177a; OECD, Roundtable on FFD, DGComp (Fn 303), Rz 6.

³⁴⁸ E-Mail von Back Enterprises an Sekretariat vom 9. November 2023 (act 585).

³⁴⁹ Die Verbindlichkeit des Angebots wird von Verium bestritten (vgl. Rz 408).

³⁵⁰ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 94: Binding Offer – Schreiben von Back Enterprises vom 31. Oktober 2023 (act 593).

(iii) The Company, is free from any other unusual and/or onerous commitments (financial, tax, pensions or otherwise), is free from any off-balance sheet liabilities (whether contingent or otherwise, "clean-cut") and its shares or its assets are free from any liens or encumbrances;

(iv) The Company has a satisfactory level of working capital (including cash), as agreed upon by Back Enterprises after having performed its due diligence; however, as you mentioned, we are willing to make available the amount of CHF 3 million to cover the immediate cash needs of the Company (Annex 2);

(v) The information provided to us by you to date regarding the Company in general, its ownership, its business, its financial position and performance, its prospects and its operations is true and accurate and presents a fair picture of the Company, and that the Company owns and has fully-costed all rights and assets necessary to operate in the ordinary course of business;

(vi) There will be no acquisitions, divestments or settlements of assets prior to closing of the proposed transaction;

(vii) There are no change of control provisions in significant contracts relating to the Company that would have a material impact on the ongoing operations of the Company if Back Enterprises were to acquire 100% of the shares of the Company and that all significant contracts or arrangements with third parties are valid and enforceable;

(viii) The Company will be managed in the ordinary course of business up to closing of the proposed transaction; »

418. Betreffend Finanzierung wird im Angebot ausgeführt, dass Back Enterprises über ausreichende finanzielle Mittel zur Begleichung des Kaufpreises sowie zur Finanzierung des unmittelbaren Bedarfs an liquiden Mitteln in Höhe von CHF 3 Mio. verfüge. Back Enterprises sei sich bewusst, dass Quickpac zusätzliche Finanzmittel (d.h. einen wesentlichen Teil des ursprünglich geschätzten Betrags von CHF [...] auf dem Weg zum *Break-even Point* benötigen werde. Auch in Bezug auf Quickmail würden aufgrund des strukturellen Rückgangs des Geschäfts sowie der Digitalisierung und der Ausweitung der Produktpalette zusätzliche Mittel erforderlich sein, die von Back Enterprises zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht genau kalibriert werden könnten.

419. Gemäss Darstellung im Angebot konzentrierte sich Back Enterprises auf den Aufbau und das Wachstum von Unternehmen in den Bereichen Logistik-, Paket- und Postdienstleistungen. Rico Back, der Gründer von Back Enterprises, sei seit über drei Jahrzehnten in leitenden Positionen in der globalen Logistik-, Paket- und Postbranche tätig. Er war CEO der Royal Mail Group, CEO des Paketdienstleisters GLS sowie Mitbegründer und Geschäftsführer von German Parcel. Unter seiner Führung habe Royal Mail den strategischen Plan «*Journey 2024*» entwickelt, der die langfristige Überlebensfähigkeit des Unternehmens gesichert habe. Seit der Umsetzung des Plans habe Royal Mail einen Wandel von einem Postunternehmen, das sich hauptsächlich auf die Briefzustellung in Grossbritannien konzentrierte, zu einem Logistikunternehmen mit internationalen Paketdiensten und einem Briefgeschäft im Vereinigten Königreich vollzogen. 1989 war Rico Back Mitbegründer und Geschäftsführer von German Parcel, einem nationalen Paketdienstleister in Deutschland, der später in GLS umbenannt wurde. Im Jahr 1999 habe er den Verkauf

von German Parcel an Royal Mail geleitet. Als CEO von GLS habe er weitere Paketdienstleister übernommen und gegründet und damit das Netzwerk in ganz Europa deutlich ausgebaut. Unter seiner Führung sei GLS zu einem der führenden Anbieter von Logistik- und Paketdienstleistungen in Kontinentaleuropa und Nordamerika mit einem erwirtschafteten Umsatz von mehr als EUR 4 Mrd. geworden. Zusätzlich zu seinen umfangreichen Kenntnissen und Erfahrungen in der globalen Post- und Paketbranche habe Rico Back erfolgreich über 80 Unternehmen erworben und integriert. Er arbeite seit über 10 Jahren mit seinem Team zusammen, das sich voll und ganz dem Erfolg des Unternehmens widme.

420. Zu den strategischen Plänen für Quickmail Holding führt Back Enterprises im Angebot Folgendes aus: Nach Einschätzung von Back Enterprises dürfte **Quickpac** erst 2026 erstmals ein positives EBIT erzielen. Zur Verbesserung der finanziellen Leistungsfähigkeit müsse Quickpac mehrere Herausforderungen sowohl in kommerzieller als auch in operativer Hinsicht angehen. In erster Linie müsse Quickpac so schnell wie möglich eine vollständige Flächenabdeckung durch Partnerschaften mit lokalen Schweizer KMU erreichen. Darüber hinaus beabsichtige Back Enterprises eine Expansion in das B2B-Geschäft, ein Segment, das bisher von Quickpac überhaupt nicht abgedeckt wurde. Schliesslich würden das internationale Netzwerk und die Beziehungen von Back Enterprises es ermöglichen, Quickpacs profitable Importmengen zu erhöhen, was unmittelbar zu Effizienzsteigerungen des Zustellungsnetzwerks führen werde. Back Enterprises und sein Team seien entschlossen, die Transformation und das Wachstum voranzutreiben, um die Finanzpläne zu erfüllen. Auch der laufende Geschäftsbetrieb von **Quickmail** werde zusätzliche Investitionen und Ausgaben erfordern, um eine wettbewerbsfähige Haushaltsabdeckung zu erreichen. Ausserdem würden neue Produkte und Dienstleistungen das Volumen und den Marktanteil erhöhen. Back Enterprises glaubt, dass sie mit ihrem Fachwissen und ihrem finanziellen Engagement in der Lage sein würde, den derzeitigen Preisvorteil von mindestens [...] % gegenüber der Post halten oder sogar ausbauen zu können.

II. Verhandlungen im Nachgang zum Angebot

421. Im Nachgang zum Angebot von Back Enterprises teilte Lincoln Back Enterprises am 2. November 2023 mit, welche zusätzlichen Informationen und Klarstellungen ein verbindliches Angebot beinhalten müsse. So habe Back Enterprises anzugeben, was unter «*arrangement satisfactory to buyer*» betreffend die [Hausbank] zu verstehen sei. Back Enterprises wurde zudem darüber informiert, dass bei Closing eine Finanzierung über CHF [...] zur Verfügung gestellt werden müsse, um den negativen *Cash-Flow* bis Ende 2024 decken zu können. Lincoln forderte einen diesbezüglichen Beleg (Kontoauszug, Bankgarantie, Bürgschaft).³⁵¹

³⁵¹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 99: Schreiben von Lincoln vom 2. November 2023 (Act 598).

422. Am 3. November 2023 teilte Back Enterprises Lincoln mit, dass Back Enterprises vor den Verhandlungen mit Drittgläubigern die Bestätigung benötige, dass die Aktionärsdarlehen, die Pflichtwandelanleihe und die Aktien für jeweils CHF 1 übertragen werden würden. Gemäss Back Enterprises sollte dies nicht strittig sein, da die Bilanzen der Konzerngesellschaften («corrected to show impairment requirements») zeigen würden, dass jede Gruppengesellschaft ein negatives Eigenkapital per [...] aufweise. Back Enterprises beantragt die gleiche Behandlung für die ausstehenden kurzfristigen Verbindlichkeiten in Höhe von CHF [...] (mit Ausnahme der AHV-Zahlung an EXFOUR in Höhe von CHF [...]). Schliesslich stellte Back Enterprises diverse detaillierte Fragen im Zusammenhang mit unternommenen und möglichen zukünftigen Sanierungsmassnahmen.³⁵²

423. Am 6. November 2023 fanden drei Verhandlungen bzw. Besprechungen im Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot von Back Enterprises statt.

424. Im Rahmen der ersten Verhandlung zwischen Verium und der Post ging es um die von Back Enterprises geforderte Abschreibung der Forderungen von Drittgläubigern. [...] hatte Quickmail Holding [...] gewährt, hatte die [...] jedoch [...] ³⁵³ eingestellt, als Verium das zweite Bieterverfahren initiierte und teilte Verium mit, dass die Forderung über CHF [...] bei *Signing* mit einem alternativen Käufer fällig gestellt würde. [...].³⁵⁴

425. Die zweite Besprechung vom 6. November 2023 fand zwischen Verium und Back Enterprises statt. Dabei handelte es sich einerseits um eine Vorbereitungssitzung für die Verhandlungen mit der [Hausbank], welche für den 7. November 2023 angesetzt waren, und andererseits um die Besprechung der Fragen von Back Enterprises vom 3. November 2023 zu bereits getroffenen Sanierungsmassnahmen. Ebenfalls wurde das Bieterverfahren generell und insbesondere in Bezug auf die vom Bieter verlangten Angaben diskutiert. Hervorzuheben sind dabei folgende Diskussionspunkte:³⁵⁵

- Verium fordert eine Konkretisierung des Angebots von Back Enterprises, da das Angebot weder einen ausreichenden Finanzierungsnachweis, noch einen Plan für das Management aufzeigen würde. Zudem liege keine Darlehensverzichtserklärung [...] vor und es sei unklar, welche Bedingungen für eine Verhandlung mit der [Hausbank] für den Bieter akzeptabel wären.
- Verium kann zudem nicht garantieren, dass die durch Verium vertretenen Aktionäre und Darlehensgeber einem Verzicht auf Rückzahlung sämtlicher Darlehen zustimmen würden.
- Aus Sicht von Back Enterprises kann mit den Gläubigern erst richtig verhandelt werden, wenn das Unternehmen vor bzw. im Konkurs ist. Das Angebot ist als Angebot für einen Sanierungsfall zu verstehen. Back Enterprises könne mit der [Hausbank] erst diskutieren, wenn die Post «draussen sei» und der Konkurs drohe. Entsprechend kann Back Enterprises bis zum Entscheid der WEKO (bzw. Verbot des Zusammenschlusses) nicht weitermachen. Back Enterprises beschloss, die am 7. November 2023 vorgesehenen Verhandlungen mit der [Hausbank] abzusagen, da

sie momentan nicht in der Position sei, um harte Verhandlungen zu führen.

- Back Enterprises verlangt (wie bereits im Schreiben vom 3. November 2023), dass als Vorbedingung für Verhandlungen mit der [Hausbank] und [...] betr. Schuldenschnitt die Aktionäre vorab ihre Offerte über CHF 1 für die Aktien und Aktionärsdarlehen akzeptieren.

426. Im Rahmen der dritten Besprechung vom 6. November 2023 zwischen Verium, dem Management von Quickpac und Quickmail und Back Enterprises (*Management Meeting*)³⁵⁶ stellten und beantworteten sich das Management und Back Enterprises gegenseitig Fragen. Das Management nahm namentlich Stellung zu den ausstehenden Fragen von Back Enterprises vom 3. November 2023³⁵⁷, welche nicht bereits in der vorgängigen Besprechung mit Verium beantwortet worden waren (vgl. Rz 425). Danach beantwortete Back Enterprises Fragen des Managements.

- Auf die Frage, ob das Management bzw. die Schlüsselmitarbeiter ebenfalls ihr gesamtes Investment abschreiben müssen und wie eine Management Incentive Struktur künftig aussehen würde, antwortet Back Enterprises, dass diese Mitarbeiter grundsätzlich wie alle Aktionäre ihr Investment verlieren, aber mit einem neuen Bonusprogramm incentiviert würden. Back Enterprises betont, dass das Management extrem wichtig sei und kommt dem Management nach einer Diskussion insoweit entgegen, als dass das Management neu auch 30 % der Gesellschaft erhalten können soll.
- Auf die Frage, welche Strukturen hinter Back Enterprises stehen und ob nicht ein Key Man Risk mit der Person von Rico Back bestehe, antwortet dieser, dass er nur der Sparring Partner sei und das Management das Unternehmen führen soll.
- Auf die Frage, wo Quickmail und Quickpac bei einer Übernahme durch Back Enterprises in drei Jahren stehen würde, antwortet er wie folgt (Auszug aus dem Protokoll):

«Quickmail

- Rico Back antwortet, er sieht 2 separaten Gesellschaften, 2 Management Teams und zwei unabhängig voneinander geführte Strukturen.

³⁵² Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 93: Update von Lincoln per 8. November 2023, 70 f. (act 592).

³⁵³ Meldung, Beilage 22: [...] vom [...] Juli 2023 und Anpassung vom [...] 2023 (act 509).

³⁵⁴ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 101: Gesprächsnotiz zu [...] (act 600).

³⁵⁵ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 102: Gesprächsnotizen zu Vorbereitung Verhandlung mit [Hausbank] (act 601).

³⁵⁶ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 103: Gesprächsnotizen zu Management Meeting (act 602).

³⁵⁷ Fragen nach bereits ergriffen Massnahmen, namentlich «measures to protect existing customer relationships/volumes and quality of the operations», «measures to protect outstanding payments from mail customers in liquidation process», «status lease agreements Hägen-dorf and Dietikon».

- Er glaubt an die Strategie und den Business Plan, der im Information Memorandum gezeigt wurde. Er glaubt an den Schweizer Werbemarkt und das Marktwachstum der unadressierten Werbungen.
- Auf die Schwierigkeiten bedingt durch höhere Papierpreise und leichtere Sendungen sowie die Probleme, Zusteller zu finden, geht Rico Back nicht ein und hat auf Nachfrage keine Lösungsvorschläge.

Quickpac

- 100 % Flächendeckung durch Partnerschaften / keine weiteren eigene Depots. Mit Partnern könne ab Tag eins mit Paketen Geld verdient werden. Auf die Rückfrage, welche Partner er denn in Betracht ziehen würde, antwortet Rico Back unter Bezugnahme auf sein grosses Netzwerk.
- Dadurch, dass man keine eigenen Depots ausserhalb der Deutschschweiz hätte, wäre der Ausbau der zusätzlichen Flächenabdeckung nicht teuer. Er könne dies in ca. 6-9 Monaten erreichen.
- Gemäss Rico Back ist das Offering von Quickpac aktuell zu günstig, Preise könnten allenfalls stärker erhöht werden. Das Management bezweifelt, dass dies so einfach möglich sei.
- Management fragt erneut, wie viel Kapital zur Umsetzung seiner Strategie für Quickpac erforderlich wäre. Rico Back antwortet CHF 12 bis 18 Millionen. Er meint, dass er dieses Investment alleine stemmen könnte. Er habe bewusst keine Partner angesprochen.»

III. Ablehnung des Angebots und Beendigung des Bieterverfahrens durch die Verkäufer

427. Ohne weitere Verhandlungen informierte Lincoln Back Enterprises am 9. November 2023 über die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises und die Beendigung des zweiten Bieterverfahrens:³⁵⁸

«After a thorough evaluation of your offer submitted on 31 October 2023 and the meetings conducted on 6 November 2023 with the management and Verium, the sellers have concluded that your offer does not meet material requirements outlined in detail in Process Letter II, that you haven't submitted a proof of funding which would guarantee a sustainable development of the Quickmail Group, and that your offer is thus not a feasible option to achieve a closing within the required timeline. Consequently, the second bidder process is hereby terminated unsuccessfully. [...]»

428. Back Enterprises antwortete Lincoln am 10. November 2023 wie folgt:³⁵⁹

«[...] First, let us state that our binding offer dated October 31, 2023 (the Binding Offer) has materially fulfilled all points of Process Letter II of Lincoln dated October 23, 2023: We also have provided bank evidence that we could cover the immediate financial needs of the Company known at that time (but not the needs of the seller, as for instance the coverage of professional fees for services rendered to the seller that you wanted to have borne by the Company). As to the need of covering the going concern, as mentioned during the aforesaid meeting, we mentioned in the meeting that we are willing to (and will have to) cover the needs subject to a joint review of your cash flow planning. As ex-

posed during the meeting, our strategy, namely with respect to Quickpac, and the partnerships we would immediately enter through our network would immediately increase the volumes and revenues of the company and therefore we would have loved discussing with you the actual necessary financial needs to ensure going concern (we always confirmed, that sufficient funding would be provided to ensure the going concern as well as financial demands for a successful transformation process), which you have set at ca. CHF [...] and which is based on your strategy but not ours. However, we never could enter into a genuine discussion or even negotiation on this topic, because you did not accept our purchase price for the shareholders (both in their equity and loan holdings) since the buyer was even publicly speculating on the approval by the regulatory authorities of the sale of the company to Swiss Post, which you called your Plan A.

Second, you have mentioned many times during the meeting that the company was a "failing company". We do not share this view, on the contrary, the company has a strong customer base, has a unique positioning in the market, and has a strong management, all as convincingly explained in the Information Memoranda you prepared. However, it is financially distressed, and as your client pointed out, it would probably go into bankruptcy if the sale to Swiss Post would not occur and nobody would be there to take care of it. However, this does not mean that the company is "failing", because there is a possibility available which is less damaging for the mail market than the sale to Swiss Post: it is the sale to Back Enterprises, but of course such a sale immediately before a potential bankruptcy would be much less interesting financially for the equity and the quasi-equity holders (i.e. your client), which would have to write-off their residual claim, and maybe the third party debt holders, than the Swiss Post deal. Indeed, as we had mentioned in our binding offer, we believe that Swiss Post could recoup thanks to its monopolistic position after the purchase of the company a purchase price of ca. CHF 30 mio within 2 years and even a purchase price of ca. CHF 60 mio within 3 years to the detriment of the market/consumer. For this reason, you barred the way for this better alternative for the mail market to materialize: you did not confirm accepting our purchase price for the shares and the shareholders loans/notes, you were not willing to confirm ahead of potential negotiations with the lender [Hausbank] that the deal with Swiss Post (which you named your Plan A) was off the table and you did not even let us negotiate with the other lender [...]. Ironically, [...]. But as you mentioned yourself, discussions with any lenders would not make sense as long as the Swiss Post transaction is on the table and the lenders were aware of this.

So we feel that this process was only designed to exclude us from the auction in the end, in order to make the case that the company is a failing company, which is of course not the case. Back Enterprises' long-term and exclusive strategic focus on logistics and our long-standing experience in the postal and logistics field would have uniquely positioned us as a partner for the company and its management team during the next phase of its development and would have created significant benefits to the company's customers, shareholders, employees and the market of parcel and mail deliveries in Switzerland.

³⁵⁸ E-Mail von Lincoln an Back Enterprises vom 9. November 2023 (act 603).

³⁵⁹ Antwort-E-Mail von Back Enterprises an Lincoln vom 10. November 2023 (act 603).

Third, we were surprised to learn, that since the announcement of the deal with Swiss Post, the company's financial situation has deteriorated immensely; there are different reasons for this as management explained during the meeting on Monday. We think however that the sellers and the board of the company have evidently relied exclusively on the Swiss Post deal to address the dire situation of the company and not seriously sought for alternatives, those alternatives that were sought were only sought to demonstrate that the company is failing (which it is not). In the meantime, the volume of letters/parcels has decreased during this period, [...]. Again, claiming now that the companies are failing sounds ironic. Even in this situation, we were ready to invest and create a viable solution for the company and the Swiss market. [...]

Nevertheless we remain positive to the company and stand to our binding offer in case your plan A does not materialize.»

429. Obwohl das Bieterverfahren am 9. November 2023 abgeschlossen und das Angebot von Back Enterprises abgelehnt worden ist, wandten sich die Kadermitglieder und Aktionäre von Quickmail und Quickpac mit Schreiben vom 9. November 2023 direkt an das Sekretariat. Sie hinterfragten bzw. diskreditierten darin den Leistungsausweis sowohl von Back Enterprises als auch Rico Back als Person und machten geltend, dass eine Übernahme durch Back Enterprises ein Reputationsrisiko für Quickmail Holding darstelle. Sie betitelten die Übernahme als feindliche Übernahme, da sich Rico Back gegen den Willen des Managements an der Firma beteiligen wolle. Sie führten diesbezüglich aus, dass das (erweiterte) Management in signifikantem Umfang, grösstenteils mit erheblichem Anteil am Privatvermögen, an Quickmail Holding beteiligt sei. Eine Übernahme durch Back Enterprises zu einem tieferen Preis als der mit der Schweizerischen Post vereinbarte würde ihre Beteiligung entwerten, die im ungünstigsten Fall einen *Non-Valeur* darstelle. Sie sind überzeugt, dass nach einer erheblichen Entwertung ihrer Beteiligung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für sie nicht mehr zumutbar sei und Kündigungen die unausweichliche Folge wären. Sie sind überzeugt davon, dass durch eine Kündigung von mehreren oder sogar allen Unterzeichnenden die operative Funktionsfähigkeit von Quickmail und Quickpac innert kürzester Zeit gefährdet sei. Sie gehen zudem davon aus, dass infolge ihrer Kündigung auch weitere Mitarbeitende des oberen und mittleren Kaders eine neue Arbeitsstelle suchen würden. Schliesslich ersuchen sie die WEKO, vor diesem Hintergrund die Nachhaltigkeit der alternativen Transaktion gründlich zu beurteilen.³⁶⁰

B.4.3.3.4. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Angebots von Back Enterprises

430. Nachfolgend werden zuerst im Sinne einer Übersicht die von den Verkäufern und den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Gründe für die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises und die Beendigung des zweiten Bieterverfahrens einzeln aufgelistet (Abschnitt I). Auf die detaillierte Begründung der Veräusserer und der Zusammenschlussparteien wird danach im Rahmen der Beurteilung, ob eine Übernahme der Quickmail Holding durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt, eingegangen (Abschnitt II)

I. Zusammenfassung der Gründe der Verkäufer für die Ablehnung des Angebots und die Beendigung des Bieterverfahrens

431. Verium macht im Rahmen der Beantwortung der Fragen nach Art. 15 Abs. 1 VKU geltend, dass das als «*Binding Offer*» betitelte Schreiben vom 31. Oktober 2023 verschiedene zwingende Angebotsparameter überhaupt nicht oder nicht genügend klar adressiere und daher die Mindestanforderungen an ein verbindliches Angebot nicht erfülle. Insbesondere folgende Punkte seien unvollständig:³⁶¹

«(i) Fehlender Finanzierungsnachweis: Back Enterprises bietet keinen Finanzierungsnachweis für die Quickmail-Unternehmensgruppe bis zum Break-Even bzw. für ein going concern Szenario (bis Ende 2024), und nicht einmal kurzfristig bis Ende 2023;

(ii) Kein Lösungsvorschlag betreffend [Hausbank]-Darlehen: Back Enterprises unterbreitet keine Finanzierungslösung betreffend das Darlehen der [Hausbank]. Es fehlen insbesondere Angaben, was eine Einigung mit der [Hausbank] beinhalten bzw. wie eine für die Bieterin akzeptable Lösung ausgestaltet sein müsste;

(iii) Kein Lösungsvorschlag betreffend Forderungen weiterer Gläubiger: Back Enterprises lehnt eine Finanzierungslösung betreffend ausstehende Forderungen weiterer Gläubiger (unter anderem [...]) ab. Gemäss Back Enterprises müssten ausstehende Forderungen vollumfänglich abgeschrieben werden. Einen Vorschlag, wie dies erreicht werden soll, legte Back Enterprises nicht vor;

(iv) Fehlender Nachweis einer Unternehmensstrategie: Back Enterprises ist nicht in der Lage, nachvollziehbare strategischen Pläne für die Weiterentwicklung von Quickmail AG und Quickpac AG vorzulegen; und

(v) Keine Anschlussplanung für Management: Back Enterprises ist konkrete Angaben zur Incentivierung und Weiterbeschäftigung des Managements schuldig geblieben.»

432. Aus diesen Gründen stelle Back Enterprises nach Ansicht von Verium keinen Investor dar, der sicherstellen könne, dass Quickmail Holding und/oder Quickmail nachhaltig am Markt bleiben könne.³⁶²

433. Mit Schreiben vom 14. November 2023 reichten die Zusammenschlussparteien eine Ergänzung der zusätzlichen Angaben und Unterlagen nach Art. 15 Abs. 1 VKU aufgrund «neuer Sachverhaltselemente» ein.³⁶³ Darin nimmt Verium zu den von Back Enterprise in ihrer E-Mail vom 10. November 2023 (vgl. Rz 428) vorgebrachten Punkten einzeln Stellung. Diese Stellungnahme enthält indes keine neuen Argumente, die nicht schon während der Verhandlungen vom 6. November 2023 oder in der oben zusammengefassten ersten Eingabe nach Art. 15 Abs. 1 VKU vorgebracht worden wären. Aus diesem Grund wird die Stellungnahme vorliegend nicht resümiert, sie wird jedoch bei der nachfolgenden Beurteilung berücksichtigt.

³⁶⁰ Schreiben der Kadermitglieder und Aktionäre der Quickmail und Quickpac an das Sekretariat vom 9. November 2023 (act 587).

³⁶¹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 28 (act 589).

³⁶² Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 46 (act 589).

³⁶³ Ergänzung der zusätzlichen Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU: Stellungnahme Verium zum E-Mail vom 10.11.2023 von Back Enterprises inkl. Beilagen (act 606).

434. Die von den Zusammenschlussparteien aufgeführten Gründe, weshalb eine Übernahme der Quickmail Holding durch Back Enterprises keine wettbewerbsfreundlichere Alternative zum Zusammenschlussvorhaben darstelle, wurden von den Zusammenschlussparteien im Rahmen der Stellungnahme zur Beschlussbegründung der WEKO³⁶⁴, anlässlich der Einvernahmen von den Veräusserern und den Zusammenschlussparteien und der Anhörung vor der WEKO³⁶⁵ sowie im Rahmen der Stellungnahme der Verkäufer und Quickmail Holding vom 8. Januar 2024 zur Zeugeneinvernahme von Rico Back, zur Eingabe vom 21. Dezember 2023 von Back Enterprises und zum Strategiepapier von Back Enterprises³⁶⁶ erneut wiederholt.

435. In Ergänzung dazu wurden weitere, nachfolgend aufgeführte Gründe für die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises vorgebracht:³⁶⁷

(vi) Back Enterprises strebe vermutlich einen Erwerb der Quickmail-Gruppe aus der Konkurs-/Nachlassmasse an, was kein wettbewerbsrechtlich ausreichendes Alternativangebot darstelle. Ausserdem erfülle der Vorschlag von Back Enterprises die Anforderungen an eine Nachlassstundung nicht.

(vii) Back Enterprises sei nicht an einer Übernahme und Sanierung der Quickmail-Gruppe interessiert, sondern stelle nur in Aussicht, dass diese nicht ganz vom Markt verschwinde. Dabei strebe Back Enterprises nachweislich lediglich eine Übernahme von Quickpac an.

(viii) Back Enterprises biete den Verkäufern weniger als den Liquidationswert.³⁶⁸

(ix) Back Enterprises missbrauche das Zusammenschlussverfahren in treuwidriger Weise.

(x) Ein ungeordneter Konkurs wäre bei einem negativen WEKO-Entscheid aufgrund der Kundenverluste und der Finanzlage nicht abwendbar.

(xi) Die Übernahme durch die Post habe im Vergleich zur von Back Enterprises angestrebten Übernahme aus der Konkurs- bzw. Nachlassmasse positive Marktwirkungen.³⁶⁹

II. *Beurteilung der von den Veräusserern und den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Gründe für die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises*

436. Im Folgenden werden die von den Verkäufern und den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Argumente, weshalb eine allfällige Übernahme der Quickmail-Gruppe durch Back Enterprises keine wettbewerbsfreundlichere Lösung i.S. der Failing Company Defence darstelle, einzeln zusammengefasst und beurteilt (Abschnitte a – h).

437. Nicht alle von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Gründe für die Ablehnung des Angebots von Back Enterprises scheinen jedoch für die Beurteilung, ob das Angebot bzw. eine Übernahme der Quickmail-Gruppe durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt, gleichermassen relevant zu sein. Nach Ansicht der WEKO scheint insbesondere zentral, dass ein Kaufinteressent finanziell in der Lage ist, das sanierungsbedürftige Unternehmen zu übernehmen (Kaufpreis und betriebsnotwendige Liquidität) und die notwendigen Mittel für dessen mittel- bis langfristiges Weiterbestehen (In-

vestitionen bis zum *Break-even Point*) im Markt aufzuwenden (Abschnitt a). Des Weiteren hat der Kaufinteressent eine Strategie für das sanierungsbedürftige Unternehmen vorzulegen, welche jedoch – wie nachfolgend aufgezeigt wird – weder mit der aktuell verfolgten Strategie übereinstimmen noch im Detail durch die WEKO überprüft werden muss (Abschnitt b, vgl. auch Rz 364 f.).

438. Dennoch werden nachfolgend alle von den Zusammenschlussparteien und Verium vorgebrachten Argumente diskutiert und aufgezeigt, inwiefern sie einerseits für die Beurteilung (un)wesentlich sind und andererseits vorliegend möglicherweise eine Ablehnung rechtfertigen oder nicht (Abschnitte c – h).

a. *Ad fehlender Finanzierungsnachweis*

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

439. Betreffend den fehlenden Finanzierungsnachweis von Back Enterprises führt Verium u.a. Folgendes aus: Das Management schätzt den Liquiditätsbedarf für rein operative Tätigkeiten bis Ende 2024 auf ca. CHF [...], wovon ein unmittelbarer Finanzierungsbedarf über rund CHF [...] bis Ende 2023 und weitere CHF [...] im Geschäftsjahr 2024 bestehe. Der Beleg über ein Bankguthaben von Herrn Back als Privatperson zu einem Stichtag bei der LGT über CHF 4 Mio. sei qualitativ und quantitativ klar nicht ausreichend, um den Fortbestand der Gruppe nachhaltig sichern zu können. Back Enterprises habe die für die Einreichung des Finanzierungsnachweises erforderliche Frist am 7. November 2023 verstreichen lassen.³⁷⁰ Ausserdem bestünden per 8. Januar 2024 weitere überfällige Forderungen, welche den sofortigen Finanzierungsbedarf per Closing gegen CHF [...] erforderlich machen würden, was die von Back Enterprises zugesicherte Finanzierung substanziell übersteige. Aus diesem Grund wäre im Falle einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO ein Konkurs nicht mehr abwendbar.³⁷¹

440. Es sei somit insgesamt nicht rechtsgültig und eindeutig erstellt, dass Back Enterprises die nötige Liquidität auch kurzfristig bereitstellen könne (fehlende Finanzierungsfähigkeit) und dazu auch nicht gewillt sei (fehlende Finanzierungsbereitschaft). Die nötige finanzielle Sicherheit in der Höhe von CHF [...] bis Ende 2024 sowie der zusätzliche Finanzierungsbedarf zur Weiterführung der Quickmail-Gruppe bis zur Erreichung des

³⁶⁴ Act 639.

³⁶⁵ Act 640, 642 und 644 – 648.

³⁶⁶ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium (act 667).

³⁶⁷ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 1 (act 639); Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 2 (act 667).

³⁶⁸ Auf dieses Argument wird im Rahmen der Beurteilung des Umgangs mit Forderungen von Gläubigern (Abschnitt II c, Rz 499 f.) eingegangen.

³⁶⁹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 32 (act 639).

³⁷⁰ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 35 f. (act 589).

³⁷¹ Stellungnahme vom 8. Januar 2024, Rz 12 f. (act 667).

Break-even Points in der Höhe von CHF [...] seien deshalb nicht gewährleistet. Damit sei eine finanziell gesicherte Wahrscheinlichkeit für einen Verbleib der Quickmail-Gruppe am Markt nicht gegeben.³⁷²

441. Im Übrigen könnten die Verkäufer die Höhe, Liquidität und Gewähr der zusätzlichen Vermögensnachweise, die Back Enterprises der WEKO vorlegte, nicht prüfen, da diese als Geschäftsgeheimnis deklariert worden seien. Ein Abstellen der WEKO auf diese für die Verkäufer intransparenten Vermögensnachweise stünden dem Anspruch auf rechtliches Gehör entgegen.³⁷³

Beurteilung durch die WEKO

442. Während es für die Verkäufer für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots grundsätzlich nicht ausschlaggebend sein sollte, ob der Käufer neben der Begleichung des Kaufpreises auch finanziell in der Lage ist, das Unternehmen längerfristig weiterzuführen, ist diese Bedingung für die Beurteilung, ob die alternative Übernahme eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt, essentiell. Wie eingangs erläutert, hat ein Kaufinteressent neben einer Strategie für die Weiterführung des sanierungsbedürftigen Unternehmens auch ein Konzept für die Finanzierung dieser Strategie vorzuweisen (vgl. Rz 364).

443. Back Enterprises hat dem Sekretariat mit Schreiben vom 16. November 2023 zusätzlich zum Bankguthaben über CHF 4 Mio., wovon CHF 3 Mio. beim *Signing* erforderlich gewesen wären (*Working Capital*), zwei weitere Vermögensnachweise ([...]) zukommen lassen.³⁷⁴ Im Rahmen der Einvernahme von Rico Back vom 18. Dezember 2023 als Zeuge bestätigte dieser, dass es sich dabei um sein privates Nettovermögen, also abzüglich allfälliger Schulden handle.³⁷⁵ Auf Rückfrage des Sekretariats bestätigte Back Enterprises mit Schreiben vom 21. Dezember 2023 zudem schriftlich, dass die Mittel kurzfristig verfügbar seien (kurzfristig kündbares *Callgeld*; kein Festgeld). Es sei mit einer Frist von zwei Arbeitstagen zwischen Auftragserteilung und Auslösung entsprechender Zahlungen zu rechnen.³⁷⁶

444. Auf die Frage eines Mitglieds der WEKO anlässlich der Zeugeneinvernahme nach der Motivation von Rico Back, substantiell Mittel aus seinem Privatvermögen in Quickmail Holding zu investieren, antwortete dieser, dass es für ihn eine besondere Herausforderung darstelle, in der Schweiz – wie er das zuvor bereits mehrfach in anderen Ländern getan habe – ein Paket- und Briefgeschäft aufzubauen. Insbesondere sehe er eine Chance, aus einem derzeit wertlosen Unternehmen etwas aufzubauen und investiere, weil er davon ausgehe, damit Geld zu verdienen.³⁷⁷

445. Es ist nicht die Aufgabe der WEKO, die exakte Höhe des von Verium geforderten Finanznachweises zu überprüfen. In Anbetracht der Höhe der Vermögensnachweise ist jedoch unabhängig vom geforderten Finanzierungsnachweis davon auszugehen, dass Back Enterprises die notwendigen Mittel für die Fortführung der Quickmail-Gruppe einbringen kann. So bestätigte Rico Back denn auch anlässlich der Zeugeneinvernahme, dass, sollte tatsächlich – wie von den Veräusserern veranschlagt – ein Investitionsbedarf von CHF [...] bestehen, diese Mittel zur Verfügung stehen würden.³⁷⁸

Aufgrund der genannten Nachweise und der mehrfach bekundeten Absicht, diese Mittel auch einzusetzen, bestehen nach Ansicht der WEKO keine Anhaltspunkte dafür, dass Back Enterprises die Sanierung der Quickmail Holding und deren Fortbestehen im Markt aus finanziellen Gründen nicht ermöglichen könnte.

446. Im Übrigen beinhaltet das Angebot von Back Enterprises einen Verzicht diverser Gläubiger auf ihre Forderungen (vgl. Rz 466). Entsprechend ist die Höhe dieser Forderungen für den kurzfristigen Finanzierungsbedarf grundsätzlich nicht relevant. Es kann jedoch festgehalten werden, dass die von Back Enterprises vorgelegten Vermögensnachweise eine Deckung dieser Verbindlichkeiten ermöglichen würden.

447. Entgegen den Vorbringen der Zusammenschlussparteien ist somit vorliegend weder von einer fehlenden Finanzierungsfähigkeit noch von einer fehlenden Finanzierungsbereitschaft auszugehen.

448. Die von den Zusammenschlussparteien aufgeworfene Verletzung des rechtlichen Gehörs ist ebenfalls zurückzuweisen. Das Sekretariat hat die Zusammenschlussparteien am 7. Dezember 2023 über den wesentlichen Inhalt der Vermögensnachweise von Rico Back in Kenntnis gesetzt (vgl. Art. 28 VwVG).³⁷⁹

449. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – entgegen den Vorbringen der Zusammenschlussparteien – Back Enterprises sowohl finanziell in der Lage als auch bereit ist, Quickmail Holding zu übernehmen und die notwendigen Mittel für deren Weiterbestehen im Markt aufzuwenden. Aus finanzieller Sicht spricht somit nichts gegen die Annahme, dass Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben ermöglichen kann.

b. Ad Fehlende Unternehmensstrategie / Anschlusslösung für das Management

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

450. Die Gespräche vom 6. November 2023 hätten gemäss Verium die fehlende alternative Transaktionsmöglichkeit mit Back Enterprises bestätigt («Back Enterprises konnte bzw. wollte trotz Nachfrage der Verkäufer ihr Angebot nicht konkretisieren.»). Gemäss Verium konnte

³⁷² Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8 und 40 ff. (act 639); Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 123 (act 640).

³⁷³ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 26 (act 639).

³⁷⁴ Antworten von Back Enterprises an Sekretariat vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 4 sowie Beilagen (act 607).

³⁷⁵ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 176 (act 641).

³⁷⁶ Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbeglehen, 5 (act 655).

³⁷⁷ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 343 ff. (act 641).

³⁷⁸ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 277 ff. (act 641).

³⁷⁹ Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Schwärzungen in act 607 (act 633): «Bei den Finanzierungsnachweisen handelt es sich um die Bestandsbestätigung eines Fonds sowie eine Vermögensbestätigung des Steuerexperten von Herrn Back vom 14. November 2023 zuhanden der Schweizerischen Behörden und Amtsstellen über sein Privatvermögen. Der kumulierte Betrag dieser beiden Bestätigungen übersteigt die von den Verkäufern geforderte Vermögensbestätigung über CHF 13.2 Mio.»

Back Enterprises weder eine klare Strategie für die Weiterentwicklung der Quickmail-Gruppe noch ein stringentes Konzept für die Einbindung der heutigen Schlüsselmitarbeiter darlegen.³⁸⁰

Ad Fehlende Unternehmensstrategie

451. Verium und das Management von Quickmail Holding glauben nicht an die Strategie von Back Enterprises. Im Briefgeschäft sei ein Partner mit Synergien nötig. Back Enterprises bringe diese nicht mit und sei deshalb keine Lösung. Für Quickpac würde Back Enterprises ein Konzept vorsehen, welches bei GLS vor 30 Jahren umgesetzt worden sei. Dieses Konzept aus einem anderen Land und einer anderen Zeit würde in der Schweiz nicht funktionieren.³⁸¹ Insbesondere würde die von Back Enterprises wohl vorgesehene Zusammenarbeit mit Subunternehmen von den Quickpac Ankerkunden nicht akzeptiert und sei deshalb für Quickpac keine erfolgsversprechende Strategie. Im Übrigen seien ausgewählte Massnahmen aus dem Projekt «Grandson» (vgl. Rz 465) bereits umgesetzt. Das präsentierte Business-Konzept von Back Enterprises führe nicht zu den skizzierten finanziellen Einsparungen oder einem reduzierten Kapitalbedarf und gründe somit auf falschen Annahmen, auf deren Basis ein nachhaltiger Fortbestand von Quickpac nicht gewährleistet werden könne.³⁸²

452. Die Verkäufer und Back Enterprises stünden bereits seit dem Jahr 2021 in Kontakt und Verhandlungen. Bei Interesse hätte Back Enterprises schon längstens Gelegenheit gehabt, mit einem tragfähigen Konzept die Quickmail-Gruppe zu übernehmen. Dies sei jedoch nicht geschehen. Back Enterprises sei damals zudem ausschliesslich am Paketgeschäft interessiert gewesen (vgl. Rz 515 ff.), es fehlte jedoch im Endeffekt an der finanziellen Risikobereitschaft eines Investments in Quickpac.³⁸³

453. Auch die Wettbewerbsbehörden hätten die Geschäftsabsichten und Wirtschaftlichkeitsannahmen von Back Enterprises nicht plausibilisiert, obwohl dies gemäss Untersuchungsgrundsatz zwingend notwendig gewesen wäre, auch weil in Gesprächen zwischen Back Enterprises und dem Quickmail Management belegbare Inkonsistenzen zu Tage getreten seien. Konkret habe Back Enterprises anlässlich des Gesprächs vom 6. November 2023 erwähnt, dass er in der Schliessung von DMC ein grosses Wachstumspotenzial für Quickmail sehe, was das Management nicht so sehe, da die Kunden von DMC eine Zustellung Anfang Woche wünschten (was mit Quickmail nicht möglich sei) und die Post die Leistung von DMC selber weiterführe. Ausserdem wolle Back Enterprises den Preisvorteil von [...] % gegenüber der Post halten oder ausbauen, habe jedoch gleichzeitig festgehalten, dass die Preise von Quickpac zu günstig seien, was den Preisvorteil vernichten würde.³⁸⁴

454. Schliesslich verfüge Back Enterprises über keinerlei Erfahrung im Briefgeschäft. So wolle er sich diesbezüglich gemäss Aussage anlässlich des Gesprächs vom 6. November 2023 auf das bestehende Management verlassen. Dies zeige, dass Back Enterprises nicht über die notwendige Kompetenz verfüge und mittelfristig kein strategisches Interesse an einem Fortführungsszenario im Briefbereich habe. Sodann sei der Rückgang im Briefgeschäft, das Hauptproblem von Quickmail, struktu-

rell und nachhaltig begründet. Dieser negative Trend könne nicht mit Fachwissen oder zusätzlicher Finanzierung gestoppt werden und werde sich noch weiter akzentuieren. Back Enterprises sei eine nachvollziehbare Erklärung schuldig geblieben, wie sie die Quickmail-Gruppe angesichts dieser das Kerngeschäft erodierenden Herausforderungen restrukturieren möchte. Die in der von Back Enterprises vorgelegten Strategie sei nicht neu. Die darin enthaltenen Schlüsselfaktoren seien bereits umgesetzt oder in der Vergangenheit durch das Management von Quickmail erprobt und verworfen worden. Zudem enthalte die Strategie einen blinden Fleck, weil sie nicht spezifiziere, was mit «zusätzliche Produkte und Services» gemeint ist. Dies verdeutliche die fehlende Substanz des Strategiepapiers.³⁸⁵ Es sei auch nicht anzunehmen, dass Back Enterprises bereit sei, ein nicht rentables Business über Jahre hinweg zu finanzieren.³⁸⁶

Ad Anschlusslösung für das Management

455. In Bezug auf eine Anschlusslösung und die Incentivierung des Managements bestehe gemäss den Zusammenschlussparteien keine belastbare Planung für die Fortführung des operativen Geschäfts nach einer allfälligen Übernahme der Quickmail-Gruppe durch Back Enterprises. Rico Back selber halte fest, dass er nicht operativ tätig werden wolle. Gleichzeitig verfüge er nachweislich nicht über eigene abstellbare Management-Ressourcen. Back Enterprises setze vollständig und einzig auf das bestehende Management. Die Einsetzung eines neuen Managements sei nicht geplant bzw. zumindest gegenüber der Verkäuferschaft nie erwähnt worden. Sollte es zu einem Austausch des Managements kommen, sei mit negativen Auswirkungen und einer nachhaltigen Schädigung der Kundenbeziehungen sowie einem Verlust von entscheidendem unternehmens- und marktspezifischem Wissen zu rechnen. Entsprechend bestehe keine Gewähr für die für den Fortbestand und die Sanierung der Quickmail-Gruppe erforderlichen personellen Ressourcen.³⁸⁷

456. Ein Grossteil des bestehenden Managements und auch der IT sei nicht bereit, mit Back Enterprises zusammenzuarbeiten. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Verkäufern, dem Management und Back Enterprises (bzw. Rico Back) sei nachhaltig gestört und es bestehe deshalb keine Zusammenarbeitsgrundlage. Bereits im Rahmen des Projekts «Grandson», ein Beratungsprojekt, welches Rico Back mit seiner Beratungsfirma SKR Management für Quickmail Holding durchführte, sei es zum Zerwürfnis gekommen. Die Strategie

³⁸⁰ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 42 ff. (act 589).

³⁸¹ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 98 ff., 177 ff., 201 (act 640); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 87 ff., 126 ff., 205 ff. (act 642).

³⁸² Stellungnahme vom 8. Januar 2024, Rz 18, 27 f. (act 667).

³⁸³ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 52 ff. (act 639).

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ Stellungnahme vom 8. Januar 2024, Rz 21 ff. (act 667).

³⁸⁶ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 55 f. (act 639); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 150 ff. (act 642).

³⁸⁷ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 58 ff. (act 639).

von Rico Back sei damals die Demontage des Managements gewesen. Es fehle an einem Mindestmass an Glaubwürdigkeit und Ehrlichkeit. Das lasse sich nach zwei Jahren auch nicht mehr ändern. Ausserdem vermutet das Management von Quickmail Holding, dass Rico Back, sollte eine Übernahme von Quickmail Holding nicht klappen, eine gewisse Befriedigung daraus ziehe, dass wenigstens der Zusammenschluss untersagt worden sei, nachdem Quickmail Holding nicht auf den Rat von Rico Back gehört habe.³⁸⁸

457. Schliesslich habe sich Back Enterprises trotz mehrfacher Aufforderung geweigert, den Mitarbeiterbeteiligungsplan zu konkretisieren. Back Enterprises habe lediglich behauptet, dass sie einen solchen Plan im Rahmen von bis zu 30 % der Aktien der Gesellschaft auflegen würden und dieser Plan an die von Back Enterprises vorgesehene neue Strategie und das Erreichen der entsprechenden Ziele gebunden sei. Eine konkrete Ausgestaltung des Beteiligungsmodells fehle jedoch. So sei nicht klar, zu welchem Preis Anteile erworben werden könnten oder was passiere, wenn man das Unternehmen verlassen würde.³⁸⁹

458. Die Verkäufer und die Quickmail Holding sehen letztlich nur die Übernahme durch die Post oder den Konkurs der Quickmail-Gruppe als Optionen. Eine Übernahme durch Back Enterprises sei keine Lösung bzw. nach einer allfälligen Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO bestünde wegen Haftungsfragen (Konkursverschleppung, [...]) auch keine Zeit mehr für Verhandlungen mit Back Enterprises.³⁹⁰

Beurteilung durch die WEKO

Ad Fehlende Unternehmensstrategie

459. Anders als von den Zusammenschlussparteien und Verium dargestellt, verfügt Back Enterprises über eine detaillierte Strategie und einen Businessplan für die Fortführung der Quickmail-Gruppe. Dass Back Enterprises diese Darlegungen den Zusammenschlussparteien und Verium nicht bzw. nur in stark kondensierte Form offenlegte, lässt sich naturgemäss mit dem Geschäftsgeheimnischarakter begründen und dürfte demnach unbestritten sein.

460. Das dem Sekretariat am 21. Dezember 2023 nachgereichte Dokument³⁹¹ befasst sich auf rund 80 Seiten mit einer detaillierten Analyse des Ist-Zustandes der Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac. Die Analyse umfasst u.a. die bestehende Finanzierung, die finanziellen Entwicklungen, die operativen Entwicklungen, die Entwicklung der Kundenbasis, Marktanalysen, sowie den bestehenden Businessplan. Diese Analysen basieren auf den im Rahmen der beiden Bieterverfahren von den Verkäufern bzw. Quickmail Holding zur Verfügung gestellten Grundlagen. Entsprechend erfolgt auch eine Analyse der Entwicklungen, die sich zwischen den beiden Bieterverfahren ergeben haben.

461. Des Weiteren legt Back Enterprises im Dokument auf weiteren rund 40 Seiten ihre Strategie und den Businessplan für Quickmail Holding, Quickmail und Quickpac vor. Die Ausführungen enthalten die strategisch wichtigen *Enablers*, Optimierungs- und Transformationsmassnahmen auf verschiedenen Ebenen (z.B. in Bezug auf die Verteil- und IT-Infrastruktur, Marketing, Automatisie-

rung und Etikettierung) und einen groben Umsetzungszeitplan. Der Businessplan von Back Enterprises enthält zu Grunde gelegte Annahmen sowie Vergleiche zum bestehenden Businessplan (u.a. zu Mengen- und Preisentwicklungen). In verschiedenen Bereichen werden zudem weitere Chancen identifiziert, die im Businessplan noch unberücksichtigt sind.

462. Back Enterprises geht von sinkenden Mengen im adressierten und steigenden Mengen im unadressierten Bereich aus. Dies deckt sich grundsätzlich mit den Annahmen von Quickmail Holding, wobei in Bezug auf den Umfang der erwarteten Mengenentwicklung naturgemäss Differenzen bestehen. In Bezug auf die Preisentwicklung weicht der Businessplan nicht stark von den Annahmen von Quickmail Holding ab. Insgesamt erwartet Back Enterprises für Quickmail einen im Vergleich zur aktuellen Lage höheren und sich stabilisierenden EBIT, wobei EBIT Margen von 2021 und 2022 nicht mehr erreicht werden dürften.

463. Für Quickpac erwartet Back Enterprises, dass der *Break-even Point* auf Stufe EBIT im Jahr 2026 erreicht wird, was sich mit der Einschätzung der Zusammenschlussparteien deckt, sofern die nötigen Investitionen getätigt würden (vgl. Rz 310). Entsprechend rechnet Back Enterprises für die Quickmail-Gruppe insgesamt mit dem Erreichen des *Break-even Points* auf Stufe EBIT im Jahr 2025 bzw. mit einem Gewinn im Jahr 2026.

464. Wie oben festgehalten liegt es nicht an der WEKO zu beurteilen, ob eine vorgeschlagene Strategie bzw. Businessplan im Detail geeignet ist, um ein Unternehmen am Markt fortführen zu können. So nehmen weder die WEKO noch das Sekretariat eine eigene Due Dilligence eines Unternehmens vor. Die Beurteilung, ob eine vorgeschlagene Strategie am Markt Erfolg haben kann, ist zudem für ein Unternehmen, das kurz vor dem Konkurs steht, eine deutlich grössere Herausforderung, da die bestehende Strategie offensichtlich nicht erfolgreich war und entsprechende Anpassungen vonnöten sein dürften, um den *Turnaround* zu schaffen.

465. Eine Unternehmensstrategie soll grundsätzlich aufzeigen, wie ein Unternehmen seine langfristigen Ziele (in diesem Fall primär der Fortbestand am Markt) erreichen will. Naturgemäss gibt es dazu verschiedenste Ansätze und Möglichkeiten. Letztlich ist es auch ein Wesensmerkmal von Wettbewerb, dass gewisse Strategien zum Erfolg führen, während andere fehlschlagen. Ex ante ist es nicht möglich abzuschätzen, welche Strategie erfolgreich sein und sich möglicherweise gegen andere Strategien durchsetzen wird. Dies wird sich erst

³⁸⁸ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 60 (act 639); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 111 ff., 191 ff., 246 ff., 313 ff. (act 642).

³⁸⁹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 60 (act 639); Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 193 ff. (act 640); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 94 ff. (act 642).

³⁹⁰ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 193 ff. (act 640); Notizen Plädoyer Quickmail Holding, Rz 18 f. (act 648).

³⁹¹ Strategiepapier Back Enterprises (act 653).

in der Zukunft manifestieren. Alleine aus diesen Überlegungen zielen die Argumente von Quickmail Holding bzw. der Verkäufer, wonach Back Enterprises mit ihrer Strategie in der Schweiz keinen Erfolg haben werde bzw. das Briefgeschäft einzig mittels Synergien, wie sie nur die Post ermöglicht, weiterbestehen könne, ins Leere. Gleichermassen ist auch der Vorwurf, dass das von Back Enterprises verfolgte GLS-Konzept aus anderen Ländern und einer anderen Zeit stamme und deshalb heute in der Schweiz nicht taue, weder substantiiert noch belegt und nicht haltbar. Ebenfalls nicht relevant ist der Einwand, dass gewisse Ankerkunden möglicherweise nicht mit Subunternehmen zusammenarbeiten wollen, da es letztlich die Aufgabe von Back Enterprises sein wird, mit ihren strategischen Vorstellungen bestehende Kunden allenfalls zu überzeugen und neue Kunden zu akquirieren. Es ist selbstredend nicht ausreichend, dass die Verkäufer nicht an die Strategie von Back Enterprises «glauben»³⁹². Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die bisher von Quickmail Holding verfolgte Strategie aufgrund der aktuellen finanziellen Lage der Unternehmung als gescheitert betrachtet werden muss, selbst wenn dies primär auf die fehlenden finanziellen Mittel zurückzuführen wäre. Es ist deshalb zumindest nicht auszuschliessen, dass andere Ansätze erfolgsversprechender sein könnten.

466. Die WEKO hat vorliegend zu beurteilen, ob Back Enterprises den Fortbestand von Quickmail Holding am Markt ermöglichen kann. Die bisherige Strategie von Quickmail Holding erlaubt dies nicht. Back Enterprises zeigt im Detail auf, wie er den Turnaround schaffen will. Sie hat eine detaillierte Analyse des Ist-Zustandes basierend auf den ihr von Quickmail Holding zur Verfügung gestellten Unterlagen und Daten vorgenommen. Darauf aufbauend wurde eine Strategie und ein Businessplan mit konkreten Zielen und Massnahmen entwickelt. Es liegt in der Natur der Sache, dass Back Enterprises davon ausgeht, den *Turnaround* schaffen zu können, ansonsten wäre er nicht bereit, substanzielle finanzielle Mittel in Quickmail Holding zu investieren. Ob die Strategie von Back Enterprises Erfolg haben bzw. ob sie schon nur erfolgreicher sein wird als die bestehende Strategie von Quickmail Holding, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht garantiert werden, sondern wird sich in Zukunft weisen. Immerhin stellt Back Enterprises die für die Umsetzung der Strategie nötigen Mittel für den laufenden Betrieb, die Deckung der operativen Verluste sowie die nötigen Investitionen bereit, wozu die bisherigen Eigentümer von Quickmail Holding nicht mehr in der Lage bzw. bereit sind.³⁹³ Zudem scheint die von Back Enterprises verfolgte Strategie in der Vergangenheit mehrfach erfolgreich gewesen zu sein.³⁹⁴ Auch die Zusammenschlussparteien konnten die vergangenen Erfolge von Rico Back nicht widerlegen. Für die WEKO ist letztlich nicht relevant, dass Quickmail Holding bzw. die Verkäufer und Back Enterprises in Bezug auf die (strategische) Positionierung von Quickmail Holding sowie die Art und Weise der Weiterführung der Gruppe unterschiedliche Ansichten vertreten.

467. Zusammenfassend gelangt die WEKO zum Schluss, dass Back Enterprises eine umfassende Analyse des Ist-Zustands sowie darauf aufbauend eine Strategie und einen Businessplan für die Fortführung von

Quickmail Holding vorgelegt hat. Damit besteht, insbesondere in Kombination mit der Fähigkeit und der Bereitschaft, die für die Umsetzung der Strategie und des Businessplans finanziellen Mittel bereitzustellen, das Fundament, um eine Fortführung der Quickmail-Gruppe zu ermöglichen. Die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Zweifel wurden nicht substantiiert und basieren mehrheitlich auf Behauptungen und Meinungen. Zudem liegt es in der Natur der Sache, dass es in Bezug auf die strategische Ausrichtung einer Unternehmung unterschiedliche Ansätze gibt. Eine allfällig wettbewerbsfreundlichere Lösung deshalb abzulehnen, würde dem Sinn und Zweck der Failing Company Defence widersprechen.

Ad Anschlusslösung für das Management

468. Back Enterprises anerkennt die Bedeutung der Mitarbeitenden für den Erfolg eines Unternehmens. Der Verbleib des erfahrenen Managements wäre vorteilhaft, allerdings setze dies eine Übereinstimmung mit der strategischen Entwicklung, die Back Enterprises vorsehe, voraus. In bisherigen Gesprächen habe sich jedoch keine Übereinstimmung in der strategischen Ausrichtung ergeben.³⁹⁵

469. Sollte das heutige Management oder ein Grossteil davon das Unternehmen vor der Übernahme durch Back Enterprises verlassen, stünde Back Enterprises ein Management zur Verfügung, bestehend aus erfahrenen Managern aus dem Logistiksegment mit Spezialisierung im Paketbereich und der Informationstechnologie sowie mit langjähriger Erfahrung im Briefbereich. Diese Personen seien identifiziert und hätten, ohne aufgrund des NDA über das Zielunternehmen in Kenntnis gesetzt worden zu sein, signalisiert, mit Back Enterprises zusammenarbeiten zu wollen. Entsprechend sei das Management in jedem Fall gesichert.³⁹⁶

470. Des Weiteren bestätigte Back Enterprises gegenüber dem Sekretariat schriftlich seine anlässlich des Management Meetings vom 6. November 2023 mündlich gemachten Vorschläge betreffend ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm und präzisiert: «Das Management könnte sich im Rahmen einer Minderheitsbeteiligung bis zu einer Höhe von 30 % an der Gesellschaft bei Umsetzung der von uns vorgesehenen neuen Strategie und dem Erreichen der entsprechenden Leistungsziele beteiligen».³⁹⁷ Im Rahmen der Zeugeneinvernahme wiederholte Rico Back dieses Angebot. Das Management solle an künftigen Erfolgen partizipieren können.³⁹⁸

471. Dass zwischen dem bestehenden Management und Back Enterprises in Bezug auf die künftige Strategie keine Einigkeit herrscht und – aus Sicht des Managements – kein ausreichendes Vertrauensverhältnis besteht, ist aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich nicht

³⁹² Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 201 (act 640).

³⁹³ Meldung, Rz 109 (act 484).

³⁹⁴ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 247 ff. und 347 ff. (act 640).

³⁹⁵ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 95 ff., 283 ff., 325 ff. (act 640).

³⁹⁶ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 304 ff. (act 640).

³⁹⁷ Antworten von Back Enterprises an Sekretariat vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 3 (act 607).

³⁹⁸ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 283 ff. (act 640).

relevant. Gleiches gilt auch für den fehlenden konkreten Beteiligungsplan, auch wenn dies aus Sicht des Managements verständlicherweise unbefriedigend sein dürfte (wobei auch die Post lediglich ein Wechselangebot bei bestehenden Vakanzen in Aussicht stellt³⁹⁹). Entscheidend ist vielmehr, dass Back Enterprises in der Lage sein wird, die Quickmail-Gruppe mit ausreichenden personellen Ressourcen fortzuführen. Dies scheint vorliegend auch dann gewährleistet, wenn das bestehende Management seine Absicht, das Unternehmen im Falle einer Übernahme durch Back Enterprises zu verlassen, in die Tat umsetzt. Dass in diesem Fall ein gewisses Mass an Know-how verloren gehen und entsprechende Rekrutierungs- und Initialkosten anfallen dürften, liegt in der Natur der Sache und scheint aus wettbewerblicher Sicht nicht relevant, solange eine Nachfolgelösung vorliegt. Die Umstände des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens (Unsicherheit über dessen Ausgang, Kündigungsdrohung des bestehenden Managements, Vorliegen eines NDA) erlauben es Back Enterprises zudem kaum, eine weitere Konkretisierung seine Pläne für das Management vorzunehmen.

472. Schliesslich scheinen die wiederholt vorgebrachten – für die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens grundsätzlich ohnehin nicht relevanten – Anschuldigungen an Back Enterprises bzw. Rico Back in Bezug auf das fehlende Vertrauensverhältnis unbegründet. So haben es die Zusammenschlussparteien und die Veräusserer stets unterlassen, überzeugende Beispiele, geschweige denn Beweise, für diese Anschuldigungen vorzulegen. Vielmehr scheint das angeblich fehlende Vertrauensverhältnis einerseits auf der fehlenden Übereinstimmung in Bezug auf die strategische Ausrichtung der Quickmail-Gruppe und andererseits auf den substanziellen finanziellen Verlusten der Aktionäre (zu denen das bestehende Management der Quickmail-Gruppe gehört) im Falle einer Übernahme durch Back Enterprises begründet. Letztlich würde es dem Sinn und Zweck der Failing Company Defence widersprechen, sollten weitgehend unbelegte Argumente zum Vertrauensverhältnis oder der Glaubwürdigkeit einer Unternehmung oder Person ausreichen, um eine allfällig wettbewerbsfreundlichere, jedoch nicht erwünschte Alternative zu verhindern.

473. Die WEKO gelangt somit zum Schluss, dass das Vorbringen der Zusammenschlussparteien, Back Enterprises biete im Falle einer Übernahme der Quickmail-Gruppe keine Gewähr für die für den Fortbestand und die Sanierung der Quickmail-Gruppe erforderlichen personellen Ressourcen, nicht ausreichend substantiiert ist.

c. *Ad Umgang mit Forderungen von Gläubigern*

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

474. Verium führt aus, dass sich die Verschuldung der Gruppe aktuell auf mehr als CHF [...] beläuft.⁴⁰⁰ Um diese Verschuldung zu decken, müsste ein alternativer Käufer in der Lage sein, kurz- und mittelfristig Kapital in substanziellem Ausmass aufzubringen respektive Forderungsverzichte der Gläubiger im erforderlichen Ausmass zu verhandeln.

475. Nachfolgend werden die Argumente der Zusammenschlussparteien im Zusammenhang mit den im An-

gebot von Back Enterprises enthaltenen Bedingungen in Bezug auf die verschiedenen Forderungen dargestellt. Dabei handelt es sich namentlich um das Darlehen der [Hausbank] (für welches Back Enterprises gemäss Angebot vom 31. Dezember 2023 eine für sie befriedigende Lösung anstrebt), [...] (welches gemäss Back Enterprises abzuschreiben ist), weitere kleinere Forderungen von Gläubigern (welche gemäss Back Enterprises mit einigen wenigen Ausnahmen abzuschreiben sind) sowie die Aktionärsdarlehen bzw. die Pflichtwandelanleihe der Aktionäre (welche gemäss Back Enterprises ebenfalls abzuschreiben sind). Im Kern machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass Back Enterprises keine Lösungsvorschläge präsentiere, wie diese Bedingungen erfüllt werden könnten.

Ad Forderung der [Hausbank] aus Kreditvertrag

476. In Bezug auf allfällige Verhandlungen mit Gläubigern seien die Aussagen von Back Enterprises nicht glaubwürdig. So habe sie im *Non-Binding Offer* vom 20. Oktober 2023 eine vollständige Abschreibung des Darlehens der [Hausbank] gefordert, im *Binding Offer* vom 31. Oktober 2023 hingegen verlangt sie nur noch eine teilweise Ablösung.⁴⁰¹

477. Betreffend den von Back Enterprises geforderten allfälligen Schuldenverzicht/-schnitt der [Hausbank] habe Verium die Bank kontaktiert. In ihrer schriftlichen Bestätigung vom 7. November 2023 hält die [Hausbank] fest, dass sie nicht bereit sei, auf die Forderung von Back Enterprises einzugehen und auch nicht bereit sei, die Forderung über dieses Schreiben hinaus zu prüfen (vgl. Rz 487).

478. Dass Back Enterprises nur gegenüber der WEKO signalisiert habe, dass sie zu Verhandlungen mit der [Hausbank] bereit sei, zeige, dass sie eigentlich gar nicht verhandeln möchte. Auch nenne Back Enterprises keinen konkreten Ablauf und keine konkreten Konditionen für die Ablösung des Darlehens der [Hausbank]. Back Enterprises wolle vielmehr keine Lösung während des Zusammenschlussverfahrens finden, um den Konkurs der Quickmail-Gruppe zu provozieren, dessen Abwendung dadurch tatsächlich verunmöglicht werde.⁴⁰²

Ad Forderung [...]

479. Des Weiteren mache Back Enterprises ihr Angebot insbesondere davon abhängig, dass [...] auf die geleistete [...] verzichte, [...] (vgl. Rz 424).⁴⁰³ Dabei verhalte sich Back Enterprises als Trittbrettfahrerin, denn nur [...] habe das zweite Bieterverfahren überhaupt erst ermöglicht. Dieses Verhalten widerspreche dem Sinn und Zweck der Failing Company Defence. [...].⁴⁰⁴ [...].⁴⁰⁵

³⁹⁹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 32 (act 639).

⁴⁰⁰ In der Stellungnahme der Zusammenschlussparteien vom 8. Januar 2024 ist von CHF 80.2 Mio. die Rede (act 667, Rz 11).

⁴⁰¹ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 129 ff., 141 ff. (act 640).

⁴⁰² Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 63 (act 639).

⁴⁰³ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 37 ff. (act 589).

⁴⁰⁴ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 64 ff. (act 639).

⁴⁰⁵ Protokoll Parteieinvernahme Post, Zeile 71 ff. (act 643).

Ad Forderungen der Aktionäre aus Aktionärsdarlehen und Pflichtwandelanleihe

480. Schliesslich wird der verlangte Forderungsverzicht seitens der Aktionäre von Verium mit der Begründung abgelehnt, dass mit der Offerte von Back Enterprises der Fortbestand der Quickmail-Gruppe nicht glaubhaft gesichert sei. Dass ein solcher Forderungsverzicht wie von Back Enterprises beantragt vor den Diskussionen mit der [Hausbank] stattfinden soll, sei unnötig, da die Aktionärsdarlehen den Forderungen der [Hausbank], [...] sowie weiterer Gläubiger subordiniert seien und im Konkurs erst nachrangig bedient würden. Im Übrigen könne nicht garantiert werden, dass alle Investoren einer solchen Lösung zustimmen würden. Sodann hätten auch Teile des Managements der Quickmail-Gruppe als Aktionäre Kredite in namhafter Höhe an Quickmail Holding vergeben.⁴⁰⁶

481. Die Verkäufer machen zudem geltend, dass Back Enterprises ihnen für die Aktien und die Abschreibung sämtlicher Aktionärsdarlehen weniger als den Liquidationswert biete, was keine angemessene und damit wettbewerbsfreundlichere Alternative darstelle. Das Angebot von Back Enterprises würde zudem [neben der Abschreibung ihrer Forderungen aus den Aktionärsdarlehen] bedeuten, dass die Verkäufer Kosten in der Höhe von knapp CHF [...] ⁴⁰⁷ selber tragen müssten und infolgedessen ein Konkurs für die Verkäufer um ca. CHF [...] vorteilhafter als das Angebot von Back Enterprises wäre.⁴⁰⁸

Beurteilung durch die WEKO

482. Die Zusammenschlussparteien machen mit den vorliegenden Argumenten nicht geltend, dass eine Übernahme der Quickmail Holding durch Back Enterprises keine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellen würde, sondern, dass es aufgrund der im Angebot von Back Enterprises enthaltenen Bedingungen nicht möglich gewesen sei, das Angebot anzunehmen und ein Closing vor dem 15. November 2023 herbeizuführen.

483. Vorweg ist daran zu erinnern, dass die Verkäufer den Nachweis zu erbringen haben, dass sie sich ausreichend um eine anderweitige Veräusserung bemüht haben. In diesem Kontext kann insbesondere relevant sein, *warum* etwaige Verkaufsbemühungen gescheitert sind (vgl. Rz 363). Auf die Gründe für das Scheitern der Verhandlungen und insbesondere auf die Frage, ob die Verkäufer dieses hätten verhindern können, wird nachfolgend einzeln im Zusammenhang mit den verschiedenen Gläubigerforderungen eingegangen.

Ad Forderung der [Hausbank] aus Kreditvertrag

484. Einleitend ist festzuhalten, dass sich die Veräusserer bzw. Quickmail Holding betreffend die Verantwortung für die Verhandlungen mit der [Hausbank] selbst widersprechen. Während aus der Korrespondenz zwischen Lincoln und Back Enterprises hervorgeht, dass Back Enterprises für eine Lösungsfindung mit der [Hausbank] zuständig sei⁴⁰⁹, bestätigte der Verwaltungsratspräsident der Quickmail Holding vor der WEKO, dass zum jetzigen Zeitpunkt der Verwaltungsrat und nicht Back Enterprises für die Verhandlungen mit der [Hausbank] zuständig sei.⁴¹⁰

485. So haben die Verkäufer einerseits *Lösungsvorschläge von Back Enterprises verlangt*, wie vor einem WEKO-Entscheid ein für sie befriedigendes Verhandlungsergebnis mit der [Hausbank] zu erreichen sei. Dass die [Hausbank] aktuell nicht bereit ist, mit Back Enterprises über einen Schuldenerlass/-schnitt oder eine andere für Back Enterprises zufriedenstellende Lösung zu verhandeln, solange die Möglichkeit besteht, dass die Post den Kredit vollumfänglich übernimmt, versteht sich von selbst. Verium verlangte somit von Back Enterprises eine Bestätigung der [Hausbank] zu einem möglichen Schuldenerlass/-schnitt, die Back Enterprises während des laufenden Zusammenschlussvorhabens realistischweise nicht erhalten wird/kann. Die von Back Enterprises nicht erbrachten Lösungsvorschläge bzw. die nicht erreichte Lösungsfindung mit der [Hausbank] während des Prüfungsverfahrens diene Verium als Grund für die Ablehnung des Angebots.

486. Auch falls Verium und nicht Back Enterprises für die Lösungsfindung mit der [Hausbank] zuständig sein sollte, wie anlässlich der Einvernahmen geltend gemacht wurde, dürfte die im Angebot von Back Enterprises enthaltene Bedingung nicht erfüllt werden. Offensichtlich haben weder Verium noch das Management von Quickmail Holding als Aktionäre einen Anreiz, mit der [Hausbank] über einen Schuldenverzicht/-schnitt zu verhandeln, da das Zusammenschlussvorhaben im Vergleich zur Lösung mit Back Enterprises die finanziell deutlich vorteilhaftere Option darstellt.

487. Betreffend das von den Verkäufern erwirkte Schreiben der [Hausbank] vom 7. November 2023⁴¹¹ gilt es zudem zu beachten, dass die Verkäufer der [Hausbank] anscheinend Folgendes in Bezug auf das Angebot von Back Enterprises mitgeteilt haben: «Dieses Angebot enthält u.a. die Bedingung, dass alle Fremdkapitalgeber auf Forderungen, welche ihnen gegen die Firmen aus der Quickmail-Gruppe zusteht, verzichten sollen». In der Folge bestätigt die [Hausbank], dass «wir nicht bereit sind, auf ein *solches* Angebot einzugehen und dass wir auch nicht bereit sind, ein *solches* Angebot über das vorliegende Schreiben hinaus zu prüfen». Die pauschale Verhandlungsabsage der [Hausbank] scheint somit nur für eine komplette Abschreibung der Forderung zu gelten, *was jedoch von Back Enterprises gar nicht verlangt wird* (vgl. Angebot vom 31. Oktober 2023, Ziff. III (ii), Rz 417). Die Erwirkung dieses Schreibens zeigt auf, dass die Verkäufer mit allen Mitteln versucht haben aufzuzeigen, dass sich die Bedingungen des Angebots von Back Enterprises nicht realisieren lassen, obwohl dem offensichtlich nicht so war.

⁴⁰⁶ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Rz 39 (act 589); Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 105 ff. (act 640); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 269 ff. (act 642).

⁴⁰⁷ Darunter subsumieren die Verkäufer [...].

⁴⁰⁸ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 3, 5 (act 667).

⁴⁰⁹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 93: Update von Lincoln per 8. November 2023, 60, 77 (act 592).

⁴¹⁰ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 68 ff. (act 640).

⁴¹¹ Angaben nach Art. 15 Abs. 1 VKU, Beilage 100: Stellungnahme [Hausbank] vom 7. November 2023 (act 599).

488. Auch das Argument, die Aussagen von Back Enterprises seien nicht glaubwürdig, weil sie im verbindlichen Angebot eine verhandlungsfreundlichere Bedingung gestellt hätte als im *Non-Binding Offer*, ist zurückzuweisen. Diese Anpassung hätte den Verkäufern bzw. einem Vertragsabschluss entgegenkommen sollen. Das Verhalten der Verkäufer weckt hingegen vielmehr den Anschein, als wären sie nicht glücklich über dieses Entgegenkommen gewesen.

489. Schlussendlich sind die Argumente der Zusammenschlussparteien zu der mutmasslich nicht erfüllbaren Bedingung im Angebot von Back Enterprises obsolet geworden. Back Enterprises bestätigte nämlich am 16. November und 21. Dezember 2023 gegenüber dem Sekretariat schriftlich, dass sie bereit und in der Lage sei, auf die Abschreibung der Kreditschuld gegenüber der [Hausbank] zu verzichten.⁴¹² Die diesbezüglich im Angebot gestellte Bedingung kann somit als erfüllt betrachtet und das Angebot von Back Enterprises folglich nicht mehr aus diesem Grund abgelehnt werden.

Ad Forderung [...]

490. In Bezug auf die Forderung über CHF [...] besteht Back Enterprises auf dem vollständigen Verzicht bzw. ist bereit, [...] für CHF 1 zu übernehmen. Sie präzisiert diesbezüglich, dass [...].⁴¹³ [...] (vgl. Rz 424).

491. Gemäss [...].⁴¹⁴ [...] Daraus ergibt sich, dass [...] die entsprechende von Back Enterprises formulierte Bedingung [...] erfüllt ist. Back Enterprises wurde darüber indes nie informiert.

492. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die von Back Enterprises geforderte Abschreibung [...] die Annahme des Angebots während des laufenden Prüfungsverfahrens verunmöglicht hat. Grundsätzlich steht es sowohl einem Kaufinteressenten als auch den Verkäufern frei, Bedingungen im Angebot zu stellen bzw. diese anzunehmen oder abzulehnen. Wenn die Verkäufer eine Bedingung ablehnen und das Angebot somit nicht annehmen, bedeutet dies jedoch nicht, dass die Übernahme – wäre sie erfolgt – keine wettbewerbsfreundlichere Lösung dargestellt hätte.

493. Es geht vor diesem Hintergrund nicht an, von Back Enterprises trotz klarer Bedingung im Angebot ([...]) Lösungsvorschläge zu fordern (m.a.W. Back Enterprises soll ihr Angebot um CHF [...] erhöhen) mit der Begründung, das Angebot stelle sonst keine wettbewerbsfreundlichere Alternative dar. Ein potenzieller Erwerber scheidet nämlich nicht schon deshalb als Alternative aus, weil er den Verkäufern einen geringeren Kaufpreis bietet (worunter auch die Bedingung der Abschreibung einer Schuld zu verstehen ist). Es ist zudem nicht ersichtlich, weshalb das [...] bessergestellt werden soll als die Darlehen der anderen Gläubiger. Auch wenn es nachvollziehbar ist, dass [...].

Ad kurzfristige Verbindlichkeiten

494. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle auf weitere Forderungen hingewiesen, die im Angebot von Back Enterprises nicht einzeln aufgeführt werden, aber unter Ziff. III (i) des Angebots fallen dürften und somit abgeschrieben werden müssten (vgl. Rz 417). So erwähnte Marc Erni anlässlich seiner Zeugeneinvernahme

am 18. Dezember 2023, dass weitere Forderungen von Gläubigern in der Höhe von CHF [...], die Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...], Sozialversicherungsleistungen in der Höhe von CHF [...] und Pensionskassenbeiträge in der Höhe von über CHF [...] derzeit nicht bezahlt würden. Ausserdem bestünden Ausstände gegenüber [...].⁴¹⁶

495. Back Enterprises hat sich am 21. Dezember 2023 bereit erklärt, über das Angebot vom 31. Oktober 2023 hinaus auch Pensionskassenverpflichtungen gemäss den vorgelegten Bilanzen per 30. September 2023 zu übernehmen.⁴¹⁷

496. Wie nachfolgend noch detaillierter ausgeführt wird (vgl. Rz 511 f.), würden die Gläubiger von Quickmail Holding im Falle eines Konkurses aufgrund des *Asset-light Models* der Quickmail-Gruppe voraussichtlich auf sämtliche Forderungen verzichten müssen. Entsprechend stellen die Bedingungen von Back Enterprises in Bezug auf einen Forderungsverzicht der Gläubiger (von denen die Leasingverbindlichkeiten, das [Hausbank]-Darlehen, sowie die AHV- und Pensionskassenverpflichtungen gemäss Bilanzen vom 30. September 2023 aufgenommen sind) keinen überzeugenden Grund dar, weshalb eine Übernahme durch Back Enterprises nicht zustande kommen sollte.

Ad Forderungen der Aktionäre

497. Betreffend den von Back Enterprises angebotenen Kaufpreis von CHF 1, welcher – [...] – die vollständige Abschreibung der Forderungen der Aktionäre beutet, ist Folgendes anzumerken. Aus Sicht von Verium und des Managements, das mit ca. [...] % am Aktienkapital beteiligt ist, ist die Präferenz für das Angebot der Post absolut nachvollziehbar. Der finanzielle Verlust der Aktionäre bei Annahme des Angebots von Back Enterprises beläuft sich auf rund CHF [...].⁴¹⁸ [...] Es ist folglich durchaus verständlich, dass sich die Aktionäre mit allen Mitteln gegen die Annahme des Angebots von Back Enterprises wehren (vgl. auch Schreiben des Managements vom 9. November 2023, Rz 429). Es ist aus ihrer Optik schwer verständlich, weshalb ihnen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens verunmöglicht werden sollte, das für sie bessere Angebot zu wählen bzw. ein für sie finanziell folgeschweres Angebot abzulehnen.

498. Die Wettbewerbsbehörden haben jedoch nicht zu beurteilen, ob eine Übernahme durch einen alternativen Käufer die Aktionäre gleich gut stellt wie die Übernahme

⁴¹² Antworten von Back Enterprises an Sekretariat vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 3 (act 607); Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbegehren, 2 (act 655).

⁴¹³ Antworten von Back Enterprises an Sekretariat vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 3 (act 607).

⁴¹⁴ Meldung, Beilage 22: [...] vom [...] Juli 2023 und Anpassung vom [...] 2023, Ziffer 5 Bst. a (act 509).

⁴¹⁵ Meldung, Beilage 22: [...] vom [...] Juli 2023 und Anpassung vom [...] 2023, Amendment Ziffer 5 (act 509).

⁴¹⁶ Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 164 ff. (act 640).

⁴¹⁷ Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbegehren, 2 f. (act 655).

⁴¹⁸ Meldung, Rz 85 (act 484); Beilage 23: Konzernrechnung der Quickmail Holding 2022 (act 510); Beilage 24: Quickmail Gruppe – Verschuldung per 30. September 2023 (act 511).

durch das marktbeherrschende Unternehmen. Wie einleitend erwähnt wurde, scheidet ein alternativer Erwerber nicht schon deshalb aus, weil er den Verkäufern einen geringeren Kaufpreis als das marktbeherrschende Unternehmen bietet (vgl. Rz 379). Relevant ist einzig, ob die Übernahme des sanierungsbedürftigen Unternehmens durch den alternativen Käufer den Verbleib dieses Unternehmens im Markt ermöglicht.

499. Wie eingangs erläutert wurde, gilt gemäss internationaler Praxis jedes Angebot, die Vermögenswerte des insolventen Unternehmens zu einem Preis über dem Liquidationswert zu erwerben, als ein angemessenes Alternativangebot (vgl. Rz 347, Fn 318). Aufgrund des *Asset-light Models* von Quickmail Holding ist davon auszugehen, dass im Konkursfall kein relevanter Liquidationserlös erzielt würde. Wie oben erwähnt und nachfolgend noch detaillierter ausgeführt wird (vgl. Rz 496, 512), würden die Aktionäre (als Drittklassengläubiger) wie auch die übrigen Gläubiger von Quickmail Holding (mit Ausnahme der Pfandgläubigerin [Hausbank]) im Falle eines Konkurses der Quickmail-Gruppe voraussichtlich auf sämtliche Forderungen verzichten müssen und keinen Erlös aus der Liquidation erhalten.

500. Back Enterprises hat sich demgegenüber bereit und in der Lage erklärt, neben dem Kaufpreis von CHF 1 sowohl die Kreditschulden gegenüber der [Hausbank] (vgl. Rz 489), die Leasingverbindlichkeiten als auch die Verbindlichkeiten gegenüber der AHV-Ausgleichskasse (vgl. Rz 422) und der Pensionskasse, Stand 30. September 2023 (vgl. Rz 495), zu übernehmen. Damit dürfte dieser Preis über dem Liquidationserlös liegen und nach internationaler Praxis als angemessen gelten.

501. In Bezug auf die geltend gemachten zusätzlichen Forderungen, welche den Konkurs für die Verkäufer im Vergleich zum Angebot von Back Enterprises finanziell attraktiver machen sollen, ist nicht ersichtlich, weshalb diese im Falle einer Übernahme durch Back Enterprises durch die Verkäufer zu tragen sind. Dabei handelt es sich nämlich – mit Ausnahme von [...] ⁴¹⁹ – hauptsächlich um Forderungen Dritter gegenüber Quickmail Holding (vgl. Rz 494 Fn 407). Selbst wenn Back Enterprises diese Forderungen nicht übernehmen würde, läge der Kaufpreis über dem Liquidationserlös. Die Gläubiger dieser Forderungen würden im Konkursfall voraussichtlich ohnehin nicht befriedigt.

502. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei Quickmail Holding um ein sanierungsbedürftiges Unternehmen handelt. Die Eigentümer und das Management haben grundsätzlich das unternehmerische Risiko zu tragen, dass ein Unternehmen sanierungsbedürftig wird. Die Übernahmemöglichkeit durch die Post ausgeblendet – die, wie aufgezeigt, zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würde – könnte eine rechtzeitige Übernahme durch Back Enterprises den Konkurs voraussichtlich verhindern und die Sanierung und somit das Weiterbestehen im Markt von Quickmail Holding ermöglichen. In dieser Sanierungsfall-Konstellation sind die von Back Enterprises verlangten Abschreibungen der Aktionäre grundsätzlich legitim. Es handelt sich somit nach Ansicht der WEKO nicht um eine feindliche Übernahme, wie vom Management im Schreiben vom 9. November 2023 betitelt. Vielmehr

wäre vom Management zu erwarten, dass die Sanierung von Quickmail Holding durch Back Enterprises als Chance genutzt wird, weiterhin ein Unternehmen zu leiten, das als Konkurrenz zur Post eine starke Stellung in den Schweizer Postmärkten behält bzw. weiter ausbaut.

503. Letztlich macht der von Back Enterprises verlangte Forderungsverzicht der Aktionäre vor der Abschreibung anderer Forderungen durchaus Sinn. Wie nachfolgend noch detaillierter ausgeführt wird, könnte dadurch bei einer Untersagung des Zusammenschlusses die Überschuldung der Gesellschaft und die damit einhergehende zwingende bzw. unmittelbare Anmeldung des Konkurses durch den Verwaltungsrat verhindert werden (vgl. Rz 510 f.). Anders als von Quickmail Holding mehrfach geltend gemacht, ist eine Konkursanmeldung durch den Verwaltungsrat infolge eines WEKO-Verbots somit nicht zwingend. Vielmehr entscheiden die Verkäufer, ob sie ihre Aktionärsdarlehen abschreiben und dadurch die Überschuldung verhindern oder nicht.

Zwischenfazit

504. Wie eingangs erläutert machen die Zusammenschlussparteien im Kern geltend, die im Angebot von Back Enterprises enthaltenen Bedingungen im Zusammenhang mit den bestehenden Forderungen diverser Gläubiger könnten aufgrund der fehlenden Verhandlungsbereitschaft von Back Enterprises nicht erfüllt werden. Dadurch könne das Angebot nicht angenommen werden und es komme somit gar nicht zu einem Erwerb durch Back Enterprises. Folglich stelle Back Enterprises keine (wettbewerbsfreundlichere) Alternative zur Post dar.

505. Wie vorgängig aufgezeigt wurde, können die Bedingungen entweder als erfüllt betrachtet werden oder sind obsolet geworden (namentlich Kreditforderung [Hausbank], AHV- und Pensionskassenzahlungen, aber auch [...] im Falle einer Untersagung des Zusammenschlusses). Die anderen Bedingungen, namentlich die Abschreibung der [...] und der Aktionärsdarlehen, können durch die Zusammenschlussparteien erfüllt werden. Entscheiden sie sich gegen die Mitwirkung an der Erfüllung und kommt eine Übernahme aus diesem Grund nicht zustande, bedeutet dies nicht, dass eine Übernahme keine wettbewerbsfreundlichere Alternative darstellen würde. Wie bereits mehrfach betont, scheidet ein potenzieller Erwerber nicht schon deshalb als Alternative aus, weil er den Verkäufern einen aus deren Sicht zu geringen Kaufpreis bietet.

d. Ad Übernahme aus Konkursmasse

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

506. Den Zusammenschlussparteien zufolge strebe Back Enterprises den Erwerb der Quickmail-Gruppe aus der Konkursmasse an. Ihr Ziel sei es, mit den Gläubigern erst vor bzw. im Konkursfall zu verhandeln. Entsprechend habe Back Enterprises der WEKO angeboten, bei Lösungen im Konkurs- oder Nachlassverfahren

⁴¹⁹ [...].

mitzuwirken. Weil Back Enterprises nicht bereit sei, [...] zu übernehmen, nehme sie letztlich den Konkurs der Quickmail-Gruppe in Kauf.⁴²⁰

507. Nach einer Konkurseröffnung bzw. einer Eröffnung des Nachlassverfahrens sei ein nachhaltiger Verbleib der Quickmail-Gruppe jedoch praktisch ausgeschlossen. Den Kunden könne die unerlässliche Sicherheit einer unterbrechungsfreien und fristgemässen Zustellung von Postsendungen nicht mehr gewährleistet werden und sie wären gezwungen, zur Post zu wechseln. Back Enterprises hätte damit gar keine ausreichenden Sendungsmengen mehr zur Verfügung. M.a.W. würde der Quickmail-Gruppe ihr essentieller Vermögenswert für den Fortbestand entzogen. Die Wechselkosten für die Kunden seien gering, da die meisten von ihnen sowieso bereits im Rahmen einer *Dual-Carrier* Strategie mit der Post zusammenarbeiteten und nicht an die Quickmail-Gruppe gebunden seien. Auch im Rahmen eines Nachlassverfahrens müssten die Kunden vom Konkurs ausgehen und würden das entsprechende Risiko nicht eingehen. Die Folge wäre ein signifikanter Umsatzrückgang. Es sei zudem unwahrscheinlich, dass abgewanderte Kunden zurückgewonnen werden könnten. Ein Konkurs- bzw. Nachlassverfahren dauere gegebenenfalls mehrere Monate. Diese Zeit stünde der Quickmail-Gruppe unter Eigentümerschaft von Back Enterprises nicht mehr zur Verfügung, weil Back Enterprises im Hinblick auf den dafür erforderlichen Einsatz von Risikokapital sogar die Minimalkapitalisierung verweigert habe. Schliesslich sei davon auszugehen, dass insbesondere Vermieter von Logistikflächen ab Konkurseröffnung nicht mehr an einer Zusammenarbeit mit der Quickmail-Gruppe interessiert wären, was deren Infrastruktur entscheidend schwächen würde. Der Fortbestand der Quickmail-Gruppe im Falle eines Konkurses sei deshalb äusserst ungewiss und ein Erwerb aus der Konkurs-/Nachlassmasse folglich kein wettbewerbsrechtlich ausreichendes Alternativangebot.⁴²¹

508. Im Übrigen erachten die Zusammenschlussparteien die Voraussetzungen für eine allfällige Nachlassstundung gemäss Art. 173a Abs. 2, Art. 293a Abs. 3 und Art. 294 Abs. 3 SchKG als nicht erfüllt. Insbesondere habe Back Enterprises im Hinblick auf den Abschluss eines *Pre-pack-Vertrages* absichtlich keine Verhandlungen mit den Gläubigern – allen voran der [Hausbank] – geführt und auch nicht aufgezeigt, wie Back Enterprises konkrete Verhandlungsergebnisse zu erzielen beabsichtige. Es sei völlig unrealistisch und würde nicht den kartellrechtlichen Anforderungen an eine ernsthafte alternative Käuferin i.S. der Failing Company Defence entsprechen, solche Verhandlungen erst nach einer allfälligen Untersagung des Zusammenschlussvorhabens zu starten. Die Verhandlungsstrategie von Back Enterprises gegenüber den Gläubigern erfordere einen Konkurs.⁴²²

Beurteilung durch die WEKO

509. Bei der Aussage, Back Enterprises strebe den Erwerb der Quickmail-Gruppe aus der Konkursmasse an, handelt es sich um eine unbelegte Behauptung, welche nicht durch die Verfahrensakten gestützt wird. Vielmehr hat Rico Back sowohl per schriftlicher Eingabe als auch per mündlicher Zeugenaussage bestätigt, dass Back Enterprises ihr Angebot vom 31. Oktober 2023 bis zu

einem WEKO Entscheid aufrechterhalte.⁴²³ Die kundgetane Bereitschaft, nötigenfalls auch bei Lösungen im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens mitzuwirken⁴²⁴, kann gutgläubig nicht dahingehend interpretiert werden, dass Back Enterprises eine solche Lösung vorziehen würde. Aus der Zeugenaussage von Rico Back geht vielmehr hervor, dass die Offerte unter der Prämisse gestellt wurde, dass Back Enterprises entsprechend dieser Offerte den Zuschlag bekäme.⁴²⁵ Auch führte Back Enterprises mit Schreiben vom 21. Dezember 2023 aus, dass ein Konkurs der Quickmail Holding weder für die Gläubiger noch für die Arbeitnehmer vorteilhafter als das Angebot der Back Enterprises wäre. Sie bestätigte zudem explizit, dass ein Konkurs die grössten Disruptionen für das Geschäft von Quickmail und Quickpac mit sich bringen dürfte und daher wenn möglich *vermieden werden sollte*.⁴²⁶

510. Aufgrund des bestehenden Angebots von Back Enterprises haben es die Verkäufer in der Hand, dieses bei einer allfälligen Untersagung des Zusammenschlusses durch die WEKO anzunehmen und somit möglicherweise einen Konkurs zu verhindern.

- Wie Back Enterprises zweimal schriftlich bestätigt hat, wäre sie bereit und in der Lage, auf die Kredit-schulden gegenüber der [Hausbank] zu verzichten.⁴²⁷ Die diesbezüglich im Angebot gestellte Bedingung kann somit als erfüllt betrachtet werden.
- Zwar ist Back Enterprises nicht bereit, die Schuld aus [...] zu begleichen, diese Weigerung würde jedoch – entgegen den Behauptung der Zusammenschlussparteien – die Quickmail Holding nicht in den Konkurs treiben. Erstens grenzt es schon fast an Rechtsmissbrauch, die Weigerung der Schuldübernahme durch Back Enterprises als Argument aufzuführen, weshalb das Angebot von Back Enterprises nicht angenommen werden könne bzw. diese Weigerung gegen sie zu verwenden. Sowohl den Zusammenschlussparteien als auch den Verkäufern ist – im Gegensatz zu Back Enterprises⁴²⁸ – bewusst, dass [...].⁴²⁹ Eine nicht bestehende Schuld kann somit auch nicht übernommen werden.

⁴²⁰ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 22 ff. (act 639).

⁴²¹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 29, 69 (act 639); Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 115 ff. (act 640); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 333 ff. (act 642).

⁴²² Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 6 f. (act 667).

⁴²³ Antworten Back Enterprises vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 2 (act 607); Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 79 (act 641).

⁴²⁴ Antworten Back Enterprises vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 1 (act 607); Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 128 ff. (act 641).

⁴²⁵ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 136 f. (act 641).

⁴²⁶ Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbeglehen, 5 (act 655).

⁴²⁷ Antworten Back Enterprises vom 16. November 2023 betr. Fragen zum Kaufangebot, 3 (act 607); Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbeglehen, 2 (act 655).

⁴²⁸ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 147 ff. (act 641).

⁴²⁹ Meldung, Beilage 22: [...] vom [...] Juli 2023 und Anpassung vom [...] 2023, Ziffer 5 Bst. a (act 509).

Zweitens ist auch das Argument «mit der Weigerung, die Schulden aus [...] zu übernehmen, nehme Back Enterprises einen Konkurs in Kauf» zurückzuweisen. Auch wenn Back Enterprises mangels korrekter Informationen durch die Verkäufer [...] davon ausgehen muss, dass [...], nimmt er damit keinen Konkurs in Kauf. Die Verkäufer haben nämlich grundsätzlich die Möglichkeit, das Angebot von Back Enterprises anzunehmen und die Aktionärsdarlehen abzuschreiben. Entscheiden sie sich dazu, ist die Quickmail Holding nicht mehr überschuldet und es gibt keine unmittelbare Veranlassung, den Konkursrichter zu benachrichtigen. Da das Angebot von Back Enterprises steht, liegt die erste Entscheidung (Annahme vs. Ablehnung) bei den Verkäufern, da die von den Verkäufern unabhängigen Bedingungen (betr. Kreditforderung [Hausbank] und [...]) erfüllt sind.

- Auch wenn nicht durch die Zusammenschlussparteien explizit vorgebracht, nimmt Back Enterprises auch mit der Weigerung, weitere kurzfristigen Verbindlichkeiten nicht zu übernehmen, keinen Konkurs in Kauf. Nach Annahme seines Angebots und der Abschreibung der Aktionärsdarlehen durch die Verkäufer ist Quickmail Holding nicht mehr überschuldet (zu den Folgen einer möglichen Zahlungsunfähigkeit von Quickmail Holding vgl. Rz 535).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich Back Enterprises gegenüber dem Sekretariat schriftlich bereit erklärt hat, über das Angebot vom 31. Oktober 2023 hinaus sowohl AHV- als auch Pensionskassenverpflichtungen gemäss den vorgelegten Bilanzen per 30. September 2023 zu übernehmen (dies in der Annahme, dass die Löhne für die Mitarbeitenden bezahlt wurden). Die WEKO teilt die Auffassung von Back Enterprises, dass es darüber hinaus nicht nötig ist, dass Back Enterprises andere kurzfristige Verbindlichkeiten der Quickmail Holding übernehmen müsse, um einen Konkurs zu vermeiden (vgl. Rz 511).

511. Sollten die Verkäufer nicht bereit sein, bei einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens das Angebot von Back Enterprises anzunehmen, weil sie namentlich nicht bereit sind, ihre Aktionärsdarlehen abzuschreiben, könnte dies tatsächlich zu einer Überschuldung führen. Persönlichen Animositäten der Verkäufer gegenüber Back Enterprises beiseitegelassen wäre ein solches Verhalten der Verkäufer – sollten sie tatsächlich an einer wettbewerbsfreundlichen und insb. sozialverträglichen Lösung interessiert sein – nicht rational. Back Enterprises fasst ein solches Szenario aus Sicht der WEKO zutreffend zusammen:

«Das Geschäft der QM und QP wird ohne wesentlichen Aktiven betrieben - durch geleaste Fahrzeuge und in gemieteten Räumen. Back Enterprises geht daher davon aus, dass im Konkursfall kein relevanter Liquidationserlös erzielt würde und daher selbst die [Hausbank] trotz ihres besicherten Kreditvertrags (Verpfändung der Aktien der QM und der QP) nur einen Bruchteil ihrer Forderung zurückbezahlt erhielte und die anderen privilegierten Gläubiger (u.a. Pensionskasse und die AHV-Ausgleichskasse kraft Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit b. bzw. Zweite Klasse lit. b SchKG) im Konkursfall leer ausgehen werden. Das Gleiche gilt für die MWST-Gläubiger, die in einem Konkurs nicht privilegiert sind und daher im Konkursfall nichts erhalten wurden. Hie-

ran würde sich auch nichts ändern, falls diese Forderungen privilegiert wären, weil das Pfand der [Hausbank] einen potenziellen Netto-Erlös voll absorbieren würde. Das Angebot der Back Enterprises - Berücksichtigung des [Hausbank] Darlehens und Übernahme vergangener AHV- und Pensionskassenschulden gemäss Bilanzen vom 30. September 2023 durch Back Enterprises - ist daher sowohl für den besicherten Gläubiger als auch für die privilegierten Gläubiger voraussichtlich höher als ein allfälliger Liquidationserlös im Konkursfall der QMH.»⁴³⁰

512. Selbstredend ist das Angebot von Back Enterprises für die Verkäufer aus finanzieller Sicht im Vergleich zum Angebot der Post nicht wünschenswert. Auch bei einer Untersagung des Zusammenschlusses durch die WEKO dürfte das Angebot von Back Enterprises die Verkäufer – im Gegensatz zu den privilegierten Gläubigern – im Vergleich zu einem Konkurszenario nicht besserstellen, da sie als Drittklassengläubiger vermutlich nicht aus der Konkursmasse befriedigt würden. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist die Höhe des Angebots von Back Enterprises jedoch angemessen und erfüllt somit die finanziellen Anforderungen an ein Alternativangebot für eine wettbewerbsfreundlichere Lösung (vgl. Rz 363).

513. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Back Enterprises überzeugt ist, selbst bei einer Insolvenz die werterhaltende und nahtlose Fortführung der Geschäftstätigkeiten der Quickmail Holding ausserhalb eines Konkursverfahrens sicherstellen zu können. So sei ein Konkurs nicht die *einzige* Alternative zum Angebot vom 31. Oktober 2023, sondern nur eine *allerletzte* Alternative. Insbesondere sei Back Enterprise bereit, sämtliche Aktien an den beiden operativen Tochtergesellschaften im Rahmen einer Transaktion aus einer Nachlassstundung zu erwerben (vorbehaltlich substantieller und unerwarteter negativer Erkenntnisse aus der Due Dilligence). Dieses Vorgehen würde zuerst einen Antrag auf Nachlassstundung durch die Quickmail Holding und danach den Verkauf der Aktien der Quickmail und der Quickpac im Nachlassverfahren beinhalten. Dies würde nach Einschätzung von Back Enterprises voraussichtlich die werterhaltende und nahtlose Fortführung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens erlauben. Zum einen würde der Erwerb sämtlicher Aktien durch Back Enterprises es dieser voraussichtlich ermöglichen, die operativen Gesellschaften einschliesslich deren gesamter Geschäftstätigkeit (inkl. Arbeitnehmer, Kundenverträge etc.) zu erwerben, fortzuführen und soweit nötig finanziell zu stärken. Zum anderen wäre es möglich, beim Gericht eine sogenannte «stille» Nachlassstundung zu beantragen, wodurch eine Publizität der Nachlassstundung verhindert würde (d.h. Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten würden erst zu einem späteren Zeitpunkt von der Stundung erfahren).⁴³¹ Im Übrigen sind die Vorwürfe, wonach Back Enterprises während des Bieterverfahrens keine Verhandlungsanstrengungen im Hinblick auf eine mögliche Nachlassstundung gezeigt habe, nicht haltbar. Erstens befand sich Quickmail Holding im November 2023 nicht in einer Konkurs- bzw. Nachlasssituation, welche solche Verhandlungen gefordert hätten. Zwei-

⁴³⁰ Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbegehren, 2 (act 655).

⁴³¹ Antworten Back Enterprises vom 21. Dezember 2023 auf Auskunftsbegehren, 4 f. (act 655).

tens hatten und haben die Gläubiger, solange das Angebot der Post besteht, keinen Anreiz, mit einem allfälligen Dritten über mögliche Forderungsverzichte im Hinblick auf ein hypothetisches Nachlassverfahren zu verhandeln (vgl. Rz 486). Drittens bestehen keine Anhaltspunkte, dass Back Enterprises die Nachlassstundung bzw. den Konkurs einer Übernahme der Quickmail-Gruppe gemäss ihrem Angebot vorziehen würde. Damit erweisen sich auch die Vorbringen der Zusammenschlussparteien, wonach die Voraussetzungen für eine Nachlassstundung aufgrund fehlender Verhandlungsbereitschaft von Back Enterprises während des Bieterverfahrens nicht gegeben sind, als nicht substantiiert. Insbesondere lässt sich nicht belegen, dass keine Aussicht auf Sanierung oder das Zustandekommen eines Nachlassvertrags gemäss Art. 173a Abs. 2 SchKG bestehen würde.

514. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es aktenkundig erstellt ist, dass Back Enterprises nicht die Übernahme der Quickmail Holding aus der Konkursmasse anstrebt, sondern eine solche Möglichkeit für sie die allerletzte Lösung wäre, die es zu vermeiden gilt. Ebenfalls erstellt ist, dass aufgrund des bestehenden Angebots von Back Enterprises und der Realisierung der darin enthaltenen Bedingungen bei einer Untersagung des Zusammenschlusses es einzig die Verkäufer – und nicht Back Enterprises – in der Hand haben (namentlich durch Abschreibung ihrer Aktionärsdarlehen oder durch Antrag auf Nachlassstundung), ob die Gesellschaft Konkurs anmelden muss oder nicht. Es hängt somit von den Entscheidungen der Verkäufer ab, ob eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben realisiert werden kann. Ebenfalls entscheiden schlussendlich die Verkäufer darüber, ob es zu einem geordneten oder ungeordneten Geschäftsübergang kommen wird.

e. *Ad Interesse nur an Quickpac*

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

515. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass Back Enterprises keine verbindliche Zusage zur Übernahme der ganzen Gruppe abgegeben habe. Vielmehr lehne sie die Verpflichtung zur Übernahme und Sanierung der Quickmail-Gruppe ab und stelle lediglich in Aussicht, dass diese nicht ganz vom Markt verschwinde. Back Enterprises habe somit nicht zugesichert, dass sie Quickmail und Quickpac tatsächlich übernehmen und sanieren würde und lasse ausdrücklich offen, dass nur ein Teil der Gruppe nicht ganz vom Markt verschwinde. Damit drohe eine Rosinenpickerei. Es bestünden konkrete Indizien, dass Back Enterprises lediglich das Paketgeschäft übernehmen möchte, also nur Quickpac weiterzuführen beabsichtige. Das Interesse an Quickmail sei eine nachgeschobene Interessensbekundung. Das Ziel von Back Enterprises sei es vielmehr, durch die Verzögerung des Meldeverfahrens die Quickmail-Gruppe in den Konkurs zu treiben, um dann nur Quickpac zu erwerben. Damit würde jedoch kein wettbewerblich relevantes Problem gelöst.⁴³²

516. Bereits früher sei Back Enterprises nur an einem Erwerb von Quickpac interessiert gewesen. Die 2022 durchgeführte Abspaltung von Quickpac sei nur auf Wunsch von Back Enterprises erfolgt. Ein Interesse an

Quickmail habe ausdrücklich nicht bestanden. So habe Back Enterprises anlässlich eines Strategiewerkshops vom 12. November 2021 aufgrund des fehlenden Interesses an Quickmail eine Besichtigung der *Operations* von Quickmail abgelehnt. Dass Back Enterprises heute argumentiere, dass es beide Firmen brauche, grenze an Irreführung und würde nur aus taktischen Gründen so dargestellt, nachdem während zwei Jahren ein totales Desinteresse bestanden habe.⁴³³

517. Darüber hinaus sei Back Enterprises im Rahmen des ersten Bieterverfahrens per E-Mail von Marc Erni vom 2. Juli 2023 darüber informiert worden, dass es einen (anderen) Kaufinteressenten für die Quickmail-Gruppe gäbe. Back Enterprises sei somit über den Verkauf von Quickmail informiert gewesen und hätte ihr Interesse an einer Gesamtübernahme signalisieren müssen. Auch habe sie seit Juli Zeit gehabt, sich eine Strategie zurechtzulegen und auf Quickmail Holding zuzugehen. Dies sei jedoch unterlassen worden.⁴³⁴

Beurteilung durch die WEKO

518. Die von den Zusammenschlussparteien und den Verkäufern vorgebrachten Vorwürfe, Back Enterprises sei nur an Quickpac interessiert, sind unbelegte Behauptungen. Das Angebot von Back Enterprises umfasst nachweislich Quickmail und Quickpac. Auch im Dokument, welches die Strategie und den Businessplan enthält (vgl. Rz 459 ff.), werden beide Tochtergesellschaften sowie die Gruppe insgesamt ausführlich thematisiert. Zudem versicherte Back Enterprises mehrfach, dass beide Tochtergesellschaften weitergeführt würden.⁴³⁵

519. Dass Back Enterprises per E-Mail vom 2. Juli 2023, zwei Tage vor dem Entscheid der Verkäufer, *en passant* über einen anderen Interessenten informiert wurde, der an einer Übernahme der gesamten Quickmail-Gruppe interessiert sei, kann schwerlich gegen sie verwendet werden. Einerseits verfügte Back Enterprises über keinerlei Informationen zum Verkauf von Quickmail (auch nicht durch besagte E-Mail vom 2. Juli 2023). Andererseits erscheint es als ausgeschlossen, dass bis zum von den Verkäufern festgelegten Datum des Entscheids am 4. Juli 2023 die nötigen Informationen hätten beschafft und gestützt darauf eine Beurteilung (geschweige denn ein Angebot) hätte abgegeben werden können. Vor dem Hintergrund, dass die Zusammenschlussparteien das Sekretariat bereits am 29. Juni 2023 über das Zusammenschlussvorhaben informiert hatten, wäre ein Angebot von Back Enterprises vermutlich ohnehin nicht mehr berücksichtigt worden. Im Übrigen zielt auch das Argument, Back Enterprises habe seit Juli 2023 genügend Zeit gehabt, auf Quickmail Holding mit Vorschlägen für einen *Turnaround* zuzugehen, ins Leere, da Back Enterprises – zu Recht – davon ausgegangen ist, dass der Kaufvertrag mit dem anderen Interessenten abgeschlossen wurde.

⁴³² Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 8, 25, 34 ff. (act 639); Protokoll Zeugeneinvernahme Marc Erni, Zeile 185 f. (act 640); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 122 ff. (act 642).

⁴³³ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 38 (act 639); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 130 ff. (act 642).

⁴³⁴ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 38 (act 639); Protokoll Parteieinvernahme Quickmail Holding, Zeile 246 ff. (act 642).

⁴³⁵ Beantwortung Fragebogen durch Back Enterprises, 4 f. (act 264); Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 179 ff. (act 641).

520. In Bezug auf das angeblich bestehende Desinteresse an Quickmail im Jahr 2021 hält Back Enterprises fest, dass es damals um eine Beteiligung an Quickpac gegangen sei. Zu Quickmail habe es geheissen, dass diese erfolgreich sei und Quickpac querfinanziere. Entsprechend habe Back Enterprises nie gedacht, das Quickmail zum Verkauf stehen würde.⁴³⁶ Entgegen den unbelegten Anschuldigungen der Zusammenschlussparteien schien somit auch zu einem früheren Zeitpunkt kein von Back Enterprises ausgehendes ausdrückliches Desinteresse an Quickmail bestanden zu haben. Und selbst wenn dem so wäre, spielte dies für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens keine Rolle, da Back Enterprises aktenkundig mehrfach ein aktuelles Interesse an beiden Tochtergesellschaften geäussert hat.

521. Zusammenfassend gibt es aus Sicht der WEKO keine hinreichend belegten Anhaltspunkte, dass Back Enterprises nur an einer Übernahme von Quickpac interessiert sein sollte.

f. Ad treuwidriger Missbrauch des Zusammenschlussvorhabens durch Back Enterprises

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

522. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, Back Enterprises verhandle nicht mit den Verkäufern und den weiteren relevanten Zusammenschlussparteien, sondern nur mit dem Sekretariat. Gegenüber dem Sekretariat habe Back Enterprises ihr Angebot vom 31. Oktober 2023 bereits mehrfach taktisch nachgebessert, nicht aber gegenüber den Verkäufern. Das Sekretariat habe sich durch die wiederholten und immer neuen Abklärungen und Nachfragen bei Back Enterprises in die Rolle eines Verhandlungspartners versetzt. Back Enterprises nütze diese Situation in treuwidriger Weise aus, indem gegenüber der WEKO widersprüchliche und teils irreführende Informationen geliefert und laufend verändernde, jedoch stets unverbindliche Verhandlungspositionen eingenommen würden.⁴³⁷

Beurteilung durch die WEKO

523. Vorweg ist festzuhalten, dass diese Vorbringen der Verkäufer für die Beurteilung, ob eine Übernahme der Quickmail Holding durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt, nicht sachdienlich sind. Sie scheinen einmal mehr einzig das Ziel zu verfolgen, Back Enterprises zu diskreditieren. Des Weiteren wird mit der Behauptung, das Sekretariat habe die Rolle eines Verhandlungspartners eingenommen, die Rechtmässigkeit der Ermittlungshandlungen des Sekretariats (und indirekt auch der WEKO anlässlich der Einvernahmen) in Frage gestellt. Aus diesem Grund wird nachfolgend darauf eingegangen.

524. Entgegen den Vorbringen der Verkäufer hat das Sekretariat nie mit Back Enterprises verhandelt. Erst nach Abschluss des Bieterverfahrens durch die Verkäufer am 9. November 2023 befragte das Sekretariat am 13. November 2023 Back Enterprises zu ihren finanziellen Möglichkeiten und zu ihrer Bereitschaft zur Schuldübernahme gegenüber der [Hausbank] und [...]. Dies, um beurteilen zu können, ob das Angebot tatsächlich – wie von den Zusammenschlussparteien geltend ge-

macht – unvollständig und unverbindlich und somit nicht annehmbar war (vgl. Rz 61). Ein weiteres Auskunftsbeglehen an Back Enterprises am 19. Dezember 2023 (vgl. Rz 74) wurde nötig, weil die Zusammenschlussparteien anlässlich der Anhörung und der Parteieinvernahmen wiederholt eine Reihe von Vorwürfen an Back Enterprises richteten, deren Beurteilung eine Stellungnahme bzw. zusätzliche Informationen durch Back Enterprises erforderlich machte. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass Back Enterprises im Gegensatz zu den Zusammenschlussparteien über keine Parteistellung und somit kein Akteneinsichtsrecht verfügt. Sie weiss somit nicht, welche Aussagen die Zusammenschlussparteien gegenüber den Wettbewerbsbehörden zur Person von Rico Back, Back Enterprises, dem Angebot und den Verhandlungen gemacht haben und konnte zu diesen somit nicht (bzw. nur im Rahmen der zwei Auskunftsbeglehen des Sekretariats und der Einvernahme durch die WEKO) Stellung nehmen.

525. Eine objektive Beurteilung, ob die dritte Voraussetzung der Failing Company Defence vorliegend erfüllt ist, erforderte neben den Eingaben der Zusammenschlussparteien zusätzliche Ermittlungshandlungen. Die beiden Auskunftsbeglehen des Sekretariats an Back Enterprises waren vor diesem Hintergrund nicht nur geboten, sondern notwendig. Wäre das Sekretariat dem Antrag der Verkäufer vom 8. November 2023, auf eine Befragung der drei Bieter des zweiten Bieterverfahrens zu verzichten (vgl. Rz 55), nachgekommen, wäre der WEKO mangels vollständiger Sachverhaltsabklärungen eine objektive Würdigung verunmöglicht worden.

526. Schliesslich ist zum Vorwurf, Back Enterprises habe nur gegenüber dem Sekretariat ihr Angebot «taktisch nachgebessert», nicht jedoch gegenüber den Verkäufern, zu erwidern, dass die Verhandlungen durch die Verkäufer und nicht durch Back Enterprises am 9. November 2023 abgebrochen wurden. Es versteht sich von selbst, dass Back Enterprises nach Ablehnung des Angebots und Abbruch der Verhandlungen durch die Verkäufer nicht mit diesen weiterverhandelte (obwohl Back Enterprises ihnen ihre grundsätzliche Verhandlungsbereitschaft weiter angeboten hat [vgl. Rz 428]).

g. Ad unvermeidbarer Konkurs im Falle eines Verbots des Zusammenschlussvorhabens

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

527. Seit Ende November 2023 habe Quickpac [...] grössten Kunden verloren, was [...] des Paketumsatzes bzw. rund [...] ausmache. Der Rückgang der adressierten Sendungen bei Quickmail habe im Jahr 2023 [...] % betragen. Aufgrund des Vorbehalts von Back Enterprises in ihrem Angebot, dieses bis nach einem Entscheid der WEKO nur aufrecht zu erhalten, sofern in Bezug auf die Quickmail-Gruppe keine wesentlichen Veränderungen des Geschäfts seit Einreichung des Angebots eingetreten seien, sei eine weitere explizite Rückzugsmöglichkeit von Back Enterprises gegeben.⁴³⁸

⁴³⁶ Protokoll Zeugeneinvernahme Rico Back, Zeile 390 ff. (act 641).

⁴³⁷ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 2, 14 ff. (act 667).

⁴³⁸ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 2, 8 ff. (act 667).

528. Die Zusammenschlussparteien wiederholen zudem erneut, dass der Kapitalbedarf die von Back Enterprises zugesicherten CHF 3 bzw. 4 Mio. substanziell übersteige (vgl. Rz 439 f.).⁴³⁹

529. Die Verkäufer und Quickmail Holding ziehen daraus das Fazit, dass dadurch eine Konkursanmeldung durch den Verwaltungsrat bei Untersagung des Zusammenschlusses zwingend sei. Dies weil auf Basis des Angebots von Back Enterprises nicht einmal die per Closing sofort fälligen Forderungen und die betriebsnotwendige Liquidität gedeckt seien. Der Verwaltungsrat könne im Falle eines negativen WEKO-Entscheids aufgrund der Kundenverluste und der Finanzlage keinen weiteren Aufschub des Konkurses verantworten. Ein ungeordneter Konkurs wäre gemäss Quickmail Holding nicht mehr abwendbar.⁴⁴⁰

Beurteilung durch die WEKO

530. Die von den Verkäufern aufgeführten Kundenverluste seit November 2023 können einzig der Quickmail Holding selbst und nicht Back Enterprises angelastet werden. Die erfolgten Kundenverluste ändern grundsätzlich auch nichts an der Beurteilung, ob eine Übernahme durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt.

531. Der Vorbehalt von Back Enterprises, ihr Angebot unter der Voraussetzung, dass keine wesentlichen Veränderungen des Geschäfts eingetreten sind, aufrechtzuerhalten, entspricht einem Vorbehalt, der in jedem Kaufvertrag im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens enthalten ist. Der Sinn dieser Klausel liegt darin zu vermeiden, dass bis zum Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens die bisherigen Eigentümer das *Target* zum Nachteil der Erwerberin aushöhlen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dies vorliegend geschehen ist bzw. noch geschehen könnte. Die Geschäftsleitungen von Quickmail und Quickpac scheinen nämlich keinen Anreiz zu haben, Massnahmen zur Kundenerhaltung oder zur Neukundenakquirierung von Kunden zu treffen. Einerseits übernimmt die Post Quickmail Holding auch infolge der genannten Kundenverluste, u.a. da ein Teil der verlorenen Kunden ohnehin zur Post gewechselt haben dürfte. Andererseits gehen die Verkäufer davon aus, dass mit jedem verlorenen Kunden die Chance steigt, dass die WEKO das Zusammenschlussvorhaben genehmigt, weil befürchtet werden muss, dass Back Enterprises von ihrem Angebot zurücktritt. Die erfolgten und möglicherweise noch erfolgenden Kundenverluste scheinen Quickmail Holding entgegenzukommen, um ihr Ziel, die Übernahme durch die Post, verwirklichen zu können. So haben denn die Verkäufer auch an keiner Stelle in ihrer Stellungnahme aufgezeigt, was sie gegen die Kundenverluste unternommen haben bzw. zu unternehmen gedenken, noch welche Bemühungen sie betreiben, um auch in der jetzigen Situation Neukunden zu akquirieren. Erfolgt tatsächlich eine beabsichtigte Aushöhlung des *Targets*, könnte Back Enterprises berechtigterweise von ihrem Angebot zurücktreten.

532. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es keine alternative Kaufinteressentin und kein alternatives Kaufangebot zum Zeitpunkt des Entscheids der WEKO gibt. Wie vorgängig ausgeführt wurde, besteht während des Prüfverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden und dabei na-

mentlich während der Prüfung, ob eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben existiert, naturgemäss keine hundertprozentige Sicherheit, dass diese wie erwartet umgesetzt wird. Sowohl die Veräusserer als auch die alternative Kaufinteressentin haben es in der Hand, eine wettbewerbsfreundlichere Lösung nicht umzusetzen bzw. diese zu verunmöglichen (vgl. Rz 366).

533. Zum Kapitalbedarf bei einem Closing ist auf die vorgängigen Ausführungen zu verweisen (vgl. Rz 445 f.). In Anbetracht der Höhe der Vermögensnachweise und der mehrfach bekundeten Absicht, diese Mittel auch einzusetzen, ist davon auszugehen, dass Back Enterprises die notwendigen Mittel für die Fortführung der Quickmail-Gruppe einbringen kann und wird. Im Übrigen beinhaltet das Angebot von Back Enterprises einen Verzicht diverser Gläubiger auf ihre Forderungen. Entsprechend ist die Höhe dieser Forderungen für den kurzfristigen Finanzierungsbedarf grundsätzlich nicht relevant.

534. Anders als von Quickmail Holding dargestellt muss der Verwaltungsrat aufgrund eines negativen WEKO-Entscheids nicht zwingend Konkurs anmelden. Gemäss Art. 725b Abs. 3 OR hat der Verwaltungsrat bei Überschuldung den Konkursrichter zu benachrichtigen. Wie bereits mehrfach aufgezeigt wurde, können die Verkäufer eine Überschuldung verhindern, wenn sie ihre Forderungen aus den Aktionärsdarlehen abschreiben (vgl. Rz 510).

535. Unabhängig von einer vermeidbaren Überschuldung bleibt indes unklar, ob und wann nach einer möglichen Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO Quickmail Holding die liquiden Mittel ausgehen. Würde Quickmail Holding vor einem allfälligen Closing mit Back Enterprises zahlungsunfähig, kann nicht ausgeschlossen werden, dass Gläubiger der Quickmail Holding diese betreiben und nach Ablauf der gesetzlichen Fristen im schlimmsten Fall ein Konkurs eingeleitet würde. Dies hängt jedoch einerseits von der Verhandlungsbereitschaft der Verkäufer und Back Enterprises, ein möglichst zeitnahes Closing zu erwirken, und andererseits von der Bereitschaft der Gläubiger, mit Back Enterprises in Verhandlungen über mögliche Schuldenschnitte oder -Stundungen zu treten, ab.

536. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Konkurs nicht die notwendige Folge einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens ist. Wie oben erwähnt besteht jedoch während des Prüfverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden naturgemäss keine hundertprozentige Sicherheit, dass die wettbewerbsfreundlichere Lösung wie erwartet umgesetzt wird. Nicht nur Back Enterprises hat theoretisch die Möglichkeit, aufgrund einer mutmasslichen Aushöhlung des *Targets* vom Angebot zurückzutreten oder eine Betreibung durch Drittgläubiger nicht zu verhindern. Auch und insbesondere die Verkäufer haben es in der Hand, nicht auf das Angebot einzugehen, die Forderungen aus den Aktionärsdarlehen nicht abzuschreiben und somit einen Konkurs der

⁴³⁹ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 12 (act 667).

⁴⁴⁰ Stellungnahme vom 8. Januar 2024 von Quickmail Holding und Verium, Rz 13 (act 667).

Quickmail Holding zu provozieren. Diese Risiken dürfen die Wettbewerbsbehörden jedoch nicht davon abhalten festzustellen, dass eine Übernahme durch Back Enterprises eine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben darstellt. Andernfalls wäre die dritte Voraussetzung der Failing Company Defence immer erfüllt.

h. Ad positive Marktwirkungen einer Übernahme durch die Post

Vorbringen der Zusammenschlussparteien

537. Die Zusammenschlussparteien argumentieren, dass die Übernahme der Quickmail-Gruppe durch Back Enterprises (aus der Konkurs-/Nachlassmasse) erhebliche volkswirtschaftliche Schäden für Kunden, Geschäftspartner, Sendungsempfänger sowie die von einer ungeordneten Massenentlassung bedrohten 3 700 Mitarbeitenden verursache. Gemäss Post habe ein ungeordneter Konkurs langfristig negative Auswirkungen auf den Gesamtmarkt, insbesondere im Bereich E-Commerce und Digitalisierung. Demgegenüber weise das Zusammenschlussvorhaben eine Vielzahl positiver Marktwirkungen auf: Bestehende Vertragsbeziehungen mit Kunden und Geschäftspartnern würden übernommen, was kurzfristig eine ordnungsgemässe Vertragsabwicklung sicherstelle; eine bessere Auslastung bestehender Kapazitäten ermögliche Skalenerträge zum Vorteil der Kunden und erlaube eine effizientere Erfüllung des Grundversorgungsauftrags; die Versorgung der Bevölkerung mit bisher von der Quickmail-Gruppe angebotenen Postdienstleistungen würde sichergestellt; [...].⁴⁴¹ Damit sei die Übernahme durch die Post eine sichere Alternative, welche eine geordnete Fortführung der Tätigkeiten der Quickmail-Gruppe garantiere, und nicht bloss eine spekulative Aussicht oder eine Hoffnung auf einen möglichen zukünftigen Deal.⁴⁴² Nur mit der Post als Käuferin könnten die Interessen aller Stakeholder bestmöglich gewahrt und die Arbeitsplätze in grösstmöglichem Umfang erhalten bleiben.⁴⁴³

Beurteilung durch die WEKO

538. Die WEKO beurteilt einzig die wettbewerbslichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens. Diesbezüglich kann vorab festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb auf einem Markt vollständig beseitigen und auf weiteren Märkten schwächen wird. Selbst wenn die Quickmail-Gruppe in diversen Märkten nur kleine Marktanteile aufweist, geht damit trotzdem endgültig ein Unternehmen verloren, das sich längerfristig zu einer ernsthaften Konkurrentin der Post etablieren könnte. Diese wettbewerbslichen Auswirkungen stellen (langfristige) volkswirtschaftliche Kosten dar, weshalb der Zusammenschluss – bei Nichterfüllung der Voraussetzungen der Failing Company Defence – gemäss Kartellgesetz zu untersagen ist.

539. Die volkswirtschaftlichen Kosten eines Konkurses von Quickmail Holding können im Vorherein nicht abgeschätzt werden. Dass ein sanierungsbedürftiges Unternehmen Konkurs geht, entspricht jedoch der Logik einer Marktwirtschaft bzw. des Wettbewerbs und stellt letztlich eine effiziente Allokation von Ressourcen in einer Volkswirtschaft sicher. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich der Konkurs eines (sanierungsbedürft-

tigen) Unternehmens nachteilig und disruptiv auf dessen Beschäftigte, Geschäftspartner und Gläubiger auswirkt. In Bezug auf die Beschäftigten kann immerhin festgestellt werden, dass die von den Zusammenschlussparteien erwähnten Folgen nicht eintreten würden, sollte Back Enterprises die Quickmail-Gruppe übernehmen. Im Übrigen halten die Zusammenschlussparteien ausdrücklich fest, dass die Post aufgrund des Fachkräftemangels im Falle einer Integration von Quickpac nahezu alle Mitarbeitenden übernehmen würde.⁴⁴⁴ Die Beschäftigungswirkung dürfte deshalb selbst im Konkursfall deutlich kleiner als die erwähnten 3 700 Stellen, die keine Vollzeitäquivalente darstellen, ausfallen. In Bezug auf die Gläubiger und die Aktionäre gilt es schliesslich festzuhalten, dass diese mit der Zurverfügungstellung von finanziellen Mitteln für Quickmail Holding bewusst ein Risiko eingegangen sind, welches zudem über entsprechende Zinszahlungen entschädigt worden sein dürfte. Der Wert der jeweiligen Forderungen reduzierte sich aufgrund des fehlenden Erfolgs der Quickmail-Gruppe am Markt in der Vergangenheit und folglich nicht infolge der allfälligen Übernahme durch Back Enterprises. Dass die Post [...], dürfte daran liegen, dass sich die Post damit eine vorteilhaftere Marktposition in verschiedenen Märkten sichert. Letztlich muss aber auch die Post diese Mittel aufbringen und kann sie nicht anderswo einsetzen.

540. Schliesslich vermag auch das Argument, dass die Kunden von einer besseren Auslastung von Kapazitäten profitieren würden, nicht zu überzeugen. Selbst wenn die Post dadurch tiefere Stückkosten erzielen könnte, wäre sie angesichts des fehlenden bzw. schwachen Wettbewerbs kaum gezwungen, diese an die Kunden weiterzugeben. Zudem profitieren die Kunden dank dem Wettbewerb nicht nur von tieferen Preisen, sondern von einer höheren Angebotsvielfalt und Innovation. Beides wird durch das Zusammenschlussvorhaben verringert.

541. Aus Sicht der WEKO wiegen die volkswirtschaftlichen Kosten des Zusammenschlussvorhabens durch die Beseitigung bzw. Schwächung des Wettbewerbs deutlich schwerer als allfällige kurzfristige Kosten im Falle eines Konkurses von Quickmail Holding. Da mit Back Enterprises zudem eine realistische Alternative zum Zusammenschlussvorhaben besteht, fallen diese kurzfristigen Kosten nochmals deutlich weniger ins Gewicht.

B.4.3.3.5. Fazit

542. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass die dritte Voraussetzung der Failing Company Defence, wonach keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben besteht, vorliegend nicht erfüllt ist:

⁴⁴¹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Rz 32, 69 (act 639); Protokoll Parteieinvernahme Post, Zeile 81 ff. (act 643).

⁴⁴² Notizen Plädoyer Post, 2 (act 646).

⁴⁴³ Notizen Plädoyer Quickmail Holding, Rz 22 (act 648).

⁴⁴⁴ Stellungnahme zur Beschlussbegründung, Fn 43 (act 639).

543. Nach Ansicht der WEKO besteht mit Back Enterprises ein alternativer Käufer, der im Fall einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens mit der Post Quickmail Holding übernehmen und somit grundsätzlich den Weiterbestand von Quickmail Holding als Wettbewerberin im Markt ermöglichen könnte.

B.4.4 Keine Auflagen und Bedingungen

544. Es sind keine Bedingungen oder Auflagen ersichtlich, welche die festgestellten wettbewerblichen Bedenken ausräumen würden. Die Zusammenschlussparteien haben auch keine Auflagen oder Bedingungen vorgeschlagen.

B.5 Ergebnis

545. Die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass dieses im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Geschäftskunden zu einer Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Post führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden würde. Dies insbesondere deshalb, weil mit Quickmail Holding die einzige Konkurrentin der Post aus dem Markt verschwinden würde.

546. Neben Quickmail verschwindet mit dem Zusammenschlussvorhaben auch die erst 2019 gegründete und sich aktuell auf einem starken Wachstumspfad befindende Quickpac. Durch die angestrebte substanzielle Erhöhung der Haushaltsabdeckung könnte Quickpac dereinst potenziell zu einer ernsthaften Konkurrentin der Post auf den nationalen Paketmärkten werden, auf denen starke Anzeichen einer marktbeherrschenden Stellung der Post bestehen.

547. Die Prüfung hat des Weiteren aufgezeigt, dass die dritte Voraussetzung der Failing Company Defence, dass keine wettbewerbsfreundlichere Lösung als das Zusammenschlussvorhaben möglich ist, nicht erfüllt ist. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben ursächlich für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

548. Die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlusses nach Art. 10 Abs. 2 KG sind daher gegeben.

549. Die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat somit ergeben, dass der Zusammenschluss nicht zugelassen werden kann.

C Kosten

550. Die in diesem Verfahren entstehenden Kosten werden den Parteien separat in Rechnung gestellt.

551. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG⁴⁴⁵ eine Pauschalgebühr von 5 000 Franken erhoben.

552. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlich-

keit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 bzw. 290 Franken. Im vorliegenden Fall beträgt der Aufwand total 397 Stunden zu 200 Franken sowie 47 Stunden zu 290 Franken. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von 93 000 Franken für die vertiefte Prüfung.

553. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 93 000 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5 000 Franken für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von 98 000 Franken für die vertiefte Prüfung.

554. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁴⁴⁶). Somit haften die Zusammenschlussparteien solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.
2. Die Verfahrenskosten nach Art. 53a KG von insgesamt 98 000 Franken, werden der Post CH AG und der Quickmail Holding AG zu gleichen Teilen, d.h. je 49 000 Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Post CH AG, Wankdorfallee 4, 3030 Bern, vertreten durch [...].
 - Quickmail Holding AG, Fürstenlandstrasse 35, 9001 St. Gallen, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴⁴⁵ Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁴⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2.3

3. Kanton Graubünden/Swiss Energy Infrastructure Holding/Repower

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Februar 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Februar 2024

1. Am 18. Januar 2024 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen der Kanton Graubünden (nachfolgend: KTGR) und die Swiss Energy Infrastructure Holding AG (nachfolgend: SEIH) die gemeinsame Kontrolle an der Repower AG (nachfolgend: Repower) zu erwerben.

2. KTGR ist eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft und hält an verschiedenen gewerblich tätigen Unternehmen eine Beteiligung von mehr als 50 % (z. B. Rhätische Bahn AG und Griselectra AG).¹

3. SEIH ist eine Holdinggesellschaft mit dem Zweck, Investitionen im Energiesektor vorzunehmen. Bei den Aktionärinnen von SEIH, CEIS 2 und CEIS 3, handelt es sich um Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen gemäss Art. 98 Abs. 1 KAG.² Der Zweck von CEIS 2 und CEIS 3 ist die kollektive Kapitalanlage in Risikokapital durch die Finanzierung von Portfoliounternehmen, namentlich die direkte und/oder indirekte Finanzierung von Unternehmen, die in den Bereichen erneuerbare Energien, Energieeffizienz, Energieinfrastruktur und/oder Versorgung und Entsorgung tätig sind mittels Eigenkapital, eigenkapitalähnlichen Finanzierungen sowie Fremdkapital mit dem Ziel, Erträge und/oder Kapitalgewinne zu erwirtschaften.[...].³

4. Repower betreibt eigene Kraftwerke in der Schweiz, in Italien und in Deutschland. Zudem hält Repower Beteiligungen und verfügt über Bezugsrechte aus weiteren Anlagen. Darüber hinaus ist Repower im Energiehandel aktiv. Im Weiteren ist Repower als Verteilnetzbetreiberin und Stromversorgerin im Prättigau/Rheintal, im Engadin/Puschlav und in der Surselva tätig. Darüber bietet Repower diverse Dienstleistungen an in den Bereichen Planung und Installation von schlüsselfertigen Solaranlagen, Vertrieb und Installation von Heim-Ladestationen für die E-Mobilität für Privat- und Geschäftskunden, Umrüstung/Inbetriebnahme der öffentlichen Beleuchtung für Dritte, Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen und Energieberatung.⁴

5. Aufgrund einer Erweiterung des Kreises der Repower-Aktionäre wurde im Jahr 2016 der bestehende Aktionärsbindungsvertrag zwischen KTGR und der Axpo-Gruppe aus dem Jahr 2013 durch einen neuen Aktionärsbindungsvertrag zwischen KTGR, der Axpo Holding AG,

EKZ und CEIS 1 ersetzt. Die beteiligten Aktionäre [...], womit [...] keine Aktionäre der Repower diese alleine oder gemeinsam kontrollierten.⁵ Im Juni 2022 verkaufte die Axpo Holding AG ihren Anteil an Repower an KTGR, EKZ und CEIS 2.⁶ Mit Datum vom 11. August 2023 wurden die Aktien von Repower wie folgt gehalten:

- Kanton Graubünden: 27 %;
- CEIS 2 und CEIS 3: 23.05 %;
- Elektrizitätswerke des Kantons Zürich: 38.49 %;
- Free Float: verbleibende Aktien.⁷

6. Gemäss einer Poolvereinbarung vom 22. August 2022 bündeln KTGR und SEIH zukünftig rund 50.05 % der Aktien der Repower. Aufgrund einer vereinbarten gemeinsamen Ausübung der Stimmrechte von KTGR und SEIH sowie der dadurch erlangten Mehrheit in der Generalversammlung der Repower können strategisch wichtige Entscheide nur durch die Zustimmung von KTGR und SEIH getroffen werden.⁸ Eine derartige gemeinsame Ausübung der Stimmrechte bei strategisch wichtigen Entscheiden eines Unternehmens stellt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Begründung der gemeinsamen Kontrolle über das betreffende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁹ dar. Gemäss Meldung könnte die Intensität künftig zunehmen. [...].¹⁰

7. Als Ziel des Zusammenschlussvorhabens wird in der Meldung angegeben, dass KTGR und SEIH durch die Bündelung ihrer Interessen stärker auf die strategische Stossrichtung und die nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung der Repower Einfluss nehmen können.¹¹

8. Die beteiligten Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 einen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. Zudem erwirtschafteten KTGR, SEIH und Repower einen Umsatz in der Schweiz von jeweils über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.¹² Mit Einrei-

¹ Vgl. Meldung, Rz 7. Gemäss Meldung ist die Griselectra AG eine rechtlich selbstständige Elektrizitätsgesellschaft zur Verwertung von Energiequoten, die KTGR und den Gemeinden aus bestehenden Wasserrechtskonzessionen anfallen. Sie verkauft die von ihr verwertete Energie ausschliesslich an Repower in der Schweiz.

² Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23.6.2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31).

³ Vgl. Meldung, Rz 9 f.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 18 f.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 35 f.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 34.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 20.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 37.

⁹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 38.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 42.

¹² Vgl. Meldung, Rz 43 f.

chung der Meldung informierten die beteiligten Parteien darüber, dass das Zusammenschlussvorhaben von der EU-Kommission bereits geprüft und freigegeben wurde.

9. Repower ist im Bereich der *Stromerzeugung* tätig. KTGR ist über Partnerwerke ebenfalls in diesem Bereich aktiv. Die Aktionärinnen von SEIH, CEIS 2 und CEIS 3, verfügen über eine gemeinsam kontrollierende Beteiligung an der mehrere Kraftwerke betreibenden EWA-energieUri AG. Zudem erzeugt CEIS 2 über zwei Portfoliounternehmen im geringen Umfang Solarstrom.¹³ Die WEKO hat die Stromproduktion in Kraftwerken dem sachlich relevanten Markt der Stromerzeugung zugeordnet.¹⁴ Sie hat diesen Markt bislang national abgegrenzt und einen allenfalls grösseren räumlichen Markt für möglich gehalten.¹⁵ Im vorliegenden Fall liegt gemäss Angaben der Parteien bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung offensichtlich kein betroffener Markt vor, da die gemeinsamen Marktanteile schweizweit betrachtet äusserst gering sind. Daher kann vorliegend auf eine definitive räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden.

10. Im Bereich der *Stromversorgung* beliefern Repower sowie die EWA-energieUri AG sowohl feste Endverbraucher als auch Kunden mit Netzzugang, die den Stromlieferanten auf dem freien Markt auswählen können. KTGR ist in der Stromversorgung nicht aktiv. In diesem Bereich unterscheidet die WEKO sachlich zwischen der Stromversorgung von festen Endverbrauchern und der Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang.¹⁶ Beim räumlich relevanten Markt für die Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang geht die WEKO von einem nationalen Markt aus. Bei der Stromversorgung von festen Endverbrauchern geht die WEKO hingegen beim räumlich relevanten Markt von der geografischen Ausdehnung des Verteilnetzes des Stromversorgers aus.¹⁷ Der Marktanteil von Verteilnetzbetreiberinnen in ihrer Rolle als Stromversorgerinnen von Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung beträgt mangels Wechselmöglichkeit 100%. Die betreffenden Verteilnetzbetreiberinnen respektive die diese kontrollierenden Unternehmen waren auf den betreffenden Märkten aufgrund ihres rechtlichen Versorgungsmonopols bereits vor dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben als einzige mögliche Anbieterinnen marktbeherrschend. Auf diesen Märkten gibt es aufgrund der Regulierungsvorgaben im StromVG¹⁸ keinen Wettbewerb.¹⁹ Betreffend den Markt für Stromlieferungen an Endkundinnen und Endkunden mit einem Recht auf Netzzugang kann die genaue Marktabgrenzung vorliegend offengelassen werden, da es gemäss den Angaben der Parteien zu keinen relevanten Überschneidungen kommt.

11. Gemäss Meldung ist im Bereich des *Stromhandels* lediglich die Repower aktiv. KTGR und SEIH bzw. die Aktionärinnen von SEIH sind im Stromhandel nicht bzw. nicht mit kontrollierten Tochtergesellschaften tätig.²⁰ Der sachliche Markt für Stromhandel umfasst den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betroffenen Geschäfte nicht notwendigerweise an Endkundinnen und Endkunden gerichtet sind. Der Begriff Stromhandel beinhaltet physischen Stromhandel sowie Handel mit nicht physischen Stromderivaten.²¹ Die WEKO hat verschiedentlich festgehalten, dass sich der räumliche Markt für Stromhandel über die Landesgrenzen hinaus ausdehnt, jedoch

bisher auf eine exakte räumliche Marktabgrenzung verzichtet.²² Gemäss den Angaben der Parteien kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen und es liegt aufgrund der deklarierten Anteile von Repower auch bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt vor.²³

12. Gemäss Meldung sind die Repower und die EWA-energieUri AG im *Bereich Installation, Verkauf und Wartung von öffentlichen und privaten Ladesäulen* tätig.²⁴ Im Zusammenhang mit Ladestationen für Elektrofahrzeuge, welche an verschiedene Gruppen von Abnehmern (Behörden, private Eigentümer, Inhabern von Konzessionen wie Parkplätzen und Strassenabschnitten usw.) verkauft werden sollen, hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis einen sachlichen Markt für Elektromobilität vorgeschlagen, welcher die Installation, den Verkauf sowie die Wartung von Ladestationen für diese Abnehmer umfasst.²⁵ In zwei kürzlich erfolgten Zusammenschlussverfahren ist die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese zudem von einem sachlich relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI²⁶ ausgegangen, liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen.²⁷ In der EU wurde die Abgrenzung von separaten sachlichen Märkten für *Grosshandel* von Ladestationen, für *öffentliche* Ladesäulen sowie für den *Retailvertrieb* von Ladestationen in Betracht gezogen, die Marktangrenzung aber letztlich offen gelassen.²⁸

13. Um Ladesäulen für *Private* zu installieren und vor Ort zu warten, müssen die in diesem Bereich tätigen Unternehmen zu ihren Kundinnen und Kunden fahren. Unter Berücksichtigung der Wegkosten, des Umsatzes pro

¹³ Vgl. Meldung, Rz 57-59.

¹⁴ Vgl. u.a. RPW 2017/2, 310 ff., Rz. 51, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 29, *BKW/AEK*; RPW 2006/3, 476 ff., Rz. 65, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹⁵ Vgl. u.a. RPW 2017/2, 310 ff., Rz. 82, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 56, *BKW/AEK*; RPW 2006/3, 476 ff., Rz. 71, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹⁶ Vgl. u.a. RPW 2017/2, 310 ff., Rz. 52, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 31 ff., *BKW/AEK*; RPW 2006/3, 476 ff., Rz. 66, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹⁷ Vgl. u.a. RPW 2017/2, 310 ff., Rz. 83, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 58 f., *BKW/AEK*; RPW 2006/3, 476 ff., Rz. 74, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹⁸ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

¹⁹ Vgl. Art 6 und 13 StromVG.

²⁰ Vgl. Meldung, Rz 78 f.

²¹ Vgl. u.a. RPW 2017/2, 310 ff., Rz 53, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 35, *BKW/AEK*; RPW 2006/3, 476 ff., Rz. 67, *Atel - EOSH-Aktiven*.

²² Vgl. RPW 2016/3, 776, Rz 60, *BKW/AEK*.

²³ Vgl. Meldung, Rz 78 f.

²⁴ Vgl. Meldung, Rz 81.

²⁵ Vgl. RPW 2021/3, 648, Rz 14, *ENGIE/FCA/JV*; RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*.

²⁶ Hochleistungs-ladeinfrastruktur (HPCI) umfasst Ladestationen mit einer Leistung von 43 kW bis zu 350 kW unter Verwendung von Gleichstrom (DC).

²⁷ Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 17, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY* und RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

²⁸ Vgl. Case COMP M.8870, Rz 203 ff., *E.ON/Innogy*.

Auftrag sowie der Tatsache, dass nicht alle in der Schweiz domizilierten Anbieterinnen regional über in der gesamten Schweiz verteilte Standorte für die Erbringung solcher Dienstleistungen verfügen, ist insbesondere für private Ladestationen eine *regionale* räumliche Marktabgrenzung in Betracht zu ziehen. Vorliegend kann die genaue Marktabgrenzung im Bereich der Elektromobilität letztlich offengelassen werden. Weder Repower noch die EWA-energieUri AG sind im Tätigkeitsgebiet des jeweils anderen Unternehmens aktiv. Hinzu kommt, dass die von diesen Unternehmen erzielten Umsätze verglichen mit den schweizweiten Umsätzen in diesem Bereich vernachlässigbar sind.²⁹

14. Gemäss Meldung ist die Repower im Bereich *Planung und Installation von schlüsselfertigen Solaranlagen für Privat- und Geschäftskunden* tätig. SEIH (über ein Portfoliounternehmen der CEIS 2) und die EWA-energieUri AG seien ebenfalls in sehr geringem Umfang in diesem Bereich aktiv. Derartige Komplettlösungen wurden gemäss der Praxis der WEKO bis anhin dem *Markt für Anlagen-Contracting* zugewiesen. Dieser umfasst die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen aus einer Hand durch einen sog. Contractor.³⁰ In früheren Entscheiden hat die WEKO erwogen, ob der *räumlich* relevante Markt für *Anlagen-Contracting* national oder regional abzugrenzen sei. Die WEKO tendierte zu einer *regionalen* Marktabgrenzung, liess die Frage aber letztlich offen.³¹ Auf eine genaue Marktabgrenzung kann vorliegend verzichtet werden, da die Marktanteile der Parteien auch im Falle einer engeren Abgrenzung gering sind. KTGR ist in diesem Bereich nicht tätig. Zudem sind weder Repower noch die EWA-energieUri AG im Tätigkeitsgebiet des jeweils anderen Unternehmens aktiv. Zwischen den Aktivitäten von Repower und dem Portfoliounternehmen der CEIS 2 gibt es gemäss Angaben der Parteien im Kanton Graubünden nur marginale Überschneidungen. Hinzu kommt, dass diverse anderen Unternehmen auf diesem Gebiet Paketlösungen im Solarbereich anbieten.³² Daher liegen keine betroffenen Märkte vor.

15. Repower und die EWA-energieUri AG sind gemäss Meldung im Bereich Analyse und Lichtplanung bei Neubauten bzw. Umbauten *öffentlicher Beleuchtungsanlagen* tätig. In der Meldung wird mit Berufung auf die Praxis der EU von einem national abzugrenzenden relevanten Markt für den Bau, Betrieb/Wartung, Verwaltung und Erneuerung von Strassenbeleuchtung in spezifischen Gemeinden ausgegangen.³³ Entscheidend war dabei, dass die Wettbewerber im ganzen Land in vergleichbarem Umfang aktiv waren, die Preise für diese Dienstleistungen ähnlich hoch waren und es keine nennenswerten Hindernisse bei diesen Angeboten gab.³⁴ Die genaue Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden. KTGR ist im Bereich der Strassenbeleuchtung nicht bzw. nicht mit kontrollierten Tochtergesellschaften tätig. Weder Repower noch die EWA-energieUri AG sind zudem im Tätigkeitsgebiet des jeweils anderen Unternehmens aktiv. Auch im Falle einer regionalen Marktabgrenzung kommt es zu keinen relevanten Überschneidungen. Es liegt daher kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU³⁵ vor.

16. Gemäss Meldung bietet Repower zudem Dienstleistungen im Bereich Planung, Ausführung, Betrieb, As-

setmanagement und Regulatory-Management für Dritte bzw. für Energieversorger an. Es handele sich hierbei um eine breite Palette von Dienstleistungen von der Planung neuer oder Erweiterung bestehender Energieanlagen, Ausführung von solcher Pläne, Betrieb der Anlagen bis hin zur Bewirtschaftung der Anlagen und damit verbundenen Dienstleistungen wie Smart Metering sowie Last- und Energiemanagement. Die von den Aktionärinnen von SEIH kontrollierte EWA-energieUri AG biete gegenüber Energieversorgungsunternehmen Kraftwerksdienstleistungen wie die Planung und Realisierung von Kleinkraftwerken, die Betriebs- und Geschäftsführung von Kleinkraftwerken und Pikettendienstleistungen, sowie die Energiebewirtschaftung für kleine Energieversorgungsunternehmen an.³⁶ Nach Ansicht der Parteien können die Aktivitäten von Repower und der EWA-energieUri AG möglicherweise dem sachlichen Markt für Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen zugewiesen werden. In Bezug auf die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung bzw. dem Betrieb der Anlagen wie etwa das Asset- und Portfolio-Management schlagen die Parteien vor, diese dem sachlichen Markt für Energieberatung zuzuweisen.³⁷ Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis sowohl den Markt für Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen als auch den Markt für Energieberatung auf nationaler Ebene betrachtet.³⁸

17. Die genaue Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich unabhängig von der konkreten Marktdefinition unbedenklich ist. Die von den Parteien mit diesen Dienstleistungen erzielten Umsätze sind verglichen mit dem geschätzten Gesamtvolumen des Marktes vernachlässigbar. Es kommt zu keinen relevanten horizontalen Überschneidungen. Gemäss den Parteien sind zudem in beiden Märkten zahlreiche weitere Anbieterinnen aktiv.³⁹

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

²⁹ Vgl. Meldung, Rz 85 f.

³⁰ Vgl. RPW 2018/4, 860 Rz 12, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; Vgl. RPW 2017/2, 316 Rz 69, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 51, *BKW/AEK*.

³¹ Vgl. RPW 2018/4, 863 Rz 36, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; Vgl. RPW 2017/2, 319 Rz 90, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 68, *BKW/AEK*.

³² Vgl. Meldung, Rz 94 f.

³³ Vgl. Meldung, Rz 96-102.

³⁴ Vgl. Case COMP M.8870, Rz 717 ff., *E.ON/Innogy*.

³⁵ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

³⁶ Vgl. Meldung, Rz 103 f.

³⁷ Vgl. Meldung, Rz 105 f.

³⁸ Vgl. RPW 2017/2, 310 ff., Rz. 85 und 90, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 771 ff., Rz. 63 und 68, *BKW/AEK*.

³⁹ Vgl. Meldung, Rz 110-113.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Siegenia-Aubi AG gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede

Urteil B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Siegenia-Aubi AG, in Uetendorf, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: Weko oder Weko) am 18. Oktober 2010 erlassene Verfügung in Sachen Untersuchung Nr. 22-0358 betreffend Baubeschlüsse für Fenster und Fenstertüren (RPW 2010/4, 717, nachfolgend: angefochtene Verfügung). Danach hätten im Zeitraum zwischen 2004 und 2007 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) verschiedene Unternehmen der Fensterbeschlagsbranche einschliesslich der Beschwerdeführerin durch die Mitwirkung an einer Preisabrede hinsichtlich der Durchführung von Preiserhöhungen bei Beschlägen für Fenster- und Fenstertüren eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) verwirklicht, weshalb die Beschwerdeführerin mit einem Betrag gemäss Art. 49a KG sanktioniert wurde.

B. Beschwerdeführerin

B.a Die Beschwerdeführerin (nachfolgend: Siegenia) ist eine 1977 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Uetendorf. Ihr Zweck besteht in der Herstellung und dem Vertrieb von Baubeschlägen sowie der Verwertung von Patenten und Schutzrechten und dem Erwerb von Grundstücken. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Siegenia-Aubi KG in Wilnsdorf (nachfolgend: Siegenia D) und damit eine Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe.

C. Sonstige Unternehmen

C.a Die nachfolgend aufgeführten Unternehmen waren als Untersuchungsadressaten ebenfalls in die Untersuchung der Vorinstanz einbezogen und stellen auch Verfügungsadressaten der angefochtenen Verfügung dar. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ergaben sich hierbei die nachfolgend aufgeführten Unternehmensaspekte.

C.b Die Roto Frank (Schweiz) GmbH (nachfolgend: Roto) ist eine 1972 gegründete Gesellschaft mit Sitz in Dietikon (vormals bis 2012: Roto Frank AG mit Sitz in Zürich). Ihr Zweck besteht im Vertrieb von Baubeschlä-

gen und Bauzubehör. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Roto Frank AG in Leinfelden-Echterdingen (nachfolgend: Roto D) und damit eine Konzerngesellschaft der Roto-Gruppe.

C.c Die Koch Group AG Wallisellen (vormals bis 2015: Paul Koch AG; nachfolgend: Koch) ist eine seit 1979 bestehende schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Handel mit Beschlägen, Werkzeugen und Maschinen, Planung, Montage und Service von Schliessanlagen sowie Zutritts-, Verschluss- und Rettungswegtechnik. Sie ist eine Gruppengesellschaft der Koch-Gruppe, zu der auch die Koch Group AG St. Gallen (vormals bis 2015: Eugen Koch AG, nachfolgend auch: Koch-St. Gallen) mit Sitz in St. Gallen sowie die Koch Group AG Bern (vormals bis 2015: KWB Beschläge AG, nachfolgend auch: Koch-Bern) mit Sitz in Bern gehören. Die Koch-Gruppe ist nach eigenen Angaben die grösste Händlerin für Fenster- und Fenstertürbeschläge in der Schweiz.

C.d Die Gretsch-Unitas AG (nachfolgend: GU) ist eine 1991 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Rüdltigen bei Kirchberg. Ihr Zweck besteht im Handel und der Herstellung von Baubeschlägen sowie Metallwaren aller Art. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Gretsch-Unitas GmbH in Ditzingen (nachfolgend: GU D) und damit eine Konzerngesellschaft der GU-Gruppe.

C.e Die SFS unimarket AG (nachfolgend: SFS) ist eine 2001 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Widnau und Domiziladresse in Heerbrugg. Ihr Zweck besteht im Vertrieb sowie der Entwicklung und Herstellung von Beschlägen, Befestigungselementen, Konstruktionsteilen, Werkzeugen und anderen Produkten. Sie ist eine Tochtergesellschaft der SFS Group AG (vormals: SFS Holding AG) mit Sitz in Heerbrugg (nachfolgend: SFS Holding) und damit eine Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe. Nach mehreren Fusionen mit anderen Gruppengesellschaften lautet ihre Firma heute SFS Group Schweiz AG.

C.f Die deutsche Winkhaus Fenstertechnik GmbH & Co. KG in Teltge betrieb bis Juni 2007 eine Zweigniederlassung in Winterthur. Seit diesem Zeitpunkt bearbeitet die Winkhaus-Gruppe (nachfolgend: Winkhaus) den schweizerischen Markt direkt aus Deutschland mit zwei Ausendienstmitarbeitern der Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG in Teltge.

C.g Die Mayer & Co. Beschläge GmbH (nachfolgend: Maco) ist eine österreichische Gesellschaft mit Sitz in Salzburg. Ihr Zweck besteht in der Produktion von Bau-

beschlägen für Fenster und Fenstertüren, Türschlössern, Fenstergriffen und Ladenbeschlägen.

D. Wesentliche Aspekte des Geschäftsbereichs

D.a Den Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden die Wettbewerbsverhältnisse im Geschäftsbereich der Baubeschläge für Fenster und für Fenstertüren (nachfolgend zusammen: Fensterbeschläge).

D.b Bei einer Fenstertüre handelt es sich im Wesentlichen um ein Fenster mit Türfunktion. Da eine sachliche Differenzierung zwischen Fenstern und Fenstertüren für die vorliegende Angelegenheit nicht erforderlich ist, wird eine entsprechende Differenzierung nachfolgend nicht mehr erwähnt, sondern nur noch insgesamt auf den Begriff «Fenster» abgestellt.

D.c Als Fensterbeschläge sind alle mechanischen Teile zu qualifizieren, welche Fensterrahmen und Fensterflügel verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters steuern. Fensterbeschläge umfassen dabei alle Beschlagskomponenten, welche die Öffnungs- und Schliessfunktion sicherstellen. Dabei sind die Beschlagskomponenten aufeinander abgestimmt und bilden eine funktionale Einheit, wodurch sich jeweils spezifische Beschlagsgarnituren für bestimmte Fenstertypen ergeben.

D.d Fensterbeschläge werden in unterschiedlicher Art für Fenster mit verschiedenen Arten der Fensteröffnung hergestellt: Dreh-Kipp-Mechanismus, Drehmechanismus, Kippmechanismus, Schwingmechanismus, Hebeschiebmechanismus, Parallelschiebmechanismus, Falt-schiebmechanismus. Der ganz wesentliche Teil der Fensterbeschläge im Umfang von rund 80%-90% ist in Zentraleuropa als Dreh-Kipp-Beschlag ausgestaltet, wodurch bei einem Fenster eine Öffnung sowohl mittels einer Kippstellung als auch durch eine Drehstellung verwirklicht werden kann.

D.e Bei Fenstern lassen sich aufgrund ihrer Bauart zwei grundsätzliche Kategorien unterscheiden: Holz- und Kunststofffenster sowie Aluminiumfenster. Während Holz- und Kunststofffenster zumeist durch spezialisierte Fensterproduzenten oder Holzbetriebe hergestellt werden, erfolgt die Produktion von Aluminiumfenstern durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien. Aufgrund der Bauart bedürfen die jeweiligen Fenster unterschiedlicher Fensterbeschläge.

D.f Von den Fensterbeschlägen zu unterscheiden ist das Beschlagszubehör. Hierzu zählen Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen, Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe u.a. Das Beschlagszubehör wird üblicherweise über andere Bezugsquellen als die Fensterbeschläge bezogen.

D.g Für die Herstellung eines Fensterbeschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak und Aluminium eingesetzt.

E. Vertriebsstrukturen

E.a Die massgeblichen Hersteller von Fensterbeschlägen in Europa sind Roto D, Siegenia D, GU D, Maco und Winkhaus. Auf diese fünf Beschlaghersteller entfallen auch nahezu sämtliche in der Schweiz abgesetzten Produkte an Fensterbeschlägen. Neben diesen massgebli-

chen Beschlagherstellern sind in Europa nur noch einige wenige Hersteller von Fensterbeschlägen vorhanden, deren Fokus auf Nischenmärkte ausgerichtet ist und die in der Schweiz nicht selbst geschäftstätig sind.

E.b Der Vertrieb ihrer Fensterbeschläge innerhalb der Schweiz durch die massgeblichen Beschlaghersteller erfolgt im Wesentlichen über nationale Vertriebsvertretungen in Gestalt von Tochtergesellschaften oder Niederlassungen und/oder über Zwischenhändler als Vertriebsmittler in Gestalt von Grosshändlern (Koch und SFS) oder kleineren Einzelhändlern (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) an die Hersteller von Fenstern (nachfolgend: Fensterproduzenten). Diese verwenden die Fensterbeschläge zum Einbau in die jeweils von ihnen hergestellten Fenster, die sie wiederum gegenüber den Endkunden in Gestalt von Bauunternehmen, Architekten und Privaten, welche den Einbau eines montagefertigen Fensters nachfragen, absetzen. Im Bedarfsfall beliefern sich die Grosshändler auch gegenseitig. In einem sehr geringen Umfang werden Fensterproduzenten direkt von Lieferanten aus Deutschland beliefert.

E.c Im massgeblichen Zeitraum haben die Hersteller Roto D und GU D sowie Winkhaus ihre Produkte über ihre in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften Roto und GU sowie ihre Zweigniederlassung vertrieben. Diese nationalen Herstellerververtretungen haben sowohl die Fensterproduzenten direkt als auch die Zwischenhändler beliefert.

E.d Siegenia D hat ihre Produkte ebenfalls über ihre schweizerische Tochtergesellschaft Siegenia vertrieben. Siegenia wiederum hat die Produkte mehrheitlich über die Koch-Gruppe abgesetzt, die als Grosshändlerin wiederum an Fensterproduzenten und Einzelhändler verkauft. Daneben hat Siegenia auch direkte Lieferbeziehungen zu drei Kunden unterhalten, um die Geschäfte mit diesen Kunden nicht an die Konkurrenz zu verlieren.

E.e Auf Kundenwunsch hin haben die Koch-Gruppe und SFS als Grosshändler auch Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als die von ihnen üblicherweise vertriebenen Produkte geliefert.

E.f Maco hat ihre Produkte in der Schweiz über SFS vertrieben, die als Grosshändlerin wiederum die Fensterproduzenten und die Einzelhändler beliefert hat. Darüber hinaus hat Maco einen Kunden auch direkt beliefert.

E.g Die Fensterproduzenten lassen sich in drei Kategorien einteilen, die sich hinsichtlich Produkteangebot, Betriebsgrösse und Umsatz deutlich voneinander unterscheiden. Den grossen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von mehr als 20 Mio. CHF, welche die Fenster automatisiert und in grossen Stückzahlen produzieren, stehen die kleinen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von weniger als 10 Mio. CHF gegenüber, die zumeist als Schreinereibetriebe ausgestaltet sind. Bei den mittelgrossen Unternehmen mit einem Umsatz zwischen 10 und 20 Mio. CHF variiert die Ausgestaltung entsprechend.

E.h Die grosse Mehrheit der Fensterproduzenten bezieht die Fensterbeschläge stets vom gleichen Lieferanten. Der Wechsel eines Lieferanten ist mit relativ gros-

sem Aufwand in Bezug auf die elektronische Erfassung und Verwendung im Kalkulations- und Produktionsprozess durch das jeweilige IT-System sowie die Schulung der Mitarbeiter verbunden. Ein Lieferantenwechsel kommt deshalb relativ selten vor.

E.i Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen. In der Regel wird die Preisbasis, d.h. der Verkaufspreis des jeweiligen Lieferanten, erhöht, indem diese mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels Kürzungen von Nachlässen, insbesondere durch die mit den einzelnen Abnehmern verhandelten individuellen Rabattanpassungen.

F. Marktverhältnisse

F.a Für den relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus bestanden aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchungen für das Jahr 2007 folgende, vorliegend relevanten Marktanteile: (1) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus sowie SFS wiesen einen Gesamtanteil von über 90% des Markts auf; (2) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus vereinten einen Gesamtanteil von über 80% des Markts auf sich.

G. Geschehensablauf

G.a In der Zeit zwischen November 1999 und Juli 2007 kam es zu horizontalen Preisabsprachen von europäischen Herstellern von Fensterbeschlägen einschliesslich der für die Schweiz massgeblichen Beschlaghersteller, in welche die jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaften der Hersteller in den einzelnen Staaten der Europäischen Union (nachfolgend auch «EU») einbezogen waren. Die EU-Kommission sanktionierte neun Hersteller wegen dieser wettbewerbswidrigen Abreden mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39452 - Beschläge für Fenster und Fenstertüren, Siegenia-Aubi KG, Roto AG u.a., ABl. 2012 C 292/6). Die Sanktionsverfügungen gegenüber den als Verfügungsadressaten in Anspruch genommenen einzelnen Unternehmen wurden rechtskräftig, weil von diesen keine Rechtsmittel ergriffen oder eingelegte Rechtsmittel zurückgezogen wurden.

G.b In den Jahren 2004 sowie 2006/2007 kam es auch zu Preiserhöhungen von Fensterbeschlägen in der Schweiz. Dabei erfolgte jeweils eine Vielzahl von Kontakten zwischen den Untersuchungsadressaten in der Schweiz.

G.c Für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gemäss der angefochtenen Verfügung zu sanktionierenden Verhaltens sind die nachfolgend aufgeführten Ereignisse von massgeblicher Bedeutung. Diese gliedern sich in zwei unterschiedliche, voneinander unabhängige Handlungen, denen die gleiche sachliche Thematik eines Materialteuerungszuschlags wegen gestiegener Rohstoffpreise zu Grunde liegt.

G.d Im Jahre 2004 hatte Roto Kontakt zur Beschwerdeführerin wegen der Durchführung einer Preiserhöhung aufgenommen, die in Form eines Materialteuerungszuschlags von 6% zum 23. April 2004 durchgeführt werden

sollte. Hierzu hatte Roto bereits ein entsprechendes Ankündigungsschreiben vorbereitet. Auch die Beschwerdeführerin hatte sich zu diesem Zeitpunkt zu einer Preiserhöhung von 6% entschieden. Allerdings konnte sie diese Preiserhöhung gegenüber ihren Kunden nicht durchsetzen. Die Beschwerdeführerin teilte Roto mit, dass von ihr eine entsprechende Preiserhöhung nicht vorgenommen werden könne, weil diese von ihren Kunden nicht anerkannt werde. Nach verschiedenen wechselseitigen Konsultationen änderte Roto ihr Vorhaben ab und führte ihre Preiserhöhung in zwei Etappen mit 3,5% zum 1. Juli 2004 und 2,5% zum 1. September 2004 durch. Die Beschwerdeführerin erhöhte ihre Preise ebenfalls in zwei Etappen jeweils um 3% zum 1. Juli 2004 und zum 1. Oktober 2004.

G.e Zu Beginn des Jahres 2006 war eine neuerliche Preiserhöhung bei Fensterbeschlägen durch die Beschlaghersteller aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise absehbar. Daraufhin kam es im Laufe des Jahres 2006 zu verschiedenen Kontaktaufnahmen der schweizerischen Untersuchungsadressaten mit einem Austausch über die Ausgestaltung der Preiserhöhung.

G.f Im Rahmen einer solchen Kontaktaufnahme wurde Roto von Siegenia im August 2006 mitgeteilt, dass diese eine Preiserhöhung von 5% bis 6% auf den 1. September 2006 durchführen werde. Bereits vorgängig war gegenüber Koch eine Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 durch Siegenia angekündigt worden.

G.g Mit E-Mail vom 7. September 2006 lud Koch sämtliche Untersuchungsadressaten mit Ausnahme von Maco und GU zu einem Treffen ein. Unter dem Betreff «*Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007*» wurde u.a. ausgeführt: «*Aufgrund der Preisentwicklung der Rohmaterialien Stahl, Zink und Alu sowie der gestiegenen Sozial- und Transportkosten werden alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen.*»

G.h Mit E-Mail vom 8. September 2006 bestätigte Koch den Besprechungstermin vom 22. September 2006. Zudem wurde darüber informiert, «*dass sich GU entschuldigen lässt, diese hätten ohnehin einen MTZ von 4,2% per 01.09.2006 umgesetzt*».

G.i Am Treffen vom 22. September 2006 nahmen Koch, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus teil. Gegenstand der Besprechung bildete der Aspekt, ob eine Preiserhöhung für 2007 vorgenommen werden soll und falls ja, wie hoch diese Preiserhöhung ausfallen und zu welchem Zeitpunkt sie angekündigt und durchgeführt werden soll. Hierzu tauschten die Teilnehmer Informationen über Verkaufspreise, Marktsituation und ihre Vorstellungen und Absichten über Preiserhöhungen aus.

G.j Anlässlich der Besprechung verständigten sich Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus darüber, bis Ende Oktober 2006 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in der Höhe von mindestens 5% zum 1. Februar 2007 anzukündigen. Von Seiten der Selbstanzeigerin Roto wurde der Inhalt dieser Verständigung folgendermassen angegeben: Roto um 5,8% zum 1. Februar 2007, Koch und Siegenia um 5,7% zum 1. Februar 2007 sowie Winkhaus um 6% bereits zum

1. Januar 2007. Von Seiten Koch wurde dementsprechend geltend gemacht, dass im Rahmen der Verständigung ihre angekündigte Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 in eine Preiserhöhung von 5,7% zum 1. Februar 2007 umgewandelt worden sei.

G.k Mit E-Mail vom 16. Oktober 2006 informierte Winkhaus die übrigen Teilnehmer der Besprechung, dass die Preiserhöhung in der Höhe von 6% bis spätestens 1. Februar 2007 umgesetzt sei. Dabei wurde das betreffende Preiserhöhungsschreiben an die Kunden als Anlage beigefügt. Die E-Mail weist zudem die Aufforderung zum gegenseitigen Austausch der Preiserhöhungsschreiben auf. Bereits vorgängig hatte Winkhaus anlässlich eines Treffens am 29. September 2006 über die Umsetzung der Preiserhöhung um 6% auf den 1. Januar 2007 informiert.

G.l Die Ankündigung der Preiserhöhungen wurde durch Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wie vorgesehen bis Ende Oktober gegenüber den jeweiligen Kunden vorgenommen.

G.m Die Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wurden von Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wechselseitig ausgetauscht.

G.n Die Preiserhöhungen wurden durch Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus wie vorgesehen im Januar bzw. Februar vorgenommen.

G.o Die Anwendung des koordinierten Materialteuerungszuschlags durch die Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin erfolgte jedenfalls bis Juli 2007. Zu diesem Zeitpunkt waren aufgrund einer Selbstanzeige von Roto Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Abredebeteiligten durch die Wettbewerbsbehörden durchgeführt worden. Im Nachgang hierzu erfolgte in unterschiedlicher Ausgestaltung auch eine gewisse Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden.

G.p Der wesentliche Inhalt der Besprechung am 22. September 2006 wird durch verschiedene handschriftliche Notizen sowie Aktennotizen von Sitzungsteilnehmern belegt. Im Übrigen sind die Durchführung des Treffens einschliesslich der Teilnahme der angeführten Unternehmen, der Gegenstand der Besprechung einschliesslich des Austauschs von Informationen über die Preiserhöhungen sowie die vorgesehene Ankündigung der Preiserhöhungen und die Umsetzung der Preiserhöhungen unstrittig.

H. Vorinstanzliches Verfahren

H.a Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmenserklärung von Roto ein. Am 26. Juli 2007 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 SVKG den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG zu Gunsten von Roto bestätigt. Im weiteren Verlauf des Untersuchungsverfahrens hat Roto ergänzende Beweismittel und angefragte Informationen übermittelt.

H.b Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 eine Untersuchung gemäss

Art. 27 KG gegen die potentiellen Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin als Verfügungsadressaten. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 30. Juli 2007 (Nr. 145, S. 38) sowie im Bundesblatt vom 7. August 2007 (BBl 2007 6007) bekannt.

H.c Bei verschiedenen Untersuchungsadressaten wurden daraufhin Hausdurchsuchungen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 KG durchgeführt. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmungsprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert. Die Server dieser Unternehmen wurden dabei gespiegelt.

H.d Nach vorgängig angekündigter voller Kooperationsbereitschaft hat SFS dem Sekretariat eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG samt Beilagen eingereicht.

H.e Ab dem 12. März 2008 wurden die Untersuchungsadressaten vom Sekretariat schriftlich befragt. Die schriftlichen Antworten gingen zwischen dem 26. März 2008 und dem 18. Januar 2010 ein. Des Weiteren wurden 55 Fensterverarbeiter, neun Zwischenhändler, zwei schweizerische Fachverbände sowie Dritte zur Abgabe von Auskünften aufgefordert. Sämtliche Antworten gingen zwischen dem 12. Februar 2009 und dem 22. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

H.f Am 14. Juli 2010 übermittelte das Sekretariat sämtlichen Untersuchungsadressaten den Verfügungsantrag zur Stellungnahme. Die einzelnen Stellungnahmen hierzu wurden im Laufe des August 2010 eingereicht.

H.g Ebenfalls am 14. Juli 2010 versandte das Sekretariat einen Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung an Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus einschliesslich einer voraussichtlichen Sanktionsberechnung. Im August 2010 wurde zwischen dem Sekretariat sowie Roto, Siegenia und Winkhaus eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Von Koch und SFS sowie Maco wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung abgelehnt.

H.h Am 18. Oktober 2010 erliess die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

«1. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, Paul Koch AG, Wallisellen, und SFS unimarket AG, Heerbrugg, im Jahre 2006/2007 praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

2. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, und Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

3. Die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG und Siegenia-Aubi AG

abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen werden genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

4. Die Untersuchung gegen Gretschi-Unitas AG, Rüttligen b. Kirchberg, und Mayer & Co. Beschlüsse GmbH, Salzburg, wird ohne Folgen eingestellt.

5. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressaten werden für das unter Ziffer 1 und Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG mit folgenden Beträgen belastet:

Roto Frank AG	0 CHF
SFS unimarket AG	557'200 CHF
Siegenia-Aubi AG	3'876'465 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	235'381 CHF
Paul Koch AG	2'957'817 CHF

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 718'670 (bestehend aus einer Gebühr von CHF 715'670 und Auslagen von CHF 3'000) werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil zu Lasten der Staatskasse. Somit werden die verbleibenden Unternehmen wie folgt belastet:

Roto Frank AG	102'667 CHF
SFS unimarket AG	102'667 CHF
Siegenia-Aubi AG	102'667 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	102'667 CHF
Paul Koch AG	102'667 CHF

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]»

I. Bundesverwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren(B-8499/2010)

I.a Die Verfügung der Wettbewerbskommission wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 6. Dezember 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit den später aufrechterhaltenen Anträgen (vgl. SV K.d) angefochten.

I.b Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Verfügung sei sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen vollumfänglich aufzuheben. Sie brachte dabei die Einwände vor, die von ihr auch im fortgeführten Verfahren weiterhin geltend gemacht werden.

I.c Die Vorinstanz liess sich am 28. Februar 2011 innert erstreckter Frist zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung unter Kostenfolge, soweit darauf einzutreten sei. Dabei stützt sie sich auf die Gründe, die sie in der angefochtenen Verfügung und im vorliegenden Verfahren vorgetragen hat.

I.d Mit Replik vom 2. Mai 2011 und Duplik vom 11. Juli 2011 führten die Parteien ihre jeweiligen Standpunkte weiter aus, wobei sie an ihren Anträgen festhielten.

I.e Mit Schriftsätzen vom 5. Januar 2012 bzw. 3. und 9. Februar 2012 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin Fragen des Bundesverwaltungsgerichts.

I.f Am 29. Mai 2012 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die schriftliche Beantwortung der anlässlich der Verhandlung gestellten Fragen erfolgte seitens der Beschwerdeführerin am 4. Juli 2012 und seitens der Vorinstanz am 16. Juli 2012. Die Beschwerdeführerin reichte hierzu nochmals eine Stellungnahme vom 26. Juli

2012 ein. Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest.

I.g Am 23. September 2014 erliess das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil (nachfolgend: Ausgangsurteil, zit. Baubeschlüsse-Siegenia-I) mit folgendem Dispositiv:

- «1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es werden die Ziffern 1, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 - soweit die Beschwerdeführerin betreffend - aufgehoben.
2. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 31'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.
3. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von CHF 60'000.- (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen.
4. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung zugesprochen.»

J. Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (2C_1016/2014)

J.a Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhob das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Interesse der Wettbewerbskommission Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass Siegenia an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, weshalb die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen sei; eventualiter sei das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Neuurteilung zurückzuweisen.

J.b Die Beschwerdeführerin beantragte als Beschwerdegegnerin die Beschwerde abzuweisen.

J.c Mit Urteil vom 9. Oktober 2017 erliess das Bundesgericht ein Urteil (nachfolgend: Rückweisungs Urteil, zit. Baubeschlüsse-Siegenia-I) mit folgendem Dispositiv:

- «1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 aufgehoben und die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- trägt die Beschwerdegegnerin.
3. Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.»

K. Fortführung des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (B-5918/2017)

K.a Nach Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils wurde der bestehende Rechtsstreit im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unter dem neuen Aktenzeichen B-5918/2017 fortgeführt.

K.b Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 wurden die Parteien aufgefordert, unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen im Kartellrecht seit dem aufgehobenen Urteil

des Bundesverwaltungsgerichts zu den bisherigen Vorbringen Stellung zu nehmen.

K.c Mit Schreiben vom 27. August 2018 hat die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme eingereicht.

K.d Die Beschwerdeführerin hält dabei an ihrem bisherigen Vorbringen sowie den gestellten Anträgen vollumfänglich fest:

«1. Es seien die Ziffern 1, 2, 5 und 6 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aufzuheben, soweit sie die Beschwerdeführerin betreffen.

2. Eventualiter sei der in Ziff. 5 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG festgehaltene Betrag, mit dem die Beschwerdeführerin belastet wurde, auf ein angemessenes Mass, maximal aber CHF 11'043.94 zu reduzieren.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.»

K.e Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts das durch die angefochtene Verfügung beanstandete Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Kartellgesetz darstelle. Hierzu führt sie weiterhin die bereits vorgebrachten formellen und materiellen Einwände gegenüber der angefochtenen Verfügung auf. Zudem erhebt sie weitere formelle und materielle Einwände. Sämtliche Einwände werden nachfolgend im Rahmen der Erwägungen abgehandelt.

K.f Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2018 nahm die Wettbewerbskommission Stellung, wobei die bisherigen Positionen und Anträge ebenfalls beibehalten wurden.

K.g Mit Schriftsatz vom 24. November 2023 hat die Beschwerdeführerin einen beförderlichen Abschluss der Angelegenheit angemahnt und erneut um eine Berücksichtigung der übermässigen Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung nachgesucht.

L. Parallelverfahren in Sachen Koch

L.a Im Parallelverfahren gegenüber Koch als Abredebeteiligte erging ebenfalls mit Datum vom heutigen Tage ein Urteil (BVGer, 12. Dezember 2023, B-5919/2017, Koch Group AG Wallisellen gg. Weko, zit. Baubeschläge-Koch-II), auf das verwiesen wird, soweit dies als sachdienlich erscheint.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG,

SR 173.32) zur Beurteilung von Beschwerden der betroffenen Unternehmen gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission, mit der die Feststellung und Ahndung der Wettbewerbswidrigkeit eines von ihnen ausgeübten wirtschaftlichen Verhaltens vorgenommen wird, zuständig (BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. ADSL II, E. 2 ff.; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Six Group AG u.a. gg. Weko, zit. DCC, E. 2 ff.).

3. Die Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 6 VwVG gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG gegeben, da sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders berührt wird, weshalb sie auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung aufweist.

5. Die formalen Anforderungen an eine Beschwerde hinsichtlich Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG, Form und Inhalt gemäss Art. 52 VwVG, ordnungsgemässe Vertretung gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG sowie die fristgerechte Einzahlung des angeforderten Kostenvorschusses gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG sind erfüllt.

6. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

II. GELTUNGS- UND ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES

7. Die angefochtene Verfügung hat den Abschluss einer Wettbewerbsabrede durch verschiedene Unternehmen und damit ein Verhalten gemäss Art. 2 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Bei der Siegenia-Gruppe handelt es sich um einen Konzern und damit um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, weil bei einem Konzern die gesamte Unternehmensgruppe und nicht einzelne Konzerngesellschaften das massgebliche Kartellrechtssubjekt bilden (BGer, 29.6.2012, 2C_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in BGE 139 I 72, zit. Publigroupe, E. 3; ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 26 ff., 29; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 39 ff., 48). Die Beschwerdeführerin stellt die Repräsentantin des massgeblichen Kartellrechtssubjekts dar, die als Verfügungsadressatin und damit als Partei im Rechtsmittelverfahren anzusehen ist.

8. Ein Vorbehalt zugunsten anderer Vorschriften gemäss Art. 3 KG ist nicht ersichtlich. Das festgestellte Verhalten erfolgte im Jahr 2004 sowie zwischen den Jahren 2006 und 2007 und wird daher gemäss Art. 62 f. KG von der zeitlichen Geltung der Sanktionsvorschrift des Art. 49a KG erfasst.

9. Der Geltungs- und der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sind daher gegeben. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

III. RECHTMÄSSIGKEIT DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS

10. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestim-

mungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt wurde.

11. Die Beschwerdeführerin rügt, das Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission verstosse gegen die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK, weshalb die verhängte Sanktion vollständig aufzuheben sei.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

12. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein pönaler Charakter zukäme, weshalb die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen würden.

13. Die Beschwerdeführerin erhebt hierzu den Einwand, dass die Wettbewerbskommission die Anforderungen von Art. 6 EMRK an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht erfüllen würde, weil diese nicht eine selbständige richterliche Instanz sei, sondern es sich bei ihr aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit dem Sekretariat um eine organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Anklage- und Entscheidungsinstanz handle. Die Wettbewerbskommission könne daher nicht als EMRK-konformes Gericht angesehen werden.

14. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) würde ein Beschwerdeverfahren diese Mängel des unrechtmässigen vorinstanzlichen Verfahrens mit Ausnahme von Bagatelldeliktverfahren nicht zu heilen vermögen. Vielmehr müsse dies die vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens zur Folge haben. Dies gelte insbesondere dann, wenn die zu sanktionierende Handlung wie im vorliegenden Fall kein Bagatelldelikt darstelle, sondern die Sanktion erheblich sei.

15. Es sei auch widersprüchlich, wenn einerseits festgestellt werde, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition einschränken könne, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebiete, und andererseits dem Bundesverwaltungsgericht eine volle Kognition unterstellt werde. Vielmehr führe diese Einschränkung gerade dazu, dass kein unabhängiges Gericht mit voller Kognition den angefochtenen Sanktionsbetrag überprüfe. Eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin verbiete sich deshalb.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

16. Die Vorinstanz verweist zur Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens auf die einschlägige Rechtsprechung.

(3) Würdigung durch das Gericht

17. In nunmehr ständiger Rechtsprechung haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3.12.2002, 53892/00, Lilly France gg. Frankreich, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien, zit. Menarini, Ziff. 38 ff.) die Rechtmässigkeit einer Durchführung des Kartellverfahrens durch die Wettbewerbskommission festgestellt (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 58 ff.), wobei es sich trotz des strafrechtsähnlichen Charakters, d.h. eines strafrechtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK, um ein Verwaltungsverfahren

handelt, weshalb strafrechtliche Grundsätze nicht ohne Weiteres und nur insoweit eingeschränkt Anwendung finden, als dies unter Berücksichtigung der wettbewerblichen Gegebenheiten sachgerecht ist (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.3.2 f.; BGer, 9.12.2019, 2C_985/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, publ. BGE 146 II 217, zit. ADSL II, E. 8.5.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.1; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 98 f.; BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, Gaba International AG gg. Weko, zit. Gaba, E. 6.1.3; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. Terminierung Mobilfunk, E. 4.2). Ein Kartellverwaltungsverfahren kann deshalb auch unter Berücksichtigung der Verhängung von hohen Geldbussen durch eine Verwaltungsbehörde zulässigerweise durchgeführt werden, soweit deren Entscheidung im Rahmen eines Rechtsmittels durch ein unabhängiges Gericht mit umfassender Kognition überprüft werden kann. Da die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen einer Beschwerde gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission umfassend ausgestaltet ist, wie das Bundesgericht bereits im Rückweisungs-urteil (vgl. E. 2.2) sowie unlängst nochmals ausdrücklich festgestellt hat (BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, Aktiengesellschaft Hallenstadion und Ticketcorner AG gg. Weko, zit. Hallenstadion, E. 3.1), ergeben sich auch unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK keine grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmässigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens.

18. Die Einwände der Beschwerdeführerin wegen einer Verletzung der in Art. 6 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien durch das Kartellverwaltungsverfahren der Wettbewerbskommission und deren Aufrechterhaltung nach Rückweisung durch das Bundesgericht (vgl. SV K.b) sind daher unzutreffend.

19. Dies gilt auch für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 15), wonach ein Widerspruch zwischen behaupteter und tatsächlich ausgeübter Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht bestehen würde (vgl. hierzu E. 203).

IV. RELEVANTER MARKT

20. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Nach ständiger Rechtsprechung finden die in Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) aufgeführten Abgrenzungskriterien des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.1; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 257 m.w.N.; BVGer, 24.11.2016, B-3618/2013, Starticket AG u.a. gg. Aktiengesellschaft Hallenstadion, Ticketcorner AG und Weko, zit. Hallenstadion, E. 32, m.w.N.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 230 m.w.N.).

21. Die angefochtene Verfügung hat einen Handelsmarkt für Dreh-Kipp-Fensterbeschläge für Holz- und Kunststofffenster auf Stufe der Fensterproduzenten in der Schweiz als relevanten Markt abgegrenzt, bei dem

sich einerseits die massgeblichen Beschlaghersteller und die grösseren Zwischenhändler sowie andererseits die Fensterproduzenten und die kleineren Zwischenhändler gegenüberstehen.

22. Diese Marktabgrenzung ist zutreffend (vgl. ausführlich BVGer, B-5919/2017, Baubeschläge-Koch-II, E. 109 ff.). Sie wurde von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerde auch nicht bestritten.

23. Ungeachtet dessen hält die Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zur Beantwortung der Fragen des Bundesgerichts durch die Vorinstanz fest, dass es verfehlt sei, von einem Schweizer Markt zu sprechen. Denn es gäbe keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Schweizer Markt für Baubeschläge und dem Markt für Baubeschläge im Ausland. Insbesondere seien die Fenstersysteme für Holz- und Kunststofffenster in der Schweiz und im Ausland die gleichen und auch die Beschläge seien mit den im Ausland (Deutschland, Österreich) genutzten identisch.

24. Allein der Verweis auf die Identität von Fenstern und Beschlägen im In- und Ausland stellt allerdings kein ausreichend substantiiertes Vorbringen für die Erfassung des Auslands bei der Festlegung des massgeblichen räumlich relevanten Markts dar. Denn dadurch ergibt sich noch in keiner Weise, dass auch in beachtenswerter Weise direkte Lieferbeziehungen der inländischen Nachfrager zu ausländischen Verkäufern bestehen. Daher ist dieser Einwand nicht von Belang.

25. Die Begriffe "Fenster" und "Fensterbeschläge" beziehen sich nachfolgend auf Produkte dieses relevanten Markts.

V. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE GEMÄSS ART. 5 KG

26. Die angefochtene Verfügung qualifiziert das in Frage stehende Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

27. Der Zweck von Art. 5 KG besteht darin, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Unternehmen sicherzustellen, um dadurch einem kollusiven Verhalten von Unternehmen entgegenzuwirken. Demzufolge hat jedes Unternehmen im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite jeweils massgeblichen Wettbewerbsparameter zu treffen, ohne sich mit anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung zu verständigen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301; nunmehr auch BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.2, 3.4.1, 3.5). Ansonsten würde an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs zwischen den Mitbewerbern angesichts der Unsicherheiten bezüglich ihres tatsächlichen zukünftigen Verhaltens mittels der jeweiligen Verhaltenskoordination eine praktische Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen treten (BGer, 14.8.2002, 2A_298/2001 u.a., Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, publ. 129 II 18, zit. Buchpreisbindung I, E. 6.3; BGE 147 II, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.2, 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.10.3).

28. Ein Austausch von Preisinformationen sowie eine inhaltliche oder zeitliche Verständigung über Preisver-

änderungen zwischen verschiedenen Unternehmen, wie den Teilnehmern der Besprechung vom 22. September 2006, stellen deshalb jeweils eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG dar, wenn es sich hierbei um eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Abschnitt VI.1 und 2) auf dem festgestellten relevanten Markt (Abschnitt IV) handelt, die entweder zu einer Wettbewerbsbeseitigung führt (Abschnitt VI.3) oder die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (Abschnitt VI.4 und 5), welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Abschnitt VI.6).

1) Abreden

29. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

a) Beteiligte einer Wettbewerbsabrede

30. Als Beteiligte einer Wettbewerbsabrede müssen Unternehmen auftreten. Diese Abredeteiligen umfassen als massgebliche Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Diensten im Wettbewerbsprozess auftreten (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 27 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 296; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 35 ff. m.w.N.).

31. Bei Konzernverhältnissen ist der Konzern als Ganzes und nicht nur eine einzelne Konzerngesellschaft als massgebliches Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren. Die einzelnen Konzerngesellschaften bilden hierbei nur Repräsentanten des Konzerns (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 29 f.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 48 f.). Dies gilt ungeachtet dessen, dass als Verfügungsadressaten wegen des Grundsatzes der Prozessökonomie auch nur einzelne Konzerngesellschaften herangezogen werden können. Hierbei kann zum Beispiel auch auf eine Heranziehung von ausländischen Muttergesellschaften verzichtet werden, weil der Wettbewerbskommission bei der Auswahl der Verfügungsadressaten ein Ermessen zukommt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 67 ff.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 121 ff.).

32. Soweit die angefochtene Verfügung daher Roto, Koch Wallisellen, SFS, GU und Winkhaus als Verfügungsadressaten heranzieht, werden dadurch die Roto-Gruppe, die Koch-Gruppe, die Gretschi-Unitas-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe als massgebliche Kartellrechtssubjekte belangt. Gleiches gilt auch für Siegenia als Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe. Diese Konzerne bilden jeweils die massgeblichen Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

33. Bei dem Treffen am 22. September 2006 sowie bei dessen Vorbereitung und bei den sich daraus ergebenden Massnahmen haben die Koch-Wallisellen, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus demzufolge als Repräsentanten der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe, der SFS-Gruppe, der Siegenia-Gruppe und der Winkhaus-

Gruppe, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren sind, gehandelt.

34. Aus der Qualifizierung der einzelnen Konzerne als massgebliche Kartellrechtssubjekte ergibt sich, dass keine entscheidungsrelevante Differenzierung zwischen den deutschen Muttergesellschaften und ihren schweizerischen Vertriebsorganisationen und damit auch keine Differenzierung zwischen ausländischen Herstellern und deren nationalen Vertriebsvertretungen vorzunehmen ist (vgl. E. 45 ff.).

b) Verhältnis der Abredebeteiligten

35. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Verständigung der Abredebeteiligten als horizontale Wettbewerbsabrede.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

36. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt.

37. Hierzu bringt sie den Einwand vor, dass zwischen ihr und der Koch-Gruppe ein rein vertikales Wettbewerbsverhältnis bestanden habe. Bei der Koch-Gruppe handele es sich um die weitaus grösste Abnehmerin der Beschwerdeführerin. Eine Preisvereinbarung zwischen ihr und der Koch-Gruppe sei daher zulässig gewesen.

38. Die Beschwerdeführerin und die Koch-Gruppe hätten sich demzufolge nicht als Konkurrenten am Markt gegenübergestellt.

39. Die wenigen von der Beschwerdeführerin belieferten Direktkunden seien für die Koch-Gruppe als Kunden ohnehin verloren gewesen, weil diese Kunden ohne Direktbelieferung durch die Beschwerdeführerin auf ein Konkurrenzprodukt gewechselt hätten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

40. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der bisherigen Wettbewerbspraxis aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

41. Als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG wird ein koordiniertes Verhalten sowohl von Unternehmen gleicher Marktstufe als auch von Unternehmen verschiedener Marktstufen erfasst.

42. Koordinierte Verhaltensweisen auf gleicher Marktstufe werden üblicherweise als sog. horizontale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen aufgrund der Austauschbarkeit ihrer Produkte tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 298 m.w.N., Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 531, zit. Botschaft KG 1995, 553).

43. Koordinierte Verhaltensweisen auf verschiedenen Marktstufen werden üblicherweise als sog. vertikale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen innerhalb der Absatzkette für ein Produkt im Verhältnis von Anbieter und Abnehmer stehen

(BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 298 m.w.N.; Botschaft KG 1995, 553).

44. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in Sachen Hallenstadion festgestellt hatte (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 299, inhaltlich bestätigt durch BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 7.2.3), werden nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur horizontale oder vertikale Abreden, sondern auch sonstige Abreden, bei denen die Unternehmen weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum einzelne kollusive Verhaltensweisen verschiedener Unternehmen mit einschränkender Wirkung auf den Wettbewerb nicht erfasst werden sollten, nur weil sie sich nicht anhand einer schematischen Differenzierung den Qualifizierungen «horizontal» oder «vertikal» zuordnen lassen.

45. Gleiches hat umso mehr dann zu gelten, wenn die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen nicht nur ausschliesslich in einem horizontalen, vertikalen oder sonstigen Verhältnis, sondern jeweils teilweise in einem horizontalen, vertikalen und sonstigen Verhältnis zueinanderstehen. Denn dadurch wird die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt gegenüber einer bloss horizontalen, vertikalen oder sonstigen Abrede sogar noch verstärkt. Und je mehr Marktteilnehmer der horizontalen Ebene und der vertikalen Ebene sich an der Wettbewerbsabrede beteiligen, um so dichter wird die Koordination des Wettbewerbsverhaltens im jeweiligen Geschäftsbereich und umso mehr wird ein wirksamer Wettbewerb ausgeschlossen.

46. Dabei sind Vertikalverhältnisse den Horizontalverhältnissen gleichzustellen, wenn ein Vertikalverhältnis in irgendeiner Weise mit einem Horizontalverhältnis verknüpft oder verbunden ist (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.2).

47. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 37) ist es für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede daher unerheblich, ob zwischen ihr und der Koch-Gruppe ein horizontales Verhältnis besteht oder nicht, weil auch ein vertikales oder ein sonstiges Wettbewerbsverhältnis als Grundlage für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede ausreichend wäre.

48. Vorliegend ergibt sich zwischen den Teilnehmern des Koordinationstreffens eine Gemengelage aus verschiedenen Wettbewerbsverhältnissen (vgl. SV E.b ff.). Die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und Winkhaus stehen als Beschlaghersteller in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe und SFS stehen als Grosshändler ebenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Siegenia-Gruppe steht zudem in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zur Koch-Gruppe, weil sie auch Kunden direkt beliefert (vgl. SV E.d). Die Koch-Gruppe und SFS stehen schliesslich als Abnehmer der jeweiligen Produkte in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe und zu Maco.

49. Angesichts dessen, dass sowohl die massgeblichen Beschlaghersteller als auch die Grosshändler die Fensterbeschläge gegenüber den Fensterproduzenten als

relevante Marktgegenseite (vgl. E. 21) absetzen, besteht darüber hinaus auch insgesamt zwischen allen Abrede-beteiligten ein horizontales Wettbewerbsverhältnis. Denn massgebend für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Abrede-beteiligten sind nicht abstrakte Qualifizierungen im Rahmen einzelner Vertriebsketten, sondern deren konkrete Betätigung auf dem relevanten Markt und damit die tatsächlichen Verhältnisse auf dem jeweiligen Markt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.2, wonach keine formalistische Unterscheidung vorzunehmen sei; ebenso BGer, 2C_113/2013, Hallenstadion, E. 3.5.3, wonach die Realität und nicht theoretische Aspekte für die Beurteilung des relevanten Markts massgebend seien).

50. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (E. 37 f.) wird demzufolge die Feststellung einer Wettbewerbsabrede aufgrund der bestehenden Wettbewerbsverhältnisse einschliesslich eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Siegenia-Gruppe, der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als Abrede-beteiligte nicht ausgeschlossen. Insbesondere ist der Verweis auf die Funktion der Koch-Gruppe als Vertriebspartner der Siegenia-Gruppe nicht geeignet, die Massgeblichkeit der Belieferung der Fensterproduzenten durch die Abrede-beteiligten zu entkräften.

51. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigt hat (vgl. E. 39), dass sie einzelne Kunden auch deswegen direkt beliefert, um den Umsatz für Siegenia-Produkte nicht zu verlieren, weil diese Kunden ansonsten zu Lieferanten von anderen Produkten wechseln würden. Mithin ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin jeden Kunden direkt beliefert wird, soweit er ansonsten von Siegenia-Produkten zu solchen anderer Hersteller wechseln würde.

52. Für die Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses im Einzelfall sind aber nicht allein die aktuellen, d.h. die tatsächlich bestehenden Geschäftsbeziehungen, sondern auch die potentiellen, d.h. die möglicherweise in der Zukunft sich ergebenden Geschäftsbeziehungen massgebend.

c) Abredeform

53. Die angefochtene Verfügung nimmt keine eindeutige Qualifizierung der Form vor, mittels der die Verständigung der Abrede-beteiligten über die Verwirklichung einer Preiserhöhung erfolgte, sondern stellt lediglich auf ein abgestimmtes Verhalten als Minimum einer wechselseitigen Koordination der Preisgestaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ab.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

54. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass aus mehreren Gründen keine Abreden vorliegen würden, bei der sie als Abrede-beteiligte zu qualifizieren sei. Denn Siegenia sei in ihrer Handlungsfreiheit nie eingeschränkt gewesen.

55. Bei den Geschehnissen habe es sich um ein erlaubtes Parallelverhalten gehandelt. Denn die angeblichen Abrede-beteiligten hätten sich aufgrund von exogenen Faktoren, welche die im relevanten Markt tätigen Unter-

nehmen nicht beeinflussen können, gleich oder gleichförmig im Markt verhalten. Sowohl in den Jahren 2004 als auch 2006 hätten massive Kostenerhöhungen bei den Rohstoffen eine Preiserhöhung unausweichlich gemacht. Der Umfang der Preiserhöhung und der Zeitpunkt ihrer Einführung seien daher weitestgehend vorbestimmt gewesen.

56. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2004 bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Preiserhöhungen von Roto und ihr auf jeweils eigenständigen Entscheiden dieser Unternehmen beruht hätten.

57. Roto habe den Entscheid zu einer Preiserhöhung von 6% schon vor April 2004 gefällt und bereits ein entsprechendes Ankündigungsschreiben an die Kunden verfasst. Die Beschwerdeführerin sei zu diesem Zeitpunkt bereits durch ihre Muttergesellschaft ebenfalls angewiesen worden, eine Preiserhöhung von 6% vorzunehmen. Die anschliessenden Gespräche zwischen Roto und der Beschwerdeführerin im April und Mai, bei denen Roto von Siegenia mitgeteilt wurde, dass sie die geplante Preiserhöhung gegenüber ihrem wichtigsten Kunden Koch nicht durchsetzen könne, hätten nicht zu einer Änderung dieser autonomen Entscheide, sondern lediglich zu einer etwas verzögerten Umsetzung geführt.

58. Die Beschwerdeführerin bestreitet ausdrücklich, dass in einem Telefongespräch mit Roto am 24. Mai 2004 vereinbart worden sei, einen Materialteuerungszuschlag in zwei Schritten einzuführen. Anlässlich des fraglichen Telefonats habe die Beschwerdeführerin einzig Roto auf deren Anfrage hin diesen bereits autonom getroffenen Preiserhöhungsentscheid mitgeteilt.

59. Im Übrigen seien die Preiserhöhungen auch inhaltlich nicht deckungsgleich gewesen. Denn Roto habe seine Preise per 1. Juli 2004 um 3,5% und per 1. September um weitere 2,5% erhöht, während die Beschwerdeführerin ihre Preise per 1. Juli 2004 und per 1. Oktober 2004 jeweils um 3% erhöht habe.

60. Entgegen den Feststellungen in der angefochtenen Verfügung träfe es auch nicht zu, dass der Austausch von Informationen rund um die Preiserhöhungen im Jahre 2004 zwischen Roto und der Beschwerdeführerin in einem direkten und kausalen Zusammenhang mit den jeweils ihren Kunden gegenüber angekündigten respektive umgesetzten Preiserhöhungen gestanden hätten.

61. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2007 macht die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend, sie habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt.

62. Hierzu bringt sie den allgemeinen Einwand vor, dass der fraglichen Preiserhöhung im Jahr 2007 ein einseitiger Beschluss ihrerseits zu Grunde gelegen habe, aufgrund der massiv gestiegenen Rohstoffpreise ihre Preise zu erhöhen. Grundlage der Preiserhöhung würden daher exogene Marktfaktoren bilden und keine planmässig ausgetauschten Marktinformationen, bei denen richtig-erweise ein Gleichverhalten zumindest als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren wäre. Daher sei die durchgeführte Preiserhöhung bereits vor dem massgeblichen Geschehensablauf autonom getroffen worden.

63. Die Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte Roto anlässlich eines Telefongesprächs am 22. August 2006

vorgeschlagen, die Preise per 1. September 2006 um 5% bis 6% zu erhöhen, wird von ihr bestritten. Vielmehr habe sie Roto auf deren Anfrage hin lediglich mitgeteilt, dass sie eine Preiserhöhung in der entsprechenden Grössenordnung beabsichtige.

64. Die Preiserhöhung von 6% sei damals aber bereits vorgängig dem Vertriebspartner Koch zur Kenntnis gebracht worden.

65. Diese Kommunikation der Preiserhöhung sei auch der Grund dafür gewesen, dass Koch zur Sitzung vom 22. September 2006 eingeladen habe. Koch habe an dieser Sitzung eine Reduktion der angekündigten Preiserhöhung erreichen wollen.

66. Die Beschwerdeführerin erhebt zudem den Einwand, dass an der Sitzung vom 22. September 2006 keine Vereinbarung getroffen, sondern lediglich die bereits autonom getroffenen Entscheidungen bestätigt worden seien.

67. Des Weiteren erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass das für eine Wettbewerbsabrede notwendige Gleichverhalten nicht gegeben sei. Denn bezüglich Höhe der Preiserhöhung und dessen Zeitpunkt hätten sich die Abredebeteiligten nicht gleich verhalten.

68. Die Vorinstanz trage im Übrigen widersprüchlich vor, wenn sie im Rahmen ihrer Vernehmlassung zunächst anerkenne, dass die Preiserhöhungen bereits beschlossen gewesen seien, gleichzeitig aber festhalte, die Parteien hätten sich auch über die Höhe der Preiserhöhung ausgetauscht.

69. Schliesslich weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass nicht jegliche Aussage von Roto korrekt sei, ungeachtet dessen, dass sie selbst in ihrer Beschwerde ausdrücklich festgestellt habe, dass Roto als Kronzeuge volle Strafbefreiung geniesse und daher an Rotos Aussagen nicht zu zweifeln sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

70. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus tatsächlichen Gründen nicht für zutreffend und durch die Selbstanzeige von Roto sowie den anerkannten Geschehensablauf widerlegt.

(3) Würdigung durch das Gericht

71. Art. 4 Abs. 1 KG sieht vor, dass eine Verhaltenskoordination durch die Koordinationsformen einer rechtlich erzwingbaren Vereinbarung, einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen kann.

(a) Allgemeine Aspekte

72. Mit der weiten Umschreibung der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass sämtliche Formen eines koordinierten Verhaltens von mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern, die zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, erfasst werden sollen, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder eine auf andere Weise ausdrücklich abgestützte oder um eine bloss praktisch durchgeführte Koordination handelt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3,

E. 8.3.2; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 294 m.w.N.; vgl. auch Botschaft KG 95, 533, zum gesetzlichen Ansatz, alle Formen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfassen). Die Begriffe der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise stimmen dabei mit denjenigen aus Art. 101 AEUV überein, weshalb die Praxis zum EU-Wettbewerbsrecht hierbei rechtsvergleichend Berücksichtigung finden kann (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.1).

73. Die gesetzlich vorgesehenen Formen einer Wettbewerbsabrede bilden dabei eine Stufenfolge hinsichtlich der Intensität der formalen Ausgestaltung einer Verhaltenskoordination, die von den beteiligten Wirtschaftsteilnehmern vorgenommen wird (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.1 mit Verweisen auf das EU-Wettbewerbsrecht). Ungeachtet dessen sind die verschiedenen Formen eines koordinierten Verhaltens aufgrund der gesetzlichen Anordnung materiell als gleichrangig zu qualifizieren. Daher ist es für die Verwirklichung eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens letztlich unerheblich, ob die Unternehmen eine Vereinbarung eingehen oder ein abgestimmtes Verhalten durchführen.

74. Die subjektiven Absichten eines Unternehmens sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Verhaltenskoordination unerheblich, können aber herangezogen werden, soweit sie bekannt sind.

75. Bereits aufgrund dieser allgemeinen Erwägungen ist festzustellen, dass wesentliche Einwände der Beschwerdeführerin gegen ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede unbeachtlich sind, weil sie für die rechtliche Beurteilung nicht massgeblich sein können. Denn die Darlegungen der Beschwerdeführerin, wonach sie angesichts einer Preiserhöhung der Rohstoffe gezwungen war, eine Preiserhöhung ihrer eigenen Produkte intern zu beschliessen und diese an ihre Kunden weiterzugeben (vgl. E. 55, 62), sind für ihre Beteiligung an einer Preisabrede nicht von Belang. Denn der Zweck von Art. 5 KG besteht nicht im Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber vor einer allfälligen Notwendigkeit oder Möglichkeit zur Weitergabe von Preiserhöhungen des jeweiligen Vorlieferanten im Rahmen des Produktabsatzes, sondern vielmehr im Schutz des Wettbewerbs und aller Wettbewerber vor einer Koordination der Preisgestaltung durch einzelne Wettbewerber oder durch die Mitglieder einer Vertriebskette. Aufgrund des Selbstständigkeitspostulats hat jeder Marktteilnehmer seine Preise ausschliesslich selbst und ohne irgendwelche Koordination mit Wettbewerbern oder Vorlieferanten bzw. Abnehmern festzulegen. Liegt daher eine Koordination der Preisgestaltung in inhaltlicher, zeitlicher oder sonstiger Weise vor, so handelt es sich stets um eine Preisabrede, welche auch nicht mit Hinweisen auf vermeintliche oder tatsächlich bestehende wirtschaftliche Strukturen und Notwendigkeiten aus der Welt geschafft werden kann. Wenn überhaupt, wären derartige Überlegungen erst im Rahmen der Feststellung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung sowie der allfälligen Beurteilung einer Rechtfertigung der Verhaltenskoordination gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aufgrund von im Einzelfall vorliegenden Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.

76. Vorliegend ist die Koordination der Preisgestaltung schon deshalb erstellt, weil die Beschwerdeführerin den Austausch von Informationen über Preiserhöhungen mit anderen Marktteilnehmern sowohl im Hinblick auf die Preiserhöhung im Jahr 2004 (nachfolgend: Preiserhöhung 2004) als auch die Preiserhöhung im Jahr 2007 (nachfolgend: Preiserhöhung 2007) selbst einräumt. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 54), wonach ihre Handlungsfreiheit in keiner Weise eingeschränkt worden sei, ist für die Feststellung der Preiskoordination nicht von Belang.

(b) Massgebliche Koordinationsform: Vereinbarungen

77. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der von den Abredebeitrügten auch Rechtsverbindlichkeit beigemessen wird. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung als grundsätzlich rechtswirksam anerkannte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.3; BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1).

78. Als rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine quasi-rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die zwar formal ebenfalls auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der nach dem Willen der Abredebeitrügten aber keine Rechtsverbindlichkeit zukommen soll. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung zwar grundsätzlich anerkannte, im Einzelfall aber nicht verwirklichte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.3; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.1).

79. Die Grundlage der rechtsgeschäftlichen und quasi-rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen bildet ein Konsens der Abredebeitrügten, der sich auf übereinstimmende, bei Beschlüssen gegebenenfalls nur auf mehrheitlich übereinstimmende Willenserklärungen in vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher oder verbandsrechtlicher Form abstützt, die schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.1, 3.3; BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.1).

80. Im Übrigen wird mit der Formulierung «rechtlich erzwingbar» für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen kein Bezug zur zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit hergestellt (BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3; BVGer, B-5682/2012, Altimum, E. 4.1), weil eine wettbewerbswidrige Vereinbarung aufgrund ihres widerrechtlichen Inhalts gemäss Art. 20 OR von vornherein einen Durchsetzungsmangel aufweist (BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, Almonte SA gg. Air Mercury AG, publ. in RPW 2008/3, 535, Ziff. 2.2).

(c) Sachverhalt

81. Vorliegend sind sowohl die tatsächlichen Ereignisse, die zur Preiserhöhung 2007 geführt haben, als auch diejenigen, die zur Preiserhöhung 2004 geführt haben, zu beurteilen.

82. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2007 ist zunächst der Charakter des Treffens der Untersuchungsadressaten am 22. September 2006 (nachfolgend: Koordinati-onstreffen) aufgrund von dessen Gegenstand festzustellen. Dabei erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 62 ff.), wonach die Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens einschliesslich des hierbei vorgenommenen Informationsaustauschs nur dazu gedient haben sollen, die autonom festgelegten und gegenüber der Koch-Gruppe bereits angekündigten Preiserhöhungen der Siegenia-Gruppe im Rahmen des Absatzverhältnisses inhaltlich zu begrenzen, als tatsachenwidrig. Denn bereits in der Einladung zu dieser Besprechung vom 7. September 2006 (vgl. SV G.g) wird als Gegenstand der Besprechung «*Umsetzung MTZ 2007*» angegeben und ausgeführt, dass «*[...] alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen [werden]. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen [...].*» Die Besprechung war somit von vornherein gar nicht auf eine Bekämpfung einer bereits erfolgten Preiserhöhung der Verkaufspreise der Siegenia-Gruppe und damit der Einstandspreise der Koch-Gruppe für Siegenia-Produkte ausgerichtet, sondern zum einen auf die Preiserhöhungen aller Beschlaghersteller und zum anderen auf die inhaltliche und zeitliche Festlegung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und den übrigen Zwischenhändlern. Ein anderer Sinngehalt kann der Formulierung «*Umsetzung von Preiserhöhungen der Beschlaghersteller*» aus objektiver Sicht nicht beigemessen werden. Alle Untersuchungsadressaten haben sich demzufolge zu dem Koordinations-treffen in dem Bewusstsein und der Erwartung eingefunden, dass hierbei eine Koordination der inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und anderen Zwischenhändlern erfolgen soll. Das Koordinationstreffen diente daher einem wettbewerbswidrigen Zweck.

83. Diese Feststellung wird auch durch das E-Mail der Koch-Gruppe zur Bestätigung des Koordinationstermins vom 8. September 2006 (vgl. SV G.h), mit der die Mitteilung der GU-Gruppe an die anderen Teilnehmer des Koordinationstreffens weitergeleitet wurde, bestätigt. Darüber hinaus erscheint das Bewusstsein für ein wettbewerbskonformes Verhalten kaum vorhanden gewesen zu sein, wenn ein Branchenunternehmen sich dafür entschuldigt, dass es an einem Koordinationstreffen der massgeblichen Hersteller und Händler der Branche zum Austausch über Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung nicht teilnimmt und als Grund hierfür die bereits erfolgte Preiserhöhung angibt.

84. Die Roto-Gruppe hat im Rahmen ihrer Selbstanzeige angegeben, dass jedenfalls die am Koordinationstreffen teilnehmenden Unternehmen, d.h. die Koch-Gruppe, die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe, als Abredebeitrügte eine Verständigung darüber vorgenommen hätten, jeweils spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in der Höhe von 5,7%, 5,8% und 6% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen (vgl. SV G.j).

85. E-Mails der Winkhaus-Gruppe an die übrigen Abredebeitrügten (vgl. SV G.k) bestätigen sowohl das Vor-

handensein einer Verständigung als auch deren Inhalt im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der vorzunehmenden Preiserhöhung einschliesslich einer Ankündigung gegenüber den Kunden im Oktober. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde eine Benachrichtigung der übrigen Abredebeteiligten keinen Sinn ergeben.

86. Koch räumt unter Hinweis auf das von ihr mit ihrer Teilnahme am Koordinationstreffen verfolgte Ziel ausdrücklich selbst ein (vgl. BVGer, B-5919/2017, Baubeschlüsse-Koch-II, E. 221), dass zum einen die Abredebeteiligten einen Informationsaustausch über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags einschliesslich einer entsprechenden Ankündigung gegenüber den Kunden vorgenommen haben und dass zum anderen Koch und Siegenia eine Verständigung darüber getroffen haben, spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in der Höhe von 5,7% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen. Koch bestätigt demzufolge, dass ein Austausch sowie eine inhaltliche Festlegung über Zeitpunkt und Umfang einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags stattgefunden haben.

87. Die Angaben der Abredebeteiligten stimmen somit in den wesentlichen Punkten überein und das Ergebnis entspricht dem Zweck des Koordinationstreffens, wie dies in der Einladung von Koch angegeben worden war.

88. Diese Feststellung entspricht im Übrigen auch dem Inhalt des ausdrücklichen Vorbringens von Koch zum Erfolg des von ihr geleisteten Widerstands gegen das Herstellerdiktat (vgl. BVGer, B-5919/2017, Baubeschlüsse-Koch-II, E. 223), wonach aufgrund der Tätigkeit von Koch die Preiserhöhung der Hersteller sowohl zeitlich als auch der Höhe nach habe abgewendet und durch eine später stattfindende und in der Höhe reduzierte Einführung des Materialteuerungszuschlags ersetzt werden können.

89. Die Preiserhöhungen wurden von den Abredebeteiligten entsprechend dem Inhalt der Verständigung gegenüber den Kunden im Oktober angekündigt und Anfang 2007 termingerecht umgesetzt und angewendet. Zudem waren die jeweiligen Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wechselseitig ausgetauscht worden (vgl. SV G.m), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Dadurch wird das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung unter den Abredebeteiligten belegt. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde ein entsprechender Austausch von Kundenschreiben keinen Sinn ergeben.

90. Daher bestehen über den Vorgang der Preiskoordinationen als massgeblichen rechtsrelevanten Sachverhalt keinerlei begründete Zweifel. Der massgebliche Sachverhalt der Verhaltenskoordination ist demzufolge ausreichend erstellt.

91. Dabei ist es unerheblich, dass die Angaben zur Preiserhöhung durch Roto im Rahmen einer Selbstanzeige gemacht wurden und letztlich zu einer Sanktionsbefreiung der Roto-Gruppe geführt haben. Denn sowohl die von der Beschwerdeführerin und anderen Abredebeteiligten gemachten Angaben als auch die tatsächlich

vorgenommenen Handlungen der Abredebeteiligten zu den wesentlichen Punkten der Preiserhöhung stimmen mit den Angaben von Roto in der Selbstanzeige überein. Gegenüber der Richtigkeit der von Roto eingeräumten Angaben zur Preiserhöhung bestehen daher keinerlei Zweifel.

92. Die an dem Koordinationstreffen teilnehmenden Abredebeteiligten haben somit bewusst und gewollt eine Verständigung darüber vorgenommen, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe von ihnen eine Preiserhöhung gegenüber ihren jeweiligen Kunden durchzuführen ist, womit offensichtlich eine Koordination der Preisgestaltung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten und den sonstigen Zwischenhändlern einherging.

93. Für das Vorliegen einer Verhaltenskoordination ist es dabei entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 59, 67) unerheblich, dass die Abredebeteiligten keine identischen Inhalte der von ihnen vorgenommenen Preiserhöhungen vorgesehen haben. Denn ein identischer Abredeinhalt für alle Abredebeteiligten stellt keine Voraussetzung für die Herbeiführung einer Verhaltenskoordination dar.

94. Aufgrund der erstellten Umstände ist davon auszugehen, dass die Abredebeteiligten eine rechtlich verbindliche Vereinbarung treffen wollten, weil die Beschlaghersteller im Rahmen der getroffenen Vereinbarung die rechtswirksame Verpflichtung eingehen sollten, dass die Preiserhöhung von ihnen erst zum vorgesehenen Zeitpunkt in der vorgesehenen Höhe geltend gemacht werden kann. Dies ergibt sich schon daraus, dass zum einen die von der Beschwerdeführerin behauptete Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 inhaltlich reduziert und zeitlich auf Anfang 2007 hinausgeschoben wurde und zum anderen die vereinbarte Preiserhöhung vorgängig gegenüber den Kunden angekündigt werden sollte. Denn es hätte keinem ordnungsgemässen Geschäftsgebaren entsprochen und für alle Abredebeteiligten zu nachteiligen Weiterungen geführt, wenn die Beschlaghersteller oder die Zwischenhändler nach Ankündigung dieser vereinbarten Preiserhöhung dann doch eine andere inhaltliche oder zeitliche Erhöhung der Preise vorgenommen hätten. Die Abredebeteiligten haben zum Nachweis ihres vereinbarungsgemässen Verhaltens sogar die Preiserhöhungsschreiben an ihre Kunden wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.m), was ebenfalls das Bestehen einer entsprechenden verbindlichen Verpflichtung zwischen den Unternehmen nahelegt. Letztlich kann aber dahingestellt bleiben, ob diese Vereinbarung rechtlich bindend oder rechtlich unverbindlich sein sollte, weil beide Varianten in gleicher Weise von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden.

95. Gleichermassen kann dahingestellt bleiben, ob die Preiserhöhungsvereinbarung bereits am 22. September 2006 abgeschlossen worden war oder ob sie erst aufgrund des konkludenten Verhaltens der Abredebeteiligten zustande kam. Denn die Abredebeteiligten haben wie vorgesehen im Oktober 2006 die vereinbarten Preiserhöhungen gegenüber den Kunden zum einen inhaltlich und zeitlich angekündigt (vgl. SV G.I) und zum anderen die entsprechenden Ankündigungsschreiben wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.m). Damit haben

sie die anlässlich des Treffens am 22. September 2006 wechselseitig angebotene Verständigung über eine Preiserhöhung der Endkundenpreise in jedem Fall spätestens zu diesem Zeitpunkt konkludent angenommen.

96. Dass von den Abredebeteiligten eine Vereinbarung abgeschlossen worden war, an die sie gebunden waren oder an die sie sich zumindest gebunden fühlten, wird durch den Umstand bestätigt, dass die Abredebeteiligten ihre Preise im vorgesehenen Umfang zum angekündigten Zeitpunkt gegenüber den Kunden erhöht haben (vgl. SV G.n).

97. Dabei spielt es keine Rolle, ob einzelne der beteiligten Unternehmen einen nicht erklärten Vorbehalt mit dem Inhalt angebracht haben, die Preiserhöhung gegenüber den Kunden tatsächlich überhaupt nicht, nicht in der vorgesehenen Höhe oder nicht zu dem vorgesehenen Zeitpunkt anzuwenden oder durch die Anwendung anderer Massnahmen, wie eine Gewährung von besonderen Rabatten, faktisch aufzuheben. Denn eine entsprechende Mentalreservation ist bereits bei Abschluss von rechtlich anerkannten Vereinbarungen unbeachtlich (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 197; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, Rn. 3.201 f.). Umso mehr ist eine Berücksichtigung derartiger Vorstellungen im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung von rechtlich nicht anerkannten Vereinbarungen ausgeschlossen. Deshalb sind Mentalreservationen, selbst wenn sie stattgefunden hätten, nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für eine allfällige Vorstellung der Beschwerdeführerin, dass die Verständigung der Abredebeteiligten sich auf die Bruttopreise gegenüber den Endkunden bezogen habe, weshalb dadurch eine spätere Ausgestaltung der Kundenpreise aufgrund der Einräumung von individuellen Rabatten auf diese Bruttopreise nicht ausgeschlossen gewesen sei.

98. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Siegenia-Gruppe sind demzufolge als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren.

99. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass weder eine rechtlich verbindliche noch eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredebeteiligten abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredebeteiligten zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaustauschs zwischen den Abredebeteiligten am Koordinationstreffen wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.2).

100. Die hiergegen vorgebrachte Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 62), wonach der Entscheid über die Preiserhöhung zum 1. September 2006 von 6% bereits autonom getroffen gewesen sei, ist tatsachenwidrig. Denn von der Beschwerdeführerin wurde eine Preiserhöhung zum 1. September 2006 gerade nicht durchgeführt.

101. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 66), wonach an der Koordinationssitzung keine Vereinbarung getroffen worden sei, sondern lediglich die bereits autonom getroffenen Entscheidungen bestätigt worden seien, ist tatsachenwidrig. Denn offensichtlich wurde von der Beschwerdeführerin anlässlich der Koordinationssitzung keine Bestätigung der Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 erklärt, sondern im Einklang mit den anderen Sitzungsteilnehmern eine Preiserhöhung von 5,7% auf Anfang 2007 vorgenommen.

102. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2004 ist Folgendes zu beachten.

103. Nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin haben Roto und Siegenia im Nachgang zu einem Informationsaustausch über eine geplante einheitliche Preiserhöhung von 6% und der Mitteilung von Siegenia, dass die intendierte Preiserhöhung bei ihren Kunden nicht durchgesetzt werden könne, zwischen April und Mai 2024 beschlossen, die Preiserhöhung in zwei Schritte mit leicht unterschiedlichen Erhöhungskoeffizienten aufzuteilen und die erste Erhöhung mit 3,5% bzw. 3% zum 1. Juli 2004 sowie die zweite Erhöhung mit 2,5% und 3% zum 1. September bzw. 1. Oktober umzusetzen, woraus im Ergebnis eine Gesamtpreiserhöhung von jeweils 6% bei beiden Unternehmen resultierte.

104. Die Aufteilung der geplanten Preiserhöhung in zwei Schritten zum gleichen Zeitpunkt mit der identischen Gesamtpreiserhöhung beruht offensichtlich auf dem durchgeführten Informationsaustausch und der dabei getroffenen Verständigung zwischen den Parteien. Eine andere Begründung für diesen Geschehensablauf als rein hypothetische Überlegung ist nach allgemeinem Verständnis nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht. Die blosser Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach eine autonome interne Entscheidung diesen Preiserhöhungen zu Grunde liegt, vermag diese gerichtliche Einschätzung des sachlichen und zeitlichen Geschehensablaufs nicht zu erschüttern. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin selbst vorbringt (vgl. E. 57), die Kommunikation mit Roto habe die autonom entschiedene Preiserhöhung nicht ersetzt, sondern nur verzögert. Mithin würde unstrittig zumindest eine Abrede über den Zeitpunkt der Einführung einer Preiserhöhung vorliegen.

105. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Siegenia-Gruppe sind demzufolge auch in diesem Fall als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren. Ob es sich hierbei um eine rechtlich verbindliche Vereinbarung oder angesichts der mangelnden Verabredung weiterer unterstützender Massnahmen zur Umsetzung dieser Verständigung allenfalls nur um eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung gehandelt hat, bedarf keiner abschliessenden Feststellung.

106. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass keine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredebeteiligten abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredebeteiligten zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaus-

tauschs zwischen den Abredebeteiligten mittels einer ausdrücklichen Kommunikation wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.2).

2) Wettbewerbsbeschränkung

107. Die angefochtene Verfügung stellt angesichts der Preisabrede, mit der die Preise für Fensterbeschläge durch die Abredebeteiligten gegenüber den Fensterproduzenten als Endkunden festgelegt wurden, auch eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fest.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

108. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorgelegen habe. Hierzu bringt sie verschiedene Einwände vor.

109. Die Verständigung über die Preiserhöhung sei ausschliesslich die zwingende Folge einer objektiv notwendigen Preiserhöhung aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise. Preiserhöhungen wären auch ohne irgendwelchen Austausch der Parteien erfolgt.

110. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfasse nur Abreden, mit denen - unabhängig davon, ob direkt oder indirekt - die Verkaufspreise fixiert werden. Abreden, die sich sonst irgendwie auf den Preis auswirken, seien dagegen vom Begriff der Preisabrede nicht erfasst, sondern könnten lediglich unter Art. 5 Abs. 1 KG fallen. Vorliegend würde keine Preisabrede vorliegen, weil keine Endpreise vereinbart wurden und grosser Preiswettbewerb herrsche. Dass eine Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine Festsetzung des Endpreises verlange und die Festsetzung von einzelnen Preisparametern nicht genüge, habe Tuchs Schmid (Die horizontale Preisabrede, AJP 2018/7, 848 ff.) überzeugend dargelegt. Auch das Bundesgericht habe in seinem Rückweisungs Urteil festgehalten, massgebend sei «alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. hier weiterzugeben».

111. Diese Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dränge sich umso mehr auf, als es sich dabei um eine Strafnorm handle, die dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen habe.

112. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass durch die Verständigung über die Preisgestaltung wesentliche Preiselemente oder Preiskomponenten festgesetzt würden. Die Festlegung von unbedeutenden Preiselementen, bei denen sich die Vereinbarung nur auf einen sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbaren Auswirkungen auf den Endpreis habe, würde demgegenüber nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fallen. Vorliegend habe es sich bei der Preiserhöhung um einen marginalen Preisbestandteil gehandelt, der die Annahme einer indirekten Preisabsprache verbieten würde.

113. Die Preiserhöhung habe gegenüber den Kunden nicht durchgesetzt werden können. Die Beschwerdeführerin sei gezwungen gewesen, ihren Kunden nach der Preiserhöhung höhere Rabatte zu gewähren, was die

Preiserhöhungen grösstenteils wieder zunichte gemacht und ihrer Wirkung beraubt habe.

114. Allgemein würde eine Abrede - unabhängig davon, ob in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise - keine direkte oder indirekte Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen, wenn zwar eine einzelne Preiskomponente abgesprochen werde, dies jedoch zu keiner Preisfestsetzung führe, weil aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb stattfände.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

115. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen für unzutreffend und verweist auf die bestehende Wettbewerbspraxis.

(3) Würdigung durch das Gericht

116. Für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen einschliesslich von Preisabreden sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen, die auch durch die mittlerweile ergangene Rechtsprechung bestätigt werden.

(a) Allgemeines

117. Eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenverhältnis hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.5; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3).

118. Als Wettbewerbsparameter gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301). Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte, Geschäftskonditionen, Kundendienst, Beratung, Werbung sowie Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.5).

119. Massgebend für die Beurteilung, ob eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, sind allein objektive Aspekte, während subjektive Elemente hierfür nicht berücksichtigt werden müssen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 302 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, Nikon AG gg. Weko, zit. Nikon, E. 4.2). Daher bedarf es keiner bestimmten subjektiven Motive auf Seiten der an einer Abrede beteiligten Unternehmen (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6). Ebenfalls unerheblich sind die subjektiven Ab- und Ansichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und allfälliger Konkurrenten.

120. Die Wettbewerbsbeschränkung kann gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein. Deshalb bildet das kumulative Vorliegen von Zweck und Wirkung keine Voraussetzung für eine durch eine Wettbewerbsabrede herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II

72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303).

121. Eine Abrede ist dann bezweckt (nachfolgend: Zweckabrede), wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303).

122. Mit Abschluss einer Vereinbarung wird die bezweckte Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits durch die Aufhebung des Selbständigkeitspostulats eingetreten ist. Daher bedarf es keiner Feststellung von darüber hinausgehenden Auswirkungen auf den Markt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6). Denn aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2).

123. Eine Abrede ist dagegen bewirkt, wenn die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3).

(b) Horizontale Preisabrede

124. Der Preis eines Produkts stellt einen relevanten Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentliche Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1).

125. Der Gesetzgeber hat horizontale Preisabreden neben horizontalen Gebiets- und Mengenabreden sowie Kundenaufteilungen als die schwerwiegendsten Einschränkungen des Wettbewerbs mit einem erheblichen Schädigungspotential qualifiziert. Deshalb hat er mit der Beweislastregelung der Art. 5 Abs. 3 KG sowie der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a KG diesen, als «harte Kartelle» bezeichneten Wettbewerbsabreden (Botschaft KG 1995, 469) eine besondere Stellung zugewiesen und sie dadurch gegenüber den anderen Verhaltenskoordinationen abgegrenzt (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2001, 2022, zit. Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber diese Qualifizierung von horizontalen Preisabreden als harte Kartelle mit verheerenden Wirkungen für den Wettbewerb (Botschaft KG 2004, 2036) ohne Weiteres zu Grunde gelegt. Die in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bestehende Regelung zu Preisabreden sollte im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes 2004 keine Veränderung erfahren und sie bildete auch keinen Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.

126. Die Zulässigkeit derartiger Wettbewerbsabreden ist nur dann gegeben, wenn eine Rechtfertigung aus den in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführten Gründen einer wirtschaftlichen Effizienz vorliegt (Botschaft KG 1995, 557; BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2). Dabei sind in der Praxis allerdings nur wenige Fälle vorstellbar, in denen diese Arten von Wettbewerbsabreden aus wettbewerbsrechtlicher Sicht positiv zu beurteilen seien (Botschaft KG 1995, 546).

127. Horizontale Preisabreden wurden vom Gesetzgeber dabei integral als besonders schädlich qualifiziert, ohne dass eine Differenzierung von verschiedenen sachlichen Varianten vorgenommen wurde (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Aus diesem Grund kommt der Vorschrift ein weites und einheitliches Anwendungsspektrum zu.

128. So wurde eine Unterteilung der Preisabreden nach schweren und leichteren Varianten auf der Ebene des Tatbestands vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, weil leichte Fälle im Rahmen der Sanktionierung Berücksichtigung finden könnten (Botschaft KG 2004, 2037).

129. Für die Verwirklichung einer horizontalen Preisabrede wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass allein die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend sei, während die Mittel, mit denen sie erreicht wird, nicht von Belang seien (Botschaft KG 1995, 567). Dementsprechend erfasst bereits der Wortlaut der Vorschrift in diesem weiten Sinne sowohl direkte als auch indirekte Preisfestlegungen. Damit wird klargestellt, dass sowohl bezweckte als auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren sind.

130. Für eine entsprechende Verhaltenskoordination ist es zudem ausreichend, dass eine Verständigung über einzelne Preiselemente wie Preisbestandteile oder Preiskomponenten vorgenommen wird (Botschaft KG 1995, 567). Dagegen bedarf es für eine horizontale Preisabrede keiner Verständigung über alle einzelnen Preisbestandteile der Ausgestaltung eines Preises oder aller Preiskomponenten zur Ermittlung eines bestimmten Preises durch die Abredeteiligen. Denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, dass eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines anzuwendenden Preises für ein Produkt durch die Abredeteiligen für die Qualifizierung als Preisabrede ausreichend sei (Botschaft KG 1995, 567). Dies wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits frühzeitig bestätigt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5).

131. Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten biete, die einer juristischen Klärung bedürften (Botschaft KG 2004, 2037). Dies setzt eine einheitliche Beurteilung von horizontalen Preisabreden voraus, weil bei einer Differenzierung ansonsten im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG Abgrenzungen vorzunehmen wären und damit notwendigerweise juristische Abwägungen einhergehen würden. Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wurde dementsprechend auch beibehalten und im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2004 nicht verändert.

132. Es ist daher weder hinsichtlich des Zustandekommens noch der inhaltlichen Ausgestaltung noch der nachteiligen Einwirkungen auf den Markt eine Differenzierung bei der Beurteilung von horizontalen Preisabreden vorzunehmen. Vielmehr ist die Vorschrift weit auszulegen (BVGer, 5.6.2023, 4596/2019, CA Auto Finance Suisse SA gg. Weko, zit. Auto Finance, E. 6.2.1.4; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.4; Weko, 10.5.2010, Komponenten für Heiz-, Kühl-, und Sanitäranlagen, RPW 2012/3, 615, Ziff. 257; Weko, 15.3.2004, Markt für Schlachtschweine - Teil B, RPW 2004/3, 726, Ziff. 43, 44; Weko, 17.12.2001, Submission Betonsanierung, RPW 2002/1, 130, Ziff. 30a; ebenso BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. Dike-KG, Art. 5 Abs. Rn. 380; BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 34; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. Wettbewerbsrecht, Rn. 649; HEINEMANN ANDREAS, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/ Amstutz [Hrsg.], Grundlegende Fragen, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, 121, 133; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 5 Rn. 375; REINERT, Peter, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, zit. SHK-KG, Art. 5 Rn. 25; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. FHB-WBR, Rn. 2.166; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 454; so auch bereits HOFFET FRANZ, in: Homburger u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 1997, Art. 5 Rn. 117). Demzufolge ist die im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangende Regelung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht auf bestimmte, insbesondere auch nicht auf besonders schwerwiegendere Varianten einer Preisabrede beschränkt.

133. Bereits bei der Kartellgesetzrevision 1995 hat der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ausdrücklich eine inhaltliche Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht vorgenommen, um durch die Übernahme bewährter Konzepte zu Gunsten der Unternehmen zu gewährleisten, dass die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu Widersprüchen führt (Botschaft KG 1995, 471, 531, 632). Dabei wurde bereits damals ausdrücklich festgehalten, dass das EU-Wettbewerbsrecht einen hohen Grad an inhaltlicher Konkretisierung aufweise (Botschaft KG 1995, 529). Diese bewusste Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch die Kartellgesetzrevision 2004 noch verstärkt, weil gewisse strukturelle Vorbehalte im Hinblick auf den Regulierungsansatz der «Missbrauchsgesetzgebung» aufgelöst wurden (Botschaft KG 2004, 2034 f.), die im Rahmen der Kartellgesetzrevision 1995 im Hinblick auf die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung noch angeführt worden waren (Botschaft KG 1995, 631). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Ausgestaltung der neu eingeführten Vermutungsregelung von Art. 5 Abs. 4 KG im Vertikalverhältnis wurde überdies ausdrücklich festgehalten, dass harte Kartelle nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden sollen (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständerratskommission). Diese inhaltliche Anlehnung des Kartellrechts an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage

(KUBLI LINDA, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht, AJP 2018, 199) bereits für vertikale Gebietsabreden ausdrücklich festgestellt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 6.2.3). Diese Parallelität der Rechtslage ist auch bei horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gegeben (BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6), weil kein Grund ersichtlich ist, dass die Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts bei horizontalen harten Kartellen in anderer Weise zu erfolgen hätte als bei vertikalen harten Kartellen. Für horizontale harte Kartelle ist diese Einschätzung entsprechend der Umschreibung der Regelbeispiele von Art. 7 KG (Botschaft KG 1995, 531) umso mehr angebracht, weil die Umschreibung von horizontalen Preisabreden sogar der Formulierung in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV entspricht. Bei der Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbslicher Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung und Einstufung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen.

134. Das EU-Wettbewerbsrecht behandelt horizontale Preisabreden grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, bei denen es keiner Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen bedarf (EuGH, 30.1.1985, 123/83, Bureau international interprofessionnel du cognac [BNIC] gg. Guy Clair, EU:C:1985:33, Ziff. 22; EuGH, 13.6.2013, C-511/11P, Versalis SpA, EU:C:2013:386, Ziff. 83). Aufgrund ihrer schwerwiegenden Beeinträchtigung sind sie als sogenannte «Kernbeschränkungen» zu qualifizieren und damit regelmässig von einer Anwendung der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen ausgenommen. Dabei erfolgt weder im Hinblick auf die Eingehung noch die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine sachliche Differenzierung. Erfasst werden vielmehr alle mittelbaren und unmittelbaren Einschränkungen der autonomen Preisfestsetzung unter konkurrierenden Unternehmen (EuGH, 17.10.1972, 8/72, Vereniging van Cementhandelaren gg. EU-Kom, EU:C:1972:84, Ziff. 18/22; EuGH, 16.12.1975, 114/73, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA, EU:C:1975:174, Ziff. 173/174; EuGH, 8.6.1999, EU:C:1999:356, EU-Kom gg. Anic Participazioni SpA, Ziff. 116, 117; EuGH, 26.1.2017, C-609/13, Duravit AG u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2017:46, zit. Badezimmer-Duravit, Ziff. 72). Dementsprechend wird als Preisabrede sowohl der Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen konkurrierenden Unternehmen erfasst (HENGST DANIELA, in: Bunte, [Hrsg.], Kartellrecht, Bd. 2, Europ. Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Art. 101 Rn. 289 m.w.N.; LÜBBIG HANS-DIETER, in: Wiedemann, [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 22 m.w.N.; WAGNER-VON PAPP FLORIAN, in: Säcker u.a. [Hrsg.], Münchener Kommentar, Bd. 1, Europ. Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 Rn. 315 m.w.N.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU-Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, zit. IM-EUWBR, Art. 101 Rn. 213 ff. m.w.N.). Dabei ist insbesondere auch eine Koordination über den Zeitpunkt und das Ausmass von Preiserhöhungen als Preisabrede zu qualifizieren (EuGH, 14.7.1972, 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1972:70, Ziff. 115/119; EuGH, 16.11.2000, C-297/98, SCA Holding Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:2000:633, Ziff. 6, in Bestätigung

von EuG, 14.5.1998, T-327/94, EU:T:1998:96, und EU-Kom ABI 1994 L 243/1, Karton, Ziff. 130; EuG, 5.12.2006, T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV gg. EU-Kom, EU:T:2006:374, Ziff. 115, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2003 L 84/1, Industrielle und medizinische Gase; EuGH, EU:C:2017:46, Badezimmer-Duravit, Ziff. 85, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2011 C 348/11, Badezimmerausstattung). So wurde die Firma Ciba-Geigy aus Basel bereits 1972 für die Koordination von Preiserhöhungen mit anderen Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, die u.a. in Basel herbeigeführt wurden, sanktioniert (EuGH, 14.7.1972, 52/69, Ciba-Geigy AG gg. EU-Kom, EU:C:1972:73, Ziff. 30-37). Auch die Koordination von Preiserhöhungen bei Fensterbeschlägen innerhalb des EU-Binnenmarkts wurden durch die Europäische Kommission mit einem Betrag in Höhe von 86 Mio. rechtskräftig sanktioniert (vgl. SV G.a; EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39.452, ABI 2012 C-292/6, Fensterbeschläge, Ziff. 1; die verschiedenen beim EuG eingereichten Klagen wurden von den Unternehmen später jeweils zurückgenommen: Siegenia-Aubi KG, 10.11.2014, T-257/12, EU:T:2014:970; Gretschi Unitas GmbH, 4.2.2015, T-252/12, EU:T:2015:104; Carl Fuhr GmbH & Co KG, 6.2.2015, T-248/12, EU:T:2015:105; Hautau GmbH, 15.3.2015, T-256/12, EU:T:2015:180). Auch der bloße Austausch von relevanten Preisinformationen, die eine Einschränkung der Preissetzungsfreiheit herbeiführen, wird unabhängig von der Häufigkeit des Austauschs als Preisabrede qualifiziert (EuG, 27.10.1994, T-35/92, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:T:1994:249, Ziff. 51, bestätigt durch EuGH, 28.5.1998, C-7/95, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1998:256, Ziff. 90, 91; EuGH, 2.10.2003, C-194/99, Thyssen Stahl gg. EU-Kom, EU:C:2003:57, Ziff. 81-89; EuGH, 19.3.2015, C-286/13P, Dole Food Company Inc. u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2015:184, Ziff. 119-134; EuGH, 26.9.2018, C-99/17P, Infineon Technologies AG gg. EU-Kom, EU:C:2018:773, Ziff. 157-160). Dabei sind horizontale Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell unzulässig, weil sie als bezweckte Wettbewerbsabreden von einer Qualifizierung als Bagatellfall ausgeschlossen sind (EuGH, 13.12.2012, C-226/11, Expedia Inc. gg. Autorité de la Concurrence, EU:C:2012:795, Ziff. 35 f.; EU-KOM, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung [De-Minimis-Bekanntmachung], ABI 2014 C 291/1, Ziff. 2). Die Zulässigkeit einer horizontalen Preisabrede ergibt sich im Einzelfall daher nur aber immerhin bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Freistellung gemäss Art. 101 Abs. 2 AEUV (EuG, 15.7.1994, T-17/93, Matra Hachette SA gg. EU-Kom, EU:T:1994:89, Ziff. 85). Horizontale Preisabreden werden die Voraussetzungen für eine Freistellung aber kaum erfüllen (Zimmer, IM-EUWBR, Art. 101 Rn. 211).

135. Angesichts dieser eindeutigen und umfassenden gesetzgeberischen Vorgaben sind als horizontale Preisabreden demzufolge alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbstständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1; BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.2; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.5; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6 a.E.).

136. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110, 111) und entsprechenden verschiedentlichen Bestrebungen in der Literatur, wonach sich eine «enge Auslegung» von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus verschiedenen Aspekten ableiten lasse und anzuwenden sei (TUCHSCHMID FELIX, Die horizontale Preisabrede, AJP 2018, 848; ZÄCH ROGER, Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, AJP 2023, 686; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 556 ff.; ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift für Wernhard Möschel, 2011, 737), ist angesichts der vorstehend aufgeführten gesetzgeberischen Vorgaben eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vorzunehmen, weil die Vorschrift auf die einheitliche Erfassung aller Verhaltenskoordinationen, die zu einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens führen, ausgerichtet ist. Insbesondere ist die Bestimmtheit der Vorschrift angesichts ihres einheitlichen und umfassenden Charakters auch unter Berücksichtigung des strafrechtsähnlichen Charakters von Art. 49 Abs. 1 KG gegeben, weil alle Varianten von horizontalen Preisabreden erfasst werden und keine Abgrenzung zwischen verschiedenen Tatbeständen von entsprechenden Verhaltenskollisionen vorgenommen werden muss. Die von der gegenteiligen Ansicht behauptete Unbestimmtheit ergibt sich vielmehr erst aus der angeblich notwendigen engen Auslegung und der damit verbundenen Abgrenzung.

137. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110) ergibt sich etwas anderes auch nicht aus dem Rückweisungs Urteil, weil das Bundesgericht in diesem Urteil keine entsprechende sachliche Einschränkung vorgenommen hat.

138. Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente, wie die Durchführung einer Preiserhöhung nach Zeit und Höhe, ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Ein solcher Eingriff stellt daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Besondere Aspekte, die zu einer anderweitigen Beurteilung führen würden, sind bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht erkennbar. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

139. Mit dem Abschluss einer bezweckten Preisabrede wird die Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung der Preissetzungsfreiheit der Abredebeteiligten eingetreten ist. Denn bereits damit und nicht erst mit einer Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2). Daher bedarf es keiner Feststellung von darüberhinausgehenden Auswirkungen einer bezweckten Preisabrede im relevanten Markt. Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

140. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112) stellt eine Preisharmonisierung im Sinne von

inhaltlich und zeitlich identischen Preiserhöhungen keine Voraussetzung einer Preisabrede dar (BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6). Eine Preisabrede liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der Inhalt der Koordination zum Beispiel auf den Erhalt oder die Herstellung einer inhaltlichen Differenz der jeweiligen Preise oder Preiselemente ausgerichtet ist. Denn auch mit einer derartigen Verhaltenskoordination wird auf die Preissetzungsfreiheit der beteiligten Unternehmen eingewirkt und der Preiswettbewerb eingeschränkt (vgl. hierzu auch BVGer, B-5919/2017, Baubeschläge-Koch-II, E. 289 f.).

141. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112), wonach mit einer Preisabrede ein wesentliches Preiselement erfasst werden müsse, bilden die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements keine Kriterien für eine Abgrenzung oder Differenzierung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (so bereits BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6, entgegen der bisherigen Wettbewerbspraxis und den Ansichten in der Literatur).

142. Die Vorschrift weist kein derartiges Tatbestandsmerkmal auf, weshalb nicht darauf zurückgegriffen werden kann. Der Herleitung eines entsprechenden stillschweigenden Tatbestandsmerkmals steht der Umstand entgegen, dass eine Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Preisabreden der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von horizontalen Preisabreden widersprechen würde. Insbesondere hat der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen leichten und schweren Fällen einer Preisabrede ausdrücklich abgelehnt. Des Weiteren sieht Art. 5 Abs. 1 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein entsprechendes Kriterium vor, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Erfassung durch Art. 5 Abs. 1 KG ausgesondert werden. Deshalb besteht keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Abgrenzung von wesentlichen gegenüber unwesentlichen Preisabreden. Auch das EU-Wettbewerbsrecht sieht kein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer horizontalen Preisabrede vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts unzulässig.

143. Im Übrigen wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im Rahmen des üblichen Geschäftsverlaufs ungeachtet von deren Höhe auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen seiner ihm zukommenden Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

(c) Sachverhalt

144. Vorliegend haben als Abredebeteiligte die Beschlaghersteller Roto-Gruppe, Siegenia-Gruppe und Winkhaus sowie die Koch-Gruppe als Grosshändlerin den Zeitpunkt sowie die Höhe einer Preiserhöhung für Fensterbeschläge in Form eines Materialteuerungszuschlags gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden festgelegt.

145. Mit dieser Übereinkunft wurde offensichtlich in die Preisgestaltung der Abredebeteiligten beim Absatz der Fensterbeschläge gegenüber den Endkunden eingegriffen, um sowohl der Höhe als auch dem Zeitpunkt nach eine einheitliche Preiserhöhung vorzunehmen. Es liegt daher unzweifelhaft eine bezweckte Preisabrede vor, weil infolge der formalen Festlegung von Höhe und Zeitpunkt einer Preiserhöhung die Preisautonomie der einzelnen Abredebeteiligten eingeschränkt und dadurch eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorgenommen wurde.

146. Den von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwänden kommt keine relevante Bedeutung zu.

147. Der in verschiedener Form geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112), wonach die Preiserhöhungsvereinbarung keinen wesentlichen Einfluss auf die tatsächlich bezahlten Preise gehabt habe, weil es sich beim Materialteuerungszuschlag nur um einen untergeordneten Preisbestandteil und damit um einen sekundären Bruttopreisbestandteil gehandelt habe, ist unzutreffend. Denn jegliche Koordination eines Preiselements ist als Preisabrede zu qualifizieren, unabhängig von der Bedeutung des jeweiligen Elements für die gesamte Preisbildung. Zudem wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im vorliegenden Umfang von mehr als 5% auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen der Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

148. Im Übrigen verdeutlicht dieser Einwand die Widersprüchlichkeit in der Argumentation der Beschwerdeführerin. Denn wenn die Festlegung des Materialteuerungszuschlags nach Höhe und Zeitpunkt derart unbedeutend gewesen wäre, wie von ihr nachträglich geltend gemacht wird, lässt sich nicht erklären, warum die Abredebeteiligten überhaupt einen derartigen Aufwand betrieben haben, um eine einheitliche Umsetzung dieses Preisaufschlags sicherstellen zu können.

149. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 114), wonach eine Verständigung über Bruttopreise keine Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen würde, weil die einzelnen Kunden jeweils unterschiedliche Preisnachlässe ausgehandelt und erhalten hätten und daher aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb herrschen würde, ist unzutreffend. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110), dass die Festlegung der Bruttopreise aus dem gleichen Grund nicht kausal für die Festlegung der Nettopreise als Endpreise gewesen sei. Denn für eine Preisabrede ist die Koordinierung von einzelnen Preiselementen ausreichend, wie dies vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen wurde und auch im EU-Wettbewerbsrecht anerkannt ist.

150. Wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits eine Verständigung der Abredebeteiligten über die Gewährung eines im Einzelfall gegenüber den Kunden zu gewährenden Rabatts ausdrücklich als Preisabrede qualifiziert wird, obwohl der Nettopreis dadurch nicht festgelegt wird, dann hat diese Qualifizierung offensichtlich umso

mehr für die Verständigung der Abredebeteiligten über die Anwendung und Ausgestaltung eines Bruttopreises zu gelten, mit dem das Ausgangsniveau für Preisverhandlungen vereinheitlicht und angehoben wird, auch wenn dadurch der sich jeweils ergebende Nettopreis ebenfalls nicht festgelegt wird.

151. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110), wonach mit den Bruttopreisen keine Endpreise durch die Abredebeteiligten festgelegt worden seien, ist nicht relevant. Dabei kann dahingestellt bleiben, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise darlegt, welcher der unterschiedlichen Preise im Rahmen der Preisbildung als Endpreis zu qualifizieren wäre. Denn wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits die Verständigung über die Gewährung eines Rabatts gegenüber den Kunden als Preisabrede qualifiziert wird, dann ist eine Beschränkung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auf «Endpreise» sachlogisch ausgeschlossen, weil durch die blosser Festlegung eines Rabatts in keinem Fall ein bestimmter Endpreis festgelegt werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unter Berufung auf Ansichten in der Literatur auch eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Interpretation von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

152. Dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 113), wonach die Verhaltenskoordination nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt habe, weil die angekündigte Preiserhöhung nicht in dieser Höhe durchgesetzt werden können und ein Grossteil der Bruttopreise nicht von dieser Verhaltenskoordination erfasst worden sei, kommt ebenfalls keine Bedeutung zu. Denn bei Vorliegen einer Zweckabrede bedarf es keiner zusätzlichen Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltenskoordination.

3) Wettbewerbsbeseitigung

153. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob eine Wettbewerbsbeseitigung und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 8.3.2) eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbs vorgelegen hat oder nicht. Denn dieser Aspekt ist für das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung nicht von Bedeutung. Im Übrigen unterstellt die angefochtene Verfügung keine Wettbewerbsbeseitigung und die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche vorgelegen habe.

4) Wettbewerbsbeeinträchtigung

154. Dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kommt - wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung - gegenüber dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung in Bezug auf den Inhalt der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu.

155. Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeseitigung bilden vielmehr die in Art. 5 KG statuierten Varianten einer Wettbewerbsbeschränkung mit einem je unterschiedlichen quantitativen Ausmass der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb (Botschaft KG 1995, 533). Dadurch ergibt sich eine Differenzierung zwischen einer vollständigen Aufhebung und einer er-

heblichen teilweisen Aufhebung sowie implizit einer geringfügigen teilweisen Aufhebung des Wettbewerbs. An diese Differenzierung werden wiederum einerseits die Möglichkeit der Geltendmachung einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bei einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und andererseits der Ausschluss einer Rechtfertigung bei einer Wettbewerbsbeseitigung angeknüpft. Mit dem Begriffspaar «Wettbewerbsbeeinträchtigung» und «Wettbewerbsbeseitigung» wird demzufolge im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG die notwendige sprachliche Unterscheidung für diese Differenzierung vorgenommen. Ansonsten entspricht sowohl der Inhalt einer Wettbewerbsbeeinträchtigung als auch der Inhalt einer Wettbewerbsbeseitigung dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Dies wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bereits ausdrücklich festgestellt (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 328) und durch das Bundesgericht bestätigt (BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 7.3.4, [«auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - gegeben»]; implizit bereits BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2).

5) Erheblichkeit

156. Die angefochtene Verfügung stellt die Erheblichkeit der Preisabrede aufgrund der konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs fest.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

157. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erheblichkeit der vermeintlichen Preisabrede nicht gegeben sei. Hierzu führt sie verschiedene Einwände an.

158. Für die Bejahung der Erheblichkeit sei es erforderlich, dass in einer Gesamtbeurteilung schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachgewiesen werden. Entgegen der Auffassung in der angefochtenen Verfügung könne selbst bei Vorliegen eines Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 KG nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, es läge ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb vor, weshalb an das quantitative Element der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen seien. Andernfalls läge eine per se-Erheblichkeit vor, die der Gesetzgeber gerade habe ausschliessen wollen.

159. Vorliegend sei das quantitative Element als unbedeutend einzustufen. Sämtliche Unternehmen seien gezwungen gewesen, ihre Preise zu erhöhen und hätten ihre entsprechenden Entscheide autonom getroffen, bevor es zu einem Informationsaustausch gekommen sei. Die Abrede habe sich lediglich auf einen marginalen Preisbestandteil bezogen, der aufgrund der Rabattgewährung keinerlei Auswirkungen entfaltetete. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Preiserhöhung nur teilweise von den Kunden akzeptiert und durch Rabattgewährung wieder weitestgehend aufgehoben worden sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

160. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus den im Rahmen der gerichtlichen Würdigung dargelegten Gründen für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

161. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie erheblich ist. Das Gesetz selbst weist keine Umschreibung oder inhaltliche Bestimmung des Merkmals der Erheblichkeit auf. In Praxis und Literatur bestanden daher divergierende Ansichten zu dessen Inhalt. Das Bundesgericht hat mit dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil in Sachen Gaba (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5) eine wesentliche Klärung hierzu herbeigeführt.

162. Danach nimmt das Merkmal der Erheblichkeit als Bagatelld Klausel ausschliesslich eine Aussonderung der unbedeutenden Fälle vor, die aus Gründen der administrativen und wirtschaftlichen Praktikabilität keiner Verfolgung zuzuführen sind. Dabei bedarf es für die Aussonderung weder einer Prüfung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen noch einer umfassenden und differenzierten Abklärung des jeweiligen Sachverhalts. Vielmehr ist die Prüfung der Erheblichkeit anhand einfacher Beurteilungskriterien von qualitativen und quantitativen Aspekten durchzuführen. Massgebend für die Beurteilung ist hierbei, dass die Gesamtheit von qualitativen und quantitativen Kriterien zur Feststellung der Erheblichkeit für einen Sachverhalt führt.

163. Für diese Beurteilung der Erheblichkeit ist zu berücksichtigen, dass qualitativen Aspekten, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, eine vorrangige Bedeutung zukommt. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden unter Einschluss von Preisabreden sind angesichts ihrer vom Gesetzgeber anerkannten besonderen Schädlichkeit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands als erheblich zu qualifizieren. Denn diese Wettbewerbsabreden sind auch bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung als besonders schädlich zu qualifizieren. Deshalb ist bei ihrem Vorliegen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unabhängig von ihrem quantitativen Ausmass regelmässig gegeben (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.5). Bei den Vermutungstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 5 KG kann somit nur im Falle von besonderen Ausnahmekonstellationen eine fehlende Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt werden.

164. Dies gilt prinzipiell in noch strengerer Weise im EU-Wettbewerbsrecht, welches für Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden gar keine Ausnahmeregelungen aufgrund der Geringfügigkeit kennt (vgl. E. 134).

165. Die qualitative Massgeblichkeit ist im vorliegenden Fall ohne Weiteres gegeben. Denn Gründe dafür, dass die vereinbarte Festlegung des Materialteuerungszuschlags als besonderer Ausnahmefall eine völlig bedeutungslose Preisabrede auf dem relevanten Markt darstellen würde, sind nicht ersichtlich. Allein die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 159), dass die Verhaltenskoordination auf einem marginalen Preisbestandteil beruhe, der aufgrund der Rabattgewährung keinerlei Auswirkungen entfaltet habe, stellt keinen Beleg dafür dar, dass es sich hierbei um eine unbedeutende Preisabrede gehandelt hätte. Denn diese Behauptung steht schon in einem offensichtlichen Widerspruch zum Aufwand, der von den Abredebeteiligten betrieben wurde, um die angeblich unvermeidliche Preiserhöhung inhalt-

lich und zeitlich anzupassen. Im Übrigen wären die konkreten Auswirkungen für die Beurteilung der Erheblichkeit auch nicht massgeblich.

166. Allein der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall auch die quantitative Massgeblichkeit gegeben ist, weil die Abredebeteiligten der Preisabrede 2007 einen Marktanteil von über 80% des relevanten Markts aufweisen (vgl. SV F.a). Bei einem derartig grossen Marktanteil der Abredebeteiligten wäre sogar bei anderen als in den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG statuierten Verhaltenskoordinationen von einer Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen. Für die Abredebeteiligten der Preisabrede 2004 gilt dies immer noch in ähnlicher Weise.

167. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG liegt daher unzweifelhaft vor.

168. Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Erheblichkeit der Preisabrede sind angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr von Belang.

6) Rechtfertigungsgründe

169. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz das Vorgehen der an der Abrede beteiligten Unternehmen rechtfertigen.

170. Für eine Rechtfertigung wegen wirtschaftlicher Effizienz bedarf es eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks (Botschaft KG 1995, 516; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2), wobei ausschliesslich die gesetzlich aufgeführten Gründe und Ziele einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, einer Verbesserung der Produkte, einer Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geltend gemacht werden können (Botschaft KG 1995, 558; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2). Hierbei ist es ausreichend, dass im Einzelfall einer dieser Gründe vorliegt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2).

171. Eine Wettbewerbsabrede muss gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG notwendig sein, um den jeweils geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu erreichen. Die Notwendigkeit einer Abrede muss in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und personaler Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, Altimum, E. 13.5.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3). Dies setzt im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung (Botschaft KG 1995, 560; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3) folgende Anforderungen voraus: (i) die Wettbewerbsabrede ist überhaupt geeignet, das geltend gemachte Effizienzziel herbeizuführen; (ii) die Wettbewerbsabrede ist erforderlich, weil keine mildere, d.h. den Wettbewerb weniger beeinträchtigende wirtschaftliche Massnahme möglich ist; (iii) die durch die Wettbewerbsabrede herbeigeführte Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im

Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel angemessen, d.h. nicht überproportional, was zur Folge hat, dass die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

172. Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3).

173. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG darf die Wettbewerbsabrede überdies in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb eröffnen.

174. Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit - wie betriebsinterne Kostenverlagerungen - oder rein pekuniäre Vorteile - wie blosses Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung von ruinösem Wettbewerb - der Abredebeteiligten für eine Rechtfertigung nicht aus (BVGer, BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3 m.w.N.).

175. Auch die Notwendigkeit von Preiserhöhungen aufgrund von gestiegenen Rohstoffpreisen stellt keinen Rechtfertigungsgrund für eine Verständigung von Wettbewerbern über die Höhe und den Zeitpunkt der umzusetzenden Preissteigerungen dar.

176. Aufgrund des erstellten Sachverhalts sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte ersichtlich, wonach ein Effizienzgrund für den Abschluss einer Preisabrede über die Höhe und den Termin eines Materialteuerungszuschlags zwischen den Abredebeteiligten zu Lasten der Fensterproduzenten vorhanden sein könnte.

177. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds demzufolge nicht gegeben.

178. Die angefochtene Verfügung hat das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, die von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht wurden, verneint.

7) Fazit Wettbewerbsabrede

179. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verständigung über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags für Fensterbeschläge im Jahr 2004 und 2007 als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine wettbewerbswidrige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, weil mit dem Abschluss dieser Wettbewerbsabrede der Wettbewerb auf dem relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus erheblich beeinträchtigt wurde.

VI. SANKTIONEN

180. Die Vorinstanz hat wegen des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen die Beschwerdeführerin eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ausgesprochen.

1) Massgebende Sanktionsvorschriften

181. Art. 49a KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das sich aufgrund seiner Beteiligung an einer in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabrede unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. Das Sanktionsobjekt entspricht dabei dem Kartellrechtssubjekt gemäss

Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liegt eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, an dem die Beschwerdeführerin als Repräsentantin der Siegenia-Gruppe beteiligt ist.

182. Die Beschwerdeführerin sieht durch die Sanktionierung die rechtmässige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG verletzt, weil deren tatbestandsmässigen Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

183. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vorgeworfene Preiserhöhung nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden dürfe, weil sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt habe.

184. Im vorliegenden Fall sei die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt worden.

185. Gemäss einer Ansicht in der Literatur, der zu folgen sei, müsse die Anwendung von direkten Sanktionen auf Wettbewerbsabreden beschränkt werden, die den Wettbewerb effektiv beseitigen. Könne die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen werden, liege keine zulässige Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG mehr vor, sondern allenfalls eine nicht strafbare Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG.

186. Dies ergebe sich aus dem Bestimmtheitsgebot von Art. 1 StGB, wonach eine Strafnorm genügend klar und bestimmt zu sein habe (BGE 125 III 391 E. 3d). Dieses Gebot sei aufgrund von Art. 333 StGB anwendbar, weil es sich bei Art. 49a KG um eine Strafnorm handle.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

187. Die Vorinstanz hält den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwand gegen ihre Sanktionierung angesichts der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung sachlich für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

188. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat klargestellt, dass eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs gemäss dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht voraussetzt. Vielmehr findet Art. 49a KG auch auf eine bloss erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.4; BGE, 24.10.2017, 2C 63/2016, Bayerische Motorenwerke AG gg. Weko, publ. E. 144 II 194, zit. BMW, E. 5.4; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.3.1). Die gegenteiligen, von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Einwände sind demzufolge nicht von Belang.

189. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49a KG und die sich daraus ergebende Sanktionierbarkeit der von der Beschwerdeführerin vereinbarten und durchgeführten Wettbewerbsbeschränkung sind daher gegeben.

2) Vorwerfbarkeit

190. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung ist die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei einem pflichtwidrigen Fehlverhalten von Mitgliedern der Führungsgremien und von Mitarbeitern des Unternehmens gegeben, das so-

wohl eine Sorgfaltspflichtverletzung durch ein aktives Handeln oder eine Unterlassung als auch einen Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens umfasst (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 674 f., und BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1488 ff.; grundsätzlich BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.4.2; BGE 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.2.2 [nicht publ.]; BVGer, B-771/2012, Cellere, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.1; BVGer, B-581/2012, Nikon, E. 8.2.2; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 14.3.5; BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 8.2.2.1; BVGer, B-2157/2006, Valet Parking, E. 4.2.6).

191. Danach ist die Vorwerfbarkeit des Verhaltens angesichts der wissentlichen und willentlichen Beteiligung der Beschwerdeführerin an den Gesprächen mit Konkurrenten über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen sowie an der Umsetzung dieser koordinierten Preiserhöhungen mittels Austauschs von Ankündigungsschreiben und der parallelen zeitlichen Einführung unzweifelhaft gegeben.

192. Subjektive Absichten oder Motive für die Beteiligung an diesen Gesprächen vermögen an dieser Einschätzung keine Änderung herbeizuführen. Daher bedürfen sie keiner Berücksichtigung.

193. Die Beschwerdeführerin hat daher vorsätzlich an der Koordination einer Preiserhöhung von Fensterbeschlägen durch verschiedene Hersteller und Händler mitgewirkt.

194. Die Beschwerdeführerin hat auch keine Einwände gegen die Feststellung eines vorwerfbaren Verhaltens durch die angefochtene Verfügung erhoben.

195. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit gegeben.

3) Sanktionsbemessung

196. Grundlage der Sanktionierung durch die Vorinstanz mit einem Betrag in Höhe von 3'876'465 CHF bildete der Umsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Erlass der angefochtenen Verfügung in Höhe von {xx'xxx'xxx} Mio. CHF, den die Beschwerdeführerin im Bereich des relevanten Markts durch den Absatz der entsprechenden Produkte erzielt hatte. Das wettbewerbswidrige Verhalten wurde nach Art und Schwere mit einem Betragskoeffizienten von 7% belegt, woraus ein konkreter Basisbetrag in Höhe von {x'xxx'xxx} Mio. CHF resultierte. Aufgrund der kurzen zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung von sechs Monaten wurde der Basisbetrag nicht erhöht. Als erschwerender Umstand wurde die Wiederholung des Wettbewerbsverstosses qualifiziert und mit einem Erhöhungskoeffizienten von 20% belegt. Als mildernder Umstand wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nach Zustellung des Antrags qualifiziert, wofür ein Milderungskoeffizient von 3% angesetzt wurde. Der festgelegte Sanktionsbetrag lag damit immer noch unterhalb des von der Beschwerdeführerin in der Schweiz getätigten Gesamtumsatzes.

197. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Sanktionsbemessung aus verschiedenen Gründen, die nach-

folgend zu den einzelnen Sanktionskomponenten dargestellt werden.

a) Allgemeines

198. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist gemäss den Bestimmungen der Sanktionsverordnung (Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, SVKG, SR 251.5) vorzunehmen. Diese wurde vom Bundesrat als Ausführungsbestimmung gemäss Art. 60 KG erlassen.

199. Die Sanktionsbemessung hat dabei den gesetzgeberischen Zweck der Sanktionsvorschriften sicherzustellen, wonach sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht lohnen dürfen, sondern der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ ausfallen muss (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1605; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 680 f.). Hierfür ist die Androhung von wirtschaftlich einschneidenden Sanktionen notwendig (Botschaft KG 2004, 2037). Damit soll insbesondere auch die Präventivwirkung des Kartellgesetzes verstärkt werden (Botschaft KG 2004, 2023, 2024). Zur Sicherstellung dieser Präventivwirkung haben die Wettbewerbsinstanzen auch entsprechende Sanktionen zu verhängen.

200. Art. 49a KG gewährt den Wettbewerbsinstanzen für die Ausfällung von Sanktionen kein Entschliessungsermessen (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.2; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.1; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.4.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556). Die Wettbewerbsinstanzen haben vielmehr stets Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht werden. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der Dauer des Wettbewerbsverstosses und von Erhöhungs- oder Milderungsgründen sowie für den gänzlichen Erlass oder für die teilweise Reduktion des Sanktionsbetrags wegen der Selbstanzeige eines Unternehmens. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen jeweils entweder eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Demgegenüber kommt den Wettbewerbsinstanzen ein Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags und des Dauerbetrags sowie bei der Bestimmung der jeweiligen Erhöhungs-, Milderungs- und Reduktionsbeträge zu (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556).

201. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch die verfassungsmässigen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit eingeschränkt (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.3.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556). Die Art. 2 bis 6 SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art und Schwere sowie die Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens wie auch erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden müssen. Ungeachtet des-

sen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktionselemente im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Gleichheits- und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn ein Entscheid keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 710; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1557).

202. Die Beschwerdeführerin macht in allgemeiner Weise geltend, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nicht auf eine Prüfung beschränken dürfe, ob die Vorinstanz den ihr eingeräumten Ermessensspielraum missbraucht habe. Vielmehr verlange der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht gemäss Art. 6 EMRK, dass eine völlig unbefangene Instanz die Sanktionshöhe eigenständig festlege.

203. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Rahmen der ihm zukommenden vollen Kognition bei der Prüfung einer Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission auch die in der angefochtenen Verfügung festgesetzte Sanktion auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Hierbei hat es sowohl eine Entscheidung über die Sachrichtigkeit einer Anwendung der einzelnen Sanktionskomponenten zu treffen als auch eine Überprüfung der ordnungsgemässen Ausfüllung des jeweils vom Kartellgesetz und der Sanktionsverordnung vorgesehenen Beurteilungsspielraums durch eine rechtsfehlerfreie Ermessensausübung von Seiten der Wettbewerbskommission vorzunehmen. Eine unrichtige Anwendung von Sanktionskomponenten hat das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz im Rahmen seines Urteils zu korrigieren. Eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission hat das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber nicht aufzuheben und durch eine eigene Wertung zu ersetzen, weil es als Rechtsmittelinstanz und nicht als Aufsichtsbehörde entscheidet. Indem das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seines Urteils eine ordnungsgemässe Ermessensentscheidung durch die Wettbewerbskommission feststellt, trifft es gleichzeitig implizit eine Entscheidung über die sachrichtige Anwendung der jeweiligen Sanktionskomponente. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt demzufolge nicht bereits ein rechtsfehlerhaftes Urteil schon dann vor, wenn das Bundesverwaltungsgericht die Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission als rechtsfehlerfrei qualifiziert.

b) Basisumsatz

204. Der Basisbetrag ist gemäss Art. 3 SVKG anhand des Umsatzes, den das Unternehmen auf den relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren erzielt hat, festzulegen. Diese Bezugsgrösse für die Ermittlung des massgeblichen Umsatzes (nachfolgend: Basisumsatz) als Grundlage der Sanktionsbemessung wird bereits durch Art. 49a Abs. 1 KG statuiert.

205. Die angefochtene Verfügung hat für den Zeitraum von 2007 bis 2009 einen bestimmten massgeblichen Basisumsatz festgestellt (vgl. E. 196).

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

206. Die Beschwerdeführerin macht gegenüber der Ansetzung des Basisumsatzes in der angefochtenen Verfügung mehrere Einwände geltend.

207. Zunächst liege der angefochtenen Verfügung die Annahme zu Grunde, die Verfügungsadressaten hätten die den Fensterproduzenten verrechneten Preise indirekt festgelegt. Demnach dürften auch nur die mit Fensterproduzenten vereinbarten Preise in den Grundbetrag einfließen.

208. Somit dürfe bei der Sanktionsbemessung der mit Koch erzielte Umsatz nicht berücksichtigt werden, weil es sich hierbei klarerweise nicht um Umsätze auf dem Markt gehandelt habe, auf dem sich eine unzulässige Preisabrede ausgewirkt hätte. Denn im Verhältnis zu Koch als vertikalen Vertriebspartner der Beschwerdeführerin wäre es zulässig gewesen, eine Preisvereinbarung zu treffen.

209. Darüber hinaus würde der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch zweimal berücksichtigt, nämlich einerseits auf Seiten der Beschwerdeführerin und andererseits bei Koch.

210. Da der wesentliche Teil des Umsatzes auf Geschäften mit Koch beruhe, müsse daher der massgebliche Umsatz auf dem relevanten Markt sowie die sich daraus ergebende Obergrenze des Basisbetrags entsprechend den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Umsatzzahlen drastisch reduziert werden.

211. Die Beschwerdeführerin wendet überdies ein, dass die von ihr an die Vorinstanz übermittelten Umsatzdaten falsch gewesen seien, was sie allerdings erst nachträglich festgestellt habe. Denn sie habe den Umsatz einschliesslich desjenigen für zweiflügelige Fenster mitgeteilt, obwohl nur eines der beiden Fenster mit einem Dreh-Kipp-Verschluss versehen gewesen sei. Da der sachlich relevante Markt nur Baubeschläge der Öffnungsart Dreh-Kipp umfasse, sei auch nur der mit dem Dreh-Kipp-Beschlag selbst erzielte Umsatz in den massgeblichen Umsatz auf dem relevanten Markt mit einzu beziehen.

212. Bei zweiflügeligen Fenstern kämen zwei unterschiedliche Beschlaggarnituren, die separat bestellt und geliefert würden, zum Einsatz. Daher erfordere die Herstellung eines Drehkippflügels eine andere Beschlaggarnitur als das Gegenstück zum Drehkippflügel, das nur aufgedreht werden könne.

213. Weil der sachlich relevante Markt auf Baubeschläge der Öffnungsart Dreh-Kipp beschränkt worden sei, gehe es nicht an, auch Baubeschläge der Gegenstücke zur Öffnungsart Dreh-Kipp bei der Umsatzberechnung mit zu berücksichtigen.

214. Der massgebliche Umsatz sei aus diesem Grunde entsprechend den von der Beschwerdeführerin nachträglich vorgelegten Umsatzzahlen wesentlich zu reduzieren.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

215. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Umsatzzahlen von der Beschwerdeführerin selbst vorgelegt und auf Aufforderung hin ausdrücklich überprüft worden seien. Ausserdem sei der sachlich relevante Markt mit Baubeschlägen der Öffnungsart Dreh-Kipp abgegrenzt worden, was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden sei. Die Beschläge bei zweiflügeligen Fenstern würden zudem immer als Gesamtset geliefert, weil sie auch nur zusammen funktionsfähig seien. Eine differenzierte Behandlung von angeblich doppelt berücksichtigten Umsätzen sei gemäss Art. 3 SVKG nicht vorgesehen.

(3) Würdigung durch das Gericht

216. Massgebend für die Ermittlung des Basisumsatzes gemäss Art. 3 SVKG bildet der von dem betreffenden Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz.

217. Der auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz ist dabei vollumfänglich in die Sanktionsberechnung einzu beziehen. Denn die ausschliessliche Bezugsgrösse bildet der jeweilige Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt und nicht etwa der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten jeweils erzielte Umsatz oder Gewinn. Ausnahmen von der Massgeblichkeit des Gesamtumsatzes sind nur vorzusehen, soweit dies aufgrund von besonderen Umständen des Einzelfalls sachlich angezeigt ist.

218. Vorliegend sind keine Aspekte ersichtlich, die ein Abweichen vom Gesamtumsatz rechtfertigen würden.

219. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 209), wonach der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch zweimal berücksichtigt werde, ist unzutreffend. Zunächst wird dieser Umsatz weder für die Sanktionierung der Beschwerdeführerin noch für diejenige von Koch zweimal zum Ansatz gebracht. Vielmehr fliesst dieser Umsatz zum einen lediglich einmal in den zu berücksichtigenden Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt ein. Zum anderen findet der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch bei deren Sanktionierung keinerlei Berücksichtigung, weil für diese allein der Umsatz von Koch aus Geschäften mit deren Kunden auf dem relevanten Markt für deren Sanktionsbemessung von Bedeutung ist. Dem Umstand, dass der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch rein rechnerisch auch im Umsatz von Koch mit deren Kunden enthalten ist, soweit diese ihre Kundengeschäfte nicht unter Einstandspreis durchführt, kommt für die kartellrechtliche Beurteilung weder unter den anwendbaren Regelungen von Art. 3 SVKG und 49a Abs. 1 KG noch mit Bezug auf den - im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemachten - strafrechtlichen Grundsatz des Verbots einer Doppelbestrafung eine relevante Bedeutung zu (vgl. BVGer, B-5919/2017, Baubeschläge-Koch-II, E. 422).

220. Die Argumentation der Beschwerdeführerin (vgl. E. 211 f.), wonach bei zweiflügeligen Fenstern für die Ansetzung des Basisumsatzes nur der Umsatz mit Dreh-Kipp-Beschlägen des einen Fensterflügels, nicht aber der Umsatz mit blossen Dreh-Beschlägen des anderen Fensterflügels berücksichtigt werden dürfe, weil der relevante Markt auf Fenster mit Dreh-Kipp-Beschlägen abgegrenzt sei, ist unzutreffend.

221. Zunächst ist anzumerken, dass die funktionelle Einheit der beiden Beschlagsteile für Dreh-Kipp-Fenster und blossen Dreh-Fenster bei zweiflügeligen Fenstern offensichtlich gegeben sein muss, weshalb die jeweiligen Beschlagsteile einer Marke aufeinander abgestimmt sein müssen und eine Einheit bilden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie einzeln oder zusammen abgesetzt werden. Aufgrund ihrer funktionalen Einheit sind die Beschlagsgarnituren daher auch einheitlich zu betrachten und unterliegen dem Basisumsatz.

222. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nicht geltend gemacht, dass ein eigenständiger Markt für Dreh-Beschläge für Dreh-Fenster abzugrenzen wäre, weil diese in einem nennenswerten Umfang eigenständig zum Einsatz kämen und andere Abnehmer aufweisen würden als Dreh-Kipp-Fenster, weshalb sie nicht dem Markt für Dreh-Kipp-Fenster zuzuordnen wären.

223. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht, dass die festgestellten Abreden über die Preiserhöhungen zu Fensterbeschlägen zwischen den jeweiligen Abredebeteiligten sich nur auf die Dreh-Kipp-Beschläge bezogen hätten und hiervon die Preiserhöhungen für blossen Dreh-Beschläge ausgenommen gewesen wären. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nicht behauptet, dass für die blossen Dreh-Beschläge andere Preiserhöhungen zur Anwendung gelangten als für die Dreh-Kipp-Beschläge. Entsprechende Behauptungen wären angesichts ihres Vorbringens, dass eine Wettbewerbsabrede nicht vorgelegen habe, weil die Preiserhöhungen ausschliesslich auf einer Steigerung der Rohstoffpreise beruhten, ohnehin widersprüchlich gewesen.

224. Vor diesem Hintergrund ist es letztlich irrelevant, ob bei Holz- und Kunststofffenstern im vorliegenden Verfahren sowohl ein relevanter Markt für Dreh-Kipp-Beschläge als auch ein Markt für blossen Dreh-Beschläge hätte abgegrenzt werden müssen. Im Ergebnis wären die Umsätze der Beschwerdeführerin sowohl mit Dreh-Kipp-Beschlägen als auch mit blossen Dreh-Beschlägen zu berücksichtigen gewesen.

225. Im Übrigen gereicht die Feststellung eines einheitlichen relevanten Markts der Beschwerdeführerin zum Vorteil, weil nicht von zwei unterschiedlichen Abreden auszugehen ist, die im Ergebnis zu einer höheren Sanktionierung hätten führen müssen, indem zumindest ein Zuschlag für eine tateinheitliche Verwirklichung von mehreren Wettbewerbsabreden anzusetzen gewesen wäre.

226. Der durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angesetzte Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Letztlich beruht der angesetzte Basisumsatz auf den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin. Deshalb ist er für die Sanktionsbemessung massgebend.

227. Demzufolge ist der bereits von der angefochtenen Verfügung vorgesehene Basisumsatz (vgl. E. 196) in die Sanktionsbemessung einzustellen.

c) Basisbetrag

228. Die angefochtene Verfügung hat für die Ermittlung des festgelegten Basisbetrags einen Basiskoeffizienten von 7% auf den Basisumsatz festgelegt (vgl. E. 196).

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

229. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen einen Ermessensmissbrauch der Vorinstanz bei der Festsetzung des Basiskoeffizienten geltend.

230. Zunächst bringt sie vor, dass die grundlegende Einschätzung der Vorinstanz, wonach sowohl Preisabreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, als auch Marktmachtmisbräuche gemäss Art. 7 KG wegen ihres immanenten Gefährdungspotentials regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens mit 7% bis 10% anzusiedeln seien, den von der Vorinstanz zu beachtenden Ermessensspielraum unzulässig einschränke und dessen ordnungsgemässe Ausübung verhindere. Denn der Gesetzgeber habe die Sanktionierung auf besonders gravierende Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG eingeschränkt und damit festgelegt, dass nur besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem Basisbetrag zwischen 0% und 10% des massgeblichen Umsatzes zu sanktionieren seien. Eine schematische Festsetzung zwischen 7% und 10% stelle daher einen Ermessensmissbrauch dar. Deshalb könne der Umstand, dass es sich bei Preisabreden um einen besonders schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss handle, nicht zur Ansetzung eines bestimmten hohen Basiskoeffizienten herangezogen werden. Zudem dürfe ein Tatbestandsmerkmal nicht gleichzeitig auch bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden.

231. Der durch die Vorinstanz vorgenommene Vergleich mit dem EU-Wettbewerbsrecht sei in diesem Zusammenhang schon deshalb verfehlt, weil nach dem europäischen Recht jeder Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden könne und nicht bloss die vom Schweizer Gesetzgeber als besonders schwerwiegend qualifizierten Kartellrechtsverstösse.

232. Zudem weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die für die Sanktionsbemessung durchaus massgebende Art und Schwere des behaupteten Kartellrechtsverstosses im vorliegenden Fall entgegen der Beurteilung in der angefochtenen Verfügung lediglich von untergeordneter Bedeutung sei, weil die Auswirkungen der behaupteten Abreden vernachlässigbar seien. Hierzu verweist die Beschwerdeführerin auf mehrere Aspekte.

233. So habe die Preisabrede nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt geführt. Es sei unverhältnismässig, dass der Basisbetrag bei einer Preisabrede mit nur theoretischen und kleinen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht einmal einen Drittel kleiner ausfalle als bei einem Preiskartell mit Festpreisen, bei dem der Wettbewerb vollständig beseitigt werde.

234. Die Preiserhöhungen seien von den ausländischen Beschlagherstellern beschlossen worden, gegen die sich die Beschwerdeführerin wie auch die anderen Verfügungsadressaten nicht mehr hätten wehren können oder wollen. Zudem hätten diese auf exogenen Faktoren wie

die gestiegenen Rohstoffpreise beruht. Daher hätten sich die Untersuchungsadressaten nicht über die Preiserhöhungen an sich verständigt. Dies werde durch die angefochtene Verfügung auch anerkannt (Ziff. 38; Vernehmlassung Ziff. 12, 17).

235. Vorliegend seien keine Festpreise vereinbart worden und die Endpreise seien von den Abreden unberührt geblieben. Die behaupteten Abreden seien im Vergleich zu Submissionsabsprachen, bei welchen die Parteien den Endpreis festlegen, von vernachlässigbarer Bedeutung.

236. Trotz der behaupteten Preisabreden habe intensiver Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Untersuchungsadressaten geherrscht. Dies werde durch die Antworten der befragten Fensterproduzenten bestätigt. Es sei denn auch verfehlt, dass die Vorinstanz von einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs spreche.

237. Die von Roto initiierten Gespräche zwischen der Beschwerdeführerin und Roto im Jahre 2004 hätten letztlich dazu geführt, dass die bereits beschlossenen Preisanpassungen nur mit gewissen Verzögerungen erfolgt seien. Die Auswirkungen des behaupteten Austauschs zwischen Roto und der Beschwerdeführerin seien allenfalls marginal gewesen und hätten letztlich sogar - falls sie überhaupt eine Wirkung gehabt hätten - während eines gewissen Zeitraums zu tieferen Preisen geführt.

238. Im Gegensatz zum Sachverhalt Elektroinstallationsbetriebe Bern, bei dem der Basiskoeffizient ebenfalls mit 7% angesetzt worden sei, seien vorliegend nicht in weit über 100 Fällen Preise festgelegt und Kunden bzw. Aufträge aufgeteilt worden. Die Untersuchungsadressaten hätten sich auch nicht während zweier Jahre alle zwei Monate getroffen, um die Preise festzulegen, sondern es fanden gerade einmal zwei isolierte Informationsaustausche zwischen den Parteien statt. Vielmehr hätten sich die Abredebeteiligten maximal über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen verständigt, die intern beschlossen und aufgrund von Kostensteigerungen unausweichlich gewesen seien. Die Preisabrede habe sich auch nur auf eine marginale Preiserhöhung bezogen. Es liege daher auf der Hand, dass die Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung im vorliegenden Fall massiv kleiner gewesen sei als im Berner Elektroinstallationsfall und deshalb geringer ausfallen müsse.

239. Angesichts des Verfahrens BMW (RPW 2017/2, 293, Ziff. 97; bestätigt durch BGer, 24.10.2017, 2C_63/2016, E. 6.4), bei dem im Hinblick auf eine Gebietsabrede ohne Beseitigung des Wettbewerbs von einem mittelschweren Verstoss ausgegangen und der Basisbetrag mit 5% festgelegt worden sei, könne der Basiskoeffizient daher mit maximal 5% festgelegt werden.

240. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, in Zusammenhang mit der Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses sei zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Preiserhöhungen keine Sanktionsmechanismen vorgesehen waren.

241. Die Beschwerdeführerin ist zudem der Ansicht, in Zusammenhang mit der Art und Schwere des Wettbe-

werbsverstosses sei zu berücksichtigen, dass sie sich jedenfalls seit 2006 jedes kartellrechtlich allenfalls problematischen Informationsaustauschs enthalten habe.

242. Aufgrund der unbedeutenden Auswirkungen der Preiserhöhungen, des isolierten Informationsaustauschs über bereits intern autonom beschlossene Preiserhöhungen erscheine daher allenfalls ein Basisbetrag in Höhe von 1% des massgeblichen Umsatzes im relevanten Markt während der letzten drei Jahre als angemessen, weshalb sich entsprechend der Berechnung der Beschwerdeführerin ein äusserst geringer Basisbetrag im untersten fünfstelligen Bereich ergäbe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

243. Die Vorinstanz macht geltend, dass bei nur teilweise umgesetzten Preisabreden aufgrund deren Art und Schwere regelmässig ein Basisprozentsatz von 7% zur Ansetzung gelange und im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung der durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente keine Gründe für eine Abweichung nach unten bestehe.

(3) Würdigung durch das Gericht

244. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag durch einen Koeffizienten des massgeblichen Basisumsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die Obergrenze des Basisbetrags 10% des massgeblichen Basisumsatzes beträgt.

245. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 230) stellt eine schematische, d.h. generelle Einstufung des Basiskoeffizienten für verschiedene Arten von Wettbewerbsverstössen durch die Vorinstanz keine unzulässige Einschränkung ihres Ermessensspielraums dar. Deshalb liegt nicht automatisch eine nicht ordnungsgemässe Ausübung des Ermessens vor, wenn im Einzelfall ein Basiskoeffizient entsprechend der generellen Einstufung festgesetzt wird. Denn durch die grundsätzliche Einstufung des anzuwendenden Basiskoeffizienten für verschiedene Arten von Wettbewerbsverstössen wird keineswegs ausgeschlossen, dass im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen ein Basiskoeffizient über oder unter der generellen Einstufung anzusetzen ist und von der Wettbewerbskommission auch tatsächlich angesetzt wird, wodurch die konkrete Schwere des Verstosses berücksichtigt wird (so auch BVGer, 27.4.2010, B-2977/2007, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, zit. Publigroupe, Ziff. 8.3.4). Massgebend ist daher die konkrete Einstufung im Einzelfall und nicht eine Vorgabe aufgrund einer schematischen Einteilung (BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 713).

246. Daran vermag auch der inhaltlich zutreffende Hinweis der Beschwerdeführerin (vgl. E. 231), wonach im schweizerischen Kartellrecht anders als im EU-Wettbewerbsrecht nicht alle, sondern nur schwerwiegende Wettbewerbsverstösse einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG zugeführt werden, nichts zu ändern. Denn ganz offensichtlich werden mit verschiedenen Varianten von Wettbewerbsabreden und einem marktmissbräuchlichen Verhalten vom Gesetzgeber unterschiedliche Wettbewerbsverstösse einer Sanktionierung unterstellt. Aus diesem Grund ist es grundsätzlich möglich, eine generelle Rangfolge dieser verschiedenen

Wettbewerbsverstösse vorzunehmen. Weil der Preis als bedeutendster Wettbewerbsparameter zu qualifizieren ist (vgl. E. 124), ist es auch naheliegend, dass Preisabreden an der Spitze einer solchen generellen Rangfolge einzustufen sind und daher bei Preisabreden eine generelle Einstufung des Basiskoeffizienten im oberen Bereich der möglichen Bandbreite zwischen 7% und 10% erfolgt. Demgegenüber können zum Beispiel Gebietsabreden grundsätzlich niedriger mit einem Basiskoeffizienten von 5% belegt werden. Bereits aus diesem Grund ist die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 239), wonach der Basiskoeffizient angesichts des Verfahrens BMW auf maximal 5% festzulegen sei, unzutreffend, weil den beiden Sachverhalten zwei unterschiedliche Arten von Wettbewerbsabreden zu Grunde liegen.

247. Mit der generellen Einstufung des Basiskoeffizienten für Preisabreden erfolgt - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 124) - aus den gleichen Gründen auch keine unzulässige doppelte Berücksichtigung eines Tatbestandsmerkmals. Denn damit wird ein Bezug zu den verschiedenen zu sanktionierenden Varianten eines Wettbewerbsverstosses hergestellt und keine doppelte Berücksichtigung vorgenommen.

248. Massgebend ist daher allein, ob die Ansetzung eines Basiskoeffizienten von 7% den konkreten Umständen der vorliegend zu sanktionierenden Preisabreden gerecht wird, und zwar unabhängig davon, ob diese der generellen Einstufung des Basiskoeffizienten von Preisabreden entspricht oder aufgrund einer individuellen Einschätzung als Abweichung von der generellen Einstufung zustande gekommen ist.

249. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der Preiserhöhung von 2006 durch die Beschwerdeführerin vorsätzlich begangen (vgl. E. 193) und durch die vorherige Ankündigung gegenüber den jeweiligen Kunden zudem zwischen den Abredebeteiligten wechselseitig abgesichert wurde (vgl. E. 95). Bei den Bruttopreisen als Gegenstand der Wettbewerbsabrede handelt es sich um eine wesentliche Preiskomponente im Rahmen der Preisbildung. Das Verhalten richtete sich dabei gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn die Abredebeteiligten wiesen zusammen einen Marktanteil von deutlich über 80% auf (vgl. SV F.a). Dabei ist zusätzlich erschwerend zu berücksichtigen, dass die Abredebeteiligten auf verschiedenen Absatzstufen tätig sind und dadurch die Wirkung der Abrede verstärkt wurde (vgl. SV 45). Die Abrede wurde schliesslich gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Kunden der Abredebeteiligten verwendet. Es handelt sich somit entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 229) um eine schwerwiegende und keinesfalls um eine geringfügige oder leichte Einwirkung auf den Wettbewerb. Angesichts dieser Sachlage hält sich die vorinstanzliche Festlegung des Koeffizienten mit 7% eher im unteren Bereich einer sachlich gerechtfertigten Festsetzung des Basisbetrags. Daher liegt jedenfalls keine Verletzung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums bei der Festlegung einer Sanktion zu.

250. Gleiches gilt unter Berücksichtigung einer einheitlichen Sanktionsbemessung bei zwei autonomen, aber inhaltlich vergleichbaren Wettbewerbsabreden im Er-

gebnis für das wettbewerbswidrige Verhalten bei der Preiserhöhung von 2004.

251. Die hiergegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind entweder unzutreffend oder erweisen sich zumindest als unbegründet.

252. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 233), wonach der Basiskoeffizient reduziert werden müsse, weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, ist unzutreffend. Denn wenn die Abrede zu einer vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs als Vor-aussetzung der Wettbewerbsbeseitigung geführt hätte, wäre dies vielmehr als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu berücksichtigen gewesen, weil eine vollständige Elimination des Wettbewerbs zweifellos nicht zu den grundlegenden Umständen einer Wettbewerbsabrede zu zählen und daher im Rahmen des Basisbetrags auch nicht zu berücksichtigen ist. Ungeachtet dessen entspricht die Ansetzung mit 7% dem üblichen Ansatz für eine den Wettbewerb nur teilweise beseitigende Preisabrede, weshalb eine entsprechende Anpassung bei einer Festlegung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% bereits enthalten wäre.

253. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 235), wonach es sich bei der Festsetzung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% um eine unverhältnismässige Massnahme handle, weil sie in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten stehe, erweist sich angesichts der tatsächlich vorliegenden und vorstehend dargelegten Umstände als unbegründet.

254. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 238), wonach im Verhältnis zum Verfahren Elektroinstallationsbetriebe Bern angesichts der vielfachen Anzahl der dort zu sanktionierenden Abreden ein geringerer Basiskoeffizient festzusetzen sei, auch kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil der vorliegende Sachverhalt entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Vorgaben zur Sanktionsbemessung korrekt beurteilt wurde. Allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids belegt noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis, weil es sich umgekehrt gerade bei diesem Vergleichsfall um eine rechtsfehlerhafte Ausnahme handeln kann. Die Beschwerdeführerin macht aber nicht geltend, dass eine Ansetzung von 7% für nur teilweise umgesetzte Preisabreden nicht der üblichen Ansetzung für derartige Wettbewerbsverstösse entsprechen würde.

255. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 240) sind im Rahmen des Basisbetrags die Aspekte einer Festlegung oder Umsetzung von Sanktionsmechanismen nicht zu berücksichtigen, weil es sich hierbei um Erschwerungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b SVKG oder Milderungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b SVKG handelt. Dabei stellt der blosser Verzicht auf die Festlegung von Sanktionsmechanismen allerdings keinen Milderungsgrund gemäss Art. 6 SVKG dar, weil hierdurch lediglich kein Erhöhungsgrund gemäss Art. 5 SVKG verwirklicht wird.

256. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 241) ist ein wettbewerbskonformes Verhalten eines Unternehmens für die Sanktionsbemessung nicht

zu berücksichtigen, weil dies in keinem Zusammenhang mit dem gesetzgeberischen Wortlaut und Sanktionszweck (vgl. E. 199) steht.

257. Der Basisbetrag ist demzufolge entsprechend der Festlegung durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 196) zu veranschlagen.

d) Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens

258. Die angefochtene Verfügung sieht keine Erhöhung der Sanktion wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

259. Die Beschwerdeführerin nimmt zur Anwendung von Art. 4 SVKG zwar keine Stellung, macht aber zur Frage einer Sanktionserhöhung bei Wiederholungen zur Dauer der Wettbewerbsverstösse verschiedene Anmerkungen.

260. Sie bestreitet, dass die Preiserhöhungen von 2004 und von 2007 rund ein Jahr lang Bestand hatten.

261. Die Preiserhöhung von 2004 sei erst im Juli 2004 und im Oktober 2004 umgesetzt worden. Schon im März 2005 habe Maco die Preise wieder erhöhen wollen. Demgegenüber habe GU die Preise zum 1. April 2005 gesenkt. Auch die Beschwerdeführerin habe ihre Preise im Jahr 2005 wieder gesenkt, wie die angefochtene Verfügung ausdrücklich festhalte (Weko, RPW 2010/4, 707, Ziff. 75). Dies bestätige, dass die behauptete Absprache maximal während weniger Monate Wirkung entfaltet habe.

262. Zur Dauer der Preiserhöhung von 2007 macht die Beschwerdeführerin keine konkreten Angaben. Die Vorinstanz anerkenne in der angefochtenen Verfügung (Weko, RPW 2010/4, 707, Ziff. 75, Ziff. 404) aber, dass sich die behauptete Preisabrede in einer einmaligen Preiserhöhung manifestiert habe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

263. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass die Preisabreden von 2004 und von 2007 jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Sie sollen jeweils bis zu dem Zeitpunkt, als über die Umsetzung einer neuerlichen Preiserhöhung zwischen den Konkurrenten diskutiert worden sei, beibehalten worden sein.

264. Sie hält überdies fest, es entspreche ihrer Praxis, für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses einen Prozentsatz von 10% pro berücksichtigtem Jahr als Zuschlag festzusetzen.

265. Die Vorinstanz hat allerdings darauf verzichtet, im vorliegenden Fall einen Zuschlag für die Dauer der Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 4 SVKG anzubringen.

266. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2007 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass die Abrede lediglich in einer einmaligen Einführung eines Materialteuerungszuschlags zum 1. Januar 2007 bzw. zum 1. Februar 2007 bestanden habe. Daher sei im vorliegenden Fall von einem Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG abzusehen.

267. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2004 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass beide Unternehmen nicht nur an dieser Abrede, sondern auch an der Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006 beteiligt gewesen seien, weshalb sich die Frage nach einem allfälligen Dauerzuschlag im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SVKG stelle. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sei eine Dauer bis zu einem Jahr quasi im Basisbetrag inbegriffen. Da Roto und Siegenia die Beteiligung an zwei voneinander unabhängigen unzulässigen Abreden habe nachgewiesen werden können, sei dieser Umstand aber im Rahmen der erschwerenden Umstände zu berücksichtigen.

(3) Würdigung durch das Gericht

268. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert dieses Kriterium dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes zusätzliche Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist. Eine Aussage zur unterjährigen Dauer eines Wettbewerbsverstosses findet sich in dieser Bestimmung nicht.

269. Ein Wettbewerbsverstoss weist eine bestimmte Zeitdauer auf, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten nicht nur auf ein einmaliges Ereignis ausgerichtet ist, sondern während einer begrenzten oder unbegrenzten Zeitspanne für mehrere oder eine Vielzahl von Ereignissen andauernd Anwendung finden soll.

270. Die Preisabrede von 2004 zwischen Roto und der Beschwerdeführerin wurde nach deren eigenem Vortrag zumindest von Juli 2004 bis in das Jahr 2005 umgesetzt. Es liegt daher jedenfalls eine unterjährige Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

271. Bei der Preisabrede von 2007 ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den mit den anderen Abredeteiligen vereinbarten Materialteuerungszuschlag zumindest für den Zeitraum ab 1. Februar 2007 bis zur Aufdeckung der Wettbewerbsabrede und der Durchführung von Hausdurchsuchungen im Juli 2007 und der sich daran anschliessenden Kooperation der Abredeteiligen mit den Wettbewerbsbehörden angewendet hat. Soweit diese Preiserhöhung im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht rückgängig gemacht und bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung im August 2010 oder bis zum Abschluss der Untersuchung im Oktober 2010 aufrechterhalten wurde oder zwischenzeitlich nicht in einer neuerlichen, selbständig durchgeführten Preisänderung der Beschwerdeführerin aufging, wäre sogar ein längerer Zeitraum als Dauer des Wettbewerbsverstosses zu veranschlagen. Mangels genauer Angaben und Beweise ist jedoch in Bestätigung der angefochtenen Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin daher ebenfalls von einer unterjährigen Dauer des Wettbewerbsverstosses auszugehen.

272. In der Wettbewerbspraxis erfolgt die Berücksichtigung der Dauer eines Wettbewerbsverstosses aufgrund des nicht eindeutigen Wortlauts von Art. 4 SVKG bislang in unterschiedlicher Weise. Teilweise wurde bei einem unterjährigen Zeitraum eines Wettbewerbsverstosses

kein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, RPW 2009/2, 157, *Sécateurs et cisailles*, Ziff. 100; Weko, RPW 2016/2, 521, *Nikon*, Ziff. 568, wonach sogar für einen Zeitraum von rund einem halben Jahr kein Zuschlag erfolgte; ausdrücklich bemängelt durch BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 9.2.4). Begründet wird diese Vorgehensweise damit, dass eine unterjährige Dauer bereits im Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG enthalten sei. Demgegenüber wird bei einer Durchführung des Wettbewerbsverstosses von mehr als einem Jahr regelmässig für den gesamten Zeitraum ohne Abzug des unterjährigen Anteils in vollem Umfang ein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, 19.12.2016, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, *Galenica AG und HCI Solutions AG*, RPW 2020/3a, 1144, zit. *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, bestätigt durch BVGer, 19.1.2022, B-2597/2017, *Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG gg. Weko*, zit. *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6; BVGer, 31.10.2023, B-5819/2020, *Sunrise GmbH gg. Swisscom (Schweiz) AG u.a.*, zit. *Eishockey im Pay-TV*, E. 12.2.6, wobei eine Nicht-Berücksichtigung der ersten 12 Monate ausdrücklich verworfen wurde; BVGer, 5.6.2023, B-4696/2019, *CA Autofinance Suisse SA gg. Weko*, zit. *Kfz-Leasing-Autofinance*, E. 9.4.6; BVGer, 24.6.2021, B-8386/2015, *Swisscom AG u.a. gg. Weko*, zit. *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018, *Naxoo SA gg. Weko u.a.*, zit. *Supermedia*, E. 12.3.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1600; Weko, 19.10.2019, *Bauleistungen Graubünden*, RPW 2020/4a, 1721, Ziff. 8.2.4.2). Hierbei wird demzufolge implizit oder ausdrücklich die Vorstellung abgelehnt, dass der unterjährige Anteil im Basisbetrag enthalten sei.

273. Eine allgemeine Differenzierung bei der Berechnung der massgeblichen Dauer eines Wettbewerbsverstosses je nach Vorhandensein einer Über- oder Unterjährigkeit des jeweiligen Zeitraums, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, erscheint nicht sachgerecht zu sein. Denn es ist kein Grund für eine Unterscheidung ersichtlich, nach der zwar bei unterjährigen Wettbewerbsverstössen die Dauer für diesen Zeitraum mit dem Basisbetrag stets abgegolten sein soll, bei mehrjährigen Wettbewerbsverstössen hingegen nicht, weshalb in diesen Fällen dann jeweils der volle Zeitraum einschliesslich der ersten zwölf Monate zur Anrechnung gelangt.

274. Demzufolge bedarf es zwecks Vermeidung einer inkonsistenten Wettbewerbspraxis bei der Anwendung des Dauerzuschlags gemäss Art. 4 SVKG einer widerspruchsfreien Konkretisierung der bestehenden Anwendungspraxis auf den vorliegenden Einzelfall.

275. Der Gesetzgeber statuiert in Art. 49a Abs. 1 KG für die Bemessung einer Sanktion drei Kriterien. Dabei wird die Dauer des Wettbewerbsverstosses ausdrücklich neben dessen Schwere und der angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns aufgeführt. Demzufolge ist die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als notwendiger Bemessungsfaktor im Rahmen der Sanktionsbemessung zu qualifizieren, sofern nicht ein einmaliger Wettbewerbsverstoss vorliegt. Aus diesem Grund führt die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Basisbetrags.

276. Dieser pragmatische Ansatz wird durch die Ausgestaltung der Sanktionsverordnung bestätigt. Danach tritt die Dauer des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 4 SVKG als gesonderter Bemessungsfaktor neben die vorgängige Ermittlung des Basisbetrags hinzu. Aufgrund dieser Sanktionsstruktur wird die Sanktionsbemessung gemäss Art. 4 SVKG für die Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch eine Sanktionsbemessung für die Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 3 SVKG abgegolten.

277. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, warum die mehr- bis vielfache beabsichtigte oder tatsächliche Anwendung und Fortführung einer Verhaltenskoordination während eines gewissen Zeitraums in gleicher Weise zu ahnden sein sollte wie die Anwendung einer Verhaltenskoordination lediglich für ein einmaliges Ereignis (BVGer, B-8386/2015, Swisscom-WAN-Anbindung, E. 10.4.5, für das Verhältnis von Submissions- und Dauerverstössen). Vielmehr würde eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von unterschiedlich zu bewertenden Sachverhaltskonstellationen zu einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Rahmen der Sanktionsbemessung führen.

278. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Formulierung von Art. 4 SVKG «zwischen ein und fünf Jahren» nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine Erhöhung wegen der Dauer ausschliesslich für einen Wettbewerbsverstoss erfolgen könnte, der mindestens jeweils ein ganzes Jahr andauert hat. Vielmehr ist aufgrund einer ziel- und zweckorientierten Betrachtung davon auszugehen, dass auch Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von bis zu einem Jahr eine Sanktionserhöhung nach sich ziehen, sofern es sich dabei um einen anhaltenden, nicht lediglich auf einen singulären Akt beschränkten Wettbewerbsverstoss handelt. Massgebend ist dabei der jeweilige Anbruch eines Jahres und nicht erst die Vollendung eines Jahres (Weko, RPW 2020/3a, 1144, Medikamenteninformationen, Ziff. 521, wobei ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass bei einer Dauer von 44 Monaten ein Dauerkoeffizient von 40% angesetzt werden könne, weil «das vierte Jahr des Verstosses angebrochen» sei; bestätigt durch BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen, E. 15.2.5.6).

279. Dies wird auch durch eine systematische Auslegung von Art. 4 SVKG bestätigt. Denn für die Dauer von fünf bis zehn Jahren ist ausdrücklich für jedes Jahr jeweils eine Sanktionserhöhung von 10% anzusetzen, während in den ersten fünf Jahren sogar eine flexible Sanktionserhöhung von bis zu 50% vorgenommen werden könnte. Angesichts dieser Regelungen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er zwar einerseits die Möglichkeit zu einer Sanktionserhöhung von 50% für eine Dauer des Wettbewerbsverstosses von 13 Monaten vorsehen, andererseits aber eine Sanktionserhöhung für eine Dauer von bis zu 11 Monaten ausnahmslos ausschliessen wollte. Vielmehr ist eine Sanktionserhöhung von 50% aufgrund von Wortlaut und Zweck der Vorschrift sogar bei einem Wettbewerbsverstoss von unterjähriger Dauer möglich und erforderlich, wenn sich die nachteiligen Folgen für den Wettbewerb aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls gerade in einem unterjährigen Zeitraum verwirklichen, und die Abredebeteiligten hierdurch auch ohne weiteres

Zutun einen spezifischen Vorteil über die nächsten Jahre erlangen können.

280. Demnach ist davon auszugehen, dass die Ansetzung eines Dauerkoeffizienten von 10% (BGE 139 II 72, Publigroupe, E. 12.3.4 [nicht publ.]) - oder alternativ die Ansetzung eines Teilkoeffizienten von 0,8333% pro angefangenen Monat bei einer linearen Entwicklung - das massgebliche Bemessungskriterium für den Dauerzuschlag eines unterjährigen Wettbewerbsverstosses bildet.

281. Dies schliesst nicht aus, dass in einem Einzelfall aufgrund besonderer Umstände oder fehlender Dauerwirkung bei einer minimalen Dauer einer Umsetzung des Wettbewerbsverstosses von einem Zuschlag abgesehen werden kann.

282. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. E. 267) gilt dies im Ergebnis auch für das Verhältnis von Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG und dem Erschwerungsgrund der Wiederholung gemäss Art. 5 SVKG. Denn die Systematik der Sanktionsverordnung sieht ausdrücklich vor, dass sowohl für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als auch gesondert hiervon für die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses jeweils ein Zuschlag anzusetzen ist. Daher wird die Dauer eines Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch den Zuschlag für die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses abgegolten. Vielmehr sind bei Vorliegen von mehreren Wettbewerbsverstössen mit einer gewissen Dauer sowohl ein Zuschlag gemäss Art. 4 SVKG als auch ein Zuschlag gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG (vgl. E. 293 ff.) anzubringen.

283. Ungeachtet der vorstehend vorgenommenen Auslegung hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines Dauerzuschlags angesichts der bisherigen Inkonsistenz der Wettbewerbspraxis und des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

e) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns

284. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Basisbetrag gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG entsprechend zu erhöhen.

285. Denn die Sanktionsvorschriften bezwecken die vollständige Abschöpfung des Gewinns aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1605; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 680 f.), weil sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht lohnen soll (vgl. E. 199). Soweit deshalb der festgestellte oder abschätzbare wettbewerbswidrige Gewinn nicht bereits durch den Basisbetrag abgegolten wird, ist der Sanktionsbetrag zusätzlich zu erhöhen. Dabei ist es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 770; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1607).

286. Die Beschwerdeführerin hat sich zum Aspekt des mutmasslichen Gewinns nicht geäussert. Die Vorinstanz hat im Rahmen der angefochtenen Verfügung nicht dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn durch die vorgesehene Sanktion auf der Grundlage des festgelegten Basisbetrags nicht abgeschöpft werde. Entsprechend konkrete Anhaltspunkte für eine objektive Abschätzung lassen sich auch durch das Gericht nicht identifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass ein allfälliger mutmasslicher Gewinn durch den vorgesehenen Basisbetrag abgeschöpft wird.

287. Der Basisbetrag ist daher nicht wegen eines allfälligen durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns zu erhöhen.

f) Sonstige Sanktionserhöhung

288. Die angefochtene Verfügung sieht eine Erhöhung des Ausgangsbetrags um 20% vor, weil sich die Beschwerdeführerin nicht nur an einer Preisabrede, sondern an zwei unterschiedlichen Preisabreden im Jahr 2004 und 2006 beteiligt hat.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

289. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass diese Sanktionserhöhung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen würde.

290. Sie bringt zum einen vor, dass eine Wettbewerbsabrede, die über einen Zeitraum von zwei Jahren durchgeführt werde, nach der Praxis der Wettbewerbskommission für die Dauer des Wettbewerbsverstosses mit einer Erhöhung des Basisbetrags um 20% gemäss Art. 4 SVKG zu sanktionieren wäre. Das Verschulden und die Auswirkungen von zwei isolierten indirekten Preisabreden seien aber jedenfalls bedeutend kleiner als eine indirekte Preisabrede, die fortlaufend während zweier Jahre durchgeführt worden sei.

291. Zum anderen führt sie aus, dass die Preise im Jahr 2005 wieder gesenkt worden seien, weil sich die im Jahre 2004 kommunizierte Preiserhöhung nicht am Markt habe durchsetzen lassen (Verfügung Ziff. 75). Daher rechtfertige sich eine Sanktionserhöhung um 20% nicht. Vielmehr wäre eine Sanktionserhöhung um maximal 5% angemessen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

292. Die Vorinstanz stellt zur Begründung einer Erhöhung wegen der Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses auf einen Vergleich mit einem hypothetischen Geschehensablauf ab. Danach würden vorliegend zwei unabhängige Wettbewerbsabreden vorliegen, die jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Würde man einen hypothetischen Dauerverstoss unterstellen, bei dem diese beiden Abreden in aufeinanderfolgenden Jahren erfolgt wären und auf einem fortgesetzten gegenseitigen Einvernehmen der Abredeteiligen beruhen würden, wäre von einer Sanktionserhöhung von 20% auszugehen.

(3) Würdigung durch das Gericht

293. Art 5 SVKG statuiert, dass bei Vorliegen von erschwerenden Umständen eine Erhöhung der Sanktion vorzunehmen ist. Dabei qualifiziert Art. 5 Abs. 1 lit. a

SVKG als Erschwerungsgrund den Umstand, dass wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen wurde.

294. Diese Vorschrift sanktioniert somit die Wiederholung eines Kartellverstosses, was eine inhaltliche Bestimmung der Sanktionsmerkmale «Kartellverstoss» und «Wiederholung» voraussetzt.

295. Der Begriff «Kartellverstoss» erfasst sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach seinem Zweck eine Wiederhandlung gegen die materiellen Vorschriften des Kartellgesetzes. Dazu gehört auch jede Verwirklichung eines kartellrechtlichen Tatbestands als vorgängige Handlung. Es ist weder erforderlich, dass die Kartellverstösse auf dem gleichen sachlich relevanten Markt begangen wurden, noch dass es sich hierbei um gleiche oder gleichartige Kartellverstösse handelt (BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen, E. 15.2.6.16, 15.2.6.17).

296. Mit dem Begriff «Wiederholung» wird die mehrfache Begehung von Kartellverstössen angesprochen.

297. Die Unternehmen können ihr wirtschaftliches Verhalten in vielfältiger Weise ausgestalten. Dadurch können diverse Varianten einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen auftreten. Eine grundlegende Differenzierung ergibt sich dabei zwischen den Fallgruppen eines «Rückfalls» einerseits und von «Multihandlungen» andererseits. Bei der ersten Fallgruppe wird der Kartellverstoss begangen, nachdem für einen weiteren vorgängigen Kartellverstoss bereits eine Beurteilung mittels eines rechtsverbindlichen Entscheids vorliegt. Bei der zweiten Fallgruppe liegen verschiedene Kartellverstösse vor, die bislang noch keiner Beurteilung durch eine vorgängige andere Entscheidung zugeführt wurden.

298. Die Wettbewerbspraxis hatte bislang verschiedene Sachverhaltskonstellationen einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen zu beurteilen, wobei aber noch keine systematischen Erschwerungskoeffizienten bei den verschiedenen Varianten entwickelt wurden (BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen, E. 15.2.6.10 ff.; Weko, RPW 2020/3a, Medikamenteninformationen, Ziff. 524 f.). Inwieweit Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG für alle Varianten einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen Anwendung findet - wie von der Wettbewerbskommission angenommen (Weko, RPW 2020/3a, Medikamenteninformationen, Ziff. 524) - oder nur für die Rückfall-Variante, bedarf vorliegend keiner Beantwortung. Denn Art. 5 Abs. 1 lit. a KG stellt keine abschliessende Regelung auf. Daher könnten unterschiedliche Varianten einer mehrfachen Begehung auch als unterschiedliche Erschwerungsgründe qualifiziert werden. Eine unterschiedliche Subsumierung der verschiedenen Varianten unter Art. 5 SVKG hätte insbesondere den Vorteil, dass auch die Untervariante berücksichtigt werden könnte, bei der zur gleichen Zeit mehrere Kartellverstösse auf verschiedenen Märkten vorgenommen werden, für die der Begriff «Wiederholung» bereits sprachlich unzutreffend ist.

299. Angesichts ihrer vielfältigen Erscheinungsformen kann dabei keine generelle Gewichtung von Rückfall- und Multihandlungsvarianten vorgenommen werden. Entgegen der Ansicht der Wettbewerbskommission (Weko, RPW 2020/3a, Medikamenteninformationen,

Ziff. 524) lässt sich daher nicht feststellen, dass die Wiederholung eines Kartellrechtsverstosses nach der rechtskräftigen Feststellung als schwerwiegender zu beurteilen sei als der wiederholte Verstoss innerhalb einer Untersuchung. So ist zum Beispiel nicht ersichtlich, warum die Begehung eines weiteren bestimmten Kartellverstosses nach über zehn Jahren ausnahmslos als schwerwiegender zu qualifizieren sein soll als die Durchführung von mehreren verschiedenen bestimmten Kartellverstössen auf unterschiedlichen Märkten in einem kurzen Zeitraum. Denn gegenüber einem Unternehmen, das nur einmalig einen einzigen Kartellverstoss begeht, dokumentiert ein Unternehmen, das verschiedene unabhängige Wettbewerbsabreden begeht und damit den Wettbewerb auf vielfache Weise beeinträchtigt, seine besondere Wettbewerbsschädlichkeit ebenso wie ein Unternehmen bei einem Rückfall.

300. Vorliegend ist ein zweifaches kollusives Verhalten in Form von jeweils einer Preisabrede zu beurteilen, wobei diese Kartellverstösse in einem Zeitraum von vier Jahren begangen wurden, ohne dass dabei eine zeitliche Überlappung bei der Eingehung und Umsetzung der Abreden stattfand. Beide Wettbewerbsabreden beziehen sich zwar auf den gleichen Markt und den gleichen Wettbewerbsparameter. Sowohl die Verabredung als auch die Umsetzung der beiden Wettbewerbsabreden erfolgten jedoch ohne einen gewissen zeitlichen, personellen oder sachlichen Zusammenhang. Es handelt sich demzufolge um zwei völlig autonome Kartellverstösse, die als «mehrfache Solo-Abreden» einen Unterfall der Fallgruppe Multihandlungen bilden.

301. Angesichts der Regelung von Art. 49a Abs. 1 KG und der Sanktionsintention des Gesetzgebers (vgl. E. 199) sowie der daraus abgeleiteten Sanktionssystematik der Sanktionsverordnung ist für die Sanktionierung von mehrfachen Solo-Abreden grundsätzlich davon auszugehen, dass diese jeweils individuell mittels einer eigenständigen Sanktionsbemessung zu beurteilen sind. Dies führt zu zwei unterschiedlich berechneten Sanktionsbeträgen, die zu einer Gesamtsanktion zu addieren sind. Bei einer eigenständigen Sanktionsbemessung können dabei die verschiedenen zur Anwendung gelangenden Bemessungskomponenten vom Umsatz auf dem relevanten Markt über die Art und Schwere sowie die Dauer der Wettbewerbsabrede über einschlägige Erschwerungs- oder Milderungsgründe bis hin zu Selbstanzeigen des Unternehmens in sachgerechter Weise Berücksichtigung finden.

302. Soweit die massgeblichen Bemessungskomponenten identisch oder zumindest vergleichbar sind, kann die Beurteilung auch im Rahmen einer einheitlichen Sanktionsbemessung durchgeführt werden. Dabei ist dann grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Zuschlag von 100% für jede Verwirklichung einer weiteren autonomen Wettbewerbsabrede zur Anwendung gelangt. Denn allein aufgrund der Art und Weise einer Durchführung der Sanktionsbemessung kann sich kein wesentlich anderer Sanktionsbetrag als bei einer getrennten Berechnung von zwei Sanktionsbeträgen einstellen.

303. Mit diesem Vorgehen wird sichergestellt, dass der Zweck der Sanktionsvorschriften, wonach der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ auszufallen hat

(vgl. E. 199), auch tatsächlich verwirklicht werden kann. Denn mittels der individuell festzustellenden Sanktionsbeträge bei der eigenständigen Sanktionsbemessung oder dem jeweiligen Zuschlag von 100% bei der einheitlichen Sanktionsbemessung wird gewährleistet, dass die autonomen Kartellverstösse und deren wirtschaftliche Folgen während der jeweils unterschiedlichen Begehungsphasen auch tatsächlich sachgerecht erfasst werden. Demgegenüber wäre es bei einer einheitlichen Sanktionsbemessung mit der Anwendung eines geringeren Zuschlags auf den Ausgangsbetrag für jeden weiteren Kartellverstoss in der Regel ausgeschlossen, dass der Nettonutzen zu Lasten des wettbewerbswidrig handelnden Unternehmens bei allen Kartellverstössen negativ ausfällt. Vielmehr würden die nur mit einem solchen Zuschlag bedachten autonomen Kartellverstösse und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen dadurch meist nicht ausreichend erfasst werden können.

304. Unabhängig davon, ob eine einheitliche oder eigenständige Sanktionsbemessung vorliegt, ist darüber hinaus grundsätzlich ein Zuschlag für die mehrfache Verwirklichung von Wettbewerbsabreden vorzusehen. Denn das Unternehmen hat durch die mehrfache Verwirklichung der Wettbewerbsabreden aufgezeigt, dass es zur Erzielung von Kartellgewinnen bereit ist, den wirksamen Wettbewerb nicht nur durch eine einmalige Verhaltensweise, sondern durch die Vornahme von mehreren Verhaltensweisen zu beeinträchtigen. Die erhöhte Wettbewerbsschädlichkeit des unternehmerischen Verhaltens ist damit belegt und im Rahmen der Sanktionsbemessung gegenüber denjenigen Unternehmen, die nur mittels eines einzigen Wettbewerbsverstosses auf den Wettbewerb einwirken, erhöhend zu berücksichtigen.

305. Für die verschiedenen Fallgruppen eines mehrfachen Kartellverstosses können sich allenfalls aus verschiedenen Gründen auch gewisse Herabsetzungen des Sanktionsbetrags ergeben. Im vorliegenden Fall der mehrfachen Solo-Abreden sind aufgrund des konkreten Sachverhalts jedoch keine Gründe für eine solche Herabsetzung ersichtlich. Entsprechend einschlägige Gründe werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

306. Mit dieser Sanktionsbemessung für mehrfache Solo-Abreden ergibt sich grundsätzlich auch eine sachgerechte Behandlung im Verhältnis zur Rückfall-Variante. Bei beiden Varianten wird für die einzelnen Kartellverstösse eine eigene Sanktion anhand der jeweils massgeblichen Bemessungsfaktoren festgelegt und zudem ein Zuschlag für die besondere Wettbewerbsschädlichkeit dieses mehrfachen Verhaltens angesetzt.

307. Selbst wenn sich aus der vorstehenden Sanktionsbemessung eine wirtschaftlich einschneidende Sanktion ergeben sollte, entspricht dies der Intention des Gesetzgebers (vgl. E. 199), um eine ausreichende Ahndung und präventive Abwehr von derartigen Wettbewerbsbeschränkungen herzustellen.

308. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der bekannten Umstände davon auszugehen, dass beide Wettbewerbsabreden hinsichtlich der grundlegenden Bemessungskriterien zumindest sehr ähnlich und damit ver-

gleichbar sind. Demzufolge kann eine einheitliche Sanktionsbemessung durchgeführt werden.

309. Ein Zuschlag von lediglich 20% für eine Verwirklichung von zwei Solo-Abreden liegt selbst bei Berücksichtigung von besonderen Umständen ausserhalb einer sachgerechten Beurteilung von mehrfachen autonomen Kartellverstössen. Zum einen kann allein mit einem derartig geringen Teilzuschlag wohl von vornherein nicht bewerkstelligt werden, dass der Nettonutzen aus den beiden autonomen Wettbewerbsabreden negativ ausfällt. Vielmehr ist ein Zuschlag von 100% für die Verwirklichung einer zweiten Wettbewerbsabrede anzubringen. Zum anderen muss schon eine tateinheitliche Begehung von mehreren Tatbeständen unter Berücksichtigung einer gewissen Bandbreite zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrags führen. Eine tatemehrheitliche Begehung muss wiederum grundsätzlich über diese Bandbreite hinausgehen. Denn die Verwirklichung von zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen muss, anders als die Verletzung zweier Tatbestände durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärften Sanktion führen (BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen, E. 15.2.6.20; BVGer, B-8386/2015, WAN-Anbindung, E. 10.4.6). Deshalb ist für eine mehrfache Verwirklichung von autonomen Wettbewerbsabreden in jedem Fall ein Zuschlag mit einer Bandbreite von mehr als 20% vorzusehen.

310. Die angefochtene Verfügung stellt keine besonderen Umstände fest, die im Hinblick auf die mehrfache Verwirklichung einer Preisabrede zu berücksichtigen wären. Zudem stellt die Begründung auf den Vergleich mit einem Dauerverstoss von zwei Jahren ab, der ebenfalls einen Zuschlag von 20% nach sich gezogen hätte, obschon die Dauer und die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses zwei völlig unterschiedliche und kumulativ anzuwendende Sanktionskomponenten darstellen (vgl. E. 282).

311. Mit der Ansetzung eines Erhöhungskoeffizienten von lediglich 20% hat die Vorinstanz demzufolge keine Sanktionsbemessung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin vorgenommen.

312. Der von der Beschwerdeführerin erhobene Einwand (vgl. E. 289 f.), wonach kein weiterer Zuschlag erfolgen dürfe, weil das Verschulden bei zwei indirekten Preisabreden geringer sei als bei einer indirekten Preisabrede mit einer Dauer von zwei Jahren, für die eine Erhöhung von 20% wegen deren Dauer erfolge, ist nicht von Belang. Denn mit der Festlegung der Dauer als gesondertes Bemessungskriterium in Art. 4 SVKG durch den Gesetzgeber wird ausdrücklich klargestellt, dass die Zeitdauer ein besonderer Bemessungsfaktor darstellt und daher bei den anderen Bemessungskriterien einschliesslich eines Erschwerungszuschlags für eine mehrfache Verwirklichung eines Kartellverstosses nicht mehr zu berücksichtigen ist. Demzufolge führen Erschwerungsgründe unabhängig von der Dauer des jeweiligen Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrags. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Herbeiführung von zwei unabhängigen Wettbewerbsabreden entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht generell als deutlich

weniger schwerwiegend als eine fortgesetzte Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.

313. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Auffassung (vgl. E. 291), wonach maximal eine Erhöhung von 5% zulässig sei, weil die Preise sich nicht dauerhaft am Markt haben durchsetzen lassen und im Jahr 2005 wieder gesenkt worden seien, ist nicht von Belang für die Beurteilung eines Erschwerungszuschlags infolge einer mehrfachen Verwirklichung einer Preisabrede.

314. Der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Zuschlag in der Höhe von 20% des Ausgangsbetrags ist daher entgegen dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht aufzuheben.

315. Aufgrund der dargestellten, bislang inkonsistenten Wettbewerbspraxis hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines höheren Zuschlags für die mehrfache Verwirklichung einer Wettbewerbsabrede angesichts des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

g) Milderung des Sanktionsbetrags

316. Die angefochtene Verfügung sieht eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 3% für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vor.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

317. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die verfügte Sanktion in jedem Fall unangemessen sei, weil der Abschluss der einvernehmlichen Regelung zu einer Milderung der Sanktion in der Höhe von mindestens 10% und nicht nur zu einer solchen in der Höhe von 3% hätte führen müssen.

318. Zunächst verweist die Beschwerdeführerin auf die Praxis der Vorinstanz, wonach der Abschluss einvernehmlicher Regelungen zu Gunsten einer Partei sanktionsmildernd berücksichtigt werde. Der Umfang der Sanktionsmilderung läge dabei vielfach zwischen 20% und 25%, soweit die Sanktionsberechnung überhaupt offengelegt werde. Im Fall von Bonusmeldungen werde von der Vorinstanz eine reduzierte Sanktionsmilderung von 10%-20% für angemessen gehalten. Dies deshalb, weil die Kooperation bei einer Bonusmeldung schon weitgehend über den gewährten Bonus abgegolten werde. Daher hätte in jedem Fall zumindest eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 10% angesetzt werden müssen.

319. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung zwar erstmals festgehalten, dass einvernehmliche Regelungen zu einem derart späten Verfahrenszeitpunkt wie im vorliegenden Fall nicht mehr genehmigt würden, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instruments entspreche. Der Zweck einer einvernehmlichen Regelung bestehe jedoch ohnehin nicht in einer Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens, sondern darin, dass eine verbindliche Einigung über das in Zukunft zulässige Verhalten erzielt werden könne. Auch bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung müssten direkt sanktionierbare Tatbestände geklärt und mittels Verfügung entschieden werden. Daher liesse sich aus dem Zeitpunkt des Abschlusses einer einvernehmlichen Rege-

lung entgegen der Argumentation der Vorinstanz kein Grund für eine Herabsetzung der Milderung ableiten.

320. Zudem würde eine Herabsetzung auf 3% einen Verstoß gegen das Vertrauensprinzip darstellen, weil die Beschwerdeführerin bei Abschluss der einvernehmlichen Regelung davon habe ausgehen dürfen, dass diese als Milderungsgrund berücksichtigt werde und zu einer Sanktionsmilderung von mindestens 10% führen würde.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

321. Die Vorinstanz führt zur Ansetzung eines Milderungskoeffizienten von 3% wegen des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung verschiedene Gründe an.

322. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung führe grundsätzlich zu einer Sanktionsmilderung, weil sie sowohl den Wettbewerbsbehörden als auch den Unternehmen faktisch nennenswerte Vorteile eröffne. Für Unternehmen sei der Vorteil insbesondere darin zu sehen, dass mittels des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung Verfahren rascher und unbürokratischer abgeschlossen werden könnten. Für die Wettbewerbsbehörden bestehe die Erleichterung durch den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung unter anderem darin, dass damit Arbeit, Zeit und Ressourcen eingespart werden könnten.

323. Der Aspekt der Verfahrensvereinfachung stehe dabei in einem besonderen Zusammenhang mit dem Zeitpunkt, zu dem eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werde. Die Praxis der Wettbewerbskommission gewähre daher eine Sanktionsmilderung im Umfang von 20%, soweit die einvernehmliche Regelung in einem frühen Verfahrensstadium abgeschlossen werde, d.h. bevor das Sekretariat einen Antrag zur Stellungnahme verschickt habe. Demgegenüber werde eine Sanktionsmilderung von nur noch 10% gewährt, wenn die einvernehmliche Regelung zwar erst nach der Zustellung eines ersten Antrags, aber immerhin noch vor der Zustellung eines eventuell überarbeiteten zweiten Antrags abgeschlossen werde.

324. Im vorliegenden Verfahren sei die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin erst abgeschlossen worden, nachdem Letzterer der zweite überarbeitete Antrag des Sekretariats zugestellt worden war.

325. Mangels einer Regelung im Kartellgesetz und der Sanktionsverordnung habe es somit im Ermessen der Wettbewerbskommission gelegen, wie hoch die Sanktionsmilderung für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdeführerin ausfallen sollte. Mit der Festsetzung eines Milderungskoeffizienten von 3% habe die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen ordnungsgemäss ausgeübt.

(3) Würdigung durch das Gericht

326. Art. 6 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung des sich nach Art. 3 und 4 SVKG ergebenden Betrags (nachfolgend: Ausgangsbetrag) vorzunehmen ist, wobei die Vorschrift verschiedene Aspekte als Milderungsgründe ausdrücklich anführt.

327. Vorliegend ist weder ersichtlich, dass einer der in der Sanktionsverordnung ausdrücklich angeführten Gründe für eine Milderung des Ausgangsbetrags gegeben ist, noch werden entsprechende Gründe von der Beschwerdeführerin geltend gemacht.

328. Art. 6 SVKG statuiert allerdings keine abschliessende Regelung. Vielmehr können auch andere Gründe des Einzelfalls eine Sanktionsmilderung begründen. Im Hinblick auf die entsprechenden Gründe ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (BVGer, B-2597/2017, Medikamenteninformationen, E. 15.2.7.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1628; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E 778).

329. Von der Wettbewerbskommission wird der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als kooperatives Verhalten qualifiziert, wobei dieser Kooperation als Sanktionsmilderung im Rahmen von Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen ist.

330. In Umsetzung der Praxis der Wettbewerbskommission hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Voraussetzungen und das Verfahren über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung einschliesslich der Rahmenbedingungen für die Verhandlung einer einvernehmlichen Regelung sowie den Mustervertragstext in seinem Merkblatt über Einvernehmliche Regelungen, Stand 28. Februar 2018 (nachfolgend: «Merkblatt EVR»), niedergelegt.

331. Danach ist eine entsprechende Sanktionsherabsetzung in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen (Sekretariat, Merkblatt EVR, Erläuterungen Ziff. 11). Bei Abschluss der einvernehmlichen Regelung nach Zustellung des Antrags an ein Unternehmen ist zudem eine Sanktionsmilderung von 5% zu gewähren.

332. Vorliegend wurde die einvernehmliche Regelung erst nach Zustellung des zweiten Antrags an die Beschwerdeführerin abgeschlossen. Die effektiv anzuwendende Herabsetzung wäre daher am Ausgangswert von 5% anhand der konkreten Verfahrensvereinfachung, die im vorliegenden Kartellverfahren tatsächlich eingetreten ist, zu bemessen.

333. Die Vorinstanz hat diesen konkreten Beitrag der Beschwerdeführerin nur noch als sehr gering und dementsprechend mit einer Sanktionsmilderung von 3% im Rahmen der ihr zukommenden Ermessensentscheidung bewertet. Dieser Wert liegt angesichts der tatsächlichen Umstände zum einen zweifellos im Rahmen des anzuwendenden Ausgangswerts von 5%. Zum anderen trägt die Beschwerdeführerin keine konkreten Gründe vor, warum ihr Beitrag aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung zu einer grösseren Verfahrensvereinfachung geführt habe und daher auch mit einem höheren Wert hätte bewertet werden müssen.

334. Es ist naheliegend, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung prinzipiell zu keiner relevanten Verfahrensvereinfachung mehr führen kann, nachdem mit dem fertiggestellten Antrag von Seiten der Wettbewerbsbehörden eine vollständige Aufarbeitung des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgenommen wurde. Dies gilt umso mehr, als mit einer einvernehmli-

chen Regelung weder eine Anerkennung des Sachverhalts noch ein wirksamer Rechtsmittelverzicht von Seiten des jeweiligen Abredeteiligen verbunden ist (BGer, 3.4.2016, 2C_524/2018, A gg. B und Weko, zit. VWVP-Repo-EVR, E. 2.5.2). Bei der Ausarbeitung eines zweiten Antrags nimmt diese potentielle Möglichkeit einer Verfahrensvereinfachung noch mehr ab. Daher wäre es sachgerecht, dass die Wettbewerbsbehörden für derartige Fälle prinzipiell nur noch eine sehr geringe Sanktionsmilderung vorsehen.

335. Der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 318), wonach eine Sanktionsmilderung aufgrund eines Quervergleichs mit anderen Fällen, bei denen die einvernehmliche Regelung zu einem viel früheren Zeitpunkt abgeschlossen wurde, zu einer höheren Sanktionsmilderung hätte führen müssen, kommt keine sachliche Bedeutung zu.

336. Denn entgegen dieser Auffassung (vgl. E. 319) kann die Wettbewerbskommission eine entsprechende Anpassung ihrer Sanktionspraxis vornehmen, soweit diese Anpassung dann auch allgemein zur Anwendung gelangt. Insoweit besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 320) auch kein Vertrauensschutz. Die Anpassung der Sanktionsbemessung bei Abschluss von einvernehmlichen Regelungen nach Zustellung des Antrags an ein Unternehmen wurde schliesslich im Merkblatt EVR und damit allgemein statuiert. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass die Anpassung im Rahmen der Praxis der Wettbewerbskommission nicht einheitlich angewendet worden sei und damit die im Merkblatt EVR statuierten Bemessungskriterien gleichheitswidrig nicht eingehalten worden seien.

337. Eine Einschränkung der Vornahme einer solchen Anpassung ergibt sich auch nicht durch die Festlegung des vom Sekretariat zu beantragenden Sanktionsrahmens in einer einvernehmlichen Regelung. Die vom Sekretariat akzeptierten Regelungen einer einvernehmlichen Regelung sind für die Wettbewerbskommission nicht verbindlich, sondern bedürfen vielmehr gemäss Art. 29 KG deren ausdrücklicher Genehmigung. Mithin kommt schon dem vom Sekretariat vorgesehenen Sanktionsrahmen keine verbindliche Wirkung zu Lasten der Wettbewerbskommission für die angefochtene Verfügung als Sanktionsverfügung zu, weshalb sich daraus auch keine Bindungswirkung im Hinblick auf eine zukünftige Anpassung der Bemessungsgrundsätze durch die Wettbewerbskommission ergeben kann.

338. Die vorliegende Gewährung einer Sanktionsmilderung von 3% stellt somit keine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission zu Lasten der Beschwerdeführerin dar.

339. Die Frage, ob mit dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung unter Berücksichtigung des Fehlens einer Anerkennung des Sachverhalts und eines wirksamen Rechtsmittelverzichts überhaupt eine Verfahrensvereinfachung verbunden ist, die über diejenige hinausgeht, die sich entweder aufgrund der Mitwirkung eines Abredeteiligen im Rahmen einer Selbstanzeige oder einer besonders guten Kooperation einstellt und die deshalb entweder mittels der Bonusregelungen oder aufgrund des besonderen Milderungsgrunds der besonders guten Kooperation zu honorieren wäre, bedarf vor-

liegend keiner abschliessenden Beurteilung. Denn vorliegend hätte die von der Wettbewerbskommission festgestellte sehr geringe Verfahrensvereinfachung nach Zustellung des Antrags zumindest unter dem Sanktionsmilderungsgrund der besonders guten Kooperation gemäss Art. 6 SVKG auch in dieser Höhe honoriert werden können, weil Siegenia nicht als Selbstanzeigerin aufgetreten ist und eine entsprechende Sanktionsmilderung somit nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen wäre. Demzufolge liegt auch keine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung zu Gunsten der Beschwerdeführerin vor.

340. Die in der angefochtenen Verfügung vorgesehene Sanktionsmilderung in der Höhe von 3% ist daher entgegen dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht zu erhöhen.

h) Maximalsanktion

341. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat, als Maximalsanktion zu begrenzen.

342. Der von der Wettbewerbskommission festgelegte Sanktionsbetrag liegt nach unstrittiger Auffassung der Parteien unterhalb dieser Maximal-sanktion und ist daher nicht zu begrenzen.

i) Übersicht Sanktionsbemessung

343. Aufgrund der vorstehend dargelegten Gründe ergibt sich folgende Sanktionsbemessung:

	Sanktionskomponente	Art.	Koeffizient	CHF
1.	Basisumsatz	2		[47'331'680]
2.	Basisbetrag	3	7%	[3'313'218]
3.	Dauerbetrag	4	0%	0.-
	Zwischenbetrag I:			[3'313'218]
4.	Erschwerungsbetrag	5	20%	[662'644]
5.	Milderungsbetrag	6	3%	[99'397]
	Zwischenbetrag II:			[3'876'465]
6.	Maximalumsatz		[83'531'810]	
7.	Maximalbetrag	7	10%	> Zwischenbetrag II
8.	Sanktionsbetrag			3'876'465

344. Die in der angefochtenen Verfügung festgelegte Sanktion für das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin ist nach der Prüfung der einzelnen Bemessungskomponenten durch das Bundesverwaltungsgericht nicht anzupassen.

j) Sanktionsherabsetzung wegen Dauer des Verfahrens

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

345. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Beschleunigungsgebot jedenfalls durch die Dauer der Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht klar verletzt worden sei.

346. Das ursprüngliche Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht habe über 45 Monate gedauert.

ert, wobei allein die Abfassung des Urteils mehr als zwei Jahre gedauert habe. Eine derartige Verfahrensdauer sei mit dem Beschleunigungsgebot nicht in Einklang zu bringen, auch wenn das Urteil sehr umfangreich und sorgfältig redigiert gewesen sei.

347. Dasselbe gelte erst recht für das bundesgerichtliche Verfahren. Das bundesgerichtliche Urteil sei erst 33 Monate nach Vorliegen der letzten Eingabe ergangen und dies, obwohl das Urteil sehr knapp gehalten sei und sich lediglich darauf beschränke, das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, den Sachverhalt selbst festzustellen.

348. Die hier vorliegende überlange Verfahrensdauer werde insbesondere unter Berücksichtigung des vom SECO erstellten White Papers zur Kartellgesetzrevision mit einer deutlichen Beschränkung der vorgesehenen Verfahrensdauer deutlich.

349. Aufgrund der Verletzung des Beschleunigungsgebots sei der Sanktionsbetrag um mindestens 50% herabzusetzen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

350. Nach Ansicht der Vorinstanz liegt keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor.

(3) Würdigung durch das Gericht

351. Der Aspekt einer Verletzung des Beschleunigungsgebots war schon mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung. Danach ist eine entsprechende Verletzung nicht aufgrund allgemeiner Vorgaben, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.

352. Für eine Beurteilung der Einhaltung oder Verletzung des Beschleunigungsgebots durch gerichtliche Verfahren sind nicht abstrakte Zeitangaben massgebend. Denn derartige Zeitangaben sagen nichts aus über die im Einzelfall notwendigerweise zu leistende Arbeit, um ein sachgerechtes Urteil erlassen zu können. Gleiches gilt für rein formale Aspekte der Ausgestaltung eines Urteils, weil hierdurch keine inhaltliche Bewertung verbunden ist, auch wenn zum Beispiel längere Urteile regelmässig für eine vertiefte und abschliessende Beurteilung einer Angelegenheit sprechen. Dies gilt insbesondere auch für einen Vergleich von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts als Tatsacheninstanz mit voller Kognition und Urteilen des Bundesgerichts als Rechtsinstanz mit eingeschränkter Prüfungskompetenz. Vielmehr ist eine Bewertung darüber vorzunehmen, welche Sach- und Rechtsfragen in welchem Rechtsbereich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens unter Berücksichtigung der bestehenden Rechtsprechung und der von den Parteien eingebrachten Vorbringen beantwortet werden müssen. Vor diesem Hintergrund und bei der im Kartellrecht bestehenden Ausgangslage in Bezug auf die Wettbewerbspraxis entspricht die Dauer der beiden Beschwerdeverfahren angesichts der hierbei zu bearbeitenden Sach- und Rechtsfragen auch im Vergleich mit anderen Jurisdiktionen der üblichen Zeitdauer, welche für die Bearbeitung von komplexen Kartellrechtsfällen erforderlich ist.

353. Daran vermag auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme des SECO im Rahmen

einer Kartellgesetzrevision nichts zu ändern. Massgebend sind auch hier nicht nur abstrakt gesetzte Zeitbeschränkungen für die Durchführung eines Kartellverfahrens. Vielmehr wird der Gesetzgeber - so er denn gewisse Zeitbeschränkungen überhaupt einführt - auch durch sachgerechte Massnahmen, wie einer Formalisierung der Geltendmachung von Einwänden durch die Parteien, sowie der Zurverfügungstellung von ausreichenden Ressourcen zu gewährleisten haben, dass allfällig neu eingeführte zeitliche Vorgaben von Behörden und Gerichten in der Praxis auch tatsächlich eingehalten werden können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lassen sich daher zum jetzigen Zeitpunkt aus den Stellungnahmen zur Kartellgesetzrevision jedenfalls keine relevanten Aspekte für die Beurteilung des vorliegenden Verfahrens ableiten.

354. Beim vorliegenden Beschwerdeverfahren ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass eine Verfahrensdauer von sechs Jahren für den Erlass dieses erneuten Urteils nach Durchführung der Beschwerdeverfahren bis zum bundesgerichtlichen Rückweisungs Urteil (vgl. E. J.c) eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vermuten lässt.

355. Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, dass der Erlass des vorliegenden Urteils sowie des Urteils im Parallelverfahren Koch (vgl. SV L.a) aufgrund einer notwendigen Sicherstellung der Kohärenz in Rechtsfragen mit mehreren weiteren Urteilen, die im gleichen Zeitraum vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden waren, nicht vorgezogen werden konnte. So waren insbesondere eine gleichförmige Beurteilung von Bruttopreisabreden, der Gewährung eines Sanktionsbonus aufgrund einer Selbstanzeige trotz Durchführung eines Beschwerdeverfahrens sowie der Voraussetzungen einer erweiterten Sanktionsreduktion sicherzustellen.

356. Dass dem Aspekt der Kohärenz der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine wesentliche Bedeutung für dessen Akzeptanz zukommt, wird durch die Reaktionen in der Fachpresse nach Erlass des Ausgangsurteils (vgl. E. I.g) belegt, mit denen mitunter Vorwürfe gegenüber dem Gericht erhoben wurden, weil durch praktisch zeitgleich ergehende Entscheide Rechtsfragen in unterschiedlicher Weise beantwortet wurden.

357. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerin ist daher zwar nachvollziehbar, aber unzutreffend. Aus den genannten Gründen liegt kein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot vor.

358. Der Sanktionsbetrag ist daher nicht herabzusetzen.

VII. GESAMTBEURTEILUNG DER BESCHWERDE

359. Das Beschwerdeverfahren hat im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt, dass die Beschwerdeführerin sich an zwei unzulässigen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat und daher eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen ist. Die Beschwerdeführerin unterliegt demzufolge mit ihrer Beschwerde gegen die entsprechenden Feststellungen in der angefochtenen Verfügung.

360. Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Beurteilung der einzelnen Aspekte der Sanktionsbemes-

sung führen im Ergebnis gegenüber der angefochtenen Verfügung zu keiner Änderung des Sanktionsbetrags.

361. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen.

VIII. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG

362. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

363. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 38'000.- CHF festzusetzen.

364. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE werden Vorinstanzen oder Beschwerde führenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt.

365. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen.

366. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachse-

nen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG ist eine Parteientschädigung nur insoweit einer Körperschaft oder autonomen Anstalt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, aufzuerlegen, als sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG ist die Parteientschädigung einer unterliegenden Gegenpartei je nach ihrer Leistungsfähigkeit aufzuerlegen, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren, Rn. 4.68).

367. Als vollständig unterliegende Partei steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in Höhe von 38'000.- CHF auferlegt. Hierauf wird der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 31'000.- CHF angerechnet. Der Restbetrag von 7'000.- CHF ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0221; per Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

2. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Koch Group AG Wallisellen gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabreden

Urteil B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Koch Group AG Wallisellen (vormals Paul Koch AG), in Wallisellen, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: Weko oder Weko) am 18. Oktober 2010 erlassene Verfügung in Sachen Untersuchung Nr. 22-0358 betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (RPW 2010/4, 717, nachfolgend: angefochtene Verfügung). Danach hätten im Zeitraum zwischen 2004 und 2007 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) verschiedene Unternehmen der Fensterbeschlagbranche einschliesslich der Beschwerdeführerin durch die Mitwirkung an einer Preisabrede hinsichtlich der Durchführung von Preiserhöhungen bei Beschlägen für Fenster- und Fenstertüren eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR251) verwirklicht, weshalb die Beschwerdeführerin mit einem Betrag gemäss Art. 49a KG sanktioniert wurde.

B. Beschwerdeführerin

B.a Die Beschwerdeführerin (vormals bis 2015: Paul Koch AG; nachfolgend: Koch) ist eine seit 1979 bestehende schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Handel mit Beschlägen, Werkzeugen und Maschinen, Planung, Montage und Service von Schliessanlagen sowie Zutritts-, Verschluss- und Rettungswegtechnik.

B.b Die Beschwerdeführerin ist eine Gruppengesellschaft der Koch-Gruppe, welche nach ihrem eigenen Vorbringen die grösste Händlerin für Fenster- und Fenstertürbeschläge in der Schweiz ist. Weitere Gruppengesellschaften der Koch-Gruppe sind die Koch-Group AG St. Gallen (vormals bis 2015: Eugen Koch AG) und die Koch Group AG Bern (vormals bis 2015: KWB Beschläge AG).

C. Sonstige Unternehmen

C.a Die nachfolgend aufgeführten Unternehmen waren als Untersuchungsadressaten ebenfalls in die Untersuchung der Vorinstanz einbezogen und stellen auch Verfügungsadressaten der angefochtenen Verfügung dar. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ergeben sich hierbei die nachfolgend aufgeführten Unternehmensaspekte.

C.b Die Roto Frank (Schweiz) GmbH (nachfolgend: Roto) ist eine 1972 gegründete Gesellschaft mit Sitz in Dietikon (vormals bis 2012: Roto Frank AG mit Sitz in Zürich). Ihr Zweck besteht im Vertrieb von Baubeschlä-

gen und Bauzubehör. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Roto Frank AG in Leinfelden-Echterdingen (nachfolgend: Roto D) und damit eine Konzerngesellschaft der Roto-Gruppe.

C.c Die Siegenia-Aubi AG (nachfolgend: Siegenia) ist eine 1977 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Uetendorf. Ihr Zweck besteht in der Herstellung und dem Vertrieb von Baubeschlägen sowie der Verwertung von Patenten und Schutzrechten und dem Erwerb von Grundstücken. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Siegenia-Aubi KG in Wilnsdorf (nachfolgend: Siegenia D) und damit eine Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe.

C.d Die Gretsch-Unitas AG (nachfolgend: GU) ist eine 1991 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Rüttligen bei Kirchberg. Ihr Zweck besteht im Handel und der Herstellung von Baubeschlägen sowie Metallwaren aller Art. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Gretsch-Unitas GmbH in Ditzingen (nachfolgend: GU D) und damit eine Konzerngesellschaft der GU-Gruppe.

C.e Die SFS unimarket AG (nachfolgend: SFS) ist eine 2001 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Widnau und Domiziladresse in Heerbrugg. Ihr Zweck bestand im Vertrieb sowie der Entwicklung und Herstellung von Beschlägen, Befestigungselementen, Konstruktionsteilen, Werkzeugen und anderen Produkten. Sie ist eine Tochtergesellschaft der SFS Group AG (vormals: SFS Holding AG) mit Sitz in Heerbrugg (nachfolgend: SFS Holding) und damit eine Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe. Nach mehreren Fusionen mit anderen Gruppengesellschaften lautet ihre Firma heute SFS Group Schweiz AG.

C.f Die deutsche Winkhaus Fenstertechnik GmbH & Co. KG in Teltge betrieb bis Juni 2007 eine Zweigniederlassung in Winterthur. Seit diesem Zeitpunkt bearbeitet die Winkhaus-Gruppe (nachfolgend: Winkhaus) den schweizerischen Markt direkt aus Deutschland mit zwei Aussendienstmitarbeitern der Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG in Teltge.

C.g Die Mayer & Co. Beschläge GmbH (nachfolgend: Maco) ist eine österreichische Gesellschaft mit Sitz in Salzburg. Ihr Zweck besteht in der Produktion von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren, Türschlössern, Fenstergriffen und Ladenbeschlägen.

D. Wesentliche Aspekte des Geschäftsbereichs

D.a Den Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden die Wettbewerbsverhältnisse im Geschäftsbereich der Baubeschläge für Fenster und für Fenstertüren (nachfolgend zusammen: Fensterbeschläge).

D.b Bei einer Fenstertüre handelt es sich im Wesentlichen um ein Fenster mit Türfunktion. Da eine sachliche Differenzierung zwischen Fenstern und Fenstertüren für die vorliegende Angelegenheit nicht erforderlich ist, wird

eine entsprechende Differenzierung nachfolgend nicht mehr erwähnt, sondern nur noch insgesamt auf den Begriff «Fenster» abgestellt.

D.c Als Fensterbeschläge sind alle mechanischen Teile zu qualifizieren, welche Fensterrahmen und Fensterflügel verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters steuern. Fensterbeschläge umfassen dabei alle Beschlagskomponenten, welche die Öffnungs- und Schliessfunktion sicherstellen. Dabei sind die Beschlagskomponenten aufeinander abgestimmt und bilden eine funktionale Einheit, wodurch sich jeweils spezifische Beschlagsgarnituren für bestimmte Fenstertypen ergeben.

D.d Fensterbeschläge werden in unterschiedlicher Art für Fenster mit verschiedenen Arten der Fensteröffnung hergestellt: Dreh-Kipp-Mechanismus, Drehmechanismus, Kippmechanismus, Schwingmechanismus, Hebeschiebmechanismus, Parallelschiebmechanismus, Falt-schiebmechanismus. Der ganz wesentliche Teil der Fensterbeschläge im Umfang von rund 80%-90% ist in Zentraleuropa als Dreh-Kipp-Beschlag ausgestaltet, wodurch bei einem Fenster eine Öffnung sowohl mittels einer Kippstellung als auch durch eine Drehstellung verwirklicht werden kann.

D.e Bei Fenstern lassen sich aufgrund ihrer Bauart zwei grundsätzliche Kategorien unterscheiden: Holz- und Kunststofffenster sowie Aluminiumfenster. Während Holz- und Kunststofffenster zumeist durch spezialisierte Fensterproduzenten oder Holzbetriebe hergestellt werden, erfolgt die Produktion von Aluminiumfenstern durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien. Aufgrund der Bauart bedürfen die jeweiligen Fenster unterschiedlicher Fensterbeschläge.

D.f Von den Fensterbeschlägen zu unterscheiden ist das Beschlagszubehör. Hierzu zählen Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen, Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe u.a. Das Beschlagszubehör wird üblicherweise über andere Bezugsquellen als die Fensterbeschläge bezogen.

D.g Für die Herstellung eines Fensterbeschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Z/amak und Aluminium eingesetzt.

E. Vertriebsstrukturen

E.a Die massgeblichen Hersteller von Fensterbeschlägen in Europa sind Roto D, Siegenia D, GU D, Maco und Winkhaus. Auf diese fünf Beschlaghersteller entfallen auch nahezu sämtliche in der Schweiz abgesetzten Produkte an Fensterbeschlägen. Neben diesen massgeblichen Beschlagherstellern sind in Europa nur noch einige wenige Hersteller von Fensterbeschlägen vorhanden, deren Fokus auf Nischenmärkte ausgerichtet ist und die in der Schweiz nicht selbst geschäftstätig sind.

E.b Der Vertrieb ihrer Fensterbeschläge innerhalb der Schweiz durch die massgeblichen Beschlaghersteller erfolgt im Wesentlichen über nationale Vertriebsvertretungen in Gestalt von Tochtergesellschaften oder Niederlassungen und/oder über Zwischenhändler als Vertriebsmittler in Gestalt von Grosshändlern (Koch und SFS) oder kleineren Einzelhändlern (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) an die Hersteller

von Fenstern (nachfolgend: Fensterproduzenten). Diese verwenden die Fensterbeschläge zum Einbau in die jeweils von ihnen hergestellten Fenster, die sie wiederum gegenüber den Endkunden in Gestalt von Bauunternehmen, Architekten und Privaten, welche den Einbau eines montagefertigen Fensters nachfragen, absetzen. Im Bedarfsfall beliefern sich die Grosshändler auch gegenseitig. In einem sehr geringen Umfang werden Fensterproduzenten auch direkt von Lieferanten aus Deutschland beliefert.

E.c Im massgeblichen Zeitraum haben die Hersteller Roto D und GU D sowie Winkhaus ihre Produkte über ihre in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften Roto und GU sowie ihre Zweigniederlassung vertrieben. Diese nationalen Herstellerververtretungen haben sowohl die Fensterproduzenten direkt als auch die Zwischenhändler beliefert.

E.d Siegenia D hat ihre Produkte ebenfalls über ihre schweizerische Tochtergesellschaft Siegenia vertrieben. Siegenia wiederum hat die Produkte mehrheitlich über die Koch-Gruppe abgesetzt, die als Grosshändlerin wiederum an Fensterproduzenten und Einzelhändler verkauft. Daneben hat Siegenia auch direkte Lieferbeziehungen zu drei grösseren Kunden unterhalten, um die Geschäfte mit diesen Kunden nicht zu verlieren.

E.e Auf Kundenwunsch haben die Koch-Gruppe und SFS als Grosshändler auch Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als die von ihnen üblicherweise vertriebenen Produkte geliefert.

E.f Maco hat ihre Produkte in der Schweiz über SFS vertrieben, die als Grosshändlerin wiederum die Fensterproduzenten und die Einzelhändler beliefert hat. Darüber hinaus hat Maco einen Kunden auch direkt beliefert.

E.g Die Fensterproduzenten lassen sich in drei Kategorien einteilen, die sich hinsichtlich Produkteangebot, Betriebsgrösse und Umsatz deutlich voneinander unterscheiden. Den grossen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von mehr als 20 Mio. CHF, welche die Fenster automatisiert und in grossen Stückzahlen produzieren, stehen die kleinen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von weniger als 10 Mio. CHF gegenüber, die zumeist als Schreinereibetriebe ausgestaltet sind. Bei den mittelgrossen Unternehmen mit einem Umsatz zwischen 10 und 20 Mio. CHF variiert die Ausgestaltung entsprechend.

E.h Die grosse Mehrheit der Fensterproduzenten bezieht die Fensterbeschläge stets vom gleichen Lieferanten. Der Wechsel eines Lieferanten ist mit relativ grossem Aufwand in Bezug auf die elektronische Erfassung und Verwendung im Kalkulations- und Produktionsprozess durch das jeweilige IT-System sowie die Schulung der Mitarbeiter verbunden. Ein Lieferantenwechsel kommt deshalb relativ selten vor.

E.i Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen. In der Regel wird die Preisbasis, d.h. der Verkaufspreis des jeweiligen Lieferanten, erhöht, indem diese mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels Kürzungen von Nachlässen, insbesondere

durch die mit den einzelnen Abnehmern verhandelten individuellen Rabattanpassungen.

F. Marktverhältnisse

F.a Für den relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus bestanden aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchungen für das Jahr 2007 folgende, vorliegend relevanten Marktanteile: (1) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus sowie SFS wiesen einen Gesamtanteil von über 90% des Markts auf; (2) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus vereinten einen Gesamtanteil von über 80% des Markts auf sich.

G. Geschehensablauf

G.a In der Zeit zwischen November 1999 und Juli 2007 kam es zu horizontalen Preisabsprachen von europäischen Herstellern von Fensterbeschlägen einschliesslich der für die Schweiz massgeblichen Beschlaghersteller, in welche die jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaften der Hersteller in den einzelnen Staaten der Europäischen Union (nachfolgend auch «EU») einbezogen waren. Die EU-Kommission sanktionierte neun Hersteller wegen dieser wettbewerbswidrigen Abreden mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39452 - Beschläge für Fenster und Fenstertüren, Siegenia-Aubi KG, Roto AG u.a., ABI. 2012 C 292/6). Die Sanktionsverfügungen gegenüber den als Verfügungsadressaten in Anspruch genommenen einzelnen Unternehmen wurden rechtskräftig, weil von diesen keine Rechtsmittel ergriffen oder eingelegte Rechtsmittel zurückgezogen wurden.

G.b In den Jahren 2004 sowie 2006/2007 kam es auch zu Preiserhöhungen von Fensterbeschlägen in der Schweiz. Dabei erfolgte eine Vielzahl von Kontakten zwischen den Untersuchungsadressaten in der Schweiz.

G.c Für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gemäss der angefochtenen Verfügung zu sanktionierenden Verhaltens sind die nachfolgend aufgeführten Ereignisse von massgeblicher Bedeutung.

G.d Zu Beginn des Jahres 2006 war eine neuerliche Preiserhöhung bei Fensterbeschlägen durch die Beschlaghersteller aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise absehbar. Daraufhin kam es im Laufe des Jahres 2006 zu verschiedenen Kontaktaufnahmen der schweizerischen Untersuchungsadressaten mit einem Austausch über die Ausgestaltung der Preiserhöhung.

G.e Im Rahmen einer solchen Kontaktaufnahme wurde Roto von Siegenia im August 2006 mitgeteilt, dass diese eine Preiserhöhung von 5% bis 6% auf den 1. September 2006 durchführen werde. Bereits vorgängig war durch Siegenia eine Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 gegenüber Koch angekündigt worden.

G.f Mit E-Mail vom 7. September 2006 lud Koch sämtliche Untersuchungsadressaten mit Ausnahme von Maco und GU zu einem Treffen ein. Unter dem Betreff «*Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007*» wurde u.a. ausgeführt: «*Aufgrund der Preisentwicklung der Rohmaterialien Stahl, Zink und Alu sowie der gestiegenen Sozial- und Transportkosten werden alle Hersteller Preisauf-*

schläge ankündigen. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen.»

G.g Mit E-Mail vom 8. September 2006 bestätigte Koch den Besprechungstermin vom 22. September 2006. Zudem wurde darüber informiert, «*dass sich GU entschuldigen lässt, diese hätten ohnehin einen MTZ von 4,2% per 01.09.2006 umgesetzt*».

G.h Am Treffen vom 22. September 2006 nahmen Koch, Roto, Siegenia, Winkhaus und SFS teil. Gegenstand der Besprechung bildete der Aspekt, ob eine Preiserhöhung für 2007 vorgenommen werden soll und falls ja, wie hoch diese Preiserhöhung ausfallen und zu welchem Zeitpunkt sie angekündigt und durchgeführt werden soll. Hierzu tauschten die Teilnehmer Informationen über Verkaufspreise, Marktsituation und ihre Vorstellungen und Absichten über Preiserhöhungen aus.

G.i Anlässlich der Besprechung verständigten sich Koch, Roto und Siegenia darüber, bis Ende Oktober 2006 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in Höhe von mindestens 5% zum 1. Februar 2007 anzukündigen. Von Seiten der Selbstanzeigerin Roto wurde der Inhalt dieser Verständigung folgendermassen angegeben: Roto um 5,8% zum 1. Februar 2007, Koch und Siegenia um 5,7% zum 1. Februar 2007 sowie Winkhaus um 6% bereits zum 1. Januar 2007. Von Seiten Koch wurde dementsprechend geltend gemacht, dass im Rahmen der Verständigung ihre angekündigte Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 in eine Preiserhöhung von 5,7% zum 1. Februar 2007 umgewandelt worden sei.

G.j Mit E-Mail vom 16. Oktober 2006 informierte Winkhaus die übrigen Teilnehmer der Besprechung, dass die Preiserhöhung in Höhe von 6% bis spätestens 1. Februar 2007 umgesetzt sei. Dabei wurde das betreffende Preiserhöhungsschreiben an die Kunden als Anlage beigefügt. Die E-Mail weist zudem die Aufforderung zum gegenseitigen Austausch der Preiserhöhungsschreiben auf. Bereits vorgängig hatte Winkhaus anlässlich eines Treffens am 29. September 2006 über die Umsetzung der Preiserhöhung um 6% auf den 1. Januar 2007 informiert.

G.k Die Ankündigung der Preiserhöhungen wurde durch Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wie vorgesehen bis Ende Oktober gegenüber den jeweiligen Kunden vorgenommen.

G.l Die Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wurden von Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wechselseitig ausgetauscht.

G.m Die Preiserhöhungen wurden durch Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus wie vorgesehen im Januar bzw. Februar vorgenommen.

G.n Die Anwendung des koordinierten Materialteuerungszuschlags durch die Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin erfolgte jedenfalls bis Juli 2007. Zu diesem Zeitpunkt waren aufgrund einer Selbstanzeige von Roto Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Abredebeteiligten durch die Wettbewerbsbehörden durchgeführt worden. Im Nachgang hierzu erfolgte in unterschiedlicher Ausgestaltung auch eine gewisse Ko-

operation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden.

G.o Der wesentliche Inhalt der Besprechung am 22. September 2006 wird durch verschiedene handschriftliche Notizen sowie Aktennotizen von Sitzungsteilnehmern belegt. Im Übrigen sind die Durchführung des Treffens einschliesslich der Teilnahme der angeführten Unternehmen, der Gegenstand der Besprechung einschliesslich des Austauschs von Informationen über die Preiserhöhungen sowie die vorgesehene Ankündigung der Preiserhöhungen und die Umsetzung der Preiserhöhungen unstrittig.

H. Vorinstanzliches Verfahren

H.a Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmenserklärung von Roto ein. Am 26. Juli 2007 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 SVKG den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG zu Gunsten von Roto bestätigt. Im weiteren Verlauf des Untersuchungsverfahrens hat Roto ergänzende Beweismittel und angefragte Informationen übermittelt.

H.b Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die potentiellen Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin als Verfügungsadressaten. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 30. Juli 2007 (Nr. 145, S. 38) sowie im Bundesblatt vom 7. August 2007 (BBI 2007 6007) bekannt.

H.c Bei verschiedenen Untersuchungsadressaten wurden daraufhin Hausdurchsuchungen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 KG durchgeführt. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmungsprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert. Die Server dieser Unternehmen wurden dabei gespiegelt.

H.d Nach vorgängig angekündigter voller Kooperationsbereitschaft hat SFS dem Sekretariat eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG samt Beilagen eingereicht.

H.e Ab dem 12. März 2008 wurden die Untersuchungsadressaten vom Sekretariat schriftlich befragt. Die schriftlichen Antworten gingen zwischen dem 26. März 2008 und dem 18. Januar 2010 ein. Des Weiteren wurden 55 Fensterverarbeiter, neun Zwischenhändler, zwei schweizerische Fachverbände sowie Dritte zur Abgabe von Auskünften aufgefordert. Sämtliche Antworten gingen zwischen dem 12. Februar 2009 und dem 22. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

H.f Am 2. Oktober 2008 gab die Beschwerdeführerin beim Sekretariat eine Protokollerklärung ab, mit der sie ihre volle Kooperationsbereitschaft zusicherte. Die entsprechende Bestätigung des Sekretariats erfolgte am 10. Oktober 2008. Im Rahmen ihrer Kooperation lieferte die Beschwerdeführerin am 18. Februar 2009 anlässlich

einer Besprechung zusätzliche Informationen und reichte diese anschliessend in schriftlicher Form ein.

H.g Am 14. Juli 2010 übermittelte das Sekretariat sämtlichen Untersuchungsadressaten den Verfügungsantrag zur Stellungnahme. Die einzelnen Stellungnahmen hierzu wurden im Laufe des August 2010 eingereicht.

H.h Ebenfalls am 14. Juli 2010 versandte das Sekretariat einen Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung an Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus einschliesslich einer voraussichtlichen Sanktionsberechnung. Im August 2010 wurde zwischen dem Sekretariat sowie Roto, Siegenia und Winkhaus eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Von Koch und SFS sowie von Maco wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung abgelehnt.

H.i Am 18. Oktober 2010 erliess die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

«1. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, Paul Koch AG, Wallisellen, und SFS unimarket AG, Heerbrugg, im Jahre 2006/2007 praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

2. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, und Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

3. Die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG und Siegenia-Aubi AG abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen werden genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

4. Die Untersuchung gegen Gretschi-Unitas AG, Rüttligen b. Kirchberg, und Mayer & Co. Beschläge GmbH, Salzburg, wird ohne Folgen eingestellt.

5. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressaten werden für das unter Ziffer 1 und Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG mit folgenden Beträgen belastet:

Roto Frank AG	0 CHF
SFS unimarket AG	557'200 CHF
Siegenia-Aubi AG	3'876'465 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	235'381 CHF
Paul Koch AG	2'957'817 CHF

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 718'670 (bestehend aus einer Gebühr von CHF 715'670 und Auslagen von CHF 3'000) werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil zu Lasten der Staatskasse. Somit werden die verbleibenden Unternehmen wie folgt belastet:

Roto Frank AG	102'667 CHF
SFS unimarket AG	102'667 CHF
Siegenia-Aubi AG	102'667 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	102'667 CHF
Paul Koch AG	102'667 CHF

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]»

I. Bundesverwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren(B-8430/2010)

I.a Die Verfügung der Wettbewerbskommission wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 6. Dezember 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit den später modifizierten Anträgen (vgl. SV K.d, K.e) angefochten.

I.b Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Verfügung sei sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen vollumfänglich aufzuheben. Sie brachte dabei die Einwände vor, die von ihr auch im fortgeführten Verfahren weiterhin geltend gemacht werden.

I.c Die Vorinstanz liess sich am 28. Februar 2011 innert erstreckter Frist zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung unter Kostenfolge, soweit darauf einzutreten sei. Dabei stützt sie sich auf die Gründe, die sie in der angefochtenen Verfügung und im vorliegenden Verfahren vorgetragen hat

I.d Mit Replik vom 12. Mai 2011 und Duplik vom 11. Juli 2011 führten die Parteien ihre jeweiligen Standpunkte weiter aus, wobei sie an ihren Anträgen festhielten.

I.e Am 29. Mai 2012 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die schriftliche Beantwortung der anlässlich der Verhandlung gestellten Fragen erfolgte seitens der Vorinstanz am 16. Juli 2012 und seitens der Beschwerdeführerin am 27. Juli 2012. Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest.

I.f Am 23. September 2014 erliess das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil (nachfolgend: Ausgangsurteil, zit. Baubeschlüsse-Koch-I) mit folgendem Dispositiv:

«1.Die Beschwerde wird gutgeheissen und es werden die Ziffern 1, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 - soweit die Beschwerdeführerin betreffend - aufgehoben.

2.Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 24'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von CHF 60'000.- (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen.

4.Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung zugesprochen.»

J. Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (2C_1017/2014)

J.a Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhob das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Interesse der Wettbewerbskommission Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass Koch an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, weshalb die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen sei; eventualiter sei das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Neu Beurteilung zurückzuweisen.

J.b Die Beschwerdeführerin beantragte als Beschwerdegegnerin die Beschwerde abzuweisen.

J.c Mit Urteil vom 9. Oktober 2017 erliess das Bundesgericht ein Urteil (nachfolgend: Rückweisungs Urteil, zit. Baubeschlüsse-Koch-I) mit folgendem Dispositiv:

«1.Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 aufgehoben und die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- trägt die Beschwerdegegnerin.

3.Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.»

K. Fortführung des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (B-5919/2017)

K.a Nach Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils wurde der bestehende Rechtsstreit im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unter dem neuen Aktenzeichen B-5919/2017 fortgeführt.

K.b Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 wurden die Parteien aufgefordert, unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen im Kartellrecht seit dem aufgehobenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu den bisherigen Vorbringen Stellung zu nehmen.

K.c Mit Schreiben vom 18. August 2018 hat die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme eingereicht.

K.d Die Beschwerdeführerin modifizierte dabei ihre bislang gestellten Anträge, indem sie einerseits ihren bisherigen Antrag auf eine Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zurücknahm, weil diese Frage höchstrichterlich beurteilt worden sei, und sie andererseits einen Eventualantrag als neue Ziff. 3 hinzufügte:

«1.Es sei die Verfügung vom 18. Oktober 2010 vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten nicht gegen das Kartellgesetz verstossen hat.

3. Eventualiter sei Koch für einen Verstoß gegen das Kartellgesetz nicht zu sanktionieren.

4. Subeventualiter seien die in der Verfügung vom 18. Oktober 2010 der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion sowie die auferlegten Kosten nach freiem Ermessen des Gerichts zu reduzieren.

5. Alles unter Verzicht auf Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin und unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.»

K.e Auch die prozessualen Anträge wurden durch die Beschwerdeführerin modifiziert, indem einerseits die bis dahin geltend gemachten Anträge zurückgenommen wurden und andererseits die folgenden neuen Anträge gestellt wurden:

«1. Für den Fall weiterer Sachverhaltsabklärungen/-feststellungen sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu deren Ergebnis zu gewähren.

2. Für den Fall einer Entscheidungspublikation sei der Beschwerdeführerin der zu publizierende Text vor dessen

Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.»

K.f Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts das durch die angefochtene Verfügung beanstandete Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Kartellgesetz darstelle. Hierzu führt sie weiterhin die bereits vorgebrachten formellen und materiellen Einwände gegenüber der angefochtenen Verfügung auf. Zudem erhebt sie weitere formelle und materielle Einwände. Sämtliche Einwände werden nachfolgend im Rahmen der Erwägungen abgehandelt.

K.g Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 nahm die Wettbewerbskommission Stellung, wobei die bisherigen Positionen und Anträge beibehalten wurden.

L. Parallelverfahren in Sachen Siegenia

L.a Im Parallelverfahren gegenüber Siegenia als Abredeteilte erging ebenfalls mit Datum vom heutigen Tage ein Urteil (BVGer, 12. Dezember 2023, B-5918/2017, Siegenia-Aubi AG gg. Weko, zit. Baubeschlüsse-Siegenia-II), auf das verwiesen wird, soweit dies als sachdienlich erscheint.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zur Beurteilung von Beschwerden der betroffenen Unternehmen gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission, mit der die Feststellung und Ahndung der Wettbewerbswidrigkeit eines von ihnen ausgeübten wirtschaftlichen Verhaltens vorgenommen wird, zuständig (BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. ADSL II, E. 2 ff.; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Six Group AG u.a. gg. Weko, zit. DCC, E. 2 ff.).

3. Die Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 6 VwVG gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG gegeben, da sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders berührt wird, weshalb sie auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung aufweist.

5. Auch wenn in einzelnen Rechtsschriften der Parteien auf weitere Gruppengesellschaften der Koch-Gruppe verwiesen wurde, wird ungeachtet des massgeblichen Kartellrechtssubjekts schon mangels eines entsprechenden Parteiantrags auf deren Beiziehung zum Verfahren verzichtet, unabhängig davon, ob die Beschwerdelegitimation dieser Gruppengesellschaften überhaupt gegeben wäre.

6. Die formalen Anforderungen an eine Beschwerde hinsichtlich Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG, Form und Inhalt gemäss Art. 52 VwVG, ordnungsgemässe Vertretung gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG sowie die fristgerechte Einzahlung des angeforderten Kostenvorschusses gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG sind erfüllt.

7. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

II. GELTUNGS- UND ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES

8. Die angefochtene Verfügung hat den Abschluss einer Wettbewerbsabrede durch verschiedene Unternehmen und damit ein Verhalten gemäss Art. 2 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Bei der Koch-Gruppe handelt es sich um einen Konzern und damit um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, weil bei einem Konzern die gesamte Unternehmensgruppe und nicht einzelne Konzerngesellschaften das massgebliche Kartellrechtssubjekt bilden (BGer, 29.6.2012, 2C_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in BGÉ 139 I 72, zit. Publigroupe, E. 3; ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 26 ff., 29; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 39 ff., 48). Die Beschwerdeführerin stellt die Repräsentantin des massgeblichen Kartellrechtssubjekts dar, die als Verfügungsadressatin und damit als Partei im Rechtsmittelverfahren beteiligt werden kann.

9. Ein Vorbehalt zugunsten anderer Vorschriften gemäss Art. 3 KG ist nicht ersichtlich. Das festgestellte Verhalten erfolgte zwischen den Jahren 2006 und 2007 und wird daher gemäss Art. 62 f. KG von der zeitlichen Geltung der Sanktionsvorschrift des Art. 49a KG erfasst.

10. Der Geltungs- und der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sind daher gegeben. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

III. RECHTMÄSSIGKEIT DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTLICHEN VERFAHRENS

11. Die Beschwerdeführerin weist auf verschiedene formale Aspekte im Hinblick auf die Fortführung des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht hin. Danach würden sich aus dem Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts (vgl. SV J), mit dem das Ausgangsurteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. SV I) aufgehoben wurde, verschiedene Einschränkungen im Hinblick auf den Gegenstand und den Inhalt des neu zu erlassenden Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht ergeben. Zudem werden ergänzend formelle Anforderungen an den Erlass des Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht von Seiten der Beschwerdeführerin gestellt.

1) Ausschluss der Feststellung einer Preisabrede

12. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, es sei ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen einer unzulässigen horizontalen Preisabrede aufgrund des bislang festgestellten Sachverhalts feststellen und bejahen könne, weshalb ohne weitere zusätzliche Sachverhaltsabklärungen von Seiten des Gerichts oder der Wettbewerbskommission ein unzulässiges Verhalten der Beschwerdeführerin nicht feststellbar sei. Eine weitere zweckdienliche Sachverhaltsaufklärung scheide angesichts der langen Verfah-

rendsdauer - nachdem zwei Instanzen umfangreiche Untersuchungsmassnahmen getroffen hätten und der festgestellte Sachverhalt von drei Instanzen rechtlich gewürdigt worden sei - allerdings wohl aus.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

13. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, der Ausschluss der Feststellung einer Preisabrede ergäbe sich zwingend aus dem Entscheid des Bundesgerichts, die Angelegenheit wieder an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

14. Denn zur Feststellung des Vorliegens einer unzulässigen horizontalen Preisabrede hätte das Bundesgericht vor dem Hintergrund seiner umfassenden Kognition in rechtlicher Hinsicht selber gelangen müssen. Indem das Bundesgericht gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf das Bestehen einer Vereinbarung schliesse, sondern lediglich auf Anhaltspunkte hinweise und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverweise, habe das Bundesgericht den durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt aber - für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich - rechtlich gewürdigt und es sei in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass aufgrund des festgestellten Sachverhalts zwar Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise bestünden, der entsprechende Nachweis hierfür aber nicht erbracht sei.

15. Selbst wenn sich für das Bundesgericht aus dem festgestellten Sachverhalt lediglich das Vorliegen einer Vereinbarung ergeben hätte, nicht aber auch deren Qualifikation als unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, hätte das Bundesgericht nicht nur von Anhaltspunkten für eine Vereinbarung gesprochen, sondern deren Bestehen verbindlich festgestellt und die Sache lediglich mit Bezug auf die Qualifizierung der Vereinbarung unter Art. 5 KG zur weiteren Sachverhaltsabklärung und anschliessenden rechtlichen Würdigung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

16. Andernfalls müsste sich das Bundesgericht denselben Vorwurf gefallen lassen, den es gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht zu erheben scheint, dass es nämlich seine Kognition in rechtlicher Hinsicht selber nicht umfassend ausgeübt hätte.

17. Dieser Umstand sei auch durch den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Altimum bestätigt worden. Dort sei das Bundesgericht gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Schluss gekommen, dass bei allen Händlern eine vertikale Preisabrede bestanden habe und nicht nur in Bezug auf gewisse Händler, wie vom Bundesverwaltungsgericht angenommen. Auch bei dieser Feststellung handle es sich um eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Bundesgericht, welche von derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts abweichen würde. Der bislang erstellte Sachverhalt würde daher die Feststellung einer Preisabrede nicht zulassen, selbst wenn das Bundesgericht wie in Sachen Altimum an die Grenzen seiner Kognitionsbefugnis gegangen wäre.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

18. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Einwände aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

19. Im Hinblick auf die inhaltlichen Wirkungen, die sich aus dem Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts für das vom Bundesverwaltungsgericht zu fällende Urteil ergeben, sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

20. Das Bundesgericht hält in seinem Rückweisungs Urteil ausdrücklich fest, dass der rechtsrelevante Sachverhalt durch das vorgängige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht in abschliessender Weise festgestellt worden sei (E. 2.2 a.E.).

21. In diesem Zusammenhang weist es zunächst darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht angesichts seiner vollen Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben habe (E. 2.2). Da keine Hinderungsgründe für die Beweisbeschaffung und das Schliessen allfälliger Beweislücken ersichtlich seien, könne der vom Bundesverwaltungsgericht angewendete Grundsatz in dubio pro reo jedenfalls keine Berücksichtigung finden (E. 2.2). Zudem habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem von der Wettbewerbskommission bejahten Vorliegen eines abgestimmten Verhaltens gar nicht näher auseinandergesetzt (E. 2.2). Darüber hinaus würde ein angebliches Preisdiktat der Hersteller weder eine Vereinbarung noch ein abgestimmtes Verhalten ausschliessen, weshalb auch aus dieser Differenzierung kein Nachweisproblem folge (E. 3.2).

22. Das Bundesgericht nimmt im Rahmen seiner Entscheidung keinerlei eigene Sachverhaltsfeststellungen vor. Da das Bundesgericht gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG an die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts als Vorinstanz zum Sachverhalt gebunden ist, könnte es auch nicht ohne Weiteres an die unter Umständen inhaltlich anders gelagerten Sachverhaltsfeststellungen der Wettbewerbskommission als verfügende Behörde anknüpfen.

23. Dementsprechend erfolgt die Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht durch das Bundesgericht im Rückweisungs Urteil ausdrücklich «zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang» (E. 4).

24. Darüber hinaus hat das Bundesgericht im Rückweisungs Urteil ebenfalls ausdrücklich festgestellt, dass das Bundesverwaltungsgericht bei seiner ursprünglichen rechtlichen Beurteilung materiell-rechtlich von unzutreffenden Prämissen ausgegangen sei (E. 2.2). Das Bundesgericht verweist in seinen Klarstellungen hierzu auf seine neuere Rechtsprechung in Sachen Gaba (BGer, 28.6.2016, 2C_180/2014, Colgate-Palmolive Europe Sàrl [ehemals Gaba International AG] gg. Weko, publ. BGE 143 II 297, zit. Gaba, E. 5.1-5.3, 5.6), die zwar erst nach Erlass des aufgehobenen Urteils ergangen war, wodurch sich aber abweichende Bewertungen im Hinblick auf Wettbewerbsabreden ergeben würden (E. 3.1).

25. Aufgrund dieser Erwägungen können aus dem Urteil des Bundesgerichts weder in Bezug auf eine Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts noch hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung einer Preisabrede allfällige inhaltliche Einschränkungen im Rahmen eines neuen Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht abgeleitet werden. Vielmehr ist aufgrund der rechtlichen Hinweise des Bundesgerichts davon auszugehen, dass die Neubeurteilung unter Berücksichtigung der durch das Bundesgericht zwischenzeitlich konkretisierten Rechtsprechung zu Wettbewerbsabreden zu erfolgen hat und dass die bisherige Beurteilung im Ausgangsurteil dieser neuen Ausrichtung offensichtlich nicht mehr entspricht. Insbesondere ergibt sich aus dem ausdrücklichen Hinweis, wonach ein angebliches Preisdiktat der Hersteller entgegen der im Ausgangsurteil vertretenen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts weder eine Vereinbarung noch ein abgestimmtes Verhalten ausschliessen würden, dass das Bundesgericht offensichtlich eine andere rechtliche Würdigung des bislang bereits erhobenen und bekannten Sachverhalts vornimmt. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin kann den Feststellungen des Bundesgerichts demzufolge aufgrund einer objektiven Würdigung gerade nicht entnommen werden, dass aufgrund des bekannten Sachverhalts der Nachweis einer Wettbewerbsabrede nicht erbracht werden könne.

26. Demzufolge hat das Bundesverwaltungsgericht im fortzuführenden Verfahren die angefochtene Verfügung aufgrund der Beschwerde der Beschwerdeführerin vollumfänglich und ohne jegliche Einschränkung, allerdings unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht vorgegebenen Einschätzung hinsichtlich des Preisdiktats der Hersteller, zu überprüfen.

27. Hierfür wäre eine neue Sachverhaltsfeststellung durch das Bundesverwaltungsgericht nur insoweit vorzunehmen, als sich eine erneute rechtliche Beurteilung im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf die bisherigen Feststellungen zum Sachverhalt abstützen liesse.

28. Allerdings kann aufgrund der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den Sachen Gaba (BGE 143 II 297) sowie auch Hors-Liste-Pfizer-II (BGer, 4.2.2021, 2C_149/2018, Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Pfizer AG, publ. BGE 147 II 72, zit. Hors-Liste-Pfizer-II), mit der eine entscheidende Konkretisierung und Ausweitung der rechtlichen Qualifizierung von Wettbewerbsabreden gegenüber der früheren Wettbewerbspraxis vorgenommen wurde, die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ohne Weiteres anhand der bisherigen Vorbringen der Abredebeteiligten durchgeführt werden. Dies wird nachfolgend im Rahmen der Anwendung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 5 KG dargelegt. Aus diesem Grund sind auch keine neuen Sachverhaltsfeststellungen durch das Bundesverwaltungsgericht erforderlich.

29. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 13-16) erweist sich angesichts der eindeutigen Feststellungen des Bundesgerichts als konstruiert und daher unbeachtlich. Insbesondere entbehren die Ausführungen, wonach das Bundesgericht im Rückweisungs Urteil den Nachweis einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhal-

tensweise aufgrund des bekannten Sachverhalts ausgeschlossen habe, jeglicher sachlichen Grundlage.

30. Dies gilt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 17) auch unter Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Urteils in Sachen Altimum (BGer, 18.5.2018, 2C_101/2016, Eidg. Departement der Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Altimum SA, publ. BGE 144 II 246, Pra 2019, Nr. 53, 536, zit. Altimum). Denn aus diesem Urteil lassen sich keine Einschränkungen im Hinblick auf die im Rückweisungs Urteil für den vorliegenden Sachverhalt ausdrücklich getroffenen Feststellungen ableiten.

2) Ausschluss einer Sanktionierung

31. Mit ihrem Antrag Nr. 3 macht die Beschwerdeführerin eventualiter geltend, dass sie für einen allenfalls durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellten Verstoss gegen das Kartellgesetz durch die Koch-Gruppe nicht mehr sanktioniert werden könnte.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

32. Den Antrag begründet die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Altimum mit den folgenden Ausführungen.

33. Gemäss Bundesgericht in Sachen Altimum könne sich eine Partei im Beschwerdeverfahren nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Urteils zu verlangen, weil es sich bei der Beschwerde gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG um ein reformatorisches Verfahren handle. Vielmehr müsse sie auch einen Antrag in der Sache stellen. Soweit Geldforderungen den Gegenstand der Beschwerde bilden würden, müssten diese - «sous peine d'irrevocabilité» - im Rahmen eines bezifferten Begehrens beantragt werden.

34. Da das zuständige Departement für den Fall der Aufhebung des Urteils nur eine Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zur Festsetzung der Sanktion beantragt, aber keinen bezifferten Sanktionsbetrag in seinen Anträgen vor Bundesgericht bezeichnet habe, würde nur ein unsubstanziierter Antrag vorliegen. Dabei würde es sich in Bezug auf eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht um ein zulässiges Begehren im Sinne von Art. 107 Abs. 1 BGG handeln. Da ein entsprechender Antrag nicht gestellt worden sei, hätte das Bundesgericht auf die Verhängung einer Sanktion verzichten müssen.

35. Das Fehlen eines solchen Begehrens spiele auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Rolle. Denn auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht habe das zuständige Departement nur einen Rückweisungsantrag und keinen bezifferten Antrag auf Sanktionierung gestellt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe das zuständige Departement mit seinen Rügen im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren den Verfahrensgegenstand damit auch für das fortzuführende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht festgelegt.

36. Das Bundesverwaltungsgericht sei an die Erwägungen des Bundesgerichts gebunden und könne nicht das in Frage stellen, was das Bundesgericht ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt habe. Der von einer Rückweisung erfasste Streitpunkt dürfe entsprechend

BGE 135 III 334 E. 2.2.1 zudem weder ausgeweitet noch auf eine neue Grundlage gestellt werden. Dasselbe gelte für diejenigen Elemente, welche von der Beschwerde führenden Partei im Rahmen ihrer Beschwerde nicht gerügt worden sei. Auch diese dürften nicht Gegenstand des Rückweisungsverfahrens bilden.

37. Dass es sich in Sachen Altimum um ein reformatorisches und kein kassatorisches Urteil gehandelt habe, sei nicht relevant, weil dieser Umstand keine Auswirkung auf die Frage des Streitgegenstands habe. Denn dieser bestimme sich gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG allein durch die Begehren der Beschwerde führenden Partei.

38. Dem Bundesverwaltungsgericht sei es im Ergebnis deshalb verwehrt, eine Sanktion auszusprechen. Ansonsten würde es den vom Bundesgericht gestützt auf die Beschwerde des zuständigen Departements festgelegten Streitgegenstand erweitern.

39. Ein anderes Ergebnis wäre stossend, weil der einzige Unterschied zwischen den beiden Verfahren darin bestünde, dass das Bundesgericht im Verfahren Altimum in der Sache selbst entschieden habe, weil es den Nachweis für ein sanktionsbedrohtes Verhalten als erbracht erachtet habe, während es sich im vorliegenden Fall für eine Rückweisung entschieden habe, weil der Nachweis bislang nicht habe erbracht werden können. Dies würde - vereinfacht ausgedrückt - dazu führen, dass trotz desselben Antrags im Fall eines klaren Kartellrechtsverstosses keine, in einem weniger klaren Fall hingegen eine Geldbusse verhängt werden würde.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

40. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Ausführungen für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

41. Mit dem Rückweisungs Urteil hat das Bundesgericht offensichtlich dem Begehren des zuständigen Departements als Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren entsprochen. Dabei erfolgt die Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht durch das Bundesgericht ausdrücklich «zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang» (E. 4). Demzufolge hat das Bundesverwaltungsgericht, wie bereits vorstehend dargelegt, im fortzuführenden Verfahren die angefochtene Verfügung aufgrund der Beschwerde der Beschwerdeführerin vollumfänglich und ohne jegliche Einschränkung unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu überprüfen. Dies gilt insbesondere auch für die Sanktionierung eines allfällig festzustellenden wettbewerbswidrigen Verhaltens der Koch-Gruppe.

42. Demgegenüber ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einschränkung des Streitgegenstands im Hinblick auf die Beurteilung der Sanktionierung im fortzuführenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wegen des Fehlens eines bezifferten Antrags des zuständigen Departements im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren aus mehreren Gründen unzutreffend (im Ergebnis nunmehr ebenso BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.1, allerdings unter Verweis auf den ausdrücklichen Antrag des Beschwerde führenden Departements, die Entscheidung der Wettbewerbskommission

und damit die vorgesehene Sanktionierung zu bestätigen).

(a) Rechtslage nach Rückweisung

43. Dies ergibt sich zum einen ohne Weiteres aus der Rechtslage nach der Rückweisung einer Rechtssache an das Bundesverwaltungsgericht.

44. Denn es bedarf keiner zusätzlichen ausdrücklichen Aufnahme der im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge in eine Beschwerde an das Bundesgericht, mit der die vollständige Aufhebung eines vorinstanzlichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts beantragt wird, damit diese Anträge im angestrebten Falle einer Rückweisung durch das Bundesgericht vom Bundesverwaltungsgericht zu berücksichtigen sind.

45. Das umfassende Begehren auf vollständige Aufhebung eines vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung zur neuerlichen Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht enthält notwendigerweise zugleich auch den Antrag auf Wiederherstellung des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils. Dabei handelt es sich offensichtlich um den Inhalt und im Falle des Obsiegens um das Ergebnis des umfassenden Aufhebungs- und Rückweisungsantrags eines Beschwerdeführers. Denn im Falle der vollständigen Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils durch das Bundesgericht wird das bisherige Verfahren durch das Bundesverwaltungsgericht fortgeführt, als ob das aufgehobene Urteil nie erlassen worden wäre. Dabei wird nicht ein völlig neues Verfahren eröffnet, das nochmals von vorne begonnen werden müsste, auch wenn das fortgeführte Verfahren formal ein neues Aktenzeichen mit aktueller Jahresangabe erhält. Dies wird dadurch belegt, dass die bisherigen Verfahrenshandlungen von Seiten des Gerichts und der Parteien erhalten bleiben und nicht wiederholt werden müssen. Die regelmässig vom Bundesverwaltungsgericht bei Fortführung des Verfahrens vorgenommene Instruktion, wonach die Parteien mitzuteilen haben, ob und inwieweit sie an ihren bisherigen Anträgen festhalten, bildet keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der bisherigen Anträge, sondern gibt ihnen lediglich die Möglichkeit, ihre bisherigen Parteivorbringen unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht festgestellten Rechtsaussagen anzupassen. Bei einer Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils wird daher der Verfahrensstand vor Erlass des Urteils vollumfänglich wieder hergestellt. Damit behalten auch die im bisherigen vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge der Parteien ohne Weiteres ihre volle Wirksamkeit.

46. Im Übrigen ist zudem davon auszugehen, dass die im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge als Bestandteil des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils implizit im Begehren auf Aufhebung- und Rückweisung enthalten sind, weshalb sie keiner ausdrücklichen Erwähnung bedürfen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich insbesondere nicht konstruieren, dass sämtliche im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge streng vom Begehren auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung zur Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht abzugrenzen wären, weil es sich hierbei

um jeweils völlig unterschiedliche Sachpunkte handeln würde.

47. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Ausgangslage bestehen nur in den Fällen, in denen ein Beschwerdeführer selbst im Rahmen der Beschwerde entweder (i) nur eine teilweise Aufhebung des Urteils geltend macht, oder (ii) eine spezifische Wiederherstellung des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils verlangt. So kann eine Beschwerde z.B. von vornherein nur auf die Festsetzung einer bestimmten Sanktion ausgerichtet sein, oder z.B. aufgrund der jeweils geltend gemachten Rechtsverletzung gerade auf die Wiederholung des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens abzielen. In derartigen Fällen kann die Stellung eines bestimmten zusätzlichen Antrags erforderlich sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall und bedarf deshalb im hier massgeblichen Zusammenhang keiner allgemeinen Beantwortung.

48. Denn im vorliegenden Sachverhalt ergibt sich ohne Weiteres, dass der Antrag des zuständigen Departements im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht die Herstellung des Verfahrensstands einschliesslich des in der angefochtenen Verfügung statuierten und im bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gestellten Antrags auf Sanktionierung der Koch-Gruppe durch die Abweisung von deren Beschwerde umfasst hat.

(b) Anforderungen an eine Beschwerde

49. Zum anderen kann die Stellung der im vorinstanzlichen Verfahren bereits gestellten Anträge im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, das auf die Prüfung von durch die Vorinstanz beurteilten Rechtsfragen beschränkt ist, nicht den Inhalt und den Umfang des Streitgegenstands im Falle einer Rückweisung durch das Bundesgericht präjudizieren. Denn dies würde den formalen und materiellen Anforderungen an eine zulässige Beschwerde an das Bundesgericht widersprechen.

50. Eine solche Beschwerde ist gemäss Art. 95 f. BGG auf die Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch die Vorinstanz(en) beschränkt. Gemäss Art. 42 BGG hat der Beschwerdeführer dabei seine Begehren sowie deren Begründung und die Angabe allfälliger Beweismittel in seiner Beschwerdeschrift anzugeben. Mit der Begründung ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt das Recht verletzt. Ohne Eingabe einer entsprechenden Begründung ist ein Antrag von vornherein als unzureichend und dementsprechend als unbeachtlich zu qualifizieren. Demzufolge ist eine Beschwerde an das Bundesgericht auf die Geltendmachung von Rechtsverletzungen beschränkt.

51. Daher ist es bereits aus formalen Gründen ausgeschlossen, dass ein Beschwerdeführer quasi vorbeugend und der Vollständigkeit halber die im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge zusätzlich zu einem Antrag auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung stellt. Denn andernfalls müssten zum einen auch Anträge im Hinblick auf sonstige Aspekte gestellt werden, bei denen gar keine Rechtsverletzung

seitens der Vorinstanz geltend gemacht wird. Zudem müssten derartige Anträge auch noch begründet werden, um deren Berücksichtigung überhaupt sicherstellen zu können. Dies würde letztlich dazu führen, dass ein Beschwerdeführer sämtliche Vorbringen des vorinstanzlichen Verfahrens auch in das Beschwerdeverfahren einbringen müsste, um eine ordnungsgemässe Beschwerde zu gewährleisten. Dies steht in einem offensichtlichen Widerspruch zur Anforderung der ausschliesslichen Geltendmachung von Rechtsverletzungen.

52. Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Prozessökonomie, wonach die Behörden und Gerichte ein effektives, d.h. ein möglichst zeitnahes und ressourcenschonendes Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu gewährleisten haben (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 71 m.w.N.), dass in einem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht nicht alle Parteivorbringen des vorinstanzlichen Verfahrens mit uneingeschränkter Kognition zu überprüfen sind.

53. Überdies ist im Hinblick auf die massgebliche Sachverhaltskonstellation darauf hinzuweisen, dass bereits die Wettbewerbskommission im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht notwendigerweise einen bezifferten Antrag auf Festsetzung einer bestimmten Sanktionierung zu stellen hat. Vielmehr ist es regelmässig ausreichend, dass sie nur einen allgemeinen Antrag auf Abweisung der Beschwerde des jeweiligen Verfügungsadressaten stellt, um damit die Rechtswirksamkeit der angefochtenen Verfügung einschliesslich des darin bezifferten Sanktionsbetrags herzustellen. Dies gilt im Übrigen auch für die Festsetzung aller sonstigen Massnahmen in der angefochtenen Verfügung. Daher wird mit dem Begehren auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zugleich auch das Begehren auf Abweisung der vorinstanzlichen Beschwerde des Verfügungsadressaten geltend gemacht, das im Falle des Obsiegens im bundesgerichtlichen Verfahren im fortgeführten Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weiter verfolgt wird. Es ist bereits deshalb nicht ersichtlich, warum sich aus der Erhebung einer Beschwerde an das Bundesgericht auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils eine Änderung des Begehrens im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren ergeben sollte und das Departement zu Händen der Wettbewerbskommission daher in seiner Beschwerde an das Bundesgericht zwingend spezifizierte Anträge aufzunehmen hätte.

54. Dies gilt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 37) auch ungeachtet des Vorgehens des Bundesgerichts in Sachen Altimum (BGE 144 II 246, Altimum, E. 8.1). Denn das Bundesgericht hat dort kein Rückweisungs Urteil erlassen, sondern gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG selbst ein Urteil in der Sache gefällt. Für den Fall einer Rückweisung sind deshalb ausschliesslich die vorstehend dargelegten Aspekte massgebend.

(c) Berücksichtigung des Urteils in Sachen Altimum

55. Darüber hinaus ist die von der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren konstruierte Analogie zum

Verfahren in Sachen Altimum (BGE 144 II 246) sachlich nicht begründet.

56. Wenn das Bundesgericht eine Beschwerde gutheisst und gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG trotz des Rückweisungsantrags eines Beschwerdeführers einen eigenen Entscheid in der Sache fällt, berücksichtigt es dabei sowohl die von den Parteien vorgenommenen Verfahrenshandlungen als auch die materielle Beurteilung der Angelegenheit. Dabei darf das Bundesgericht gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG nicht über die Begehren einer Partei hinausgehen.

57. Dies bedeutet, dass das Bundesgericht einen Entscheid in der Sache nur dann fällen kann, wenn dieser ohne Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht und damit ohne Berücksichtigung des Verfahrensstands vor Erlass des aufgehobenen Urteils formal und materiell getroffen werden kann und der jeweilige Sachentscheid auch bei diesem Vorgehen durch das Begehren des jeweiligen Beschwerdeführers abgedeckt ist. Soweit ein allfälliger Sachentscheid hingegen nicht durch das Begehren eines Beschwerdeführers abgedeckt wäre, müsste das Bundesgericht auf einen entsprechenden Sachentscheid verzichten und die Sache zwingend an das Bundesverwaltungsgericht zurückweisen, weil es nicht über das Begehren eines Beschwerdeführers hinausgehen darf.

58. Demgegenüber wäre es widersprüchlich, wenn das Bundesgericht einerseits einen Entscheid in der Sache fällen würde, obwohl ein Beschwerdeführer einen Antrag auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an die Vorinstanz gestellt hat, ohne dabei den Verfahrensstand vor Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils einschliesslich eines im vorinstanzlichen Verfahren bereits gestellten Antrags inhaltlich zu berücksichtigen, und dies andererseits gerade damit begründen würde, dass das geltend gemachte Begehren auf vollständige Aufhebung und Rückweisung diesen Antrag nicht umfassen würde und ein entsprechender ausdrücklicher Antrag nicht zusätzlich gestellt worden sei.

59. Das Bundesgericht könnte daher nicht einen Sachentscheid treffen und dem Beschwerdeführer trotz dessen Antrags auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf einen fehlenden spezifischen Sanktionierungsantrag von einer im vorinstanzlichen Verfahren jedenfalls beantragten und gegebenenfalls sogar im angefochtenen Entscheid vorgesehenen Sanktionierung absehen. Denn entweder ist der Antrag auf Bestätigung der in der angefochtenen Verfügung vorgesehenen Sanktionierung als Bestandteil des Begehrens auf Abweisung der vorinstanzlichen Beschwerde und damit des Verfahrensstands vor Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils im Aufhebungs- und Rückweisungsbegehren enthalten, weshalb das Bundesgericht ohne Weiteres einen Sachentscheid treffen kann. Oder dieser Antrag auf Bestätigung der in der angefochtenen Verfügung vorgesehenen Sanktionierung wird nicht als vom Begehren auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht umfasst angesehen. In diesem Fall scheidet ein Sachentscheid allerdings aus, weil das Bundesgericht in

diesem Fall an den Rückweisungsantrag des Beschwerdeführers gebunden ist und nicht eigenmächtig über die Sanktionierung entscheiden und hierbei über das Begehren des Beschwerdeführers hinausgehen kann.

60. Dies gilt umso mehr dann, wenn ein Beschwerdeführer wie im vorliegenden Fall sogar einen ausdrücklichen Antrag auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zur Festsetzung der Sanktion im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren gestellt hat. Wenn dieser Antrag implizit einen Verweis auf die in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Sanktionierung als Richtschnur für eine gerichtliche Sanktionsbemessung aufweist, dann kann das Bundesgericht eine Festlegung der Sanktion selbst vornehmen und einen Sachentscheid fällen. Soweit das Vorhandensein eines entsprechenden impliziten Verweises verneint wird, kann auch keine Sanktionsentscheidung durch das Bundesgericht vorgenommen werden, weil eine solche dann über das ausdrückliche Rückweisungsbegehren zur Sanktionsbemessung hinausgehen würde. In beiden Fällen ist bei einer Rückweisung durch das Bundesgericht jedenfalls eine Einschränkung des Streitgegenstands zu Lasten des Beschwerdeführers und der Sanktionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen.

61. Für das vorliegende Verfahren ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Analogie zum Urteil in Sachen Altimum daher nicht zu berücksichtigen.

62. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit des Bundesgerichts, bei Gutheissung einer Beschwerde entweder eine Rückweisung vorzunehmen oder selbst einen Sachentscheid zu fällen, in Art. 107 Abs. 2 BGG ausdrücklich vorgesehen ist. Auch deshalb ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Grund für eine inhaltliche Einschränkung des Bundesverwaltungsgerichts bei einem Entscheid nach Abschluss des fortgeführten Verfahrens ersichtlich.

3) Vorabprüfung vor Veröffentlichung

63. Mit dem prozessualen Antrag Nr. 2 macht die Beschwerdeführerin geltend, für den Fall einer Publikation des vorliegenden Urteils sei ihr der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

64. Die Beschwerdeführerin führt zu ihrem prozessualen Antrag Nr. 2 aus, das Bundesverwaltungsgericht habe die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen und Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen. Dies ergebe sich aus Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4).

65. Für den Fall einer Entscheidpublikation sei die Beschwerdeführerin daher der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

66. Die Vorinstanz hält den durch die Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch für unbegründet.

(3) Würdigung durch das Gericht

67. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Vorlage des Urteilstexts vor dessen Publikation zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse ist unbegründet und daher abzuweisen.

68. Für einen entsprechenden Anspruch der Beschwerdeführerin besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch kann ein solcher Anspruch aus Vorschriften über die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen abgeleitet werden.

69. Der Ableitung eines solchen Anspruchs aus Geheimhaltungsvorschriften stehen mehrere Gründe entgegen. Dabei ist zwischen den verschiedenen Varianten an geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen zu unterscheiden.

70. Im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens werden regelmässig eine Vielzahl von Tatsachen, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, von den Wettbewerbsbehörden erfasst, ungeachtet dessen, ob sie von einem Unternehmen mitgeteilt oder im Rahmen der Ermittlungen aufgedeckt werden. Dementsprechend wird auch zumeist eine beträchtliche Anzahl an geheimnisbelasteten Tatsachen in einem Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht erfasst. Den erfassten geheimnisbelasteten Tatsachen kommt allerdings nicht zwingend eine Entscheidungserheblichkeit zu, nur weil sie als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind. Soweit geheimnisbelastete Tatsachen für die jeweilige Entscheidung des Gerichts nicht relevant sind, finden sie denn auch keine Aufnahme in ein Urteil. Hinsichtlich derartiger Tatsachen kann demzufolge auch von vornherein kein Anspruch auf Prüfung des Urteils vor dessen Publikation zu Gunsten eines Beschwerdeführers bestehen.

71. Selbst wenn eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren ist, kann es aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit erforderlich sein, diese im Rahmen eines Urteils detailliert oder zumindest näherungsweise bekannt zu geben. Denn andernfalls könnten weder bestimmte Anforderungen an ein wettbewerbsgemässes Verhalten noch die Kriterien für ein wettbewerbswidriges Verhalten durch die Rechtsprechung überhaupt kommuniziert und damit für die Marktteilnehmer auch erkennbar gemacht und klargestellt werden. Hinsichtlich derartiger, notwendigerweise bekannt zu gebender geheimnisbelasteter Tatsachen kann aber von vornherein kein Anspruch auf eine Entfernung aus dem Urteil bestehen, weshalb hierfür auch kein Anspruch auf eine vorgängige Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen durch das Urteil anzuerkennen ist. So sind zum Beispiel die Umstände der jeweiligen Verhaltenskoordination im Urteil darzulegen, unabhängig davon, ob es sich hierbei um Geschäftsgeheimnisse handelt.

72. Ein Anspruch auf die vorgängige Vorlage eines Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen, die im Hinblick auf nicht notwendigerweise be-

kannt zu gebende geheimhaltungsbedürftige Tatsachen bestehen, würde wiederum voraussetzen, dass auch ein Anspruch eines Beschwerdeführers auf eine entsprechende Korrektur des Urteilstexts besteht. Ansonsten käme einer Vorlagepflicht des Urteils zur Prüfung von Geschäftsgeheimnissen von vornherein keine Bedeutung zu. Die Entscheidung darüber, ob eine geheimhaltungsbelastete Tatsache notwendigerweise im Urteil zu berücksichtigen ist, stellt allerdings eine originäre Aufgabe des jeweiligen Gerichts im Rahmen einer Feststellung des massgeblichen Sachverhalts dar, auf den sich die materielle Beurteilung stützt. Deshalb kann einem Beschwerdeführer kein Anspruch auf eine vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor dessen Publikation zukommen, weil in diesen originären Entscheid des Gerichts ausnahmslos nicht (mehr) eingegriffen werden kann.

73. Der Anerkennung eines Anspruchs auf vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor dessen Publikation stehen zudem die zwingenden Vorschriften zur Einhaltung der Rechtsmittelfristen entgegen. Da ein Beschwerdeführer gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nur innerhalb eines beschränkten, kurzen Zeitraums eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässigerweise erheben kann, ist es von vornherein ausgeschlossen, dass eine Vorlage des Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen und eine allfällige Korrektur des Urteils vor dessen Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgt. Denn dadurch würde faktisch die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelfrist in unzulässiger Weise zu Gunsten eines Beschwerdeführers ausgedehnt.

74. Einer Vorlage des Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen und einer allfälligen Korrektur des Urteils nach dessen Zustellung an einen Beschwerdeführer aber vor dessen Publikation stehen die Anforderungen an eine rasche Veröffentlichung des Urteils entgegen. Denn mit Erlass eines Urteils entstehen unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgesehenen prinzipiellen Publizität von kartellrechtlichen Entscheiden auch Informationspflichten gegenüber den übrigen Parteien und sonstigen Wirtschaftsteilnehmern, die in einem sachlichen Gegensatz zu einer Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen vor dessen Publikation stehen. Angesichts der vorhersehbaren Auseinandersetzungen zwischen Beschwerdeführer und Gericht über die richtige Behandlung von einzelnen Geschäftsgeheimnissen und der dadurch bedingten Folge, dass die Publikation des Urteils hinausgeschoben wird - was von einem Beschwerdeführer auch aus anderen Gründen angestrebt werden könnte -, sowie wegen des Fehlens eines Korrekturanspruchs kommt den Interessen eines Beschwerdeführers auf eine Prüfung kein Vorrang vor den Publikationsinteressen zu.

75. Im Übrigen besteht für einen solchen Anspruch auch kein ausreichendes sachliches Bedürfnis auf Seiten eines Beschwerdeführers. Denn ein Beschwerdeführer hat die geheimnisbelasteten Tatsachen bereits in seinen Rechtsschriften in ausreichender Weise kenntlich zu machen.

76. Wurde eine entsprechende Kennzeichnung unterlassen, hat ein Beschwerdeführer auch die sich daraus

ergebenden Folgen einer Veröffentlichung von geheimnisbelasteten Tatsachen im Rahmen des Urteils selbst zu verantworten.

77. Soweit das Gericht ausreichend gekennzeichnete geheimnisbelastete Tatsachen im Rahmen seines Urteils als entscheidungsrelevant berücksichtigt, steht es in seiner Verantwortung, unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgesehenen grundsätzlichen Publizität von kartellrechtlichen Entscheiden zu entscheiden, ob und inwieweit diese unkenntlich zu machen sind. Soweit es sich nicht um notwendigerweise bekannt zu gebende geheimnisbelastete Tatsachen handelt, werden diese entsprechend dem einschlägigen Informationsreglement des Bundesverwaltungsgerichts (SR 173.320.4) unkenntlich gemacht. Dabei hat das Gericht auch die Konsequenzen zu tragen, die sich aufgrund von staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen aus einer fehlerhaften Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen eines Urteils ergeben. Daher kommt einem Beschwerdeführer auch im Hinblick auf derartige Tatsachen kein Anspruch auf vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor einer Publikation zu.

78. Dies mag umgekehrt allerdings nicht ausschliessen, dass das Gericht im Einzelfall nach Erlass und vor Publikation des Urteils den Urteilstext fakultativ einem Beschwerdeführer zur Prüfung einer Bekanntgabe von möglichen Geschäftsgeheimnissen vorlegt, um allfällige eigene Zweifel über die ordnungsgemässe Behandlung von Geschäftsgeheimnissen dadurch auszuräumen.

79. Im vorliegenden Fall besteht für das Gericht kein Anlass für eine fakultative Vorlage des Urteils, um eine Prüfung durch die Beschwerdeführerin zu ermöglichen. Denn die im Urteil bekannt gegebenen Tatsachen beschränken sich zum einen auf die für die Erfassung des Sachverhalts notwendigen Informationen und zum anderen ist ihre Darstellung für die Erfassung der rechtlichen Qualifizierung von Verhaltenskoordinationen gerade unter Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Einwänden unabdingbar. Im Übrigen sind die bekannt gegebenen Daten aufgrund der bereits erfolgten Publikation im Rahmen der angefochtenen Verfügung und angesichts ihres Alters nicht mehr als relevante Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren. Ungeachtet dessen werden die Umsätze der Beschwerdeführerin im massgeblichen Zeitraum unkenntlich gemacht.

IV. RECHTMÄSSIGKEIT DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS

80. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt wurde. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens.

1) Verletzung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK

81. Die Beschwerdeführerin rügt, das Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission verstosse gegen die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK, weshalb die verhängte Sanktion vollständig aufzuheben sei.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

82. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein pönaler Charakter zukäme, weshalb die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen würden.

83. Die Beschwerdeführerin erhebt hierzu den Einwand, dass die Wettbewerbskommission die Anforderungen von Art. 6 EMRK an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht erfüllen würde, weil diese nicht eine selbständige richterliche Instanz sei, sondern es sich bei ihr aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit dem Sekretariat um eine Verflechtung von Anklage- und Entscheidungsinstanz handle.

84. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgen: EGMR) würde ein Beschwerdeverfahren diese Mängel des unrechtmässigen vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu heilen vermögen. Vielmehr müsse dies die vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens zur Folge haben. Dies gelte insbesondere dann, wenn die zu sanktionierende Handlung wie im vorliegenden Fall kein Bagatelldelikt darstelle, sondern die Sanktion erheblich sei. Der Beschwerdeführerin sei deshalb ein faires Verfahren verwehrt worden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

85. Die Vorinstanz verweist zur Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens auf die einschlägige Rechtsprechung.

(3) Würdigung durch das Gericht

86. In nunmehr ständiger Rechtsprechung haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3.12.2002, 53892/00, Lilly France gg. Frankreich, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien, zit. Menarini, Ziff. 38 ff.) die Rechtmässigkeit einer Durchführung des Kartellverfahrens durch die Wettbewerbskommission festgestellt (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 58 ff.), wobei es sich trotz des strafrechtsähnlichen Charakters, d.h. eines strafrechtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK, um ein Verwaltungsverfahren handelt, weshalb strafrechtliche Grundsätze nicht ohne Weiteres und nur insoweit eingeschränkt Anwendung finden, als dies unter Berücksichtigung der wettbewerblchen Gegebenheiten sachgerecht ist (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.3.2 f.; BGer, 9.12.2019, 2C_985/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, publ. BGE 146 II 217, zit. ADSL II, E. 8.5.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.1; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 98 f.; BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, Gaba International AG gg. Weko, zit. Gaba, E. 6.1.3; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. Terminierung Mobilfunk, E. 4.2). Ein Kartellverwaltungsverfahren kann deshalb auch unter Berücksichtigung der Verhängung von hohen Geldbussen durch eine Verwaltungsbehörde zulässigerweise durchgeführt werden, soweit deren Entscheidung im Rahmen eines Rechtsmittels durch ein unabhängiges Gericht mit umfassender Kognition überprüft werden kann. Da die Kognition des Bundesverwaltungs-

gerichts im Rahmen einer Beschwerde gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission umfassend ausgestaltet ist, wie das Bundesgericht bereits im Rückweisungs-urteil (vgl. E. 2.2) sowie unlängst nochmals ausdrücklich festgestellt hat (BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, Aktiengesellschaft Hallenstadion und Ticketcorner AG gg. We-ko, zit. Hallenstadion, E. 3.1), ergeben sich auch unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK keine grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmässigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens.

87. Die Einwände der Beschwerdeführerin wegen einer Verletzung der in Art. 6 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien durch das Kartellverwaltungsverfahren der Wettbewerbskommission und deren Aufrechterhaltung nach Rückweisung durch das Bundesgericht (vgl. SV K.b) sind daher unzutreffend.

2) Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

88. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

89. Die Grundlagen dieser Rüge bilden die aus Sicht der Beschwerdeführerin ungenügende Aufklärung des Sachverhalts und eine fehlende Berücksichtigung der von ihnen angemahnten Abklärungen durch die Vorinstanz. Der festgestellte Sachverhalt sei daher unvollständig, unrichtig und könne nicht als Grundlage des Entscheids dienen. Hierzu erheben sie verschiedene Einwände.

90. Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt weitgehend einer fremden Selbstanzeige entnommen, ohne diese genügend zu verifizieren.

91. Zudem habe die Vorinstanz sich nicht hinreichend mit dem rechtserheblichen Vorbringen auseinandergesetzt. So habe die Koch-Gruppe an einer vermeintlichen horizontalen Abrede mit den Herstellern und deren schweizerischen Vertriebsgesellschaften bereits aufgrund ihrer Marktposition nicht teilnehmen können, weil sie weder auf der gleichen Marktstufe wie die ausländischen Beschlaghersteller noch auf der gleichen Marktstufe wie deren schweizerische Vertriebsgesellschaften tätig gewesen sei. Die unvollständige Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz lasse die relevante Wettbewerbssituation auf der Marktstufe, auf der die Koch-Gruppe tätig sei, völlig ausser Betracht.

92. Die von der Vorinstanz vorgenommene Befragung der Fensterproduzenten habe lediglich die Wettbewerbssituation zwischen den Beschlagherstellern zum Gegenstand, obwohl die Koch-Gruppe sich auf der Zwischenhandelsstufe befinde. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Befragung sei zudem nicht repräsentativ, weil sie sich lediglich auf 55 von den in der Schweiz tätigen 600 bis 700 Fensterproduzenten beschränke.

93. Überdies hätte die Vorinstanz ermitteln müssen, inwiefern die Koch-Gruppe die Preiserhöhungen gegenüber den von ihr belieferten Fensterproduzenten tatsächlich habe durchsetzen können, um festzustellen, welche Auswirkungen ihr vermeintlich kartellrechtlich relevantes Verhalten auf den Wettbewerb gehabt habe.

Angaben, welche sich spezifisch auf die Koch-Gruppe bezögen, lägen aber gar nicht und allgemein nicht in einem aussagekräftigen Masse vor. Die Sachverhaltsermittlung sei demzufolge unvollständig.

94. Die Wettbewerbskommission habe auf die Berücksichtigung der Aussagen von Fensterproduzenten, wonach der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt eher intensiv sei, als Bestandteil des ermittelten Sachverhalts verzichtet. Dies habe sie mit der haltlosen und nicht nachvollziehbaren Begründung abgelehnt, die befragten Marktteilnehmer wären aus strategischen Gründen nicht in der Lage gewesen, eine objektive Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse abzugeben, obschon in einem anderen Zusammenhang gerade auf die Aussagen der Fensterproduzenten abgestellt worden sei. Dadurch sei der Sachverhalt falsch ermittelt worden.

95. Die mangelnde Sorgfalt und Präzision der Wettbewerbskommission würden sich auch in der Handhabung der für die Berechnung der Sanktion zu berücksichtigenden Umsätze zeigen. Die Koch-Gruppe habe die entsprechenden Daten sorgfältig ermittelt und transparent mitgeteilt. Dennoch habe sie feststellen müssen, dass die ihrerseits eingereichten Umsatzzahlen sich auch auf Produkte beziehen würden, welche von den anderen Untersuchungsadressaten offenbar nicht als Teil des sachlich relevanten Markts betrachtet worden seien. Auch dieses Vorgehen stelle deshalb eine Verletzung der Untersuchungsmaxime dar.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

96. Nach Ansicht der Vorinstanz sind die durchgeführten Untersuchungsmassnahmen ausreichend zur Begründung des festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens.

(3) Würdigung durch das Gericht

97. Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 185, m.w.N.). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Wettbewerbsbehörden und die Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang eines Entscheids beeinflussen können. Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann. Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben. Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich dabei auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem Untersuchungsgrundsatz. Demzufolge ergibt sich nicht

allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen werden, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 185, m.w.N.).

98. Im vorliegenden Verfahren kommt das Gericht wie bereits die Wettbewerbskommission zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Koch-Gruppe auszugehen ist. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund einer anderen inhaltlichen Beurteilung der massgeblichen Rechtsfragen, als derjenigen, die von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Dabei stützt sich die gerichtliche Beurteilung auf den Sachverhalt, der auch aufgrund der unstrittigen, von der Beschwerdeführerin selbst eingestandenen Tatsachen als rechtserheblich zu qualifizieren ist.

99. Die Einwände der Beschwerdeführerin, wonach die Sachverhaltsfeststellungen fehlerhaft (E. 94, 95) und unzureichend (E. 91 f.) seien, auf einer Missachtung ihrer Verlangen auf Abklärung besonderer Umstände (E. 89) und einer nicht ausreichenden Verifizierung der Selbstanzeige (E. 90) beruhen und deshalb weitere Sachverhaltsfeststellungen von Seiten des Bundesverwaltungsgerichts erfordern würden, sind nicht von Bedeutung, weil sie ausschliesslich auf einer gegensätzlichen Bewertung der vom Gericht und der Wettbewerbskommission als rechtserheblich qualifizierten, bereits bekannten und letztlich unstrittigen Tatsachen des Sachverhalts beruhen. Die Rüge wegen einer angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes erweist sich daher insgesamt als unbegründet.

100. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes liegt nicht vor.

3) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

101. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Dabei wiederholen sie letztlich die gleichen Einwände wie im Hinblick auf eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. E. 89 ff.).

102. Die Koch-Gruppe habe während des Verfahrens mehrmals Ungenauigkeiten bezüglich des festgestellten Sachverhalts gerügt. Dabei habe die Koch-Gruppe auf die Marktverhältnisse, ihre spezifische Marktposition als reine Zwischenhändlerin, die fehlende Möglichkeit zur Teilnahme an einer horizontalen Abrede und die Bedeutung dieser Aspekte für die Sanktionsberechnung hingewiesen. Die Wettbewerbskommission habe diese rechtserheblichen Argumente nicht berücksichtigt oder nur mit vagen und damit ungenügenden Sachverhaltsargumenten verworfen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

103. Nach Ansicht der Vorinstanz wurden die Stellungnahmen und Anmerkungen der Beschwerdeführerin in ausreichendem Masse inhaltlich berücksichtigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

104. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem

administrativen oder gerichtlichen Rechtsverfahren einer hiervon betroffenen natürlichen oder juristischen Person, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zusätzlich auch aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens und umfasst insbesondere die folgenden Teilgarantien für eine ordnungsgemässe Durchführung verschiedener Aspekte eines Rechtsverfahrens (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 197 f. m.w.N.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie die Vorwürfe gegenüber den Parteien und Verfahrensbeteiligten; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere das Stellen von eigenen Beweisanträgen; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids. Dabei ist der Anspruch grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten.

105. Obschon eine Verletzung des Gehörsanspruchs grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz nach ständiger Rechtsprechung eine sog. Heilung der Rechtsverletzung erfolgen, wenn sie über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, so dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 197 f. m.w.N.). Dabei wird auch eine Heilung schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse der Betroffenen wäre. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu, soweit das jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (EGMR, 1.3.2001, 29082/95, Dallos gg. Ungarn, Ziff. 52; EGMR, 8.10.2013, 29864/03, Muilosmani gg. Albanien, Ziff. 132 m.w.N.).

106. Im vorliegenden Verfahren kommt das Gericht wie bereits die Wettbewerbskommission zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Koch-Gruppe auszugehen ist. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund einer anderen inhaltlichen Beurteilung der massgeblichen Rechtsfragen als von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Dabei stützt sich die gerichtliche Beurteilung auf den Sachverhalt, der auch aufgrund der unbestrittenen, von der Beschwerdeführerin selbst eingestandenen Tatsachen als rechtserheblich zu qualifizieren ist.

107. Die Einwände der Beschwerdeführerin (E. 102), wonach die notwendigen Begründungen für den Entscheid gänzlich fehlen würden oder inhaltlich unzureichend seien und keine ausreichende Mitwirkung an

der Feststellung des Sachverhalts infolge der fehlenden Berücksichtigung der angebrachten sachlichen Hinweisen zugelassen worden sei, sind nicht von Bedeutung, weil sie ausschliesslich auf einer gegensätzlichen Bewertung der vom Gericht und der Wettbewerbskommission als rechtserheblich qualifizierten, bereits bekannten und letztlich unstrittigen Tatsachen des Sachverhalts beruhen. Die Rüge wegen einer angeblichen Verletzung des Gehörsanspruchs ist daher insgesamt nicht relevant.

108. Ein Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör liegt nicht vor.

V. RELEVANTER MARKT

109. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Nach ständiger Rechtsprechung finden die in Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) aufgeführten Abgrenzungskriterien des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.1; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 257 m.w.N.; BVGer, 24.11.2016, B-3618/2013, Starticket AG u.a. gg. Aktiengesellschaft Hallenstadion, Ticketcorner AG und Weko, zit. Hallenstadion, E. 32, m.w.N.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 230 m.w.N.).

110. Die angefochtene Verfügung hat einen Handelsmarkt für Dreh-Kipp-Fensterbeschläge für Holz- und Kunststofffenster auf Stufe der Fensterproduzenten in der Schweiz als relevanten Markt abgegrenzt, bei dem sich einerseits die massgeblichen Beschlaghersteller und die grösseren Zwischenhändler sowie andererseits die Fensterproduzenten und die kleineren Zwischenhändler gegenüberstehen.

1) Sachlich relevanter Markt

111. Die angefochtene Verfügung sieht eine sachliche Marktabgrenzung auf dem Markt von Fensterbeschlägen mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden für alle an der Abrede beteiligten Unternehmen vor.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

112. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin nimmt die Vorinstanz eine völlig falsche Marktabgrenzung vor, weshalb sich die angefochtene Verfügung auf einen unrichtigen relevanten Markt abstütze. Bei einer ordnungsgemässen Marktabgrenzung zur Beurteilung des Verhaltens der Koch-Gruppe wäre der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Beschlag in Bezug auf die Zwischenhändler als sachlich relevanter Markt abzugrenzen gewesen.

113. Bei der Koch-Gruppe handle es sich um ein reines Handelsunternehmen für Fensterbeschläge, das in der Lieferkette auf der Stufe eines Zwischenhändlers zwischen den ausländischen Beschlagherstellern und deren nationalen Vertriebsvertretungen einerseits und den Fensterproduzenten andererseits angesiedelt sei. Deshalb könne die Koch-Gruppe nicht wie die Fensterpro-

duzenten als Nachfrager auf dem Markt für Endkunden qualifiziert werden.

114. Der massgebliche Markt sei daher der Beschaffungsmarkt von Fensterbeschlägen mit Dreh-Kipp-Mechanismus auf Stufe Zwischenhandel, weil mit der Erhöhung des Materialteuerungszuschlags durch mindestens zwei Hersteller die Einstandspreise für den Zwischenhandel und damit auch für die Koch-Gruppe erhöht worden seien. Die Auswirkungen der von den ausländischen Beschlagherstellern getroffenen Abrede hätten dementsprechend spezifisch auf dem Beschaffungsmarkt auf Stufe Zwischenhandel untersucht werden müssen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

115. Die Vorinstanz macht die in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Aspekte zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts geltend.

(3) Würdigung durch das Gericht

116. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren, Dienstleistungen oder sonstigen Wirtschaftsgüter (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 269; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 52; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 252).

117. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet bei Absatzmärkten das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 270 ff. m.w.N., BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 53 ff.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 253 ff.). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines durch das marktherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die wechselseitige Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften und Preise für den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist demzufolge, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistungen in identischer Weise erbracht werden, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sach-

überlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen zur Abgrenzung herangezogen werden.

118. Im vorliegenden Fall setzt eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von Fensterbeschlägen als Absatzmarkt demnach voraus, dass die verschiedenen Beschlagtypen aufgrund ihrer Eigenschaften, d.h. ihrer funktionalen Ausstattung, und ihres Preises, d.h. dem für die Beschaffung zu entrichtenden Entgelt, von den Nachfragern, d.h. den Fensterproduzenten in ihrer Funktion als massgebliche Endkunden, als gleichwertig und damit als austauschbar angesehen werden.

119. Die verschiedenen Beschlagtypen können aufgrund ihrer unterschiedlichen Mechanismen wechselseitig nicht ersetzt werden (vgl. SV D.c, D.d.). Die Fensterproduzenten fragen daher jeweils nur einen bestimmten Beschlagtyp für die Produktion der jeweiligen Fenster mit dem vorgesehenen Öffnungsmechanismus nach. Daher sind die Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus als eigenständiger Markt zu qualifizieren.

120. Da die Beschlagtypen mit Dreh-Kipp-Mechanismus zum einen für Holz- und Kunststofffenster sowie für Aluminiumfenster angefertigt werden und wechselseitig nicht ersetzbar sind und zum anderen die Herstellung von Aluminiumfenstern im Wesentlichen durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien erfolgt - weshalb sich die Nachfrager von Fensterbeschlägen für Aluminiumfenster sowie Holz- und Kunststofffenster unterscheiden (vgl. SV D.e) -, sind die Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster als eigenständiger Markt zu qualifizieren.

121. Diese sachliche Marktabgrenzung aufgrund der produktspezifischen Aspekte wird von der Beschwerdeführerin inhaltlich nicht beanstandet.

122. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand, wonach statt des Endkundenmarkts ein entsprechender Markt für Zwischenhändler als relevanter Markt hätte abgegrenzt werden müssen, weil die Koch-Gruppe aufgrund ihrer Funktion im Vertriebsweg zwischen den Beschlagherstellern und den Fensterproduzenten als Endkunden ausschliesslich auf diesem Markt tätig sei (vgl. E. 112 f.), erweist sich wegen der folgenden Aspekte als unbegründet.

123. Im Hinblick auf eine Marktabgrenzung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Marktabgrenzung von der Feststellung des massgeblichen Koordinationsverhältnisses zwischen den Abredebeteiligten (vgl. E. 174 ff.) zu unterscheiden ist, weil beide Aspekte nicht zwangsläufig zu gleichen Ergebnissen führen.

124. Im Rahmen einer Abgrenzung von relevanten Märkten sind - wie dargelegt - alle Aspekte zu berücksichtigen, welche die konkrete Nachfrage nach einem Produkt gestalten. Deshalb weisen vertriebsstrukturelle Aspekte grundsätzliche die gleiche Bedeutung auf wie produktspezifische Aspekte. Demzufolge ist es im Einzelfall auch nicht ausgeschlossen, dass die Nachfrage für ein bestimmtes Produkt bei Zwischenhändlern auf-

grund spezifischer Umstände anders ausgestaltet ist als die Nachfrage von Endkunden für dieses Produkt.

125. Soweit im Einzelfall eine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage besteht, sind jeweils ein Markt auf der Stufe der Zwischenhändler und ein davon zu unterscheidender Markt auf der Stufe der Endkunden gegeneinander abzugrenzen. Lässt sich eine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage hingegen nicht feststellen, ist eine Unterscheidung ausgeschlossen und es liegt nur ein Markt auf der Stufe der Endkunden vor. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich demzufolge allein aufgrund des Bestehens unterschiedlicher Vertriebsstufen nicht per se eine Unterscheidung zwischen einem Endkundenmarkt und einem Zwischenhändlermarkt. Vielmehr müssen im Einzelfall konkrete Umstände vorhanden sein, die eine unterschiedliche Nachfrage der Zwischenhändler gegenüber den Endkunden und eine darauf aufbauende unterschiedliche Marktabgrenzung begründen.

126. Regelmässig wird auf Seiten der Zwischenhändler keine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage für ein bestimmtes Produkt gegenüber derjenigen der Endkunden festzustellen sein. Denn die Nachfrage nach einem Produkt wird primär durch diejenigen Wirtschaftsteilnehmer bestimmt, welche das Produkt bestimmungsgemäss verwenden und deshalb entsprechende Auswahlentscheidungen treffen. Bei diesen Wirtschaftsteilnehmern handelt es sich um die Endkunden eines Produkts. Dagegen nehmen Abnehmer wie Zwischenhändler, welche die Produkte nicht selbst verwenden, sondern nur an die tatsächlichen Endkunden weiterveräußern, üblicherweise keine eigenständige Auswahlentscheidung vor, sondern richten ihre Beschaffungstätigkeit wiederum an der Nachfrage der Endkunden und damit an deren Vorstellungen über die massgeblichen Substitutionsmöglichkeiten aus.

127. Aus diesen Gründen sind Zwischenhändler bei dieser Regelkonstellation auch nicht als objektive Nachfrager zu qualifizieren. Vielmehr ist hierbei im Sinne einer abgeleiteten Nachfrage auf den durchschnittlichen Endkunden als objektiven Nachfrager abzustellen (BGer, 2C_113/2017, zit. Hallenstadion, E. 5.2.4, in Bestätigung von BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 70 ff.).

128. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche die Feststellung einer eigenständigen Nachfrage von Fensterbeschlägen auf der Vertriebsstufe des Zwischenhandels und damit eine Ausnahme von der Regelkonstellation begründen würden.

129. Im Hinblick auf die Beschaffung, Lagerhaltung und Auslieferung der Fensterbeschläge selbst sind jedenfalls keine Umstände ersichtlich, welche eine anders gelagerte Nachfrage der Zwischenhändler zu begründen vermögen. Allein der Umstand, dass die Zwischenhändler allenfalls grössere Mengen an Fensterbeschlägen bestellen und diese für eine Belieferung der Fensterproduzenten als Endkunden vorhalten, stellt keinen Umstand dar, der die Feststellung einer eigenständig zu beurteilenden Nachfrage der Zwischenhändler rechtfertigen würde. Im Übrigen ist vorliegend weder behauptet noch erstellt, dass die Koch-Gruppe Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als diejenigen von Siegenia in grösseren Mengen vorgehalten hat.

130. Zudem war der Vertriebsweg für Fensterbeschläge im massgeblichen Zeitraum vielgestaltig mit allen wesentlichen Varianten strukturiert (vgl. SV E.b). Die Fensterproduzenten wurden sowohl direkt von den ausländischen Beschlagherstellern (Maco) oder deren nationalen Herstellervertretungen (Roto, GU) als auch über einen Vertriebsmittler (Koch, SFS) oder sogar mehrere Vertriebsmittler (Geiser, Immer, Blaser) beliefert. Die Beschwerdeführerin bringt selbst vor, dass auch sie auf Kundenwunsch hin Fensterbeschläge sämtlicher Beschlaghersteller beschafft und geliefert hätte, und dass andere Zwischenhändler von ihr mit Fensterbeschlägen beliefert worden seien. Daher ist davon auszugehen, dass ausschliesslich die Auswahlentscheidungen der Fensterproduzenten und damit deren Nachfrage für die Beschaffung der Fensterbeschläge durch die Zwischenhändler massgebend waren. Demnach lässt sich aus der konkreten Ausgestaltung des Vertriebswegs keine Abgrenzung eines Markts der Zwischenhändler ableiten.

131. Die Beschwerdeführerin trägt auch keine spezifischen Gründe vor, warum die Nachfrage nach Fensterbeschlägen auf Seiten der Zwischenhändler anders ausgestaltet gewesen sein sollte als auf Seiten der Fensterproduzenten. Allein ein Hinweis auf die unterschiedlichen Vertriebsstufen (vgl. E. 113) ist für die Feststellung einer unterschiedlichen Marktabgrenzung nicht ausreichend.

132. Die Einwände der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer Erhöhung der Einstandspreise der Koch-Gruppe durch die Preisabrede und deren Auswirkungen für die Zwischenhändler (vgl. E. 114) sind für eine Abgrenzung des relevanten Markts und die dabei relevante Frage einer Ausgestaltung der Produktsubstitution von Fensterbeschlägen nicht massgeblich. Im Übrigen wird der Abschluss einer Abrede zur Erhöhung der Verkaufspreise für Endkunden ganz offensichtlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass dabei auch die Einstandspreise für die Zwischenhändler in bestimmtem Umfang erhöht werden (vgl. E. 239).

133. Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Unterscheidung zwischen einem Endkundenmarkt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus und einem entsprechenden Zwischenhandelsmarkt demnach nicht gegeben.

134. Als sachlich relevanter Markt ist deshalb der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf der Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden zu qualifizieren.

2) Räumlich relevanter Markt

135. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Schweiz als räumlich relevanten Markt.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

136. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass für die Fensterproduzenten die Möglichkeit für einen Bezug der Fensterbeschläge aus dem Ausland gegeben sei und verweisen dabei darauf, dass hierdurch die Fensterproduzenten einen Preisdruck auf die schweizerischen Verkäufer von Fensterbeschlägen hätten ausüben können. Sie machen dementsprechend die Abgrenzung eines

europäischen statt eines schweizerischen Markts als räumlich relevanten Markt geltend.

137. In der Schweiz würden fünf grosse Händler rund 500 schweizerische Produktionsbetriebe beliefern. Der deutsche Markt, der um ein Vielfaches grösser sei, weise in etwa die gleich hohe Anzahl an Händlern und Produktionsbetrieben auf.

138. Die ausländischen Beschlaghersteller würden den ausländischen Händlern deutlich bessere Einkaufskonditionen gewähren als die nationalen Herstellervertretungen den schweizerischen Händlern. In den letzten Jahren seien daher verschiedene ausländische Händler in den Schweizer Markt eingetreten, wodurch sich ein intensiver Wettbewerb entwickelt habe.

139. Die Koch-Gruppe sei diesem Wettbewerb mit wettbewerbsfähigen Preisen bei nicht ausreichenden Margen und einer modernen Logistik sowie flexiblen Service- und Kundenbetreuungsmöglichkeiten begegnet. Einen vergleichbaren Service würden die ausländischen Händler nicht anbieten. Dies sei aber bei kleinen Bestellmengen und fehlenden Lagerkapazitäten der Fensterproduzenten für die Kundenbeziehung von Bedeutung. Denn der Fenstermarkt in der Schweiz sei von regionalen Vorlieben, besonderen Kundenbedürfnissen sowie flexiblen Service- und Belieferungsmöglichkeiten geprägt.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

140. Die Vorinstanz begründet die vorgenommene Abgrenzung mit dem tatsächlichen Kundenverhalten.

(3) Würdigung durch das Gericht

141. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 302 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 148 ff.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 320 ff.). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu. Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein.

142. Sachaspekte, die geographische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichti-

gen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 304; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 150; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 322): (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte und den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind; (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter; (iii) konkret-objektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung bzw. Abholung; (iv) konkret-subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch die potentiellen Abredebeteiligten und ihre Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen; (v) Auswirkungen des infrage stehenden Verhaltens der potentiellen Abredebeteiligten.

143. Vorliegend betrifft der räumlich relevante Markt das Gebiet, aus dem die Fensterproduzenten die Fensterbeschläge des sachlich relevanten Markts und damit die Dreh-Kipp-Beschläge für Holz- und Kunststofffenster beziehen.

144. Zunächst ist festzustellen, dass keine wesentlichen Handelshemmnisse bestehen, die einen Bezug der Fensterbeschläge aus dem Ausland durch die Fensterproduzenten ausschliessen oder einschränken. Die angefochtene Verfügung hält dementsprechend auch fest, dass Belieferungen von einzelnen Fensterproduzenten durch deutsche Lieferanten vereinzelt tatsächlich erfolgen. Die allgemeinen Rahmenbedingungen schliessen eine Berücksichtigung des Auslands bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts daher nicht von vornherein aus.

145. Die allgemeinen Gesellschaftsaspekte bieten ebenfalls keine besonderen Anhaltspunkte für die Abgrenzung eines spezifischen räumlichen Markts. Aus diesem Grund spricht die allgemein bekannte Haltung sowohl in der schweizerischen Bevölkerung als auch der schweizerischen Wirtschaft, einheimische gegenüber ausländischen Geschäftsbeziehungen aufgrund von Sach- und Ortsnähe grundsätzlich zu bevorzugen, gegen eine Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt.

146. Im Hinblick auf die konkret-objektiven Aspekte des Produktabsatzes ist insbesondere das eigene Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 139) zu berücksichtigen, wonach der Fenstermarkt in der Schweiz von regionalen Vorlieben, besonderen Kundenbedürfnissen sowie flexiblen Service- und Belieferungsmöglichkeiten geprägt sei, wobei die ausländischen Hersteller keinen vergleichbaren Kundenservice bieten könnten. Demzufolge können Lieferbeziehungen zu ausländischen Händlern die Geschäftsbeziehungen mit inländischen Händlern offensichtlich nicht in adäquater Weise ersetzen. Für diese Einschätzung spricht auch der von der Beschwerdeführerin vorgenommene Vergleich mit Deutschland, wo trotz eines weitaus grösseren Markts

etwa die gleiche Händleranzahl für die Versorgung der Fensterproduzenten ausreicht (vgl. E. 137), was allenfalls auf weniger serviceintensive Kundenbeziehungen als in der Schweiz schliessen lässt. Aufgrund der konkret-objektiven Aspekte des Produktabsatzes ist daher eine Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt auszuschliessen.

147. Der von der Beschwerdeführerin selbst vorgebrachte Umstand (vgl. E. 138), dass die ausländischen Beschlaghersteller deutlich höhere Einstandspreise gegenüber den schweizerischen Zwischenhändlern ansetzen würden als gegenüber den ausländischen Zwischenhändlern, bestätigt die Einschätzung, dass die Möglichkeit der schweizerischen Fensterproduzenten zum Bezug von Fensterbeschlägen bei den ausländischen Zwischenhändlern tatsächlich nur wenig genutzt wird oder genutzt werden kann. Ansonsten müsste sich eine derartige Preisdifferenz zu Lasten der nationalen Vertriebsvertretungen der Beschlaghersteller mit der Zeit angleichen. Das Verhalten der ausländischen Beschlaghersteller spricht demzufolge ebenfalls gegen eine Einbeziehung des Auslands zum räumlich relevanten Markt.

148. Eine Gesamtbeurteilung der vorstehenden Aspekte führt zu dem Ergebnis, dass das Ausland nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen ist.

149. Dass eine gewisse Anzahl von Fensterproduzenten dennoch einen Teil ihres Bedarfs an Fensterbeschlägen auch bei Händlern im Ausland gedeckt haben mag, führt nicht zu einer anderen Gesamtbeurteilung. Denn bei den im Ausland hergestellten Produkten bestehen für die inländischen Nachfrager immer gewisse Möglichkeiten, diese auch direkt aus dem Ausland zu beziehen und in die Schweiz zu importieren. Massgebend für eine Abgrenzung von Absatzmärkten sind die Sichtweise eines objektiven Nachfragers und damit die Berücksichtigung von allgemeinen Nutzungs- und Anwendungsgrundsätzen des jeweiligen Produkts für den bestehenden Bedarf. Demgegenüber sind rein theoretisch mögliche Varianten oder tatsächlich durchgeführte, aber subjektiv motivierte Einzelfälle einer Nutzung oder Anwendung nicht zu beachten, weil ansonsten für die meisten Produkte eine sachgerechte Abgrenzung gar nicht vorgenommen werden könnte (BVGer, B-3618/2018, Hallenstadion, E. 101, bestätigt durch BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.2.4). Dies gilt auch für den Bezug von Produkten im Ausland. Voraussetzung für die Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt wäre daher, dass der objektive, d.h. durchschnittliche Nachfrager seine Produkte in einem beachtenswerten Ausmass tatsächlich im Ausland beschafft oder aus dem Ausland bezieht.

150. Die angefochtene Verfügung stellt lediglich einen geringen Umfang an Lieferungen von Fensterbeschlägen aus dem Ausland an einzelne Fensterproduzenten fest und verweist hierfür auf die fehlenden Kundendienstleistungen der ausländischen Händler. Die Beschwerdeführerin macht zwar einerseits einen starken Wettbewerbsdruck aus dem Ausland geltend, weil sie von ihren Kunden mit Offerten von ausländischen Händlern konfrontiert würden, bestätigen aber andererseits auch ausdrücklich, dass sie aufgrund des besseren Kundenservices diesem Wettbewerbsdruck standgehalten.

ten hätten. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Lieferungen von ausländischen Herstellern im massgeblichen Zeitraum einen beachtenswerten Umfang für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts erlangt haben.

151. Als räumlich relevanter Markt ist daher die Schweiz zu qualifizieren.

3) Zeitlich relevanter Markt

152. Nach Ansicht der Vorinstanz ist keine Marktabgrenzung in zeitlicher Hinsicht vorzunehmen. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Es sind auch keine Gründe für eine Unterscheidung in zeitlicher Hinsicht ersichtlich. Eine zeitliche Marktabgrenzung ist daher nicht erforderlich.

4) Fazit Marktabgrenzung

153. Als relevanter Markt ist, wie von der angefochtenen Verfügung vorgesehen, der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf der Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden in der Schweiz zu qualifizieren. Die Begriffe "Fensterbeschläge" und "Fenster" beziehen sich nachfolgend auf Produkte dieses relevanten Markts.

VI. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE GEMÄSS ART. 5 KG

154. Die angefochtene Verfügung qualifiziert das in Frage stehende Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

155. Der Zweck von Art. 5 KG besteht darin, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Unternehmen sicherzustellen, um dadurch einem kollusiven Verhalten von Unternehmen entgegenzuwirken. Demzufolge hat jedes Unternehmen im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite jeweils massgeblichen Wettbewerbsparameter zu treffen, ohne sich mit anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung zu verständigen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301; nunmehr auch BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.2, 3.4.1, 3.5). Ansonsten würde an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs zwischen den Mitbewerbern angesichts der Unsicherheiten bezüglich ihres tatsächlichen zukünftigen Verhaltens mittels der jeweiligen Verhaltenskoordination eine praktische Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen treten (BGer, 14.8.2002, 2A_298/2001 u.a., Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, publ. 129 II 18, zit. Buchpreisbindung I, E. 6.3; BGE 147 II, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.2, 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.10.3).

156. Ein Austausch von Preisinformationen sowie eine inhaltliche oder zeitliche Verständigung über Preisveränderungen zwischen verschiedenen Unternehmen, wie den Teilnehmern der Besprechung vom 22. September 2006, stellen deshalb jeweils eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG dar, wenn es sich hierbei um eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Abschnitt VI.1 und 2) auf dem festgestellten relevanten Markt (Abschnitt V) handelt, die entweder zu einer Wettbewerbsbeseitigung führt (Abschnitt VI.3) oder die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (Ab-

schnitt VI.4 und 5), welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Abschnitt VI.6).

1) Abreden

157. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

a) Beteiligte einer Wettbewerbsabrede

158. Als Beteiligte einer Wettbewerbsabrede müssen Unternehmen auftreten. Diese Abredeteiligen umfassen als massgebliche Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Diensten im Wettbewerbsprozess auftreten (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 27 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 296; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 35 ff. m.w.N.).

159. Bei Konzernverhältnissen ist der Konzern als Ganzes und nicht nur eine einzelne Konzerngesellschaft als massgebliches Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren. Die einzelnen Konzerngesellschaften bilden hierbei nur Repräsentanten des Konzerns (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 29 f.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 48 f.). Dies gilt ungeachtet dessen, dass als Verfügungsadressaten wegen des Grundsatzes der Prozessökonomie auch nur einzelne Konzerngesellschaften herangezogen werden können. Hierbei kann zum Beispiel auch auf eine Heranziehung von ausländischen Muttergesellschaften verzichtet werden, weil der Wettbewerbskommission bei der Auswahl der Verfügungsadressaten ein Ermessen zukommt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 67 ff.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 121 ff.).

160. Soweit die angefochtene Verfügung daher Roto, Siegenia, GU und Winkhaus als Verfügungsadressaten heranzieht, werden dadurch die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Gretsch-Unitas-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe als massgebliche Kartellrechtssubjekte belangt. Gleiches gilt auch für SFS als Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe sowie die Beschwerdeführerin als Konzerngesellschaft der Koch-Gruppe. Diese Konzerne bilden jeweils die massgeblichen Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

161. Bei dem Treffen am 22. September 2006 sowie bei dessen Vorbereitung und bei den sich daraus ergebenden Massnahmen haben die Koch-Wallisellen, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus demzufolge als Repräsentanten der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe, der SFS-Gruppe, der Siegenia-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren sind, gehandelt.

162. Aus der Qualifizierung der einzelnen Konzerne als massgebliche Kartellrechtssubjekte ergibt sich, dass entgegen verschiedenen Ausführungen sowohl in der angefochtenen Verfügung als auch in den Rechtsschriften der Beschwerdeführerin keine entscheidungsrele-

vante Differenzierung zwischen den deutschen Muttergesellschaften und den schweizerischen Vertriebsorganisationen und damit auch keine Differenzierung zwischen ausländischen Herstellern und dessen nationalen Vertriebsvertretungen vorzunehmen ist (vgl. E. 178 ff.).

b) Verhältnis der Abredebeteiligten

163. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Verständigung der Abredebeteiligten als horizontale Wettbewerbsabrede.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

164. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Koch habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt. Hierzu führen sie verschiedene Einwände an.

165. Die Feststellung einer Beteiligung von Koch an einer horizontalen Wettbewerbsabrede sei schon deshalb ausgeschlossen, weil Koch als reines Handelsunternehmen in keinem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu den massgeblichen Beschlagherstellern stehe.

166. Koch produziere keine Fensterbeschläge. Daher sei sie nicht auf der gleichen Marktstufe wie die ausländischen Beschlaghersteller tätig. Dies gelte auch für deren nationale Vertriebsvertretungen, obwohl diese ebenfalls keine Produkte herstellen, aber die gleichen Interessen wie ihre Muttergesellschaften verfolgen würden.

167. Denn die Herstellerververtretungen würden nur die herstellereigenen Produkte vertreiben, während Koch mit einem umfassenden Sortiment an Produkten Handel treibe und dabei unter anderem die von den Beschlagherstellern bezogenen Produkte an die Fensterproduzenten weiterveräussere. Die Herstellerververtretungen und Koch würden dabei unterschiedliche Interessen verfolgen. Deshalb befinde sich Koch auf einer anderen Marktstufe als die Beschlaghersteller.

168. Die Herstellerververtretungen der Beschlaghersteller unterhielten lediglich vertikale Geschäftsbeziehungen zu Koch.

169. Umgekehrt könnten die nationalen Herstellerververtretungen der Beschlaghersteller auch nicht als reine Handelsunternehmen qualifiziert werden, selbst wenn sie Produkte an die Fensterproduzenten liefern würden. Denn sie würden diese Produkte ausschliesslich von ihren Muttergesellschaften beziehen und die Geschäftsstrategie würde von ihrer Muttergesellschaft bestimmt. Daher würden sie ihre Muttergesellschaften in der Schweiz vertreten, wobei sie den Zwischenhändlern gegenüber als Beschlaghersteller auftreten würden.

170. Aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen, aktuellen Rechtsprechung nach Erlass des Ausgangsurteils (vgl. SV K.b) ergebe sich keine andere Beurteilung.

171. Das Bundesgericht habe sich in seinem Rückweisungsurteil nicht zum Verhältnis von Koch und Siegenia sowie zur Frage geäussert, welche Auswirkungen dieses Verhältnis auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts habe.

172. Das Bundesverwaltungsgericht sei im Ausgangsurteil zum Schluss gekommen, dass Koch und Siegenia in keinem Wettbewerbsverhältnis zueinander, sondern

ausschliesslich in einem vertikalen Verhältnis stehen würden (BVGer, B-8430/2010, Baubeschläge-Koch-I, E. 6.2.25, 6.2.26). Gleichzeitig habe es festgestellt, dass Koch ausser demjenigen zu SFS auch noch in einem Konkurrenzverhältnis zu Roto und Winkhaus stehe, da diese - neben ihrer Funktion als Vertreter der deutschen Muttergesellschaften und Hersteller - auch als Händler tätig seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

173. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der bisherigen Wettbewerbspraxis aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

174. Als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG wird ein koordiniertes Verhalten sowohl von Unternehmen gleicher Marktstufe als auch von Unternehmen verschiedener Marktstufen erfasst.

175. Koordinierte Verhaltensweisen auf gleicher Marktstufe werden üblicherweise als sog. horizontale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen aufgrund der Austauschbarkeit ihrer Produkte tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 298 m.w.N., Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 531, zit. Botschaft KG 1995, 553).

176. Koordinierte Verhaltensweisen auf verschiedenen Marktstufen werden üblicherweise als sog. vertikale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen innerhalb der Absatzkette für ein Produkt im Verhältnis von Anbieter und Abnehmer stehen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 298 m.w.N.; Botschaft KG 1995, 553).

177. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in Sachen Hallenstadion festgestellt hatte (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 299, inhaltlich bestätigt durch BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 7.2.3), werden nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur horizontale oder vertikale Abreden, sondern auch sonstige Abreden, bei denen die Unternehmen weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen, von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum einzelne kollusive Verhaltensweisen verschiedener Unternehmen mit einschränkender Wirkung auf den Wettbewerb nicht erfasst werden sollten, nur weil sie sich nicht anhand einer schematischen Differenzierung den Qualifizierungen «horizontal» oder «vertikal» zuordnen lassen.

178. Gleiches hat umso mehr dann zu gelten, wenn die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen nicht nur ausschliesslich in einem horizontalen, vertikalen oder sonstigen Verhältnis, sondern jeweils teilweise in einem horizontalen, vertikalen und sonstigen Verhältnis zueinanderstehen. Denn dadurch wird die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt gegenüber einer bloss horizontalen, vertikalen oder sonstigen Abrede sogar noch verstärkt. Und je mehr

Marktteilnehmer der horizontalen Ebene und der vertikalen Ebene sich an der Wettbewerbsabrede beteiligen, um so dichter wird die Koordination des Wettbewerbsverhaltens im jeweiligen Geschäftsbereich und umso mehr wird ein wirksamer Wettbewerb ausgeschlossen.

179. Dabei sind Vertikalverhältnisse den Horizontalverhältnissen gleichzustellen, wenn ein Vertikalverhältnis in irgendeiner Weise mit einem Horizontalverhältnis verknüpft oder verbunden ist (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.2).

180. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 164 ff.) ist es für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede daher unerheblich, ob die Koch-Gruppe in einem horizontalen Verhältnis zu den massgeblichen Beschlagherstellern steht oder nicht, weil auch ein vertikales oder ein sonstiges Wettbewerbsverhältnis als Grundlage für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede ausreichend wäre.

181. Vorliegend ergibt sich zwischen den Teilnehmern des Koordinationstreffens eine Gemengelage aus verschiedenen Wettbewerbsverhältnissen (vgl. SV E.b ff.). Die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und Winkhaus stehen als Beschlaghersteller in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe und SFS stehen als Grosshändler ebenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe steht zudem in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe, weil diese auch Kunden direkt beliefert (vgl. SV E.d). Die Koch-Gruppe und SFS stehen schliesslich als Abnehmer der jeweiligen Produkte in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe und zu Maco.

182. Angesichts dessen, dass sowohl die massgeblichen Beschlaghersteller als auch die Grosshändler die Fensterbeschläge gegenüber den Fensterproduzenten als relevante Marktgegenseite (vgl. E. 124 ff.) absetzen, besteht darüber hinaus auch insgesamt zwischen allen Abredebeteiligten ein horizontales Wettbewerbsverhältnis. Denn massgebend für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Abredebeteiligten sind nicht abstrakte Qualifizierungen im Rahmen einzelner Vertriebsketten, sondern deren konkrete Betätigung auf dem relevanten Markt und damit die tatsächlichen Verhältnisse auf dem jeweiligen Markt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.2, wonach keine formalistische Unterscheidung vorzunehmen sei; ebenso BGer, 2C_113/2013, Hallenstadion, E. 3.5.3, wonach die Realität und nicht theoretische Aspekte für die Beurteilung des relevanten Markts massgebend seien).

183. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (E. 165 ff.) wird demzufolge die Feststellung einer Wettbewerbsabrede aufgrund der bestehenden Wettbewerbsverhältnisse einschliesslich eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Koch-Gruppe, der Siegenia-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als Abredebeteiligte nicht ausgeschlossen. Insbesondere sind die Verweise auf die fehlende Produktion und den Vertrieb unterschiedlicher Marken von Fensterbeschlägen durch die Koch-Gruppe nicht geeignet, die Massgeblichkeit der Belieferung der Fensterproduzenten durch die Abredebeteiligten zu entkräften.

184. Da der von der Beschwerdeführerin angeführte materielle Einwand nicht von Belang ist, sind auch alle von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwände, wonach die Vorinstanz den Sachverhalt nicht richtig festgestellt oder nicht ausreichend abgeklärt oder die entsprechenden inhaltlichen Hinweise und Anträge der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt habe, unerheblich, weshalb auch kein Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz (vgl. E. 97 ff.) oder den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. E. 104 ff.) vorliegt. Gleiches gilt für den Einwand, die Stellung der Koch-Gruppe sei bei der Bemessung der Sanktion nicht bzw. falsch berücksichtigt worden.

c) Abredeform

185. Die angefochtene Verfügung nimmt keine eindeutige Qualifizierung der Form vor, mittels der die Verständigung der Abredebeteiligten über die Verwirklichung einer Preiserhöhung erfolgte, sondern stellt lediglich auf ein abgestimmtes Verhalten als Minimum einer wechselseitigen Koordination der Preisgestaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ab.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

186. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass aus mehreren Gründen keine Abrede vorliege, bei der die Koch-Gruppe als Abredebeteiligte zu qualifizieren sei. Hierzu bringt sie eine Vielzahl von Einwänden vor.

187. Die ausländischen Beschlaghersteller hätten bereits vorgängig zum Treffen am 22. September 2006 eine Preiserhöhung als Materialteuerungszuschlag beschlossen gehabt. Denn Siegenia und Roto hätten sich ausweislich der Selbstanzeige von Roto bereits am 22. August 2006 telefonisch dahingehend verständigt, die Preise in der Schweiz um 5%-6% per 1. September zu erhöhen. Eine entsprechende Preiserhöhung von 6% sei der Koch-Gruppe von Siegenia zu diesem Zeitpunkt mitgeteilt worden. Demzufolge sei die Koordination zwischen den Beschlagherstellern bereits vor dem Treffen am 22. September 2006 erfolgt. Hiervon habe die Koch-Gruppe keine Kenntnis gehabt. Mit der Ankündigung der Preiserhöhung durch Siegenia gegenüber der Koch-Gruppe sei die Absprache der Beschlaghersteller vollzogen gewesen. Deshalb handle es sich bei der Preiserhöhung um eine Absprache der Beschlaghersteller. Denn nur deren Verhalten sei kausal für die durchzuführende Preiserhöhung gewesen.

188. Demzufolge habe es am Treffen vom 22. September 2006 gar nichts mehr abzustimmen gegeben. Das Verhalten der Koch-Gruppe stelle lediglich eine Abwehrreaktion gegen die einseitig angekündigte und zwischen mindestens zwei Beschlagherstellern beschlossene Erhöhung dar. Deshalb sei das Verhalten der Koch-Gruppe auf keinen Fall kausal für eine allfällige Abrede.

189. Die Koch-Gruppe habe das Treffen vom 22. September 2006 nur organisiert aufgrund der negativen Erfahrungen der Vorjahre und der Tatsache, dass die ausländischen Hersteller gegenüber den schweizerischen Abnehmern stets höhere Materialteuerungszuschläge hätten durchsetzen können als gegenüber den übrigen europäischen Konkurrenten.

190. Angesichts der horizontal koordinierten Vorgehensweise der Beschlaghersteller sei eine Reduktion des Materialteuerungszuschlags nur mit einem Vorgehen gegenüber allen Herstellern zu erreichen gewesen. Welches Resultat im Rahmen der individuellen Verhandlungen mit den jeweiligen schweizerischen Lieferanten erzielt würde, sei nämlich im Wesentlichen davon abhängig gewesen, auf welchen Widerstand die Hersteller bei ihren schweizerischen Abnehmern gestossen seien.

191. Die Koch-Gruppe habe an der Besprechung vom 22. September 2006 ausschliesslich mit dem Ziel teilgenommen, die von den Beschlagherstellern beschlossene Preiserhöhung auf ein tragbares Mass zu beschränken und damit das Diktat der ausländischen Hersteller und deren nationalen Herstellervertretungen zu brechen. Denn die Koch-Gruppe habe sich vehement gegen die von den Beschlagherstellern beschlossenen und ihren nationalen Vertriebsorganisationen auf den schweizerischen Handel überwältigten Preiserhöhungen per Materialteuerungszuschlag gewehrt.

192. Richtig interpretiert, beziehe sich die in der Einladung angeführte Abstimmung auf die gemeinsame Position gegenüber den ausländischen Herstellern («um dem internationalen Preisniveau näher zu kommen»), weil das internationale Preisniveau tiefer sei als das schweizerische, und nicht - wie von der angefochtenen Verfügung suggeriert - auf einen gemeinsam unter den Beschlagherstellern koordinierten Materialteuerungszuschlag.

193. Das Ziel der Koch-Gruppe sei erreicht worden. Zum einen sei es gelungen, die ursprünglich für die Koch-Gruppe vorgesehene Preiserhöhung durch Siegenia von 6% auf eine Erhöhung von 5,7% zu senken. Zum anderen sei der Termin für die Erhöhung hinausgeschoben worden, weil die Erhöhung statt am 1. September 2006 erst zum 1. Februar 2007 vorgenommen worden sei.

194. Die Koch-Gruppe habe damit nicht nur für sich selbst, sondern auch im Interesse aller anderen schweizerischen Abnehmern von Siegenia-Produkten gehandelt und als Zwischenhändlerin gegen Preiserhöhungen von Siegenia für deren Fensterbeschläge gekämpft. Ohne dieses Treffen hätten die Beschlaghersteller einen zeitlich früheren und höheren Materialteuerungszuschlag diktiert, was zu höheren inländischen Preisen und einer Einbusse an Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Ausland geführt hätte. Die schweizerische Volkswirtschaft habe im Ergebnis von tieferen Preisen profitiert.

195. Die Kunden der Koch-Gruppe seien auf rechtzeitige Ankündigungen von Preiserhöhungen angewiesen und müssten wissen, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Siegenia-Gruppe ihre Preise erhöhe. Die Rolle der Koch-Gruppe im Vertrieb der Siegenia-Produkte erfordere daher ein entsprechendes Verhalten seitens der Koch-Gruppe.

196. Die Abrede bestehe zwischen den Beschlagherstellern, weshalb auch die Koch-Gruppe als Kunde von der Preiserhöhung der Beschlaghersteller betroffen gewesen sei. Als Betroffene der Preiserhöhung könne sie nicht gleichzeitig Beteiligte der entsprechenden Preisabrede sein.

197. Die Beschlaghersteller hätten die Preiserhöhungen durchgesetzt, obwohl die Koch-Gruppe sich vehement dagegen gewehrt habe. Dass die Koch-Gruppe die Preiserhöhung der Beschlaghersteller habe übernehmen müssen, habe nichts mit Freiwilligkeit zu tun, sondern sei auf die Marktstrukturen und den damit verbundenen Druck der Hersteller zurückzuführen. Denn die Beschlaghersteller könnten den Materialteuerungszuschlag ansetzen, ohne die Argumente des Handels zu berücksichtigen.

198. Die Koch-Gruppe habe als reines Handelsunternehmen bei Preiserhöhungen der Beschlaghersteller nur zwei Möglichkeiten: (1) Entweder gebe sie die Preiserhöhungen widerstandslos an ihre Kunden weiter, oder (2) sie versuche durch Verhandlungen mit dem jeweiligen Beschlaghersteller oder dessen Vertretung in der Schweiz, die Höhe der von diesen bereits beschlossenen Zuschläge zu reduzieren. In beiden Fällen müsse die Koch-Gruppe jedoch die einseitig erfolgte Preiserhöhung angesichts der geringen Marge an ihre Kunden weitergeben.

199. Die Koch-Gruppe habe als reines Handelsunternehmen auf Preiserhöhungen der Beschlaghersteller ohnehin keinen Einfluss. Es dürfe einleuchtend sein, dass die Fragen, (i) ob die Preise für Siegenia-Produkte mittels Materialteuerungszuschlags erhöht werden, (ii) wie hoch die Erhöhungen ausfallen und (iii) wann diese umgesetzt werden, folglich von Siegenia D bzw. Siegenia und nicht von der Koch-Gruppe beantwortet und entschieden würden. Ebenso wenig könne die Koch-Gruppe Preiserhöhungen für Siegenia Produkte mit Roto oder anderen Herstellern vereinbaren.

200. Die Koch-Gruppe habe sich mit keinem Wettbewerber ausgetauscht und ihre Preispolitik gegenüber ihren Wettbewerbern sowie gegenüber ihren Kunden selbständig festgelegt. Die Koch-Gruppe habe insbesondere keine Informationen über Preiserhöhungen ausgetauscht, sondern sich ausschliesslich gegen Preiserhöhungen der Beschlaghersteller gewehrt. Entgegen der Feststellung in der angefochtenen Verfügung seien anlässlich des Treffens am 22. September 2006 weder Höhe noch Zeitpunkt der Preiserhöhungen beschlossen worden. Am Treffen hätten lediglich die schweizerischen Lieferanten von der Notwendigkeit überzeugt werden können, die bereits beschlossenen Erhöhungen zu reduzieren. Die definitive Höhe der Materialteuerungszuschläge sei erst nach dem Treffen bilateral, zwischen Lieferant und Händler, im Falle der Koch-Gruppe mit Siegenia, ausgehandelt worden. So habe die Koch-Gruppe erst im November 2006 die offizielle Preiserhöhungsankündigung von Siegenia erhalten.

201. Das Verhalten der Koch-Gruppe könne daher weder als Grundlage einer Wettbewerbsabrede wegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens qualifiziert noch könne ihm eine stabilisierende Wirkung für eine Wettbewerbsabrede beigemessen werden.

202. Die Koch-Gruppe habe auch keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Preiserhöhung durch die Beschlaghersteller gehabt.

203. Bei dieser Ausgangslage könne die Koch-Gruppe nichts anderes tun, als die eigenen Preise zu erhöhen.

Angesichts der knappen Margen der Koch-Gruppe wäre alles andere auch nicht zu verkraften gewesen. Die Wettbewerbskommission habe dies nicht verstanden.

204. Aufgrund der seit Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen, aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) ergebe sich keine andere Beurteilung. Vielmehr seien verschiedene Aspekte zusätzlich zu berücksichtigen.

205. Die Erwähnung des rechtskräftig festgestellten Herstellerkartells im Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts verdeutliche nochmals den Umstand, dass für die Koch-Gruppe als Händlerin die einzige Möglichkeit, um sich gegen die für die Schweiz auf EU-Ebene beschlossene Preiserhöhung in der Schweiz zu wehren, darin bestanden habe, gemeinsam mit SFS als weitere reine Händlerin sämtliche Herstellervertretungen dazu zu bringen, bei ihren Mutterhäusern gegen die Preiserhöhung zu intervenieren. Denn die bilaterale Intervention bei Siegenia habe nicht zum gewünschten Resultat geführt.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

206. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen nicht für zutreffend und durch die Selbstanzeige von Roto sowie den anerkannten Geschehensablauf widerlegt.

(3) Würdigung durch das Gericht

207. Art. 4 Abs. 1 KG sieht vor, dass eine Verhaltenskoordination durch die Koordinationsformen einer rechtlich erzwingbaren Vereinbarung, einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung und einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen kann.

(a) Allgemeine Aspekte

208. Mit der weiten Umschreibung der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass sämtliche Formen eines koordinierten Verhaltens von mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern, die zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, erfasst werden sollen, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder eine auf andere Weise ausdrücklich abgestützte oder um eine bloss praktisch durchgeführte Koordination handelt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.2; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 294 m.w.N.; sowie Botschaft KG 95, 533, zum gesetzlichen Ansatz, alle Formen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfassen). Die Begriffe der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise stimmen dabei mit denjenigen aus Art. 101 AEUV überein, weshalb die Praxis zum EU-Wettbewerbsrecht hierbei Berücksichtigung finden kann (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.1).

209. Die gesetzlich vorgesehenen Formen einer Wettbewerbsabrede bilden dabei eine Stufenfolge hinsichtlich der Intensität der formalen Ausgestaltung einer Verhaltenskoordination, die von den beteiligten Wirtschaftsteilnehmern vorgenommen wird (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.1 mit Verweisen auf das EU-Wettbewerbsrecht). Ungeachtet dessen sind die verschiedenen Formen eines koordinierten Verhaltens aufgrund der gesetzlichen Anordnung materiell als gleichrangig zu qualifizieren. Daher ist es für die Verwirkli-

chung eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens letztlich unerheblich, ob die Unternehmen eine Vereinbarung eingehen oder ein abgestimmtes Verhalten durchführen.

210. Die subjektiven Absichten eines Unternehmens sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Verhaltenskoordination unerheblich, können aber herangezogen werden, soweit sie bekannt sind.

211. Bereits aufgrund dieser allgemeinen Erwägungen ist festzustellen, dass wesentliche Einwände der Beschwerdeführerin gegen ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede unbeachtlich sind, weil sie für die rechtliche Beurteilung nicht massgeblich sein können. Denn die gesamten Darlegungen der Beschwerdeführerin im Hinblick darauf, dass der Koch-Gruppe angesichts der Marktstruktur, der vorgängigen Abstimmung der Beschlaghersteller, des Drucks der Beschlaghersteller oder ihrer geringen Margen auf den Fensterbeschlägen gezwungen gewesen sei, die abgestimmte Preiserhöhung der Beschlaghersteller an ihre Kunden weiterzugeben (vgl. E. 189 ff.), sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Preisabrede nicht von Belang. Denn der Zweck von Art. 5 KG besteht nicht im Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber vor einer allfälligen Notwendigkeit oder Möglichkeit zur Weitergabe von Preiserhöhungen ihres jeweiligen Vorlieferanten im Rahmen des Produktvertriebs, sondern vielmehr im Schutz des Wettbewerbs und aller Wettbewerber vor einer Koordination der Preisgestaltung durch einzelne Wettbewerber oder durch die Mitglieder einer Vertriebskette. Aufgrund des Selbständigkeitspostulats hat jeder Marktteilnehmer die von ihm angesetzten Preise ausschliesslich selbst und ohne irgendwelche Koordination mit Wettbewerbern oder Vorlieferanten bzw. Abnehmern auszugestalten. Liegt daher eine Koordination der Preisgestaltung in inhaltlicher, zeitlicher oder sonstiger Weise vor, so handelt es sich stets um eine Preisabrede, welche auch nicht mit Hinweisen auf vermeintliche oder tatsächlich bestehende wirtschaftliche Strukturen und Notwendigkeiten aus der Welt geschafft werden kann. Wenn überhaupt, wären derartige Überlegungen erst im Rahmen der Feststellung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung sowie der allfälligen Beurteilung einer Rechtfertigung der Verhaltenskoordination gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aufgrund von im Einzelfall vorliegenden und ausreichenden Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.

212. Vorliegend ist die Koordination der Preisgestaltung schon deshalb erstellt, weil die Beschwerdeführerin den Austausch von Informationen über Preiserhöhungen mit anderen Marktteilnehmern im Hinblick auf die Preiserhöhung im Jahr 2007 (nachfolgend: Preiserhöhung 2007) selbst einräumt.

(b) Massgebliche Koordinationsform: Vereinbarungen

213. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der von den Abredeteiligen auch Rechtsverbindlichkeit beigemessen wird. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung als grundsätzlich rechtswirksam anerkannte Handlungsform von Rechtssubjekten ab

(BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.3; BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1).

214. Als rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine quasi-rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die zwar formal ebenfalls auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der nach dem Willen der Abredebeteiligten aber keine Rechtsverbindlichkeit zukommen soll. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung zwar grundsätzlich anerkannte, im Einzelfall aber nicht verwirklichte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.3; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.1).

215. Die Grundlage der rechtsgeschäftlichen und quasi-rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen bildet ein Konsens der Abredebeteiligten, der sich auf übereinstimmende, bei Beschlüssen ggf. nur auf mehrheitlich übereinstimmende Willenserklärungen in vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher oder verbandsrechtlicher Form abstützt, die schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.1, 3.3; BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.1).

216. Im Übrigen wird mit der Formulierung «rechtlich erzwingbar» für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen kein Bezug zur zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit hergestellt (BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3; BVGer, B-5682/2012, Altimum, E. 4.1), weil eine wettbewerbswidrige Vereinbarung aufgrund ihres widerrechtlichen Inhalts gemäss Art. 20 OR von vornherein einen Durchsetzungsmangel aufweist (BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, Almonte SA gg. Air Mercury AG, publ. in RPW 2008/3, 535, Ziff. 2.2).

(c) Sachverhalt

217. Zunächst ist der Charakter des Treffens der Untersuchungsadressaten am 22. September 2006 (nachfolgend: Koordinationstreffen) aufgrund von dessen Gegenstand festzustellen. Dabei erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 189 ff.), wonach die Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens einschliesslich des hierbei vorgenommenen Informationsaustauschs nur dazu gedient haben soll, die Preiserhöhungen der Siegenia-Gruppe gegenüber der Koch-Gruppe im Rahmen des Absatzverhältnisses inhaltlich zu begrenzen und zeitlich hinauszuschieben, als tatsachenwidrig. Denn bereits in der Einladung zu dieser Besprechung vom 7. September 2006 (vgl. SV G.f) wird als Gegenstand der Besprechung «*Umsetzung MTZ 2007*» angegeben und ausgeführt, dass «[...] *alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen* [werden]. *Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen* [...]». Die Besprechung war somit von vornherein gar nicht auf eine Bekämpfung einer bereits erfolgten Preiserhöhung der Verkaufspreise der Siegenia-Gruppe und damit der Einstandspreise der Koch-Gruppe für Siegenia-Produkte ausgerichtet, sondern zum einen auf die Preiserhöhungen aller Beschlaghersteller und zum anderen auf die inhaltliche und zeitliche Festlegung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und den übrigen Zwischenhändlern. Ein anderer Sinngehalt kann der Formulierung «Umsetzung von

Preiserhöhungen der Beschlaghersteller» aus objektiver Sicht nicht beigemessen werden. Alle Untersuchungsadressaten haben sich demzufolge zu dem Koordinations-treffen in dem Bewusstsein und der Erwartung eingefunden, dass hierbei eine Koordination der inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und anderen Zwischenhändlern erfolgen soll. Das Koordinationstreffen diene daher einem wettbewerbswidrigen Zweck.

218. Diese Feststellung wird auch durch das E-Mail der Koch-Gruppe zur Bestätigung des Koordinationstermins vom 8. September 2006 (vgl. SV G.g), mit der die Mitteilung der GU-Gruppe an die anderen Teilnehmer des Koordinationstreffens weitergeleitet wurde, bestätigt. Darüber hinaus erscheint das Bewusstsein für ein wettbewerbskonformes Verhalten kaum vorhanden gewesen zu sein, wenn ein Branchenunternehmen wie die GU-Gruppe sich dafür entschuldigt, dass es an einem Koordinationstreffen der massgeblichen Hersteller und Händler der Branche zum Austausch über Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung nicht teilnimmt und als Grund hierfür die bereits erfolgte Preiserhöhung angibt.

219. Die Roto-Gruppe hat im Rahmen ihrer Selbstanzeige angegeben, dass jedenfalls die am Koordinationstreffen teilnehmenden Unternehmen, d.h. die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe, als Abredebeteiligte eine Verständigung darüber vorgenommen hätten, jeweils spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in Höhe von 5,7%, 5,8% und 6% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen (vgl. SV G.i).

220. E-Mails der Winkhaus-Gruppe an die übrigen Abredebeteiligten (vgl. SV G.j) bestätigen sowohl das Vorhandensein einer Verständigung als auch deren Inhalt im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der vorzunehmenden Preiserhöhung einschliesslich einer Ankündigung gegenüber den Kunden im Oktober. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde eine Benachrichtigung der übrigen Abredebeteiligten keinen Sinn ergeben.

221. Die Beschwerdeführerin räumt unter Hinweis auf das von ihr mit ihrer Teilnahme am Koordinationstreffen verfolgte Ziel ausdrücklich selbst ein (vgl. E. 193), dass zum einen die Abredebeteiligten einen Informationsaustausch über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags einschliesslich einer entsprechenden Ankündigung gegenüber den Kunden vorgenommen haben und dass zum anderen die Koch-Gruppe und die Siegenia-Gruppe eine Verständigung darüber getroffen haben, spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Höhe von 5,7% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen. Die Beschwerdeführerin bestätigt demzufolge, dass ein Austausch sowie eine inhaltliche Festlegung über Zeitpunkt und Umfang einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags vorgenommen wurden.

222. Die Angaben der Abredebeteiligten stimmen somit in den wesentlichen Punkten überein und das Ergebnis entspricht dem Zweck des Koordinationstreffens, wie

dies in der Einladung der Koch-Gruppe angegeben worden war.

223. Diese Feststellung entspricht im Übrigen dem Inhalt des ausdrücklichen Vorbringens der Beschwerdeführerin zum Erfolg des von ihr geleisteten Widerstands gegen das Herstellerdiktat (vgl. E. 339 ff.), wonach aufgrund ihrer Tätigkeit die Preiserhöhung der Hersteller sowohl zeitlich als auch der Höhe nach habe abgewendet und durch eine später stattfindende und in der Höhe reduzierte Einführung des Materialteuerungszuschlags ersetzt werden können.

224. Die Preiserhöhungen wurden von den Abredebeteiligten entsprechend dem Inhalt der Verständigung gegenüber den Kunden im Oktober angekündigt und Anfang 2007 termingerecht umgesetzt und angewendet. Zudem waren die jeweiligen Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wechselseitig ausgetauscht worden (vgl. SV G.I), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Dadurch wird das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung unter den Abredebeteiligten belegt. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde ein entsprechender Austausch von Kundenschriften keinen Sinn ergeben.

225. Daher bestehen über den Vorgang der Preiskoordination als massgeblichen rechtsrelevanten Sachverhalt keinerlei begründete Zweifel. Der massgebliche Sachverhalt der Verhaltenskoordination ist demzufolge ausreichend erstellt.

226. Dabei ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unerheblich, dass die Angaben zur Preiserhöhung durch Roto im Rahmen einer Selbstanzeige gemacht wurden und letztlich zu einer Sanktionsbefreiung der Roto-Gruppe geführt haben. Denn sowohl die von der Beschwerdeführerin und anderen Abredebeteiligten gemachten Angaben als auch die tatsächlich vorgenommenen Handlungen der Abredebeteiligten zu den wesentlichen Punkten der Preiserhöhung stimmen mit den Angaben von Roto in der Selbstanzeige überein. Gegenüber der Richtigkeit der von Roto eingeräumten Angaben zur Preiserhöhung bestehen daher keine Zweifel.

227. Die an dem Koordinationstreffen teilnehmenden Abredebeteiligten haben somit bewusst und gewollt eine Verständigung darüber vorgenommen, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe von ihnen eine Preiserhöhung gegenüber ihren jeweiligen Kunden durchzuführen ist, womit offensichtlich eine Koordination der Preisgestaltung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten und den sonstigen Zwischenhändlern einherging.

228. Aufgrund der erstellten Umstände ist davon auszugehen, dass die Abredebeteiligten eine rechtlich verbindliche Vereinbarung treffen wollten, weil die Beschlaghersteller im Rahmen der getroffenen Vereinbarung die rechtswirksame Verpflichtung eingehen sollten, dass die Preiserhöhung von ihnen erst zum vorgesehenen Zeitpunkt in der vorgesehenen Höhe geltend gemacht werden kann. Dies ergibt sich schon daraus, dass zum einen die von der Beschwerdeführerin behauptete Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 inhaltlich reduziert und zeitlich auf Anfang 2007 hinausgeschoben

wurde und zum anderen die vereinbarte Preiserhöhung vorgängig gegenüber den Kunden angekündigt werden sollte. Denn es hätte keinem ordnungsgemässen Geschäftsgebaren entsprochen und für alle Abredebeteiligten zu nachteiligen Weiterungen geführt, wenn die Beschlaghersteller oder die Zwischenhändler nach Ankündigung dieser vereinbarten Preiserhöhung dann doch eine andere inhaltliche oder zeitliche Erhöhung der Preise vorgenommen hätten. Von der Beschwerdeführerin wird denn auch selbst eingeräumt (E. 195), dass für ihre Kunden eine frühzeitige und korrekte Ankündigung der Preiserhöhungen von Siegenia-Produkten von Bedeutung sei. Die Abredebeteiligten haben zum Nachweis ihres vereinbarungsgemässen Verhaltens sogar die Preiserhöhungsschreiben an ihre Kunden wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.I), was ebenfalls das Bestehen einer entsprechenden verbindlichen Verpflichtung zwischen den Unternehmen nahelegt. Letztlich kann aber dahingestellt bleiben, ob diese Vereinbarung rechtlich bindend oder rechtlich unverbindlich sein sollte, weil beide Varianten in gleicher Weise von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden.

229. Gleichermassen kann dahingestellt bleiben, ob die Preiserhöhungsvereinbarung bereits am 22. September 2006 abgeschlossen worden war oder ob sie erst aufgrund des konkludenten Verhaltens der Abredebeteiligten zustande kam. Denn die Abredebeteiligten haben wie vorgesehen im Oktober 2006 die vereinbarten Preiserhöhungen gegenüber den Kunden zum einen inhaltlich und zeitlich angekündigt (vgl. SV G.k) und zum anderen die entsprechenden Ankündigungsschreiben wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.I). Damit haben sie die anlässlich des Treffens am 22. September 2006 wechselseitig angebotene Verständigung über eine Preiserhöhung der Endkundenpreise in jedem Fall spätestens zu diesem Zeitpunkt konkludent angenommen. Die Beschwerdeführerin bringt im Übrigen hinsichtlich des Verhaltens der Beschlaghersteller selbst vor, dass mit der Ankündigung einer Preiserhöhung die Wettbewerbsabrede vollzogen wird (vgl. E. 187).

230. Dass von den Abredebeteiligten eine Vereinbarung abgeschlossen worden war, an die sie gebunden waren oder an die sie sich zumindest gebunden fühlten, wird durch den Umstand bestätigt, dass die Abredebeteiligten ihre Preise im vorgesehenen Umfang zum angekündigten Zeitpunkt gegenüber den Kunden erhöht haben (vgl. SV G.m).

231. Dabei spielt es keine Rolle, ob einzelne der beteiligten Unternehmen einen nicht erklärten Vorbehalt mit dem Inhalt angebracht haben, die Preiserhöhung gegenüber den Kunden tatsächlich überhaupt nicht, nicht in der vorgesehenen Höhe oder nicht zu dem vorgesehenen Zeitpunkt anzuwenden oder durch die Anwendung anderer Massnahmen, wie eine Gewährung von besonderen Rabatten, faktisch aufzuheben. Denn eine entsprechende Mentalreservation ist bereits bei Abschluss von rechtlich anerkannten Vereinbarungen unbeachtlich (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 197; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, Rn. 3.201 f.). Umso mehr ist eine Berücksichtigung derartiger Vorstellungen im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung von rechtlich nicht anerkannten Vereinbarungen ausge-

schlossen. Deshalb sind Mentalreservationen, selbst wenn sie stattgefunden hätten, nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für eine allfällige Vorstellung der Beschwerdeführerin, dass die Verständigung der Abrede-beteiligten sich auf die Bruttopreise gegenüber den Endkunden bezogen habe, weshalb dadurch eine spätere Ausgestaltung der Kundenpreise aufgrund der Einräumung von individuellen Rabatten auf diese Bruttopreise nicht ausgeschlossen gewesen sei.

232. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Koch-Gruppe sind demzufolge als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren.

233. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass weder eine rechtlich verbindliche noch eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredeteiligen abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredeteiligen zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen am Koordinationstreffen wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.2).

234. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen in vielfältigen Varianten wiederkehrend vorgebrachte Behauptung, ihr Verhalten habe ausschliesslich der Abwehr der Preiserhöhung der Siegenia-Gruppe als Lieferantin gedient, ist daher tatsachenwidrig und deshalb unzutreffend.

235. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 200), wonach sich die Koch-Gruppe mit keinen Wettbewerbern ausgetauscht und ihre Preispolitik gegenüber ihren Wettbewerbern sowie gegenüber den Kunden selbständig festgelegt habe, ist ebenfalls tatsachenwidrig. Die Koch-Gruppe hat sich jedenfalls mit ihren Wettbewerbern im horizontalen Wettbewerbsverhältnis Roto und Winkhaus (vgl. E. 181 f.) über eine Preiserhöhung verständigt und hierzu eine Preiserhöhungsvereinbarung abgeschlossen, welche sie inhaltlich und zeitlich entsprechend dem Inhalt dieser Preiserhöhungsvereinbarung spätestens durch deren Ankündigung gegenüber ihren Kunden konkludent angenommen hat. Zudem hat die Koch-Gruppe sich an der Verständigung der Beschlaghersteller Roto, Siegenia und Winkhaus beteiligt, mit der sichergestellt wurde, dass die Abredeteiligen vergleichbare Preiserhöhungen im gleichen Zeitraum vornehmen, wovon sie im Wettbewerb gegenüber den Endkunden ebenfalls profitiert hat, weil die Preiserhöhung für Siegenia-Fensterbeschläge dadurch nicht isoliert gegenüber den Endkunden vorgenommen wurde. Darüber hinaus hat sie nach ihrem eigenen Vorbringen eine Vereinbarung mit Siegenia über Umfang und Termin einer Erhöhung der Preise von Siegenia-Fensterbeschlägen durch einen Materialteuerungszuschlag vereinbart, mit der unweigerlich auch eine Erhöhung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten vereinbart worden war.

236. Hierdurch wurde offensichtlich das Selbstständigkeitspostulat verletzt. Denn die Koch-Gruppe als Zwi-

schenhändlerin darf die inhaltliche, zeitliche oder sonstige Preisgestaltung für ihre Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten weder mit der Siegenia-Gruppe als ihrer Vertriebspartnerin noch mit der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als konkurrenzierende Wettbewerber und sonstige Vorlieferanten koordinieren (vgl. E. 211).

237. Im Übrigen würde eine Anerkennung des Verhaltens der Abredeteiligen die Anwendung von Art. 5 KG ins Leere laufen lassen. Denn damit wäre die Verständigung über eine Ausgestaltung der Endkundenpreise zwar zwischen einem Hersteller und seinem Vertriebsmittler oder zwischen zwei Wettbewerbern unzulässig. Demgegenüber wäre aber eine Verständigung von nahezu allen Branchenvertretern in Gestalt von Herstellern und Vertriebsmittlern, die einen Marktanteil von über 80% abdecken, zulässig, weil dies angeblich im Interesse der Endkunden sein soll. Es ist offensichtlich vorhersehbar, dass in der Praxis dann nur noch branchenweite Verständigungen über die Gestaltung von Endkundenpreisen zur Reduzierung der von den Herstellern verlangten Preiserhöhungen durch alle Branchenvertreter stattfinden würden und ein Preiswettbewerb überhaupt nicht mehr stattfinden könnte.

238. Die Feststellung einer Beteiligung der Koch-Gruppe an einer Preiserhöhungsvereinbarung mit der Siegenia-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe wird auch nicht dadurch relativiert, dass eine entsprechende Beteiligung von SFS rechtswirksam abgelehnt wurde. Die Feststellung einer Beteiligung an der Wettbewerbsabrede mittels eines abgestimmten Verhaltens entsprechend der angefochtenen Verfügung, die aufgrund der Teilnahme am wettbewerbswidrigen Koordinationstreffen grundsätzlich möglich gewesen wäre, war vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. September 2014 aufgrund der spezifischen Umstände des Einzelfalls abgelehnt worden. Dieses Urteil wurde vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Gegensatz zum Verfahren der Koch-Gruppe und der Siegenia-Gruppe in der Folge nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angegriffen, weshalb es ungeachtet der zwischenzeitlich eingetretenen Klarstellung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht mittlerweile rechtskräftig ist. Die angefochtene Verfügung wurde demzufolge in Bezug auf SFS als Verfügungsadressatin rechtswirksam aufgehoben. Die Beschwerdeführerin können aus dieser Aufhebung jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten.

239. Des Weiteren ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 196), wonach die Koch-Gruppe nicht an einer Abrede der Beschlaghersteller teilnehmen können, weil die Koch-Gruppe von einer Erhöhung dieser Preise selbst betroffen sei, aus mehreren Gründen unzutreffend. Zum einen kann sich auch ein Zwischenhändler an der Preisabrede von Herstellern beteiligen, selbst wenn die jeweiligen Preise ihm gegenüber Anwendung finden, weil er die Abrede auf der Stufe der Hersteller durch seine Mitwirkung zumindest unterstützt, um für alle Zwischenhändler eine Preiserhöhung herbeizuführen. Zum anderen bildet nicht allein die Beteiligung der Koch-Gruppe an einer Preiserhöhungsvereinbarung der Beschlaghersteller zur Erhöhung der Herstellerpreise, sondern darüber hinaus auch ihre Beteiligung an

einer Preiserhöhungsvereinbarung der Endkundenpreise, d.h. der Wiederkaufspreise der Koch-Gruppe und der anderen Abredebeteiligten gegenüber den Fensterproduzenten und den Einzelhändlern, den Koordinationsgegenstand.

240. Die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 187 ff. und 196 ff.), wonach das Verhalten der Koch-Gruppe nicht kausal für den Abschluss der Preiserhöhungsvereinbarung gewesen sei, weil vorgängig bereits eine Preisabrede der Beschlaghersteller bestanden habe, auf der die Preiserhöhung gegenüber den Endkunden beruhe und von der Koch-Gruppe nur an die Endkunden weitergegeben worden sei, sind tatsächenswidrig. Wie die Beschwerdeführerin selbst vorbringt (vgl. E. 193 und 344 f.), wurde eine allenfalls vorgängig bereits bestehende Preiserhöhungsabrede zwischen den Beschlagherstellern aufgrund der Intervention der Koch-Gruppe dahingehend abgeändert, dass sowohl der Umfang der Preiserhöhung von 6,0% auf 5,7% gekürzt als auch der Termin von deren Anwendung vom 1. September auf den 1. Februar zeitlich hinausgeschoben wurde. Das Verhalten von Koch war daher offensichtlich kausal für den Abschluss der letztlich durchgeführten Preiserhöhung gegenüber den Endkunden.

241. Im Übrigen würde auch ein von der Beschwerdeführerin behauptetes Preisdiktat der Beschlaghersteller (vgl. E. 191, 197 ff.) zu keiner Änderung der rechtlichen Beurteilung des tatsächlichen Verhaltens der Koch-Gruppe führen. Denn eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten wird durch ein Preisdiktat der Hersteller nicht ausgeschlossen, wie dies das Bundesgericht im Rückweisungsurteil ausdrücklich festgehalten und damit die Feststellungen des aufgehobenen Urteils zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede anders gewürdigt hat (BGer, 2 C_2017/2014, Baubeschläge-Koch-I, E. 3.2).

242. Auch die subjektiven Absichten der Koch-Gruppe zur Beteiligung an der Preiserhöhungsvereinbarung sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 191 f.) nicht von Belang. Denn massgebend ist allein, dass die Koch-Gruppe an einer unzulässigen Koordinierung der Preisgestaltung mit Konkurrenten, Vertriebspartnern und Vorlieferanten durch die Verständigung über die Höhe und den Zeitpunkt eines Materialteuerungszuschlags teilgenommen hat. Dementsprechend ist auch der Aspekt, ob das Ergebnis dieser Koordinierung von der Koch-Gruppe als positiv oder negativ qualifiziert wird, ohne Bedeutung für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede. Jedenfalls hat die Koch-Gruppe die Koordination ausdrücklich angestrebt und diese als Erfolg bezeichnet, worauf im Rahmen der Sanktionierung zurückzukommen sein wird.

243. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 200), wonach die Höhe und der Zeitpunkt der Preiserhöhung erst nach dem Koordinationstreffen zwischen der Koch-Gruppe und den einzelnen Beschlagherstellern bilateral verhandelt worden seien, ist zum einen sachlich unglaubwürdig und als blosser Schutzbehauptung zu qualifizieren, weil er bereits ihrem eigenen Vorbringen widerspricht, wonach das einzige Ziel des Koordinationstreffens in der Reduktion des Materialteuerungszuschlags bestanden habe und dieses Ziel sowohl inhaltlich als

auch zeitlich zumindest zum Teil erreicht worden sei. Zum anderen ist der Einwand unglaubwürdig, weil sich dabei ein Widerspruch zur Feststellung ergibt, wonach Roto die entsprechenden Daten der Preiserhöhung von Siegenia-Fensterbeschlägen bereits anlässlich des Koordinationstreffens bekannt gewesen waren. Wenn die genaue Höhe und der Zeitpunkt der Preiserhöhung erst nachträglich zum Koordinationstreffen verhandelt worden wären, hätte Roto hierüber keine Kenntnis haben können. Zudem hätte die Koch-Gruppe ihre Kunden nicht bereits im Oktober über die im Februar bevorstehenden Preiserhöhung informieren können, wenn Siegenia, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, diese erst im November gegenüber der Koch-Gruppe bekannt gegeben hätte.

244. Soweit die Beschwerdeführerin mit dem Einwand behaupten will, dass die Festlegung anlässlich des Koordinationstreffens erst unverbindlich und die verbindliche Festlegung erst im Rahmen bilateraler Verhandlungen erfolgt sei, führt dies im Ergebnis, wie vorstehend dargelegt, nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung des Gesamtvorgangs.

2) Wettbewerbsbeschränkung

245. Die angefochtene Verfügung stellt angesichts der Preisabrede, mit der die Preise für Fensterbeschläge durch die Abredebeteiligten gegenüber den Fensterproduzenten als Endkunden festgelegt wurden, auch eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fest.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

246. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorgelegen habe. Hierzu bringen sie eine Vielzahl von verschiedenen Einwänden vor.

247. Die Verständigung über die Preiserhöhung sei ausschliesslich zur Verhinderung und Reduzierung der durch die Beschlaghersteller vereinbarten und angekündigten Preiserhöhung erfolgt und habe eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt.

248. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass durch die Verständigung über die Preisgestaltung wesentliche Preiselemente oder Preiskomponenten festgesetzt würden. Die Festlegung von unbedeutenden Preiselementen würde demgegenüber nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fallen. Vorliegend sei die Wesentlichkeit der Preiserhöhung nicht festgestellt worden, weil die Wettbewerbskommission es versäumt habe, diesen Sachpunkt im Rahmen der angefochtenen Verfügung zu prüfen.

249. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass von der betreffenden Verständigung über die Preisgestaltung eine preisharmonisierende Wirkung ausgehen würde. Dies sei von der Wettbewerbskommission in Sachen Klimarappen (RPW 2005/2, 239) in Bezug auf eine indirekte Preisabsprache durch Übereinkunft über ein Kostenelement sowie in Sachen Swico/Sens (RPW 2005/2, 251) in Bezug auf die Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselements in Bezug auf die Preise auf dem Markt des Endprodukts festgestellt worden.

250. Die Anforderung der preisharmonisierenden Wirkung einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG entsprechend der Praxis der Wettbewerbskommission sei jedoch nicht gegeben. Denn die vermeintliche Abrede über eine Preiserhöhung unter Beteiligung der Koch-Gruppe habe diese Wirkung vor dem Hintergrund des Rabattwettbewerbs, der beschränkten Umsetzung der angekündigten Preiserhöhung und der unterschiedlichen Preisbasis, auf welche sich die Preiserhöhungen bezogen hätten, nicht gehabt, und zwar ungeachtet des Umstands, dass aufgrund der bisherigen Wettbewerbspraxis unklar bleibe, wann eine preisharmonisierende Wirkung überhaupt vorliege. Auch die Wettbewerbskommission gehe davon aus, dass nicht jede Abrede, die sich auf die Endpreise auswirke, vom Vermutungstatbestand erfasst werde (RPW 2011/4, 529, Ascopa, Ziff. 425 ff.).

251. Die vorgeworfene Preiserhöhung beziehe sich im vorliegenden Fall lediglich auf die Überwälzung eines sekundären Bruttopreisbestandteils.

252. Die von der Koch-Gruppe gegenüber ihren Kunden angekündigte Preiserhöhung von 5,7% würde nicht den tatsächlich durchgesetzten Preiserhöhungen entsprechen. Denn die tatsächliche Überwälzung der angekündigten Erhöhung habe im Rahmen von nachträglichen bilateralen Verhandlungen zwischen der Koch-Gruppe und ihren Kunden stattgefunden. Je nach Kunde, Menge und Zusammensetzung der Gesamtbestellung seien beträchtliche individuelle Rabatte auf die Bruttopreise zwischen 40% und 60% gewährt worden.

253. Da mindestens 94,3% der Bruttopreise nicht von dieser vermeintlichen Abstimmung betroffen gewesen seien, sei diese deshalb nicht geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken.

254. Die Bruttopreise der verschiedenen Wettbewerber würden sich voneinander unterscheiden und hätten den Charakter einer Preisempfehlung, weil auf diese Bruttopreise je nach Kunde, Menge und Zusammensetzung der Gesamtbestellung beträchtliche individuelle Rabatte gewährt würden. Die Abrede sei für eine Wettbewerbsbeschränkung nicht kausal gewesen, weil die «Bruttopreisfestlegung» sich nicht auf den Endpreis ausgewirkt und daher keine preisharmonisierende Wirkung gehabt habe. Die angeblichen Abredeteiligen hätten demzufolge weder die Endpreise noch die Berechnungsmethoden aufeinander abgestimmt.

255. Die Preisgestaltung zwischen den verschiedenen Produkten sowie deren Bruttopreise würden stark variieren. So betrage Siegenias Bruttopreis für die Komponente «DKB Eckumlenkung unten» 9,38 CHF; der Preis von Roto für die entsprechende Komponente dagegen 8,13 CHF. Zudem seien die einzelnen Produkte der Beschlaghersteller auch in rein technischer Hinsicht nicht ohne Weiteres miteinander vergleichbar. Diese technischen Differenzen würden sich auch auf den Preis auswirken. Die vermeintliche Abstimmung des Materialteuerungszuschlags sei somit in keiner Weise geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken.

256. Aufgrund der nach Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen und nun aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) müssten verschiedene Aspekte

im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zusätzlich berücksichtigt werden.

257. So habe das Bundesgericht sich in seinem Rückweisungs Urteil für eine enge Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a entschieden, in dem es ausgeführt habe, dass alleine massgebend sei, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen oder weiterzugeben (BGer, 2C_1017/2014, Baubeschläge-Koch-I, E. 3.2).

258. Bereits das Bundesverwaltungsgericht habe im Ausgangsurteil darauf hingewiesen, (1) dass Sachverhalte nicht dem Vermutungstatbestand unterstehen, wenn lediglich unbedeutende Preisbestandteile, d.h. solche, die keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben, festgelegt würden (BVGer, 8430/2010, Baubeschläge-Koch-I, E. 6.4.11), und (2) dass durch die unterschiedlichen und nicht abgesprochenen Rabatte nach wie vor Preiswettbewerb bestehen könne (BVGer, 8430/2010, Baubeschläge-Koch-I, E. 6.4.12). Ausserdem habe es auf Zweifel am Kausalzusammenhang zwischen dem Treffen vom 22. September 2006 und der späteren Kommunikation der Preiserhöhung hingewiesen. Daher sei es auch zum Schluss gelangt, der Nachweis könne nicht erbracht werden, dass das Verhalten der Koch-Gruppe die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfülle (BVGer, 8430/2010, Baubeschläge-Koch-I, E. 6.4.14).

259. Das Bundesverwaltungsgericht habe in den Fällen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau im Hinblick auf einen Informationsaustausch unter Anbietern über Offertabsichten, Interessen an einem Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise und Preisbestandteile im Kontext von Auftragsvergaben und einer damit verbundenen Beeinflussung des Angebotspreises der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen festgehalten, dass für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG in jedem Fall die Wirkung der Preisfestsetzung massgeblich sei (BVGer, 25.6.2018, B-807/2012, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, zit. Erne, E. 10.2.3). In einer entsprechenden Preisbeeinflussung könne daher selbst bei einer weiten Auslegung des Gesetzeswortlauts weder eine direkte noch eine indirekte Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gesehen werden. Das Bundesverwaltungsgericht habe für die Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG damit bestätigt, dass (1) eine Abrede die Wirkung einer Preisfestsetzung haben müsse, und dass (2) ein wettbewerbsrechtlich sensibler Informationsaustausch nicht von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, sondern nur von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werde, selbst wenn die ausgetauschten Informationen von den am Austausch beteiligten Unternehmen beim eigenen Preisverhalten berücksichtigt worden seien. Das Bundesverwaltungsgericht sei damit ebenfalls einer engen Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gefolgt.

260. Daher könne der - aus Sicht der Beschwerdeführerin bloss hypothetisch horizontale - Informationsaustausch über geplante Preiserhöhungen nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG subsumiert werden.

261. Allgemein würde eine Abrede - unabhängig davon, ob in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise - keine direkte oder indirekte Preisfest-

setzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen, wenn zwar eine einzelne Preiskomponente abgesprochen werde, dies jedoch zu keiner Preisfestsetzung führe, weil aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb stattfände.

262. Darüber hinaus führe eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zum Ergebnis, dass nur die Festsetzung des Endpreises und nicht auch die blosser Festsetzung von Preiselementen mit einer allenfalls preisharmonisierenden Wirkung vom Vermutungstatbestand erfasst werde. Andernfalls würden Sachverhalte unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG subsumiert, denen von vornherein das Potential für die mit Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vermutete besondere Schädlichkeit in Form einer gänzlichen Beseitigung des Wettbewerbs fehlen würde. Diesem Umstand könne auf der Ebene von Art. 5 Abs. 1 KG keine Rechnung mehr getragen werden.

263. Letztlich entsprächen die vorstehenden Feststellungen der Beschwerdeführerin den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Ausgangsurteil zum Kausalzusammenhang (BVGer, 8430/2010, Baubeschlüsse-Koch-I, E. 6.4.12-6.4.14). Eine Preisabrede, für die nicht nachgewiesen werden könne, dass sie die Wirkung einer Preisfestsetzung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG habe, weil andere mögliche Gründe für eine Preiserhöhung vorlägen, falle nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Dies gelte für Abreden in Form von Vereinbarungen und erst recht für solche in Form einer abgestimmten Verhaltensweise.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

264. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen für nicht zutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

265. Für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen einschliesslich von Preisabreden sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen, die auch durch die mittlerweile ergangene Rechtsprechung bestätigt werden.

(a) Allgemeines

266. Eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenverhältnis hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.5; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3).

267. Als Wettbewerbsparameter gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 301). Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte, Geschäftskonditionen, Kundendienst, Beratung, Werbung sowie Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.5).

268. Massgebend für die Beurteilung, ob eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, sind allein objektive Aspekte, während subjektive Elemente hierfür nicht berücksichtigt werden müssen (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 302 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, BMW, E. 2.2.3; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, Nikon AG gg. Weko, zit. Nikon, E. 4.2). Daher bedarf es keiner bestimmten subjektiven Motive auf Seiten der an der Abrede beteiligten Unternehmen (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6). Ebenfalls unerheblich sind die subjektiven Ab- und Ansichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und allfälliger Konkurrenten.

269. Die Wettbewerbsbeschränkung kann gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein. Deshalb bildet das kumulative Vorliegen von Zweck und Wirkung keine Voraussetzung für eine durch eine Wettbewerbsabrede herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303).

270. Eine Abrede ist dann bezweckt (nachfolgend: Zweckabrede), wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303).

271. Mit Abschluss einer Vereinbarung wird die bezweckte Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung des Selbständigkeitspostulats eingetreten ist. Daher bedarf es keiner Feststellung von darüber hinausgehenden Auswirkungen auf den Markt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6). Denn aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2).

272. Eine Abrede ist dagegen bewirkt, wenn die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 303; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.3).

(b) Horizontale Preisabrede

273. Der Preis eines Produkts stellt einen relevanten Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentliche Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1).

274. Der Gesetzgeber hat horizontale Preisabreden neben horizontalen Gebiets- und Mengenabreden sowie Kundenaufteilungen als die schwerwiegendsten Einschränkungen des Wettbewerbs mit einem erheblichen Schädigungspotential qualifiziert. Deshalb hat er mit der

Beweislastregelung der Art. 5 Abs. 3 KG sowie der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a KG diesen, als «harte Kartelle» bezeichneten Wettbewerbsabreden (Botschaft KG 1995, 469) eine besondere Stellung zugewiesen und sie dadurch gegenüber den anderen Verhaltenskoordinationen abgegrenzt (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2001, 2022, zit. Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber diese Qualifizierung von horizontalen Preisabreden als harte Kartelle mit verheerenden Wirkungen für den Wettbewerb (Botschaft KG 2004, 2036) ohne Weiteres zu Grunde gelegt. Die in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bestehende Regelung zu Preisabreden sollte im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes 2004 keine Veränderung erfahren und sie bildete auch keinen Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.

275. Die Zulässigkeit derartiger Wettbewerbsabreden ist nur dann gegeben, wenn eine Rechtfertigung aus den in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführten Gründen einer wirtschaftlichen Effizienz vorliegt (Botschaft KG 1995, 557; BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2). Dabei sind in der Praxis allerdings nur wenige Fälle vorstellbar, in denen diese Arten von Wettbewerbsabreden aus wettbewerblicher Sicht positiv zu beurteilen seien (Botschaft KG 1995, 546).

276. Horizontale Preisabreden wurden vom Gesetzgeber dabei integral als besonders schädlich qualifiziert, ohne dass eine Differenzierung von verschiedenen sachlichen Varianten vorgenommen wurde (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Aus diesem Grund kommt der Vorschrift ein weites und einheitliches Anwendungsspektrum zu.

277. So wurde eine Unterteilung der Preisabreden nach schweren und leichteren Varianten auf der Ebene des Tatbestands vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, weil leichte Fälle im Rahmen der Sanktionierung Berücksichtigung finden können (Botschaft KG 2004, 2037).

278. Für die Verwirklichung einer horizontalen Preisabrede wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass allein die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend sei, während die Mittel, mit denen sie erreicht wird, nicht von Belang seien (Botschaft KG 1995, 567). Dementsprechend erfasst bereits der Wortlaut der Vorschrift in diesem weiten Sinne sowohl direkte als auch indirekte Preisfestlegungen. Damit wird klargestellt, dass sowohl bezweckte als auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren sind.

279. Für eine entsprechende Verhaltenskoordination ist es zudem ausreichend, dass eine Verständigung über einzelne Preiselemente wie Preisbestandteile oder Preiskomponenten vorgenommen wird (Botschaft KG 1995, 567). Dagegen bedarf es für eine horizontale Preisabrede keiner Verständigung über alle einzelnen Preisbestandteile der Ausgestaltung eines Preises oder aller Preiskomponenten zur Ermittlung eines bestimmten Preises durch die Abredebeteiligten. Denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, dass eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines anzu-

wendenden Preises für ein Produkt durch die Abredebeteiligten für die Qualifizierung als Preisabrede ausreichend sei (Botschaft KG 1995, 567). Dies wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits frühzeitig bestätigt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5).

280. Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten biete, die einer juristischen Klärung bedürften (Botschaft KG 2004, 2037). Dies setzt eine einheitliche Beurteilung von horizontalen Preisabreden voraus, weil bei einer Differenzierung ansonsten im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG Abgrenzungen vorzunehmen wären und damit notwendigerweise juristische Abwägungen einhergehen würden. Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wurde dementsprechend auch beibehalten und im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2004 nicht verändert.

281. Es ist daher weder hinsichtlich des Zustandekommens noch der inhaltlichen Ausgestaltung noch der nachteiligen Einwirkungen auf den Markt eine Differenzierung bei der Beurteilung von horizontalen Preisabreden vorzunehmen. Vielmehr ist die Vorschrift weit auszulegen (BVGer, 5.6.2023, B-4596/2019, CA Auto Finance Suisse SA gg. Weko, zit. Auto Finance, E. 6.2.1.4; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.4; Weko, 10.5.2010, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, RPW 2012/3, 615, Ziff. 257; Weko, 15.3.2004, Markt für Schlachtschweine - Teil B, RPW 2004/3, 726, Ziff. 43, 44; Weko, 17.12.2001, Submission Betonsanierung, RPW 2002/1, 130, Ziff. 30a; ebenso BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. Dike-KG, Art. 5 Abs. Rn. 380; BORER JÜRGE, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 34; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. Wettbewerbsrecht, Rn. 649; HEINEMANN ANDREAS, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/ Amstutz [Hrsg.], Grundlegende Fragen, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, 121, 133; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 5 Rn. 375; REINERT, PETER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, zit. SHK-KG, Art. 5 Rn. 25; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. FHB-WBR, Rn. 2.166; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 454; so auch bereits HOFFET FRANZ, in: Homburger u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 1997, Art. 5 Rn. 117). Demzufolge ist die im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangende Regelung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht auf bestimmte, insbesondere auch nicht auf besonders schwerwiegendere Varianten einer Preisabrede beschränkt.

282. Bereits bei der Kartellgesetzrevision 1995 hat der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ausdrücklich eine inhaltliche Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht vorgenommen, um durch die Übernahme bewährter Konzepte zu Gunsten der Unternehmen zu gewährleisten, dass die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu Widersprüchen führt (Botschaft KG 1995, 471, 531, 632). Dabei wurde bereits damals ausdrücklich festgehalten, dass das EU-Wettbewerbsrecht einen hohen Grad an inhaltlicher Konkretisierung aufweise (Botschaft KG 1995, 529).

Diese Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch die Kartellgesetzrevision 2004 noch verstärkt, weil gewisse strukturelle Vorbehalte im Hinblick auf den Regulierungsansatz der «Missbrauchsgesetzgebung» aufgelöst wurden (Botschaft KG 2004, 2034 f.), die im Rahmen der Kartellgesetzrevision 1995 im Hinblick auf die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung noch angeführt worden waren (Botschaft KG 1995, 631). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Ausgestaltung der neu eingeführten Vermutungsregelung des Art. 5 Abs. 4 KG im Vertikalverhältnis wurde überdies ausdrücklich festgehalten, dass harte Kartelle nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden sollen (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständerratskommission). Diese inhaltliche Anlehnung des Kartellrechts an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage (Kubli Linda, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht, AJP 2018, 199) bereits für vertikale Gebietsabreden ausdrücklich festgestellt (BGE 143 II 297, Gaba, E. 6.2.3). Diese Parallelität der Rechtslage ist auch bei horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gegeben (BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6), weil kein Grund ersichtlich ist, dass die Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts bei horizontalen harten Kartellen in anderer Weise zu erfolgen hätte als bei vertikalen harten Kartellen. Für horizontale harte Kartelle ist diese Einschätzung entsprechend der Umschreibung der Regelbeispiele von Art. 7 KG (Botschaft KG 1995, 531) umso mehr angebracht, weil die Umschreibung von horizontalen Preisabreden sogar der Formulierung in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV entspricht. Bei der Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbsrechtlicher Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung und Einstufung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen.

283. Das EU-Wettbewerbsrecht behandelt horizontale Preisabreden grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, bei denen es keiner Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen bedarf (EuGH, 30.1.1985, 123/83, Bureau international interprofessionnel du cognac [BNIC] gg. Guy Clair, EU:C:1985:33, Ziff. 22; EuGH, 13.6.2013, C-511/11P, Versalis SpA, EU:C:2013:386, Ziff. 83). Aufgrund ihrer schwerwiegenden Beeinträchtigung sind sie als sogenannte «Kernbeschränkungen» zu qualifizieren und damit regelmässig von einer Anwendung der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen ausgenommen. Dabei erfolgt weder im Hinblick auf die Eingehung noch die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine sachliche Differenzierung. Erfasst werden alle mittelbaren und unmittelbaren Einschränkungen der autonomen Preisfestsetzung unter konkurrierenden Unternehmen (EuGH, 17.10.1972, 8/72, Vereniging van Cementhandelaren gg. EU-Kom, EU:C:1972:84, Ziff. 18/22; EuGH, 16.12.1975, 114/73, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA, EU:C:1975:174, Ziff. 173/174; EuGH, 8.6.1999, EU:C:1999:356, EU-Kom gg. Anic Participazioni SpA, Ziff. 116, 117; EuGH, 26.1.2017, C-609/13, Duravit AG u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2017:46, zit. Badezimmer-Duravit, Ziff. 72). Dementsprechend wird als Preisabrede sowohl der Austausch von Informationen

über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen konkurrierenden Unternehmen erfasst (HENGST DANIELA, in: Bunte, [Hrsg.], Kartellrecht, Bd. 2, Europ. Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Art. 101 Rn. 289 m.w.N.; LÜBBIG HANS-DIETER, in: Wiedemann, [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 22 m.w.N.; WAGNER-VON PAPP FLORIAN, in: Säcker u.a. [Hrsg.], Münchener Kommentar, Bd. 1, Europ. Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 Rn. 315 m.w.N.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU-Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, zit. IM-EUWBR, Art. 101 Rn. 213 ff. m.w.N.). Dabei ist insbesondere auch eine Koordination über den Zeitpunkt und das Ausmass von Preiserhöhungen als Preisabrede zu qualifizieren (EuGH, 14.7.1972, 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1972:70, Ziff. 115/119; EuGH, 16.11.2000, C-297/98, SCA Holding Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:2000:633, Ziff. 6, in Bestätigung von EuG, 14.5.1998, T-327/94, EU:T:1998:96, und EU-Kom ABI 1994 L 243/1, Karton, Ziff. 130; EuG, 5.12.2006, T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV gg. EU-Kom, EU:T:2006:374, Ziff. 115, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2003 L 84/1, Industrielle und medizinische Gase; EuGH, EU:C:2017:46, Badezimmer-Duravit, Ziff. 85, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2011 C 348/11, Badezimmerausstattung). So wurde die Firma Ciba-Geigy aus Basel bereits 1972 für die Koordination von Preiserhöhungen mit anderen Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, die u.a. in Basel herbeigeführt wurden, sanktioniert (EuGH, 14.7.1972, 52/69, Ciba-Geigy AG gg. EU-Kom, EU:C:1972:73, Ziff. 30-37). Auch die Koordination von Preiserhöhungen bei Fensterbeschlägen innerhalb des EU-Binnenmarkts wurden durch die Europäische Kommission mit einem Betrag in Höhe von 86 Mio. rechtskräftig sanktioniert (vgl. SV G.a; EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39.452, ABI 2012 C-292/6, Fensterbeschläge, Ziff. 1; die verschiedenen beim EuG eingereichten Klagen wurden von den Unternehmen später jeweils zurückgenommen: Siegenia-Aubi KG, 10.11.2014, T-257/12, EU:T:2014:970; Gretschi Unifit GmbH, 4.2.2015, T-252/12, EU:T:2015:104; Carl Fuhr GmbH & Co KG, 6.2.2015, T-248/12, EU:T:2015:105; Hautau GmbH, 15.3.2015, T-256/12, EU:T:2015:180). Auch der blosse Austausch von relevanten Preisinformationen, die eine Einschränkung der Preissetzungsfreiheit herbeiführen, wird unabhängig von der Häufigkeit des Austauschs als Preisabrede qualifiziert (EuG, 27.10.1994, T-35/92, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:T:1994:249, Ziff. 51, bestätigt durch EuGH, 28.5.1998, C-7/95, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1998:256, Ziff. 90, 91; EuGH, 2.10.2003, C-194/99, Thyssen Stahl gg. EU-Kom, EU:C:2003:57, Ziff. 81-89; EuGH, 19.3.2015, C-286/13P, Dole Food Company Inc. u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2015:184, Ziff. 119-134; EuGH, 26.9.2018, C-99/17P, Infineon Technologies AG gg. EU-Kom, EU:C:2018:773, Ziff. 157-160). Dabei sind horizontale Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell unzulässig, weil sie als bezweckte Wettbewerbsabreden von einer Qualifizierung als Bagatelldelikt ausgeschlossen sind (EuGH, 13.12.2012, C-226/11, Expedia Inc. gg. Autorité de la Concurrence, EU:C:2012:795, Ziff. 35 f.; EU-KOM, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung [De-Minimis-Bekanntmachung], ABI 2014

C 291/1, Ziff. 2). Die Zulässigkeit einer horizontalen Preisabrede ergibt sich im Einzelfall daher nur aber immerhin bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Freistellung gemäss Art. 101 Abs. 2 AEUV (EuG, 15.7.1994, T-17/93, *Matra Hachette SA* gg. EU-Kom, EU:T:1994:89, Ziff. 85). Horizontale Preisabreden werden die Voraussetzungen für eine Freistellung aber kaum erfüllen (ZIMMER, IM-EUWBR, Art. 101 Rn. 211).

284. Angesichts dieser eindeutigen und umfassenden gesetzgeberischen Vorgaben sind als horizontale Preisabreden demzufolge alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbstständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6 a.E.).

285. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 257-260, 250) und entsprechenden verschiedenen Bestrebungen in der Literatur, wonach sich eine «enge Auslegung» von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus verschiedenen Aspekten ableiten lasse und anzuwenden sei (Tuchschnid Felix, *Die horizontale Preisabrede*, AJP 2018, 848; Zäch Roger, *Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG*, AJP 2023, 686; Zäch Roger/Heizmann Reto, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 556 ff.; Zäch Roger/Künzler Adrian, *Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK*, in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], *Recht, Ordnung und Wettbewerb*, Festschrift für Wernhard Möschel, 2011, 737), ist angesichts der vorstehend aufgeführten gesetzgeberischen Vorgaben eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vorzunehmen, weil die Vorschrift auf die einheitliche Erfassung aller Verhaltenskoordinationen, die zu einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens führen, ausgerichtet ist. Insbesondere ist die Bestimmtheit der Vorschrift angesichts ihres einheitlichen und umfassenden Charakters auch unter Berücksichtigung des strafrechtsähnlichen Charakters von Art. 49 Abs. 1 KG gegeben, weil alle Varianten von horizontalen Preisabreden erfasst werden und gar keine Abgrenzung zwischen verschiedenen Tatbeständen von entsprechenden Verhaltenskollisionen vorgenommen werden muss, aus denen sich eine Unbestimmtheit ergeben könnte.

286. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 257) ergibt sich etwas anderes auch nicht aus dem Rückweisungs Urteil, weil das Bundesgericht in diesem Urteil keine entsprechende sachliche Einschränkung vorgenommen hat. Gleiches gilt auch für das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Erne* (vgl. E. 259; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 10.2.3). Ungeachtet von dessen konkreten Feststellungen hinsichtlich des zu entscheidenden Einzelfalls ist eine Verhaltenskoordination, die mittels eines blossen Informationsaustauschs zwischen den Abredebeteiligten über ihre Preise zu einer Beschränkung von deren Preissetzungsfreiheit führt, auch als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren (so bereits BVGer, B-4596/2019, *Auto Finance*, E. 6.2.3.14; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72,

Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.2.2). Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht. Im Übrigen liegt im vorliegenden Sachverhalt nicht nur ein blosser Informationsaustausch, sondern die Festlegung einer bestimmten Preiserhöhung nach Zeit und Höhe (vgl. E. 307), weswegen ein Verweis auf das Urteil in Sachen *Erne* von vornherein unbeachtlich ist.

287. Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente, wie die Durchführung einer Preiserhöhung nach Zeit und Höhe, ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Ein solcher Eingriff stellt daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Besondere Aspekte, die zu einer anderweitigen Beurteilung führen würden, sind bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht erkennbar. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

288. Mit dem Abschluss einer bezweckten Preisabrede wird die Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung der Preissetzungsfreiheit der Abredebeteiligten eingetreten ist. Denn bereits damit und nicht erst mit einer Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Daher bedarf es keiner Feststellung von darüberhinausgehenden Auswirkungen einer bezweckten Preisabrede im relevanten Markt. Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

289. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 249, 250) stellt eine Preisharmonisierung im Sinne einer Angleichung von Preisen keine Voraussetzung einer Preisabrede dar (BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6). Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, dass aus der bisherigen Wettbewerbspraxis nicht hervorgehe, wann überhaupt eine preisharmonisierende Wirkung vorliege (vgl. E. 250). Eine Preisabrede liegt nämlich insbesondere auch dann vor, wenn der Inhalt der Koordination zum Beispiel auf den Erhalt oder die Herstellung einer inhaltlichen Differenz der jeweiligen Preise oder Preiselemente ausgerichtet ist. Denn auch mit einer derartigen Verhaltenskoordination wird auf die Preissetzungsfreiheit der beteiligten Unternehmen eingewirkt und der Preiswettbewerb eingeschränkt.

290. Dies wird durch den vorliegenden Sachverhalt gerade bestätigt. Wenn sich die technischen Differenzen funktional vergleichbarer Produkte der Beschlaghersteller im Preis niederschlagen, wie dies von der Beschwerdeführerin selbst vorgebracht wird (vgl. E. 255), ist eine inhaltliche Gleichschaltung dieser Preise von vornherein weder sinnvoll noch durchführbar, weil die jeweilige Preisdifferenz auf sachlichen Aspekten beruht. Ungeachtet dessen wird mit der Ein- oder Fortführung einer bestimmten Preisdifferenz auf den Preiswettbewerb nachteilig eingewirkt.

291. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 248), wonach mit einer Preisabrede ein wesentliches Preiselement erfasst werden müsse, bilden die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines

Preiselements keine Kriterien für die Abgrenzung oder Differenzierung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (so bereits BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 9.3.6, entgegen der bisherigen Wettbewerbspraxis und den Ansichten in der Literatur).

292. Die Vorschrift weist kein derartiges Tatbestandsmerkmal auf, weshalb nicht darauf zurückgegriffen werden kann. Der Herleitung eines entsprechenden stillschweigenden Tatbestandsmerkmals steht der Umstand entgegen, dass eine Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Preisabreden der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von horizontalen Preisabreden widersprechen würde. Insbesondere hat der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen leichten und schweren Fällen einer Preisabrede ausdrücklich abgelehnt. Des Weiteren sieht Art. 5 Abs. 1 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein entsprechendes Kriterium vor, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Erfassung durch Art. 5 Abs. 1 KG ausgesondert werden. Deshalb besteht keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Abgrenzung von wesentlichen gegenüber unwesentlichen Preisabreden. Auch das EU-Wettbewerbsrecht sieht kein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer horizontalen Preisabrede vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts unzulässig.

293. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 248) ist es daher auch nicht von Bedeutung, ob die Wettbewerbskommission diesen Aspekt einer Prüfung unterzogen hat oder nicht.

294. Im Übrigen wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im Rahmen des üblichen Geschäftsverlaufs ungeachtet von deren Höhe auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen seiner ihm zukommenden Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

(c) Sachverhalt

295. Vorliegend haben als Abredebeteiligte die Beschlaghersteller Roto-Gruppe, Siegenia-Gruppe und Winkhaus sowie die Koch-Gruppe als Grosshändlerinnen den Zeitpunkt sowie die Höhe einer Preiserhöhung für Fensterbeschläge in Form eines Materialteuerungszuschlags gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden festgelegt.

296. Mit dieser Übereinkunft wurde offensichtlich in die Preisgestaltung der Abredebeteiligten beim Absatz der Fensterbeschläge gegenüber den Endkunden eingegriffen, um sowohl der Höhe als auch dem Zeitpunkt nach eine einheitliche Preiserhöhung vorzunehmen. Es liegt daher unzweifelhaft eine bezweckte Preisabrede vor, weil infolge der formalen Festlegung von Höhe und Zeitpunkt einer Preiserhöhung die Preisautonomie der einzelnen Abredebeteiligten eingeschränkt und dadurch eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorgenommen wurde.

297. Den von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwänden kommt keine relevante Bedeutung zu.

298. Zunächst ist der Aspekt, aus welchem Grund die Wettbewerbsbeschränkung vorgenommen wurde, nicht relevant, weil subjektive Motive der Abredebeteiligten für die Feststellung einer Verhaltenskoordination keine Voraussetzung bilden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kommt daher den in unterschiedlichen Varianten dargestellten Vorbringen (vgl. E. 247), wonach der Materialteuerungszuschlag ausschliesslich zur Verhinderung der durch die Preishersteller angekündigten Preiserhöhungen und zur Abwehr von deren Preisdiktat erfolgt sei, keinerlei Bedeutung für die Feststellung einer für den Wettbewerb nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb vor. Wenn überhaupt, wären diese Aspekte lediglich mit ihrem objektiven Bedeutungsgehalt im Rahmen einer allfälligen Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu beachten (vgl. E. 349 ff.).

299. Die vorliegende Preiserhöhungsvereinbarung betrifft die Erhöhung des Verkaufspreises gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden. Für die Beurteilung der Preisabrede ist es dabei ohne Bedeutung, mit welchem Begriff die Preiskoordination bezeichnet wird. Dass die Preiserhöhung von den Abredebeteiligten als Materialteuerungszuschlag und als blosser Preisbestandteil bezeichnet wird, ist daher unerheblich.

300. Der in verschiedener Form geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 251), wonach die Preiserhöhungsvereinbarung keinen wesentlichen Einfluss auf die tatsächlich bezahlten Preise gehabt habe, weil es sich beim Materialteuerungszuschlag nur um einen untergeordneten Preisbestandteil und damit um einen sekundären Bruttopreisbestandteil gehandelt habe, ist unzutreffend. Denn jegliche Koordination eines Preiselements ist als Preisabrede zu qualifizieren, unabhängig von der Bedeutung des jeweiligen Elements für die gesamte Preisbildung. Zudem wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im vorliegenden Umfang von mehr als 5% auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen der Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

301. Im Übrigen verdeutlicht dieser Einwand die Widerspruchlichkeit in der Argumentation der Beschwerdeführerin. Denn wenn die Festlegung des Materialteuerungszuschlags nach Höhe und Zeitpunkt derart unbedeutend gewesen wäre, wie von ihr nachträglich geltend gemacht wird, lässt sich nicht erklären, warum die Abredebeteiligten überhaupt einen derartigen Aufwand betrieben haben, um eine einheitliche Umsetzung dieses Preisaufschlags sicherstellen zu können.

302. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), wonach eine Verständigung über Bruttopreise keine Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen würde, weil die einzelnen Kunden jeweils unterschiedliche Preisnachlässe ausgehandelt und erhalten hätten und daher aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb herrschen würde,

ist nicht von Belang. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), dass die Festlegung der Bruttopreise aus dem gleichen Grund nicht kausal für die Festlegung der Nettopreise gewesen seien. Denn für eine Preisabrede ist die Koordinierung von einzelnen Preiselementen ausreichend, wie dies vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen wurde und auch im EU-Wettbewerbsrecht anerkannt ist.

303. Wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits eine Verständigung der Abredebeteiligten über die Gewährung eines im Einzelfall gegenüber den Kunden zu gewährenden Rabatts ausdrücklich als Preisabrede qualifiziert wird, obwohl der Nettopreis dadurch nicht festgelegt wird, dann hat diese Qualifizierung offensichtlich umso mehr für die Verständigung der Abredebeteiligten über die Anwendung und Ausgestaltung eines Bruttopreises zu gelten, mit dem das Ausgangsniveau für Preisverhandlungen vereinheitlicht und angehoben wird, auch wenn dadurch der sich jeweils ergebende Nettopreis ebenfalls nicht festgelegt wird.

304. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 251), wonach mit den Bruttopreisen keine Endpreise durch die Abredebeteiligten festgelegt worden seien, ist nicht von Belang. Dabei kann dahingestellt bleiben, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise darlegt, welcher der unterschiedlichen Preise im Rahmen der Preisbildung als Endpreis zu qualifizieren wäre. Denn wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits die Verständigung über die Gewährung eines Rabatts gegenüber den Kunden als Preisabrede qualifiziert wird, dann ist eine Beschränkung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auf «Endpreise» sachlogisch ausgeschlossen, weil durch die blosser Festlegung eines Rabatts in keinem Fall ein bestimmter Endpreis festgelegt werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 262) auch eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Interpretation von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

305. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), wonach die Bruttopreise der verschiedenen Wettbewerber nur den Charakter von blossen Preisempfehlungen hätten, geht von vornherein ins Leere, weil auch die Koordination von Preisempfehlungen aus den gleichen Gründen als Preisabrede zu qualifizieren ist (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 4.5).

306. Den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 252, 253), wonach die Verhaltenskoordination nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt habe, weil die angekündigte Preiserhöhung nicht in dieser Höhe habe durchgesetzt werden können und ein Grossteil der Bruttopreise nicht von dieser Verhaltenskoordination erfasst worden sei, kommt ebenfalls keine Bedeutung zu. Denn bei Vorliegen einer Zweckabrede bedarf es keiner zusätzlichen Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltenskoordination.

307. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 259), wonach es sich nur um einen Informationsaustausch hinsichtlich von Preisen gehandelt habe, welcher wiederum nicht sanktionierbar sei, ist nicht von Belang. Denn ein Informationsaustausch über Preise oder Preiselemente stellt ebenfalls eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar (BGE 147 II 72, Hors-Liste-

Pfizer-II, E. 3.4.2.2). Daher würde selbst dann eine Preisabrede vorliegen, wenn der tatsächliche Geschehensablauf entgegen den vorliegenden Erwägungen zur Verhaltenskoordination (vgl. E. 213 f., 217 ff.) nicht als Vereinbarung der Abredebeteiligten, sondern nur als abgestimmte Verhaltensweise in Gestalt eines koordinierten Informationsaustauschs (vgl. E. 233 f.) zu qualifizieren wäre.

308. Schliesslich kommt auch den verschiedenen Verweisen der Beschwerdeführerin auf Ausführungen des Ausgangsurteils in der vorliegenden Angelegenheit (vgl. E. 258, 263) keine Bedeutung zu. Denn aufgrund der vollständigen Aufhebung dieses Urteils sind dessen Erwägungen für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache nicht mehr von Bedeutung.

3) Wettbewerbsbeseitigung

309. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob eine Wettbewerbsbeseitigung und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 8.3.2) eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbs vorgelegen hat oder nicht. Denn dieser Aspekt ist für das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung nicht von Bedeutung. Im Übrigen unterstellt die angefochtene Verfügung keine Wettbewerbsbeseitigung und die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche vorgelegen habe.

4) Wettbewerbsbeeinträchtigung

310. Dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kommt - wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung - gegenüber dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung in Bezug auf den Inhalt der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu.

311. Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeseitigung bilden vielmehr die in Art. 5 KG statuierten Varianten einer Wettbewerbsbeschränkung mit einem je unterschiedlichen quantitativen Ausmass der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb (Botschaft KG 1995, 533). Dadurch ergibt sich eine Differenzierung zwischen einer vollständigen Aufhebung und einer erheblichen teilweisen Aufhebung sowie implizit einer geringfügigen teilweisen Aufhebung des Wettbewerbs. An diese Differenzierung werden wiederum einerseits die Möglichkeit der Geltendmachung einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bei einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und andererseits der Ausschluss einer Rechtfertigung bei einer Wettbewerbsbeseitigung angeknüpft. Mit dem Begriffspaar «Wettbewerbsbeeinträchtigung» und «Wettbewerbsbeseitigung» wird demzufolge im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG die notwendige sprachliche Unterscheidung für diese Differenzierung vorgenommen. Ansonsten entspricht sowohl der Inhalt einer Wettbewerbsbeeinträchtigung als auch der Inhalt einer Wettbewerbsbeseitigung dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Dies wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bereits ausdrücklich festgestellt (BVGer, B-3618/2013, Hallenstadion, E. 328) und durch das Bundesgericht bestätigt (BGer, 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 7.3.4, [«auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist - wie die

Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - gegeben»]; implizit bereits BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2).

5) Erheblichkeit

312. Die angefochtene Verfügung stellt die Erheblichkeit der Preisabrede aufgrund der konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs fest.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

313. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erheblichkeit der vermeintlichen Preisabrede nicht gegeben sei. Hierzu führt sie verschiedene Einwände an.

314. Aufgrund der in der Schweiz geltenden Missbrauchsgesetzgebung könne eine Abrede gemäss Kartellgesetz nur dann als unzulässig betrachtet werden, wenn im Rahmen der Prüfung von deren Auswirkungen auf dem Markt bewiesen werden könne, dass diese den Wettbewerb mindestens erheblich beschränke. Eine per se-Erheblichkeit kenne das Kartellgesetz nicht. Ebenso wenig werde eine solche von der Praxis anerkannt.

315. Eine Abrede könne deshalb nicht schon deshalb als unzulässig qualifiziert werden, weil sie den Wettbewerb vermutungsweise beeinträchtige. Die Unzulässigkeit der Abrede sei vielmehr an die zwingende Feststellung gebunden, dass diese den Wettbewerb tatsächlich erheblich beeinträchtige.

316. Die Wettbewerbskommission habe keine Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen vorgenommen. Vielmehr habe sie ohne nähere Abklärung der tatsächlichen Auswirkungen angenommen, dass im Fall von harten Kartellen die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Beeinträchtigung gegeben seien, weil derartige Preisabreden schädlich seien. Eine solche Analyse sei gesetzeswidrig und zudem sei der Sachverhalt unvollständig festgestellt worden.

317. Die qualitativen Auswirkungen einer Abrede müssten immer aufgrund einer Einzelfallbetrachtung ermittelt werden. Denn auch die in Art. 5 Abs. 3 KG beschriebenen Abreden würden im Einzelfall unterschiedliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen.

318. Eine vermeintliche Abrede, welche auf einen einmaligen pauschalen Austausch von Informationen für einen sekundären Teil der Bruttoverkaufspreise zurückzuführen sei, müsse in qualitativer Hinsicht anders beurteilt werden als eine Abrede, aufgrund der die Endverkaufspreise abgesprochen würden.

319. Selbst wenn der Informationsaustausch anlässlich des Treffens vom 22. September 2006 zu Unrecht als Preisabrede betrachtet würde, wäre er in qualitativer Hinsicht mit Sicherheit nicht als erheblich zu betrachten. Denn die Preiserhöhungen würden auf exogenen Faktoren beruhen, welche durch die ausländischen Hersteller festgesetzt worden seien und nur einen sekundären Bestandteil der Bruttoverkaufspreise darstellen würden. Ein einmaliger Austausch solcher Informationen sei auf keinen Fall geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken. Einem derartigen Austausch sei jegliche besondere schädliche Qualität abzusprechen.

320. Die quantitative Erheblichkeit sei ebenfalls im Rahmen einer Einzelfallprüfung abzuklären, weil die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität aufweisen

müsse. Daher könne nicht einfach darauf verwiesen werden, dass horizontalen Abreden ein hohes Schädigungspotential zukomme, weshalb keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Eine entsprechende Abklärung habe die Wettbewerbskommission nicht vorgenommen.

321. Im Hinblick auf die für die Koch-Gruppe massgeblichen Auswirkungen auf die Fensterproduzenten habe die Wettbewerbskommission lediglich 55 der 200 von der Koch-Gruppe belieferten Fensterproduzenten befragt und lediglich 33 verwertbare Antworten erhalten. Bereits daraus sei ersichtlich, dass die Befragung keinesfalls repräsentativ und damit auch nicht verlässlich sei. Zudem könne nur in zwei Fällen eine Durchsetzung der Preiserhöhungen gemäss Ankündigungsschreiben tatsächlich abgeleitet werden und nur in weiteren drei Fällen hätten die Fensterproduzenten angegeben, dass die Preiserhöhungen zumindest zum Teil oder zeitverzögert überwältigt worden seien. Alle weiteren Antworten seien unspezifisch und einige Fensterproduzenten hätten sogar darauf hingewiesen, dass die Preiserhöhungen durch die Einholung von Offerten in Deutschland vollständig oder durch Verhandlungen mit der Koch-Gruppe weitgehend verhindert worden seien.

322. Die Wettbewerbskommission könne sich nicht mit der allgemeinen Feststellung begnügen, wonach gegenüber 33 Befragten die Preiserhöhungen hätten durchgesetzt werden können, ohne zu wissen, (i) welcher Abredeteilnehmer (ii) gegenüber wem und (iii) in welchem Umfang die Preiserhöhungen habe durchsetzen können.

323. Die Befragung sei daher nicht geeignet gewesen, unter Berücksichtigung der bestehenden Beweisführungspflicht eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachzuweisen.

324. Aufgrund der seit Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) müssten folgende Aspekte im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit berücksichtigt werden.

325. Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba, bestätigt vom Bundesgericht im Rückweisungsurteil (E. 3.2) und im Urteil in Sachen Altimum (BGE 144 II 246 E. 10), bleibe bei einer nachgewiesenen Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG kaum Raum für die Verneinung des Tatbestandselements einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Den vorstehend bezeichneten Umständen sei daher im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 (Wettbewerbsabrede) und Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (Vermutungstatbestand) Rechnung zu tragen. Bei Art. 5 Abs. 1 KG sei im Hinblick auf die Frage des Vorliegens eines Bagatelldfalls zu berücksichtigen, dass die angekündigten Preiserhöhungen nicht umgesetzt, sondern mittels Rabatten kompensiert worden seien.

326. Soweit das Gericht von einem Austausch sensibler Informationen ausgehen würde, müsse allerdings eine detaillierte Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG vorgenommen werden. Dasselbe gelte für eine Rechtfertigung des Informationsaustauschs aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, wobei hierbei dessen Zweck, sich gegen die Preiserhöhung der Hersteller zu wehren, Rechnung zu tragen sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

327. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus den im Rahmen der gerichtlichen Würdigung dargelegten Gründen als unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

328. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie erheblich ist. Das Gesetz selbst weist keine Umschreibung oder inhaltliche Bestimmung des Merkmals der Erheblichkeit auf. In Praxis und Literatur bestanden daher recht divergierende Ansichten zu dessen Inhalt. Das Bundesgericht hat mit dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil in Sachen Gaba (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5) eine wesentliche Klärung hierzu herbeigeführt.

329. Danach nimmt das Merkmal der Erheblichkeit als Bagatellklausel ausschliesslich eine Aussonderung der unbedeutenden Fälle vor, die aus Gründen der administrativen und wirtschaftlichen Praktikabilität keiner Verfolgung zuzuführen sind. Dabei bedarf es für die Aussonderung weder einer Prüfung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen noch einer umfassenden und differenzierten Abklärung des jeweiligen Sachverhalts. Vielmehr ist die Prüfung der Erheblichkeit anhand einfacher Beurteilungskriterien von qualitativen und quantitativen Aspekten durchzuführen. Massgebend für die Beurteilung ist hierbei, dass die Gesamtheit von qualitativer und quantitativer Begutachtung zur Feststellung der Erheblichkeit für einen Sachverhalt führt.

330. Für diese Beurteilung der Erheblichkeit ist zu berücksichtigen, dass qualitativen Aspekten, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, eine vorrangige Bedeutung zukommt. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden einschliesslich von Preisabreden sind daher angesichts ihrer vom Gesetzgeber anerkannten besonderen Schädlichkeit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands als erheblich zu qualifizieren. Denn diese Wettbewerbsabreden sind auch bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung als besonders schädlich zu qualifizieren. Deshalb ist bei ihrem Vorliegen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unabhängig von ihrem quantitativen Ausmass regelmässig gegeben (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.5). Bei den Vermutungstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kann somit nur im Falle von besonderen Ausnahmekonstellationen eine fehlende Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt werden.

331. Dies gilt prinzipiell in noch strengerer Weise im EU-Wettbewerbsrecht, welches für Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden gar keine Ausnahmeregelungen aufgrund der Geringfügigkeit kennt (vgl. E. 283).

332. Die qualitative Massgeblichkeit ist im vorliegenden Fall ohne Weiteres gegeben. Denn Gründe dafür, dass die vorliegende Festlegung des Materialteuerungszuschlags als besonderer Ausnahmefall eine völlig bedeutungslose Preisabrede darstellen würde, sind nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgetragen. Allein die Behauptung, dass die Verhaltenskoordination in Bezug auf die Höhe und den

Termin des Materialteuerungszuschlags zur Abwehr eines Herstellerdiktats und der von den massgeblichen Herstellern beschlossenen Preiserhöhungen erforderlich gewesen sei, stellt keinen Grund dafür dar, dass es sich hierbei um eine unbedeutende Preisabrede gehandelt hätte.

333. Allein der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall auch die quantitative Massgeblichkeit gegeben ist, weil die Abredebeteiligten einen Marktanteil von über 80% des relevanten Markts aufweisen (vgl. SV F.a). Bei einem derartig grossen Marktanteil der Abredebeteiligten wäre sogar bei anderen als bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG statuierten Verhaltenskoordinationen von einer Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

334. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG liegt daher unzweifelhaft vor.

335. Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Erheblichkeit der Preisabrede sind angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr von Belang.

336. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die zur Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung geltend gemachten Aspekte nunmehr im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG zu berücksichtigen seien, kommt keine Bedeutung zu. Denn wenn die entsprechenden Aspekte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon nicht im Hinblick auf die Geringfügigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beachten sind, dann bedürfen sie auch keiner Berücksichtigung bei der Beurteilung, ob die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung überhaupt gegeben ist.

337. Schliesslich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 326), wonach die Erheblichkeit zu prüfen sei, weil allenfalls nur ein Informationsaustausch vorgelegen habe, nicht von Belang. Selbst wenn das Verhalten der Abredebeteiligten entgegen den Erwägungen zur Verhaltenskoordination nicht als Vereinbarung, sondern nur als abgestimmte Verhaltensweise in Gestalt eines Informationsaustauschs über Preise oder Preiselemente zu qualifizieren wäre, stellt dies eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 3.4.2.2), deren Erheblichkeit aufgrund ihrer besonderen Schädlichkeit gegeben ist.

6) Rechtfertigungsgründe

338. Die angefochtene Verfügung hat das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen verneint.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

339. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Informationsaustausch gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt gewesen sei, weil das Verhalten der Koch-Gruppe zu einer Senkung der Vertriebskosten geführt und dadurch zur wirtschaftlichen Effizienz beigetragen habe. Hierzu führen sie verschiedene Einwände an.

340. Die Koch-Gruppe habe sich an überhaupt keiner Abrede - geschweige denn an einer unzulässigen Abrede - beteiligt. Die wettbewerbsrechtliche Analyse des Verhaltens der Koch-Gruppe habe im Gegenteil ergeben, dass dank des Einsatzes der Koch-Gruppe die

Preiserhöhungen in der Schweiz von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften gegenüber dem Handel tiefer ausgefallen seien als ursprünglich geplant. Dies sei aktenkundig und unbestritten.

341. Alle Unterlagen einschliesslich der Selbstanzeige sowie die Aussagen von sämtlichen Befragten würden eindeutig belegen, dass die Koch-Gruppe sich stets gegen Preiserhöhungen gewehrt habe.

342. Selbst wenn das Verhalten der Koch-Gruppe zu Unrecht als horizontale Abstimmung mit ihren Lieferanten betrachtet würde, sei anzuerkennen, dass dank der Koch-Gruppe der schweizerische Handel von tieferen Preisen profitiert habe.

343. Siegenia Deutschland bzw. Siegenia hätten gegenüber der Koch-Gruppe eine Preiserhöhung zwischen 8-9% angekündigt, welche aufgrund des Widerstands der Koch-Gruppe in einer ersten Phase auf 6% per 1. September 2006 und dank des Treffens vom 22. September 2006 auf 5,7% per 1. Februar 2007 gesenkt worden sei.

344. Die vermeintlich wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweise der Koch-Gruppe bestehe lediglich in einer Senkung und Verzögerung der von den Herstellern und ihren Vertriebsgesellschaften vorgenommenen Preiserhöhungen. Dies habe dazu geführt, dass die Koch-Gruppe, ihre Kunden und letztlich alle schweizerischen Vertreiber von Drehkippbeschlägen von tieferen Preisen sowie einer Verzögerung der Preiserhöhungen profitiert hätten und sie ihre Produkte dementsprechend ihren jeweiligen Kunden zu besseren Konditionen hätten anbieten können. Dies stelle eine Senkung der Vertriebskosten dar.

345. Um diesen Erfolg zu erreichen, sei das Treffen vom 22. September 2009 notwendig gewesen. Nur wenn alle Hersteller seitens ihrer Abnehmer Druck spüren würden, hätten reine Händler wie die Koch-Gruppe eine Chance gehabt, in ihren bilateralen Verhandlungen mit Siegenia etwas zu erreichen.

346. Ohne die Gegenreaktion der Koch-Gruppe hätte im schweizerischen Markt Siegenia eine Preiserhöhung von 6% ab 1. September 2006 durchgesetzt. Dank des erzeugten Widerstands sei die Erhöhung auf 5,7% per 1. Februar 2007 reduziert worden. Dadurch sei dem Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt ein Dienst erwiesen worden, ohne den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet zu haben, den Wettbewerb zu beseitigen.

347. Die Wettbewerbskommission anerkenne denn auch in ihrer Praxis (RPW 2008/4, 564, Ziff. 120; RPW 2003/4, 871, Ziff. 9), dass die Erzeugung eines Gegenpols eine bessere Verhandlungsposition zur Folge habe, und auch in der Literatur werde anerkannt, dass dies effizient im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein könne.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

348. Die Vorinstanz qualifiziert die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aspekte nicht als Rechtfertigungsgründe.

(3) Würdigung durch das Gericht

349. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz das Vorgehen der an der Abrede beteiligten Unternehmen rechtfertigen.

350. Für eine Rechtfertigung wegen wirtschaftlicher Effizienz bedarf es eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks (Botschaft KG 1995, 516; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2) wobei ausschliesslich die gesetzlich aufgeführten Aspekte einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, einer Verbesserung der Produkte, einer Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geltend gemacht werden können (Botschaft KG 1995, 558; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2). Hierbei ist es ausreichend, dass im Einzelfall einer dieser Gründe vorliegt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2).

351. Eine Wettbewerbsabrede muss gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG notwendig sein, um den jeweils geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu erreichen. Die Notwendigkeit einer Abrede muss in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und personaler Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, Altimur, E. 13.5.1; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3). Dies setzt im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung (Botschaft KG 1995, 560; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 7.1; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 7.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3) folgende Anforderungen voraus: (i) die Wettbewerbsabrede ist überhaupt geeignet, das geltend gemachte Effizienzziel herbeizuführen; (ii) die Wettbewerbsabrede ist erforderlich, weil keine mildere, d.h. den Wettbewerb weniger beeinträchtigende wirtschaftliche Massnahme möglich ist; (iii) die durch die Wettbewerbsabrede herbeigeführte Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel angemessen, d.h. nicht überproportional, mit der Folge, dass die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

352. Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3).

353. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG darf die Wettbewerbsabrede überdies in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb eröffnen.

354. Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit - wie betriebsinterne Kostenverlagerungen - oder rein pekuniäre Vorteile - wie blosse Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung von ruinösem Wettbewerb - der Abredebeteiligten für eine Rechtfertigung nicht aus (BVGer, BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 10.3 m.w.N.).

355. Auch die Notwendigkeit von Preiserhöhungen aufgrund von gestiegenen Rohstoffpreisen stellt keinen Rechtfertigungsgrund für eine Verständigung von Wettbewerbern über die Höhe und den Zeitpunkt der umzusetzenden Preissteigerungen dar.

356. Die von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte Abwehr eines Preisdiktats der ausländischen Beschlaghersteller und der Begrenzung der inländischen Produktpreise gegenüber dem Ausland bilden von vornherein keine Rechtfertigung für den Abschluss einer Preisabrede.

357. Die Beschwerdeführerin macht mit ihren Einwänden letztlich geltend, dass der Abschluss und die Beteiligung an einer Preisabrede zwischen Herstellern und Händlern eine sachliche Notwendigkeit zur Abwehr einer Preiserhöhung der Hersteller seien und damit als Rechtfertigungsgrund wegen einer dadurch erreichten Senkung der Vertriebskosten zu gelten hätten.

358. Es ist jedoch ohne Weiteres ersichtlich, dass der Abschluss einer Wettbewerbsabrede nicht einen tauglichen Rechtfertigungsgrund für gerade diese Wettbewerbsabrede darstellen kann. Gleichfalls kann der Abschluss einer Wettbewerbsabrede nicht einen tauglichen Rechtfertigungsgrund für die Abwehr einer anderen Wettbewerbsabrede darstellen.

359. Denn würde man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, könnten in allen Märkten alle Preise ohne Schwierigkeiten zwischen Herstellern und Händlern einvernehmlich festgelegt werden, indem eine angekündigte Preiserhöhung der Hersteller zum angeblichen Nutzen für alle Wirtschaftsteilnehmer durch eine Abrede von Herstellern und Händlern in einem gewissen Umfang reduziert werden würde.

360. Es ist daher ohne Weiteres ersichtlich, dass der Einwand der Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung der Preiserhöhungsabrede nicht von Bedeutung ist.

361. Der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass eine Festlegung von Preisen gegenüber den Abnehmern weder eine Senkung von Vertriebskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG bewirkt noch ein verhältnismässiges Mittel darstellt. Im Hinblick auf die notwendige Verhältnismässigkeit ist jedenfalls zu beachten, dass die Meldung von wettbewerbswidrigen Vorgängen an die Wettbewerbsbehörden stets ein milderes Mittel als die eigene Vornahme von wettbewerbswidrigen Massnahmen darstellt. Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 KG wären daher vorliegend ohnehin nicht gegeben.

362. Aufgrund des erstellten Sachverhalts sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte ersichtlich, dass ein Effizienzgrund für den Abschluss einer Preisabrede über die Höhe und den Termin eines Materialteuerungszuschlags zwischen den Abredebeteiligten zu Lasten der Fensterproduzenten vorhanden sein könnte.

363. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds demzufolge nicht gegeben.

7) Fazit Wettbewerbsabrede

364. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verständigung über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags für Fensterbeschläge im Jahr 2007 als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine wettbewerbswidrige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, weil mit dem Abschluss dieser Wettbewerbsabrede der Wettbewerb auf dem relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus erheblich beeinträchtigt wurde.

VII. SANKTIONEN

365. Die Vorinstanz hat wegen des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen die Beschwerdeführerin gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einen Betrag als Sanktion ausgesprochen.

1) Massgebende Sanktionsvorschriften

366. Art. 49a KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das sich aufgrund seiner Beteiligung an einer in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabrede unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. Das Sanktionsobjekt entspricht dabei dem Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liegt eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, an dem die Beschwerdeführerin als Repräsentantin der Koch-Gruppe sbeteiligt ist.

367. Die Beschwerdeführerin sieht durch die Sanktionierung die rechtmässige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG verletzt, weil deren tatbestandsmässigen Voraussetzungen nicht beachtet worden seien.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

368. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vorgeworfene Preiserhöhung nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden dürfe, weil sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitige. Hierzu erhebt sie verschiedene Einwände.

369. Im vorliegenden Fall sei die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt worden. Die der Koch-Gruppe vorgeworfene Preiserhöhung habe den wirksamen Wettbewerb daher nicht beseitigt.

370. Gemäss einer Ansicht in der Literatur, der zu folgen sei, müsse die Anwendung von direkten Sanktionen auf Wettbewerbsabreden beschränkt werden, die den Wettbewerb effektiv beseitigten.

371. Dies ergebe sich schon daraus, dass Art. 49a Abs. 1 KG explizit nur auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, nicht aber auf Art. 5 Abs. 1 KG verweise.

372. Das erklärte Anliegen des Gesetzgebers sei es gewesen, besonders schädliche Wettbewerbsabreden direkt sanktionieren zu können. Dagegen leuchte es aus teleologischer Sicht und Gleichbehandlungsaspekten nicht ein, weshalb bei den Abreden, die den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sondern nur erheblich beeinträchtigen würden, eine Zweiklassengesellschaft zur Anwendung gelangen solle mit Abreden, die direkt Strafen in Millionenhöhe nach sich ziehen, und anderen, für die dies nicht gelten würde. Hätte der Gesetzgeber eine

andere Absicht verfolgt, wäre Art. 49a Abs. 1 KG anders formuliert worden.

373. Die von Art. 49a Abs. 1 KG beabsichtigte Abschreckungswirkung werde keineswegs vereitelt, wenn direkte Sanktionen auf Abreden beschränkt würden, die den Wettbewerb beseitigen. Denn ein Teilnehmer einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG riskiere, in eine lange und kostspielige Untersuchung verwickelt zu werden sowie eine empfindliche Strafe zu erhalten, wenn sich die gesetzliche Vermutung bestätige. Dies sei für ein Unternehmen Grund genug, sich strikt an das Kartellgesetz zu halten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

374. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände gegen ihre Sanktionierung angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sachlich für unzutreffend.

(3) Würdigung durch das Gericht

375. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat klargestellt, dass eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs gemäss dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht voraussetzt. Vielmehr findet Art. 49a KG auch auf eine bloss erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.4; BGer, 24.10.2017, 2C_63/2016, Bayerische Motorenwerke AG gg. Weko, publ. E. 144 II 194, zit. BMW, E. 5.4; BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.3.1). Die entsprechenden, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Einwände sind demzufolge nicht von Belang.

376. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49a KG sowie die sich daraus ergebende Sanktionierbarkeit der von der Beschwerdeführerin vereinbarten und durchgeführten Wettbewerbsbeschränkung sind daher gegeben.

2) Vorwerfbarkeit

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

377. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der vermeintliche Wettbewerbsverstoss nicht schuldhaft begangen worden sei. Hierzu bringt sie verschiedene Einwände vor.

378. Aufgrund des strafrechtlichen Charakters von kartellrechtlichen Sanktionen seien in Zusammenhang mit deren Verhängung auch die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV anwendbar. Aus der Unschuldsvermutung ergäbe sich, dass jede strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK ein Verschulden voraussetze.

379. Ein Unternehmen könne nicht anhand eines bloss vorwerfbaren Verhaltens sanktioniert werden. Eine Sanktionierung sei nur möglich, wenn dem betreffenden Unternehmen ein strafrechtlich schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden könne. Im Einzelfall müsse demnach dem Betroffenen in subjektiver Hinsicht ein Schuldvorwurf gemacht werden können. Dies sei von der REKO/WEF (RPW 2002/2 S. 533 Ziff. 48 ff.) und dem Bundesverwaltungsgericht (27.4.2010, B-2877/2007, E. 8.2.2.1) anerkannt worden.

380. Aufgrund des Schuldprinzips sei es unzulässig, aus dem Bestehen eines Wettbewerbsverstosses ohne Weiteres auf ein Verschulden des Unternehmens zu schliessen. Gemäss Art. 12 StGB gelte jede Unvorsichtigkeit, welche der Betroffene nach den persönlichen Umständen und den individuellen Verhältnissen zu beachten verpflichtet sei, als vorwerfbar. Daraus folge, dass die sanktionierende Behörde die Sorgfaltswidrigkeit zu spezifizieren und zu präzisieren habe, inwieweit der Wettbewerbsverstoss hätte verhindert werden können.

381. Die Wettbewerbskommission habe auf die individuelle Prüfung von schuldhaften Elementen für jedes einzelne Unternehmen verzichtet. Die angefochtene Verfügung beschränke sich auf eine pauschale Prüfung der Vorwerfbarkeit für alle Beteiligten. Im Rahmen dieser Begründung sei lediglich ausgeführt worden, die Untersuchungsadressaten hätten am Koordinationstreffen mit dem Ziel teilgenommen, sich über die Preise abzustimmen. Dies sei dadurch verdeutlicht worden, dass die Teilnehmer sich nicht mehr gegen die von den ausländischen Herstellern beschlossenen Preiserhöhungen hätten wehren können. Die involvierten Unternehmen hätten deshalb keine Vorkehrungen treffen können, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen.

382. Die Begründung der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens würde den Anforderungen an das Schuldprinzip unter Berücksichtigung der Rolle der Koch-Gruppe anhand der gesamten Umstände des dokumentierten Informationsstands nicht genügen.

383. Die Koch-Gruppe sei an keiner horizontalen Abrede beteiligt gewesen. Die Preiserhöhungen 2006/2007 seien vielmehr auf das Verhalten der Hersteller sowie der schweizerischen Vertriebsgesellschaften zurückzuführen. Die Koch-Gruppe habe am vorgeworfenen Treffen nur teilgenommen, um sich gegen die von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften angekündigten Preiserhöhungen zur Wehr zu setzen.

384. Die Tatsache, dass die Koch-Gruppe sich stets gegen Preiserhöhungen gewehrt habe, sei aktenkundig und durch Aussagen mehrerer Untersuchungsadressaten belegt.

385. Wie der Einladung des fraglichen Treffens zu entnehmen sei, habe die Absicht der Koch-Gruppe darin bestanden, Druck gegenüber den Herstellern aufzubauen, um den europäischen Preisen näher zu kommen. Die Interpretation der Wettbewerbskommission, wonach die Abstimmung die Erhöhung der Preise zum Gegenstand gehabt habe, sei falsch und unbelegt. Entgegen den Ausführungen der Wettbewerbskommission habe sich die Koch-Gruppe nicht mit den anderen Teilnehmern über Ausmass und Zeitpunkt der Preiserhöhungen abgesprochen. Auf diese Umstände habe die Koch-Gruppe als reiner Händler gar keinen Einfluss gehabt. Die Koch-Gruppe habe lediglich versucht, die horizontal zwischen den Herstellern beziehungsweise ihren Vertriebsgesellschaften zuvor besprochenen Preiserhöhungen zu reduzieren.

386. Die Koch-Gruppe sei davon überzeugt gewesen, dass ihr Verhalten im Interesse der schweizerischen Abnehmer zwingend notwendig gewesen sei. Sie habe weder wissen können noch wissen müssen, dass ihr

Verhalten angeblich kartellrechtlich relevant und sanktionsbedroht sei.

387. Die gegenteiligen Ausführungen der Wettbewerbskommission würden belegen, dass diese das Verhalten und die Marktsituation der Koch-Gruppe falsch gewürdigt habe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

388. Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die bisherige Wettbewerbspraxis im Wesentlichen geltend, dass für den Nachweis eines Verschuldens dem Unternehmen zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können müsse, was im Ergebnis vorliegend der Fall sei.

(3) Würdigung durch das Gericht

(a) Ausgangslage

389. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung ist die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei einem pflichtwidrigen Fehlverhalten von Mitgliedern der Führungsgremien und von Mitarbeitern des Unternehmens gegeben, das sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung durch ein aktives Handeln oder eine Unterlassung als auch einen Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens umfasst (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 674 f., und BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1488 ff.; grundsätzlich BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.4.2; BGE 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.2.2 [nicht publ.]; BVGer, B-771/2012, Cellere, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.1; BVGer, B-581/2012, Nikon, E. 8.2.2; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 14.3.5; BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 8.2.2.1; BVGer, B-2157/2006, Valet Parking, E. 4.2.6).

390. Die Feststellung der Vorwerfbarkeit einschliesslich der Zurechnung des Verhaltens von Mitarbeitern gegenüber dem massgeblichen Kartellrechtssubjekt oder der Bejahung eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens führt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 377) nicht zu einer unzulässigen verschuldensunabhängigen Bestrafung (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677 m.w.N.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1490 m.w.N.). Denn hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, denen ein Unternehmen bei seinem wirtschaftlichen Verhalten im Rahmen seiner Teilnahme am Wettbewerb zu genügen hat, sind verschiedene Aspekte zu beachten.

391. Zunächst kommt den gesetzlich oder gesellschaftsintern vorgesehenen Mitgliedern der Führungsgremien von Gesellschaften als juristischen Personen einschliesslich von Gruppengesellschaften eines Konzerns mit Bezug auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 812 Abs. 1 OR die Verpflichtung zu, die Geschäftstätigkeit sorgfaltsgemäss auszugestalten und im laufenden Geschäftsbetrieb umzusetzen, was zum Beispiel gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Beachtung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einschliesst. Den Verantwortlichen eines Unternehmens kommt somit die Verpflichtung zu, einen recht-

mässigen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst auch die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften durch die Umsetzung eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.4.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1491; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.4, 11.2.5 a.E.; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677).

392. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmen zur Verfolgung seiner geschäftlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Positionen innerhalb seines Geschäftsbetriebs nur Mitarbeitende einsetzt, welche aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit, Ausbildung und Erfahrung in der Lage sind, bei Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Bearbeitung und Behandlung der hierbei regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich erforderlich ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Dabei hat das Unternehmen durch eine entsprechende Auswahl und Schulung der Mitarbeitenden sowie deren Kontrolle sicherzustellen, dass die jeweiligen Anforderungen erfüllt werden. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, müsste andernfalls davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel auf Seiten des Unternehmens vorliege, weil es Mitarbeitende für Tätigkeiten einsetzt, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen an ein rechtmässiges Verhalten nicht gewachsen sind (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677; BVGer, B-771/2012, Cellere, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.5 a.E.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1492). Soweit einzelne Mitarbeitende die jeweilige Sorgfaltspflicht durch ein aktives Handeln oder ein Unterlassen vorsätzlich oder fahrlässig verletzen, ist zumindest davon auszugehen, dass im Rahmen des Geschäftsbetriebs eine ausreichende Kontrolle dieser Mitarbeitenden nicht stattgefunden hat und damit ein Organisationsmangel vorliegt. Darüber hinaus würde die Verpflichtung zu einem gesetzesmässigen Verhalten in diesen Fällen auch unmittelbar verletzt, weil grundsätzlich unterstellt werden kann, dass ordnungsgemäss eingesetzte und geschulte Mitarbeitende zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen in der Lage sind. Gleiches gilt ohne Weiteres auch für die Mitglieder der Führungsgremien eines Unternehmens. Die Verpflichtung zur Einhaltung von gesetzlichen Anforderungen einschliesslich der kartellrechtlichen Vorschriften bildet demzufolge den grundlegenden Bezugspunkt der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein Unternehmen.

393. Diese Sorgfaltsanforderung zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften wird bei der Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens regelmässig unmittelbar oder mittelbar verletzt worden sein (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.5 a.E.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1493). Soweit keine gegenteiligen Umstände, wie z.B. auf eigene Rechnung arbeitende Mitarbeitende, für die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung ersichtlich sind oder durch das Unternehmen belegt werden, hat das Unternehmen für diese Sorgfaltspflichtverletzung einzustehen,

weil das Kartellgesetz keine Zurechenbarkeit gegenüber bestimmten einzelnen natürlichen Personen verlangt, sondern eine solche gegenüber dem Unternehmen als gesetzlich vorgesehenes Kartellrechtssubjekt ausreichen lässt (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 3.2). Diese Zuweisung von Verantwortlichkeit im Rahmen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG entspricht auch den Anforderungen des Schuldprinzips, weil entsprechende Beweislastverschiebungen zulässig sind (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1478).

394. Da ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist (vgl. E. 8), sind Handlungen und Sorgfaltspflichtverletzungen, die innerhalb des Konzern eintreten, ohne Weiteres auch diesem als gesetzlich vorgesehenem massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 678; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 3.4 [nicht publ.]; siehe auch BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1494; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.2.4). Da die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin gehandelt haben, ist ihr die Durchführung der unzulässigen Wettbewerbsabrede selbst und als Repräsentantin der Koch-Gruppe zuzurechnen.

395. An der vorstehenden Einschätzung vermögen auch die wiederholten Verweise der Beschwerdeführerin auf das Schuldprinzip keine Änderung zu bewirken. Denn auch das Schuldprinzip findet als strafrechtliches Rechtsprinzip in einem Kartellsanktionsverfahren als Verwaltungsverfahren nur beschränkt und unter dem Vorbehalt sachgerechter Anpassungen Anwendung (vgl. E. 86; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 674 ff. m.w.N.; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1477).

(b) Sachverhalt

396. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sind im vorliegenden Fall verschiedene Aspekte von massgeblicher Bedeutung.

397. Nach den eigenen ausdrücklichen Angaben der Beschwerdeführerin (vgl. E. 344 f.) ist die einheitliche Einführung des Materialteuerungszuschlags auf Anfang 2007 im Wesentlichen auf das Engagement der Koch-Gruppe zurückzuführen. Dank ihres Tätigwerdens hätte eine Preiserhöhung durch die Hersteller zeitlich hinausgeschoben und in der Höhe reduziert werden können, wodurch zumindest eine gewisse Angleichung an das internationale Preisniveau habe herbeigeführt werden können.

398. Sowohl die Einberufung und Durchführung des Koordinationstermins als auch der anschliessende wechselseitige Austausch der Kündigungsschreiben sowie Zeitpunkt und Umfang der tatsächlich angewendeten Preiserhöhung wurden demzufolge von der Koch-Gruppe wissentlich und willentlich vorgenommen.

399. Die Koch-Gruppe hat daher vorsätzlich an der Koordination einer Preiserhöhung von Fensterbeschlägen durch verschiedene Hersteller und Händler mitgewirkt.

400. An dieser Einschätzung vermögen die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 340 ff.), wonach ihre Mitwirkung zum einen letztlich nur auf einer Abwehr des angeblichen Preisdiktats der Hersteller und

zum anderen nur auf dem Bestreben zur Reduzierung des Preisniveaus in der Schweiz und der Angleichung an das internationale Preisniveau beruhen würde, keine Änderung herbeizuführen. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 358 f.), stellt die Eingehung einer Preiskoordination zur allfälligen Abwehr eines wettbewerbswidrigen Verhaltens anderer Unternehmen keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsabrede dar. Daher können die entsprechenden Motive der Koch-Gruppe auch keine Feststellung der Vorwerfbarkeit verhindern. Vielmehr bestätigen diese Aussagen gerade die Durchführung einer Verhaltenskoordination und die Beteiligung der Koch-Gruppe.

401. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 386), wonach die Koch-Gruppe nicht hätte wissen können und nicht hätte wissen müssen, dass ihr Verhalten kartellrechtlich relevant und sanktionsbedroht gewesen sei, ist offensichtlich unbegründet. Denn die Unzulässigkeit von horizontalen Preisabreden wurde im Kartellgesetz bereits im Jahr 1995 ausdrücklich statuiert. Und mit der Einführung direkter Sanktionen für horizontale und vertikale Preisabreden als besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen im Jahr 2004 wurde diese Unzulässigkeit nochmals besonders hervorgehoben (Botschaft KG 2004, 2023). Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Unzulässigkeit von horizontalen Preisabreden im EU-Wettbewerbsrecht hingewiesen hat (Botschaft KG 2004, 2041). Dabei wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Tragweite der Beteiligung an einer derartigen Wettbewerbsabrede für ein Unternehmen ohne Weiteres erkennbar sei, weil der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten aufweise, die einer juristischen Klärung bedürften (Botschaft KG 2004, 2041). Spätestens seit dieser Zeit ist für alle Wirtschaftsteilnehmer ohne Weiteres erkennbar, dass eine Preiskoordination als besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist.

402. Auch wenn auf Seiten der Koch-Gruppe darüber eine gewisse Unklarheit bestanden haben sollte, so hätte sie ihm Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften entsprechende Rechtsauskünfte einholen müssen. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eines gesetzestreuen Unternehmens wäre durch eine solche Prüfung ohne Weiteres die Wettbewerbswidrigkeit festzustellen gewesen. Die Koch-Gruppe hätte daher nicht im Unklaren über die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens sein können. Von der Beschwerdeführerin wurden denn auch keine besonderen Umstände dargelegt, aufgrund deren es den Verantwortlichen nicht möglich gewesen wäre, entsprechend der notwendigen Sorgfalt, die sich angesichts des Sachverhalts aufgrund der möglichen Einsicht ergab, zu handeln.

403. Im Übrigen sind die Einwände der Beschwerdeführerin angesichts des tatsächlichen Geschehensablaufs tatsachenwidrig und unglaubwürdig.

404. Denn bereits die Einberufung eines Koordinationstreffens mit Konkurrenten zu einem Austausch über die Preisgestaltung stellt eine unzulässige wettbewerbswidrige Handlung dar.

405. Darüber hinaus hat die Koch-Gruppe die Mitteilung der Gretschi-Unitas über eine von dieser auf den 1. September durchgeführten Preiserhöhung an die anderen Abredebeteiligten weitergeleitet. Dabei handelt es sich um eine preisrelevante Information, die in keinem Zusammenhang mit einer allfälligen Preiserhöhung von Produkten der Siegenia-Gruppe stand. Sie diente daher ebenfalls der Absicherung der eigenen Preisgestaltung durch die Abredebeteiligten.

406. Die koordinierte Preisgestaltung war von den Verantwortlichen der Koch-Gruppe über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten aufrechterhalten worden. Sie wurde nach Angaben der Vorinstanz erst dann und nur deshalb aufgegeben, als bzw. weil die Wettbewerbskommission ein formelles Kartellverfahren eröffnet hat.

407. Mithin wurde das wettbewerbswidrige Verhalten bewusst und willentlich verwirklicht.

408. Im Übrigen läge in jedem Fall eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung von Seiten der Verantwortlichen vor, weil die tatsächliche oder pflichtwidrig nicht erlangte Kenntnis nicht zu einem Verzicht auf den Abschluss der Wettbewerbsabrede geführt hat. Auch eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung begründet aber im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. E. 389 f.; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 677; BVGer, B-832/2011, DCC, E. 1488).

409. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit gegeben.

3) Sanktionsbemessung

410. Grundlage der Sanktionierung durch die Vorinstanz mit einem Betrag in Höhe von 2'957'817 CHF bildete der Umsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Erlass der angefochtenen Verfügung in Höhe von {xx'xxx'xxx} Mio. CHF, den die Beschwerdeführerin im Bereich des relevanten Markts durch den Absatz der entsprechenden Produkte erzielt hatte. Das wettbewerbswidrige Verhalten wurde nach Art und Schwere mit einem Betragskoeffizienten von 7% belegt, woraus ein konkreter Basisbetrag in Höhe von {x'xxx'xxx} Mio. CHF resultierte. Aufgrund der kurzen zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung von sechs Monaten wurde der Basisbetrag nicht erhöht. Erschwerende oder mildernde Umstände für eine weitere Anpassung des Basisbetrags wurden von der Vorinstanz nicht identifiziert. Der festgelegte Sanktionsbetrag lag damit immer noch unterhalb des von der Beschwerdeführerin in der Schweiz getätigten Gesamtumsatzes. Aufgrund der Anerkennung einer Mitwirkung der Beschwerdeführerin als 3. Bonusmeldung erfolgte eine Reduktion des Sanktionsbetrags um 20%.

411. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Sanktionsbemessung aus verschiedenen Gründen, die nachfolgend zu den einzelnen Sanktionskomponenten dargestellt werden.

a) Allgemeines

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

412. Die Beschwerdeführerin bestreitet sowohl die Rechtmässigkeit als auch die Höhe der Sanktionsbemessung in der angefochtenen Verfügung.

413. Zunächst verlangen sie, dass die Sanktion gestützt auf Art. 25 StGB zwingend zu reduzieren sei, weil Art. 25 StGB als allgemeine Bestimmung gemäss Art. 333 StGB für alle Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht seien, zur Anwendung gelange.

414. Darüber hinaus führe die Sanktionierung der Beschwerdeführerin und der Siegenia zu einer Doppelbestrafung des Vertriebskanals von Siegenia-Produkten. Denn im Gegensatz zu anderen Fabrikaten, bei denen jeweils nur ein Unternehmen sanktioniert worden sei, habe bei Siegenia-Produkten eine Sanktionierung sowohl der Beschwerdeführerin als unabhängige Händlerin als auch von Siegenia als nationale Vertriebsvertretung des Herstellers stattgefunden.

415. Demgegenüber hätte vielmehr berücksichtigt werden müssen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit Preiserhöhungen zwangsläufig demjenigen von Siegenia entspräche. Die Beschwerdeführerin und Siegenia hätten daher nicht nach den gleichen Massstäben wie die anderen Untersuchungsadressaten sanktioniert werden dürfen. Die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Sanktion müsse daher reduziert werden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

416. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

(3) Würdigung durch das Gericht

417. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist unter Berücksichtigung der Regelungen der Sanktionsverordnung (Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, SVKG, SR 251.5) vorzunehmen. Diese wurde vom Bundesrat als Ausführungsbestimmung gemäss Art. 60 KG erlassen.

418. Die Sanktionsbemessung hat dabei den gesetzgeberischen Zweck der Sanktionsvorschriften zu gewährleisten, wonach sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht lohnen dürfen, sondern der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ ausfallen muss (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1605; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 680 f.). Hierfür ist die Androhung von wirtschaftlich einschneidenden Sanktionen notwendig (Botschaft KG 2004, 2037). Damit soll insbesondere auch die Präventivwirkung des Kartellgesetzes gestärkt werden (Botschaft KG 2004, 2023, 2024). Zur Sicherstellung der Präventivwirkung haben die Wettbewerbsinstanzen auch entsprechende Sanktionen zu verhängen.

419. Art. 49a KG gewährt den Wettbewerbsinstanzen für die Ausfällung von Sanktionen kein Entschliessungsermessens (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.2; BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.1; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.4.1; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556). Die Wettbewerbsinstanzen haben vielmehr stets Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht werden. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der Dauer des Wettbewerbsverstosses und der Berücksichtigung von Erhöhungs- oder Milderungsgründen sowie den Erlass oder die Reduktion des Sanktionsbetrags wegen der Selbstanzeige eines Unternehmens. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen jeweils eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags und des Dauerbetrags sowie der Bestimmung der jeweiligen Erhöhungs-, Milderungs- und Reduktionsbeträge zu (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556).

420. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch die verfassungsmässigen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit eingeschränkt (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.3.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 709; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1556). Die Art. 2 bis 6 SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art und Schwere sowie die Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens wie auch erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktionselemente im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Gleichheits- und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn ein Entscheid keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 710; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1557).

421. Da es sich bei Art. 49a KG zwar um eine strafrechtsähnliche, nicht aber um eine strafrechtliche Vorschrift handelt (vgl. E. 86), finden entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 412, 413) jedenfalls die Bestimmungen von Art. 25 und 333 StGB keine Anwendung; gleiches gilt auch für Art. 47 StGB (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 742; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1479, 1591).

422. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 414), wonach die Sanktionierung von Koch und von Siegenia zu einer Doppelbestrafung des Vertriebskanals der Siegenia-Produkte führen würde, ist unbegründet. Denn zum einen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass eine Doppelbestrafung von Koch oder von Siegenia vorliege. Zum anderen bildet ein «Vertriebskanal von Siegenia-Produkten» kein taugliches Rechtssubjekt, auf den der strafrechtliche Grundsatz des Verbots einer

Doppelbestrafung Anwendung finden würde. Darüber hinaus finden nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung strafrechtliche Grundsätze nur in einem eingeschränkten Ausmass im Kartellverwaltungsverfahren Anwendung. Eine Sanktionierung von verschiedenen Unternehmen eines Absatzsystems bei gemeinsamen Wettbewerbsverstössen ist nachgerade sachgerecht und notwendig, weshalb der strafrechtliche Grundsatz des Verbots einer Doppelbestrafung auf Unternehmen im Rahmen eines vertikalen Vertriebsverhältnisses auch nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen könnte.

b) Basisumsatz

423. Der Basisbetrag ist gemäss Art. 3 SVKG anhand des Umsatzes, den das Unternehmen auf den relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren erzielt hat, festzulegen. Diese Bezugsgrösse für die Ermittlung des massgeblichen Umsatzes (nachfolgend: Basisumsatz) als Grundlage der Sanktionsbemessung wird bereits durch Art. 49a Abs. 1 KG statuiert.

424. Die angefochtene Verfügung hat für den Zeitraum von 2007 bis 2009 einen bestimmten massgeblichen Umsatz festgestellt (vgl. E. 410). Diese Feststellung wurde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Als massgeblicher Basisumsatz ist daher dieser Betrag anzusetzen.

c) Basisbetrag

425. Die angefochtene Verfügung hat für die Ermittlung des festgelegten Basisbetrags einen Basiskoeffizienten von 7% auf den Basisumsatz festgelegt (vgl. E. 410).

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

426. Gegen die Festlegung des Basisbetrags erhebt die Beschwerdeführerin mehrere Einwände wegen einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.

427. Zunächst macht sie geltend, dass die Höhe der verfügten Sanktion in jedem Falle unangemessen sei, weil die Art und Schwere des vorgeworfenen Verstosses nur leicht gewesen seien. Die Festlegung des Koeffizienten mit 7% stünde in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten und sei nicht nachvollziehbar, weshalb der festgesetzte Basisbetrag ebenfalls zu hoch sei.

428. Hierzu führt sie aus, dass Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden anwendbar sei, die den Wettbewerb tatsächlich beseitigen würden. Die Tatsache, dass eine Abrede den Wettbewerb beseitige, begründe somit die Sanktionierbarkeit und fände im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags daher keine Berücksichtigung mehr. Daher wäre die Feststellung der angefochtenen Verfügung, dass die den Wettbewerb beseitigenden Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens zu berücksichtigen seien, nicht nachvollziehbar.

429. Zudem würden Preisabreden nicht per se das jeweils gleiche Schädigungspotential aufweisen. Eine weniger schädliche Wettbewerbsabrede als die vorliegende sei nicht vorstellbar, weil die vermeintliche Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt habe. Und weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, müsse der Sanktions-

rahmen zwingend reduziert werden, selbst wenn zu Unrecht davon auszugehen wäre, dass Art. 49a Abs. 1 KG auch nach erfolgter Widerlegung der Vermutung Anwendung fände. Denn die Vorinstanz habe selbst anerkannt, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund der konkreten Umstände nicht als besonders schwer zu qualifizieren sei.

430. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die vermeintliche einmalige Abstimmung eines sekundären Bruttopreisbestandteils als untergeordneter Wettbewerbsparameter ohne preisharmonisierende Wirkung selbst dann, wenn sie als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren wäre, höchstwahrscheinlich die am wenigsten schwere Art von Preisabreden darstellen würde, weil eine weniger schädliche Preisabrede kaum vorstellbar sei. Überdies sei die relevante Preiserhöhung für sie lediglich ein «Nullsummenspiel» gewesen. Denn der Materialteuerungszuschlag sei durch beträchtliche Rabatte weitgehend kompensiert worden. Die Art und Weise der vermeintlichen kartellrechtswidrigen Verhaltensweise wäre beispielsweise schwerwiegender einzustufen, wenn sie mit ihren Wettbewerbern Abreden über die Endkundenpreise getroffen hätte und dadurch eine Kartellrente beabsichtigt oder erzielt hätte oder Sanktionsmechanismen vorgesehen gewesen wären. Auch gemäss der Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7) seien geringe Auswirkungen einer Abrede, die unter den Vermutungstatbestand fällt, zwar nicht im Rahmen der Erheblichkeit, dafür aber bei der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Daher müssten die beschränkte Möglichkeit einer Umsetzung der angekündigten Preiserhöhung sowie der weiterhin bestehende Rabattwettbewerb mitberücksichtigt werden.

431. Überdies widerspreche die Festsetzung des Basisbetrags mit 7% durch die Wettbewerbskommission auch der Ansetzung des Basisbetrags mit 1- 3% durch das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung. Für eine derartige Abweichung bestünden keine Gründe, weil der von den Wettbewerbsbehörden festgestellte Sachverhalt zum Zeitpunkt der Verhandlungen bereits festgestanden habe und die Ansetzung ausschliesslich auf der Art und Schwere des vermeintlichen Verstosses habe beruhen können, weil eine einvernehmliche Regelung keine materielle Beurteilung der Rechtslage aufweise.

432. Des Weiteren erheben die Beschwerdeführerin den Einwand, der festgesetzte Basisbetrag von 7% verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 Abs. 1 und 29 Abs. 1 BV in krasser Weise, weil zum einen vergleichbare Abreden unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls in derselben Grössenordnung zu ahnden seien, und zum anderen die beteiligten Untersuchungsadressaten nach Massgabe von deren Gleichheit sowie einer vergleichbaren Markt- und Interessenlage gleich zu behandeln seien.

433. Hierzu verweisen sie zunächst auf die Verfügung in Sachen Elektroinstallationsbetriebe der Stadt Bern (RPW 2009/3, 215, Ziff. 126), wobei in über 100 meist grösseren Projekten die Angebote abgestimmt sowie die Endkundenpreise abgesprochen worden seien und dadurch der wirksame Wettbewerb beseitigt worden sei.

Eine vermeintliche einmalige Abstimmung über einen unwesentlichen Bruttopreisbestandteil ohne unmittelbare Auswirkung auf den Wettbewerb gegenüber den Endkunden, welche keine Beseitigung des Wettbewerbs zur Folge habe, könne keinesfalls mit jahrelangen, planmässig durchgeführten, den Wettbewerb beseitigenden Submissionsabsprachen in zahlreichen Fällen gleichgesetzt werden. Aus objektiver Sicht könne nicht behauptet werden, dass das ihr vorgeworfene Verhalten gleich schwer zu gewichten sei wie regelmässige, den Wettbewerb beseitigende Absprachen über die Endkundenpreise.

434. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz seien zudem wiederholte gleichartige Verstösse gegen das Kartellgesetz, wie dies bei dem vergleichbaren Sachverhalt der Fall gewesen sei, auch in Zusammenhang mit der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen. Anzahl und Häufigkeit der begangenen Verstösse liessen Rückschlüsse auf Inhalt und Qualität derselben zu und seien dementsprechend sehr wohl geeignet, über die Qualität der Abrede Auskunft zu geben. Eine bloss einmalige Abstimmung müsse daher zwingend zu einer tieferen Festlegung des relevanten Prozentsatzes des Basisbetrags führen.

435. Darüber hinaus verstosse auch die Behandlung der Beschwerdeführerin als Hersteller oder als Vertriebsgesellschaft eines Herstellers gegen den Gleichheitsgrundsatz.

436. Dabei werde bereits der Umstand, dass die Bemessung der Strafe eine prozentmässige Bezugsgrösse am Umsatz darstelle und damit weder dem Tatvorwurf und dem Handlungserfolg noch der unterschiedlichen Wertschöpfung und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens gerecht werde, in der Lehre kritisiert. Im EU-Wettbewerbsrecht müssten sich deshalb die unterschiedliche Grösse der beteiligten Unternehmen sowie ein unterschiedlicher Beteiligungsgrad zwingend in den festgesetzten Geldbussen widerspiegeln. Insbesondere sei dort die Geldbusse gegenüber einem Unternehmen in Relation zu denjenigen von anderen beteiligten Unternehmen zu setzen (EuGH, 6.4.1995, Slg. 1995 II 867, zit. Boel, Ziff. 131 ff.; EuGH, 6.4.1995, Slg. 1995 II 917, zit. Ferriere Nord, Ziff. 51 ff.). Daher habe die Behörde nach EU-Recht sowohl die Rolle des beteiligten Unternehmens als auch dessen Grösse und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit im Rahmen der Sanktionierung zu berücksichtigen.

437. Die Beschwerdeführerin weise eine andere Rolle als die Hersteller und deren Vertriebsgesellschaften auf. Diese hätten bewusst und gewollt agiert und hätten selbst entscheiden können, ob sie Preiserhöhungen durchführen wollten, wie hoch das Ausmass sein sollte und wann diese umgesetzt werden sollten. Die vorgeworfenen Preiserhöhungen seien dementsprechend von den ausländischen Herstellern initiiert und von den schweizerischen Vertriebsgesellschaften umgesetzt worden. Diese Möglichkeiten hätten der Beschwerdeführerin nicht zugestanden.

438. Die Beschwerdeführerin weise eine unterschiedliche Markt- und Unternehmenslage auf. Denn sie sei lediglich ein reiner Händler und weder ein Hersteller noch deren Vertriebsgesellschaft. Daher generiere die

Koch-Gruppe als Zwischenhändler zwar einen hohen Umsatz, die tatsächlich erzielten Gewinne seien aber aufgrund der tiefen Margen verhältnismässig klein. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang ein Vergleich des Umsatzes pro Mitarbeiter zwischen der Beschwerdeführerin mit rund 750'000 CHF und von Siegenia mit rund 250'000 CHF. Eine Sanktionsbemessung auf der Basis des Umsatzes führe deshalb bei einem Handelsunternehmen zu einer unverhältnismässig hohen Busse.

439. Der Beschwerdeführerin müsse daher eine differenziertere Behandlung als den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften zukommen. Da die Hersteller mit geringerem Umsatz verhältnismässig höhere Margen generierten als die Zwischenhändler mit höherem Umsatz, müssten sie auch ungleich härter sanktioniert werden. Eine undifferenzierte Gleichbehandlung sei nicht akzeptabel.

440. Die Beschwerdeführerin sei weder an der Planung oder Entschliessung, noch an der Ausführung der Preiserhöhungen vorsätzlich und in massgebender Weise beteiligt gewesen. Die Preiserhöhungen seien vielmehr von den Herstellern bestimmt, aufdiktirt und umgesetzt worden. Die Beschwerdeführerin habe sich stets dagegen gewehrt. Sie sei wirtschaftlich verpflichtet gewesen, die Preiserhöhungen weiter zu geben. Da die Beschwerdeführerin demnach nicht in relevanter Weise an einer abgestimmten Verhaltensweise unter den Herstellern bzw. deren Vertriebsgesellschaften beteiligt gewesen sei, sei sie demzufolge höchstens als Gehilfin zu qualifizieren.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

441. Die Vorinstanz macht geltend, dass bei nur teilweise umgesetzten Preisabreden aufgrund deren Art und Schwere regelmässig ein Basisprozentsatz von 7% zur Ansetzung gelange und im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung der durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente keine Gründe für eine Abweichung nach unten bestehe.

(3) Würdigung durch das Gericht

442. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag durch einen Koeffizienten des massgeblichen Basisumsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die Obergrenze des Basisbetrags 10% des massgeblichen Basisumsatzes beträgt.

443. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von Seiten der Beschwerdeführerin vorsätzlich begangen (vgl. E. 399) und durch die vorherige Ankündigung gegenüber den jeweiligen Kunden zudem zwischen den Abredeteiligen wechselseitig abgesichert wurde (vgl. E. 229). Bei den Bruttopreisen als Gegenstand der Wettbewerbsabrede handelt es sich um eine wesentliche Preiskomponente im Rahmen der Preisbildung. Das Verhalten richtete sich dabei gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn die Abredeteiligen wiesen zusammen einen Marktanteil von über 80% auf (vgl. SV F.a). Dabei ist zusätzlich erschwerend zu berücksichtigen, dass die Abredeteiligen auf verschiedenen Absatzstufen tätig sind und dadurch die Wirkung der Abrede verstärkt wurde (vgl. SV 178). Die Abrede wurde schliesslich gegenüber einer Vielzahl von Kunden der Abredeteiligen verwendet.

Es handelt sich somit entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 426) um eine schwerwiegende und keinesfalls um eine geringfügige oder leichte Einwirkung auf den Wettbewerb. Die Beschwerdeführerin war aktiv in die Vereinbarung und Abwicklung der Wettbewerbsabrede involviert, weshalb sie entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (E. 440) auch nicht mit einem Gehilfen zu vergleichen ist. Angesichts dieser Sachlage hält sich die vorinstanzliche Festlegung des Koeffizienten mit 7% eher im unteren Bereich einer sachlich gerechtfertigten Festsetzung des Basisbetrags. Daher liegt jedenfalls keine Verletzung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums bei der Festlegung einer Sanktion zu.

444. Die hiergegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind entweder irrelevant oder erweisen sich zumindest als unbegründet.

445. Die vielgestaltigen Behauptungen der Beschwerdeführerin (E. 499, 440), wonach sie gar nicht an einer Preisabrede beteiligt gewesen sei, weil sie sich gegen die Preiserhöhungen gewehrt habe und die Preiserhöhungen von den Herstellern diktiert und umgesetzt worden seien, erweisen sich aufgrund des festgestellten Tatbestands als tatsachenwidrig und sind deshalb für die Sanktionsbemessung nicht von Belang.

446. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 428), wonach Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden Anwendung finden würde, die den Wettbewerb beseitigen, weshalb die Einstufung durch die angefochtene Verfügung im oberen Drittel nicht nachvollziehbar sei, ist unzutreffend, weil Art. 49a KG für jegliche Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung findet, selbst wenn durch sie keine Wettbewerbsbeseitigung erfolgt (BGE 147 II 72, Hors-Liste-Pfizer-II, E. 8.3.1; BGE 144 II 194, E. 5.3 f.; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.4.6).

447. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 429), wonach der Sanktionsrahmen zwingend reduziert werden müsse, weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, ist unbegründet. Denn wenn die Abrede zu einer vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs als Voraussetzung der Wettbewerbsbeseitigung geführt hätte, wäre dies vielmehr als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu bewerten gewesen, weil eine vollständige Elimination des Wettbewerbs zweifellos nicht zu den grundlegenden Umständen einer Wettbewerbsabrede zu zählen und daher im Rahmen des Basisbetrags auch nicht zu berücksichtigen ist. Ungeachtet dessen entspricht die Ansetzung mit 7% dem üblichen Ansatz für eine den Wettbewerb nur teilweise beseitigende Preisabrede, weshalb eine entsprechende Anpassung bei einer Festlegung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% bereits enthalten wäre.

448. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 428 ff.), wonach es sich bei der Festsetzung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% um eine unverhältnismässige Massnahme handle, weil sie in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten stehe, erweist sich angesichts der tatsächlich vorliegenden und vorstehend dargelegten Umstände als unbegründet.

449. Die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 430), wonach der Sanktionsrahmen zu re-

duzieren sei, weil es sich im Verhältnis zu anderen denkbaren Preisabreden um einen sekundären Bruttopreisbestandteil als untergeordneten Wettbewerbsparameter ohne preisharmonisierende Wirkung gehandelt habe, sind ebenfalls unbegründet. Selbst wenn das Ausmass einer Koordination hinsichtlich einer Wettbewerbsabrede bei der Festlegung des Basisbetrags Berücksichtigung fände, so wäre dabei im Einzelfall ebenfalls zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die jeweils vorgenommene Preiskoordination unter den konkreten Umständen überhaupt hätte vorgenommen werden können. Im vorliegenden Fall trägt die Beschwerdeführerin selbst vor, dass die verschiedenen Fensterbeschläge aufgrund ihrer unterschiedlichen technischen Funktionsweise aus sachlichen Gründen keine einheitlichen Preise zugelassen hätten (vgl. E. 255). Demzufolge konnte die Herbeiführung einheitlicher Preise für die Abredebeteiligten aber von vornherein keine praktische Handlungsalternative darstellen. Daher ist vorliegend eine Reduktion wegen des Fehlens einer umfassenden Koordination nicht vorzunehmen. Zudem wäre mit der Festsetzung des Koeffizienten in Höhe von 7% durch die angefochtene Verfügung eine entsprechende Anpassung bereits enthalten.

450. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 431), wonach die Festlegung des Basisbetrags mit 7% der Ansetzung von 1% bis 3% durch das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung widersprechen würde, ist nicht von Belang. Denn den Ansichten des Sekretariats über die Höhe eines Sanktionsbetrags im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung kommt keine rechtserhebliche Bedeutung für das weitere Verwaltungs- oder Rechtsmittelverfahren zu, weil weder die Wettbewerbskommission - sowohl im Hinblick auf die notwendige Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung als auch im Falle einer Verfügung zum Abschluss des Kartellverfahrens - noch ein Rechtsmittelgericht inhaltlich an einen entsprechenden Vorschlag des Sekretariats gebunden sind (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 753). Im Übrigen wäre eine Ansetzung von 1% bis 3% durch das Sekretariat angesichts der vorstehend dargelegten Einstufung als rechtsfehlerhaft zu qualifizieren, weshalb ihr auch keine Bedeutung im Rahmen einer sachgerechten Beurteilung zukommen könnte.

451. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 434), wonach ein tieferer Basiskoeffizient anzusetzen sei, weil vorliegend lediglich eine einmalige Abstimmung und keine wiederholten gleichartigen Verstösse wie bei anderen Sachverhalten vorgelegen hätten, ist aufgrund verschiedener Aspekte unbegründet. Denn die Wiederholung von Kartellrechtsverstössen ist nicht im Rahmen des Basisbetrags, sondern gemäss Art. 5 KG als Erschwerungsgrund zu berücksichtigen, weil sie keinen grundlegenden objektiven Umstand darstellt, die mit jedem Wettbewerbsverstoss einhergeht. Auch wenn vorliegend keine wiederholten gleichartigen Verstösse vorliegen, führt dies demzufolge nicht zu einer Reduzierung des Basiskoeffizienten, sondern nur zum Verzicht auf eine Erhöhung des Sanktionsbetrags. Zudem wurde der Abredeinhalt von den Abredebeteiligten ungeachtet des einmaligen Abschlusses der Preisabrede gegenüber einer Vielzahl von Kunden angewendet. Die Preisabrede

war daher nicht auf eine einmalige Verwendung des Abredeinhalts ausgerichtet. Auch dieser Aspekt spricht gegen eine tiefere als die von der angefochtenen Verfügung vorgenommene Festlegung des massgeblichen Koeffizienten.

452. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage liegt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 432 ff.) auch kein Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil der vorliegende Sachverhalt entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Vorgaben zur Sanktionsbemessung korrekt beurteilt wurde und allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis belegt. Allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids belegt noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis, weil es sich umgekehrt gerade bei diesem Vergleichsfall um eine rechtsfehlerhafte Ausnahme handeln kann. Die Beschwerdeführerin macht aber nicht geltend, dass eine Ansetzung von 7% für nur teilweise umgesetzte Preisabreden nicht der üblichen Ansetzung für derartige Wettbewerbsverstösse entsprechen würde.

453. Im Hinblick auf den Verweis der Beschwerdeführerin auf das EU-Wettbewerbsrecht (vgl. E. 436) ist zu beachten, dass dieser insoweit von der Beschwerdeführerin irreführend vorgetragen wird, als die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Gleichbehandlungsgrundsatz jeweils nur auf das konkrete Kartellverfahren anwendet und eine verfahrensübergreifende Geltung dieses Grundsatzes ablehnt (EuGH, 7.6.2007, C-76/06, *Britannia Alleys*, Ziff. 60; EuGH, 24.9.2009, C-125/07, *Erste Group Bank*; Biermann Jörg, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, *Europäisches Kartellrecht*, 6. Aufl. 2019, Art. 23 VO1/2003 Rn. 137 m.w.N.).

454. Der unter Verweis auf verschiedene Aspekte geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 436 ff.), wonach ihr aufgrund ihrer Marktstellung als blosser Händler eine geringere Sanktionierung aufzuerlegen sei als denjenigen Abredebeteiligten, die auf der Marktstufe der Hersteller tätig sind, ist unbegründet, weil sich allein aus der Marktstellung eines Unternehmens keine zwingende Ableitung für die Notwendigkeit einer höheren oder tieferen Sanktionierung ableiten lässt.

455. Vorliegend kann auch dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die finanzielle oder sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zu berücksichtigen wäre.

456. Der diesbezügliche Verweis der Beschwerdeführerin auf das EU-Wettbewerbsrecht (vgl. E. 436) ist jedenfalls nicht ohne Weiteres relevant. Denn das EU-Wettbewerbsrecht sieht eine andere Bemessungsgrundlage vor, indem es als Grundlage der Sanktionierung den gesamten weltweiten Umsatz eines Unternehmens als Grundlage der Sanktionierung heranzieht. Demgegenüber stellt das schweizerische Kartellrecht sowohl für den Umsatz auf den relevanten Märkten als auch für den Gesamtaufsatz jeweils nur auf den in der Schweiz angefallenen Umsatz ab. Die Sanktionierung ist demzufolge erkennbar auf den in der Schweiz erzielten Umsatz aus-

gerichtet, der auch die jeweilige Grenzlinie einer Sanktionierung markiert.

457. Aus der Beschränkung der Sanktionsbemessung auf den Umsatz in der Schweiz folgt für die Sanktionsbemessung, dass ein schweizerischer Grosshändler durchaus einen grösseren massgeblichen Umsatz aufweisen kann als ein ausländischer Hersteller, der seine Produkte über eine nationale Vertriebsgesellschaft in der Schweiz vertreibt. Demzufolge lässt sich aus der Stellung als Hersteller oder Händler und aus dem Tätigwerden auf der entsprechenden Marktstufe keine sachgerechte Ableitung auf einen bestimmten Umsatz und eine sich daraus ergebende zwingende Folge für die Sanktionsbemessung ableiten, die im Rahmen der Ermittlung des Basisbetrags zu berücksichtigen wäre.

458. Gleiches gilt im Ergebnis auch bei Zugrundelegung eines rein nationalen Absatz- und Wettbewerbsverhältnisses. Denn entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 438) ist eine generelle Aussage, wonach ein Hersteller mit geringerem Umsatz immer eine höhere Marge generiere als ein Zwischenhändler mit einem höheren Umsatz, weil dessen Marge geringer sei, ökonomisch nicht zutreffend.

459. Die finanzielle oder sonstige Leistungsfähigkeit eines Unternehmens wäre demzufolge allenfalls als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu bewerten. Entsprechende Feststellungen hierzu wurden durch die Vorinstanz weder im Hinblick auf die Beschwerdeführerin noch in Bezug auf die verschiedenen Herstellergruppen getroffen. Auch die Beschwerdeführerin bringt hierzu keine detaillierten Hinweise vor. Das Fehlen entsprechender Feststellungen und Hinweise wirkt sich bei der Sanktionsbemessung demnach allerdings ausschliesslich zu Gunsten der einzelnen Abredebeteiligten aus.

460. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Gewinn kein Kriterium darstellt, anhand dessen eine verhältnismässige Bemessung des Sanktionsbetrags auszurichten ist (vgl. E. 490 ff.). Daher ist es entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 438) von vornherein unerheblich, in welchem Verhältnis die Margen der anderen Abredebeteiligten als Hersteller einerseits und die Marge der Beschwerdeführerin als Zwischenhändler andererseits stehen. Denn in jedem Fall wäre ein festgestellter oder abgeschätzter unmassgeblicher Gewinn im Rahmen der Sanktionierung unabhängig von der jeweils erzielten Marge abzuschöpfen. Demzufolge kann sich entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 439) auch bei allfällig unterschiedlichen Margen der einzelnen Abredebeteiligten kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus einer Sanktionsbemessung ergeben.

461. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin zum Beleg ihrer Behauptung, dass sie eine geringere Gewinnmarge aufweise als die Siegenia-Gruppe, welche die von ihr vertriebenen Produkte herstellt, auch keinen vollständigen und umfassenden Nachweis über die bei ihr angefallene Gewinnmarge vorgelegt.

462. Der Basisbetrag ist demzufolge entsprechend der Festlegung in der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz (vgl. E. 410) zu veranschlagen.

d) Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens

463. Die angefochtene Verfügung sieht keine Erhöhung der Sanktion wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

464. Die Beschwerdeführerin nimmt zur Anwendung von Art. 4 SVKG keine Stellung.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

465. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass die Preisabreden von 2004 und von 2007 jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Sie sollen jeweils bis zu dem Zeitpunkt, als über die Umsetzung einer neuerlichen Preiserhöhung zwischen den Konkurrenten diskutiert worden sei, beibehalten worden sein.

466. Sie hält überdies fest, es entspreche ihrer Praxis, für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses einen Prozentsatz von 10% pro berücksichtigtem Jahr als Zuschlag festzusetzen.

467. Die Vorinstanz hat allerdings darauf verzichtet, im vorliegenden Fall einen Zuschlag für die Dauer der Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 4 SVKG anzubringen.

468. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2007 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass die Abrede lediglich in einer einmaligen Einführung eines Materialteuerungszuschlags zum 1. Januar 2007 bzw. zum 1. Februar 2007 bestanden habe. Daher sei im vorliegenden Fall von einem Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG abzusehen.

(3) Würdigung durch das Gericht

469. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert dieses Kriterium dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes zusätzliche Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist. Eine Aussage zur unterjährigen Dauer eines Wettbewerbsverstosses findet sich in dieser Bestimmung nicht.

470. Ein Wettbewerbsverstoss weist eine bestimmte Zeitdauer auf, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten nicht nur auf ein einmaliges Ereignis ausgerichtet ist, sondern während einer begrenzten oder unbegrenzten Zeitspanne für mehrere oder eine Vielzahl von Ereignissen andauernd Anwendung finden soll.

471. Bei der Preisabrede von 2007 ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den mit den anderen Abredebeteiligten vereinbarten Materialteuerungszuschlag zumindest für den Zeitraum ab 1. Februar 2007 bis zur Aufdeckung der Wettbewerbsabrede und der Durchführung von Hausdurchsuchungen im Juli 2007 und der sich daran anschliessenden Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden angewendet hat. Soweit diese Preiserhöhung im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht rückgängig gemacht und bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung im August 2010

oder bis zum Abschluss der Untersuchung im Oktober 2010 aufrechterhalten wurde oder zwischenzeitlich nicht in einer neuerlichen, selbständig durchgeführten Preisänderung der Beschwerdeführerin aufging, wäre sogar ein längerer Zeitraum als Dauer des Wettbewerbsverstosses zu veranschlagen. Mangels genauer Angaben und Beweise ist jedoch in Bestätigung der angefochtenen Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin daher ebenfalls von einer unterjährigen Dauer des Wettbewerbsverstosses auszugehen.

472. In der Wettbewerbspraxis erfolgt die Berücksichtigung der Dauer eines Wettbewerbsverstosses aufgrund des nicht eindeutigen Wortlauts von Art. 4 SVKG bislang in unterschiedlicher Weise. Teilweise wurde bei einem unterjährigen Zeitraum eines Wettbewerbsverstosses kein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, RPW 2009/2, 157, *Sécateurs et cisailles*, Ziff. 100; Weko, RPW 2016/2, 521, *Nikon*, Ziff. 568, wonach sogar für einen Zeitraum von rund einem halben Jahr kein Zuschlag erfolgte; ausdrücklich bemängelt durch BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 9.2.4). Begründet wird diese Vorgehensweise damit, dass eine unterjährige Dauer bereits im Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG enthalten sei. Demgegenüber wird bei einer Durchführung des Wettbewerbsverstosses von mehr als einem Jahr regelmässig für den gesamten Zeitraum ohne Abzug des unterjährigen Anteils in vollem Umfang ein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, 19.12.2016, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, *Galenica AG und HCI Solutions AG*, RPW 2020/3a, 1144, zit. *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, bestätigt durch BVGer, 19.1.2022, B-2597/2017, *Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG gg. Weko*, zit. *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6; BVGer, 31.10.2023, B-5819/2020, *Sunrise GmbH gg. Swisscom (Schweiz) AG u.a.*, zit. *Eishockey im Pay-TV*, E. 12.2.6, wobei eine Nicht-Berücksichtigung der ersten 12 Monate ausdrücklich verworfen wurde; BVGer, 5.6.2023, B-4696/2019, *CA Autofinance Suisse SA gg. Weko*, zit. *Kfz-Leasing-Autofinance*, E. 9.4.6; BVGer, 24.6.2021, B-8386/2015, *Swisscom AG u.a. gg. Weko*, zit. *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018, *Naxoo SA gg. Weko u.a.*, zit. *Supermedia*, E. 12.3.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1600; Weko, 19.10.2019, *Bauleistungen Graubünden*, RPW 2020/4a, 1721, Ziff. 8.2.4.2). Hierbei wird demzufolge implizit oder ausdrücklich die Vorstellung abgelehnt, dass der unterjährige Anteil im Basisbetrag enthalten sei.

473. Eine allgemeine Differenzierung bei der Berechnung der massgeblichen Dauer eines Wettbewerbsverstosses je nach Vorhandensein einer Über- oder Unterjährigkeit des jeweiligen Zeitraums, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, erscheint nicht sachgerecht zu sein. Denn es ist kein Grund für eine Unterscheidung ersichtlich, nach der zwar bei unterjährigen Wettbewerbsverstössen die Dauer für diesen Zeitraum mit dem Basisbetrag stets abgegolten sein soll, bei mehrjährigen Wettbewerbsverstössen hingegen nicht, weshalb in diesen Fällen dann jeweils der volle Zeitraum einschliesslich der ersten zwölf Monate zur Anrechnung gelangt.

474. Demzufolge bedarf es zwecks Vermeidung einer inkonsistenten Wettbewerbspraxis bei der Anwendung des Dauerzuschlags gemäss Art. 4 SVKG einer widerspruchsfreien Konkretisierung der bestehenden Anwendungspraxis auf den vorliegenden Einzelfall.

475. Der Gesetzgeber statuiert in Art. 49a Abs. 1 KG für die Bemessung einer Sanktion drei Kriterien. Dabei wird die Dauer des Wettbewerbsverstosses ausdrücklich neben dessen Schwere und der angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns aufgeführt. Demzufolge ist die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als notwendiger Bemessungsfaktor im Rahmen der Sanktionsbemessung zu qualifizieren, sofern nicht ein einmaliger Wettbewerbsverstoss vorliegt. Aus diesem Grund führt die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Basisbetrags.

476. Dieser pragmatische Ansatz wird durch die Ausgestaltung der Sanktionsverordnung bestätigt. Danach tritt die Dauer des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 4 SVKG als gesonderter Bemessungsfaktor neben die vorgängige Ermittlung des Basisbetrags hinzu. Aufgrund dieser Sanktionsstruktur wird die Sanktionsbemessung gemäss Art. 4 SVKG für die Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch eine Sanktionsbemessung für die Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 3 SVKG abgegolten.

477. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, warum die mehr- bis vielfache beabsichtigte oder tatsächliche Anwendung und Fortführung einer Verhaltenskoordination während eines gewissen Zeitraums in gleicher Weise zu ahnden sein sollte wie die Anwendung einer Verhaltenskoordination lediglich für ein einmaliges Ereignis (BVGer, B-8386/2015, *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5, für das Verhältnis von Submissions- und Dauerverstössen). Vielmehr würde eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von unterschiedlich zu bewertenden Sachverhaltskonstellationen zu einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Rahmen der Sanktionsbemessung führen.

478. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Formulierung von Art. 4 SVKG «zwischen ein und fünf Jahren» nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine Erhöhung wegen der Dauer ausschliesslich für einen Wettbewerbsverstoss erfolgen könnte, der mindestens jeweils ein ganzes Jahr andauert hat. Vielmehr ist aufgrund einer ziel- und zweckorientierten Betrachtung davon auszugehen, dass auch Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von bis zu einem Jahr eine Sanktionserhöhung nach sich ziehen, sofern es sich dabei um einen anhaltenden, nicht lediglich auf einen singulären Akt beschränkten Wettbewerbsverstoss handelt. Massgebend ist dabei der jeweilige Anbruch eines Jahres und nicht erst die Vollendung eines Jahres (Weko, RPW 2020/3a, 1144, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, wobei ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass bei einer Dauer von 44 Monaten ein Dauerkoeffizient von 40% angesetzt werden könne, weil «das vierte Jahr des Verstosses angebrochen» sei; bestätigt durch BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6).

479. Dies wird auch durch eine systematische Auslegung von Art. 4 SVKG bestätigt. Denn für die Dauer von fünf bis zehn Jahren ist ausdrücklich für jedes Jahr je-

weils eine Sanktionserhöhung von 10% anzusetzen, während in den ersten fünf Jahren sogar eine flexible Sanktionserhöhung von bis zu 50% vorgenommen werden könnte. Angesichts dieser Regelungen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er zwar einerseits die Möglichkeit zu einer Sanktionserhöhung von 50% für eine Dauer des Wettbewerbsverstosses von 13 Monaten vorsehen, andererseits aber eine Sanktionserhöhung für eine Dauer von bis zu 11 Monaten ausnahmslos ausschliessen wollte. Vielmehr ist eine Sanktionserhöhung von 50% aufgrund von Wortlaut und Zweck der Vorschrift sogar bei einem Wettbewerbsverstoss von unterjähriger Dauer möglich und erforderlich, wenn sich die nachteiligen Folgen für den Wettbewerb aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls gerade in einem unterjährigen Zeitraum verwirklichen, und die Abredebeteiligten hierdurch auch ohne weiteres Zutun einen spezifischen Vorteil über die nächsten Jahre erlangen können.

480. Demnach ist davon auszugehen, dass die Ansetzung eines Dauerkoeffizienten von 10% (BGE 139 II 72, Publigroupe, E. 12.3.4 [nicht publ.]) oder alternativ die Ansetzung eines Teilkoeffizienten von 0,8333% pro angefangenen Monat bei einer linearen Entwicklung das massgebliche Bemessungskriterium für den Dauerzuschlag eines unterjährigen Wettbewerbsverstosses bildet.

481. Dies schliesst nicht aus, dass in einem Einzelfall aufgrund besonderer Umstände oder fehlender Dauerwirkung bei einer minimalen Dauer einer Umsetzung des Wettbewerbsverstosses von einem Zuschlag abgesehen werden kann.

482. Ungeachtet der vorstehend vorgenommenen Auslegung hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines Dauerzuschlags angesichts der bisherigen Inkonsistenz der Wettbewerbspraxis und des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

e) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

483. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die ihr auferlegte Sanktion in keinem Verhältnis zum effektiv erlangten Gewinn aus dem begangenen Verstoss stehe. Sie sei wirtschaftlich gezwungen gewesen, die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags auf die Abnehmer zu versuchen. Dabei habe sie keinen Gewinn erzielt. Im Gegenteil: Weil die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags bei weitem nicht in allen Fällen möglich gewesen sei, habe sie Einbussen verkraften müssen. Zudem würde die Sanktion ungefähr ihren Nettogewinnen der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt entsprechen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

484. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

(3) Würdigung durch das Gericht

485. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG, der die gesetzliche Bestimmung wieder-

holt, ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Basisbetrag gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG entsprechend zu erhöhen.

486. Die Sanktionsbemessung knüpft an den Umsatz und nicht an den Gewinn eines Unternehmens an. Die Massgeblichkeit des Umsatzes wird auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, weil ein entsprechender Änderungsantrag mit der Fokussierung auf den Gewinn im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ausdrücklich abgelehnt worden war (Antrag SR Slongo Marianne, AB 2003 S 333, 334, 336). Dies wurde damit begründet, dass einerseits der wettbewerbswidrige Gewinn in den meisten Fällen nicht eindeutig bestimmt werden könne, die Präventionswirkung der direkten Sanktionen aber andererseits nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden dürfe (Botschaft KG 2004, 2037).

487. Ungeachtet dessen bezwecken die Sanktionsvorschriften die vollständige Abschöpfung des Gewinns aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1605; BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 680 f.), weil sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht lohnen soll (vgl. E. 418). Soweit deshalb der festgestellte oder abschätzbare wettbewerbswidrige Gewinn nicht bereits durch den Basisbetrag abgegolten wird, ist der Sanktionsbetrag zu erhöhen. Dabei ist es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 770; BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1607).

488. Die Beschwerdeführerin macht geltend (vgl. E. 483), dass vorliegend kein Gewinn durch die Preiserhöhung angefallen sei, weil die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags auf die Fensterproduzenten bei weitem nicht in allen Fällen möglich gewesen sei. Die Vorinstanz hat demgegenüber nicht dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn durch die vorgesehene Sanktion auf der Grundlage des festgelegten Basisbetrags nicht abgeschöpft werde. Entsprechend konkrete Anhaltspunkte für eine objektive Abschätzung lassen sich auch durch das Gericht nicht identifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass ein allfälliger mutmasslicher Gewinn durch den vorgesehenen Basisbetrag abgeschöpft wird. Der Basisbetrag ist daher wegen des durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns nicht zu erhöhen.

489. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 483) ergibt sich allerdings umgekehrt auch kein Grund für eine Reduzierung des Sanktionsbetrags aufgrund eines nicht angefallenen Gewinns.

490. Denn im Rahmen der Sanktionsbemessung bestehen für die Wettbewerbskommission und das Bundesverwaltungsgericht aus mehreren Gründen weder eine Verpflichtung zu einer zwingenden Berücksichtigung noch eine Verpflichtung zu einer verhältnismässigen Ausrichtung des Sanktionsbetrags am jeweiligen Ge-

winn, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielt oder mutmasslich erzielt wurde (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1611 ff.; ebenso im Ergebnis BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.6.5).

491. Zunächst ist eine verhältnismässige Berücksichtigung des wettbewerbswidrigen Gewinns nicht sachgerecht, weil er zum einen in vielen Fällen gar nicht festgestellt werden kann oder er in gewissen Sachverhaltskonstellationen noch nicht einmal anfallen würde und er zum anderen im Einzelfall von weiteren Aspekten abhängig ist, die nicht in Zusammenhang mit der Art und Schwere des wettbewerbswidrigen Verhaltens stehen. Zudem könnten bei einer Zugrundelegung einer direkten linearen Korrelation zwischen Sanktionierung und Gewinn Unternehmen Strategien zur Durchführung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen bei gleichzeitiger Beschränkung der Sanktionsmöglichkeiten entwickeln. Eine entsprechende Anforderung würde dem Regelungszweck zuwiderlaufen, weil dadurch sogar zusätzliche Anreize zur Umsetzung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens geschaffen und ein Unternehmen das Ausmass seiner Sanktionierung für ein wettbewerbswidriges Verhalten faktisch selbst bestimmen könnte. Zudem würde die tatsächliche Durchsetzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens am Markt gegenüber den jeweiligen Marktteilnehmern und damit dessen Erfolg zum entscheidenden Kriterium für eine Sanktionierung aufgewertet werden. Dem steht aber bereits der Umstand entgegen, dass jedenfalls bei einer Preisabrede als bezweckte Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bereits eine potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb für die Verwirklichung eines tatbestandlichen wettbewerbswidrigen Verhaltens ausreichend ist, weshalb der tatsächlich eingetretene Erfolg hierfür keine Bedeutung erlangt.

492. Diese Einschätzung wird auch durch den Wortlaut und den Regelungszweck von Art. 49a Abs. 1 KG bestätigt. Diese Regelung stellt auf den mutmasslichen Gewinn ab und berücksichtigt den tatsächlich eingetretenen Gewinn gerade nicht. Damit wird die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dass nach Möglichkeit ein allfällig erzielter Gewinn durch den Sanktionsbetrag in möglichst grossem Umfang abgeschöpft werden sollte (BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 632). Die Regelung ist hingegen nicht umgekehrt auch auf eine verhältnismässige Berücksichtigung von geringen tatsächlichen oder mutmasslichen Gewinnen ausgerichtet.

493. Die vorstehenden Prämissen schliessen allerdings nicht aus, dass ein tatsächlich oder mutmasslich angefallener geringer Gewinn als zusätzlicher Beleg für eine lediglich geringfügige nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im Einzelfall dienen kann (im Ergebnis ebenso BVGer, B-807/2012, Erne, E. 11.5.9). Massgebend für eine geringere Ansetzung des Sanktionsbetrags bildet dabei aber die gesamthaft zu beurteilende, geringe nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb und nicht allein das völlige Fehlen eines Gewinns oder dessen geringer Umfang.

494. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 483) stellt allein die fehlende Berücksichtigung eines allfällig niedrigen tatsächlich angefallenen Gewinns jedenfalls keine unverhältnismässige und damit keine

gesetzes- oder verfassungswidrige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG durch die Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung dar.

495. Ohnehin hat die Beschwerdeführerin den Nachweis für einen tatsächlich vorliegenden geringen Gewinn nicht in ausreichender Weise substantiiert vorgetragen. Hierzu wäre die Vorlage einer detaillierten Margen- und Gewinnberechnung des Unternehmens erforderlich, aus der sich schlüssig und zweifelsfrei der angefallene Gesamtgewinn für den relevanten Zeitraum nachvollziehen liesse. Nicht ausreichend ist hingegen die blosse Behauptung oder eine rudimentäre Darstellung, die sich weder objektiv noch schlüssig nachvollziehen lässt.

f) Sonstige Erhöhungsgründe

496. Art 5 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von erschwerenden Umständen eine Erhöhung der Sanktion vorzunehmen ist.

497. Vorliegend ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund von denen entgegen der Qualifizierung durch die Vorinstanz weitere erschwerende Umstände des konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens anzunehmen wären.

g) Milderungsgründe

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

498. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die verfügte Sanktion in jedem Fall unangemessen sei, weil zumindest verschiedene Aspekte als mildernde Umstände bei der Sanktionierung hätten berücksichtigt werden müssen.

499. So hätte ihre Absicht, sich gegen die von den Herstellern geplanten Preiserhöhungen einzusetzen, mildernd berücksichtigt werden müssen. Denn ein bewusstes und aktives wettbewerbswidriges Verhalten seitens der Beschwerdeführerin liege nicht vor, weil sie sich stets gegen die Preiserhöhung gewehrt habe. Sie habe dabei in der Absicht gehandelt, die Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Abnehmer zu verbessern. Der vorgeworfene Informationsaustausch sei mit dem Willen erfolgt, die Überwälzung des Materialteuerungserschlags zu verhindern oder zumindest auf das europäische Durchschnittsniveau zu begrenzen. In dieser Absicht sei auch das Treffen vom 22. September 2006 organisiert worden. Mit ihrem Widerstand habe sie tatsächlich eine Reduktion und eine Verzögerung der von Siegenia vorgenommenen Preiserhöhung und somit tiefere Preise erreicht.

500. Die Teilnahme der Beschwerdeführerin sei ausschliesslich als passiv gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG einzustufen. Denn sie sei von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften instrumentalisiert worden. Dass sie gegen die von den Herstellern diktierten Erhöhungen gekämpft habe und schliesslich habe versuchen müssen, diese weiterzugeben, könne nicht als aktive Rolle an einer vermeintlichen Abrede betrachtet werden.

501. Die Beschwerdeführerin habe während der letzten Jahre bezüglich der Einhaltung des Kartellrechts grosse Anstrengungen unternommen, die auch ein umfassendes Compliance-Programm umfassen würden. In diesem Rahmen habe sie Kartellrichtlinien erarbeitet sowie

ein Aussendienstseminar und eine Kaderschulung durchgeführt, anlässlich welcher insbesondere der Informationsaustausch behandelt worden sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

502. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

(3) Würdigung durch das Gericht

503. Art. 6 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen ist, wobei die Vorschrift verschiedene Aspekte ausdrücklich anführt.

504. Vorliegend sind keine Gründe für eine Milderung des Sanktionsbetrags ersichtlich.

505. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 500), wonach eine Milderung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG vorgenommen werden müsse, weil ihr Verhalten ausschliesslich passiv gewesen sei, ist tatsachenwidrig. Die Beschwerdeführerin hat jedenfalls mit der Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens sowie mit der Weiterleitung der Informationen über das Preisverhalten der GU-Gruppe an die anderen Mitglieder des Koordinationstreffens offensichtlich eine aktive Rolle bei der Verständigung der Abredebeteiligten über die Terminierung und die Höhe der Preiserhöhung eingenommen. Dementsprechend macht die Beschwerdeführerin in anderem Zusammenhang auch geltend, dass gerade ihr Einsatz dazu geführt habe, den Materialteuerungszuschlag zeitlich sowie der Höhe nach zu begrenzen. Angesichts dieser Handlungen kann nicht von einer lediglich passiven Beteiligung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG ausgegangen werden.

506. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 499), wonach ihre Absicht bei der Sanktionsbemessung mildernd zu berücksichtigen sei, weil sie allein in der Abwehr der Preiserhöhungen durch die Hersteller bestanden habe, ist zum einen tatsachenwidrig und zum anderen ohne Belang. Denn aus dem rechtserheblichen Sachverhalt ergibt sich, dass ihr Verhalten nicht nur auf die blosser Abwehr einer Preiserhöhung der Siegenia-Gruppe als Vertriebspartner, sondern darüber hinaus auf eine Verständigung von Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung zwischen den wichtigsten Konkurrenten auf dem relevanten Markt ausgerichtet war. Des Weiteren stellt die Forderung nach einer geringeren oder späteren Preiserhöhung gegenüber den anderen Abredebeteiligten keinen Grund für eine Milderung des Basisbetrags dar. Denn offensichtlich wird auch mit der Koordination einer geringeren oder späteren Preiserhöhung eine Preisabsprache herbeigeführt.

507. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), stellt auch die blosser Einrichtung und Durchführung eines Compliance-Programms noch keinen ausreichenden Grund für eine Milderung des Sanktionsbetrags dar. Denn derartige Massnahmen sind allein nicht geeignet, die Durchführung von wettbewerbswidrigen Massnahmen zu vermeiden. Bei einer vorsätzlich begangenen und quasi offen gelegten Preisabrede in Form einer branchenweiten Absprache wie im vorliegenden Fall ist eine Milderung aufgrund eines Compli-

ance-Programms aber ohnehin ausgeschlossen, weil die Tauglichkeit des Compliance-Programms offensichtlich in Frage steht. Nachträglich eingerichtete Compliance-Programme können eine Sanktionierung grundsätzlich nicht mildern (so bereits Weko, 10.12.2012, Abrede im Speditionsbereich, Spedlogswiss u.a., RPW 2013/2, 142, zit. Spedition, Ziff. 319).

h) Maximalsanktion

508. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat, als Maximalsanktion zu begrenzen.

509. Der von der Wettbewerbskommission festgelegte Sanktionsbetrag liegt nach unstrittiger Auffassung der Parteien unterhalb dieser Maximalsanktion und ist daher nicht zu begrenzen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommenen Anpassung des Sanktionsbetrags.

i) Sanktionsreduktion

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

510. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen eine höhere als die in der angefochtenen Verfügung gewährte Sanktionsreduktion geltend.

511. Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst den Einwand, dass die Sanktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG in höherem Umfang zu reduzieren sei als mit der von der Vorinstanz angesetzten Reduktion von 20%. Hierzu führt sie aus, die Koch-Gruppe habe während des gesamten Verfahrens vollumfänglich mit dem Sekretariat kooperiert und das Sekretariat aktiv bei der Feststellung des Sachverhalts unterstützt. Diese aktive und konstruktive Haltung müsse bei der Sanktionsbemessung in einem grösseren Umfang berücksichtigt werden als mit der von der Vorinstanz angesetzten Reduktion von 20%.

512. Gegenüber dem Vorbringen der Vorinstanz, aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens sei die Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG vollständig zu streichen, macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die im Rahmen der Kooperation gemachten Angaben sich lediglich auf die Ermittlung des Sachverhalts und nicht auf die rechtliche Würdigung beziehen würden. Eine Sanktionsreduktion auf der Basis der Kooperation setze kein Schuldeingeständnis voraus und allein die Tatsache, dass ein Unternehmen kooperiere, stelle kein Schuldeingeständnis dar. Zudem habe die Koch-Gruppe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihre Ausführungen nicht als Schuldeingeständnis zu verstehen seien und dass mit der Kooperationsanzeige keine rechtliche Würdigung des Sachverhalts erfolge.

513. Des Weiteren erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Sanktion zusätzlich gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG in einem weiteren Umfang zu reduzieren sei, weil sie zusätzliche Wettbewerbsverstösse angezeigt habe.

514. Hierzu führt sie aus, sie habe im Rahmen ihrer vollumfänglichen Kooperationsbereitschaft nicht nur diverse Sachverhalte erläutert, welche für dieses Verfahren relevant gewesen seien, sondern am 10. Juli 2009

unaufgefordert weitere wettbewerbsrelevante Sachverhalte im Bereich «Küchen» angezeigt. Dabei habe sie in umfassender Weise dargelegt, wie ein bestimmtes Unternehmen mit seinen fünf grössten Beschlaghändlern einschliesslich der Koch-Gruppe im Rahmen von entsprechenden «Round-Table-Treffen» sowohl vertikale als auch horizontale Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG getroffen hätte. Hierfür seien die Namen sämtlicher involvierter Parteien, der Ort und die Daten, an denen die Treffen durchgeführt worden seien, der relevante Markt, der Zeitraum, in welchem die Treffen stattgefunden hätten, die Form der Absprachen und Informationen zu deren Umsetzung sowie wichtige Hintergrundinformationen offen gelegt und mit entsprechenden Beweisofferten ergänzt worden.

515. Die Vorinstanz habe jedoch einen teilweisen Erlass der Sanktion abgelehnt und hierzu lediglich ausgeführt, dass die von ihr eingereichten Beweismittel keine genügenden Anhaltspunkte geliefert hätten, um ein Verfahren durch die Wettbewerbsbehörden zu eröffnen.

516. Diese Ablehnung sei sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör rechtsfehlerhaft erfolgt. Denn Art. 12 Abs. 3 SVKG setze zum einen nur die Vorlage von Informationen oder Beweismitteln voraus, aufgrund deren genügende Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Wettbewerbsbehörden ein Verfahren eröffnen könnten. Demgegenüber sei es unerheblich, ob die Wettbewerbsbehörden tatsächlich auch ein Verfahren eröffnen würden. Zum anderen sei es ausreichend, dass entsprechende Informationen geliefert würden, während eine Vorlage von entsprechenden Beweismitteln nicht erforderlich sei.

517. Dies sei umso mehr fehlerhaft, als die Vorinstanz auch während des gesamten Verfahrens keine Angaben zu den angeblich fehlenden Informationen oder Beweismitteln gemacht und die Beschwerdeführerin nie um Zusatzinformationen angefragt habe.

518. Im Gegensatz dazu habe eine entsprechende Meldung von SFS eine Berücksichtigung mit einem Sanktionserlass zur Folge gehabt.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

519. Die Vorinstanz erhebt im Hinblick auf eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 KG den Einwand, dass die durch die angefochtene Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin gewährte Sanktionsreduktion in Höhe von 20% wieder aufzuheben sei.

520. Hierzu führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin handle widersprüchlich, weil sie im Rahmen ihrer Beschwerde das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bestreite, obwohl sie mit der eingereichten Selbstanzeige erklärt habe, an einer solchen Abrede beteiligt gewesen zu sein und deshalb die Bereitschaft erklärt habe, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Ein entsprechendes widersprüchliches Verhalten sei mit dem Sinngehalt des Rechtsinstituts der Selbstanzeige nicht zu vereinbaren und würde einer Begünstigung der Selbstanzeiger gleichkommen. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Selbstanzeige müsse das Verhalten der Beschwerdeführerin als nachträglicher Widerruf der Selbstanzeige qualifiziert werden. Damit würde - ähnlich wie

bei einem Widerruf eines Geständnisses im Strafrecht - die Grundlage für eine Sanktionsreduktion entfallen. Die der Beschwerdeführerin im Rahmen der Verfügung gewährte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG in Höhe von 20% wäre demzufolge im Rahmen der Sanktionsbemessung durch das Bundesverwaltungsgericht wieder zu entziehen.

521. Im Hinblick auf die eingeforderte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 KG weist die Vorinstanz wiederum darauf hin, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Informationen nicht genügend Anhaltspunkte aufweisen würden, welche es den Wettbewerbsbehörden erlaubt hätten, ein Verfahren zu eröffnen, weshalb die Minimalanforderungen zur Einleitung eines Kartellverfahrens nicht gegeben seien.

(3) Würdigung durch das Gericht

522. Art. 49a Abs. 2 KG statuiert die Möglichkeit für eine Reduktion des Sanktionsbetrags bei Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und damit grundsätzlich auch für die hier vorliegende Preisabrede.

523. Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 SVKG sehen besondere Regelungen vor, wonach zu Gunsten eines Selbstanzeigers unter bestimmten Voraussetzungen zumindest eine Reduktion des Sanktionsbetrags vorgenommen werden kann, soweit ein vollständiger Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 KG nicht erfolgt.

524. Die allgemeine Sanktionsreduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG bis zu 50% des nach den Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags. Massgebend für die Festlegung der Reduktion im Einzelfall ist die Wichtigkeit des Beitrags des Selbstanzeigers zum Verfahrenserfolg.

525. Die erweiterte Sanktionsreduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG sogar bis zu 80% des nach den Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags, wenn das Unternehmen hinsichtlich einer weiteren, «sekundären Wettbewerbsabrede» gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, d.h. einer anderen als der im «primären Untersuchungsverfahren» für eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG relevanten «primären Wettbewerbsabrede», Informationen oder Beweismittel für das entsprechende «sekundäre Untersuchungsverfahren» liefert. Für die Festlegung der Reduktion im Einzelfall sieht die Vorschrift jedoch keine Bemessungskriterien vor.

526. Eine einheitliche Terminologie für die beiden Varianten einer Sanktionsreduktion im Rahmen der in der Sanktionsverordnung statuierten Bonusregelungen ist in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht vorhanden. Für die allgemeine Sanktionsreduktion wird teilweise der Begriff «einfacher Bonus» verwendet. Für die erweiterte Sanktionsreduktion finden teilweise die Begriffe «qualifizierte Bonusregelung», «Bonus Plus» und «Amnesty Plus» Anwendung. Diese Begriffe weisen allerdings keinen inhaltlichen Zusammenhang zum Gegenstand der jeweiligen Sanktionsreduktion auf, was mitunter zu Verwechslungen im Rahmen von Ausführungen zur Sanktionsreduktion führen kann. Mit den vorliegend verwendeten Begriffen der «allgemeinen Sanktionsreduktion» und der «erweiterten Sanktionsreduktion» werden sowohl eine eindeutige Zuordnung zur Sanktionsredukti-

on und damit eine Abgrenzung gegenüber dem Sanktionserlass vorgenommen als auch eine eindeutige inhaltliche Zuordnung der beiden Varianten und damit auch deren Abgrenzung untereinander sichergestellt.

(a) Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede nach Selbstanzeige

527. Gemäss der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin aufgrund der Anerkennung einer Mitwirkung der Koch-Gruppe als dritte Selbstanzeigerin hinsichtlich der vorstehend festgestellten Preisabrede zu einer Verfahrenserleichterung im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens beigetragen, weshalb die Vorinstanz bei der Sanktionierung des wettbewerbswidrigen Verhaltens eine Sanktionsreduktion von 20% gemäss Art. 12 Abs. 2 KG gewährte.

528. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird nunmehr allerdings das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Preisabrede durch die Beschwerdeführerin ausdrücklich und umfassend bestritten, wie die aufgeführten und abgehandelten vielfachen Einwände belegen. Die Beschwerdeführerin bestreitet dabei die Abgrenzung des sachlich (vgl. E. 112 ff.) und räumlich (vgl. E. 136 ff.) relevanten Markts, das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zu den anderen Abredebeteiligten (vgl. E. 164 ff.), das Vorliegen eines kooperativen Verhaltens (vgl. E. 186 ff.), das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb mittels einer Preisabrede (vgl. E. 246 ff.) und die Erheblichkeit der hierdurch hervorgerufenen Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. E. 313 ff.) sowie die Sanktionsfähigkeit der festgestellten Preisabrede (vgl. E. 368 ff.). Darüber hinaus machen sie das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen (vgl. E. 339 ff.) und das Fehlen einer ausreichenden Vorwerfbarkeit für das festgestellte Verhalten (vgl. E. 377 ff.) geltend.

529. Angesichts eines kürzlich ergangenen präjudiziellen Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer, 14.8.2023, B-645/2018, Hoch- und Tiefbau im Engadin, Engadin IV [Suretta], Foffa Conrad AG gg. Weko, zit. Engadin IV-FoffaConrad, E. 16.3.15 ff.), in dem sich das Gericht ausführlich mit den Auswirkungen eines Bestreitens der Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger im Rahmen eines Verfahrens beschäftigt hat, stellt ein derartiges Verhalten entgegen dem Einwand der Vorinstanz (vgl. E. 520) jedoch nicht per se ein widersprüchliches Verhalten des Selbstanzeigers und auch keinen Widerruf der Selbstanzeige in einem Beschwerdeverfahren dar (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 17.4.21 ff.). Zudem sei das offene Bestreiten der Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger auch weder automatisch als bewusst unrichtige Angaben noch zwingend als qualifizierte Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die Vorenthaltung von erheblichen Tatsachen einzustufen (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 17.4.21 ff.). Vielmehr seien für die Beurteilung eines derartigen Sachverhalts vorrangig die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

530. Erhebe ein Selbstanzeiger Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, deren Prüfung zu einem zusätzlichen Aufwand der Wettbewerbsinstanzen führe, könne ein solches Verhalten grundsätzlich als in Widerspruch

zur Zwecksetzung einer Verfahrensvereinfachung der Bonusregelungen stehend beurteilt werden. Ein vollständiger Erlass der Sanktion komme dann grundsätzlich nicht in Betracht. Es sei jedoch durchaus denkbar, dass der Selbstanzeiger trotz entsprechender Einwände durch unaufgeforderte Vorlage von Beweismitteln einen objektiv messbaren und erheblichen Beitrag zur Aufdeckung und zum Nachweis des in Frage stehenden Sachverhalts erbracht habe. In einem solchen Fall könne es im Lichte der aufgezeigten Ziele der Bonusregelung geboten oder zumindest sachgerecht erscheinen, diese Mitwirkung durch eine Reduktion der Sanktion zu honorieren (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 16.3.26; E. 16.3.33).

531. Im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 SVKG sei für die Bemessung einer allfälligen Sanktionsreduktion der Beitrag des Unternehmens zum Unternehmenserfolg massgebend. Hierbei sei unter Berücksichtigung der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe als Gesetzeszweck der Regelung auf den Mehrwert, d.h. den objektiv feststellbaren Wert des Beitrags eines Selbstanzeigers zur Erleichterung der Aufklärung und zum Nachweis des Verstosses, abzustellen (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 16.4.11).

532. Erhebe ein Selbstanzeiger im Verlaufe des Verfahrens Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, sei daher im Einzelfall auf der Grundlage einer Würdigung der relevanten Umstände zu beurteilen, welche Auswirkungen dies auf seinen «Beitrag zum Verfahrenserfolg», d.h. auf den von ihm insgesamt erbrachten Mehrwert bei der Aufklärung und für den Nachweis des Verstosses habe. Es sei dabei unter anderem zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Selbstanzeiger den Beweiswert von Beweismitteln, die er vorgelegt hat, gemindert und das Verfahren dadurch erschwert habe. Soweit ein Selbstanzeiger aber trotz Einwänden einen erheblichen Mehrwert erbracht habe, sei dem eingeschränkten Grad der Mitwirkung bei der Festlegung einer Sanktionsreduktion Rechnung zu tragen (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 16.4.12). Das Bundesverwaltungsgericht ging im beurteilten Fall von einem erheblichen Mehrwert aus, weil der Selbstanzeiger das entscheidende Beweismittel im Rahmen seiner Selbstanzeige vorgelegt habe, auf das sich die Feststellung der Wettbewerbsabrede durch die Wettbewerbsinstanzen stütze (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 17.4.15).

533. Bei der Beurteilung des von einem Selbstanzeiger erbrachten Mehrwerts sei nicht nur auf das Kartellverfahren abzustellen, sondern auch sein Kooperationsverhalten in einem allfällig von ihm geführten Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht miteinzubeziehen. Denn dem Bundesverwaltungsgericht komme volle Kognition zu und es habe seiner Entscheidung den Sachverhalt zu Grunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt des Urteils verwirklichte. Dies gelte umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht neben der Wahrung der Verfahrensrechte von Verfahrensbeteiligten auch die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen habe (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 17.4.12).

(b) Allgemeine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG

534. Für die Beurteilung einer allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG ist demnach zunächst festzustellen, ob trotz des Mehraufwands infolge des Bestreitens des Vorliegens einer Preisabrede im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dennoch ein erheblicher Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg aufgrund der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin verbleibt. Bejahendenfalls ist erst danach das konkrete Ausmass der Sanktionsreduktion anhand des verbleibenden Mehrwerts festzulegen.

535. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Einreichung einer Beschwerde, mit der das Vorliegen einer in der vorinstanzlichen Verfügung festgestellten Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger bestritten wird, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens regelmässig einen Mehraufwand für die Wettbewerbsinstanzen zur Folge hat. Denn das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelgericht hat eine zusätzliche originäre Überprüfung des festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens einschliesslich der hiergegen erhobenen Einwände eines Beschwerdeführers vorzunehmen. Die Wettbewerbskommission als am Verfahren zwingend teilnehmende Vorinstanz hat das festgestellte wettbewerbswidrige Verhalten anhand der hiergegen erhobenen Einwände eines Beschwerdeführers erneut zu überprüfen. Dabei kann die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit im Rahmen dieser Überprüfungen nicht mehr ohne Weiteres auf die von einem Beschwerdeführer vermittelten Beweismittel für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gestützt werden, weil deren Beweiswert aufgrund des nunmehrigen Bestreitens des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede unweigerlich geschmälert ist. In diesem Zusammenhang kann regelmässig dahingestellt bleiben, welches genaue Ausmass diese Schmälderung im Einzelfall unter Berücksichtigung der übrigen Beweismittel und der gesamten Beweislage im Rahmen des Beschwerdeverfahrens tatsächlich aufweist. Denn bereits die Notwendigkeit der Feststellung, ob die Mitwirkung eines Selbstanzeigers angesichts des konkreten Bestreitens im Beschwerdeverfahren noch einen relevanten Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg aufweist oder nicht, führt zu einem Mehraufwand des Bundesverwaltungsgerichts und der Wettbewerbskommission, der ohne das Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede nicht angefallen wäre.

536. Die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens mit der Überprüfung des Vorliegens einer durch den Selbstanzeiger bestrittenen Wettbewerbsabrede steht daher grundsätzlich in Widerspruch zur Zwecksetzung einer Verfahrensvereinfachung der Bonusregelungen (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 16.3.26). Die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG besteht in einem solchen Fall demnach nur dann, wenn die Vorlage von Beweismitteln einen objektiv messbaren und erheblichen Mehrwert zur Aufdeckung und zum Nachweis des in Frage stehenden Sachverhalts erbracht hat. Ein solcher erheblicher Mehrwert liegt nach dem durch das Bundesverwaltungsgericht bereits beurteilten Fall dann vor, wenn angesichts der bestehenden Beweislage im jeweiligen Kartellverwaltungsverfahren ein entscheidendes Beweismittel

durch einen Beschwerdeführer vorgelegt wurde (BVGer, B-645/2018, Engadin IV-FoffaConrad, E. 17.4.15).

537. Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände gegen das Vorliegen der festgestellten Preisabrede (vgl. E. 527) richten sich gegen alle Tatbestandsmerkmale einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und haben eine vollumfängliche Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht und entsprechende Stellungnahmen durch die Wettbewerbskommission notwendig gemacht. Das Beschwerdeverfahren hat daher unzweifelhaft zu einem Mehraufwand geführt, der in Widerspruch zur Verfahrensvereinfachung als Regelungszweck der Bonusvorschriften steht. Eine Sanktionsreduktion zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist demnach nur dann zu gewähren, wenn deren konkrete Mitwirkung zu einem erheblichen Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg geführt hat. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die konkrete Mitwirkung einen entscheidenden Beitrag zur Aufdeckung oder zum Nachweis der vorliegenden Preisabrede zwischen den Abredebeteiligten geleistet hätte.

538. Im vorliegenden Verfahren war von Roto am 16. Juli 2007 eine Selbstanzeige mit den wesentlichen Beweismitteln für das Vorliegen einer Preisabrede gegenüber den Wettbewerbsbehörden eingereicht worden (vgl. SV H.). Aufgrund dieser Selbstanzeige wurden von den Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Untersuchungsadressaten einschliesslich von SFS durchgeführt, die zur Beschlagnahme von weiteren Beweismitteln führten (vgl. SV H.). Bereits der Beitrag der zweiten Selbstanzeige durch SFS, die nach Durchführung der Hausdurchsuchungen am 9. August 2007 eingereicht worden war, wurde deshalb gemäss der angefochtenen Verfügung für den Verfahrenserfolg als gering qualifiziert, weil SFS nicht in wesentlichem Umfang zur Ermittlung des Sachverhalts und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses beigetragen habe (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 468). Die Sanktionsreduktion wurde denn auch damit begründet, dass die von SFS eingereichten Beweismittel die elektronische Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel erleichtert hätten und für das Verständnis des Sachverhalts dienlich gewesen seien (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 469).

539. Aufgrund dieses Geschehensablaufs hat die am 2. Oktober 2008 als dritte Bonusmeldung eingereichte Selbstanzeige der Beschwerdeführerin jedenfalls keinen relevanten Beitrag zur Aufdeckung der festgestellten Preisabrede geleistet.

540. Gemäss den Feststellungen der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin angesichts des Zeitpunkts ihrer Selbstanzeige keine für die vorliegende Untersuchung wesentlichen neuen Angaben zum Sachverhalt geliefert. Die Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen. Die Mitwirkung der Beschwerdeführerin habe für die Wettbewerbsbehörden lediglich zu einem besseren Gesamtüberblick über den Sachverhalt geführt, mit dem die gewährte Sanktionsreduktion auch begründet wurde (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 471 f.).

541. Dementsprechend wurde der Beitrag der Beschwerdeführerin für den Nachweis der festgestellten

Preisabrede von der Wettbewerbskommission als gering qualifiziert und die tatsächliche Sanktionsreduktion lediglich mit 20% angesetzt. Der Beitrag der Beschwerdeführerin zum Verfahrenserfolg wurde von der Wettbewerbskommission demzufolge bereits im vorinstanzlichen Verfahren als nicht besonders bedeutsam qualifiziert.

542. Ob angesichts der tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Verfügung überhaupt ein Sanktionsbonus von 20% zu gewähren gewesen wäre, dürfte fraglich sein, kann vorliegend aber dahingestellt bleiben. Denn die blossе Verschaffung eines besseren Gesamtüberblicks über den Sachverhalt stellt keinen Mehrwert dar, der nach einem Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede in einem Beschwerdeverfahren und einem damit verbundenen Mehraufwand für das Bundesverwaltungsgericht und die Vorinstanz für die Beurteilung einer Sanktionsreduktion noch zu berücksichtigen wäre.

543. Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren jedenfalls keine Aspekte vorgetragen, weshalb ihre Mitwirkung gegenüber den Wettbewerbsbehörden einen grösseren als den in der angefochtenen Verfügung festgestellten Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hätte und dementsprechend auch einen erheblichen Mehrwert aufweisen würde.

544. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), wonach sie während des gesamten Verfahrens vollumfänglich mit dem Sekretariat kooperiert und das Sekretariat aktiv bei der Feststellung des Sachverhalts unterstützt habe, ergibt sich nicht, dass durch diese Kooperation angesichts der bereits bestehenden Beweislage im vorliegenden Kartellverfahren auch ein objektiv messbarer und dazu noch entscheidender Beitrag zum Nachweis der festgestellten Preisabrede geleistet worden war.

545. Mangels eines nach dem Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede verbleibenden relevanten Mehrwerts als Beitrag für den Verfahrenserfolg steht der Beschwerdeführerin kein Anspruch auf eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG zu.

546. Angesichts dieses Ergebnisses ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), wonach ihnen aufgrund ihrer konkreten Kooperation eine höhere Reduktion als 20% des Sanktionsbetrags einzuräumen sei, nicht mehr von Belang.

547. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 512), wonach eine Sanktionsreduktion auf Basis der Kooperation kein Schuldeingeständnis voraussetze und sie im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich kein Schuldeingeständnis abgegeben hätten. Denn die Abgabe eines formalen Schuldeingeständnisses bildet keine Voraussetzung für die Feststellung des Tatbestands von Art. 12 Abs. 1 SVKG und die Gewährung einer allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG.

(c) Erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG

548. Der Gesetzgeber hat keine näheren Erläuterungen zur Ausgestaltung der Bonusregelungen vorgenommen, sondern ausdrücklich auf eine hierzu ergehende Verord-

nung verwiesen (Botschaft KG 2004, 2039: «[...] eine Verordnung wird den Unternehmen aufzeigen, unter welchen Umständen sie von einer Bonusregelung profitieren werden.»). Auch die Wettbewerbspraxis war bislang sehr zurückhaltend mit der Behandlung von dogmatischen Detailspekten bei der Beurteilung einer erweiterten Sanktionsreduktion (Weko, 6.7.2009, Elektroinstallationsbetriebe Bern, div. Unternehmen, RPW 2009/3, 220, zit. Elektro Bern, Ziff. 168; Weko, 16.12.2011, Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau, div. Unternehmen, RPW 2012/2, 270, zit. Strassenbau AG, Ziff. 1179; Weko, 14.12.2015, Flügel und Klaviere, div. Unternehmen, RPW 2016/3, 714, zit. Flügel und Klaviere, Ziff. 434 f.; Weko, 22.5.2017, Husqvarna Schweiz AG und Husqvarna AB, RPW 2017/2, 284, zit. Husqvarna, Ziff. 112; Weko, 30.10.2017, Verzinkung, diverse Unternehmen, RPW 2018/1, 78, zit. Verzinkung, Ziff. 26, 246; Weko, 29.1.2018, Gerätebenzin, Husqvarna Schweiz AG und Bucher AG, RPW 2018/2, 347, zit. Gerätebenzin, Ziff. 115; Weko, 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin-I, RPW 2019/2, 322, zit. Engadin-I, Ziff. 1074; Weko, 27.5.2019, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II, diverse Unternehmen, RPW 2020/4a, 1661, zit. Engadin-II, Ziff. 363; Weko, 1.7.2019, Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren, Bucher Landtechnik AG, RPW 2019/4, 1155, zit. Bucher Landtechnik, Ziff. 119 f.). In der Literatur finden sich ebenfalls zumeist nur punktuelle und unterschiedliche Aussagen zu den verschiedenen Sachfragen (Babey Fabio/Canapa Damiano, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 2016, 513, zit. Bonusregelung, 515 ff.; KRAUSKOPF PATRICK L., in: Zäch u.a. [Hrsg.], KG Kommentar, 2018, zit. Dike-KG, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 98 f.; PICT PETER GEORG, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, zit. Wettbewerbsrecht II, Art. 12 Rn. 6 ff.; TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 49a, Rn. 148 ff.; ULRICH ERIC N., BonusPlus im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 3.10.2022, zit. BonusPlus; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. FHB-WBR, Rn. 4.438 ff.). Daher ist die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion bislang noch wenig geklärt und sie weist eine Vielzahl von offenen Fragen auf (KRAUSKOPF, Dike-KG, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 99).

549. Die Voraussetzungen und Bemessungskriterien für die Beurteilung und Berücksichtigung einer erweiterten Sanktionsreduktion sind demnach im Wesentlichen aus dem Regelungszweck der Vorschrift abzuleiten.

550. Mit der Verordnungsbestimmung des Art. 12 Abs. 3 SVKG wird die Haltung eines Selbstanzeigers honoriert, zumindest einen weiteren Bereich des wirtschaftlichen Handelns, der über denjenigen des jeweils eingeleiteten primären Untersuchungsverfahrens hinausgeht, dem kollusiven Verhalten zu entziehen und wieder dem wirksamen Wettbewerb zuzuführen. Damit entspricht die Regelung dem Ansinnen des Gesetzgebers, Kartelle zu destabilisieren und durch die Selbstanzeige eines Abredebeteiligten aufzudecken, um die Verfolgung von Kartellen, die angesichts der direkten Sanktionen vermehrt verdeckt operieren, zu erleichtern (Botschaft KG 2004, 2028, 2033). Denn nach allgemeinem Verständnis bietet sie einen zusätzlichen Anreiz für die Unternehmen

zur Verringerung ihrer Sanktionierung und damit eine zusätzliche Möglichkeit zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen durch die Wettbewerbsbehörden.

551. Auch wenn eine entsprechende Regelung zwar nicht zwingend aus den entsprechenden Materialien des Gesetzgebers abzuleiten ist, wird sie dadurch jedenfalls auch nicht ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass die schweizerischen Bonusregelungen nach Ansicht des Gesetzgebers ausdrücklich flexibler ausgestaltet sein sollten als gewisse ausländische Regelungen, welche einen Bonus nur dem ersten Anzeiger ausrichten (Botschaft KG 2004, 2039). Entgegen verschiedenen Ansichten in der Literatur (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 153 m.w.N.; nach PICHT, Wettbewerbsrecht II, Art. 12 SVKG Rn. 8, soll von der erweiterten Sanktionsreduktion nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen sein) ist die rechtsstaatliche Zulässigkeit einer solchen Regelung daher nicht zu verneinen.

552. Insbesondere ergibt sich nicht schon allein deshalb ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot, weil einem Abredebeteiligten, der mittels einer weiteren Wettbewerbsabrede auf den wirksamen Wettbewerb eingewirkt hat, eine höhere Sanktionsreduktion für die Mitwirkung an der primären Wettbewerbsabrede zukommt als einem Abredebeteiligten, der sich ansonsten wettbewerbskonform verhalten hat. Denn jegliche staatliche Bonusregelung führt zu einer Ungleichbehandlung der Rechtsunterworfenen, die ausschliesslich mit dem Zweck einer Aufdeckung der jeweiligen rechtswidrigen Missstände begründet werden kann. Letztlich bildet die ungleiche Bevorzugung der Selbstanzeiger gerade die faktische Grundlage für die Inanspruchnahme von Bonusregelungen. Auch die Vorschriften über den Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG und die allgemeine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG führen offensichtlich zu einer Ungleichbehandlung von Abredebeteiligten, ganz zu schweigen davon, dass die Bonusregelungen des Kartellrechts zu einer Bevorzugung von wettbewerbswidrig gegenüber in sonstiger Weise rechtswidrig handelnden Unternehmen führen. Denn diese Bevorzugung der Selbstanzeiger bezweckt gerade die Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen. Da im Bereich des Kartellrechts aber jedem Abredebeteiligten die Möglichkeit offen steht, einen vollständigen Erlass einer allfälligen Sanktion zu erlangen, indem er seine wettbewerbswidrige Mitwirkung an einer oder sogar mehreren Wettbewerbsabreden als erster gegenüber den Wettbewerbsbehörden offenbart, ist ein ausreichender Ausgleichsmechanismus zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen aufgrund einer Anwendung der Bonusregelungen vorhanden. Das Hinauszögern oder Unterlassen einer Selbstanzeige hat jeder Abredebeteiligte selbst zu verantworten, weshalb er auch die sich hieraus ergebenden Folgen zu tragen hat. Auf eine Ungleichbehandlung bei der gesetzlich vorgesehenen Gewährung von Sanktionserleichterungen kann sich ein Abredebeteiligter somit nicht berufen.

553. Im primären Untersuchungsverfahren ist eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG demnach ungeachtet dessen zuzusprechen, ob die wirksame Selbstanzeige auch in einem allfälligen sekundären Untersuchungsverfahren zu einem Vorteil bei der Sanktio-

nierung der sekundären Wettbewerbsabrede führt (WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.440; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, Rn. 793).

554. Die Statuierung einer Regelung über die erweiterte Sanktionsreduktion durch den Gesetzgeber ist damit allerdings auch kein Freibrief für die Wettbewerbsinstanzen zur beliebigen Anerkennung von Selbstanzeigen und für die Gewährung von hohen Sanktionsreduktionen, die im Verhältnis zu anderen Unternehmen den Eindruck eines Verstosses gegen das Gleichbehandlungsgebot vermitteln. Vielmehr ist allfälligen rechtsstaatlichen Bedenken im Rahmen der Anwendungspraxis durch die Berücksichtigung der üblichen Rechtsgrundsätze, insbesondere der Verhältnismässigkeit, ausreichend Rechnung zu tragen. Dies gilt sowohl für die Anerkennung von Selbstanzeigen als auch für die Festlegung der Vor-aussetzungen und Bemessungskriterien der erweiterten Sanktionsreduktion als Grundlagen für die Gewährung eines Bonus im Einzelfall.

555. Dem Aspekt der Verfahrensvereinfachung kommt demgegenüber keine Bedeutung als Regelungszweck dieser Vorschrift zu. Denn mit der Vorlage von Informationen und Beweismitteln in Bezug auf die sekundäre Wettbewerbsabrede ist augenscheinlich kein Nachweis für das Bestehen der primären Wettbewerbsabrede verbunden, weshalb sich von vornherein keine Verfahrensvereinfachung im primären Untersuchungsverfahren einstellen kann. Inwieweit sich eine Verfahrensvereinfachung im sekundären Kartellverfahren wegen der sekundären Wettbewerbsabrede einstellt, lässt sich schon deshalb, weil ein solches von den Wettbewerbsbehörden gar nicht eingeleitet werden muss (vgl. E. 564), im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens nicht abschliessend feststellen, weshalb sie ebenfalls nicht von Belang ist.

556. Der Regelungszweck der Vorschrift in Gestalt einer Aufdeckung von sekundären Wettbewerbsabreden gibt die grundlegende Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer erweiterten Sanktionsreduktion vor. Die Selbstanzeige im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens setzt eine Aufdeckungskoooperation voraus, d.h. sie muss zur Aufdeckung einer sekundären Wettbewerbsabrede führen. Die blosser Vermittlung von weiteren Informationen und Beweismitteln für eine sekundäre Wettbewerbsabrede ist hierfür nicht ausreichend. Eine entsprechende Nachweiskoooperation ist ausschliesslich im Rahmen des sekundären Untersuchungsverfahrens von Bedeutung. Demzufolge kann eine erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG nur demjenigen Unternehmen zukommen, das die erste ordnungsgemässe Selbstanzeige zur sekundären Wettbewerbsabrede eingereicht hat. Mit dieser Anforderung werden auch die in der Literatur (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 516 m.w.N.; ULRICH, Bonusregelungen, Rn. 16) befürchteten Missbrauchsmöglichkeiten eingeschränkt.

557. Die sekundäre Wettbewerbsabrede muss unabhängig von der primären Wettbewerbsabrede sein (vgl. E. 550; Weko, RPW 2012/2, 270, Strassenbau AG, Ziff. 1179; Weko, RPW 2016/3, 714, Flügel und Klaviere, Ziff. 436), d.h. ihr muss ein eigenständiger Inhalt zukommen. Daher darf ihr Inhalt kein zeitlicher oder sachli-

cher Bestandteil und keine Erweiterung des Inhalts der primären Wettbewerbsabrede darstellen. Dies gilt insbesondere auch für den Fall einer Gesamtabrede.

558. Eine weitere wesentliche Voraussetzung bildet die Vorlage von ausreichenden Beweismitteln für das Bestehen der sekundären Wettbewerbsabrede, wobei diese auch aus den blossen Informationen des Selbstanzeigers bestehen können, soweit keine sonstigen Beweismittel verfügbar sind. Denn gerade eine erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG kann nicht nur auf blosser Behauptungen eines Selbstanzeigers gestützt werden. Daher müssen die vom Selbstanzeiger vermittelten Informationen aus sich selbst heraus das Bestehen der sekundären Wettbewerbsabrede in ausreichender Weise darlegen. Dabei muss zumindest das Stadium der Glaubhaftmachung erreicht werden (DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, Rn. 793; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438). Blosser Anhaltspunkte, dass eine Wettbewerbsabrede vorliegen könnte, sind hingegen prinzipiell nicht ausreichend (unklar insoweit Weko, RPW 2009/3, 220, Elektro Bern, Ziff. 168). Falls die mitgeteilten Anhaltspunkte zur Eröffnung des sekundären Untersuchungsverfahrens führen und dadurch das Vorliegen einer sekundären Wettbewerbsabrede vor Abschluss des primären Untersuchungsverfahrens bestätigt wird, kann dieses Ergebnis aber zu Gunsten eines Selbstanzeigers Berücksichtigung finden.

559. Die Anzeige der sekundären Wettbewerbsbeschränkung muss als unaufgeforderte Mitwirkung des Selbstanzeigers zu qualifizieren sein (Weko, RPW 2016/3, 714, Flügel und Klaviere, Ziff. 427, 435; Weko, RPW 2020/4a, 1661, Engadin-II, Ziff. 363). Die Wettbewerbsbehörde dürfen demnach noch keine Kenntnis von der sekundären Wettbewerbsabrede aufgrund sonstiger Informationen und Beweismittel erlangt haben.

560. Zum Zeitpunkt der Selbstanzeige muss der Selbstanzeiger die Teilnahme an der sekundären Wettbewerbsabrede grundsätzlich eingestellt haben. Da die Selbstanzeige im Rahmen einer erweiterten Sanktionsreduktion zur Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede führt, ist es hierfür ausreichend, wenn der Selbstanzeiger das wettbewerbswidrige Verhalten entsprechend Art. 8 Abs. 2 lit. d SVKG in Absprache und auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörden hin einstellt, um eine frühzeitige Warnung anderer Abredebeteiligten der sekundären Wettbewerbsabrede zu vermeiden.

561. Soweit ein Unternehmen unzutreffende Anschuldigungen im Rahmen seiner Selbstanzeige gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG gegenüber Dritten erhebt, dürfte dies einen Erschwerungsgrund darstellen und gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG zu einer Erhöhung seiner Sanktion im primären Untersuchungsverfahren führen. Denn ein solches Verhalten ist seinem Gehalt nach als schwerwiegender einzustufen als eine blosser Behinderung des Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG. Einer Bezichtigung Dritter mit oder ohne eigene Beteiligung an dem kollusiven Verhalten werden dadurch enge Grenzen gesetzt. Entgegen Ansichten in der Literatur (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 152) bedarf es deswegen aber keines Verzichts auf die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion.

562. Für die Verwirklichung einer erweiterten Sanktionsreduktion ist demgegenüber eine Erfüllung der übrigen Voraussetzungen der allgemeinen Sanktionsreduktion nicht erforderlich.

563. Der Selbstanzeiger muss zunächst nicht selbst an der angezeigten sekundären Wettbewerbsabrede beteiligt sein (Weko, RPW 2009/3, 220, Elektro Bern, Ziff. 168; ebenso BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 520; KRAUSKOPF, Dike-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 99; PICHT, Wettbewerbsrecht II, Art. 12 SVKG Rn. 7; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 151; ULRICH, BonusPlus, Rn. 10; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438). Denn der Regelungszweck der Vorschrift in Gestalt einer Aufdeckung von weiteren Wettbewerbsabreden wird unabhängig davon erfüllt, ob der Selbstanzeiger an der angezeigten Verhaltenskoordination tatsächlich mitgewirkt oder von dieser nur aufgrund von sonstigen Umständen Kenntnis erlangt hat. Insoweit sind die Begriffe «Selbstanzeiger» und «Selbstanzeige» im Rahmen der erweiterten Sanktionsreduktion inhaltlich unzutreffend. Sie werden aus Gründen der formalen Kohärenz mit den anderen Bonusregelungen aber dennoch beibehalten.

564. Entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift bedarf es für die Gewährung eines Sanktionsbonus keiner Eröffnung eines sekundären Kartellverfahrens zur Untersuchung der sekundären Wettbewerbsabrede durch die Wettbewerbsbehörden (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 520; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 152a; ULRICH, BonusPlus, Rn. 11; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438). Dies ergibt sich neben dem Wortlaut der Vorschrift schon daraus, dass keine zwingende Verpflichtung der Wettbewerbsbehörden zur Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens besteht. Einem Selbstanzeiger kann die Sanktionsreduktion aber nicht einfach dadurch verwehrt werden, dass die Wettbewerbsbehörden kein sekundäres Untersuchungsverfahren einleiten.

565. Im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 2 SVKG wird die Anerkennung einer entsprechenden Sanktionsreduktion damit nicht von einem Verfahrenserfolg abhängig gemacht. Eine Anknüpfung an den Verfahrenserfolg für die Beurteilung einer entsprechenden Sanktionsreduktion wäre auch nicht sachgerecht. Denn zum einen sind die Wettbewerbsbehörden nicht zwingend zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens verpflichtet. Zum anderen kann die Sanktionsbemessung und damit das laufende primäre Untersuchungsverfahren nicht einfach aufgeschoben werden, bis ein allfälliges weiteres Untersuchungsverfahren zum Abschluss gebracht wird, um dann erst den Erfolg der sekundären Selbstanzeige abschliessend beurteilen zu können. Ansonsten könnten sich unabsehbare zeitliche Komplikationen ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere Abredebeteiligte unterschiedliche weitere Wettbewerbsabreden anzeigen.

566. Darüber hinaus führt die fehlende Anknüpfung an einen bestimmten Verfahrenserfolg im primären Untersuchungsverfahren unter Berücksichtigung des Regelungszwecks der Vorschrift auch dazu, dass dem Selbstanzeiger keine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG zukommen muss, um eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG erlangen zu können. Daher kann einem Selbstanzeiger, dessen Sankti-

onsreduktion in Bezug auf die primäre Wettbewerbsabrede abzulehnen ist, aufgrund der Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede dennoch eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG zustehen. Dies gilt auch dann, wenn wie vorliegend im Beschwerdeverfahren kein erheblicher Mehrwert für eine Reduktion angesichts eines Bestreitens der Wettbewerbsabrede verbleibt. Denn auch trotz des Fehlens einer Verfahrensvereinfachung im primären Untersuchungsverfahren ergibt sich aufgrund der Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede ein vom Gesetzgeber erwünschter und deshalb zu honorierender Effekt.

567. Für den Entscheid über die Festlegung der konkreten Sanktionsreduktion im Einzelfall statuiert Art. 12 Abs. 3 SVKG keine Bemessungskriterien.

568. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings nicht, dass eine erweiterte Sanktionsreduktion im völligen Belieben der Wettbewerbsinstanzen steht und keiner sachlichen Begründung bedarf. Vielmehr verlangt der Aspekt der Rechtssicherheit nach einer ausreichenden und nachvollziehbaren Begründung im Einzelfall anhand von massgeblichen Kriterien, um die Rechtmässigkeit der jeweiligen Entscheide zu gewährleisten.

569. Aus der bisherigen Wettbewerbspraxis lassen sich angesichts der geringen Anzahl an Entscheiden keine eindeutigen Kriterien ableiten (Weko, RPW 2017/2, 284, Husqvarna, Ziff. 112, sowie Weko, RPW 2018/2, 347, Gerätebenzin, Ziff. 115, mit der Gewährung einer erweiterten Sanktionsreduktion in Höhe von jeweils 30% ohne nähere Begründung; Weko, RPW 2019/2, 322, Engadin-I, Ziff. 1074, Gewährung von 30% ohne nähere Begründung, allerdings bilden mehrere weitere sekundäre Untersuchungsverfahren die Grundlage; Weko, RPW 2012/2, 270, Strassenbau AG, Ziff. 1179, mit einer Gewährung von 50% sowie dem Verweis, dass die neu gemeldeten Fälle hierbei bereits berücksichtigt worden seien; Weko, RPW 2019/4, 1155, Bucher Landtechnik, Ziff. 119 f., Gewährung von [50-60%], obschon die Anzeige einer sekundären Wettbewerbsabrede nicht berücksichtigt wird und die Mitwirkung «keinen entscheidenden Beitrag zum Verfahrenserfolg» gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG geleistet habe; Weko, RPW 2018/1, 78, Verzinkung, Ziff. 243, 65% unter Verweis auf eine mittlere Quantität und Qualität der Anzeige zur sekundären Wettbewerbsabrede).

570. Die notwendigen massgeblichen Kriterien für die Bestimmung der Sanktionsreduktion sind anhand des Regelungszwecks von Art. 12 Abs. 3 SVKG festzulegen. Dieser Zweck besteht darin, die Aufdeckung von weiteren Wettbewerbsabreden im Rahmen eines bereits laufenden Kartellverfahrens zu fördern. Infolgedessen sind allfällige sachliche Kriterien aus dem Verhältnis von primärer und sekundärer Wettbewerbsabrede abzuleiten.

571. Der sachliche Bezugspunkt besteht dabei im Verhältnis der jeweiligen Bedeutung von sekundärer und primärer Wettbewerbsabrede. Die Höhe der erweiterten Sanktionsreduktion hat sich danach auszurichten, ob die Anzeige im Verhältnis zur primären Wettbewerbsabrede eine völlig unbedeutende sekundäre Wettbewerbsabrede bis hin zu mehreren sehr bedeutungsvollen Wettbewerbsabreden umfasst. Denn ein Selbstanzeiger sollte den Sanktionsbetrag für seine Beteiligung an der pri-

mären Wettbewerbsabrede nicht dadurch substantiell verringern können, indem er eine geringfügige sekundäre Wettbewerbsabrede offenlegt. Umgekehrt sollte der Sanktionsbetrag zumindest dann substantiell verringert werden, wenn der Selbstanzeiger zusätzlich eine sekundäre Wettbewerbsabrede anzeigt, deren Bedeutung sehr gross ist und wesentlich über die Bedeutung der primären Wettbewerbsabrede hinausgeht. Mit diesem sachlichen Ansatz wird auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Ausgestaltung dieser Bonusregelung Rechnung getragen.

572. Die Bedeutung der jeweiligen Wettbewerbsabreden ist anhand der im Einzelfall massgeblichen Aspekte zu bestimmen. Hierzu zählen insbesondere die Anzahl der Abredeteiligen, das jeweilige Umsatzvolumen auf den betroffenen relevanten Märkten, die geographische Verbreitung der Verhaltenskooperation und das Ausmass der betroffenen Marktteilnehmer.

573. Für die Beurteilung der Bedeutung bedarf es dabei keiner genauen Abklärung, weil im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens keine detaillierten Abklärungen für die von der sekundären Wettbewerbsabrede betroffenen Märkte durchgeführt werden können. Für die Zwecke der erweiterten Sanktionsreduktion ist es ausreichend, wenn eine ungefähre Festlegung dieser Aspekte vorgenommen wird. Allerdings wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsinstanzen auf die detaillierten Informationen des sekundären Untersuchungsverfahrens zurückgreifen, soweit diese vor Abschluss des primären Untersuchungsverfahrens ermittelt werden.

574. Soweit mehrere sekundäre Wettbewerbsabreden angezeigt werden (Weko, RPW 2019/2, 322, Engadin-I, Ziff. 1074), ist eine kumulierte Beurteilung der Bedeutung dieser weiteren Wettbewerbsabreden gegenüber der primären Wettbewerbsabrede vorzunehmen.

575. Demgegenüber erlangt die Bedeutung der sekundären Wettbewerbsabrede für das sekundäre Untersuchungsverfahren entgegen Ansichten in der Literatur (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 516; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 156b) keine Relevanz für die Sanktionsbemessung im primären Untersuchungsverfahren, weil in diesem entsprechende Feststellungen hierzu gar nicht vorgenommen werden können.

576. Art. 12 Abs. 3 SVKG sieht eine Verringerung des gemäss Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags von bis zu 80% vor. Da die erweiterte Sanktionsreduktion sowohl alleine als auch in Ergänzung zur allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von bis zu 50% in Anspruch genommen werden kann, bleibt festzulegen, ob der Reduktionskoeffizient für eine erweiterte Sanktionsreduktion aufgrund einer additiven Berechnungsmethode faktisch auf 30% beschränkt ist - weshalb eine Sanktionsverringerung von 80% überhaupt nur dann erreicht werden kann, wenn neben der erweiterten Sanktionsreduktion in vollem Umfang auch eine allgemeine Sanktionsreduktion in vollem Umfang gewährt wird -, oder ob er im Sinne einer variablen Berechnungsmethode tatsächlich bis zu 80% betragen kann - weshalb eine Sanktionsverringerung in vollem Umfang entweder durch eine erweiterte Sanktionsreduktion für sich alleine oder auch in Ergänzung mit einer

beliebigen allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG erreicht werden kann.

577. Die Wettbewerbspraxis wendet die Vorschrift im Sinne einer additiven Berechnungsmethode an (Weko, RPW 2012/2, 270, Strassenbau AG, Ziff. 1179; Weko, RPW 2016/3, 714, Flügel und Klaviere, Ziff. 433, 434; Weko, RPW 2017/2, 284, Husqvarna, Ziff. 112; Weko, RPW 2018/2, 347, Gerätebenzin, Ziff. 115; Weko, RPW 2019/2, 322, Engadin-I, Ziff. 1074), die auch in der Literatur teilweise vertreten wird (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 515; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rn. 156b). Demgegenüber wird mitunter wohl auch die Möglichkeit einer variablen Berechnungsmethode propagiert (PICHT, Wettbewerbsrecht III, Art. 12 SVKG Rn. 6; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438).

578. Die Vielzahl der Sachverhaltskonstellationen, bei denen eine erweiterte Sanktionsreduktion zur Anwendung kommen kann, verlangt unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nach einer variablen Anwendung der Vorschrift. Dies entspricht auch einer grammatikalischen Auslegung der Bestimmung, weil der Wortlaut gerade nicht auf einen maximalen Reduktionskoeffizienten von 30% für die erweiterte Sanktionsreduktion abstellt, wovon bei einer entsprechenden Regelungsintention des Gesetzgebers auszugehen wäre.

579. Ungeachtet dessen stellt dieser maximale Reduktionskoeffizient eine Obergrenze für eine Sanktionsverringerung in Zusammenhang mit einer erweiterten Sanktionsreduktion dar. Denn zum einen könnte bei Anwendung von Art. 12 Abs. 2 und 3 SVKG eine Gesamtreduktion von 130% von vornherein offenkundig gar keine Anwendung finden. Zum anderen ist es aus systematischen Gründen angezeigt, den sachlichen Unterschied zwischen einem Sanktionsbonus gemäss Art. 8 SVKG und einem solchen gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG auch bei einer Aufdeckung von sekundären Wettbewerbsabreden nicht vollständig aufzuheben, weil diese Aufdeckung ohnehin zu einem Sanktionsbonus im sekundären Untersuchungsverfahren führt.

580. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dürften sich gewisse grundlegende Prämissen für die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion formulieren lassen. Bei Anzeige einer einzigen sekundären Wettbewerbsabrede mit einer geringen Bedeutung gegenüber der primären Wettbewerbsabrede wird nur eine Sanktionsreduktion bis zu 10% erteilt werden können. Demgegenüber wird es für die Zuweisung einer Sanktionsreduktion von 80% wohl einer Aufdeckung von mehreren bedeutungsvollen Wettbewerbsabreden bedürfen. Soweit eine allgemeine und eine erweiterte Sanktionsreduktion zusammentreffen, ist davon auszugehen, dass für die Erlangung einer Sanktionsreduktion von 80% mindestens eine bedeutungsvolle sekundäre Wettbewerbsabrede aufgedeckt werden muss und der Verfahrenserfolg eine Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von mehr als 40% rechtfertigt. Von diesen Prämissen ausgehend, dürfte sich in anderen Fällen eine Reduktion im Rahmen dieser Bandbreite ergeben.

581. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die gemäss Art. 13 Abs. 1 SVKG notwendigen Informationen zu der angezeigten sekundären Wettbewerbsabrede einschliesslich der Modalitäten der Verhaltenskoordination den Wettbewerbsbehörden vermittelt (vgl. E. 514). Dies wurde von der Vorinstanz nicht bestritten. Die Wettbewerbsbehörden haben auch keine Nachfragen gestellt, um allfällig nicht ausreichende Informationen oder Beweismittel ergänzen zu können. Die Vorinstanz macht auch nicht geltend, dass sie eine weitere notwendige Mitwirkung zur Abklärung der vorgelegten Hinweise verweigert habe.

582. Angesichts dessen ist nicht ersichtlich, warum diese Informationen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Eröffnung eines sekundären Untersuchungsverfahrens und den Nachweis einer sekundären Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG hätten darstellen sollen. Die blosser Behauptung der Vorinstanz, die Angaben der Beschwerdeführerin hätten nicht für die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens ausgereicht, vermag eine entsprechende Einschätzung jedenfalls nicht zu entkräften.

583. Bei einer Abrede über Beschläge von Küchen handelt es sich auch um eine von der Abrede über Fensterbeschläge unabhängige Verhaltenskollusion. Die Vorinstanz macht auch weder geltend, dass sie bereits Kenntnis von dieser Wettbewerbsabrede hatte, noch dass die Beschwerdeführerin ihre Beteiligung an der Abrede nicht bereits eingestellt hatte oder auf erste Aufforderung hin nicht eingestellt hätte.

584. Die Voraussetzungen einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG sind daher gegeben.

585. Die Parteien haben keine spezifischen Angaben zur Bedeutung der sekundären Wettbewerbsabrede und deren Verhältnis zur primären Wettbewerbsabrede gemacht. Es ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass die sekundäre Wettbewerbsabrede eines Unternehmens mit seinen fünf Zulieferern von Küchenbeschlägen für den Geschäftsbereich «Küchen» eine geringere Bedeutung zukommt als der primären Wettbewerbsabrede zwischen dem Grossteil der Beschlaghersteller und Händlern für den Geschäftsbereich «Fenster». Mangels einer entsprechenden genauen Abschätzung der Marktverhältnisse, die sich in Anbetracht der bisherigen Verfahrensdauer nachträglich auch nicht mehr sachdienlich vornehmen lässt, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der sekundären Wettbewerbsabrede lediglich eine völlig geringfügige Bedeutung zukommt.

586. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Sanktionsreduktion zu Gunsten der Koch-Gruppe mit einem Reduktionskoeffizienten von 20% festzulegen.

j) Übersicht Sanktionsbemessung

587. Aufgrund der vorstehend dargelegten Gründe ergibt sich folgende Sanktionsbemessung:

	Sanktionskomponente	Art.	Koeffizient	CHF
1.	Basisumsatz	2		[52'818'164]
2.	Basisbetrag	3	7%	[3'697'271]
3.	Dauerbetrag	4	0%	0
	Zwischenbetrag I:			[3'697'271]
4.	Erschwerungsbetrag	5	0%	0
5.	Milderungsbetrag	6	0%	0
	Zwischenbetrag II:			[3'697'271]
6.	Maximalumsatz		[468'422'140]	
7.	Maximalbetrag	7	10%	> Zwischenbetrag II
8.	Sanktionsbonus	12 II	0%	0
		12 III	20%	[739'454]
9.	Sanktionsbetrag			2'957'817

588. Die in der angefochtenen Verfügung festgelegte Sanktion für das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin ist aufgrund der Prüfung der einzelnen Voraussetzungen für eine Sanktion durch das Bundesverwaltungsgericht durch die Verweigerung einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. II SVKG und die Anerkennung einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. III SVKG anzupassen, wobei ein Sanktionsbetrag festzulegen ist, der im Ergebnis dem Sanktionsbetrag in der angefochtenen Verfügung entspricht. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin führt demzufolge nicht zu einer Verringerung der Sanktion, die in der angefochtenen Verfügung gegen sie festgesetzt worden war.

k) Sanktionsherabsetzung wegen Dauer des Verfahrens

589. Im Hinblick auf die Dauer des vorliegenden Verfahrens ist festzuhalten, dass diese nicht als unangemessen lang zu qualifizieren ist, weil aufgrund einer notwendigen Sicherstellung der Kohärenz in Rechtsfragen mit weiteren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts eine sachliche Abstimmung erforderlich war (vgl. ausführlich BVGer, B-5918/2017, Baubeschlüsse-Siegenia-II, E. 351 ff.). Daher liegt kein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot vor.

VIII. VERJÄHRUNG

(1) Beschwerdeführerin

590. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass angesichts der über 10-jährigen Verfahrensdauer die Verjährung eingetreten und das Verfahren daher vorbehaltslos einzustellen sei.

591. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass das Urteil des Bundesgerichts das bisherige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und somit keine gerichtliche Instanz im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Urteil in der Sache gefällt habe.

(2) Vorinstanz

592. Die Vorinstanz hat zum Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht mehr detailliert Stellung genommen. Sie geht - wie in anderen Verfahren auch - von der grundsätzlichen Unverjährbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen aus und verweist darauf, dass die Untersuchungseröffnung rechtzeitig im Sinne von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG erfolgt sei.

(3) Würdigung durch das Gericht

593. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes ist die Verjährung einer Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen eines Unternehmens gemäss Art. 49a KG nicht nur auf Antrag, sondern von Amtes wegen zu berücksichtigen.

594. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Rahmen eines jüngeren Urteils auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bestimmung von Verjährungsregelungen im öffentlichen Recht ausführlich mit der Frage der Verjährung von Wettbewerbsverstössen auseinandergesetzt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1667 ff.). Danach gilt sowohl für qualifizierte Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und für Marktmachtmissbräuche gemäss Art. 7 KG als auch für einfache Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 1 KG eine Untersuchungsverjährung von zehn Jahren als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1722). Der Beginn dieser Untersuchungsverjährung fällt auf den Zeitpunkt der Beendigung einer Ausübung des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das Unternehmen. Die Untersuchungsverjährung tritt nach Ablauf einer Dauer von zehn Jahren seit ihrem Beginn ein. Sie wird jedoch zu dem Zeitpunkt unterbrochen, in dem die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einleiten. Soweit es sich bei dem wettbewerbswidrigen Verhalten um einen abgeschlossenen qualifizierten Wettbewerbsverstoss handelt, dessen Ausübung im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung bereits seit mehr als fünf Jahren eingestellt worden war, entfällt im Rahmen von dessen Verfolgung allerdings gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eine Sanktionierung mit einem Geldbetrag (BVGer, B-831/2011, ADSL II, E. 1722). Demgegenüber beginnt eine Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids der Wettbewerbskommission oder der Rechtsmittelgerichte zu laufen (BVGer, B-831/2011, ADSL II, E. 1728).

595. Bereits vorgängig hatte das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung von strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften sowie des Art. 49a Abs. 3 lit. b KG als allgemeine kartellverwaltungsrechtliche Verjährungsregelung abgelehnt (BVGer, B-771/2012, Cellere, E. 9.2.1 ff.).

596. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verjährungseintritt wurde zwischenzeitlich vom Bundesgericht im Ergebnis bestätigt (BGer, 2. November 2022, 2C_596/2019, A. AG und B. AG gg. Weko, zit. DCC, E. 6.3).

597. Vorliegend kann offenbleiben, ob das Bundesgericht dabei mit dem blossen Verweis auf Art. 49a Abs. 3 KG eine andere dogmatische Grundlage für dieses Ergebnis herangezogen hat oder nicht. Denn in jedem Fall führt die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden vor Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren nach Beendigung des in Frage stehenden Verhaltens dazu, dass keine Verjährung hinsichtlich dieses Verhaltens eintritt, sondern die Sanktionierbarkeit erhalten bleibt.

598. Die Beschwerdeführerin hat das wettbewerbswidrige Verhalten frühestens nach Eröffnung des Untersu-

chungsverfahrens durch die Wettbewerbskommission und der Durchführung einer Hausdurchsuchung im Juli 2007 eingestellt (SV G.n). Eine Verjährung war daher zu diesem Zeitpunkt demzufolge noch nicht eingetreten.

IX. VORINSTANZLICHE VERFAHRENSKOSTEN

599. Die angefochtene Verfügung hat den Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten des Kartellverwaltungsverfahrens auferlegt.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

600. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen einen Entschädigungsanspruch auf Ersatz des im vorinstanzlichen Verfahren erlittenen Schadens geltend.

601. Auf Untersuchungen über Preisabsprachen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG seien nach schweizerischer Rechtsauffassung die strafprozessualen Regeln und Garantien anwendbar. Daraus folge auch die Anwendbarkeit der strafprozessualen Entschädigungsregelungen. Danach hätten ein Angeschuldigter bei Verfahrenseinstellung und ein Freigesprochener grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des während des gesamten Verfahrens erlittenen Schadens. Dies würde sich auch direkt aus der Bundesverfassung und der EMRK ergeben. Der Entschädigungsanspruch gelte unbestrittenermassen in Fällen, in denen sich der zu ersetzende Schaden aus unrechtmässigen strafprozessualen Handlungen ergeben würde.

602. Vorliegend sei die Beschwerdeführerin in ein langes und aufwändiges verwaltungsstrafrechtliches Verfahren verwickelt worden. Das Unternehmen hätte sich gegen eine drohende Verurteilung und eine hohe Sanktion mit Strafcharakter zur Wehr setzen müssen. Dabei sei der Beschwerdeführerin ein faires Verfahren verwehrt worden, weil die Wettbewerbskommission keine richterliche Instanz, sondern zusammen mit dem Sekretariat zugleich Untersuchungs- und Entscheidbehörde sei.

603. Daher seien sämtliche Verfahrenshandlungen und das Untersuchungsverfahren insgesamt als unrechtmässige strafprozessuale Handlungen anzusehen, welche einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Parteientschädigung begründen würden. Dies gelte auch dann, wenn das Untersuchungsverfahren nicht als unrechtmässig zu qualifizieren sei. Dies gelte auch ungeachtet dessen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Anspruch auf Zusprechung von Parteientschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren aufgrund der Vorschrift von Art. 64 Abs. 1 VwVG bestehe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

604. Die Vorinstanz hält den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Entschädigungsanspruch für nicht gerechtfertigt.

(3) Würdigung durch das Gericht

605. Da die angefochtene Verfügung im Hinblick auf die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Beschwerdeführerin vollumfänglich zu bestätigen ist, stellt sich die Frage eines Ersatzanspruchs von vornherein nicht. Daher bedarf es keiner weiteren Erläuterungen dazu, dass strafrechtliche und strafprozessuale Erstattungsansprüche im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens nicht zur Anwendung gelangen (vgl. E. 421).

X. GESAMTBEURTEILUNG DER BESCHWERDE

606. Das Beschwerdeverfahren hat im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt, dass die Koch-Gruppe sich an einer unzulässigen Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat und daher eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen ist. Die Beschwerdeführerin unterliegt demzufolge mit ihrer Beschwerde gegen die entsprechenden Feststellungen in der angefochtenen Verfügung.

607. Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Beurteilung der einzelnen Aspekte der Sanktionsbemessung führen im Ergebnis nicht zu einer Änderung der Sanktionierung gegenüber der angefochtenen Verfügung.

608. Bei einer Gesamtbeurteilung ist die Beschwerde daher vollumfänglich abzuweisen.

XI. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG

609. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

610. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 35'000.- CHF festzusetzen.

611. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE werden Vorinstanzen oder Beschwerde führenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt.

612. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen.

613. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG ist eine Parteientschädigung nur insoweit einer Körperschaft oder autonomen Anstalt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, aufzuerlegen, als sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Gemäss Art. 64

Abs. 3 VwVG ist die Parteientschädigung einer unterliegenden Gegenpartei je nach ihrer Leistungsfähigkeit aufzuerlegen, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren, Rn. 4.68).

614. Als vollständig unterliegende Partei steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in Höhe von 35'000.- CHF auferlegt. Hierauf wird der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 24'000.- CHF

angerechnet. Der Restbetrag von 11'000.- CHF ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0221; per Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	3. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket

Urteil B-3859/2019 vom 12. Dezember 2023 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Ticketcorner Holding AG in Rümlang vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner und Starticket.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko oder Vorinstanz) am 22. Mai 2017 erlassene Verfügung (nachfolgend: Untersagungsbescheid, veröffentlicht in: RPW 2018/3, S. 616 ff.), mit der ein von der Ticketcorner Holding AG und der Tamedia AG angemeldeter Unternehmenszusammenschluss untersagt wurde.

B. Beschwerdeführerin

B.a Die Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine im Januar 2010 unter dem Namen Eventim CH AG gegründete und danach sogleich umfirmierte schweizerische Gesellschaft mit heutigem Sitz in Rümlang. Sie hält als reine Holding-Gesellschaft alle Aktien der Ticketcorner AG.

B.b Die Anteile an der Beschwerdeführerin werden wiederum zu 50% von der in Deutschland domizilierten CTS-Eventim-Gruppe und zu 50% von der Ringier-Gruppe gehalten. Die CTS-Eventim-Gruppe ist hauptsächlich im internationalen Ticketvertrieb tätig. Der Zweck der Ringier-Gruppe besteht in der Ausübung aller Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen.

C. Zusammenschlussparteien

C.a Die Beschwerdeführerin, die Tamedia AG (seit 20.12.2019 als TX Group AG firmierend; nachfolgend: Tamedia), die Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner) und die Starticket AG (nachfolgend: Starticket) bilden die Zusammenschlussparteien des streitigen Zusammenschlussvorhabens. Dabei sind die Beschwerdeführerin und Tamedia als Transaktionsparteien sowie Ticketcorner und Starticket als Transaktionsobjekte zu qualifizieren.

C.b Tamedia ist die Muttergesellschaft des Medienkonzerns TX Group, der insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien schwergewichtig in der Schweiz tätig ist. Sie verfügt über diverse Tochtergesellschaften. Zum Zeitpunkt der Anmeldung des streitigen Zusammenschlussvorhabens hielt Tamedia alle Aktien von Starticket.

C.c Starticket ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Der Geschäftszweck von Starticket besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation für Veranstaltungen jeglicher Art. Die Tätigkeit umfasst im We-

sentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen.

C.d Ticketcorner ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, die im Jahr 2011 aus der Fusion der im Jahr 2003 gegründeten vormaligen Ticketcorner AG und einer früheren Ticketcorner Holding AG hervorgegangen ist. Der Geschäftszweck von Ticketcorner besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation, welche im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen umfasst.

D. Das streitige Zusammenschlussvorhaben

D.a Die Beschwerdeführerin und Tamedia schlossen am 31. Oktober 2016 eine vertragliche Vereinbarung (nachfolgend: Transaktionsvertrag) ab, die dem streitigen Zusammenschlussvorhaben zu Grunde liegt.

D.b Der Transaktionsvertrag sah vor, dass Tamedia sich mit einem Anteil von 25% an Ticketcorner beteiligt. Als Gegenleistung für den erhaltenen 25%-Anteil an Ticketcorner sollte Tamedia sämtliche Aktien von Starticket an Ticketcorner übertragen, wodurch Starticket zu einer 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner geworden wäre.

D.c Nach Abschluss des streitigen Zusammenschlussvorhabens hätten die Beschwerdeführerin 75% und Tamedia 25% der Anteile an Ticketcorner gehalten. Der Transaktionsvertrag sah dabei eine gemeinsame Kontrolle von Ticketcorner durch die Beschwerdeführerin und Tamedia vor.

D.d Nachdem die Beschwerdeführerin am 10. Juli 2017 ihre Beschwerde gegen den Untersagungsbescheid eingereicht hatte (vgl. Sachverhalt, G.a), haben die Transaktionsparteien am 7./9. August 2017 eine ergänzende vertragliche Vereinbarung über die Behandlung des Zusammenschlussvorhabens während des Beschwerdeverfahrens getroffen (nachfolgend: Ergänzungsvertrag), mit der verschiedene Regelungen des Transaktionsvertrags aufgehoben oder abgeändert wurden. Dabei haben die Parteien insbesondere die zeitliche Beschränkung der Geltendmachung eines Rücktritts vom Transaktionsvertrag nach Erlass einer Zusammenschlussverfügung der Wettbewerbskommission aufgehoben, die Übernahme der Kosten für das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerde führende Partei festgelegt und eine Zahlung der Beschwerdeführerin an Tamedia zum Ausgleich von Kosten sowie sonstige Massnahmen vereinbart. Im Ergebnis wurde dadurch jeder Partei ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Rücktrittsrecht vom Transaktionsvertrag bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts eingeräumt.

D.e Am 20. Dezember 2020 hat Tamedia gegenüber der Beschwerdeführerin den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt. Dies wurde von der Beschwerdeführerin bestätigt.

D.f Am 9. Januar 2021 hat Tamedia öffentlich bekannt gegeben, dass sie Starticket an See Tickets, einer englischen Tochtergesellschaft des französischen Medienkonzerns Vivendi SA, veräussert habe.

E. Marktverhältnisse

E.a Im Geschäftsbereich des Absatzes von Tickets für kommerzielle Veranstaltungen sind die beiden Varianten des Fremdvertriebs und des Eigenvertriebs zu unterscheiden (vgl. Verfügung, Rz. 139 ff.).

E.b Beim Fremdvertrieb überträgt der Veranstalter den Absatz von Tickets gegenüber den Besuchern seiner Veranstaltung an ein Ticketingunternehmen, das üblicherweise auf dieses Geschäft spezialisiert ist und hierzu ein Netz an physischen Verkaufsstellen und/oder ein elektronisches Ticketverkaufssystem im Internet betreibt. Das Ticketingunternehmen erbringt gegenüber dem Veranstalter bestimmte Fremdvertriebsdienstleistungen gegen Entgelt. Diese umfassen neben dem eigentlichen Verkauf der Tickets regelmässig weitere unterschiedliche Leistungen (vgl. Verfügung, Rz. 202, 222).

E.c Beim Eigenvertrieb setzt der Veranstalter die Tickets für seine Veranstaltungen gegenüber den Besuchern unmittelbar selbst ab. Hierzu bedient er sich eines Ticketing-Systems, das ihm vom Ticketingunternehmen auf der Grundlage einer Lizenzeinräumung zur Verfügung gestellt wird. Die Nutzung des Ticketing-Systems ermöglicht dem Veranstalter zudem die Umsetzung von verschiedensten Aktivitäten (vgl. Verfügung, Rz. 237).

E.d Bei der Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens hat die Vorinstanz den Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen als entscheidungserheblichen relevanten Markt festgelegt und gegenüber dem Markt für Eigenvertriebsdienstleistungen sowie weiteren Märkten abgegrenzt (vgl. Verfügung, Rz. 225).

E.e Zur Stellung auf dem relevanten Markt nach Umsetzung des streitigen Zusammenschlussvorhabens stellte der Untersagungsbescheid fest, dass Ticketcorner und Starticket nach der Zusammenführung einen Marktanteil zwischen 90% und 100% nach dem Gesamtumsatz oder dem Kommissionsumsatz sowie einen Marktanteil zwischen 80% und 90% nach den verkauften Tickets hätten (vgl. Verfügung, Rz. 273). Durch den streitigen Unternehmenszusammenschluss mit einer Zusammenführung von Ticketcorner und Starticket würde daher eine marktbeherrschende Stellung, die eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach sich zöge, zumindest herbeigeführt, weil mit Starticket der einzige nennenswerte Konkurrent von Ticketcorner wegfiel (vgl. Verfügung, Rz. 385).

E.f Im Hinblick auf eine bereits bestehende Marktstellung von Ticketcorner hat die Vorinstanz ausgeführt, dass Ticketcorner eine überragende Marktstellung auf dem relevanten Markt zukomme, die insbesondere durch vertragliche Exklusivitätsvereinbarungen mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern sowie Verkaufsstätten verstärkt werde (vgl. Verfügung, Rz. 275).

F. Vorinstanzliches Verfahren

F.a Am 15. November 2015 reichten die Beschwerdeführerin und Tamedia den Entwurf einer Meldung für das streitige Zusammenschlussvorhaben beim Sekretariat

der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein. Das Sekretariat bemängelte die Unvollständigkeit des Meldeentwurfs und forderte die Transaktionsparteien mit Schreiben vom 28. November 2016 auf, die notwendigen Angaben, einschliesslich jener zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens und zu den Märkten, zu ergänzen.

F.b Am 9. Januar 2017 reichten die Beschwerdeführerin und Tamedia zusammen die Meldung des streitigen Zusammenschlussvorhabens beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein und ergänzten diese auf dessen Anforderung hin mit Eingabe vom 26. Januar 2017.

F.c Am 9. Februar 2017 entschied die zuständige Kammer der Vorinstanz, eine vertiefte Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens gemäss Kartellgesetz durchzuführen.

F.d Die Wettbewerbsbehörden informierten die Öffentlichkeit über die wettbewerbsrechtliche Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens mit Pressemitteilung vom 13. Februar 2017.

F.e In der Folge reichten die Zusammenschlussparteien zahlreiche Stellungnahmen ein und machten von ihrem Anspruch auf Akteneinsicht Gebrauch. Am 8. Mai 2017 fand eine Anhörung der Zusammenschlussparteien vor der Vorinstanz statt.

F.f Am 22. Mai 2017 eröffnete die Vorinstanz den vorliegend angefochtenen Untersagungsbescheid mit folgendem Dispositiv:

"1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 160'000 werden der Ticketcorner-Holding AG und Tamedia AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 80'000, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. [Eröffnung]."

G. Verfahren vor Rückweisung (B-3871/2017)

G.a Die Beschwerdeführerin hat den vorliegenden Untersagungsbescheid mit Beschwerde vom 10. Juli 2017 beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren angefochten:

"(1) Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 sei vollumfänglich aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht ohne Auflagen und Bedingungen zu bewilligen.

(2) Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht mit den gemäss Rz. 476 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen und nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts geeigneten und erforderlichen Auflagen zu bewilligen.

(3) Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates."

Die Beschwerdeführerin stellte überdies die folgenden weiteren Verfahrensanträge:

"(4) Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit Zustellung der vorliegenden Beschwerde Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.

(5) Vor einem Entscheid durch das Bundesverwaltungsgericht sei eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."

G.b Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin um Angaben zur Höhe des Streitwerts der Beschwerde. Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 erklärte die Beschwerdeführerin, eine konkrete Schätzung des Streitwerts sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich, sie gehe jedoch davon aus, dass dieser sich in einer Grössenordnung von über CHF (...) bewege.

G.c Mit Schreiben vom 19. September 2017 bat die Beschwerdeführerin um Bekanntgabe des Spruchkörpers im vorliegenden Verfahren, um dessen Zusammensetzung anhand ihres Anspruchs auf ein unbefangenes Gericht prüfen zu können. Das Bundesverwaltungsgericht entsprach diesem Ersuchen mit Verfügung vom 26. September 2017.

G.d Am 16. Oktober 2017 reichte die Vorinstanz nach Fristerstreckung ihre Vernehmlassung ein. Die Beschwerdeführerin reichte ihre Replik nach Fristerstreckung am 15. Januar 2018 ein und legte hierbei den Ergänzungsvertrag vor.

G.e Mit Urteil vom 3. Mai 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht auf die Beschwerde eingetreten (nachfolgend: Ausgangsurteil). Das Bundesverwaltungsgericht begründete sein Urteil im Wesentlichen damit, dass kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse gegeben sei, wenn nicht alle Transaktionsparteien, die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind, eine Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung erheben. Denn andernfalls könnte eine Beschwerde führen, dass die Transaktionspartei die anderen Transaktionsparteien angesichts der gemäss Art. 34 KG schwebend unwirksamen Transaktionsvereinbarung daran hindern, anderweitige wirtschaftliche Verhaltensweisen, die aus deren Sicht aufgrund der behördlichen Untersagung des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens angezeigt seien, wahrzunehmen (vgl. Ausgangsurteil, E. 19). Gerade ein marktbeherrschendes Unternehmen könnte dadurch ansonsten eine kleinere Transaktionspartei an einer sinnvollen und notwendigen wirtschaftlichen Weiterführung der Geschäftstätigkeiten hindern (vgl. Ausgangsurteil, E. 26 ff.).

H. Verfahren vor Bundesgericht (2C_509/2018)

H.a Am 7. Juni 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen das Ausgangsurteil Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen: (1) Das Ausgangsurteil sei aufzuheben und das streitige Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen zu bewilligen; (2) eventualiter sei das streitige Zusammenschlussvorhaben mit den gemäss dem vorliegenden Untersagungsbescheid von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Auflagen zu bewilligen; (3) subeventualiter sei das Ausgangsurteil vollumfänglich aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten; (4) subsubeventualiter sei durch das Bundesgericht festzustel-

len, dass das Ausgangsurteil und der Untersagungsbescheid rechtswidrig seien.

H.b Tamedia reichte ihre Stellungnahmen zur Beschwerde der Beschwerdeführerin am 18. Juli und 23. August 2018 beim Bundesgericht ein. Am 14. August 2018 reichte die Wettbewerbskommission ihre Vernehmlassung beim Bundesgericht ein, mit der sie beantragte, auf die Anträge 1 und 2 nicht einzutreten und - soweit darauf eingetreten werde - die Anträge 3 und 4 abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete mit Schreiben vom 26. Juli 2018 auf eine Vernehmlassung. Am 21. Dezember 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Stellungnahme beim Bundesgericht ein.

H.c Mit Urteil vom 24. Juni 2019 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin gut, soweit darauf eingetreten wurde (nachfolgend: Aufhebungsurteil). Das Ausgangsurteil wurde aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen an, dass die Beschwerdeführerin ein Interesse daran habe, dass die Fusion vollzogen werde. Die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts zur schwebenden Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags beruhe auf einer unrichtigen Auslegung von Art. 34 KG. Denn der dadurch statuierte Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschlage nicht das Verpflichtungs-, sondern nur den Abschluss des Verfügungsgeschäfts. Der Aufschub habe nur zur Folge, dass das Zusammenschlussvorhaben erst dann vollzogen werden könne, wenn seitens der Wettbewerbsbehörden keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr dagegen bestehen. Im Gegensatz dazu bliebe es den Zusammenschlussparteien auch im Falle einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens unbenommen, am Verpflichtungsgeschäft festzuhalten bzw. dieses abzuändern. Daher könne nicht von einer gegen den Willen einer Vertragspartei aufrechterhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens gesprochen werden, weshalb dieser Aspekt der Bejahung einer individuellen Beschwerdelegitimation nicht entgegenstehe (vgl. Aufhebungsurteil, E. 4). Ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neubeurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre nur dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre (vgl. Aufhebungsurteil, E. 5.4).

I. Verfahren nach Rückweisung (B-3859/2019)

I.a Mit ergänzender Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 20. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin weitere Anträge gestellt:

"(1) Es sei festzustellen, dass die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 rechtswidrig ist.

(2) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

I.b Mit Verfügung vom 28. Januar 2020 stellte das Bundesverwaltungsgericht die ergänzende Eingabe der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zu.

I.c Ebenfalls am 28. Januar 2020 reichte das Bundesverwaltungsgericht beim Bundesgericht ein Erläuterungsgesuch zum Aufhebungsurteil ein. Das Erläute-

rungsgesuch umfasste zum einen die Fragen, ob der Untersagungsbescheid aufgrund der fehlenden Erhebung einer Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist durch Tamedia gegenüber dieser in Teilrechtskraft erwachsen sei, ob Tamedia sich deshalb im Falle eines Vollzugs des streitigen Zusammenschlussvorhabens wegen Widerhandlung gegen eine Untersagungsverfügung gemäss Art. 55 KG strafbar machen würde, und ob vor diesem Hintergrund dennoch ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG festzustellen sei. Zum anderen wurde die Frage gestellt, ob ein erneuter Nichteintretensentscheid aufgrund der fehlenden Übereinstimmung zwischen dem Wortlaut der Ziff. 1 des Urteilsdispositivs des Aufhebungsurteils und dem Wortlaut der Erwägungen 1.3 und 5.5 grundsätzlich zulässig wäre.

I.d Mit Verfügung vom 18. Februar 2020 bezeichnete das Bundesgericht Ticketcorner, die Wettbewerbskommission und Tamedia als weitere Verfahrensbeteiligte im Verfahren um Erläuterung seines Aufhebungsurteils.

I.e Am 4. Mai 2020 reichte Ticketcorner ihre Vernehmung zum Erläuterungsgesuch des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht ein. Sie beantragte, auf das Erläuterungsgesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen.

I.f Mit Urteil vom 12. Juni 2020 wurde das Erläuterungsgesuch durch das Bundesgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Das Bundesgericht stellte dabei fest, dass in Anbetracht der Erwägungen 1.3 und 5.5 des Aufhebungsurteils die Ziff. 1 des Dispositivs unmissverständlich dahingehend auszulegen sei, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde der Gesuchstellerin einzutreten und einen materiellrechtlichen Entscheid zu treffen habe, weil das Dispositiv insofern mit den Entscheidungsgründen in Einklang stehe. Soweit das Bundesverwaltungsgericht aufgrund veränderter Tatsachen erneut einen Nichteintretensentscheid fällen wolle, so stelle dies eine neue Frage dar, die nicht vorab vom Bundesgericht zu beurteilen sei.

I.g Mit Schreiben vom 17. August 2020 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren gegenüber dem vorsitzenden Richter Stephan Breitenmoser ein. Zu dessen Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass das Erläuterungsgesuch die Absicht des vorsitzenden Richters offenbare, entgegen den Anweisungen des Bundesgerichts wiederum einen Nichteintretensentscheid zu fällen, weil er ein weiteres Mal die Beschwerdelegitimation hinterfrage und explizit die Frage aufwerfe, ob das Bundesverwaltungsgericht neuerlich einen Nichteintretensentscheid fällen könne.

I.h Das Bundesverwaltungsgericht hat das Ausstandsbegehren in einem gesonderten Verfahren (B-4117/2020) behandelt und mit - formell rechtskräftigem - Entscheid vom 30. September 2020 (nachfolgend: Ausstandsentscheid 1) abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es lasse sich dem Erläuterungsgesuch nicht entnehmen, dass sich der vorsitzende Richter bereits in einer Art festgelegt hätte, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich wäre.

I.i Am 12. April 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Eingabe ein. Mit Schreiben vom 25. Mai 2022 verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zu dieser Eingabe.

I.j Mit Schreiben vom 27. Januar 2023 beantragte die Beschwerdeführerin Auskunft über den Stand des Verfahrens und die Zusammensetzung des Spruchkörpers. Das Bundesverwaltungsgericht erteilte diese mit Verfügung vom 31. Januar 2023.

I.k Mit Eingabe vom 7. Februar 2023 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren gegen den seit Januar 2023 für die Fallbearbeitung eingesetzten Gerichtsschreiber Ralf Straub ein.

I.l Zur Begründung der behaupteten Befangenheit wurde auf eine angebliche Aussage dieses Gerichtsschreibers in einem Telefonat mit RA Dr. Marcel Meinhardt als Vertreter der Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, Hallenstadion) verwiesen.

I.m Mit der eingeholten Stellungnahme vom 7. März 2023 bestritt der betroffene Gerichtsschreiber, dass er die behauptete Aussage abgegeben habe.

I.n Das Bundesverwaltungsgericht hat das Ausstandsbegehren mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2023 (nachfolgend: Ausstandsentscheid 2) abgewiesen. Selbst wenn der Gerichtsschreiber in Zusammenhang mit dem Verfahren Hallenstadion die betreffende Aussage vorgenommen haben sollte, so würde es sich bei einer solchen Aussage nicht um eine abschliessende Meinung zu einem laufenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht handeln, sondern höchstens um eine Prognose zu einer zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal eröffneten Untersuchung der Wettbewerbskommission (vgl. Ausstandsentscheid 2, E. 4.6).

I.o Mit Datum vom 31. Oktober 2023 beantragte die Beschwerdeführerin eine Sistierung des Verfahrens. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, dass sie gegen den Ausstandsentscheid 2 fristgerecht Beschwerde beim Bundesgericht einlegen werde. Der Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht über dieses Ausstandsbegehren sei zumindest geeignet, den Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beeinflussen. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde müssten jegliche Verfahrenshandlungen, an denen Ralf Straub als Gerichtsschreiber mitgewirkt habe, wiederholt werden. Zudem wäre ein Urteil unter Mitwirkung dieses Gerichtsschreibers im bundesgerichtlichen Verfahren aufzuheben.

I.p Am 2. November 2023 wurde aus gerichtsorganisatorischen Gründen Robert Weyeneth als Gerichtsschreiber im vorliegenden Verfahren eingesetzt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968

(VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt. Danach prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen gemäss Art. 7 VwVG sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

1) Sachliche Zuständigkeit

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

3. Der vorliegende Untersagungsbescheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Bei der Wettbewerbskommission handelt es sich um eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG. Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde sachlich zuständig.

2) Prozessfähigkeit

4. Die Beschwerdeführerin ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft und damit als juristische Person des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig. Die Voraussetzungen ihrer Prozessfähigkeit gemäss Art. 6 VwVG sind somit gegeben.

3) Beschwerdelegitimation

5. Das Vorliegen einer ausreichenden Beschwerdelegitimation ist angesichts der seit dem Aufhebungsurteil eingetretenen Veränderung der Sachlage wiederum von Amtes wegen zu prüfen.

6. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie trotz des Rücktritts von der Transaktionsvereinbarung am 20. Dezember 2020 seitens Tamedia nach wie vor ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse sowohl an der materiell-rechtlichen Überprüfung des vorliegenden Untersagungsbescheids gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG als auch an der Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht habe.

7. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit sei bereits im Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des vorliegenden Untersagungsbescheids in ihrer Beschwerde enthalten gewesen. Die Beschwerdeführerin habe diesen Antrag in der Eingabe vom 20. Januar 2020 lediglich der guten Ordnung halber ausformuliert.

8. Angesichts dessen, dass für die Feststellung des Sachverhalts der Zeitpunkt des Bescheideentscheids massgebend sei und dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 VwVG volle Kognition zukomme, seien auch Tatsachen zu berücksichtigen, die sich erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid ergeben hätten.

9. So hätten sich die Marktverhältnisse seit dem vorliegenden Untersagungsbescheid infolge der Covid-19-Pandemie radikal verändert. Zwischen Februar 2020 und der Einführung der Zertifikatspflicht im Juni 2021 seien praktisch keinerlei (Gross-)Veranstaltungen mehr

durchgeführt worden. Auch danach seien Veranstaltungen durch die Zertifikatspflicht bis zu deren vollständiger Aufhebung Anfang 2022 erheblichen Einschränkungen unterworfen gewesen. Der Marktanteil von Ticketcorner sei dadurch quasi auf null gesetzt worden. Wie sich die Marktverhältnisse bei Aufnahme des Normalbetriebs entwickeln würden, sei daher vollkommen offen. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des zwischenzeitlichen Markteintritts neuer Unternehmen und des drohenden Zusammenschlusses bestehender Unternehmen aufgrund von wirtschaftlichen Notwendigkeiten nach der Pandemie.

10. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sei das Vorliegen eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses zu bejahen, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation eines Beschwerdeführers noch beeinflusst werden könne.

11. Diese Rechtsprechung habe das Bundesgericht auch bei einer Mietstreitigkeit zwischen zwei Mietparteien bestätigt und das schutzwürdige Interesse der Parteien an der Beurteilung ihrer Beschwerden trotz der Ankündigung einer Partei, die Mieträumlichkeiten zu verlassen, bejaht (vgl. Urteil des BGer 4A_653/2018 vom 4. November 2019).

12. Vorliegend könne durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens die tatsächliche und rechtliche Situation der Beschwerdeführerin ungeachtet des Vertragsrücktritts seitens Tamedia noch beeinflusst werden. Würde der Untersagungsbescheid nämlich in Rechtskraft erwachsen, hätte dies weitreichende Konsequenzen für die Beschwerdeführerin, ohne dass der Untersagungsbescheid je durch ein Gericht überprüft worden wäre. Denn die richterliche Überprüfung des Untersagungsbescheids sei für die Beschwerdeführerin sowohl für die von Ticketcorner abgeschlossenen Exklusivverträge als auch für zukünftige Zusammenschlussvorhaben von bedeutendem Interesse.

13. So würden die von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen oder neu abzuschliessenden Exklusivverträge aufgrund der durch den vorliegenden Untersagungsbescheid festgestellten "überragenden Marktstellung" von Ticketcorner nach Rechtskraft des Untersagungsbescheids ungültig werden. Dies werde auch im Ausgangsurteil festgehalten.

14. Darüber hinaus müsse die Beschwerdeführerin angesichts der Feststellungen im vorliegenden Untersagungsbescheid davon ausgehen, dass die Vorinstanz auch künftige Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin im Ticketingbereich untersagen werde. Eine neuerliche Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses durch die Vorinstanz könnte jedoch nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden. Dies belege das vorliegende Beschwerdeverfahren.

15. Damit sei die Beschwerdeführerin aufgrund des Untersagungsbescheids für potenzielle Verkäufer von Unternehmensanteilen von vornherein uninteressant. Sie käme für kein Unternehmen mehr als Käuferin in Frage. Diese Problematik akzentuiere sich, falls Starticket in Zukunft erneut zum Verkauf angeboten werden sollte. Der Untersagungsbescheid entfalte auch in dieser Hin-

sicht eine für die Beschwerdeführerin nachteilige Präjudizwirkung.

16. Aus diesem Grund habe auch der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Entscheid zum gescheiterten Zusammenschlussvorhaben zwischen dem Springer-Verlag und den Fernsehsendern ProSieben/SAT1 (vgl. Urteil des BGH KVR 30/06 vom 25. September 2007) festgehalten, dass ein vom deutschen Bundeskartellamt untersagter Zusammenschluss aufgrund bestehender wirtschaftlicher Zwänge häufig aufgegeben werden müsse, bevor es zu einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamts komme. Während das kartellamtliche Verfahren innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist abgeschlossen sein müsse, sei der Rechtsschutz gegen eine Untersagung nicht in vergleichbar kurzer Zeit zu erlangen. Werde das Zusammenschlussvorhaben aufgegeben, etwa weil der Verkäufer - wie vorliegend Tamedia - nicht bereit sei, den Ausgang des Verfahrens vor den Gerichten abzuwarten, erledige sich zwar die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens. Der Käufer könne aber gleichwohl in besonders gelagerten Fällen ein erhebliches Interesse an der Klärung der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen haben, etwa wenn er damit rechnen müsse, dass ihm im Falle zukünftiger Akquisitionen die Argumente aus der früheren Entscheidung entgegengehalten und künftige Zusammenschlussvorhaben ebenfalls untersagt würden. Der Bundesgerichtshof habe dem Springer-Verlag aus diesen Gründen ein Rechtsschutzinteresse an der richterlichen Überprüfung des gescheiterten Zusammenschlussvorhabens zugesprochen.

17. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspreche auch derjenigen des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in den Fällen Gencor, Kesko und MCI (vgl. E. 78 ff.). Danach stelle der Wegfall der vertraglichen Grundlage des Zusammenschlusses für sich allein keinen Grund dar, welcher die gerichtliche Überprüfung der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch die EU-Kommission ausschliessen könne. Dasselbe müsse demnach auch für die Schweizer Rechtsordnung gelten.

18. Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei ausnahmsweise auf das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses zu verzichten, wenn die mit der Beschwerde gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könne und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall anders kaum je möglich wäre. Der Beschwerdeführerin sei damit eventualiter zumindest ein virtuelles Rechtsschutzinteresse zuzugestehen.

19. Die Beschwerdeführerin müsse - wie dargelegt - angesichts der Feststellungen im vorliegenden Untersagungsbescheid davon ausgehen, dass die Vorinstanz auch ihre zukünftigen Zusammenschlussvorhaben im Ticketingbereich und insbesondere ein erneutes Vorhaben, Starticket zu erwerben, untersagen würde. Eine neuerliche Untersagung durch die Vorinstanz könnte jedoch - wie das vorliegende Beschwerdeverfahren aufzeige - nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden. Dies könne nicht richtig sein. Das Bundesverwaltungsgericht sei auch deshalb angehalten, den vorliegenden Unter-

sagungsbescheid nach Massgabe von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG materiell-rechtlich zu beurteilen.

20. Die Vorinstanz hat nach Rückweisung des Urteils auf eine Stellungnahme verzichtet, nachdem sie das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG bereits zu Beginn des Beschwerdeverfahrens verneint hatte.

21. Die Beschwerdelegitimation verlangt gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG, dass ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und zudem ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

22. Diese Vorschrift ist gemäss Art. 39 KG auch für Kartell(gerichts)verfahren massgebend, weil das Kartellgesetz keine abweichenden Regelungen hierzu vorsieht.

23. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sie wurde als Transaktionspartei aufgrund der Untersagung des streitigen Zusammenschlussvorhabens durch den vorliegenden Untersagungsbescheid besonders berührt.

24. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse zukommt, dass die vorinstanzliche Untersagung des streitigen Zusammenschlussvorhabens im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens materiell überprüft wird.

25. Die Beschwerdeführerin beantragt mit ergänzender Eingabe vom 20. Januar 2020 die Feststellung, dass der Untersagungsbescheid rechtswidrig sei. Sie führt diesbezüglich aus, der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit sei bereits in ihrem in der Beschwerde gestellten Antrag auf Aufhebung des Untersagungsbescheids enthalten gewesen. Sie habe den Antrag in ihrer Eingabe vom 20. Januar 2020 lediglich der guten Ordnung halber ausformuliert.

26. Feststellungsentscheide sind gegenüber Gestaltungs- oder Leistungsentscheiden subsidiär (vgl. BGE 131 I 166 E. 1.4; Seethaler/Portmann, in: Praxiskommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 36); entsprechend sind Feststellungsbegehren nur zulässig, wenn ein Gestaltungs- oder Leistungsbegehren nicht möglich ist. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einen Antrag auf Aufhebung gestellt. Sie hat deshalb kein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung der Rechtswidrigkeit. Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten.

27. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Interesse in der Regel nur dann als schutzwürdig zu qualifizieren, wenn ein Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen oder einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (vgl. BGE 140 II 214 E. 2.1; 136 II 304 E. 2.3.1; 131 II 587 E. 2.1, 4.1.1; 123 II 376 E. 2; BVGE 2014/48 E. 1.3.3.4; 2013/56 E. 1.3.2; 2012/33 E. 1.2; 2010/12 E. 2.2, 4.3; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2). Insofern muss die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang

des Verfahrens in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 140 II 214 E. 2.1; 139 II 279 E. 2.2; 135 II 172 E. 2.1; BVGE 2009/10 E. 6.2.8). Das jeweilige Interesse muss demnach im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch sein, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und durch ein Urteil auch behoben werden könnte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 131 II 361 E. 1.2; Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 2.1.2; BVGE 2013/56 E. 1.3.1; 2013/33 E. 1.4; 2013/21 E. 3.1; 2012/33 E. 1.2; 2011/47 E. 1.4.2; 2010/37 E. 2.1; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2.1).

28. Gemäss der Rechtsauffassung des Bundesgerichts im Aufhebungsurteil bestand auch nach Erlass des vorliegenden Untersagungsbescheids eine wirksame schuldrechtliche Transaktionsvereinbarung, weil die schwebende Unwirksamkeit infolge der fehlenden behördlichen Genehmigung nur das Verfügungsgeschäft, nicht aber das Verpflichtungsgeschäft beschlagent (vgl. Sachverhalt, H.c). Mithin waren die Transaktionsparteien auch weiterhin an den Transaktionsvertrag und den damit verbundenen Vertragszweck im Hinblick auf die Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens gebunden.

29. Am 20. Dezember 2020 hat Tamedia gegenüber der Beschwerdeführerin ihren Rücktritt von dem Transaktionsvertrag erklärt (vgl. Sachverhalt, D.e). Aufgrund dieser, dem Ergänzungsvertrag entsprechenden und damit wirksamen Rücktrittserklärung (vgl. Sachverhalt, D.d) ist der Transaktionsvertrag somit zu diesem Zeitpunkt unwirksam geworden. Angesichts der ausdrücklichen Vereinbarung eines unbefristeten Rücktrittsrechts sowie der Übernahme der Kosten für das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin und der Entrichtung einer Ausgleichszahlung durch die Beschwerdeführerin an Tamedia im Rahmen des nach Beschwerdeerhebung von den Parteien abgeschlossenen und von der Beschwerdeführerin eingereichten Ergänzungsvertrags sind auch keine Vorbehalte gegenüber der Wirksamkeit einer entsprechenden Rücktrittserklärung auszumachen.

30. Darüber hinaus hat Tamedia ihren 100%-igen Anteil an Starticket vollständig an die See Tickets verkauft und dies am 9. Januar 2021 auch öffentlich bekannt gegeben (vgl. Sachverhalt, D.f). Eine Einbringung dieser Beteiligung in Ticketcorner als Gegenleistung für den Erwerb eines Anteils an dieser Gesellschaft ist daher nunmehr auch aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen. Damit kann ein wesentliches Element des Transaktionsvertrags ungeachtet von dessen zwischenzeitlich eingetretener Unwirksamkeit nicht mehr umgesetzt und von Tamedia auch nicht mehr erfüllt werden.

31. Somit liegt ein Transaktionsabbruch vor, d.h. eine Sachverhaltskonstellation, bei dem das Zusammenschlussvorhaben nach Erlass einer Untersagungsverfügung zumindest von einer Transaktionspartei nicht weiterverfolgt wird. Denn Tamedia als Transaktionspartei hat mit dem Verkauf der Anteile an dem Transaktionsobjekt unzweifelhaft deutlich gemacht, dass sie kein Interesse mehr an einer weiteren Durchführung des Zusammenschlussvorhabens hat. Eine Durchführung des Zusammenschlussvorhabens ist daher sowohl rechtlich als auch tatsächlich endgültig ausgeschlossen.

32. Demnach könnte auch ein positiver inhaltlicher Beschwerdeentscheid zu Gunsten der Beschwerdeführerin keine Änderung dieser Sach- und Rechtslage herbeiführen, weshalb ein solcher auch keinen praktischen Nutzen mehr für diese hätte. In diesem Sinne führt der Aufhebungsentscheid aus, ein aktuelles und praktisches Interesse an einer Neubeurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert sei (vgl. Urteil des BGer 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019 E. 4.3 f. und 5.4 i.f.).

33. Damit ist die Frage zu beantworten, ob eine materiell-rechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und eine sich daraus ergebende Gutheissung der Beschwerde zu einer Änderung des jetzt bestehenden rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin und damit zu einer Nachteilsvermeidung für die Beschwerdeführerin - wie von ihr geltend gemacht (vgl. E. 10 ff.) - führen würde. Eine Nachteilsvermeidung könnte sich dabei aus mehreren Gründen ergeben.

34. Inhaltlich kann der Untersagungsbescheid infolge der Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags und des anderweitigen Verkaufs eines Transaktionsobjekts keine Rechtswirkung mehr entfalten, weil der Gegenstand der Untersuchung unmöglich geworden und die Untersagung nach Ziff. 1 des Dispositivs des Untersagungsbescheids demnach ihres Gehalts entleert ist. Es bedarf daher keiner Aufhebung des Untersagungsbescheids mehr, um die Rechtswirkung der Untersagung zu unterbinden. Demzufolge erübrigt sich von vornherein auch eine materiell-rechtliche Prüfung der Rechtslage.

35. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 11), dass das Rechtsschutzinteresse aufgrund einer entsprechenden Anwendung eines Bundesgerichtsentscheids in einem mietrechtlichen Verfahren (vgl. Urteil des BGer 4A_653/2018 vom 14. November 2019 E. 4.2, wonach die Ankündigung einer Mieterin, das Mietobjekt zu verlassen, nicht zu einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses von Vermieterin und Mieterin führe) bejaht werden müsse, vermag diese Beurteilung nicht zu ändern. Denn ein parteiautonom abgeschlossenes und tatsächlich umgesetztes Mietverhältnis mit dem Erfordernis einer Rückgabe der Mietsache und in casu einer Verlängerungsoption lässt sich sowohl hinsichtlich der Ausgangslage als auch in Bezug auf die damit einhergehenden Ansprüche der Vertragsparteien - bis hin zu einem Schadenersatzanspruch wegen einer rechtswidrigen Kündigung des Mietverhältnisses - nicht mit der behördlichen Untersagung einer Transaktionsvereinbarung für einen genehmigungspflichtigen Unternehmenszusammenschluss vergleichen, dessen vertragliche Leistungspflichten erst nach der Genehmigung des Zusammenschlusses tatsächlich umgesetzt werden dürfen.

36. Die Beschwerdeführerin trägt diesbezüglich auch in keiner Weise vor, welche inhaltlichen Rechtswirkungen sich aus einem materiellen Beschwerdeentscheid trotz der Unmöglichkeit einer tatsächlichen Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens ergeben sollten.

37. Die Kostenentscheidung in Ziff. 2 des Dispositivs des vorliegenden Untersagungsbescheids weist ebenfalls keine Rechtswirkung auf, die bei einer Gutheissung der

Beschwerde im vorliegenden Verfahren eine Abänderung erfährt.

38. Die Vorinstanz hat für das vorinstanzliche Verfahren Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 160'000.- erhoben, die den Transaktionsparteien zu gleichen Teilen auferlegt wurden. Diese Kosten setzen sich gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG aus einer Pauschalgebühr in der Höhe von CHF 5'000.- und einer nach Zeitaufwand berechneten Gebühr gemäss Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG in der Höhe von CHF 155'000.- zusammen. Diese Kostenentscheidung wurde von der Beschwerdeführerin inhaltlich nicht in Frage gestellt, weshalb es hierzu keiner Entscheidung bedarf.

39. Darüber hinaus erfasst die Gebührenpflicht die meldenden Unternehmen aufgrund des auch in kartellrechtlichen Verfahren gemäss Art. 2 GebV-KG geltenden Verursacherprinzips. Die Gebühr fällt deshalb unabhängig vom Verfahrensausgang an. Sie ist demnach auch dann geschuldet, wenn die Vorinstanz ein Zusammenschlussvorhaben genehmigt. Dementsprechend sieht die Gebührenverordnung hierfür auch keinen Gebührenerlass vor (vgl. Ritschard/Spühler, in: Dike-Kommentar KG, 2018, Art. 32 N. 105; Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 53a N. 13).

40. Auch eine Gutheissung der Beschwerde würde demzufolge nicht zu einer Aufhebung der Kostenentscheidung des Untersagungsbescheids führen.

41. Dem Untersagungsbescheid kommt für zukünftige Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin auch keine Bedeutung im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG zu. Danach entsteht eine selbständige Meldepflicht für ein an einem Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen, wenn in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wird, dass dieses eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hat. Entscheidend ist demzufolge, ob das Dispositiv, d.h. die Entscheidformel, eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig feststellt. Dies vor dem Hintergrund, dass einzig das Dispositiv, nicht aber die Sachverhaltsfeststellungen oder die rechtlichen Erwägungen der Entscheidung der Rechtskraft unterliegen (vgl. BGE 140 I 114 E. 2.4.2; BGE 121 III 474 E. 4a).

42. Die Vorinstanz hat jedoch im Dispositiv des Untersagungsbescheids keine Feststellungen über eine allfällige marktbeherrschende Stellung eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen getroffen. Weitere Erwägungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Feststellungen im Dispositiv (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2, Terminierung Mobilfunk) erübrigen sich deshalb.

43. Der Untersagungsbescheid führt bei der Prüfung einer Marktbeherrschung zwar aus, dass Ticketcorner gegenüber seinen Konkurrenten über eine überragende Stellung am Markt verfüge, die insbesondere durch eine Vielzahl von vertraglichen Exklusivitäten mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern und Verkaufsstätten noch verstärkt werde (vgl. Verfügung, Rz. 275). Deshalb bestünden starke Indizien, dass Ticketcorner sich auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilneh-

mern verhalten könne und damit marktbeherrschend sei. Dennoch wird abschliessend gerade keine eindeutige Bewertung vorgenommen, sondern alternativ auf eine Verstärkung oder eine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung abgestellt (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), je nachdem ob bereits eine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner angenommen wird oder nicht (vgl. Verfügung, Rz. 384).

44. Der vorliegende Untersagungsbescheid nimmt demzufolge keine eindeutige Feststellung einer bereits vor Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner vor. Der vorliegende Untersagungsbescheid bildet somit keine ausreichende rechtliche Grundlage für die Entstehung einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

45. Demzufolge kann der vorliegende Untersagungsbescheid für die Entstehung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG keine Bedeutung erlangen, weshalb durch ihn für die Beschwerdeführerin auch kein entsprechender Nachteil entstehen kann.

46. Es stellt sich jedoch die Frage, ob besondere Sachverhaltskonstellationen vorliegen, die von der Beschwerdeführerin mit ihrem Verweis auf Entscheidungen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union (EU) ausdrücklich hervorgehoben werden und die ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin allenfalls hätten begründen können.

47. Im vorliegenden Fall liegt jedenfalls keine Vorkaufskonstellation wie im Verfahren Gencor (EuG, T-102/9, EU:T:1999:65, Gencor) vor, bei der einer Transaktionspartei aus sonstigen Gründen ein Vorkaufsrecht bei einem anderweitigen Verkauf von Anteilen des Transaktionsobjekts zustehen würde und die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens zugleich eine rechtswirksame Ausübung dieses Vorkaufsrecht in der Zukunft verunmöglichen würde. Denn der Beschwerdeführerin steht weder direkt noch indirekt ein Vorkaufsrecht bei einem anderweitigen Verkauf von Anteilen an Starticket zu, weshalb sie durch den Untersagungsbescheid auch nicht an einer wirksamen Ausübung dieses Rechts in der Zukunft gehindert werden könnte.

48. Es liegt auch keine Entflechtungskonstellation wie im Verfahren Kesko (vgl. EuG, T-22/97, EU:T:1999:327, Kesko) vor, bei der die Untersagungsverfügung (auch) eine Anordnung zur Veräusserung des Transaktionsobjekts und eine dadurch bedingte Rückgängigmachung des vorgängig bereits umgesetzten Zusammenschlussvorhabens begründete und dem die Transaktionsparteien in der Folge möglicherweise unnötigerweise nachgekommen wären, soweit sich die Untersagungsverfügung nachträglich als rechtsfehlerhaft erweisen sollte. Denn der Untersagungsbescheid sieht keine Anordnung zur Veräusserung eines Transaktionsobjekts oder eine sonstige Auflage vor, die von der Beschwerdeführerin unnötigerweise hätte umgesetzt werden können, falls der Untersagungsbescheid nachträglich als rechtswidrig qualifiziert worden wäre.

49. Es liegt ebenso wenig eine Rückzugskonstellation wie im Verfahren MCI (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, MCI) vor, bei der die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens von den Transaktionspar-

teien bereits vor Erlass der Untersagungsverfügung rechtswirksam zurückgezogen worden war, weshalb eine Untersagung einschliesslich der sie tragenden Feststellungen von der zuständigen Behörde gar nicht mehr hätte ausgesprochen werden dürfen.

50. Anderweitige besondere Sachverhaltskonstellationen sind ebenfalls nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Demnach liegen auch keine besonderen Sachverhaltskonstellationen vor, die zu einer anderen Beurteilung des rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin hätten führen können.

51. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 13) zutreffend ist, wonach die bereits abgeschlossenen sowie neu abzuschliessende Exklusivitätsklauseln aufgrund der im Untersagungsbescheid festgestellten überragenden Markstellung von Ticketcorner nach dessen Rechtskraft ungültig werden.

52. Die Verträge von Ticketcorner mit Veranstaltungs- und Verkaufsstätten sowie Veranstaltern weisen besondere Exklusivitätsklauseln auf (vgl. Verfügung, Rz. 282 ff., 302 ff., 308 ff.). So bestehen zwischen den Betreibern des Hallenstadions Zürich und der (früheren: Samsung-) Hall in Dübendorf als Veranstaltungsstätten besondere Regelungen, die Ticketcorner eine Exklusivität für den Ticketvertrieb bei Veranstaltungen in diesen Lokalisationen zusichern (vgl. Verfügung, Rz. 282).

53. Es ist für die Rechtswirksamkeit der von der Beschwerdeführerin verwendeten Exklusivitätsklauseln jedoch unerheblich, ob die Vorinstanz das streitige Zusammenschlussvorhaben untersagt oder genehmigt und ob sie dabei eine Feststellung zur Marktbeherrschung von Ticketcorner getroffen hat oder nicht.

54. Dem vorliegenden Untersagungsbescheid kommt demnach keine relevante Bedeutung im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der von Ticketcorner vereinbarten Exklusivitätsklauseln zu. Sobald Ticketcorner aber eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt - wie zum Beispiel demjenigen der Fremdvertriebsdienstleistungen - innehat, kann die Verwendung der jeweiligen Exklusivitätsklausel - soweit sie denn auch wegen einer fehlenden Rechtfertigung zu einer Behinderung oder Ausbeutung anderer Marktteilnehmer führt - einen Marktmachtmissbrauch gemäss Art. 7 KG darstellen. Zudem ergibt sich daraus auch die Möglichkeit einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

55. Selbst wenn die Behauptung der Beschwerdeführerin zutreffend wäre, käme ihrem Vorbringen dennoch keine Bedeutung zu, weil der vorliegende Untersagungsbescheid, wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 41 ff.), gerade keine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner vorgenommen hat.

56. Darüber hinaus sind keine anderweitigen Gründe ersichtlich, die Einfluss auf den rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin nehmen könnten. Mit Ausnahme der Geltendmachung eines virtuellen Rechtsschutzinteresses (vgl. E. 72 ff.) und einer Übernahme der Anforderungen des EU-Wettbewerbsrechts an die Zulässigkeit eines Rechtsmittels (vgl. E. 81 ff.)

trägt die Beschwerdeführerin auch keine entsprechenden Gründe vor.

57. Zusammenfassend ist daher im Lichte der allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung festzustellen, dass das von der Beschwerdeführerin ursprünglich verfolgte Anliegen in Form einer Genehmigung und Durchführung des streitigen Zusammenschlussvorhabens mit der vorliegenden Beschwerde nicht mehr erreicht werden kann. Auch die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin kann durch den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht mehr in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden. Die Beschwerdeführerin kann demnach aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des vorliegenden Untersagungsbescheids weder einen praktischen Nutzen ziehen noch einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden, den der vorliegende Untersagungsbescheid mit sich gebracht hat. Das Interesse der Beschwerdeführerin ist folglich weder als aktuell noch praktisch und somit auch nicht als schutzwürdig zu qualifizieren. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist demnach aufgrund des Fehlens eines schutzwürdigen Interesses nicht gegeben.

58. Gemäss ständiger Rechtsprechung kann ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen und fortdauernden praktischen Interesses verzichtet werden, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 146 II 335 E. 1zu.3; 142 I 135 E. 1.3.1; 140 III 92 E. 1.1; 139 I 206 E. 1.1; 136 III 497 E. 1.1).

59. Eine solche Konstellation liegt im vorliegenden Fall nicht vor, zumal die Verweigerung der Genehmigung eines Zusammenschlusses durch die Wettbewerbskommission nach der geltenden Verfahrensordnung gerichtlich überprüfbar ist. Dass - wie vorliegend - eine Überprüfung aufgrund von Umständen, die von einer der Parteien des Zusammenschlusses zu vertreten sind, nicht (mehr) möglich ist, vermag kein Rechtsschutzinteresse der anderen Partei zu begründen.

60. Jedes Zusammenschlussvorhaben hat eine einzigartige Transaktion zwischen bestimmten Transaktionsparteien über Transaktionsobjekte mit einem spezifischen Transaktionsinhalt unter den zu beachtenden massgeblichen Gegebenheiten auf den relevanten Märkten zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt zum Gegenstand. Bei dieser Ausgangslage erlangt eine Zusammenschlussverfügung der Wettbewerbskommission auch keine relevante Bedeutung über das beurteilte Zusammenschlussvorhaben hinaus.

61. Auch das streitige Zusammenschlussvorhaben stellt eine einmalige Transaktion dar: Sie erfasst - wie aufgezeigt - Tamedia und die Beschwerdeführerin als Transaktionsparteien sowie Starticket und Ticketcorner als Transaktionsobjekten. Zudem hat sie eine konkrete Beteiligungsstruktur im Rahmen einer Kapitalerhöhung und der Einbringung von Gesellschaftsanteilen zum Gegenstand. Schliesslich erfolgt sie im Kontext der Gegebenheiten auf den relevanten Märkten im Jahre 2016/2017. Diese Transaktion kann daher in der Zukunft unzweifelhaft nicht nochmals vorgenommen werden.

62. Die Annahme, dass das streitige Zusammenschlussvorhaben in der Zukunft nochmals vorgenommen würde, nachdem Tamedia wieder alle Anteile an Starticket von See Ticket oder einem Dritten erworben hat, um diese im Gegenzug für eine Beteiligung mit einem Anteil von 25% an Ticketcorner im Rahmen einer Kapitalerhöhung in diese einzubringen, stellt eine rein theoretische Möglichkeit dar, die keiner realistischen Lebens- und Geschäftswirklichkeit entspricht. Darüber hinaus wären die massgeblichen Gegebenheiten auf den relevanten Märkten in der Zukunft nicht identisch mit denjenigen in den Jahren 2016 und 2017.

63. Ein in der Zukunft möglicherweise erfolgreicher Erwerb von Anteilen an Starticket durch die Beschwerdeführerin von See Ticket oder einem Dritten als Verkäufer dieser Anteile wäre eine Transaktion, die sowohl hinsichtlich der Transaktionsstruktur als auch der dann massgeblichen Marktverhältnisse keinen Bezug zum streitigen Zusammenschlussvorhaben aufweisen würde und daher nicht mit ihm vergleichbar wäre.

64. Die vorliegende Rechtsfrage der Zulässigkeit des streitigen Unternehmenszusammenschlusses kann sich demnach entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 12 ff.) nicht in gleicher oder vergleichbarer Weise in Zukunft wieder stellen. Die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens könnte vielmehr erneut gerichtlich überprüft werden.

65. Von den Feststellungen des vorliegenden Untersagungsbescheids geht auch keine inhaltliche Bindungswirkung für künftige Zusammenschlussverfahren aus. Denn die Feststellung des Eintritts oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für den intendierten Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 10 Abs. 2 KG erfolgt ausschliesslich im Hinblick auf eine Umsetzung des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens.

66. Die Feststellungen aus vorherigen Kartellverfahren erlangen mangels einer gesetzlichen Regelung entsprechend Art. 9 Abs. 4 KG zur Meldepflicht nicht automatisch und ohne Prüfung eine Rechtsverbindlichkeit im Rahmen eines neuen Zusammenschlusskontroll- oder Missbrauchsverfahrens (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, Terminierung Mobilfunk; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 412, 413, 264, SIX-DCC für Untersuchungen zur Marktabgrenzung). Denn die Feststellung einer Marktbeherrschung stellt nur - aber immerhin - eine Momentaufnahme der tatsächlich herrschenden Wettbewerbsverhältnisse mit einer Zukunftsprognose dar, die ihre originäre Rechtswirkung nur im Zeitpunkt der jeweiligen Verfügung entfaltet. Die Feststellung der Marktbeherrschung kann daher grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Deshalb ist es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der dann vorliegenden Marktverhältnisse eine Marktbeherrschung anzunehmen (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, Terminierung Mobilfunk; Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 385, Swisscom-ADSL II; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 413, SIX-DCC). Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Zusammenschlusskontroll- oder Missbrauchsverfahren erneut beurteilt und festgestellt werden.

67. Demzufolge bilden die Feststellungen eines früheren Verfahrens nur den Ausgangspunkt für eine jeweils neu vorzunehmende Betrachtung. Im Rahmen dieser neuen Betrachtung ist eine Abklärung vorzunehmen, ob und inwieweit die Feststellungen eines früheren Verfahrens noch aktuell sind und bejahendenfalls Verwendung finden können (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, Terminierung Mobilfunk; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 296 ff., SIX-DCC für Untersuchungen zur Marktabgrenzung). Hierbei sind insbesondere beachtenswerte Abweichungen des Sachverhalts, zwischenzeitlich veränderte tatsächliche Umstände oder neue entscheidungsrelevante Überlegungen zu einzelnen Aspekten einer Neubeurteilung der Marktabgrenzung oder der Marktstellung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 260, SIX-DCC, für Untersuchungen zur Marktabgrenzung).

68. Dementsprechend sind die Feststellungen einer Marktuntersuchung in einer zukünftigen Verfügung auch einer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz zugänglich, unabhängig davon, ob sie mittels einer neuen vollständigen Marktuntersuchung oder unter Rückgriff auf bereits bestehende Marktuntersuchungen gewonnen wurden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 264, SIX-DCC, für Untersuchungen zur Marktabgrenzung).

69. Der vorliegende Untersagungsbescheid basiert auf den damals vorherrschenden Marktverhältnissen und der zu diesem Zeitpunkt damit verbundenen Zukunftsprognose. Er betrifft deshalb keine künftigen Zusammenschlussvorhaben und kann sich nicht nachteilig für zukünftige Transaktionsparteien auswirken.

70. An dieser Einschätzung vermag auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs (vgl. E. 16), wonach bei einem Transaktionsabbruch ein Käufer ein erhebliches Interesse an der Klärung der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen haben könne, wenn er damit rechnen müsse, dass ihm im Falle zukünftiger Akquisitionen die Argumente aus der früheren Entscheidung entgegengehalten und zukünftige Zusammenschlussvorhaben ebenfalls untersagt würden, keine Änderung herbeiführen. Denn dieses Urteil stellt ebenfalls - wie von der Beschwerdeführerin selbst auch vorgetragen - ausdrücklich darauf ab, dass bei einem Transaktionsabbruch nicht ohne Weiteres, sondern nur "in besonders gelagerten Fällen" ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung eines Unternehmenszusammenschlusses bestehen kann. Demzufolge entspricht die sich aus dem BGH-Entscheid zum Rechtsschutzinteresse ergebende Rechtslage in Deutschland dem Rechtszustand zu Art. 48 VwVG.

71. Wie ebenfalls bereits dargelegt (vgl. E. 50 ff.), sind bei der vorliegend zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation keine solchen besonderen Umstände zu berücksichtigen.

72. Es liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch keine Sachverhaltskonstellation im Sinne der Rechtsprechungspraxis vor, bei der eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der in Frage stehenden Verfügung der Wettbewerbsbehörden in der Regel aus-

geschlossen wird. Die Untersagung eines weiteren Zusammenschlussvorhabens durch die Wettbewerbskommission kann ohne Weiteres mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, um eine Aufhebung dieses Rechtsakts wegen Rechtswidrigkeit zu erreichen. Eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens ist daher im Einzelfall ohne Weiteres möglich.

73. Eine Beeinträchtigung dieser Möglichkeit zur rechtzeitigen gerichtlichen Überprüfung bei einem Abbruch der Transaktion ergibt sich ausschliesslich aufgrund eines eigenen, selbst zu verantwortenden Verhaltens der Transaktionsparteien. Denn gerade bei einem Transaktionsabbruch beruht die fehlende Möglichkeit zur rechtzeitigen gerichtlichen Überprüfung ausschliesslich auf einer eigenverantwortlich getroffenen Entscheidung zumindest einer der beteiligten Transaktionsparteien, das Zusammenschlussvorhaben zu beenden.

74. Die konkreten Gründe für den Abbruch des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens sind für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses einer Transaktionspartei unerheblich. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 14), wonach eine neuerliche Untersagung eines zukünftigen Zusammenschlussvorhabens nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden könnte, ist daher unzutreffend.

75. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 15), wonach sich aufgrund des vorliegenden Untersagungsbescheids mit der Feststellung einer besonderen Markstellung eine nachteilige Präjudizwirkung zu Lasten der Ticketcorner-Gruppe ergebe, weil diese als Erwerberin von Unternehmensanteilen für potenzielle Verkäufer aufgrund der vorgenommenen konkreten behördlichen Feststellungen uninteressant sei und sie daher von vornherein nicht mehr als Käuferin in Frage käme, steht zum einen im Widerspruch zu einem anderen Vorbringen der Beschwerdeführerin und ist zum anderen sachlich unzutreffend.

76. Die Behauptung der Beschwerdeführerin steht zunächst im Widerspruch zu ihrem eigenen Vortrag (vgl. E. 9), wonach der relevante Markt der Fremdvertriebsdienstleistungen im Ticketing nach der Covid 19-Pandemie völlig neu gestaltet worden sei. Wenn diese Aussage zutrifft, kann bei den bestehenden oder potentiellen Marktteilnehmern die Einschätzung, dass den Feststellungen im Untersagungsbescheid aus dem Jahr 2017 auch heute noch eine relevante Bedeutung zukommt, nicht bestehen. Deshalb könnte sich auch keine negative Präjudizwirkung zu Lasten der Ticketcorner-Gruppe ergeben. Bereits aufgrund dieser Widersprüchlichkeit sind die beiden Vorbringen als unbehelflich zu qualifizieren.

77. Ungeachtet dessen ist das Vorbringen auch in der Sache verfehlt. Angesichts der geringen Anzahl an Konkurrenten auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen waren die Marktverhältnisse für alle Marktteilnehmer überschaubar. Aufgrund ihrer umfangreichen geschäftlichen Aktivitäten war Ticketcorner dabei für alle Marktteilnehmer besonders gut erkenn- und einschätzbar.

78. Darüber hinaus hat sich Ticketcorner selbst ihrer besonderen Stellung im Markt gerühmt. So verweist sie auf Marktstudien von Dritten, wonach (i) Ticketcorner die stärkste digitale Retail-Marke sei und (ii) noch vor internationalen Branchenriesen Platz 4 der meist genutzten Onlineshops in der Schweiz einnehme (vgl. Verfügung, Rz. 276 f.). Sie hat demzufolge gegenüber der Öffentlichkeit ihre Position auf dem relevanten Markt selbst als besonders bedeutsam eingeschätzt und hervorgehoben. Demzufolge kann die besondere Markstellung von Ticketcorner den anderen Marktteilnehmern offensichtlich nicht verborgen geblieben sein.

79. Allfällige Schwierigkeiten, als Erwerber von Unternehmensanteilen gegenüber potenziellen Verkäufern auftreten zu können, beruhen daher im Wesentlichen auf den geschäftlichen Aktivitäten der Ticketcorner-Gruppe und ihrer eigenen Vermarktung gegenüber den Marktteilnehmern auf den betroffenen Märkten und nicht auf den Erwägungen des Untersagungsbescheids.

80. Da eine Untersagungsverfügung eine rechtliche Überprüfung von zukünftigen Unternehmenszusammenschlüssen weder rechtlich noch faktisch ausschliesst, kommt der Beschwerdeführerin auch insoweit kein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung des vorliegenden Untersagungsbescheids zu.

81. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 17 f.), wonach sich das Rechtsschutzinteresse aus einer entsprechenden Anwendung der Wettbewerbspraxis der EU ergebe, zielt auf eine Übernahme des EU-Rechts hinsichtlich der Zulässigkeitsanforderungen für ein Rechtsmittel zur Beurteilung der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG ab. Das Verfahrensrecht der EU und die dazu ergangene Praxis der EU-Gerichte sind jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar. Es fehlen auf EU-Recht verweisende Bestimmungen des KG oder des VwVG (vgl. BGE 143 II 297 E. 6.2.3, 6.4.4, Gaba) sowie Hinweise in den Materialien, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln in gleicher Weise wie im EU-Recht ausgestaltet und angewendet haben wollte. Die entsprechenden Vorbringen gehen deshalb ins Leere.

82. Eine solche Übernahme ist auch sachlich nicht geboten. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) kommt einem Rechtsmittelführer nur dann ein Rechtsschutzinteresse zu, wenn ihm das Rechtsmittel im Ergebnis einen Vorteil verschaffen kann (vgl. EuGH, C-501/06 P, EU:C:2009:610, Rz. 23, GlaxoSmith Kline; EuGH, C-50/00 P, EU:C:2002:462, Rz. 21, Union de Pequeños Agricultores; EuGH, C-174/99 P, EU:C:2000:412, Rz. 33, Richard). Ein Interesse an der Nichtigerklärung einer angefochtenen Entscheidung sei daher nur dann vorhanden, wenn die Nichtigerklärung der Entscheidung selbst Rechtswirkungen erzeugen könne (vgl. EuGH, 53/85, EU:C:1986:256, Rz. 16 f., Akzo Chemie). Dabei handle es sich um eine unverzichtbare Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (vgl. EuGH, 108/86, EU:C:1987:426, Rz. 16, Grégoire-Foulon; EuG, T-45/91, EU:T:1993:11, Rz. 22, McAvoy).

83. Diese Voraussetzungen der Vorteilserlangung und der notwendigen Rechtswirkung werden denn auch ausdrücklich in den von der Beschwerdeführerin zitierten Urteilen in den Verfahren Gencor (vgl. EuG, T-102/9, EU:T:1999:65, Rz. 40) und MCI (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, Rz. 44 f.) aufgeführt.

84. Für den hier massgeblichen Sachverhalt wurde dargelegt, dass der vorliegende Untersagungsbescheid keine Rechtswirkungen hat und der Beschwerdeführerin somit aus der Gutheissung des Rechtsmittels kein Vorteil zukommen kann. Demzufolge entspricht die Feststellung eines fehlenden Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin inhaltlich der Rechtsprechung der EU-Gerichte zum Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels an die EU-Gerichte.

85. An dieser Einschätzung vermag auch die zitierte Rechtsprechung des EuG im Wettbewerbsrecht zu den besonderen Fällen der Vorkaufsrechtskonstellation, der Entflechtungskonstellation und der Rücknahmekonstellation nichts zu ändern. Denn bei diesen Sachverhaltskonstellationen würden auch die im Rahmen von Art. 48 VwVG anwendbaren Auslegungsgrundsätze zu einer Anerkennung des Rechtsschutzinteresses einer Transaktionspartei führen, soweit deren rechtlicher und tatsächlicher Status durch eine Untersagungsverfügung jeweils nachteilig tangiert würde (vgl. E. 27 ff.).

86. Dieser EU-Rechtsprechung lässt sich zudem lediglich entnehmen, dass der Verzicht einer Transaktionspartei auf die Weiterverfolgung des intendierten Zusammenschlussvorhabens nicht das allein massgebliche Kriterium für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses darstellt. Damit wird allerdings nur ausgeschlossen, dass nicht allein wegen eines Verzichts auf eine weitere Verfolgung des Zusammenschlussvorhabens das Rechtsschutzinteresse ohne eine weitere Abklärung des Vorliegens einer anderweitigen Statusveränderung verneint werden kann. Eine entsprechende Aussage ergibt sich implizit aber auch bereits aus dem massgeblichen allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln im EU-Recht.

87. Die Rechtsprechung des EuG bringt damit für die jeweils vorliegende, besondere Sachverhaltskonstellation zum Ausdruck, dass für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses nicht allein auf den Wegfall der Vertragsgrundlage abzustellen sei, sondern die übrigen Umstände ebenfalls berücksichtigt werden müssen.

88. Dementsprechend hält das EuG im Verfahren MCI denn auch ausdrücklich fest, dass der Transaktionsabbruch "daher hier für sich allein" eine Kontrolle des Kommissionsentscheids nicht ausschliesse (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, Rz. 49).

89. Demnach ist davon auszugehen, dass auch nach der EU-Wettbewerbspraxis bei einem Transaktionsabbruch das Rechtsschutzinteresse eines Beschwerdeführers an einer materiell-rechtlichen Überprüfung der Untersagungsverfügung regelmässig entfällt, soweit diese nicht aufgrund von besonderen Umständen auf den rechtlichen oder tatsächlichen Status des Beschwerdeführers nachteilig einwirkt.

90. Bei einer verständigen Würdigung unterscheidet sich die Rechtsprechung der EU-Wettbewerbsgerichte zum Rechtsschutzinteresse eines Rechtsmittelführers - soweit hier von Belang - im Ergebnis somit nicht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG.

II. ERGEBNIS

91. Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf Seiten der Beschwerdeführerin kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist somit nicht beschwerdelegitimiert. Mangels Beschwerdelegitimation ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

92. Dieses Ergebnis wird nicht dadurch tangiert, dass das Bundesgericht mit dem Aufhebungsurteil die Beschwerde der Beschwerdeführerin gutgeheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen hat (vgl. Sachverhalt, H.c). Denn das Bundesgericht hat in seinem Aufhebungsurteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen erneuten Nichteintretensentscheid vornehmen könne, soweit sich dieser auf veränderte Tatsachen stütze (vgl. Sachverhalt, H.c).

93. Tamedia hat am 20. Dezember 2020 gegenüber der Beschwerdeführerin ihren Rücktritt von der Transaktionsvereinbarung erklärt und am 9. Januar 2021 öffentlich mitgeteilt, dass die Anteile an Starticket an eine ausländische Gesellschaft veräussert worden seien. Beide Vorgänge stellen neue Tatsachen dar, welche zum Zeitpunkt des Aufhebungsurteils noch nicht bekannt waren und daher in dessen Rahmen auch nicht berücksichtigt werden konnten. Der Erlass eines erneuten Nichteintretensentscheids wegen dieser Vorgänge steht daher in Einklang mit dem Aufhebungsurteil des Bundesgerichts.

94. Darüber hinaus hat das Bundesgericht in seinem Aufhebungsurteil ausdrücklich festgestellt, dass die Beschwerdelegitimation dann entfalle, wenn feststehe, dass eine Partei nicht mehr am Zusammenschluss interessiert sei (vgl. Sachverhalt, H.c). Das fehlende Interesse von Tamedia als eine Zusammenschlusspartei am streitigen Zusammenschlussvorhaben manifestiert sich unzweifelhaft im Verkauf von Starticket.

95. Schliesslich wird das Ergebnis auch nicht dadurch tangiert, dass die Beschwerdeführerin sowohl gegen den vorsitzenden Richter (vgl. Sachverhalt, I.g) als auch gegen den Gerichtsschreiber Ralf Straub (vgl. Sachverhalt, I.k) aus unterschiedlichen Gründen jeweils ein Ausstandsbegehren gestellt hat. Die beiden Ausstandsbegehren wurden - wie erwähnt - vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen (vgl. Sachverhalt, I.h und Sachverhalt, I.n). Unabhängig davon ist zwischenzeitlich ein anderer Gerichtsschreiber mit dem Fall befasst.

96. Das von der Beschwerdeführerin gestellte Sistierungsbegehren (vgl. Sachverhalt, I.o) ist gegenstandslos, weil das Urteil unter Mitwirkung eines anderen Gerichtsschreibers anstelle von Ralf Straub, gegen den ein Ausstandsbegehren gerichtet ist, erlassen wird.

III. VERFAHRENSKOSTEN

97. Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, richtet sich nach Art. 63 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

98. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben sind die Verfahrenskosten vorliegend auf CHF 35'000.- festzusetzen.

99. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin die unterliegende Partei. Folglich hat sie die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 35'000.- zu leisten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

100. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens ist gegenstandslos.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 35'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils wird der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe zur Bezahlung der Kosten verwendet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 5. März 2024 - Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung - Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Juni 2021

Urteil 2C_698/2021 vom 5. März 2024 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Verfahrensbeteiligte 1. Swisscom AG, 2. Swisscom (Schweiz) AG, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen, gegen Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung - Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Juni 2021 (B-8386/2015).

Sachverhalt:
A.

A.a. Die Schweizerische Post (die Post) betreibt zahlreiche Standorte in der Schweiz, welche durch ein Netzwerk, ein sogenanntes Wide Area Network (WAN), miteinander verbunden sind. Da der Dienstleistungsvertrag mit dem bisherigen Provider Ende 2009 auslief, schrieb die Post gemäss SHAB-Mitteilung (Nr. 126/76) vom 21. April 2008 die Einrichtung und den Betrieb eines WAN ab 2010 für vier Jahre (2010 - 2013) öffentlich im selektiven Verfahren aus, und zwar aufgeteilt in zwei Lose:

"Los 1: WAN-Anbindung von ca. 500 Poststandorten (Agglomerationsstandorte) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 1 Gbps, symmetrisch, Service- und Supportzeit 7x24h; Technologie MPLS mit QoS; [...]"

Los 2: WAN-Anbindung von ca. 1'800 Poststandorten (Filialnetz) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 4 Mbps, symmetrisch, Servicezeit 7x24h, Supportzeit 6x11h, Technologie mit QoS, [...].

Angebote sind möglich für alle Lose."

Um ein materielles Angebot einreichen zu können, mussten die Antragsteller bzw. (potentiellen) Anbieter sämtliche Eignungskriterien erfüllen (Ziff. 4.5 Ausschreibung), nämlich gemäss Ziff. 3.7 Ausschreibung die Folgenden:

- "EK1: Referenzprojekte (Erfahrungen des Antragstellers)
- EK2: Leistungsfähigkeit
- EK3: Fachliche Anforderungen
- EK4: Personalkapazität und übrige Ressourcen für das Projekt
- EK5: Firmenprofil und -organisation
- EK6: Liefertermingarantie
- EK7: Innovation."

Gemäss Ziff. 4.3 Ausschreibung blieben Verhandlungen vorbehalten. Die Ausschreibungsunterlagen (Anhang

Vertragsentwurf) sahen zudem vor, dass die Post über die Option verfügte, den abgeschlossenen Vertrag um ein Jahr zu verlängern.

A.b. Im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens qualifizierten sich drei Antragstellerinnen, nämlich die Sunrise Communications AG (Sunrise), die Cablecom GmbH (Cablecom oder Upc Cablecom) und die Swisscom AG. Demnach konnten diese drei Unternehmen insbesondere Referenzprojekte bezüglich realisierter WAN vorlegen und erfüllten die Voraussetzungen hinsichtlich Leistungsfähigkeit und fachlicher Anforderungen (vgl. Bst. A.a oben). Sie reichten in der Folge jeweils ein materielles Angebot ein. Nachdem die Post mit der Swisscom AG, und wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG), auch mit Sunrise und Upc Cablecom Verhandlungen geführt hatte, erteilte sie der Swisscom AG am 14. Januar 2009 den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 20'462'272.--. Der Vertrag mit der Swisscom AG wurde am 6. März 2009 abgeschlossen. Gegen Ende der regulären Laufzeit übte die Post ihre vorgenannte Option aus und verlängerte den Vertrag mit der Swisscom AG um ein Jahr (2014).

B.

B.a. Weder die Ausschreibungsbedingungen noch der Zuschlag wurden angefochten. Jedoch reichte Sunrise als unterlegene Konkurrentin am 30. April 2009 bei der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige gegen die Swisscom AG wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens ein. Nach Vorabklärungen eröffnete das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) am 18. Juli 2013 eine kartellrechtliche Untersuchung gegen die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG. Gemäss Verfügung vom 21. September 2015 kam die WEKO zum Schluss, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG wegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Erzwingung unangemessener Preise und Kosten-Preis-Schere) gegen das Kartellgesetz verstossen hätten. Sie belastete die genannten Gesellschaften (gemäss Dispositiv) gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von Fr. 7'916'438.-- und Verfahrenskosten von Fr. 200'836.--.

B.b. Eine dagegen gerichtete Beschwerde vom 24. Dezember 2015 wurde gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2021 teilweise gutgeheissen, indem die gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ausgesprochene Sanktion leicht reduziert bzw. neu auf den Betrag von Fr. 7'475'261.05 festgesetzt wurde. Im Wesentlichen

wurde die Beschwerde jedoch abgewiesen, mithin der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG bestätigt.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 13. September 2021 beantragen die Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1) und die Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerin 2, beide zusammen Beschwerdeführerinnen oder "Swisscom") die Aufhebung der Verfügung der WEKO vom 21. September 2015 sowie des vorinstanzlichen Urteils vom 24. Juni 2021. Eventualiter seien die genannte Verfügung und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die WEKO zurückzuweisen.

Die WEKO beantragt mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2021 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerinnen haben mit Eingabe vom 14. Januar 2022 repliziert, die WEKO mit Eingabe vom 16. Februar 2022 dupliziert. Zu Letzterer haben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 18. März 2022 Stellung genommen. Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

I. Eintreten und Kognition

1.

1.1. Die vorliegende Beschwerde betrifft eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit (Art. 82 lit. a BGG) in einem Gebiet, welches nicht von Art. 83 BGG erfasst wird. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der hierzu legitimierten Beschwerdeführerinnen ist demnach, unter Vorbehalt von E. 1.2 nachfolgend, einzutreten (Art. 42, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.2. Anfechtungsgegenstand vor Bundesgericht ist einzig das vorinstanzliche Urteil, welches die erstinstanzliche Verfügung der WEKO vom 21. September 2015 ersetzt. Letztere gilt als mitangefochten (Devolutiveffekt; BGE 139 II 404 E. 2.5; 136 II 539 E. 1.2). Auf die Anträge, die genannte Verfügung aufzuheben, ist deshalb nicht einzutreten.

2.

2.1. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht, d.h. es ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils aufzuzeigen, inwiefern die

entsprechenden Rechtsnormen verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 147 I 73 E. 2.1; 139 I 229 E. 2.2).

2.2. Bezüglich des anwendbaren Rechts ist (mangels spezifischer Übergangsbestimmung) auf die allgemeine intertemporalrechtliche Regelung abzustellen, wonach Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte gelten (BGE 143 III 297 E. 5.3.3). Grundsätzlich ist von einem kartellrechtlich relevanten Sachverhalt auszugehen, solange sich das wettbewerbswidrige Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt (BGE 124 III 495 E. 1). Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass ein allfälliges wettbewerbswidriges Verhalten der Beschwerdeführerinnen - jedenfalls soweit es um die Frage der Verjährung der Sanktionierungsmöglichkeit geht - mit dem Vertragsabschluss zwischen der Post und der Swisscom AG am 6. März 2009 seinen Abschluss fand (vgl. E. 10.2.3 angefochtenes Urteil und E. 5.1 f. unten). Ob das allenfalls wettbewerbswidrige Verhalten gegenüber der Post noch bis zur Beendigung der regulären Vertragslaufzeit im Jahr 2013 andauerte, weil es sich bis dahin wettbewerbsbeschränkend auswirkte, kann vorliegend offengelassen werden. Es ist auf die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]) in der am 6. März 2009 geltenden Fassung abzustellen (bezüglich der intertemporalrechtlichen Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4). Der am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Art. 4 Abs. 2^{bis} KG (Begriff des relativ marktmächtigen Unternehmens) sowie die gleichen Datums in Kraft getretene Neufassung von Art. 7 Abs. 1 KG (inkl. Neufassung Titel; Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen; AS 2021 576) sind vorliegend nicht anwendbar.

2.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich, wobei das Bundesgericht nur bei einer offensichtlich unrichtigen bzw. willkürlichen oder rechtsverletzenden vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung, deren Korrektur entscheiderelevant sein kann, eingreift (Art. 95, Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 142 I 135 E. 1.6). Entsprechende Rügen unterstehen der qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht (vgl. E. 2.1 oben), d.h. in der Rechtschrift ist klar und detailliert darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll. Auf rein appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung geht das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 I 73 E. 2.2; 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

II. Streitgegenstand

3.

3.1. Die vorliegende Auseinandersetzung hat sich an der Vergabe eines öffentlichen Auftrags der Post zur Erstellung und dem Betrieb eines Wide Area Networks (WAN) entzündet. Dabei handelt es sich um ein Weitverkehrs-

netz zur digitalen, paketerorientierten Datenübertragung mit einer Ausdehnung von mehr als 10 km. Die Post beabsichtigte, damit ihre 2'305 Standorte in der Schweiz zu vernetzen, sodass der digitale Datenaustausch zwischen den Poststandorten sichergestellt ist. Die Datenübertragung erfordert eine erhöhte Nutzungskapazität und deshalb Breitbandinternet. Letzteres bzw. die Datenübertragung erfolgt entweder über eine Leitung oder leitungslos ("drahtgebunden" oder "drahtlos"). Als (physische) Leitung standen wie vorinstanzlich festgestellt grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten offen, nämlich das Kupferkabel (Doppelader-Metallleitung, dannzumal primär als Telefonleitung genutzt), das Koaxialkabel (TV-Kabelleitung/"Fernsehkabel"), das Glasfaserkabel (welches sich durch sehr hohe Übertragungskapazitäten auszeichnet) und die Stromleitung (sog. Powerline Communications-Technologie). Eine drahtlose Vernetzung fiel aus technischen Gründen (noch) nicht in Betracht. Das drahtgebundene Netzwerk besteht aus verschiedenen Netzschichten (Layer; vgl. E. 4.2 angefochtenes Urteil).

3.2. Zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung verfügte lediglich Swisscom (in der Schweiz) über ein vollständiges Kupferkabelnetz. In Bezug auf den Zugang zu diesem besass Swisscom somit einen Marktanteil von 100 %. Allerdings erfolgte am 1. April 2007, d.h. rund ein Jahr vor der (hier betroffenen) öffentlichen Ausschreibung der Post, die sog. "Öffnung der letzten Meile": Mit der "letzte Meile" wird das Kupferkabel vom Hausanschluss bzw. Teilnehmer bis zur nächsten Ortszentrale (Anschlusszentrale) einer Fernmeldediensteanbieterin (FDA), d.h. die Teilnehmeranschlussleitung (TAL), bezeichnet. Die TAL steht im Eigentum einer FDA, beispielsweise der Swisscom. Seit dem 1. April 2007 ist die TAL reguliert, d.h. andere FDA wie Sunrise haben seit diesem Zeitpunkt einen transparenten und nichtdiskriminierenden Zugang zu kostenorientierten Preisen zum "Kupferkabel" respektive zur TAL der Swisscom (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG [Fernmeldegesetz vom 30. April 1997; SR 784.10]; gemäss der vom 1. April 2007 bis 31. Dezember 2020 geltende Fassung; AS 2007 921 ff.; vgl. E. 4.3 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil). Damit wurde und wird den Konkurrenten von Swisscom seit dem 1. April 2007 ermöglicht, die TAL respektive das Kupferkabel der Swisscom zu nutzen, um eigene Dienstleistungen wie Breitbandinternet über diese Leitung anzubieten (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1 ff.).

3.3. Das Kupferkabel verfügt allerdings ab einer gewissen Entfernung zwischen Hausanschluss und Anschlusszentrale über weniger Kapazität bezüglich Datenübertragung. Falls die Datenübertragungskapazität ungenügend war, musste diese mit nicht regulierten Produkten verbessert werden. Das Kupferkabelnetz besteht aus mehreren Netzschichten (Layern). Layer 1 besteht aus dem [unbeschalteten] Kupferkabel bzw. der TAL. Swisscom bot zur Erhöhung der Datenübertragungskapazität zwei Breitbandprodukte an, nämlich CES (Carrier Ethernet Services; auf Layer 2 des Kupferkabelnetzes), und BBBS (Broadband Connectivity Services; Layer 3; vgl. E. 4.2.3 und E. 6.2.2 angefochtenes Urteil). Die Realisierung konnte somit je nach physikalischen Anforderungen mittels TAL, CES oder BBBS erfolgen.

Das Koaxialkabel (Fernsehkabel) und das Glasfaserkabel verfügten im Vergleich zum Kupferkabel über weit höhere Datenübertragungskapazitäten (vgl. E. 4.2.2 angefochtenes Urteil).

3.4. Der regulierte Zugang zur TAL umfasste bewusst "nur" den Zugang zur physischen Leitung der Beschwerdeführerinnen mit den nötigen technischen Informationen, um den Mitbewerberinnen zu ermöglichen, selbst Telefon- und Internetdienste anzubieten und die dafür nötigen Übertragungsgeräte zu installieren. Mit "Entbündelung" wird die teilweise Nutzung der Frequenzen der Kupferkabelleitung durch die Mitbewerberin beschrieben, während bei der "vollständigen Entbündelung" die exklusive Nutzung sämtlicher Frequenzen durch die Mitbewerberin erfolgt (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1 ff.; vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Bst. d bis FMG in der Fassung vom 1. April 2007; AS 2007 921 ff.). Nichtdiskriminierung bedeutet, dass andere Anbieterinnen bezüglich des Zugangs zur TAL nicht schlechter gestellt werden durften und dürfen als Geschäftseinheiten der Beschwerdeführerinnen (Art. 52 Abs. 2 Fernmeldeverordnung [FDV] vom 9. März 2007 in der ab 1. April 2007 geltenden Fassung; SR 784.101.1; AS 2007 945; vgl. E. 4.3, 6.2 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil).

Um die TAL der Swisscom nutzen zu können, mussten die anderen FDA bei der Anschlusszentrale der Swisscom Übertragungsgeräte installieren und damit Investitionen tätigen. Dies wird verkürzt mit "Entbündelung der Anschlusszentrale" umschrieben. Wollte demnach eine konkurrierende FDA die Anschlusszentrale "entbündeln", musste sie noch Eigenleistungen in Form von Übertragungstechnik/-geräten erbringen, während bei entbündelten Anschlusszentralen diese Investitionen bereits erfolgt waren. Wurde auf die Produkte CES oder BBBS zurückgegriffen, waren diese Eigenleistungen dagegen nicht erforderlich. Der Leistungsumfang dieser Produkte war wesentlich grösser als bei TAL und umfasste neben der Übertragungstechnik auch weitere technische Installationen, Dienstleistungen und Qualitätsgarantien (vgl. E. 4.3, E. 6.2.2 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil; vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.2).

Der unterschiedliche Leistungsumfang des regulierten Vorleistungsprodukts TAL und der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBBS und CES schlug sich auch in den Preisen nieder. Zum Zeitpunkt des Zuschlags betrugen die monatlichen Preise für TAL Fr. 18.80, für BBBS Fr. 215.-- (bei Kapazität von 1.2 Mbit/s) und für CES Fr. 490.-- (bis 2 Mbit/s).

3.5. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschend einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (dazu E. 6.4 unten). Wettbewerbsrechtlich verpönt ist allerdings erst der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Ein solcher liegt vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als unzulässige Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessene-

ner Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).

3.6. Um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu prüfen, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen (vgl. dazu E. 6.3 unten). Die Vorinstanz hat als relevanten sachlichen Markt den "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" abgegrenzt. Damit ist nichts anderes als einzig die konkrete, öffentliche Ausschreibung der Post für die Erstellung und den Betrieb eines WAN vom 21. April 2008 gemeint (vgl. E. 6.2.1 angefochtenes Urteil). Darüber hinaus hat die Vorinstanz noch zwei weitere Märkte abgegrenzt, nämlich zwei Wholesalemärkte (Grosshandelsmärkte), einerseits den "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, kurz den Markt für den Zugang zur Kupferkabelleitung respektive zum Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL (Teilnehmeranschlussleitung), und andererseits den "Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich". Bei Letzterem handelt es sich um den Markt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA, welche über keine bereits entbündelten TAL zu den Poststellen oder über keine eigene Netzinfrastruktur verfügen und deshalb bestimmte Vorleistungsprodukte in Anspruch nehmen müssten, um Breitbanddienstleistungen anzubieten (vgl. E. 6.2.2 f. und E. 6.5 angefochtenes Urteil; vgl. E. 3.3 oben).

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerinnen sowohl in Bezug auf den Endkundenmarkt, welcher ausschliesslich die konkrete Ausschreibung der Post umfasst, als auch auf den vorgenannten Wholesalemärkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Sie ist weiter der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der konkreten, öffentlichen Ausschreibung der Post missbraucht, indem sie gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen hätten (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Denselben Vorwurf erhebt die Vorinstanz aufgrund der angeblich marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte (CES und BBCS), wobei die Beschwerdeführerinnen gegenüber Sunrise unangemessene Preise erzwungen haben sollen. Schliesslich ist die Vorinstanz der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre Stellung gegenüber Sunrise im Sinne einer Kosten-Preis-Schere missbraucht (Art. 7 KG). Letzteres beschreibt ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, welches mittels zweidimensionalem Preisdruck bzw. zweistufigem Behinderungsmissbrauch die Gewinnmargen der Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt dermassen beschneidet, dass diese aus dem Markt ausscheidet (vgl. E. 7.11 unten).

Bezüglich Upc Cablecom erhebt die Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführerinnen keinen Vorwurf des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung. Upc Cablecom spielt jedoch zwangsläufig eine Rolle bei der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen auf den drei von der Vorinstanz abgegrenzten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

Aufgrund der genannten, wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen sanktionierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von insgesamt Fr. 7'916'438.--.

3.7. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zunächst, ob die Beschwerdeführerinnen auf dem Markt, welcher der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post entspricht, über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und rügen diesbezüglich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. E. 6.4 ff. unten). Sollte eine marktbeherrschende Stellung gegeben sein, bestreiten die Beschwerdeführerinnen zudem deren Missbrauch und rügen eine Verletzung von Art. 7 KG. Sie bestreiten insbesondere, dass der Tatbestand der Erzwungung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG; gegenüber der Post und Sunrise) erfüllt ist (vgl. E. 8 ff. unten). Ausserdem bestreiten sie das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere (Art. 7 Abs. 1 KG; gegenüber Sunrise); in diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführerinnen zudem eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die WEKO respektive die Vorinstanz geltend mit der Begründung, es sei auf die falsche Kostenbasis abgestellt worden (vgl. E. 11 unten). Für den Fall, dass ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG vorliegen sollte bzw. im Sinne einer Eventualbegründung machen die Beschwerdeführerinnen eine fehlerhafte Berechnung der finanziellen Sanktion geltend und rügen eine Verletzung von Art. 32 Abs. 1 BV (Grundsatz "in dubio pro reo") und Art. 49a KG.

Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen, das angeblich wettbewerbswidrige Verhalten sei so oder so verjährt, sodass gar keine Sanktion gestützt auf Art. 49a KG ausgesprochen werden könne (vgl. E. 5 unten).

III. Vorbehalt von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG

4.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Insoweit diese Vorschriften greifen, wird der materielle Anwendungsbereich des KG beschränkt. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb je nach Umfang der staatlichen Markt- oder Preisordnung punktuell oder vollständig ausgeschlossen wird (BGE 141 II 66 E. 2.2.1 und E. 2.2.3 f.; 129 II 497 E. 3.3.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.1).

a) Verhältnis zu den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens

4.1. Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist eine öffentliche Ausschreibung bzw. Beschaffung der Post im Rahmen des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBöB; AS 1996 508 ff.; in Kraft bis 31. Dezember 2020; per 1. Januar 2021 abgelöst durch das BöB vom 21. Juni 2019 [SR 172.056.1]). Im Rahmen dieses Beschaffungsverfahrens wurde der Swisscom der Zuschlag erteilt, wobei weder die Ausschreibung noch der Zuschlag angefochten wurden. Deshalb stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Anwendung des KG

allenfalls durch die Vorschriften des Beschaffungswesens ausgeschlossen ist.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b und c aBöB bezweckt die öffentliche Beschaffung, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen zu stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Ausserdem war dem wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen (Art. 21 Abs. 1 aBöB). Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Die Vorschriften des Beschaffungswesens knüpfen teilweise an kartellrechtliche Begriffe an. So kann die Auftraggeberin gemäss Art. 11 lit. e aBöB den Zuschlag widerrufen, wenn die Anbieterinnen Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen, d.h. eine Submissionsabrede vorliegt (vgl. zu unzulässigen Wettbewerbsabreden Art. 5 KG).

Die Ziele des Beschaffungswesens und des Kartellrechts sind nicht deckungsgleich, aber insofern kongruent, als der wirksame Wettbewerb gefördert werden soll. Durch die Ausschreibung wird eine spezifische Wettbewerbssituation in einem vorgegebenen Rahmen geschaffen, aufgrund welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren ist (HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003, S. 24, S. 27; RUDOLF H. WEBER, in: Zäch/Arnet/Baldi et al. [Hrsg.]; DIKE-Kommentar KG, 2018 [DIKE-Kommentar KG], N. 110 f. zu Art. 3 KG). Aufgrund der kongruenten Zielsetzung ist davon auszugehen, dass die Vorschriften des Beschaffungswesens und des KG kumulativ anwendbar sind (HEINZ LEITNER, a.a.O., S. 27; RUDOLF H. WEBER, DIKE-Kommentar KG, N. 110 zu Art. 3 KG; VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013 [CR Droit de la concurrence], N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart). Dem ist nachfolgend Rechnung zu tragen.

b) Verhältnis zum Fernmelderecht

4.2. Das FMG bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden; es soll insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c FMG). Insoweit besteht auch hier eine mit dem KG kongruente Zielsetzung. Das Bundesgericht hat sich bereits mit dem Verhältnis zwischen FMG und KG auseinandergesetzt. Demgemäss ist bei der Anwendung des KG die regulatorische Rahmenordnung bzw. die sektorielle Regelung des FMG zu beachten. Beide Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig, wobei deren Auslegung zu einem geschlossenen Gesamtsystem führen soll (BGE 137 II 199 E. 4.4 und E. 5.1 f.). Dass auch das FMG den Wettbewerb fördern möchte, kommt in der bereits erwähnten "Öffnung der letzten Meile" und den entsprechenden regulatorischen Rahmenbedingungen des FMG zum Ausdruck (vgl. E. 3.2 oben). In diesem Sinne sind die Vorschriften des FMG und des KG

parallel anwendbar (BGE 137 II 199 E. 3.4; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.2 f.; 2C_876/2021 vom 2. November 2022 E. 4.3 und E. 5; vgl. VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, CR Droit de la concurrence, N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart).

IV. Verjährung des allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens

5.

Vorab ist zu klären, ob das von der Vorinstanz als wettbewerbswidrig eingeschätzte Verhalten nicht bereits verjährt ist. Sollte dies der Fall sein, würde sich eine Prüfung der materiellen, kartellrechtlichen Fragen erübrigen.

5.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen, das angefochtene Urteil verletze Art. 49a KG, denn das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen sei verjährt, sodass ihnen so oder so keine Sanktion gestützt auf Art. 49a KG (vgl. Bst. B oben) auferlegt werden könne. Sie bringen vor, die Sanktion gemäss Art. 49a KG sei als Busse im Sinne des StGB (SR 311.0) zu qualifizieren. Entweder gelte für die Verfolgung und Vollstreckung der Sanktion die vierjährige (recte: dreijährige) Verjährungsfrist für Übertretungen (Art. 109 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB) oder die vierjährige Verjährungsfrist gemäss Verwaltungsstrafrecht (Art. 11 VStrR [SR 313.0] i.V.m. Art. 333 Abs. 1 und Abs. 6 lit. b StGB). Bezüglich Fristbeginn sei auf den Zeitpunkt, an welchem die inkriminierte Handlung aufgehört habe (Art. 104 i.V.m. Art. 98 lit. c StGB), mithin spätestens auf den 6. März 2009 (Zeitpunkt Vertragschluss, vgl. Bst. A.b oben), abzustellen. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung (18. Juli 2013) sei das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen somit verjährt gewesen.

5.2. Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, vorliegend sei die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist."), welche als Verfolgungsverjährung ausgestaltet sei, anwendbar. Diese gehe den vorgenannten Bestimmungen des VStrR und StGB als lex posterior und lex specialis vor. Da die kartellrechtswidrigen Handlungen der Beschwerdeführerinnen vorliegend spätestens mit Abschluss des Vertrages mit der Post (6. März 2009) erfolgt seien, sei die (fünfjährige) Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG mit Eröffnung der Untersuchung (18. Juli 2013) gewahrt worden.

5.3. Rechtsprechungsgemäss hat die Sanktion nach Art. 49a KG zwar strafrechtsähnlichen Charakter, das kartellrechtliche Verfahren bleibt aber dennoch ein Verwaltungsverfahren (BGE 148 II 182 E. 3.3.3; 145 II 259 E. 2.6.2). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass die Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG als verwaltungsrechtliche Spezialregelung zu verstehen sei, weshalb weder das StGB noch das VStrR diesbezüglich anwendbar seien (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3 f. mit Hinweisen). Demnach kommt vorliegend ausschliesslich die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 KG zur Anwendung. Das vorinstanzliche Urteil, wonach die Ver-

jähung nicht eingetreten ist (Fristenlauf vom 6. März 2009 bis 18. Juli 2013, also rund 4 Jahre und 4 Monate), erweist sich damit als bundesrechtskonform und die entsprechende Rüge als unberechtigt.

V. Prüfung der marktbeherrschenden Stellung

6.

6.1. Nachdem feststeht, dass die vorliegend ausgesprochene Sanktion nicht verjährt ist, ist als nächstes der Einwand der Beschwerdeführerinnen zu prüfen, wonach Letztere in der konkreten Ausschreibung gegenüber der Post ("Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung"; vgl. E. 3.6 oben) - entgegen der Vorinstanz - nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG.

6.2. Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist der relevante sachliche, räumliche und zeitliche Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4; BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1; vgl. auch Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8). Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist eine Rechtsfrage (BGE 139 II 316 E. 5.3).

a) Abgrenzung des relevanten Marktes

aa) Allgemeines

6.3. Der sachlich relevante Markt umfasst danach alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 mit Hinweisen; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1).

6.3.1. Die Vorinstanz hat wie erwähnt drei Märkte abgegrenzt, nämlich (1) einen Endkundenmarkt bzw. die konkrete öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung sowie zwei Wholesalemärkte (Grosshandelsmärkte), nämlich (2) den Wholesalemarkt für den Zugang der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zum Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL (Teilnehmeranschlussleitungen) und (3) den Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, d.h. den Markt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA (vgl. E. 3.6 oben).

ab) Abgrenzung der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post als relevanter Endkundenmarkt

6.3.2.

6.3.2.1. Bezüglich des (sachlich relevanten) Endkundenmarktes bzw. der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwo-gen, die Post stehe den Anbieterinnen als End- bzw. Geschäftskundin gegenüber. Aus Sicht der Post umfasse der sachlich relevante Markt die durch sie aus-geschriebene WAN-Dienstleistung zwecks Breitbandanbindung der Poststandorte. Eine weitere Fassung des relevanten Marktes, nämlich im Sinne des Endkundenmarktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, hat die Vorinstanz verworfen (vgl. E. 6.2.1 angefochtenes Urteil).

6.3.2.2. Vorliegend stellt die Post als öffentliche Auftraggeberin und Vergabestelle die Marktgegenseite der Anbieterinnen dar. Demnach ist die Sichtweise der Post massgebend. Aus deren Perspektive ergibt sich ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept der sachlich relevante Markt aus der konkreten öffentlichen Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen. Allfällige Fragen der Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen sind bereits beantwortet, denn aufgrund des vorliegenden, detaillierten Aufgabenbeschriebs ist die nachgefragte Leistung hinreichend bestimmt. Demzufolge umfasst einer der sachlich relevanten Märkte vorliegend die konkrete, öffentliche Ausschreibung der Post vom 21. April 2008 zur Errichtung und dem Betrieb eines WAN für die Periode 2010 bis 2013 (vgl. Bst. A.a oben; vgl. HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003 S. 23 ff., 28). Diese vorinstanzliche Marktabgrenzung ist bundesrechtskonform und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Frage gestellt.

6.3.2.3. Ausgehend von der konkreten Ausschreibung hat die Vorinstanz das Gebiet der Schweiz als den räumlich relevanten Markt und die Periode vom 21. April 2008 (Datum der Ausschreibung) bis zum 6. März 2009 (Datum Vertragsschluss der Post mit den Beschwerdeführerinnen) als den zeitlich relevanten Markt abgegrenzt (vgl. E. 6.3 und 6.4 angefochtenes Urteil).

Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Im Weiteren erscheint es folgerichtig, nachdem sachlich die konkrete Ausschreibung als relevanter Markt abgegrenzt wurde, in zeitlicher Hinsicht ebenfalls auf die Dauer des Ausschreibungsverfahrens abzustellen. Die vorinstanzliche räumliche und zeitliche Marktabgrenzung, nämlich das Gebiet der Schweiz und die Dauer des Ausschreibungsverfahrens bis zum Vertragsschluss, erweist sich damit als bundesrechtskonform.

ac) Abgrenzung des Zugangs der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL als relevanter Wholesalemarkt

6.3.3.

6.3.3.1. Als weiteren sachlich relevanten Markt hat die Vorinstanz den Wholesalemarkt für den Zugang der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL (Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten) abgegrenzt. Dabei handelt es sich um einen dem Endkundenmarkt vorgelagerten Markt, wobei es um ein Layer-1-Vorleistungsprodukt für die Breitbandanbindung des Endkunden geht. Auf diesem Markt stehen sich FDA als Anbieter und Nachfrager des Vorleistungsprodukts TAL gegenüber. Die Vorinstanz begründet die Abgrenzung dieses zusätzlichen Marktes im Wesentlichen damit, dass Sunrise für die Erstellung ihrer Offerte gegenüber der Post auf diese Vorleistung der Beschwerdeführerinnen angewiesen sei (vgl. E. 6.2.2 angefochtenes Urteil). Da konkrete Abhängigkeitsverhältnisse einen wesentlichen Aspekt der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung darstellen (vgl. E. 6.4 unten), erweist sich diese zusätzliche Marktabgrenzung, welche von den Beschwerdeführerinnen zudem nicht bestritten wird, als bundesrechtskonform.

6.3.3.2. Bezüglich der räumlichen und zeitlichen Abgrenzung dieses Wholesalemarktes hat sich die Vorinstanz nicht geäußert. Da es um Vorleistungen für die Erbringung der Leistung gegenüber dem Endkunden Post geht, erscheint es folgerichtig, in räumlicher und zeitlicher Hinsicht dieselbe Abgrenzung wie für den konkreten Endkundenmarkt (konkrete Ausschreibung der Post) heranzuziehen, nämlich das Gebiet der Schweiz und die Periode 21. April 2008 bis 6. März 2009 (vgl. E. 6.3.2.3 oben).

ad) Abgrenzung des Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich als weiteren Wholesalemarkt

6.3.4.

6.3.4.1. Als dritten sachlich relevanten Markt hat die Vorinstanz den (vorgelagerten) Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, worunter der Markt für Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA zu verstehen ist, abgegrenzt. Auch hier stehen sich FDA als Nachfrager und Anbieter von Breitband-Vorleistungsprodukten gegenüber. Die Abgrenzung dieses weiteren Wholesalemarktes begründet die Vorinstanz damit, dass aufgrund der physikalischen Gegebenheiten der Kupferkabelleitung und der Investitionen, welche mit der Entbündelung einer Anschlusszentrale verbunden seien, keine Substituierbarkeit zwischen dem Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL und den Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukten (wie beispielsweise CES und BBSCS) bestehe. Die beiden letztgenannten Vorleistungsprodukte seien für FDA gedacht, welche über keine bereits entbündelten Anschlusszentralen oder über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügten (vgl. E. 6.2.2 und E. 6.2.3 angefochtenes Urteil). Auch diese Marktabgrenzung wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt

und erscheint angesichts der zu prüfenden Abhängigkeitsverhältnisse (vgl. E. 6.4 unten) als zutreffend.

6.3.4.2. Räumlich hat die Vorinstanz diesen Wholesalemarkt auf das Gebiet der Schweiz begrenzt, da Ort der Dienstleistungserbringung die Poststandorte in der Schweiz seien. In zeitlicher Hinsicht wurde auch hier der Markt mit der Periode von der öffentlichen Ausschreibung (21. April 2008) bis zum Vertragsschluss der Post mit der Swisscom (6. März 2009) festgelegt, da auf einem Bietermarkt bzw. in einer öffentlichen Ausschreibung sich der "Hauptwettbewerb" vor der Abgabe der Offerten abspiele (vgl. E. 6.4 angefochtenes Urteil). Auch dies ist zutreffend und wurde von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt.

b) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf den abgegrenzten Märkten

ba) Allgemeines

6.4. Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen auf den vorgenannten, abgegrenzten Märkten marktbeherrschend waren. Als marktbeherrschend gelten nach Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Kennzeichnend dafür ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Kunden bzw. Mitbewerber nach eigenem Gutdünken festlegen kann. Es ist dabei nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1).

In vorgenanntem Zusammenhang spielt auch die Stellung des Nachfragers eine Rolle. Die Grösse und Wichtigkeit des Nachfragers sowie dessen Sachkenntnis und Professionalität kann eine disziplinierende Wirkung auf den Anbieter mit einer starken Marktposition haben (MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021 [BSK KG], N. 306 ff., N. 310 zu Art. 4 KG; vgl. Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2). Von eher untergeordneter Bedeutung ist vorliegend die potentielle Konkurrenz, nämlich die disziplinierende Wirkung durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Konkurrenten in absehbarer Zeit (vgl. dazu MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, BSK KG, N. 311 ff., N. 342 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen zu Recht erwogen, im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung als relevanter Markt manifestiere sich die potentielle Konkurrenz erst bei der nächsten öffentlichen Ausschreibung.

Im Weiteren kann sich die marktbeherrschende Stellung ausgehend von der "essential facility"-Theorie auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen über ausschliessliche Rechte an einer unverzichtbaren Einrichtung, Infrastruktur oder Ausrüstung verfügt und auf dem Markt keine tatsächliche oder potenzielle Ersatzlösung besteht (BGE 139 II 316 E. 6.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1 in fine).

Insgesamt lässt sich die marktbeherrschende Stellung nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern es ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse zu entscheiden. Erforderlich ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1).

bb) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu Kupferkabelleitungen bzw. TAL

6.5. Zunächst ist die Marktstellung der Swisscom auf dem Wholesalemarkt betreffend den Zugang zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL (Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten) als Layer-1-Vorleistungsprodukt zu prüfen.

6.5.1. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung verfügte lediglich Swisscom in der Schweiz über ein vollständiges Kupferkabelnetz, und zwar auch bezüglich der Verbindungen zwischen den Hausanschlüssen (Teilnehmeranschlüsse) und Anschlusszentralen (Ortszentralen) bzw. der TAL (Teilnehmeranschlussleitungen), welche gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung im Eigentum von Swisscom standen (vgl. E. 7.4.1 angefochtenes Urteil). Demzufolge verfügte Swisscom bezüglich des Marktes betreffend den Zugang zu den TAL über einen Marktanteil von 100 % (vgl. E. 3.2 oben). Die Vorinstanz hat davon ausgehend erwogen, dass Swisscom auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu den TAL über eine marktbeherrschende Stellung verfügte (vgl. E. 7.4.1 angefochtenes Urteil).

6.5.2. Angesichts des Umstandes, dass Swisscom aufgrund der "Öffnung der letzten Meile" der Konkurrenz einen regulierten Zugang zu ihren TAL gewähren musste, fragt es sich, ob Swisscom im Sinne der "essential facility"-Theorie noch über ausschliessliche Rechte an seinen TAL verfügte und sich gegenüber der Konkurrenz im Wesentlichen unabhängig verhalten konnte. Dem Aspekt des regulierten Zugangs ist jedoch bei der Frage des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung Rechnung zu tragen (vgl. E. 8 unten). Bezüglich der marktbeherrschenden Stellung fällt ins Gewicht, dass faktisch zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung der Zugang zu den TAL unverzichtbar war. Die anderen FDA konnten im Zeitfenster der öffentlichen Ausschreibung realistischweise keine eigenen TAL erstellen und somit nur über die TAL der Swisscom zu den Endkunden gelangen. Sie waren auf die Nutzung der TAL von Swisscom angewiesen (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.3.4; vgl. E. 8.1 unten). Swisscom dagegen war gegenüber den anderen FDA in keiner Weise abhängig. Rein faktisch verfügte die Swisscom damit gegenüber den anderen FDA über eine sehr starke Stellung. Angesichts dieser Umstände haben die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten, dass sie bezüglich des Wholesalemarktes betreffend Zugang zu den kupferkabelbasierten TAL über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

bc) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

6.6. Als nächstes ist die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, nämlich der Markt für Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA, zu prüfen.

6.6.1. Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen folgende sachverhaltsmässigen Feststellungen getroffen (vgl. E. 7.5.3 - E. 7.5.5 angefochtenes Urteil), welche für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. E. 2.3 oben): Das betreffende Wholesalegeschäft von Sunrise befand sich im relevanten Zeitraum (April 2008 - März 2009) noch im Anfangsstadium. Zum massgeblichen Zeitpunkt hatte Sunrise erst rund 12 % sämtlicher Anschlusszentralen entbündelt, sodass erst relativ wenige Anschlusszentralen für den Wiederverkauf von Breitbandanschlüssen (an Geschäftskunden) zur Verfügung standen. Upc Cablecom als Kabelnetzbetreiberin verfügte im fraglichen Zeitraum für das Kabelnetz über kein Wholesaleangebot für Breitbandinternet. Der Ausbau der Glasfaserinfrastruktur war im fraglichen Zeitraum noch zu wenig fortgeschritten, als dass über diese Technologie Wholesaleprodukte als reale Alternative zu den Wholesaleprodukten der Swisscom angeboten werden konnten. Der Aufbau eines Glasfasernetzes durch die Elektrizitätswerke befand sich noch im Planungsstadium.

Ausgehend von diesen Feststellungen hat die Vorinstanz erwogen, dass die Beschwerdeführerinnen für den betroffenen Wholesalemarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

6.6.2. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Breitbandangebote der Beschwerdeführerinnen für Geschäftskunden, insbesondere die Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte CES und BBCS (vgl. E. 3.3 oben), im fraglichen Zeitraum praktisch alternativlos waren, sofern auf diese Produkte zurückgegriffen werden musste. Die Beschwerdeführerinnen konnten sich somit, sofern andere FDA auf diese Produkte angewiesen waren, gegenüber diesen im Wesentlichen unabhängig verhalten. Umgekehrt bestand eine Abhängigkeit der konkurrierenden FDA von den Beschwerdeführerinnen, sofern der Einsatz der genannten Breitbandprodukte erforderlich war. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerinnen auf diesem Wholesalemarkt marktbeherrschend waren, erweist sich damit als bundesrechtskonform.

bd) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

6.7. Im Weiteren ist die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Endkundenmarkt, welcher die vorliegende öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung umfasst ("Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung"), zu prüfen. Die Vorinstanz ist auch bezüglich dieses Marktes zum Schluss gelangt, dass die Be-

schwerdeführerinnen über eine marktbeherrschende Stellung verfügten, was von Letzteren bestritten wird.

6.7.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen diesbezüglich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG. Sie machen im Wesentlichen geltend, da die konkrete Ausschreibung der Post den relevanten Markt darstelle und die Post als Vergabestelle damit zwischen verschiedenen Angeboten von drei qualifizierten Anbieterinnen habe auswählen können, habe ein "Bietermarkt" im Sinne eines Wettbewerbs zwischen den Anbieterinnen bestanden. Ein "Bietermarkt" schliesse eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen, abgesehen von hier nicht zutreffenden Einzelfällen, von vornherein aus. Ein solcher Einzelfall hätte vorgelegen, wenn aus dem Präqualifikationsverfahren nur eine einzige Anbieterin hervorgegangen wäre. Zudem sei den Beschwerdeführerinnen eine mit Verhandlungsmacht ausgestattete Post gegenüber gestanden. Die Beschwerdeführerin 1 habe denn auch ihren Angebotspreis auf Druck der Post um 20 % senken müssen, was ausschliesse, dass die Beschwerdeführerinnen sich in wesentlichem Umfang unabhängig von der Post hätten verhalten können. Ausserdem sei die Post (ausgehend von der unbestrittenen Tatsache, dass zahlreiche Unternehmen ihr WAN selbst erstellt haben) in der Lage gewesen, wie andere grössere Kunden selbst ein WAN zu errichten.

Im Weiteren habe Upc Cablecom ein konkretes Angebot abgegeben, wobei diese in der Vergangenheit wiederholt Ausschreibungen bezüglich der WAN-Anbindung von Unternehmen für sich entschieden habe. Ob Upc Cablecom in ländlichen Gebieten wie von der Vorinstanz behauptet bloss eine angeblich lückenhafte Abdeckung aufgewiesen habe, spiele keine Rolle, denn es gehe nur um die Ausschreibung der Post und nicht den gesamten Geschäftskundenmarkt. Dass Upc Cablecom in ländlichen Gebieten auf Vorleistungsprodukte anderer FDA angewiesen gewesen sei, lasse sich nicht auf die Akten stützen. Es sei auch nie untersucht worden, für welche Poststandorte Upc Cablecom angeblich auf Vorleistungsprodukte anderer FDA bzw. Swisscom angewiesen gewesen sei. Dass von Upc Cablecom kein Wettbewerbsdruck ausgegangen sei, sei aktenwidrig und willkürlich. Bezüglich Sunrise komme es nicht darauf an, ob diese von Swisscom abhängig gewesen sei, sondern ob Swisscom sich habe unabhängig verhalten können.

6.7.2. Unbestritten ist, dass Upc Cablecom bereits vor der konkreten Ausschreibung der Post WAN-Projekte realisiert hat, wobei das grösste Projekt die Basler Versicherungen betraf. Die Vorinstanz hat bezüglich Upc Cablecom verschiedene "Feststellungen" getroffen (vgl. E. 7.6.4.2 ff. angefochtenes Urteil), nämlich dass dieses Unternehmen im massgeblichen Zeitpunkt der grösste Kabelnetzbetreiber (Fernsehkabel) der Schweiz war und das eigene Netzwerk rund 1.9 Millionen Haushalte und alle grösseren Städte der Schweiz erschloss, wobei Upc Cablecom auch Breitbandinternet anbot. Im Jahr 2018 bzw. zehn Jahre nach dem massgeblichen Zeitraum habe Upc Cablecom allerdings nur 900 Gemeinden und damit nicht einmal die Hälfte aller 2'222 Schweizer Gemeinden erreicht. Mit seinem Kabelnetz habe Upc Cablecom im relevanten Zeitraum keine schweizweite lokale Versorgung anbieten können und sei vor allem in den städtischen Gebieten präsent gewesen. Die lokale

Abdeckung im Sinne der ländlichen Abdeckung sei lückenhaft gewesen. Für die Anbindung von Poststellen in ländlichen Gebieten sei Upc Cablecom auf Vorleistungsprodukte anderer FDA angewiesen gewesen, wenn sie auf die teure Verlegung von Glasfaserleitungen habe verzichten wollen. Von Upc Cablecom sei zwar in städtischen Gebieten, aber nicht insgesamt ein genügender Wettbewerbsdruck ausgegangen.

6.7.3. Bei Punkten wie der Höhe von Marktanteilen, der Existenz von aktuellem oder potentiell Wettbewerbsdruck oder den konkreten Umständen der Abhängigkeit handelt es sich um tatsächliche Gegebenheiten bzw. Sachverhaltsfeststellungen (zur Abgrenzung von Sachverhalts- und Rechtsfragen vgl. GRÉGORY BOVEY, in: Aubry Girardin/Donzallaz/et al. [Hrsg.], *Commentaire de la LTF*, 3. Aufl. 2022, N. 29 zu Art. 105 LTF). Eine Rechtsfrage ist dagegen, ob aufgrund tatsächlicher Indizien darauf geschlossen werden kann, dass bei einem Anbieter eine marktbeherrschende Stellung vorliegt (vgl. Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2 f.).

6.7.4. Entgegen den Beschwerdeführerinnen spielt die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Abdeckung durch das Kabelnetz von Upc Cablecom im ländlichen Raum lückenhaft war, eine Rolle, da davon auszugehen ist, dass sich ein Grossteil der Poststandorte nicht in den städtischen Gebieten befand. In tatsächlicher Hinsicht ist die Vorinstanz mit anderen Worten davon ausgegangen, dass ein Grossteil der Poststandorte nicht ohne Weiteres an das Kabelnetz von Upc Cablecom angebunden werden konnte. Auch die vorinstanzliche Feststellung, wonach die WAN-Anbindung mittels Glasfasernetz durch Upc Cablecom aufgrund der Kosten nicht in Betracht kam, ist in diesem Zusammenhang relevant. Demzufolge war der aktuelle Wettbewerb durch Upc Cablecom in Bezug auf die konkrete öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung eher geringer Natur.

6.7.5. Bezüglich Sunrise hat die Vorinstanz festgestellt (vgl. E. 7.6.3 angefochtenes Urteil), dass diese vor dem Postprojekt bereits mehrere WAN-Projekte realisiert hatte. Dennoch sei Sunrise für die Realisierung des Postprojekts je nach Szenario - ohne die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen - für 37 % bis 45 % der Poststandorte auf ein Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukt (BBCS oder CES) von Swisscom angewiesen gewesen (vgl. dazu E. 9.6 unten). Auch von Sunrise sei im fraglichen Zeitraum bezüglich der Ausschreibung der Post keine genügende disziplinierende Wirkung auf Swisscom ausgegangen.

6.7.6. Bezüglich der Stellung der Post und der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen sich im Wesentlichen gegenüber der Post unabhängig verhalten konnten, ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen im Rahmen von Preisverhandlungen (welche gemäss Ausschreibung vorbehalten waren, vgl. Bst. A.a oben) eine Preisreduktion von rund [15 % - 25 %] gewähren mussten (von ca. [Fr. 23 - 28 Mio.] auf rund Fr. 20.5 Mio.; vgl. E. 7.6.5.1 in fine und E. 7.6.5.3 angefochtenes Urteil). Ebenso ist unbestritten, dass die Post aufgrund der einschlägigen Vorschriften den beteiligten Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über Konkurrenzangebote abgeben durfte, sodass diese im Ungewissen waren, wie sehr sie der Post preis-

lich entgegenkommen mussten (vgl. E. 7.6.5.3 angefochtenes Urteil).

6.7.7. In rechtlicher Hinsicht hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, bei einer öffentlichen Ausschreibung ergebe sich oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei welcher einer grösseren Anzahl von Anbietern ein Nachfragemonopol der ausschreibenden Behörde gegenüberstehe. Diese Situation des Ungleichgewichts werde jedoch im Rahmen des Vergabeverfahrens durch die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und Grundsätze wie Gleichbehandlung und Transparenz entschärft. Den Beschwerdeführerinnen sei allerdings darin beizupflichten, dass die Vergabestelle bei einer öffentlichen Ausschreibung über eine gewisse Übermacht verfüge, da sie es in der Hand habe, bei Preisnachlässen die Anbieter gegeneinander auszuspielen. Trotzdem stehe der von Swisscom gewährte Preisnachlass deren marktbeherrschender Stellung nicht entgegen, sondern die Post habe lediglich ihre Verhandlungsmacht geschickt ausgenutzt (vgl. E. 7.6.5.1 angefochtenes Urteil). Da Upc Cablecom und Sunrise die Beschwerdeführerinnen lediglich lokal beschränkt hätten konkurrenzieren können, seien Letztere bezüglich des Endkundenmarktes betreffend WAN-Anbindung der Post bzw. der konkreten, öffentlichen Ausschreibung der Post marktbeherrschend gewesen.

6.7.8. Zunächst ist festzuhalten, dass nach dem Bedarfsmarktkonzept bezüglich der Abgrenzung des relevanten, sachlichen Endkundenmarktes die Sichtweise der Post als Nachfragerin massgebend ist. Die Post hat eine zu beschaffende Leistung öffentlich ausgeschrieben mit dem Ziel, das Projekt mittels eines Anbieters zu realisieren. Die eigene Erstellung des WAN durch die Post (im Sinne eines potentiellen Wettbewerbs) steht dieser Zielsetzung diametral gegenüber. Wäre ausserdem die Post effektiv in der Lage gewesen, das Projekt selbst zu realisieren, hätte sie kaum den Weg der öffentlichen Ausschreibung gewählt. Die Erstellung der WAN-Anbindung durch die Post selbst fällt deshalb entgegen den Beschwerdeführerinnen ausser Betracht.

6.7.9. Im Weiteren ist wie gesagt von der kumulativen Anwendung der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des KG auszugehen (vgl. E. 4.1 oben). Der Umstand, dass eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hat und der Zuschlag erteilt wurde, schliesst die Annahme der marktbeherrschenden Stellung eines Anbieters im Rahmen des KG nicht von vornherein aus. Fraglich ist primär, ob ein Anbieter angesichts der starken Position der Vergabestelle in einer öffentlichen Ausschreibung eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbrauchen kann; im Fokus steht denn auch im Kontext mit öffentlichen Ausschreibungen normalerweise der Missbrauch durch die Vergabestelle, nicht durch den Anbieter (vgl. EVELYNE CLERC, CR Droit de la concurrence, N. 47 b zu Art. 7 Abs. 1 LCart). Hier geht es allerdings um die Marktstellung der Swisscom, nicht deren Missbrauch. Für diese Marktstellung auf dem konkreten Endkundenmarkt ist vorliegend entscheidend, dass auch die Marktstellung der Swisscom auf den beiden abgegrenzten Wholesalemärkten zu berücksichtigen ist. Swisscom war zwar nur eine von drei qualifizierten Anbieterinnen auf dem Endkundenmarkt, verfügte jedoch über eine marktbeherrschende Stellung auf den

beiden abgegrenzten Wholesalemärkten. Durch diese dem vorliegenden Endkundenmarkt vorgelagerten Märkte ging demnach keine disziplinierende Wirkung auf Swisscom aus. Die starke Stellung der Post als Vergabestelle und Nachfragerin wurde dadurch relativiert. Umgekehrt konnte Swisscom sich auch gegenüber der Post auf ihre marktbeherrschende Stellung bezüglich der Vorleistungsprodukte abstützen. Durch diese marktübergreifende, starke Stellung konnte sich Swisscom in Bezug auf die konkrete öffentliche Ausschreibung auch gegenüber dem Endkunden Post zwar nicht in allen Belangen, aber doch in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach Swisscom auch auf dem konkreten Endkundenmarkt, nämlich der öffentlichen Ausschreibung der Post betreffend WAN, eine marktbeherrschende Stellung zukam, erweist sich deshalb als bundesrechtskonform.

be) Zusammenfassung betreffend marktbeherrschende Stellung

6.7.10. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen auf den drei abgegrenzten Märkten, nämlich der öffentlichen Ausschreibung der Post (Endkundenmarkt) und den beiden Vorleistungsprodukten betreffenden Wholesalemärkten bezüglich Zugang zum Kupferkabelnetz (bzw. den TAL) und Breitbandprodukten für Geschäftskunden über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten. Eine andere Frage ist, ob Swisscom diese marktbeherrschenden Stellungen im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, was nachfolgend zu prüfen ist.

VI. Der rechtliche Rahmen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

a) Die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen des Missbrauchs

7.

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Endkundenmarkt bzw. der öffentlichen Ausschreibung durch Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) gegenüber der Post missbraucht zu haben. Weiter wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen vor, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesalemarkt betreffend Breitbandangebote für Geschäftskunden durch Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Sunrise missbraucht zu haben. Zudem geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen sich gegenüber Sunrise missbräuchlich im Sinne der Anwendung einer Kosten-Preis-Schere verhalten haben (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. E. 3.6 oben).

7.1. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1). Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72

E. 10.1.1). Ebenso wenig untersagt das KG einem marktbeherrschenden Unternehmen, seine Stellung zu bewahren und daraus Profit zu ziehen sowie grundsätzlich anderen Unternehmen die Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu erschweren (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.1). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer; BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; 129 II 497 E. 6.5.1).

7.2. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen, nämlich den Behinderungsmissbrauch und den Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch. Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten) durch Missbrauch in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, wobei es keine Rolle spielt, ob sich die Behinderung auf dem Markt des Marktbeherrschers oder einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst mit anderen Worten sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn der Marktgegenseite ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Charakteristisch für diese Missbrauchskategorie ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1).

7.3. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend bzw. ausbeutend sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1). Diesbezüglich ist, auch wenn diese Voraussetzung nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext hervorgeht, zu fragen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht sachliche Gründe, insbesondere aus objektiver Sicht zulässige wirtschaftliche Gründe, bzw. Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons"),

verfolgt, welche zwangsläufig den missbräuchlichen Charakter des Verhaltens und folglich dessen Unzulässigkeit gemäss Art. 7 KG aufheben (BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2).

7.4. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Als missbräuchlich und damit unzulässig fallen demnach die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Allerdings indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob die in Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen. Es ist mit anderen Worten im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, was anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Demnach kann ein Unternehmen ein die Konkurrenz oder die Marktgegenseite behinderndes bzw. benachteiligendes Verhalten einräumen und gleichzeitig für sich in Anspruch nehmen, lediglich legitime kaufmännische Grundsätze angewendet zu haben (BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.1).

b) Die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)

7.5. Als unzulässige bzw. missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Erzwingung unangemessener Preise in Betracht. Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 7 KG und den vorstehenden Ausführungen ergibt, genügt der Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und der Unangemessenheit der Preise nicht, um den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu erfüllen. Vielmehr muss als qualifizierendes Element bzw. Verhaltensweise ein "Erzwingen" ("le fait d'imposer"; "l'imposizione") vorliegen. Die unangemessenen Preise müssen der Marktgegenseite aufgezwungen werden, etwa indem das marktmächtige Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, um seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis Nachdruck zu verleihen (BGE 137 II 199 E. 4.3.3 f.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 377 zu Art. 7 KG). Nicht erforderlich ist allerdings eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung der Marktgegenseite. Verlangt wird aber, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der wie gesagt durch eine bestimmte Verhaltensweise erzeugt wird und sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann (BGE 137 II 199 E. 4.3.5).

7.6. Im Weiteren ist rechtsprechungsgemäss insbesondere bei der Anwendung des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Rahmenordnung des FMG zu beachten (vgl. E. 4.2 oben; VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, CR Droit de la concurrence, N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart). In BGE 137 II 199 hatte das Bundesgericht den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Wholesalemarkt zwischen FDA für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste (sog. Terminierung) zu beurteilen. Es erwog, dass gemäss dem FMG bei Marktbeherrschung eine Pflicht zur Interkonnektion (des marktbeherrschenden Unternehmens), d.h. zur Gewährung des Zugangs bzw. der Verbindung der Anlagen und Dienste, bestand. Wäre die der Swisscom auf dem Wholesalemarkt gegenüberstehende FDA mit den Interkonnektionspreisen oder -bedingungen nicht einverstanden gewesen, hätte sie gemäss FMG ein Interkonnektionsverfahren verlangen können. Die Rahmenordnung des FMG habe eine Ausweichmöglichkeit geschaffen, auch wenn das Interkonnektionsverfahren für das betroffene Unternehmen zweifellos einen gewissen Aufwand mit sich gebracht hätte. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass diese Rahmenordnung des FMG ein "Erzwingen" gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zwangsläufig ausschloss, sodass dieser Tatbestand nicht erfüllt war (BGE 137 II 199 E. 5.1 ff.).

7.7. Wenn zur Tatbestandserfüllung eine unzulässige Verhaltensweise bzw. ein "Erzwingen" notwendig ist, folgt daraus zudem, dass ein Preis, der das Ergebnis von Verhandlungen ist, grundsätzlich nicht auf einem "Erzwingen" beruhen kann. Verhandlungen sind vielmehr Ausdruck davon, dass dem ökonomischen Druck des Marktmächtigen etwas entgegengesetzt werden kann, eine Ausweichmöglichkeit besteht (vgl. E. 7. 5 oben; vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4). "Erzwingen" bedeutet mit anderen Worten, dass der Preis vom marktbeherrschenden Unternehmen einseitig festgesetzt wurde. Andernfalls würde das Tatbestandsmerkmal des "Erzwingens" obsolet und es würden im Ergebnis eine marktbeherrschende Stellung und ein Kausalzusammenhang zwischen derselben und einem unangemessenen Preis für einen Missbrauchstatbestand genügen, was dem Wortlaut von Art. 7 KG und dem Willen des Gesetzgebers widerspricht (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff., Rz. 178 f.; vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 379 zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, N. 371, N. 410 zu Art. 7 KG).

7.8. Folgerichtig schützt Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auch nicht Handelspartner, welche sich aus eigenem Verschulden haben übervorteilen lassen (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 355, N. 379 zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 372 zu Art. 7 KG; EVELYNE CLERC/PRANVERA KELLEZI, CR Droit de la concurrence, N. 179 zu Art. 7 Abs. 2 LCart). Massstab, ob ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten vorliegt, ist der Institutionen- und Individualschutz gemäss dem KG. Der Zweck des KG besteht darin, die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (als Institution) und die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen vor Missbrauch und Verfälschung zu schützen,

kurz einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (vgl. BGE 139 II 328 E. 3.4; 139 I 72 E. 10.1.2; 129 II 497 E. 6.4.2; 129 II 18 E. 5.2.1). Es ist nicht Aufgabe des KG, Unternehmen, welche sich primär aufgrund des eigenen Verhaltens auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen.

7.9. Im Weiteren erfordert der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, dass der Preis "unangemessen" ist. Die Problematik dieses Tatbestandselements besteht darin, dass der Preis grundsätzlich das Resultat von Marktprozessen ist und es in diesem Sinne keinen "gerechten" Preis gibt. Auch sehr hohe Preise oder Margen sind nicht per se unangemessen und können überlegene oder besonders innovative Leistungen widerspiegeln. Gegen solche Preise vorzugehen, würde dem in einer Marktwirtschaft erwünschten Anreiz, zu investieren und innovative Produkte zu entwickeln, widersprechen. Zudem besteht der Zweck des KG nicht darin, eine Preisregulierung zu betreiben, sondern wie gesagt vor Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu schützen (vgl. E. 7.8 oben). Folglich kann ein Preis im Rahmen des KG nur dann "unangemessen" sein, wenn er auf eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zurückgeht (vgl. dazu MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 353 zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 376, N. 388 zu Art. 7 KG).

Die Praxis hat wie auch von der Vorinstanz dargelegt (vgl. E. 8.2.1 S. 65 angefochtenes Urteil) verschiedene Tests entwickelt, deren Resultate Indizien für oder gegen die Unangemessenheit eines Preises darstellen können. Im Rahmen der "Als-ob-Methode" werden die tatsächlichen Bedingungen auf dem relevanten Markt den Bedingungen (auf demselben Markt) bei wirksamem Wettbewerb gegenübergestellt und ein hypothetischer Wettbewerbspreis ermittelt. Das Vergleichsmarktkonzept basiert auf einem Vergleich der vermeintlich unangemessenen Preise mit den Preisen auf ähnlich gelagerten Märkten (Vergleichsmärkten), auf denen wirksamer Wettbewerb besteht. Die Kostenmethode besteht darin, die Gestehungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens für ein Produkt, unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge, mit dem Verkaufspreis dieses Produkts zu vergleichen und die Kosten-Preis-Spanne (bzw. entsprechende Marge) zu ermitteln.

Allerdings ist auch eine hohe Marge nicht per se mit einem unangemessenen Preis gleichzusetzen, da das KG wie gesagt nicht der Preisregulierung dient, sondern es sind immer alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen (vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, N. 392 ff. zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 380 ff. zu Art. 7 KG). Aufgrund des Umstandes, dass der Preis grundsätzlich als Resultat von Marktprozessen zu akzeptieren ist, ist nur bei einem krassen Missverhältnis zwischen eigenen Kosten und Verkaufspreis einzuschreiten (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 390, N. 402 in fine zu Art. 7 KG). Bezüglich der Leistungsabrechnung im Gesundheitswesen hat die WEKO die Tarife von sogenannten Intermediären, d.h. von Dienstleistungsunternehmen, welche die elektronische Rechnungsstellung zwischen Leistungserbringern und Patienten bzw. Versicherern sicherstellen, im Rahmen einer Vorabklärung geprüft. Ein Intermediär verlangte pro Rechnung zunächst Preise von Fr. 1.70 bis

Fr. 1.30, später von Fr. 0.92 bis Fr. 1.00. Die Kosten pro Rechnung beliefen sich auf Fr. 0.50. Die WEKO war der Auffassung, der Preis liege auch bei Anrechnung eines angemessenen Gewinns weit über den Kosten und es bestünden damit Indizien für einen unangemessenen Preis (RPW 2007/2, 174 ff., Rz. 75 ff., Rz. 82). Die Nettogewinnmarge lag in diesem Fall bei 45.65 % [$(0.92-0.5):0.92 \times 100$] bis 70.58 % [$(1.70-0.50):1.70 \times 100$].

7.10. Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 7 KG kann, wie das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden hat, auch auf die Lehre und Praxis zu Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008) zurückgegriffen werden, da die jeweiligen Normen grösstenteils übereinstimmen (BGE 146 II 217 E. 4.3; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4).

Die Lehre steht dem Tatbestand des Missbrauchs aufgrund unangemessener Preise kritisch gegenüber. Die Aussicht auf eine hohe Gewinnmarge sei eine zentrale Triebfeder des Wettbewerbs und dürfe nicht durch eine Preiskontrolle gestört werden. Die EU-Kommission sei kein Preisregulator. Der Tatbestand solle deshalb nur als Notbehelf bzw. subsidiär zur Anwendung kommen. Bezüglich der Methodik steht in der EU die Vergleichsmarktmethode im Vordergrund, während die Kostenmethode wegen der Schwierigkeiten der tatsächlichen Kostenfeststellung eher selten zum Zug kommt. Grundsätzlich solle nur eine sehr hohe Gewinnspanne bzw. Rentabilität ein Indiz für die Unangemessenheit des Preises darstellen (THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, N. 338 f., N. 341, N. 349, N. 358 f. zu Art. 102 AEUV; ANDREAS FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, N. 169, N. 176 ff. zu Art. 102 AEUV; zur Problematik der Kostenfeststellung vgl. auch EVELYNE CLERC/PRANVERA KELLEZI, CR Droit de la concurrence, N. 175 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

Gemäss Urteil des EuGH i.S. United Brands/Kommission ("Chiquita") war die EU-Kommission davon ausgegangen, dass ein Preis, der teilweise 100 % höher als der Preis auf dem Vergleichsmarkt war, auf sehr hohe Gewinne hindeute und ein Indiz für die Unangemessenheit sei (wobei dieser Preisunterschied letztlich nicht nachgewiesen werden konnte, weshalb der EuGH die Entscheidung der EU-Kommission bezüglich dieses Punktes aufgehoben hat; Urteil EuGH i.S. United Brands/Kommission vom 14. Februar 1978, Rs. C-27/76, Rn. 258 f., 268). Ebenfalls in Anwendung der Vergleichsmarktmethode hat der EuGH i.S. Autorties íbu/Konkurences padome entschieden, dass nur Preise bzw. Tarife, welche erheblich bzw. signifikant und anhaltend höher sind als Preise auf dem Vergleichsmarkt, ein Indiz für die Unangemessenheit darstellen (Urteil EuGH i.S. Autorties íbu/Konkurences padome vom 14. September 2017, Rs. C-177/16, Rn. 53, 56, 61). Besonders aufschlussreich ist der Fall Aspen Pharma (Aspen). Diesbezüglich geht es um mehrere, alternativlose Krebsmedikamente, bezüglich derer Aspen Pharma über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die EU-Kommission hatte wegen erheblicher Preissteigerungen bei den betroffenen Medikamenten, oft um jeweils meh-

rere hundert Prozent, ein Verfahren gegen Aspen wegen Erzwingung unangemessener Preise eingeleitet. Die Anwendung der Kostenmethode ergab, dass die EBITDA-Marge (EBITDA: Gewinn, d.h. Preis bzw. Umsatz minus Kosten, aber ohne Abzug von Zinsen, Steuern, Abschreibungen und Amortisationen [earnings before interest, taxes, depreciation and amortization]; EBITDA-Marge: EBITDA im Verhältnis zum Umsatz), welche eine aussagekräftige Gewinnmarge und Kennziffer für die Rentabilität darstellt, bezüglich der betroffenen Medikamente bei durchschnittlich 80 % bis 90 % lag. Wurden die Kosten um eine angemessene Marge von 23 % erhöht (sog. Cost-Plus-Wert), so lag die EBITDA-Marge immer noch im Durchschnitt 280 % bis 300 % über dem Cost-Plus-Wert. Anders ausgedrückt lagen die Preise von Aspen selbst nach Berücksichtigung einer angemessenen Marge noch rund 300 % über den eigenen Kosten. Sachliche Gründe für diese nach Ansicht der Kommission exzessiven Preise und Rentabilität konnte Aspen nicht anführen. Die EU-Kommission kam deshalb zum Schluss, dass exzessiv überhöhte Gewinne und Preise vorlagen und ein Indiz für unangemessene Preise im Sinne von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV vorliege (Beschluss der EU-Kommission in Sachen Case AT.40394 Aspen vom 10. Februar 2021, C (2021) 724 final, Antitrust Procedure, zugänglich über die Website der EU-Kommission; vgl. auch Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 10. Februar 2021 in einem Verfahren nach Art. 102 AEUV und Art. 54 EWR-Vertrag in der Sache AT.40394 Aspen, ABl. C 435/4 vom 28. Oktober 2021). Dieser Fall zeigt, dass wegen der grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem Tatbestand der unangemessenen Preise nur bei einer geradezu exzessiven Gewinnmarge eingeschritten wird.

c) Die Kosten-Preis-Schere

7.11. Einen weiteren Missbrauchstatbestand stellt die sogenannte Kosten-Preis-Schere dar. Damit eine solche überhaupt durchgeführt werden kann, müssen drei strukturelle Voraussetzungen (vertikale Integration, Abhängigkeit von den Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens, marktbeherrschende Stellung) erfüllt sein. Vorausgesetzt ist, dass die Konkurrentin auf die Vorleistungsprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist. Eine Marktbeherrschung muss zumindest auf dem vorgelagerten Markt (vorliegend: zwei Wholesalemärkte) bestehen, wobei auch auf dem nachgelagerten Markt (hier: öffentliche Ausschreibung der Post als Endkundenmarkt) eine gewisse, dominante Stellung vorhanden sein muss (BGE 146 II 217 E. 5.2). Das unzulässige Verhalten liegt in der verfolgten Strategie, mit welcher ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Mitbewerber im nachgelagerten Markt (vorliegend die konkrete Ausschreibung der Post) so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig sind, d.h. letztlich aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird. Im Gegensatz zum Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, bei welchem eindimensionaler Preisdruck herrscht, wird bei der Kosten-Preis-Schere ein zweidimensionaler Preisdruck ausgeübt, sodass keine einen rentablen Umsatz erlaubende Marge mehr erzielt werden kann. Das vertikal integrierte markt-

beherrschende Unternehmen wirkt von zwei Seiten (Vorleistungspreis auf vorgelagertem Markt; Endkundenpreis auf nachgelagertem Markt) auf die Gewinnmarge der Konkurrentinnen auf dem nachgelagerten Markt ein. Es handelt sich mit anderen Worten um einen zweistufigen Behinderungsmissbrauch bzw. eine Verdrängungs-Strategie, welche rechtsprechungsgemäss einen eigenständigen Missbrauchstatbestand gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (BGE 146 II 217 E. 5.1 f. und E. 7.3; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 517 ff., N. 537, N. 546 zu Art. 7 KG). Auch das in einer Kosten-Preis-Schere zum Ausdruck kommende, missbräuchliche Verhalten kann durch sachliche Gründe ("legitimate business reasons") gerechtfertigt sein, sodass im Ergebnis ein fairer Leistungswettbewerb besteht (BGE 146 II 217 E. 5.9; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 534, N. 558 f. zu Art. 7 KG).

7.12. In folgenden zwei Fällen liegt, sofern die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind, in kalkulatorischer Hinsicht eine Kosten-Preis-Schere vor: (1) Der Vorleistungspreis für die Konkurrentin ist höher als der Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt (Preis vorgelagert > Preis nachgelagert). Die Preisdifferenz ist negativ, sodass eine ebenso effiziente Konkurrentin wie das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Endkundenmarkt nicht wettbewerbsfähig sein kann (Beispiel: Der von der Konkurrentin zu bezahlende Vorleistungspreis beträgt Fr. 50.--; der Endkundenpreis des marktbeherrschenden Unternehmens beträgt Fr. 30.--; die Preisdifferenz beträgt - Fr. 20.--; die Konkurrentin ist aufgrund des hohen Vorleistungspreises nicht in der Lage, einen kompetitiven Endkundenpreis zu offerieren). (2) Die Marge der Konkurrentin zwischen dem (von ihr zu bezahlenden) Vorleistungspreis und dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt reicht nicht aus, um die produktespezifischen Kosten zu decken (Preis nachgelagert - Preis vorgelagert < = Kosten nachgelagert). In diesem Fall ist die Ermittlung der produktespezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens relevant. Es geht darum, ob eine ebenso effiziente Konkurrentin verdrängt wird, weil die Summe aus Vorleistungspreis und produktespezifischen Kosten gleich oder höher ist als der Endkundenpreis (Beispiel: Vorleistungspreis Fr. 25.--, produktespezifische Kosten Fr. 10.--, Endkundenpreis des marktbeherrschenden Unternehmens Fr. 30.--; die Marge zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis von Fr. 5.-- reicht nicht aus, um die produktespezifischen Kosten zu decken; BGE 146 II 217 E. 5.5; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 522 f. zu Art. 7 KG).

Ob eine unzureichende Gewinnspanne respektive Marge der Konkurrentin vorliegt, ist nicht auf der Basis der Kosten der Konkurrentin, sondern auf der Basis eines Kosten-Preis-Vergleichs beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst zu ermitteln. Es sind die tatsächlichen Kosten und die tatsächlich praktizierte Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens heranzuziehen. Mit anderen Worten ist ein sog. Eigenwirtschaftlichkeitstest (auch als "as efficient competitor-test" oder als "equally efficient competitor-test" bezeichnet) durchzuführen. Es geht darum, zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen, wäre es nicht vertikal inte-

griert und müsste es selbst den Vorleistungspreis bezahlen, effizient genug wäre, um keine Verluste zu erleiden. Würde das marktbeherrschende Unternehmen bei seinen Vorleistungspreisen ebenfalls Verluste einfahren, ist davon auszugehen, dass eine Konkurrentin nicht weniger effizient arbeitet als das marktbeherrschende Unternehmen und es liegt kalkulatorisch eine Kosten-Preis-Schere vor (BGE 146 II 217 E. 5.4, 5.6 f.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 526 zu Art. 7 KG).

7.13. Auf die Kosten der Konkurrentin (sog. Fremdwirtschaftlichkeitstest) darf nach dem Gesagten nur im Ausnahmefall abgestellt werden, nämlich dann, wenn sich die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ermitteln lassen (BGE 146 II 217 E. 5.4 und 5.6 f.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 526 zu Art. 7 KG). Es geht mit anderen Worten darum, sicherzustellen, dass eine ebenso effiziente Konkurrentin wie das marktbeherrschende Unternehmen auf den Markt treten kann, wogegen es nicht zu beanstanden ist, wenn eine weniger effiziente Konkurrentin vom Markt verdrängt wird (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 556 zu Art. 7 KG).

VII. Prüfung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

a) Missbrauch auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu den kupferkabelbasierten TAL

8.

8.1. Wie dargelegt verfügte zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung der Post lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetz, und zwar bezüglich der TAL. Der Marktanteil von Swisscom für den Zugang zu TAL betrug 100 %. Zur Realisierung des WAN der Post waren die anderen FDA auf den Zugang zu den TAL der Swisscom angewiesen. Swisscom verfügte demnach auf diesem Vorleistungsmarkt bzw. Wholesalemarkt über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. E. 6.5.1 oben).

8.2. Allerdings wurde der Zugang zu den TAL der Swisscom per 1. April 2007, d.h. rund ein Jahr vor der Ausschreibung der Post, durch das FMG reguliert, sodass insbesondere Sunrise zu kostenorientierten Preisen über einen garantierten Zugang zu den TAL der Swisscom verfügte ("Öffnung der letzten Meile"; vgl. E. 3.2 oben).

8.3. Die Vorinstanz hat erwogen, aufgrund der vorgenannten Regulierung des FMG habe die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem betroffenen Wholesalemarkt nicht ausnützen können (vgl. E. 7.4.2 angefochtenes Urteil). In der Tat schliesst ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 II 199 E. 3.4, E. 5.1 ff., E. 5.4; vgl. E. 7.6 oben) die Rahmenordnung des FMG, welche den Zugang zu den TAL zu kostenorientierten Preisen garantiert, das Tatbestandsmerkmal der "Erzwingung" unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aus. Auch ein anderes missbräuchliches Verhalten von Swisscom, welches unter einen Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG subsumiert werden könnte, ist bei dieser Ausgangslage nicht ersichtlich. Da der Zugang von Sunrise zur notwendigen Infrastruktur der Swisscom gesetzlich gesichert war, und dies zu

kostenorientierten Preisen, wurde der Marktzutritt von Sunrise weder durch Marktzutrittsschranken erschwert noch Sunrise bezüglich der Preise ausgebeutet. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass den Beschwerdeführerinnen trotz marktbeherrschender Stellung auf diesem Wholesalemarkt kein wettbewerbsrechtlicher Vorwurf gemacht werden kann (vgl. E. 6.2.2 S. 32 und 34 angefochtenes Urteil).

b) Missbrauch auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

9.

9.1. Dieser Wholesalemarkt betrifft die nicht regulierten Vorleistungsprodukte. Wie dargelegt bot lediglich Swisscom im Zeitfenster der öffentlichen Ausschreibung der Post geeignete, kommerzielle Vorleistungsprodukte, nämlich CES und BBCS, an. Diese Vorleistungsprodukte ermöglichten die Datenübertragung mit der nötigen Kapazität, wenn diese durch die physikalischen Eigenschaften des Kupferkabels eingeschränkt war (vgl. E. 3.3 oben). Zudem wurde die Datenübertragung dann ermöglicht, wenn die konkurrierende FDA nicht über eine entbündelte Anschlusszentrale verfügte bzw. nicht in die nötige Übertragungstechnik investierte (vgl. E. 3.4 oben). Die Beschwerdeführerinnen verfügten auf diesem (weiteren) Wholesalemarkt ebenfalls über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. E. 3.3 f. und E. 6.6 oben).

Der allfällige Missbrauch ist nur im Verhältnis zu Sunrise zu prüfen. In Bezug auf das Verhältnis zu Cablecom wurde ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz weder geprüft noch ein entsprechender Vorwurf erhoben (vgl. E. 3.6 oben). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf diesem Wholesalemarkt gegenüber von Sunrise durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG missbraucht hat.

9.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen, das angefochtene Urteil verletze in mehrfacher Hinsicht Art. 7 KG. Weder liege gegenüber Sunrise ein "Erzwingen" im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor, noch seien die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte "unangemessen" im Sinne dieser Bestimmung. Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe die Option der Entbündelung weiterer Anschlusszentralen durch Sunrise zu Unrecht ausgeklammert. Das FMG habe jedoch mit der "Öffnung der letzten Meile" von Swisscom bzw. dem garantierten Netzzugang zu kostenorientierten Preisen von den konkurrierenden FDA bewusst verlangt, in die Netzinfrastruktur zu investieren, d.h. weitere Anschlusszentralen zu entbündeln. Die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte wie BBCS oder CES seien deshalb vom Gesetzgeber bewusst nicht reguliert worden. Bezüglich der angeblichen Unangemessenheit der Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte habe die Vorinstanz zudem, anstatt die Kosten von Swisscom für diese Vorleistungsprodukte mit dem Preis für diese zu vergleichen, den Preis für die Vorleistungsprodukte mit dem Zuschlagspreis verglichen, was rechtlich falsch sei. Das Erzwingen setze eine Notlage von Sunrise und das Aufzwingen des ausbeuterischen Willens durch Swisscom voraus. Bei-

des sei nicht gegeben. Ausserdem habe Sunrise auf die regulierten TAL ausweichen können.

9.3. In Bezug auf das Verhalten von Swisscom bzw. das "Erzwingen" hat die Vorinstanz zunächst verschiedene Sachverhaltsfeststellungen getroffen, welche für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. E. 8.3.2.2 angefochtenes Urteil): Sunrise verlangte bei Swisscom eine Offerte für die Vorleistungsprodukte CLn und COS, welche allerdings für die Realisierung des Postprojekts ungeeignet sind. In der Folge nahm Swisscom mit Sunrise Kontakt auf und empfahl Sunrise, bei ihr eine neue Wholesaleofferte für die zu erschliessenden Poststellen zu verlangen, und zwar auf der Basis des Vorleistungsprodukts CES. Am 17./18. September 2008 bat Sunrise bei Swisscom um eine Wholesaleofferte für das Postprojekt, allerdings wiederum für die Vorleistungsprodukte CLn und COS. Nach dem Hinweis von Swisscom, dass sich das Vorleistungsprodukt CES besser eignen würde, bat Sunrise am 24. September 2008 um eine Wholesaleofferte für CES. In der Folge unterbreitete Swisscom Sunrise drei Offerten, nämlich am 27. Oktober 2008, am 10. November 2008 und am 5. Januar 2009, wobei die letzte Offerte gemäss Sunrise preislich am attraktivsten war, aber von Sunrise nicht mehr genutzt werden konnte, da sie bereits im November gegenüber der Post ihr letztes Angebot unterbreitet hatte. Ausserdem verlangte Sunrise am 23. November 2008 von Swisscom substanzielle Preisrabatte für die wiederkehrenden Kosten, welche von Swisscom am 25. November 2008 teilweise gewährt wurden.

9.4. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, die Erschliessung von Poststandorten mittels TAL sei zwar für Sunrise eine günstige bzw. valable Ausweichmöglichkeit gewesen, aber nur unter der Voraussetzung, dass Sunrise die nötigen Anschlusszentralen bereits entbündelt habe. Dies sei bei Sunrise nicht der Fall gewesen. Da es aus wirtschaftlichen Gründen nur bei genügend Endkunden sinnvoll sei, die nötigen Investitionen für die Entbündelung einer Anschlusszentrale zu tätigen, sei die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen, um die Ausschreibung der Post zu erfüllen, für Sunrise ökonomisch unverhältnismässig gewesen. Gerade in ländlichen Gebieten mit wenig Endkunden lohne sich die Entbündelung weniger als in städtischen Gebieten (vgl. E. 8.3.2.1 angefochtenes Urteil). Die Vorinstanz hat damit die Möglichkeit von Sunrise, die Poststellen soweit wie technisch möglich mit TAL zu erschliessen, von vornherein ausgeschlossen.

Im Weiteren anerkannte die Vorinstanz zwar, dass Swisscom auf Sunrise zugehen, um Sunrise bei der Erarbeitung einer günstigeren Offerte zuhanden der Post behilflich zu sein. Diese schliesse jedoch ein Erzwingen nicht aus. Swisscom habe die Details der Ausschreibung der Post gekannt und wissen müssen, auf welche entbündelten Anschlusszentralen Sunrise habe zugreifen können. Die Vorinstanz gelangt zum Ergebnis, dass Swisscom die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber Sunrise erzwungen habe (vgl. E. 8.3.2.2 S. 77 angefochtenes Urteil).

9.5. Gemäss dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt hat sich Sunrise gegenüber Swisscom zunächst nicht um eine geeignete Wholesaleofferte bemüht. Viel-

mehr hat Swisscom die Initiative ergriffen und Sunrise bei der Einholung von Wholesaleofferten für das Postprojekt massgeblich unterstützt und zeitnah Offerten unterbreitet. Dass die letzte, preislich attraktivste Wholesaleofferte von Sunrise nicht mehr für deren Offerte gegenüber der Post verwendet werden konnte, ist gemäss dem vorinstanzlich festgestellten Zeitablauf darauf zurückzuführen, dass Sunrise sich in ungeeigneter Weise und zu spät um Wholesaleofferten für die kommerziellen Vorleistungsprodukte der Swisscom bemühte. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass Swisscom auf Sunrise Druck ausgeübt hat, um bestimmte Vorleistungspreise durchzusetzen. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass Swisscom einseitig die Preise diktiert hat. Demnach liegt entgegen der Vorinstanz bei dieser Ausgangslage kein Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor (vgl. E. 7.5 oben).

Vielmehr ist der Umstand, dass Sunrise offenbar die Vorleistungspreise nicht auf das von ihr gewünschte Niveau senken konnte, von Sunrise selbstverschuldet. Es ist nicht Aufgabe des KG, ein Unternehmen, welches sich durch eigenes Verschulden im Wettbewerb nicht durchsetzen konnte, mit den Mitteln des KG zu schützen (vgl. E. 7.7 oben). Swisscom trägt als marktbeherrschendes Unternehmen zwar eine gewisse Verantwortung für ihr Marktverhalten. Diese Verantwortung geht jedoch entgegen der Vorinstanz nicht soweit, dass der Swisscom im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung die Verantwortung für eine brauchbare Offerte der konkurrierenden Sunrise aufgebürdet werden kann. Die Begründung der Vorinstanz läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass alleine die marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ist, was mit der Regelung von Art. 7 KG und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar ist (vgl. E. 7.1 und E. 7.7 oben). Ein unzulässiges bzw. missbräuchliches Verhalten von Swisscom fällt damit mangels Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausser Betracht. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen bezüglich Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erweist sich schon aus diesem Grund als berechtigt.

9.6. Im Weiteren ist ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich des Tatbestandsmerkmals des Erzwingens von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auch die Rahmenordnung des FMG zu beachten (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 und E. 5.1 ff., E. 5.4; vgl. E. 4.2 und E. 7.6 oben).

Nach dem FMG hatte Sunrise seit dem 1. April 2007 zu regulierten Preisen Zugang zu den TAL von Swisscom und konnte deren Anschlusszentralen mittels Installation von Übertragungstechnik entbündeln bzw. nutzen, um dem Endkunden bzw. der Post Breitbandverbindungen anzubieten (vgl. E. 3.2 ff. oben). Gemäss vorinstanzlich festgestelltem Sachverhalt hatte Swisscom selbst alle nötigen Anschlusszentralen entbündelt, während Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung schweizweit erst 12 % sämtlicher Anschlusszentralen entbündelt hatte. Ausgehend von den physikalischen Restriktionen des Kupferkabels (Entfernung) und der nötigen Datenübertragungskapazität konnten unter der Voraussetzung der Entbündelung aller für den Postauftrag nötigen Anschlusszentralen 2'064 Poststandorte (d.h. rund 90 % von 2'305 Poststandorten) mittels dem Vorleistungsprodukt TAL erschlossen werden, während für 241 Post-

standorte (rund 10 %) eine Erschliessung mittels dem kommerziellen Vorleistungsprodukt CES erforderlich war (vgl. E. 6.6.1 oben und E. 8.2.3 S. 67 und S. 69 angefochtenes Urteil, "angepasstes Szenario TAL bis 2 Mbit/s"). Hätte Sunrise wie Swisscom spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der letzten Offerte an die Post im November 2008 (vgl. E. 9.3 oben) bereits alle für den Postauftrag nötigen Anschlusszentralen entbündelt gehabt, hätte Sunrise somit nur bezüglich 10 % aller Poststandorte auf ein kommerzielles Vorleistungsprodukt bzw. CES zurückgreifen müssen, während der TAL-Anteil bei 90 % gelegen wäre.

Für die Untersuchung der WEKO bezüglich Ausschreibung der Post hat das BAKOM zudem ausgehend von den genannten technischen Rahmenbedingungen (physikalische Restriktionen, Datenübertragungskapazität) und der Voraussetzung, dass Sunrise alleine für den Postauftrag keine zusätzlichen Anschlusszentralen entbündelt, verschiedene Szenarien entwickelt. Gemäss dem vom BAKOM empfohlenen Szenario "BAKOM VDSL" war Sunrise unter diesen technischen Voraussetzungen für 37 % der Poststandorte auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte BBSCS oder CES angewiesen, d.h. 63 % der Poststandorte konnten aufgrund bereits entbundelter Anschlusszentralen mit TAL angebunden werden. Beim Szenario "BAKOM SDSL" lag der TAL-Anteil bei 55 %, während für 45 % der Poststandorte auf BBSCS oder CES zurückgegriffen werden musste (vgl. E. 8.3.2.3 S. 79 angefochtenes Urteil).

9.7. Wesentlich ist somit, ob aus dem Umstand, dass Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post aus technischer Sicht für 37 % bis 45 % der Poststellen auf die teureren kommerziellen Vorleistungsprodukte BBSCS oder CES angewiesen war, ein unzulässiges Verhalten von Swisscom im Sinne eines Erzwingens (gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) abgeleitet werden kann.

Ziel des Gesetzgebers, welches schliesslich zur Änderung des FMG vom 24. März 2006 und damit zur "Öffnung der letzten Meile" per 1. April 2007 auf dem Gesetzesweg führte (vgl. AS 2007 921 ff.; vgl. E. 3.2 oben), war es, im Fernmeldewesen Investitionen in die Infrastruktur durch konkurrierende Anbieterinnen zu fördern. Gemäss Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des FMG sollte der Konkurrenz ein gerechter Zugang zur Infrastruktur und zu den Diensten der beherrschenden Anbieterin gegeben und ihnen ermöglicht werden, in die Technologien zu investieren, die am meisten versprechen. Insbesondere sollte der Zugang zum Teilnehmeranschluss gewährt werden, und zwar vor allem, um das Breitbandangebot zu verbessern und auszubauen. Die Verwendung von Breitbanddiensten durch einen grossen Teil der Bevölkerung sollte angekurbelt werden. Der Aufwand der marktbeherrschende Anbieterin war dabei durch Deckung ihrer Kosten und Entschädigung ihres Investitionskapitals abzugelten. Mit der Einführung der Entbündelung, welche den Wettbewerb fördern sollte, würde sich gemäss Botschaft die Vorzugsstellung von Swisscom abschwächen. Der Vorsprung durch den ausschliesslichen Zugang zum Teilnehmeranschluss werde wegfallen. Zugleich war aber auch der Gefahr negativer Investitionsanreize auf Seiten von Swisscom Rechnung zu tragen. Diesbezüglich ging der Bundesrat davon aus, dass die Einführung der Ent-

bündelung, welche noch nie da gewesene Entwicklungsmöglichkeiten biete, die Konkurrenz dazu motivieren sollte, die nötigen Investitionen zu tätigen, um den Markt für Sprachtelefonie und Breitbandinternet zu erobern. Zugleich wurde die Vermutung geäussert, dass kaum vorstellbar sei, dass Swisscom diese Entwicklung nicht mitmachen würde. Die zukünftigen Investitionen von Swisscom seien trotz Entbündelung auch deshalb nicht in Gefahr, weil Swisscom im Fall der Überlassung des Anschlusses keinen Schaden erleide, da sie dafür einen Preis erhalte, der die Kosten angemessen abdecke und insbesondere angesichts des eingegangenen Risikos einen ausreichenden Gewinn garantiere (Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7951 ff., insbesondere 7952, 7968 ff., 7997 f.).

Seit dem 1. April 2007 und damit seit rund einem Jahr vor der öffentlichen Ausschreibung der Post konnte Sunrise mittels Entbündelung auf das günstige Vorleistungsprodukt TAL greifen. Dass Sunrise diesbezüglich zuerst in die Entbündelung bzw. Übertragungstechnik investieren musste, war vom Gesetzgeber explizit so gewollt. Die kommerziellen Vorleistungsprodukte waren zwar teurer, aber umfassten auch deutlich mehr Leistungen und erforderten seitens Sunrise keine weiteren Investitionen in Übertragungstechnik. Diese Ausgangslage war durch das FMG vorgegeben und kann Swisscom nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es war Sache von Sunrise, wie vom Gesetzgeber angestrebt vor der Ausschreibung der Post bzw. rechtzeitig in die Telekommunikationsinfrastruktur zu investieren, um von den günstigen TAL-Preisen profitieren zu können. Andernfalls würde der Zweck des FMG unterlaufen.

Die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte waren vom Gesetzgeber per 1. April 2007 nicht reguliert worden. Wenn also Sunrise aufgrund eines erhöhten Bedarfs an kommerziellen Vorleistungsprodukten einem gewissen ökonomischen Druck ausgesetzt war, so ist dies nicht auf ein Verhalten von Swisscom zurückzuführen, sondern auf die Tatsache, dass Sunrise nicht rechtzeitig in die Telekommunikationsinfrastruktur investiert hat. Jedenfalls war Swisscom aufgrund der Rahmenordnung des FMG nicht verpflichtet, die kommerziellen Vorleistungsprodukte, welche im Leistungsumfang deutlich über das Vorleistungsprodukt TAL hinausgingen, zum gleichen, regulierten Preis wie TAL zu offerieren und eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem Wettbewerbsrecht.

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung hat Sunrise im Jahr 2017 den Zuschlag für den neu ausgeschriebenen Postauftrag bezüglich WAN-Anbindung erhalten, was darauf zurückzuführen ist, dass Sunrise in der Zwischenzeit offenbar die nötigen Investitionen getätigt hat (vgl. E. 7.6.3.3 angefochtenes Urteil). Ob eine konkurrierende FDA in die Telekommunikationsinfrastruktur investiert hat oder nicht, kann jedoch nicht das Kriterium dafür sein, ob eine solche FDA sich auf ein Erzwingen unangemessener Preise berufen kann. Andernfalls würde einer konkurrierenden FDA ermöglicht, auf eigene Investitionen zu verzichten und dem marktbeherrschenden Unternehmen (ständig) das Erzwingen unangemessener Preise vorzuwerfen. Sunrise stand ab dem 1. April 2007 mit "Öffnung der letzten Meile" von Swisscom der Zu-

gang zum Kupferkabelnetz offen. Davon hätte Sunrise, um die eigene Konkurrenzfähigkeit - insbesondere im Hinblick auf öffentliche Ausschreibungen wie jene der Post - zu verbessern, rechtzeitig Gebrauch machen können und müssen. Sunrise verfügte damit über die Möglichkeit, auf das günstigere, regulierte Vorleistungsprodukt TAL auszuweichen. Aufgrund der Rahmenordnung des FMG bestand somit für Sunrise trotz des damit verbundenen Aufwands eine Ausweichmöglichkeit (BGE 137 II 199 E. 5.4). Indem die Vorinstanz die Rahmenordnung des FMG nicht berücksichtigt, setzt sie die marktbeherrschende Stellung von Swisscom auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen mit einem missbräuchlichen Verhalten gleich, was gegen Art. 7 Abs. 1 KG verstösst. Ein Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt nach dem Gesagten auch aufgrund der Rahmenordnung des FMG nicht vor.

9.8. Die Swisscom verfügte auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zwar über eine marktbeherrschende Stellung, hat diese Stellung aber nach dem Gesagten nicht durch ein missbräuchliches Verhalten ausgenutzt. Nachdem kein Erzwingen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vorliegt, fällt ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich durch Erzwingung unangemessener Preise ausser Betracht. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich insofern als berechtigt und das angefochtene Urteil als bundesrechtswidrig.

9.9. Im Übrigen wäre bezüglich der kommerziellen Vorleistungsprodukte auch das Element der Unangemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht erfüllt: Wie von der Vorinstanz selbst dargelegt, hat die Praxis zur Ermittlung der Unangemessenheit verschiedene Tests entwickelt (vgl. E. 7.9 oben). Bezüglich der Prüfung der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post hat die Vorinstanz auf die Kostenmethode abgestellt, nachdem sich die anderen Methoden als nicht durchführbar erwiesen haben (vgl. E. 8.2.3 angefochtenes Urteil). Gemäss dieser Methode sind die Gestehungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens für ein Produkt unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge mit dem Verkaufspreis für dieses Produkt zu vergleichen. Es sind also die Gestehungskosten von Swisscom für die Bereitstellung der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES in Bezug auf 37 % bis 45 % der 2'305 Poststandorte zu ermitteln. Diese Gestehungskosten sind um eine normale Gewinnmarge zu erhöhen. Diese Summe ist mit dem Verkaufspreis von Swisscom für die genannten, kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber Sunrise zu vergleichen. Die Höhe der Differenz ist ein Indiz für oder gegen die Unangemessenheit der Preise.

Die Vorinstanz hat jedoch die Gestehungskosten von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gar nicht ermittelt. Vielmehr hat sie (aufgrund diverser Szenarien; vgl. dazu E. 9.6 oben und E. 11 unten) die "von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungskosten", d.h. den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungspreis [Fr. 21 - 22 Mio.], plus weitere Kosten, und zwar gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" (Gesamtkosten von [Fr. 23 - 26 Mio.]),

mit den Zuschlagspreis von Swisscom gegenüber der Post (Fr. 20.4 Mio.) verglichen (vgl. E. 8.3.2.3, S. 79, 84, 86 angefochtenes Urteil). Damit vergleicht die Vorinstanz den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungspreis mit dem von der Post an Swisscom zu bezahlenden Zuschlagspreis. Welcher Methode dieser Preisvergleich entsprechen soll, legt die Vorinstanz nicht dar. Jedenfalls entspricht dieser Preisvergleich nicht der Kostenmethode.

Ob ein Preis im Vergleich zu den Kosten unangemessen bzw. krass überhöht ist, kann nur aus dem Vergleich zwischen den eigenen Kosten für ein Produkt und dem Preis für dasselbe Produkt abgeleitet werden. Die Vorinstanz hätte die Gestehungskosten von Swisscom für die Vorleistungsprodukte mit dem von Swisscom für dieselben Vorleistungsprodukte von Sunrise verlangten Preis vergleichen müssen. Die Vorinstanz vergleicht jedoch das Verhältnis von zwei Preisen, notabene von Preisen für unterschiedliche Produkte auf unterschiedlichen Märkten. Sie zieht den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Wholesalepreis für kommerzielle Vorleistungsprodukte heran, wobei sie von einem Anteil kommerzieller Vorleistungsprodukte von 37 % bis 45 % und einem TAL-Anteil von bloss 63 % bzw. 55 % ausgeht. Diesen Preis des Wholesalemarktes vergleicht sie mit dem Endkundenpreis von Swisscom gegenüber der Post, wobei hier der TAL-Anteil bei rund 90 % liegt. Auf diese Weise kann jedoch nicht geprüft werden, ob der Preis für kommerzielle Vorleistungsprodukte im Vergleich zu den eigenen Kosten für dieselben kommerziellen Vorleistungsprodukte krass überhöht ist. Die Vorinstanz vergleicht mit anderen Worten den Preis für ein Auto der Marke A auf dem Wholesalemarkt mit dem Preis für ein Auto der Marke B auf dem Endkundenmarkt. Die Unangemessenheit des Wholesalepreises des Autos der Marke A im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG lässt sich daraus schlicht nicht ableiten. Die Vorinstanz hätte die Kosten, welche Swisscom für die Bereitstellung der Vorleistungsprodukte CES und BBCS im Umfang von 37 % der Poststandorte entstanden wären, mit dem Vorleistungspreis von Swisscom gegenüber Sunrise für diese Produkte vergleichen müssen. Dieser Vergleich zwischen Kosten und Preis wurde fälschlicherweise nicht vorgenommen und kann mangels festgestellter Kostenbasis auch nicht nachgeholt werden.

c) Missbrauch auf dem Endkundenmarkt betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

10.

10.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass Swisscom auch gegenüber der Post ihre marktbeherrschende Stellung, und zwar auf dem genannten Endkundenmarkt bzw. im Rahmen der konkreten öffentlichen Ausschreibung, durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG missbraucht hat.

10.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 KG. Sie bringen im Wesentlichen vor, ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liege nicht vor. Die Post habe einen Auftrag öffentlich ausgeschrieben und es habe ein Bieterwettbewerb zwischen drei Unternehmen bestanden. Die Post habe den Preis mit Swisscom nachverhandeln und substanziell senken können. Dies

schliesse ein Erzwingen aus. Zudem habe die Post, sollte der Preis effektiv unangemessen gewesen sein, die Möglichkeit gehabt, das Vergabeverfahren abzubrechen und den Auftrag neu auszuschreiben. Zudem spreche der Umstand, dass die Post von der Verlängerungsoption Gebrauch gemacht und den Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert habe, gegen ein Erzwingen.

Im Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Zuschlagspreis gegenüber der Post sei nicht unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG. Sie bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe die Kostenmethode angewendet, d.h. es seien die Kosten von Swisscom für das Angebot gegenüber der Post mit dem Zuschlagspreis zu vergleichen. Die Kosten von Swisscom seien nicht erhoben worden, was die Untersuchungsmaxime verletze. So oder so sei ausgehend vom Szenario "TAL bis 2 Mbit/s (Kosten rund [Fr. 11 bis Fr. 14 Mio.]) und dem Zuschlagspreis von rund Fr. 20.4 Mio. eine Bruttogewinnmarge von [30 % bis 45 %] nicht aussergewöhnlich hoch. Es bestehe jedenfalls kein übertriebenes Missverhältnis zwischen Kosten und Preis.

10.3. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, Swisscom habe im Rahmen des Vergabeverfahrens das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht, weshalb die Post der Swisscom habe den Zuschlag erteilen müssen. Ein Abbruch des Vergabeverfahrens wäre nur möglich gewesen, wenn aufgrund des Wegfalls von Wettbewerbsverzerrungen ein günstigeres Angebot zu erwarten gewesen wäre. Dass die Post den auf 2009 bis 2013 befristeten Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert habe, spreche weder für noch gegen das Erzwingen. Auch die Tatsache, dass die Post den Preis von Swisscom um ca. [15 % - 25 %] habe herunterhandeln können, spreche nicht für oder gegen das Erzwingen. Im Ergebnis liege ein Erzwingen vor (E. 8.2.4 S. 72 f. angefochtenes Urteil).

Bezüglich der Unangemessenheit der Preise hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, gemäss der Kostenmethode sei auf die Kosten von Swisscom abzustellen. Die WEKO habe mit Fragebogen vom 3. Juli 2012 die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, Projektabrechnungen für das Postprojekt einzureichen. Die Beschwerdeführerinnen hätten am 26. Juli 2012 geantwortet, da es sich bei den eingesetzten Produkten um Standortprodukte handle, erstelle Swisscom keine Projektabrechnungen. Die WEKO habe aufgrund dieser Antwort davon ausgehen dürfen, dass die Swisscom ihre internen Kosten für das Postprojekt nicht kenne und deshalb zu Recht eigene Kostenberechnungen vornehmen können (vgl. E. 8.2.3 S. 68 angefochtenes Urteil). Swisscom selbst gehe davon aus, dass 2'064 von 2'305 Poststellen mit TAL hätten angebunden werden können, während für 241 Poststellen auf CES hätte zurückgegriffen werden müssen (TAL-Anteil von rund 90 %). Es sei deshalb vom "angepassten Szenario TAL bis 2 Mbit/s" auszugehen mit Preisen von rund [Fr. 13 Mio. bis Fr. 16 Mio.], welche als hypothetische interne Kosten von Swisscom herzuziehen seien. Darin sei bereits eine Gewinnmarge von [12 % - 14 %] enthalten. Die effektiven, internen Kosten von Swisscom würden sich somit auf rund [Fr. 11 Mio. bis Fr. 14 Mio.] belaufen, was bei einem Zu-

schlagspreis von Fr. 20.4 Mio. eine Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] ergebe (vgl. E. 8.2.3 S. 69 ff. angefochtenes Urteil; Zuschlagspreis bzw. Umsatz - Kosten = Gewinn; Gewinn: Zuschlagspreis bzw. Umsatz x 100 = Gewinnmarge; [...]). Eine solche Gewinnmarge liege weit über den effektiv festgestellten Kosten von Swisscom und sei deshalb offensichtlich unangemessen.

10.4. Es ist unbestritten, dass die Post den von Swisscom offerierten Preis durch Verhandlungen massiv senken konnte, nämlich von rund [Fr. 23 Mio. - Fr. 28 Mio.] auf rund Fr. 20.5 Mio. bzw. um ca. [15 % - 25 %]. Weiter ist unbestritten, dass Swisscom wie auch Sunrise und Cablecom im Ungewissen darüber waren, wie weit sie der Post in den Verhandlungen entgegenkommen mussten, um den Zuschlag zu erhalten (vgl. E. 6.7.6 oben). Im Weiteren hat auch die Vorinstanz anerkannt, dass der Vergabestelle bzw. vorliegend der Post in einem Vergabeverfahren eine starke Stellung zukommt, dies erst recht, wenn es sich wie bei der Post um ein Grossunternehmen als Auftraggeber handelt (vgl. E. 6.7.6 und E. 6.4 oben). Der Zuschlagspreis war das Ergebnis von Verhandlungen und wurde gerade nicht einseitig von Swisscom festgesetzt. Dies gilt umso mehr, als die Post mit drei Anbieterinnen verhandeln und als Vergabestelle einen gewissen Druck ausüben konnte. Dass Swisscom gegenüber der Post mit dem Einsatz irgendwelcher Mittel gedroht haben soll, um einen bestimmten Preis durchzusetzen, wurde von der Vorinstanz weder festgestellt noch behauptet. Entgegen der Vorinstanz ist der Umstand, dass der Preis von Swisscom in Verhandlungen massiv reduziert werden konnte, nicht neutral zu werten, sondern schliesst ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aus (vgl. E. 7.5 f. oben). Im Übrigen spricht auch der Umstand, dass die Post den Vertrag mit Swisscom freiwillig um ein Jahr verlängert hat, gegen ein Erzwingen. Ein Unternehmen, welches sich einen Preis hätte aufzwingen lassen, würde kaum nach Ablauf einer vierjährigen Vertragsdauer den Vertrag nochmals um ein Jahr verlängern. Ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt somit nicht vor.

Auch hier hat die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt bzw. im Rahmen der Ausschreibung der Post nicht durch ein missbräuchliches Verhalten ausgenutzt.

10.5. Damit erübrigt es sich, zu prüfen, ob die Post als Vergabestelle das Vergabeverfahren hätte abbrechen können. Jedenfalls kann die Auftraggeberin gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. b aVöB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995; AS 1996 518 ff.; per 1. Januar 2021 aufgehoben bzw. abgelöst durch die VöB vom 12. Februar 2020; SR 172.056.11; vgl. Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1 VöB) das Verfahren abbrechen und wiederholen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfallen.

10.6. Im Übrigen wäre der Zuschlagspreis bei einer Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] ohnehin nicht als unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu qualifizieren: Sowohl im Fall Aspen als auch im Fall bezüglich der elektronischen Rechnungsstellung im Gesundheitswesen war die Gewinnmarge deutlich höher, teilweise mehr als doppelt so hoch (80 % bis 90 %, vgl. E. 7.9 f. oben).

Der Zuschlagspreis lag vorliegend rund [50 % bis 70 %] über den Kosten, notabene ohne Einberechnung einer angemessenen Marge ([...]; vgl. E. 10.3 oben). Im Fall Aspen lagen die Preise, selbst unter Einberechnung einer Marge von 23 %, rund 300 % über den Kosten (vgl. E. 7.10 oben). Von solchen Werten ist eine Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] und ein Preisniveau von [50 % bis 70 %] über den Kosten weit entfernt. Damit liegt keine krass überhöhte oder exzessive Gewinnmarge bzw. kein unangemessener Preis im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor (vgl. E. 7.9 f. oben).

10.7. Nach dem Gesagten fällt ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Beschwerdeführerinnen auf dem betroffenen Endkundenmarkt bzw. gegenüber der Post durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausser Betracht. Das angefochtene Urteil erweist sich insofern als bundesrechtswidrig und die Rüge der Beschwerdeführerinnen als berechtigt.

d) Missbrauch aufgrund einer Kosten-Preis-Schere

11.

Nachfolgend ist der Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens von Swisscom im Sinne einer Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise zu prüfen.

11.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 KG. Sie bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe fälschlicherweise einen Fremdwirtschaftlichkeitstest statt einen Eigenwirtschaftlichkeitstest durchgeführt. Es komme nur darauf an, ob das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner eigenen Preise und Kosten effizient genug sei, um ohne Verluste auf dem Endkundenmarkt zu bestehen. Die Vorinstanz hätte die Kosten von Swisscom untersuchen müssen. In diesem Zusammenhang rügen die Beschwerdeführerinnen auch eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Abgesehen davon liege selbst bei der an sich unzulässigen Anwendung des Fremdwirtschaftlichkeitstests gemäss dem vom BAKOM als Fachbehörde empfohlenen Szenario "BAKOM VDSL" keine Kosten-Preis-Schere vor.

11.2. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, die Kosten-Preis-Schere sei aufgrund eines Eigenwirtschaftlichkeitstests beim marktbeherrschenden Unternehmen zu prüfen (vgl. E. 8.4.2.1 angefochtenes Urteil). Aufgrund der "Aussage" von Swisscom, sie würden ihre internen Kosten nicht kennen, sei ein Fremdwirtschaftlichkeitstest durchgeführt worden (vgl. E. 8.4.2.2 angefochtenes Urteil). Diesbezüglich sei von den Vorleistungskosten von Sunrise gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" im Betrag von [Fr. 21 Mio. - Fr. 22 Mio.] auszugehen. Dieser Betrag liege über dem Zuschlagspreis von Fr. 20.4 Mio. Da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben seien und keine "legitimate business reasons" vorlägen, sei ein missbräuchliches Verhalten gegenüber Sunrise im Sinne einer Kosten-Preis-Schere gegeben.

11.3. Die Kosten-Preis-Schere weist zwar einen eigenständigen Unrechtsgehalt auf und ist insofern ein gegenüber den Tatbeständen von Art. 7 Abs. 2 KG als eigenständige Form missbräuchlichen Verhaltens zu qualifizieren (BGE 146 II 217 E. 7.3). Insofern setzt eine

Kosten-Preis-Schere nicht voraus, dass der Preis auf dem Vorleistungsmarkt und dem Endkundenmarkt unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, N. 550 zu Art. 7 KG). Entscheidend ist jedoch eine verknüpfte Marktanalyse, welche sowohl den vorgelagerten als auch den nachgelagerten, d.h. den Vorleistungs- und den Endkundenmarkt, in einen gemeinsamen Blick nimmt (BGE 146 II 217 E. 7.3). Kennzeichnend für die Kosten-Preis-Schere ist die Ausübung eines zweidimensionalen Preisdrucks, eine Verdrängungsstrategie mittels eines zweistufigen Behinderungsmissbrauchs. Das marktbeherrschende Unternehmen sorgt mit anderen Worten mit seiner Preisstrategie auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt dafür, dass die Konkurrenz vom Endkundenmarkt verdrängt wird (vgl. E. 7.11 oben).

Eine solche, zweistufige Verdrängungsstrategie ist jedoch vorliegend nicht ersichtlich: Swisscom hat wie vorinstanzlich festgestellt gegenüber Sunrise die Initiative für eine Wholesaleofferte für Breitbandprodukte ergriffen und ist Sunrise bezüglich der Vorleistungspreise mehrfach entgegengekommen (vgl. E. 9.3 oben). Der Endkundenpreis von Fr. 20.4 Mio. bzw. Zuschlagspreis resultierte aus den Verhandlungen der Post mit Swisscom, in welchen die Post eine erhebliche Preisreduktion durchsetzen konnte (vgl. E. 10.4 oben). Hätte die Post den anfänglichen Offertpreis von Swisscom im Betrag von rund [Fr. 23 Mio. - Fr. 28 Mio.] akzeptiert, wäre selbst aufgrund der von der Vorinstanz herangezogenen (bestrittenen) Vorleistungskosten von Sunrise von rund [Fr. 21 - Fr. 22 Mio.] eine positive Differenz entstanden, sodass kalkulatorisch keine Kosten-Preis-Schere vorgelegen hätte. Die Höhe des Zuschlagspreises basiert nicht auf einem Behinderungsmissbrauch bzw. einer Verdrängungsstrategie durch Swisscom, sondern auf dem Verhandlungsdruck der Post. Eine Kosten-Preis-Schere scheidet deshalb bereits mangels einer missbräuchlichen Verhaltensweise, welche insbesondere gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG erforderlich ist, aus.

11.4. Das vorinstanzliche Urteil erweist sich somit auch bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mittels Anwendung einer Kosten-Preis-Schere als bundesrechtswidrig und die Rüge der Beschwerdeführerinnen als berechtigt.

11.5. Im Übrigen wäre, selbst wenn auf die hypothetischen Vorleistungskosten von Sunrise gemäss den Berechnungen der Vorinstanz abgestellt würde, eine Kosten-Preis-Schere kalkulatorisch nicht gegeben: Die Vorinstanz hält selbst fest, dass von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus zwingenden Gründen abzuweichen ist, nämlich wenn diese offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (vgl. E. 8.3.2.3 c S.82 angefochtenes Urteil). In der Tat sollte von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus triftigen Gründen abgewichen werden (BGE 139 II 185 E. 9.3; Urteile 1C_513/2022 vom 7. Juli 2023 E. 3.3.1.2; 1C_31/2022 vom 21. März 2023 E. 5.4).

Es ist unbestritten, dass die Vorleistungskosten von Sunrise unter Berücksichtigung des sogenannten "CES-Abgleichs" im Szenario "BAKOM VDSL" [Fr. 15 Mio. - Fr. 17 Mio.] betragen. Das BAKOM hat das Szenario

"BAKOM VDSL" entwickelt, weil damit grössere Bandbreiten als mit dem Szenario "BAKOM SDSL" realisiert werden können. Beim "CES-Abgleich" geht es darum, überall dort, wo ein Poststandort technisch mit dem günstigeren Vorleistungsprodukt BBSC erschlossen werden kann, BBSC statt das teurere CES einzusetzen, was gemäss BAKOM angezeigt ist, wenn der Kosteneffizienz höchste Priorität beigemessen wird. (vgl. E. 8.3.2.3 c S. 82 angefochtenes Urteil). Das BAKOM hält in seiner Stellungnahme zum Modell der WEKO betreffend WAN-Anbindung Poststandorte vom 10. Juli 2015 ausdrücklich fest, dass das Sekretariat der WEKO nur die Technologie SDSL berücksichtigt habe. Es sei jedoch notwendig, auch die Technologie VDSL und VDSL 2 zu berücksichtigen, da mit dieser Bandbreiten über 2 Mbit/s im Upstream, d.h. höhere Bandbreiten als mit SDSL, realisiert werden könnten (Art. 105 Abs. 2 BGG;). Das Szenario "BAKOM VDSL" liegt mit Vorleistungskosten von rund [Fr. 15 Mio. - Fr. 17 Mio.] klar unter dem Zuschlagspreis von Fr. 20.4 Mio. Selbst wenn der "CES-Abgleich" nicht berücksichtigt würde, d.h. regelmässig das teurere Vorleistungsprodukt CES eingesetzt würde, würden die Vorleistungskosten mit rund [Fr. 18 Mio. - Fr. 19 Mio.] noch unter dem Zuschlagspreis liegen.

Das von der Vorinstanz berücksichtigte Szenario "BAKOM SDSL", notabene das mit rund [Fr. 21 Mio. - Fr. 22 Mio.] teuerste von ursprünglich vier Szenarien, veranschlagte dagegen rund [Fr. 5 Mio. - Fr. 6 Mio.] höhere Kosten als das vom BAKOM empfohlene Szenario "BAKOM VDSL" und liegt damit relativ knapp (rund [...]) über dem Zuschlagspreis (vgl. E. 8.3.2.3 S. 79 und 84 angefochtenes Urteil). Dass die Vorinstanz entgegen der Empfehlung des BAKOM ausgerechnet ein Szenario auswählt, welches auf einer Technologie beruht, die weniger Datenübertragungskapazität ermöglicht, obwohl eine höhere Datenübertragungskapazität für die Post positiv war, und trotzdem erheblich teurer war, ist nicht nachvollziehbar. Dass das Szenario "BAKOM VDSL" mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist, wie die Vorinstanz erwähnt, wurde vom BAKOM bereits berücksichtigt und hat an dessen Empfehlung nichts geändert. Abgesehen davon sind alle Szenarien mit gewissen Unsicherheiten behaftet, handelt es sich doch um hypothetische Kosten von Sunrise aufgrund bestimmter Annahmen. Bei einer solchen Ausgangslage ist der Empfehlung der Fachbehörde zu folgen.

VIII. Schlussfolgerung und Kosten sowie Entschädigung

12.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen zwar auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten, jedoch ihre Stellung nicht im Sinne von Art. 7 KG missbrauchten. Ein Erzwingen unangemessener Preise gegenüber Sunrise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt nicht vor. Es fehlt bereits das Element des Erzwingens. Zudem wäre auch die Unangemessenheit des Vorleistungspreises nicht gegeben, da der Kosten-Preis-Vergleich fehlt bzw. die Kostenmethode nicht korrekt angewendet wurde. Auch gegenüber der Post ist der Tatbestand des Erzwingens unangemessener Preise

nicht erfüllt. Das Element des Erzwingens ist ebenfalls nicht gegeben. Abgesehen davon würde der Preis nicht exzessiv über den Kosten liegen und auch die Gewinnmarge wäre nicht dermassen exzessiv, dass sich ein Einschreiten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG rechtfertigen liesse. Im Weiteren liegt auch keine Kosten-Preis-Schere zulasten Sunrise vor. Diesbezüglich mangelt es bereits an einem zweistufigen Behinderungsmissbrauch. Zudem wäre eine Kosten-Preis-Schere bereits aus kalkulatorischer Sicht nicht gegeben, da nach dem vom BAKOM empfohlenen und zu respektierenden Szenario die Vorleistungskosten von Sunrise unter dem Zuschlagspreis von Swisscom liegen.

12.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist aufgrund der vorgenannten Erwägungen gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

12.2. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf den Eventualantrag (Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung an die Vorinstanz zu neuem Entscheid in der Sache) einzugehen.

12.3. Die WEKO verfolgt in vorliegendem Verfahren trotz Auferlegung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG primär die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG) und nicht Vermögensinteressen. Deshalb sind ihr trotz Unterliegens für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; Urteil 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 9.3, nicht publ. in: BGÉ 137 II 199).

12.4. Gemäss Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Im Gegensatz zur WEKO verfolgten sie vorliegend primär Vermögensinteressen, ging es ihnen doch in erster Linie um die Aufhebung der genannten Sanktion. Anwendbar ist deshalb der Tarif für

Streitsachen mit Vermögensinteressen (vgl. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Reglement vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht; SR 173.110.210.3). Auszugehen ist von einem Streitwert von Fr. 7'475'261.05.

12.5. Entsprechend dem Verfahrensausgang wird das Bundesverwaltungsgericht über die Kosten und Entschädigungen des Verfahrens vor der WEKO und des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden haben. Die Sache wird zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 wird aufgehoben.

2.

Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 35'000.-- auszurichten.

4.

Die Sache wird zu neuem Entscheid über die Kosten und Entschädigungen der vorinstanzlichen Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung mitgeteilt.

B 4	2. Urteil vom 16. April 2024 – Sanktionsverfügung – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022

Urteil 2C_785/2022 vom 16. April 2024 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung (Untersuchung 22-0439) – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022 (B-7756/2015).

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die B._____ AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sogenannte Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen der B._____ AG, der A._____ AG, der C._____ AG, der D._____ AG, und der E._____ Holding AG über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (nachfolgend: VW-Konzern).

A.a. Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Untersuchung 22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 gegen die fünf Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni 2013 und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den betroffenen Unternehmen sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor.

A.b. Eine einvernehmliche Regelung kam am 16. April 2014 lediglich zwischen dem Sekretariat und der B._____ AG zustande. Ein Vizepräsident der WEKO genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Betroffenen der Untersuchung zugestellt. Die A._____ AG focht die Verfügung vom 8. August 2014 beim Bundesverwaltungsgericht an (Verfahren B-5293/2014).

A.c. Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. April 2016 im Verfahren B-5293/2014 die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 fest. In der Folge erliess die WEKO am 6. Juni 2016 eine weitgehend identische Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der B._____ AG vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014. In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016

wurde festgehalten, die B._____ AG erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der B._____ AG beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

A.d. Am 23. August 2016 focht die A._____ AG die Verfügung der WEKO vom 6. Juni 2016 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der B._____ AG (nachfolgend: Selbstanzeigerin) beim Bundesverwaltungsgericht erneut an (Verfahren B-5107/2016). Mit Urteil vom 3. Mai 2018 trat Letzteres auf die Beschwerde mangels Legitimation der A._____ AG nicht ein. Die gegen den Nichteintretensentscheid vom 3. Mai 2018 erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit amtlich publiziertem Urteil 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019 (BGE 145 II 259) ab.

B.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 sanktionierte die WEKO die A._____ AG, die C._____ AG, die D._____ AG und die E._____ Holding AG wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Neben der Anordnung diverser Massnahmen (Dispositiv-Ziffer 1) sanktionierte die WEKO die A._____ AG mit Fr. 10'000.--, die C._____ AG mit Fr. 320'000.--, die D._____ AG mit Fr. 15'000.-- und die E._____ Holding AG mit Fr. 150'000.-- (Dispositiv-Ziffer 2). Die Verfahrenskosten von Fr. 253'153.-- auferlegte die WEKO den vier Gesellschaften zu gleichen Teilen, d.h. je zu Fr. 63'288.25, und unter solidarischer Haftung (Dispositiv-Ziffer 3).

B.a. Zusammenfassend erwog die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015, die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen den betroffenen Unternehmen sowie die Durchführung regionaler Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellten eine Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtigte jedoch den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten erheblich. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz lägen keine vor. Somit handle es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede.

B.b. Am 30. November 2015 erhob die A._____ AG gegen die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-7756/2015). Zur Begründung hielt sie namentlich fest, die WEKO habe den Sachverhalt von Anfang an einsei-

tig zugunsten der Selbstanzeigerin ermittelt. Weil die Selbstanzeigerin über Preisführerschaft verfüge, sei eine Abrede von vornherein ausgeschlossen. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei weder bezweckt noch bewirkt worden; sie wäre unmöglich, denn es gehe um reine Kalkulationshilfen. Selbst wenn eine Abrede unterstellt würde, handelte es sich nicht um eine verpönte Preisabrede, da Kalkulationshilfen für die Erstellung von Erststoffen den Wettbewerb beim Kaufvertragsschluss nicht beeinträchtigten. Die verfügten, nicht näher spezifizierten Massnahmen seien weder notwendig noch geeignet, um einen Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.

B.c. Die WEKO beantragte vor Bundesverwaltungsgericht die Abweisung der Beschwerde vom 30. November 2015 und entgegnete in ihrer Vernehmlassung, die vereinbarte Konditionenliste sowie das Verhalten der A. _____ AG und der anderen Unternehmen könnten weder als Kalkulationshilfen noch als Orientierung an den Konditionen der Selbstanzeigerin qualifiziert werden. Vielmehr seien sie Gegenstand einer gemeinsamen Rabattpolitik zwischen den beteiligten Unternehmen gewesen. Daher liege eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen vor, welche zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten geführt habe. Eine anstiftende oder führende Rolle der Selbstanzeigerin beim Wettbewerbsverstoss sei nicht gegeben. Die angeordneten Massnahmen seien gesetzlich vorgesehen, notwendig, gerechtfertigt und in allen Belangen verhältnismässig.

B.d. Mit Urteil vom 16. August 2022 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 30. November 2015 gegen die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 im Verfahren B-7756/2015 teilweise gut. Es hob die in Dispositiv-Ziffer 1 der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen auf. Im Übrigen - namentlich mit Blick auf die Auferlegung der Sanktion in der Höhe von Fr. 10'000.-- und die Verlegung der Verfahrenskosten - wies es die Beschwerde ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 26. September 2022 gelangt die A. _____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 16. August 2022, soweit die Beschwerde vom 30. November 2015 gegen die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 nicht von der Vorinstanz gutheissen wurde. Eventualiter sei das Urteil vom 16. August 2022 mit Bezug auf die Sanktion und auf die Verfahrenskosten aufzuheben. Subeventualiter seien die verhängte Sanktion und die auferlegten Verfahrenskosten angemessen zu reduzieren.

Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, verlangt die WEKO die Abweisung der Beschwerde. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Begründung der Sanktion in der Höhe von Fr. 10'000.-- an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 24. Januar 2023 und hält an den gestellten Anträgen fest. Die WEKO dupliziert mit Eingabe vom 28. März 2023 und hält ebenfalls an den gestellten Anträgen fest. Daraufhin nimmt die Be-

schwerdeführerin mit Eingabe vom 27. April 2023 nochmals Stellung.

Erwägungen:

1.

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts (vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]) und richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da kein Ausschlussgrund vorliegt (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort, soweit sie die Auferlegung der Sanktion und die Verlegung der Verfahrenskosten beanstandet hat, mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

In Bestätigung der Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 hält die Vorinstanz im angefochtenen Urteil fest, dass die Beschwerdeführerin gemeinsam mit der Selbstanzeigerin sowie drei weiteren Unternehmen einheitliche maximale Preisnachlässe (Rabatte) und minimale Ablieferungspauschalen für sämtliche Verkäufe von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz festgelegt habe. Diese hätten sie ab dem 28. März 2013 anwenden wollen. Die Vorinstanz kommt vor diesem Hintergrund zum Schluss, dass eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege (vgl. E. 8 des angefochtenen Urteils), die als Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gelte (sogenannte "Preisabrede"; vgl. E. 9 des angefochtenen Urteils). Diese vorinstanzliche Würdigung stellt die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht infrage, weshalb darauf im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen nur cursorisch eingegangen wird (vgl. E. 5.1 - 5.5 hiernach; Art. 106 Abs. 1 BGG).

Vor Bundesgericht stellt sich die Beschwerdeführerin hingegen auf den Standpunkt, bei der getroffenen Preis-

abrede handle es sich um eine "Bagatelle". Der Wettbewerb sei nicht erheblich beeinträchtigt worden, weshalb keine Verletzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliege (vgl. E. 5.6 - 5.8 hiernach). Soweit das angefochtene Urteil nicht bereits aufgrund des Vorliegens einer Bagatelle aufzuheben sei, beanstandet die Beschwerdeführerin eventualiter die Sanktionsberechnung (vgl. E. 6 hiernach) und die Verlegung der Verfahrenskosten (vgl. E. 7 hiernach). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind demnach die Fragen, ob es sich bei der unzulässigen Wettbewerbsabrede betreffend die maximalen Preisnachlässe (Rabatte) und die minimalen Ablieferungspauschalen beim Verkauf neuer Fahrzeuge um einen Bagatellfall handelt und ob die verhängte Sanktion sowie die Verlegung der Verfahrenskosten rechtmässig erfolgt ist.

4.

Wettbewerbsabreden sind laut Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. zum Ganzen BGE 148 II 521 E. 6.2; 147 II 72 E. 3; 144 II 246 E. 6.4). Solche Abreden sind nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, oder wenn sie - nicht rechtfertigbar - zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vermutet. Diese Vermutung kann indes widerlegt werden. Es stellt sich alsdann die Frage, ob diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ohne gerechtfertigt zu sein. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG bereits aus qualitativen Gründen grundsätzlich als erheblich gelten (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 und E. 5.6; Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.3; vgl. auch BGE 147 II 72 E. 6.5), sodass in der Regel keine quantitativen Kriterien mehr notwendig sind, um zu bestimmen, ob die Abreden erheblich sind (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1). Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob sich die strittige Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Lassen sich keine solchen Gründe nennen, ist die Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig (vgl. Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.1).

5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 lit. a KG.

5.1. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die umstrittene Abrede automatisch erheblich sei, nur weil die vorliegende Angelegenheit eine Kernbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG betreffe. Dies sei ein Zirkelschluss. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist ein Sachverhalt, der die Vereinbarung von Preisen zum Gegenstand habe, nur dann erheblich, wenn es sich hierbei nicht um eine Bagatelle handle. Vorliegend habe die Vereinbarung von Preisen oder Preiselementen lediglich eine

geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge gehabt, weshalb eine Bagatelle vorliege. Die Vorinstanz habe keine "Bagatellprüfung" durchgeführt, sondern vom Umstand, dass Preiselemente vereinbart worden seien, automatisch auf die Erheblichkeit der Abrede geschlossen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhalte, so die Beschwerdeführerin weiter, sei die Abrede unbestrittenermassen nicht umgesetzt worden und habe keine Wirkung entfaltet. Dadurch habe die Abrede nur abstrakt während der Dauer von drei Tagen bestanden.

5.2. Die Vorinstanz erwägt, die Selbstanzeigerin habe die Beschwerdeführerin weder zu einer allfälligen Wettbewerbsabrede angestiftet noch habe sie eine Preisführerschaft innegehabt. Obschon der Marktanteil der Selbstanzeigerin, so die Vorinstanz, laut der WEKO zwischen 45 % und 55 % liege, zeichne die Würdigung der Beweismittel ein Bild von gleichgestellten Verhandlungspartnern (vgl. E. 8.4 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz kommt nach der Würdigung des aktenkundigen E-Mail-Verkehrs zum Schluss, dass durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns die betroffenen Unternehmen und die Selbstanzeigerin eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart hätten. Bei der Konditionenliste handle es sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um eine Kalkulationshilfe, zumal sie die Rabatte und Ablieferungspauschalen für die einzelnen Fahrzeugtypen exakt ausweise. Das klar geäusserte Ziel der Unternehmen, so die Vorinstanz weiter, sei eine möglichst flächendeckende Umsetzung der harmonisierten Rabatte und Pauschalen gewesen. Es liege eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vor (vgl. E. 8.5-8.9 des angefochtenen Urteils).

Mit Blick auf die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede hält die Vorinstanz alsdann fest, der Listenpreis eines Fahrzeugs habe als Basis für die vereinbarten Höchstrabatte gedient, denn ohne einen entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem seien die Rabatte im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen worden, um die Rentabilität zu sichern. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG umfasse neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben. Von den wenigen tatsächlich einem individuellen Verhandlungsprozess zugänglichen Preiselementen seien zwei - nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale - abgesprochen worden. Nach Auffassung der Vorinstanz gilt dieses Verhalten als Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (vgl. E. 9.3 des angefochtenen Urteils). Zwar sei damit der Wettbewerb aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs nicht beseitigt worden. Es liege jedoch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, da eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG im Grundsatz bereits erheblich sei (vgl. E. 9.4 f. des angefochtenen Urteils). Auf einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 KG und Art. 6 Abs. 1 KG, so die Vorinstanz weiter, könne sich die Beschwerdeführerin nicht erfolgreich berufen (vgl. E. 10 des angefochtenen Urteils).

5.3. Die WEKO trägt im Rahmen ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung vor, entgegen den Vorbringen der

Beschwerdeführerin habe das Bundesgericht in seinem Gaba-Entscheid (BGE 143 II 297) insbesondere festgehalten, dass die fehlende Umsetzung einer Abrede, die unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG fielen, für die Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht von Bedeutung sei. Die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG seien grundsätzlich als erheblich anzusehen, sodass eine Analyse anhand quantitativer Kriterien nicht erforderlich sei. Diese Abreden würden wegen der qualitativen Schwere im Grundsatz keinen Bagatellfall darstellen. Selbst wenn aber in der vorliegenden Angelegenheit quantitative Elemente berücksichtigt würden, zeige sich, so die WEKO weiter, dass die Preisabrede unter keinen Umständen eine Bagatelle sei. Die fünf an der Preisabrede beteiligten Unternehmen hätten im Jahr 2013 rund 61.2 % der Neufahrzeuge des VW-Konzerns verkauft. Der Wert der in jenem Jahr verkauften Fahrzeuge gemäss der Bruttolistenpreise belaufe sich auf rund Fr. 2 Mrd. Nach Auffassung der WEKO liegt keine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG vor.

5.4. Zwar bestreitet die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr, dass sie sich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt habe. Um allerdings zu beurteilen, ob, wie die Beschwerdeführerin demgegenüber geltend macht, ein Bagatellfall vorliegt, ist zunächst die im vorinstanzlichen Verfahren erkannte Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu betrachten.

5.4.1. Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen ist der Hintergrund der strittigen Wettbewerbsabrede (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), dass die I. _____ AG per 1. März 2013 die Listenpreise für F. _____ Personenwagen, F. _____ Nutzfahrzeuge und G. _____ um durchschnittlich 13 % sowie per 1. April 2013 diejenigen für H. _____ um durchschnittlich 14,5 % reduzierte. Mit dieser sogenannten Preisrepositionierung sollten namentlich die zuvor eingeräumten Währungsrabatte ersetzt werden. Im Hinblick darauf unterhielten sich die Vertreter der betroffenen Unternehmen an einer Tagung der Markenverantwortlichen für F. _____ Personenwagen vom 10. und 11. Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler (vgl. E. 8.6 des angefochtenen Urteils). In der Folge fand zwischen dem 22. Januar 2013 und dem 27. März 2013 ein reger Austausch per E-Mail statt. Daraus ergibt sich, dass zwecks Steigerung des Ertrags der Händler zulasten der Fahrzeugkäufer maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart wurden, da der Lieferant der Fahrzeuge den Händlern keine Margenerhöhung zugestanden hatte. Erklärtes Ziel war eine möglichst flächendeckende Umsetzung der harmonisierten Rabatte und Pauschalen. Dies zeigt nicht zuletzt die Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin in einer E-Mail vom 6. März 2013, wonach "Kontrollen in naher Zukunft" wichtig seien, sodass sich alle an die "Spielregeln" hielten (vgl. E. 8.6.1 des angefochtenen Urteils). Die Vereinbarung wurde in einer Konditionenliste festgehalten, die in Form einer Tabelle die Rabatte und Ablieferungspauschalen für die einzelnen Fahrzeugtypen auswies (vgl. E. 8.8 des angefochtenen Urteils).

5.4.2. Mit der Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für die maximalen Preisnachlässe (Rabatte) und

minimalen Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbarten die betroffenen Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin, eine gemeinsame Rabattpolitik. Die Vorinstanz kommt im Rahmen der rechtlichen Würdigung insbesondere zutreffend zum Schluss, dass es sich bei der Konditionenliste nicht um eine Kalkulationshilfe handelte. Mit der Liste zielten die beteiligten Unternehmen vielmehr darauf ab, höhere Erträge zulasten der Kundinnen und Kunden zu generieren, ohne dabei in wesentlichem Masse von ausscherehenden Händlern beeinträchtigt zu werden. Im Lichte der unbestrittenen Feststellungen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeht.

5.5. Die Beschwerdeführerin kritisiert vor Bundesgericht sodann auch nicht die vorinstanzliche Auffassung, wonach es sich bei der ermittelten Wettbewerbsabrede um eine solche über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handle. Da die Wettbewerbsabrede nicht unmittelbar Preise, sondern Preisnachlässe (Rabatte) und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand hatte, ist im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen darauf dennoch einzugehen (vgl. Art. 106 Abs. 1 BGG).

5.5.1. In der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen wird zu Art. 5 Abs. 3 lit. a KG Folgendes festgehalten (BBl 1995 I 468, S. 567):

"Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird."

Ausserdem erwog das Bundesgericht bereits in BGE 129 II 18 mit Hinweis auf die soeben zitierte Stelle in der Botschaft, dass eine Preisabrede nicht nur vorliegt, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.5.5).

5.5.2. Die vorliegend vereinbarten Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen sind Preiselemente des Endpreises und beeinflussen als solche die Preisfestsetzung des Fahrzeugkaufs. Der Listenpreis eines Fahrzeugs dient dabei als Basis für die vereinbarten maximalen Rabatte, da ohne Basiswert die Vereinbarung von prozentualen Rabatten sinnfrei wäre. Vor diesem Hintergrund ist offenkundig, dass die Vereinbarung über maximale Preisnachlässe (Rabatte) und minimale Ablieferungspauschalen vom Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfasst werden. Die Vorinstanz erwägt daher zutreffend, von den wenigen im Rahmen eines Fahrzeugkaufs zwischen dem Händler und der Kundin oder dem Kunden verhandelbaren Preiselementen sprachen sich die

betroffenen Unternehmen über zwei - nämlich über den allgemeinen Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale - ab. Es liegt demnach eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor.

5.6. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bestand zwar eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Die Voraussetzungen der Unzulässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG, so die Beschwerdeführerin, seien allerdings nicht erfüllt. Die Abrede stelle eine Bagatelle dar, da sie den Wettbewerb weder beseitigt noch erheblich beeinträchtigt habe.

5.6.1. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind laut Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet (vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Diese Vermutung kann durch den Nachweis wirksamen Wettbewerbs (Innen- oder Aussenwettbewerb) widerlegt werden (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5; 143 II 297 E. 4.1). Hintergrund der Rüge der Beschwerdeführerin ist der Umstand, dass unter den Verfahrensbeteiligten der Nachweis des Bestehens eines Aussenwettbewerbs unbestritten ist (vgl. E. 9.4 des angefochtenen Urteils mit Verweisung auf Ziff. 289 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015). Damit gilt die Vermutung, wonach der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde, als widerlegt. Führt die Abrede zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, ist indes zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5).

5.6.2. Das Bundesgericht befasste sich bereits vertieft mit dem Begriff der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.

5.6.2.1. Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.1). Aus der Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit folgt, dass bei der Bestimmung deren materiellen Gehalts qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgrund ihres Gegenstands erheblich, sodass in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn die Vermutung einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird. Im Weiteren behalten die nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG besonders schädlichen Abreden im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ihre Schädlichkeit. In der Regel sind daher keine quantitativen Kriterien mehr notwendig, um zu bestimmen, ob die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erheblich ist (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.2).

5.6.2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt somit, dass die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgeführten Abreden im Grundsatz die Erheblichkeitsschwelle erreichen und somit das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllen (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5; 143 II 297 E. 5.2.5 und E. 5.6).

Das Bundesgericht stellte ferner klar, dass im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden soll. Denn mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Umsetzung oder der Praktizierung der Abreden wird "ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit" geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an (BGE 143 II 297 E. 5.4.2; vgl. auch BGE 144 II 194 E. 4.3.2).

5.6.3. Soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, die Preisabrede sei nicht umgesetzt worden und habe nur abstrakt während der Dauer von drei Tagen bestanden, ist dies nach dem soeben Dargelegten für die Frage der Erheblichkeit unbeachtlich (vgl. aber E. 6.6 hiernach). Die Beschwerdeführerin stellt nicht infrage, dass der Preisabrede das Potenzial für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zukam. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es aber, dass die Preisabrede den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen kann. Denn bereits mit ihrer Vereinbarung und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird - in qualitativer Hinsicht - ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen (vgl. E. 5.6.2.2 hiervor). Eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist überdies auch in quantitativer Hinsicht offenkundig, zumal die an der Preisabrede beteiligten Unternehmen im Jahr 2013 61.2 % der Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns verkauften.

Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin auch, wenn sie vorträgt, die Vorinstanz vermische die Begriffe der tatsächlichen "Umsetzung" sowie der tatsächlichen "Auswirkungen" und die Preisabrede habe nur eine geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge gehabt. Ob eine Abrede den Wettbewerb letztlich nicht beeinträchtigt, da sie nicht umgesetzt wurde oder sich nicht entsprechend auswirkte, ist für die Beurteilung ihrer Erheblichkeit rechtsprechungsgemäss nicht von Bedeutung (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2 i.f.). Der von der Beschwerdeführerin beanstandete "Zirkelschluss" liegt nicht vor.

5.6.4. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz festhält, die vorliegend zu beurteilende Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich bereits erheblich. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, die vorliegende Preisabsprache sei bloss vereinbart, aber nicht umgesetzt worden, begründet keine Veranlassung, von diesem Grundsatz abzuweichen. Demzufolge liegt eine Preisabrede vor, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

5.7. Beeinträchtigt eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 i.f.; 144 II 194 E. 4.4.1 i.f.; 143 II 297 E. 5). Die Vorinstanz gelangt bei dieser Prüfung zur Ansicht, dass sich die unzulässige Wettbewerbsabrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen

lasse (vgl. E. 10 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Würdigung nicht.

5.7.1. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a und lit. b KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2; 143 II 297 E. 7.1).

5.7.2. Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte den Händlern auf Kosten der Kundinnen und Kunden eine höhere Marge verschafft werden (vgl. E. 5.4.2 hiervor). Die Festlegung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen diene, wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwägt, den Verkäufern und belastete die Käufer, weil zwei Elemente der Preisbildung zu höheren Verkaufspreisen führten. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht. Die Beschwerdeführerin stellt sich denn auch nicht auf den Standpunkt, dass ein Effizienzgewinn entstanden sei. Mit der Abrede verfolgten die beteiligten Unternehmen aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, der letztlich im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre. Ein Rechtfertigungsgrund liegt demzufolge nicht vor.

5.8. Nach dem Dargelegten liegt eine unzulässige Wettbewerbsabrede vor. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu erkennen. Daran vermögen auch die Hinweise der Beschwerdeführerin auf andere Fälle nichts zu ändern. Aus den diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin ergibt sich von vornherein nicht, weshalb sie mit der vorliegenden Angelegenheit vergleichbar wären.

6.

Die Beschwerdeführerin kritisiert, bei der Sanktionsbemessung werde der Grundsatz der Gesetzmässigkeit verletzt und die Vorinstanz habe die pauschal festgelegte Sanktion nicht hinreichend begründet.

6.1. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz weiche bei der Bemessung der Sanktion von der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) ab. Ohne die in der KG-Sanktionsverordnung vorgeschrie-

benen Prüfschritte durchzuprüfen und zu begründen, wie sie zur Sanktion von Fr. 10'000.-- gelange, habe die Vorinstanz das Vorgehen der WEKO bestätigt, aus "Gründen der Verhältnismässigkeit" eine Pauschalsanktion zu verhängen. Für ein solches Vorgehen bestehe keine gesetzliche Grundlage, weshalb Art. 5 Abs. 1 BV verletzt werde. Die Beschwerdeführerin vertritt ausserdem die Ansicht, sie habe einen Anspruch auf eine Begründung der Sanktionsbemessung.

6.2. Die Vorinstanz erwägt, an der unzulässigen Wettbewerbsabsprache sei der Geschäftsführer und Verkaufsleiter der Beschwerdeführerin beteiligt gewesen. Dieser habe im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung gehabt und sich in dieser Funktion wissentlich und willentlich an einer Preisabrede betreffend die von der Beschwerdeführerin gehandelten Neufahrzeuge eingebracht. Sein inkriminiertes Verhalten sei der Beschwerdeführerin zuzurechnen (vgl. E. 11.1 des angefochtenen Urteils). Bei der Sanktionsbemessung, so die Vorinstanz weiter, handle es sich um eine Ermessenssache. Den Wettbewerbsbehörden komme in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Vorinstanz gelangt zur Auffassung, dass die von der WEKO gegenüber der Beschwerdeführerin verhängte Pauschalsanktion den Ermessensspielraum wahre (vgl. E. 11.2 des angefochtenen Urteils).

6.3. Die WEKO vertritt vor Bundesgericht die Auffassung, sie habe für die Beschwerdeführerin eine Pauschalsanktion in der Höhe von Fr. 10'000.-- festgelegt, was einem Hundertstel des maximal möglichen Sanktionsbetrags entspreche. Die Beschwerdeführerin habe in den Geschäftsjahren 2011 bis 2013 einen Umsatz von Fr. 9'618'891.-- erzielt, womit die WEKO ihr nach Art. 49a Abs. 1 KG einen Sanktionsbetrag von Fr. 961'891.-- hätte auferlegen können. Es sei nicht ersichtlich, weshalb sie ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hätte. Auch ein Verstoss gegen den Grundsatz der Gesetzmässigkeit sei nicht zu erkennen.

6.4. Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG beteiligt ist, wird mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). 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 (vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 3 f. KG).

6.4.1. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Ermittlung des Basisbetrags [Art. 3 SVKG]; Anpassung an die Dauer des Verstosses [Art. 4 SVKG]; Erhöhung oder Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände [Art. 5 f. SVKG]; vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; 143 II 297 E. 9.7.1). Die Sanktion ist begrenzt: Sie kann in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der

Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (vgl. Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG).

6.4.2. Die Sanktionsbemessung ist eine Ermessenssache (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2; 146 II 217 E. 9.2.3.3). Jegliches Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben. Bleibt eine Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens, lässt sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten oder verletzt allgemeine Rechtsgrundsätze, wie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, handelt sie nicht pflichtgemäss. Es liegt ein Ermessensmissbrauch vor. Rechtsfehlerhaft handelt eine Behörde auch bei Überschreitung oder Unterschreitung ihres Ermessens (vgl. BGE 149 I 146 E. 3.4.1; 142 II 268 E. 4.2.3; 137 V 71 E. 5.1 f.). Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG ist bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. Urteil 2C_33/2020 vom 8. Dezember 2022 E. 12.2.3).

6.5. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit geltend. Ihr ist nicht zu folgen: Die Vorinstanz hält sich, indem sie die Sanktion von Fr. 10'000.-- bestätigt, an den von Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen gesetzlichen Rahmen. Die Sanktionshöhe überschreitet nicht den Maximalbetrag von 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes der Beschwerdeführerin (vgl. Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Ausserdem äussert sich die Vorinstanz unter Verweisung auf die Sanktionsverfügung der WEKO ausführlich zur Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, so wie dies Art. 49a Abs. 1 Satz 3 KG vorsieht. Auch zur Erhöhung oder Verminderung der Sanktion entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände im Sinne von Art. 5 f. SVKG finden sich im angefochtenen Urteil Ausführungen (vgl. E. 11.2.1-11.2.6 des angefochtenen Urteils). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV rügt, da die Vorinstanz die Sanktion nicht anhand der einzelnen Prüfungsschritte der KG-Sanktionsverordnung begründet, stösst ihre (formale) Beanstandung daher ebenso ins Leere.

6.6. Ausserdem ist auch keine Verletzung des pflichtgemäss auszuübenden Ermessens zu erkennen: Die Vorinstanz bestätigt zu Recht, dass es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit aufdrängen kann, Pauschalsanktionen zu verhängen (vgl. Art. 2 Abs. 2 SVKG). Vorliegend hatte die Preisabrede unbestrittenermassen nur wenige Tage Bestand. Die Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens spricht daher für eine untergeordnete Sanktionierung (vgl. auch Art. 4 SVKG). Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die maximale Sanktion Fr. 961'891.-- hätte betragen können. Die ausgesprochene Sanktion von Fr. 10'000.-- beträgt somit rund 1.04 % des Maximalbetrags. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist darin keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung zu erkennen. In diesem Zusammenhang ist auch die Beanstandung unbegründet, wonach die Vorinstanz ihre Pflicht gemäss Art. 12 VwVG (SR 172.021) verletzt habe, den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln.

6.7. Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die von der WEKO verhängte Sanktion in der Höhe von Fr. 10'000.-- bestätigte.

7.

Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner die Verlegung der Verfahrenskosten und rügt dabei eine Verletzung von Art. 2 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

7.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Summe aller durch die WEKO verfüigten Sanktionen betrage insgesamt Fr. 495'000.--. Die der Beschwerdeführerin verhängte Sanktion von Fr. 10'000.-- belaufe sich nur auf 2 % der gesamten Sanktionssumme. Daraus folge, dass die betroffenen Unternehmen offensichtlich unterschiedlich an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen seien. Vor diesem Hintergrund lasse sich die anteilmässige Auferlegung der Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 63'288.25 (25 % von Fr. 253'153.--) nicht rechtfertigen. Die Kostenverlegung verletze den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und sei nicht mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar. Im Übrigen sei die Kostenverlegung nicht hinreichend begründet.

7.2. Nach Auffassung der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin durch ihre Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede das erstinstanzliche Verfahren vor der WEKO mitverursacht. Umstände, die nach Gebührenfreiheit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GebV-KG oder nach einer Reduktion der Verfahrenskosten der WEKO rufen würden, bestünden nicht. Das Sekretariat habe der Beschwerdeführerin rund ein Jahr Bedenkzeit hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eingeräumt. Die Beschwerdeführerin aber habe eine definitive Stellungnahme oder entsprechende eigene Vorschläge immer wieder hinausgeschoben. Angesichts dessen dürfe gefolgert werden, so die Vorinstanz, dass das Verfahren (auch) seitens der Beschwerdeführerin unnötigerweise in die Länge gezogen worden sei. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin weder eine konkrete, bezifferbare Kostenreduktion beantragt, noch eine dahingehende substantiierte Begründung vorgebracht. Dem Unterlieger- und Verursacherprinzip folgend habe die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten anteilmässig zu tragen (vgl. E. 14 des angefochtenen Urteils).

7.3. Die WEKO führt in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung aus, bei horizontalen Kartellen erfolge praxisgemäss eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten nach gleichen Teilen, sofern keine besonderen Umstände vorlägen, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen. Soweit die Beschwerdeführerin die unterschiedlichen Sanktionen der betroffenen Unternehmen ins Feld führe, so die WEKO, sei darauf hinzuweisen, dass sich die Sanktion anhand der Umsatzhöhe bestimme. Für die anteilmässige Verlegung der Verfahrenskosten sei der Umsatz eines Unternehmens hingegen nicht relevant. Massgebend sei hierfür im Wesentlichen das Verursacher- und das Unterliegerprinzip. Die Beschwerdeführerin habe sich gleichermassen an der Wettbewerbsabrede beteiligt wie die anderen betroffenen Unternehmen. Entsprechend rechtfertige sich die anteilmässige Verlegung der Verfahrenskosten.

7.4. Die Wettbewerbsbehörden erheben laut Art. 53a Abs. 1 KG Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26-31 KG (lit. a), die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach den Art. 32-38 KG (lit. b) sowie Gutachten und sonstige Dienstleistungen (lit. c). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (vgl. Art. 53a Abs. 2 KG). Der Bundesrat legt die Gebührensätze fest und regelt die Gebührenerhebung. Er kann vorsehen, dass für bestimmte Verfahren oder Dienstleistungen, namentlich bei der Einstellung der Verfahren, keine Gebühren erhoben werden (vgl. Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt darauf hat der Bundesrat am 25. Februar 1998 die Gebührenverordnung KG erlassen. Gebührenpflichtig ist laut Art. 2 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 GebV-KG veranlasst.

7.5. Bei der Kostenauflegung im Kartellrecht gilt gemäss Art. 2 GebV-KG das Verursacherprinzip (vgl. Urteil 2C_934/2020 vom 23. September 2021 E. 4.3; vgl. auch Urteil 2C_869/2020 vom 27. Oktober 2021 E. 7.1 i.f.).

7.5.1. Bei horizontalen Kartellen sind sämtliche betroffenen Unternehmen gleichermassen am kartellrechtswidrigen Verhalten beteiligt. Massgebend ist nämlich die Beteiligung an der Abrede als solche und nicht, wie die Beschwerdeführerin moniert, eine prozentuale Beteiligungsquote. Die Beteiligung an der Abrede an sich veranlasst denn auch das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, ein Verfahren gegen eine bestimmte Anzahl Unternehmen zu eröffnen und durchzuführen. Entsprechend verursacht jedes an einer Abrede beteiligte Unternehmen das Untersuchungsverfahren zu gleichen Teilen. Es ist demzufolge nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verlegung der Verfahrenskosten "nach Kopf" bestätigt hat.

7.5.2. Daran ändert auch nichts, dass aus der Untersuchung für die betroffenen Unternehmen letztlich unterschiedliche Sanktionen resultieren (können). Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Sanktion auf Basis des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes berechnet wird (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG). Der Umsatz ist für die Verlegung der Verfahrenskosten demgegenüber nicht von Belang, da sich diese, wie soeben dargelegt, am Verursacherprinzip orientiert. Dementsprechend stösst der Hinweis der Beschwerdeführerin ins Leere, sie sei lediglich mit 2 % der gesamten Sanktionssumme sanktioniert worden, trage aber einen Viertel der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführerin lässt ausser Acht, dass sich die gesetzlichen (Berechnungs-) Grundlagen für die Sanktionsbemessung und die Kostenverlegung unterscheiden.

7.6. Die Beschwerdeführerin bestandet sodann eine Verletzung des Äquivalenzprinzips.

7.6.1. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (vgl. BGE 143 I 147 E. 6.3.1; 141 V 509 E. 7.1.2; Urteil 9C_718/2022 vom 8. Juni 2023 E. 6.2). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (vgl. BGE 140 I 176 E. 5.2). Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftli-

chen Nutzen, den sie dem Abgabepflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Das Willkürverbot und das Gleichbehandlungsgebot verlangen zudem, dass die Beiträge nach objektiven Kriterien festgelegt und keine Unterschiede geschaffen werden, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind (vgl. BGE 143 I 147 E. 6.3.1; 141 I 105 E. 3.3.2; 128 I 46 E. 4a; 126 I 180 E. 3a/bb).

7.6.2. Weshalb die auferlegten Verfahrenskosten mit dem Äquivalenzprinzip nicht vereinbar sein sollten, ergibt sich aus der Beschwerde nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin stellt sich wiederum auf den Standpunkt, das Äquivalenzprinzip sei im Lichte der verhängten Sanktionen verletzt, da sie nur 2 % der Sanktionssumme trage. Der Beschwerdeführerin ist von vornherein nicht zu folgen. Das Bundesgericht hat im Kontext von Art. 422 Abs. 1 StPO zu den Verfahrenskosten bereits festgehalten, dass diese ausschliesslich der Deckung des Aufwands im konkreten Straffall dienen, weshalb sich die Rüge, die Gebühr habe sich an der Sanktion zu orientieren, als unbegründet erweise (vgl. BGE 146 IV 196 E. 2.2.2 i.f.). So verhält es sich auch hier: Die Verfahrenskosten richten sich nach dem Zeitaufwand (vgl. Art. 4 Abs. 1 GebV-KG) und nicht, wie die Beschwerdeführerin meint, nach den verhängten Sanktionen. Davon ist im Grundsatz bloss abzuweichen, wenn die Voraussetzungen für die Gebührenfreiheit im Sinne von Art. 3 GebV-KG erfüllt sind. Dass dem der Fall ist, bringt die Beschwerdeführerin weder vor noch lässt sich solches erkennen (vgl. auch E. 14.4 des angefochtenen Urteils). Das Äquivalenzprinzip ist demnach nicht verletzt.

7.7. Im Lichte des Dargelegten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verlegung der Verfahrenskosten durch die WEKO bestätigte. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die Kostenverlegung, wie die Beschwerdeführerin rügt, nicht hinreichend begründet wurde.

8.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1 1. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 13. Dezember 2023 – Vorsorgliche Massnahmen / Missbrauch relativer Marktmacht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht vom 13. Dezember 2023 (430 23 144), A. ____ GmbH, vertreten durch [...], Gesuchsklägerin gegen B. ____ GmbH, vertreten durch [...], Gesuchsbeklagte. Gegenstand: Vorsorgliche Massnahmen / Missbrauch relativer Marktmacht.

A. Mit einem gegen die B. ____ GmbH mit Sitz in DE-XXXX V. ____ (Gesuchsbeklagte), vertreten durch [...], gerichteten Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gelangte die A. ____ GmbH (Gesuchsklägerin), vertreten durch [...], am 8. Juni 2023 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, (Kantonsgericht) und stellte folgende Rechtsbegehren:

«1. Die Gesuchsbeklagte sei unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall vorsorglich zu verurteilen, die Gesuchsklägerin auf deren jeweiligen Abruf bis einschliesslich 31. März 2025 mit Waren aus dem jeweiligen Sortiment der Gesuchsbeklagten, insbesondere den im Zeitpunkt des jeweiligen Abrufs über den unter der Domain B.____.de erreichbaren Webauftritt der Gesuchsbeklagten angebotenen Waren, zu den folgenden Konditionen zu beliefern:

- in Stückzahl gemäss Abruf,
- ab Werk an den jeweiligen Standorten der Gesuchsbeklagten in Deutschland, auf Paletten für den Lkw-Transport vorbereitet,
- unter digitaler Zurverfügungstellung der im Warenwirtschaftssystem der Gesuchsbeklagten zu dem/den bestellten Artikel/n hinterlegten Artikeldaten, Produktbeschreibungen, Produktfotos und
- zu Partnerpreisen, d.h. zu den Preisen der Partner der Gesuchsbeklagten (insbesondere C. ____ S.A.R.L., und D. ____ GmbH), zur Zahlung fällig binnen 60 Tagen nach Lieferung der Gesuchsbeklagten und Zugang einer ordnungsgemässen Rechnung der Gesuchsbeklagten bei der Gesuchsklägerin.

2. Eventualiter sei die Gesuchsbeklagte unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall vorsorglich zu verurteilen, die Ge-

suchsklägerin auf deren jeweiligen Abruf bis einschliesslich 31. März 2025 mit Waren aus dem jeweiligen Sortiment der Gesuchsbeklagten, insbesondere den im Zeitpunkt des jeweiligen Abrufs über den unter der Domain B.____.de erreichbaren Webauftritt der Gesuchsbeklagten angebotenen Waren, zu den bisherigen Partnerkonditionen zu beliefern.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt.) zulasten der Gesuchsbeklagten; eventualiter seien die Kosten des Massnahmenverfahrens zu den Kosten des Klageverfahrens zu schlagen.»

Zur Begründung führte die Gesuchsklägerin im Wesentlichen an, sie führe ein Versandhandelsunternehmen, welches seit 27 Jahren die sogenannten B.____-Produkte als einzige Distributorin in der Schweiz vertreibe. Im Jahr 2022 habe sie, im Verhältnis zu ihrem Gesamtumsatz, einen Warenanteil von rund 90 % von der Gesuchsbeklagten bezogen. Der Geschäftsführer und Mehrheitsbeteiligte der Gesuchsklägerin, E. ____, sei der Bruder des Geschäftsführers der Gesuchsbeklagten, F. _____. Letztere vertreibe die B. ____-Produkte in Deutschland. Die Zusammenarbeit der Parteien sei historisch gewachsen und sehr eng. So beziehe die Gesuchsklägerin nicht nur Waren von der Gesuchsbeklagten, sondern auch zahlreiche wichtige Dienstleistungen. Die Gesuchsbeklagte vereine an ihrem Stammsitz in V. ____ unter anderem eine hauseigene Werbeagentur (D. ____ GmbH, nach Erwerb der diversen Logistikzentren in Norddeutschland durch die Gesuchsbeklagte heute in W. ____ ansässig), eine Importfirma (G. _____) und eine Softwarefirma (H. ____ Systemprogrammierung, heute in X. ____ ansässig), womit fast alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb der B. ____-Produkte durch mit F. ____ verbundene Unternehmen erbracht würden. Die Gesuchsbeklagte beliefe die Gesuchsklägerin zu besonderen Einkaufsbedingungen (sog. «Partnerstatus»). Diese würden sich aus einer Fülle von unterschiedlichen Leistungen und bevorzugten Einkaufspreisen, sog. «Partnerpreisen», zusammensetzen. Aus diesem Grund verfüge die Gesuchsklägerin – historisch bedingt – beispielsweise über keine eigene Einkaufsabteilung und lediglich geringe Lagerkapazitäten, da sie sämtliche Artikel der Gesuchsbeklagten jeweils «just-in-time» in den benötigten Mengen geliefert

erhalte. Faktisch sei das Geschäft der Gesuchsklägerin fast wie jenes einer Tochtergesellschaft der Gesuchsklägerin (recte: Gesuchsbeklagten) aufgebaut mit dem Unterschied, dass die Gesuchsklägerin nicht von der Gesuchsbeklagten oder deren Geschäftsführer kontrolliert werde. Nach Jahren der intakten Zusammenarbeit sei das Verhältnis der Parteien und insbesondere deren Geschäftsführer mittlerweile zerrüttet. F. ____ bereite laut eigener Ankündigung derzeit eine neue Online-Plattform namens «I. ____» vor. Er beabsichtige, über diese Plattform selbst in den Schweizer Markt einzutreten. Weiter habe er die Zusammenarbeit der Gesuchsbeklagten zulasten der Gesuchsklägerin durch eine Reihe von Schikane- und Behinderungsmassnahmen zunehmend erschwert. Am 22. März 2023 habe die Gesuchsbeklagte zudem die bisherigen besonderen Geschäftsbedingungen zwischen der Gesuchsklägerin und der Gesuchsbeklagten per 30. September 2023 gekündigt. Die Gesuchsklägerin wehre sich nicht dagegen, dass ihre Zusammenarbeit mit der Gesuchsbeklagten eines Tages enden werde. Sie sei aber innerhalb der von der Gesuchsbeklagten angesetzten Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht in der Lage, sich in einer Weise neu zu organisieren, die ihr unternehmerisches Überleben sichere. Es drohe der Konkurs der Gesuchsklägerin und es bestehe der Verdacht, dass es das eigentliche Ziel der Gesuchsbeklagten bzw. ihres Geschäftsführers sei, der Gesuchsklägerin existentiellen Schaden zuzufügen. Zwischen der Gesuchsklägerin und der Gesuchsbeklagten bestehe ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der kartellrechtlichen Bestimmungen über die relative Marktmacht. Daraus folge, dass die (relativ marktmächtige) Gesuchsbeklagte ihre Marktmacht nicht missbrauchen dürfe, indem sie die Gesuchsklägerin im Wettbewerb behindere oder diese ausbeute. Indem die Gesuchsbeklagte den langjährigen Partnerstatus mit einer Frist von nur sechs Monaten kündige, behindere sie die Gesuchsklägerin erheblich in der Ausübung des Wettbewerbs. Diese Behinderung sei nicht durch sachliche Gründe bzw. sog. «legitimate business reasons» gerechtfertigt und damit missbräuchlich. Die Gesuchsbeklagte handle deshalb kartellrechtswidrig. Mit dem Gesuch vom 8. Juni 2023 gehe es darum, der Gesuchsklägerin mittels einstweiligen Rechtsschutzes genügend Zeit zu verschaffen, um die notwendigen Ressourcen beschaffen zu können und ihr Geschäft so umzugestalten, dass sie nicht mehr von der Gesuchsbeklagten abhängig sei. Die Gesuchsklägerin bedürfe hierzu mindestens einer Umstellungsfrist von zwei Jahren, was zu einer Verlängerung der von der Gesuchsbeklagten gesetzten Kündigungsfrist um 18 Monaten führe. Da die Kündigung der Partnerkonditionen die Gesuchsklägerin existenziell bedrohe und der drohende Schaden aufgrund der kurzen Kündigungsfrist nicht im Rahmen eines Hauptverfahrens abgewendet werden könne, würden vorsorgliche Massnahmen beantragt. Die Kündigung der Partnerpreise und Partnerkonditionen führe zu einem erheblichen Preisanstieg und dem Wegfall zahlreicher, bisher durch die Gesuchsbeklagte erbrachter Leistungen. Ohne angemessene Übergangsfrist würde die Gesuchsklägerin Konkurs gehen, womit ihr ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen erhebliche Nachteile drohten. Der Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen komme besondere zeitliche Dringlichkeit zu,

da die Gesuchsklägerin ohne schnelle richterliche Hilfe bereits vor dem voraussichtlichen Abschluss eines ordentlichen Verfahrens Konkurs gehen würde. Die Massnahme sei geeignet und erforderlich, um die Existenz und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Gesuchsklägerin zu schützen. Die Gesuchsbeklagte erleide keinen direkten Schaden, wenn die Konditionen, die während den letzten 27 Jahren gegolten hätten, weiterhin für eine beschränkte Zeit aufrechterhalten blieben. Die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei somit zumutbar. Sämtliche Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen seien somit erfüllt, was zur Gutheissung des betreffenden Gesuchs vom 8. Juni 2023 unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsbeklagten führen müsse.

B. Die Gesuchsbeklagte reichte am 17. August 2023 ihre Gesuchsantwort ein und beantragte, es sei auf das Gesuch vom 8. Juni 2023 nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von E. ____, eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsklägerin. Zur Begründung liess sie zusammengefasst ausführen, sie als Herstellerin und Lieferantin zahlreicher Eigenmarkenprodukte und die Gesuchsklägerin als ihre schweizerische Distributorin würden bereits seit 2019 Verhandlungen über die Beendigung der zwischen ihnen bestehenden vertraglichen Vertriebsverhältnisse führen. Grund dafür seien die unterschiedlichen Vorstellungen über die künftige Ausgestaltung ihrer partnerschaftlichen Beziehung. Die Gesuchsklägerin habe seit 27 Jahren von vorteilhaften Partnerkonditionen profitiert, welche im Wesentlichen bloss die Einkaufs-, Lager- und Importkosten und die weiteren Aufwände der Gesuchsbeklagten decken würden, obwohl für die Gesuchsbeklagte seit vielen Jahren aus der Geschäftsbeziehung keinerlei relevante Synergieeffekte mehr resultieren würden. Vor dem genannten Hintergrund seien die Partnerkonditionen, deren Weitergeltung die Gesuchsklägerin erzwingen möchte, bereits am 30. September 2020 erstmals gekündigt worden. Die Parteien hätten sich in der Folge allerdings auf die Weitergeltung der Partnerkonditionen unter der Voraussetzung der Bezahlung einer Servicepauschale und im Rahmen einer Kündigungsfrist von sechs Monaten verständigen können. Nachdem sich während eines Gesprächs der Geschäftsführer der Parteien am 10. Februar 2023 herausgestellt habe, dass die Verhandlungen über eine weitere partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen ihnen scheitern würden, sei die Kündigung der Partnerkonditionen vom 8. März 2023 nichts als die logische Konsequenz der langjährigen Trennungsverhandlungen. Die Gesuchsklägerin, die sich während ca. vier Jahren auf eine bevorstehende Trennung hätte vorbereiten können, versuche nun, die Folgen ihrer eigenen Versäumnisse und fehlerhaften Geschäftsentscheide der vergangenen Jahre mittels des vorliegenden Gesuchs auf die Gesuchsbeklagte abzuwälzen. Doch dafür bestehe keine Rechtsgrundlage. Es bestehe kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien, beziehe die Gesuchsklägerin doch bereits heute einen erheblichen Teil, je nach Bezugsgrösse (Gesamtsortiment der Gesuchsbeklagten oder Bezugsmenge bei der Gesuchsbeklagten), 25% bzw. 44% ihres Sortiments bei anderen Lieferanten. Sie habe ihr Sortiment bereits ausreichend diversifiziert, um

nicht von den Lieferungen der Gesuchsbeklagten abhängig zu sein. Zudem könne sie die Geschäftsbeziehung zu anderen Lieferanten innert der sechsmonatigen Frist problemlos auf- oder ausbauen. Ihre Lager- und Personalkapazitäten müsse die Gesuchsklägerin nicht wie dargestellt ausbauen. Auf weitere Serviceleistungen der Gesuchsbeklagten sei sie sodann schon seit Jahren nicht mehr angewiesen. Hinzu komme schliesslich, dass die Gesuchsbeklagte durchaus auch nach dem 1. Oktober 2023 (also nach Ablauf der Kündigungsfrist) bereit sei, die Gesuchsklägerin zu marktüblichen Konditionen mit ihren Produkten zu beliefern. Die Möglichkeit zur Verhandlung vorteilhafter Preise habe die Gesuchsklägerin in eigener Verantwortung nicht wahrgenommen. Zudem wären allfällige Abhängigkeiten der Gesuchsklägerin selbstverschuldet, zumal sie als selbstständiges Unternehmen für ihre Geschäftsentscheidungen die volle Verantwortung trage. Der Gesuchsklägerin hätten sodann knapp vier Jahre Zeit zur Verfügung gestanden, um sich auf das Ende der Partnerkonditionen vorzubereiten und alternative Lieferanten zu suchen, nötigenfalls Lagerkapazitäten auszubauen oder diese zumindest während der Dauer der Trennungsverhandlungen nicht abzubauen, personelle Ressourcen zu erweitern, ihre Endverbraucherpreise anzuheben sowie alle weiteren Vorkehrungen zu treffen. Dass es keine alternativen Lieferanten geben würde, welche die Gesuchsklägerin mit ihrem gesamten bislang vertriebenen Sortiment beliefern könnten, ist von der Gesuchsklägerin nicht belegt, unzutreffend und werde infolgedessen von der Gesuchsbeklagten bestritten. Im Weiteren habe die Gesuchsklägerin am 20. September 2020 einer Kündigungsfrist von 6 Monaten ausdrücklich zugestimmt. Mit der nunmehr ausgesprochenen Kündigung sei auch keine Behinderung oder Ausbeutung der Gesuchsklägerin verbunden. Entgegen den Behauptungen der Gesuchsklägerin müsse sich diese auch nicht von der Händlerin zur Herstellerin und Lieferantin, wie die Gesuchsbeklagte eine sei, umfunktionieren. Dass sie bei der Wahl ihrer eigenen Lieferanten wegen eines Fremdbezugsverbots bislang nicht frei gewesen sein soll, werde von der Gesuchsbeklagten bestritten. Diese habe der Gesuchsklägerin einzig untersagt, direkt bei den Lieferanten der Gesuchsbeklagten selber zu bestellen. Ohne jeglichen Beleg behaupte die Gesuchsklägerin schliesslich, dass weiteren Partnern der Gesuchsbeklagten, z.B. der C. ____ S.A.R.L. und der D. ____ GmbH, dieselben Partnerkonditionen gewährt würden wie der Gesuchsklägerin. Diese Behauptung sei falsch und werde bestritten. Die D. ____ GmbH beziehe keine Waren von der Gesuchsbeklagten und die Geschäftsbeziehung zur C. ____ S.A.R.L. und anderen Partnern unterliege anderen Konditionen; insbesondere würden diese aufgrund höherer Wertschöpfung keine Servicepauschale bezahlen. Die von der Gesuchsklägerin behauptete unternehmensbedingte und mangelbedingte Abhängigkeit werde ebenso bestritten. Gleiches gelte für die behauptete, indessen ebenso wenig glaubhaft gemachte Existenzbedrohung der Gesuchsklägerin durch die erfolgte Kündigung. In rechtlicher Hinsicht macht die Gesuchsbeklagte geltend, dass die Rechtsbegehren der Gesuchsklägerin bezüglich geltender Partnerpreise unbestimmt formuliert seien, weshalb auf das Gesuch nicht eingetreten werden könne. Sodann seien die Rechtsbegehren

auch überschüssig gestellt, weil etwas Anderes verlangt werde, als zwischen den Vertragsparteien gelebt worden sei. Dies betreffe die Modalitäten «Stückzahl gemäss Abruf», die Zurverfügungstellung der im Warenwirtschaftssystem hinterlegten Daten sowie eine Belieferung zu Partnerpreisen, die binnen 60 Tagen zur Zahlung fällig seien. Im Weiteren seien auch die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt, weshalb das Gesuch vom 8. Juni 2023 abzuweisen sei. Hinsichtlich der Kostenverteilung beantragt die Gesuchsbeklagte gestützt auf Art. 108 ZPO, dass die Prozesskosten nicht der Gesuchsklägerin, sondern dem Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsbezugnis der Gesuchsklägerin, E. ____, auferlegt werden. Das Gesuch verschweige verschiedene zentrale rechtserhebliche Tatsachen, insbesondere den Umstand, dass die Gesuchsklägerin bereits heute einen erheblichen Teil ihres Sortiments mit anderen Lieferanten abdecke. E. ____ habe von vornherein um die Aussichtslosigkeit des Gesuchs gewusst. Die Gesuchsklägerin beantrage zudem in treuwidriger Weise eine gerichtliche Weiterbelieferungsverpflichtung, obwohl sie sich seit Monaten weigere, mit der Gesuchsbeklagten über künftig anzuwendende Partnerkonditionen zu verhandeln. Die anfallenden Prozesskosten seien daher unnötig. Würden die Kosten nun der Gesuchsklägerin auferlegt, müsste der Minderheitsgesellschafter F. ____, der über 48% des Stammkapitals der Gesuchsklägerin, aber über keinerlei Einfluss auf deren Geschäftstätigkeit oder die Einreichung des vorliegenden Gesuchs verfüge, einen erheblichen Teil der Prozesskosten selbst tragen oder müsste diesen in einem aufwändigen Schadenersatzprozess zurückfordern. Eventualiter wären die Prozesskosten durch die Gesuchsklägerin als unterliegende Partei zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

C. Mit Verfügung vom 25. August 2023 stellte das Kantonsgericht den Parteien in Aussicht, dass diese ohne ihren anderslautenden Gegenbericht innert bestimmter Frist zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen würden, wobei diese Instruktionsverhandlung ausschliesslich der freien Erörterung des Streitgegenstandes sowie dem Versuch einer Einigung dienen sollte. In ihren Eingaben vom 1. und 4. September 2023 teilten die Parteien ihr grundsätzliches Einverständnis für eine Vergleichsverhandlung. Weil die Verhandlungsagenda des Kantonsgerichts die Terminierung einer solchen Verhandlung allerdings frühestens auf die letzte Oktoberwoche oder die erste Novemberhälfte a.c. zuliess, wurden die Gesuchsbeklagte mit Verfügung vom 6. September 2023 angefragt, ob sie zur Güte trotz der per Ende September a.c. ausgesprochenen Kündigung unpräjudiziell bereit wäre, bis zur Instruktionsverhandlung Warenbestellungen der Gesuchsklägerin zu den bisherigen geltenden sog. Partnerkonditionen weiterzubeliefern. Die Gesuchsbeklagte war zwar mit diesem Vorschlag nicht einverstanden, unterbreitete der Gesuchsklägerin indessen aussergerichtlich andere Lieferungskonditionen. Nach mehrmaligem Korrespondenzwechsel einigten sich die Parteien schliesslich auf bestimmte Lieferkonditionen und -modalitäten (sog. Übergangskonditionen), welche längstens bis Ende November 2023 bzw. bis zur allfälligen früheren Instruktionsverhandlung gelten sollten. Die Instruktionsverhandlung fand sodann am 10. November

2023 statt, wobei unter den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte.

D. Im Hinblick auf ein allfälliges Scheitern der Vergleichsverhandlung und damit kein weiterer Zeitverlust resultiere, ersuchte die Gesuchsklägerin bereits mit Eingabe vom 6. Oktober 2023 um Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 12. Oktober 2023 entsprochen.

E. In ihrer Replik vom 3. November 2023 schränkte die Gesuchsklägerin ihre Rechtsbegehren (Ziffer 1, vierter Spiegelstrich) insofern ein, als nicht mehr Lieferung zu Partnerpreisen «... zur Zahlung fällig binnen 60 Tagen nach Lieferung...», sondern «... zur Zahlung fällig binnen 30 Tagen nach Lieferung ...» beantragt wurde. Im Übrigen hielt sie an den Begehren gemäss Gesuch vom 8. Juni 2023 fest. Ebenso hielt sie an ihren mit Gesuch vom 8. Juni 2023 aufgestellten Tatsachenbehauptungen fest. Gleichzeitig bestritt sie die gegenteiligen Ausführungen der Gesuchsbeklagten in deren Gesuchsantwort vom 17. August 2023. Im Einzelnen führte sie zusammengefasst aus, entgegen der Gesuchsbeklagten sei für die Beurteilung der sortimentsbezogenen Abhängigkeit nicht auf die Anzahl der bestellten bzw. verkauften Artikel abzustellen. Vielmehr sei eine umsatzbasierte Betrachtungsweise vorzunehmen. Nach dieser bestelle die Gesuchsklägerin 88% ihres Einkaufsvolumens bei der Gesuchsbeklagten. Bei den Produkten der Gesuchsklägerin handle es sich zwar teilweise nicht um Must-In-Stock-Produkte. Die sortimentsbedingte Abhängigkeit ergebe sich jedoch nicht aus einzelnen Produkten und Marken, sondern daraus, dass bisher ein gesamtes Sortiment und Dienstleistungen von der Gesuchsbeklagten bezogen worden seien. Das Sortiment als Ganzes sei in der Schweiz sehr wohl bekannt und die Gesuchsklägerin habe sich gemäss der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien auf dieses Sortiment, die Marken und den Namen B. _____ ausgerichtet. Ein Durchschnittskonsument bringe die Gesuchsklägerin in der Schweiz mit dem B. _____-Sortiment und den B. _____-Produktmarken durchaus in Verbindung. Der Umfang des Angebots der Gesuchsklägerin, die schnelle Belieferung aus der Schweiz (und nicht aus China), die Mitlieferung deutscher Anleitungen und Konformitätserklärungen seien einzigartig und in dieser Form nicht rasch substituierbar. Weiter habe sie aufgrund der Just-in-time-Belieferung durch die Gesuchsbeklagte auf grössere Lagerkapazitäten verzichtet. Aufgrund der zahlreichen bei der Gesuchsbeklagten bezogenen Dienstleistungen verfüge sie auch nicht über eine eigene Einkaufsabteilung bzw. das nun benötigte Personal. Die Erschliessung neuer Lieferantenkanäle sei innert der sechsmonatigen Kündigungsfrist ausgeschlossen. Ein früheres Tätigwerden in diese Richtung sei ihr wegen des bestehenden faktischen Fremdbezugsverbots verwehrt gewesen. Dieses sei dahingehend ausgestaltet gewesen, dass Partnerkonditionen nur bei exklusivem Einkauf über die Einkaufsgesellschaft der Gesuchsbeklagten, der G. _____ GmbH, gegolten hätten. Habe die Gesuchsklägerin Waren bei anderen Lieferanten bezogen, sei ihr durch die Gesuchsbeklagte mit drastischen Sanktionen gedroht worden, womit Strafzahlungen in Form von höheren Einkaufsprovisionen gemeint gewesen seien. Keine Strafzahlungen hätten ihr einzig gedroht, wenn sie

schweizspezifische Artikel besorgt habe, d.h. solche, die aus technischen Gründen nur in der Schweiz hätten verwendet werden können (Adapter, bestimmte Kabel) oder Artikel mit Schweiz-Motiven. Im Weiteren treffe es auch nicht zu, dass die Gesuchsklägerin einer Kündigungsfrist von sechs Monaten für die Partnerkonditionen zugestimmt habe (weder ausdrücklich noch konkludent). Eine Kündigungsfrist sei nur für die Servicepauschale vereinbart worden. Sie sollte gerade nicht auch für die Partnerkonditionen gelten. Dies werde durch die Struktur (Abschnitt "Servicepauschale") und den Wortlaut der Vereinbarung. "Die Servicepauschale ... ist kündbar") belegt. Auch der Zweck und der historische Hintergrund der Servicepauschale würden dafürsprechen: Die Servicepauschale sollte eine vorübergehende Lösung (Kompromiss) zwischen den Parteien darstellen und zusätzliche Leistungen der Gesuchsbeklagten in der Form einer «bessere[n] und schnellere[n] Belieferung» (vgl. Präambel) abdecken. Grund für die Aufnahme der sechsmonatigen Kündigungsfrist sei gewesen, dass die Gesuchsklägerin die Möglichkeit haben wollte, die Servicepauschale zu kündigen, wenn die Gesuchsbeklagte diese Leistungen nicht erbringen sollte. Dies insbesondere, da es sich bei EUR 800'000.00 um einen erheblichen Betrag handle. Die unternehmensbedingte Abhängigkeit der Gesuchsklägerin werde auch dadurch bestätigt, dass sie gezwungen gewesen sei, die Vereinbarung für Übergangskonditionen der Gesuchsbeklagten am 3. Oktober 2023 zu unterzeichnen, obwohl diese massive Preiserhöhungen (35% bei Aktionsartikeln und 40% bei regulären Artikeln) vorgesehen habe. Die Gesuchsklägerin habe sich die Preise und die weiteren Übergangskonditionen von der Gesuchsbeklagten diktieren lassen müssen. Eine Überwälzung dieser Preiserhöhungen auf die Endkunden sei demgegenüber ausgeschlossen. Für Tiefpreisprodukte aus Asien würde ein zu hoher Preis resultieren, was umso mehr gelte, als die Gesuchsklägerin den Markteintritt der Gesuchsbeklagten in den Schweizer Markt befürchten müsse. Im Weiteren werde bestritten, dass alternative Lieferanten einfach zu erschliessen seien. Es gebe nach den Abklärungen der Gesuchsklägerin keinen Importeur oder anderen Lieferanten, der alle Produkte anbieten würde, die die Gesuchsklägerin im Sortiment habe. Dass es keinen solchen Lieferanten gebe, sei eine negative Tatsache und könne folglich nicht bewiesen werden. Dass es äusserst unwahrscheinlich sei, ein vergleichbares Sortiment mit über 16'000 Produkten von einem einzigen neuen Lieferanten zu beziehen, folge aber aus gesundem Menschenverstand. Anders als die Gesuchsbeklagte argumentiere, könne die Gesuchsklägerin sich für ihr Sortiment beispielsweise nicht über online J. _____-Grosshandelsmarktplätze oder andere Anbieter versorgen. Der Einkauf bei Herstellern in Asien sei insbesondere wegen der Verlässlichkeit sowie der Verfügbarkeit und Lieferbarkeit der Produkte erforderlich. Weiter gebe es auch zahlreiche Lieferanten, welche die Auslieferung in die Schweiz ablehnen und auf einen in Deutschland ansässigen Abnehmer bestehen würden. Die von der Gesuchsbeklagten genannten Grosshandelsmarktplätze würden keine Lieferung der Ware und keine Lieferfristen garantieren, sondern lediglich Angebote von einer Vielzahl von Lieferanten, die dem Marktplatz angeschlossen seien, vermitteln. Dem prozessrechtlichen Einwand der

Gesuchsbeklagten betreffend Unbestimmtheit der Rechtsbegehren entgegnete die Gesuchsklägerin, es sei hinreichend klar, was mit den angebehrten «Partnerpreisen» gemeint sei. Die Parteien würden seit 27 Jahren von Partnerkonditionen sprechen. Verlange die Gesuchsklägerin Partnerkonditionen, wolle sie zu denselben Konditionen wie sie vor der Kündigung der Partnerschaft vereinbart gewesen seien, beliefert werden. Im Ergebnis gehe es um eine Verlängerung der Kündigungsfrist. Selbst wenn die Konditionen nicht verschriftlicht worden seien, sei für beide Parteien bestimmbar, wie das über viele Jahre gelebte Geschäftsmodell weitergeführt würde. Die Gesuchsbeklagte habe ihre Waren denn auch (abgesehen von einigen Schikanen) bis Ende September 2023 zu diesen Konditionen weiter an die Gesuchsklägerin verkauft. Zum Einwand der Gesuchsbeklagten, wonach keine Belieferung nach Stückzahl gemäss Abruf verlangt werden könne, da sie im Falle knapper Lagerbestände oder anderer Gründe nicht die angefragte Abrufmenge liefern könne, führte die Gesuchsklägerin sodann folgendes aus: Es treffe zu, dass bisher Bestellungen nur ausgeführt worden seien, sofern der betreffende Artikel verfügbar gewesen sei, mithin bei Unmöglichkeit nicht habe geliefert werden müssen. Die Artikelverfügbarkeit sei für die Gesuchsklägerin aufgrund des Systemzugriffs ersichtlich gewesen. Hingegen habe es keine Vereinbarung gegeben, wonach die Bereitstellung der Artikel auch aus jeglichen «anderen Gründen» hätte verweigert werden dürfen. Insbesondere habe es der Gesuchsbeklagten nicht freigestanden, nach Gutdünken zu entscheiden, ob sie die Gesuchsklägerin beliefern wolle oder nicht. Betreffend Fälligkeit zur Zahlung gestand die Gesuchsklägerin schliesslich ein, dass die Parteien entgegen dem Rechtsbegehren im Gesuch (mit 60 Tagen) eine 30-tägige Frist vereinbart hätten, weshalb das Rechtsbegehren entsprechend angepasst worden sei.

F. Mit einem als Noveneingabe bezeichneten Schreiben vom 28. November 2023 reichte die Gesuchsklägerin, wie in ihrer Replik angekündigt, eine mit den ausgewerteten Gesamtumsatzzahlen per Oktober a.c. überarbeitete Insolvenzbetrachtung nach. Zudem beschrieb sie die Bestell- und Liefersituation seit der Instruktionsverhandlung vom 10. November 2023, wonach die Gesuchsbeklagte einzig dazu bereit sei, die Gesuchsklägerin unpräjudiziell und auf Zusehen hin zu den in der Übergangsvereinbarung vom 3. Oktober 2023 festgelegten Konditionen auf nicht exklusiver Basis zu beliefern. Diese Zusage gemäss Schreiben der Gesuchsbeklagten an die Gesuchsklägerin vom 14. November 2023 stehe allerdings unter dem Vorbehalt, dass das damit zum Ausdruck gebrachte Entgegenkommen jederzeit, ohne Vorankündigung und nach freiem Ermessen der Gesuchsbeklagten beendet werden könne und/oder die Konditionen für die Belieferung der Gesuchsklägerin angepasst werden könnten. Aus besagtem Schreiben der Gesuchsbeklagten gehe zudem klar hervor, dass diese demnächst mit ihrem Online-Shop «I. _____» in den Schweizer Markt eintreten wolle. Daher stelle sie sich auch plötzlich auf den neuen Standpunkt, dass kein exklusives Verhältnis mehr vorliegen soll. Zudem müsste die Gesuchsklägerin gemäss dem Schreiben vom 14. November 2023 auf die Geltendmachung von Rückforderungen verzichten (wobei ein solcher Verzicht nach

Ansicht der Gesuchsklägerin ohnehin kartellrechtswidrig wäre). Zudem hätte die Gesuchsklägerin keinerlei Planungssicherheit mehr. Mit Antwort ebenfalls vom 14. November 2023 habe die Gesuchsklägerin festgehalten, dass sie gezwungenermassen damit einverstanden sei, zu den Konditionen gemäss der Übergangsvereinbarung vom 3. Oktober 2023 weiterbeliefert zu werden. Gleichzeitig habe sie aus Gründen der Planungssicherheit gegen den Vorbehalt der jederzeitigen Einstellung der Belieferung nach Gutdünken der Gesuchsbeklagten protestiert. Die Gesuchsbeklagte habe trotzdem an besagtem Vorbehalt ausdrücklich festgehalten. Im Weiteren habe die Gesuchsklägerin eine temporäre Lieferbeschränkung vorgenommen und für Bestellungen von früher jeweils bis Mittwoch, 15:30 Uhr, für die Bestellung vom 15. November 2023 plötzlich per E-Mail um 14:38 Uhr eine Zeit-Limite bis 15:15 Uhr angesetzt. Eine bis 15:30 Uhr erfolgte Bestellung sei dann auch nicht entgegengenommen worden. Die Planungsunsicherheit, die Liefereinschränkungen sowie die überhöhten Preise und die aktualisierte Insolvenzbetrachtung würden sodann die Dringlichkeit des Gesuchs der Gesuchsbeklagten begründen.

G. In ihrer Duplik vom 30. November 2023 hielt die Gesuchsbeklagte an ihren bereits mit Stellungnahme vom 17. August 2023 gestellten Rechtsbegehren und an den dort ausgeführten Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen fest. Im Wesentlichen liess sie duplicando vortragen, die gesuchsklägerischen Begehren zielten im Kern auf eine (Weiter-)Belieferung eines unbestimmten «jeweiligen Sortiments» der Gesuchsbeklagten ab, das tausende Artikel umfasse und über eine Domain erreichbar sei. Diese unbestimmten Waren sollten zu aufgezählten (aber unbestimmten) Konditionen auf «jeweiligen Abruf» bezogen werden können. Die Partnerpreise der einzelnen Produkte seien in den vergangenen 27 Jahren immer volatil gewesen. Einerseits veränderten sich die Einkaufspreise der Gesuchsbeklagten in Asien ständig. Andererseits werde auch der Selbstkostenaufschlag auf den Einkaufspreis laufend an die veränderten Kosten und Aufwände der Gesuchsbeklagten (Verzollung, steigende Transportkosten) angepasst. Der Selbstkostenaufschlag variere zudem auch je nach Produkt, insbesondere aufgrund unterschiedlicher Transport- und Importkosten, gewaltig. Das führe dazu, dass die Gesuchsbeklagte der Gesuchsklägerin in den vergangenen Jahren für dasselbe Produkt kontinuierlich andere Preise verrechnet habe. Das Rechtsbegehren nenne sodann auch keinen konkreten Bezugspunkt in der Vergangenheit (z.B. Stichtag) für die künftig in Rechnung zu stellenden Partnerpreise. Der von der Gesuchsbeklagten festgelegte SKEK (Selbstkosteneinkaufspreis) werde sich aber auch in Zukunft stetig an die aktuellen Gegebenheiten anpassen. Und die Preise würden sich nicht nur pro Artikel und Zeitpunkt der Bestellung unterscheiden, sondern die unterschiedlichen Partner der Gesuchsbeklagten würden auch unterschiedliche Preise für dieselben Artikel bezahlen. Wenn aber zwischen den Parteien unbestritten sei, dass es unterschiedliche Partnerkonditionen geben würde und die Partnerpreise sich laufend an volatile Einkaufspreise und Kosten der Gesuchsbeklagten anpassen würden, stelle sich die Frage, welche konkreten Partnerkonditionen die Gesuchsklägerin meine, und wie diese für die

über 10'000 verschiedenen Artikel jeweils ermittelt würden. Die Gesuchsklägerin schweige sich dazu vollständig aus. Somit wäre es für eine Vollstreckungsbehörde schlicht ausgeschlossen zu eruieren, welche Produkte die Gesuchsbeklagte zu welchen Konditionen (insbesondere zu welchen Preisen) an die Gesuchsklägerin zu liefern habe. Auf das Gesuch sei daher nicht einzutreten. Soweit die Gesuchsklägerin eine Belieferung auf «Abruf nach Stückzahl» begehrt habe, müsste sie nachweisen, dass bislang zwischen den Parteien eine Vereinbarung vorgelegen habe, wonach die Gesuchsbeklagte verpflichtet sei, die Gesuchsklägerin bei Artikelverfügbarkeit zu beliefern. Die Gesuchsklägerin habe indessen weder im Gesuch noch in der Replik eine solche Lieferpflicht aufgezeigt. Der Gesuchsbeklagten habe stets das Recht zugestanden, eine Belieferung im Einzelfall aus beliebigen Gründen zu verweigern. Verbindliche Kaufverträge hätten sich jeweils erst in Folge der einzelnen Abrufe der Gesuchsklägerin und deren Bestätigung durch die Gesuchsbeklagte ergeben. Genauso wenig bestehe seitens der Gesuchsbeklagten eine vertragliche Pflicht, der Gesuchsklägerin die im Warenwirtschaftssystem der Gesuchsbeklagten hinterlegten Artikeldaten, Produktbeschreibungen und Produktfotos digital zur Verfügung zu stellen. Der Zugriff der Gesuchsklägerin auf das Warenwirtschaftssystem der Gesuchsbeklagten sei vielmehr aufgrund berechtigter Sicherheitsinteressen bereits im Jahr 2021 gesperrt worden. Das Rechtsbegehren entspreche daher nicht der bis September 2023 gelebten Partnerschaftsbeziehung. Im Weiteren werde bestritten, dass mit dem Ende der Partnerkonditionen und der Einführung der Übergangskonditionen für die Gesuchsklägerin eine Preiserhöhung von 40% einhergehe. Die Aufschläge zum SKEK hätten während der Dauer der Partnerkonditionen 15% betragen, was unter den Parteien unbestritten sei. Gemäss den Übergangskonditionen würden auf den SKEK anstatt der bisherigen 15% neu 35% für Abvermarktungsartikel und 45% für reguläre Artikel aufgeschlagen, was gegenüber den Partnerkonditionen in absoluten Zahlen einer Erhöhung der Aufschläge von 20% bzw. 30% des SKEK entspreche. Die mit den Übergangskonditionen einhergehende Preiserhöhung betrage daher zwischen 17% (135% zu 115%) und 26% (145% zu 115%) der bisher geltenden Konditionen. Eine solche Preiserhöhung könne problemlos an die Endkunden weitergegeben werden. Im Weiteren lege die Gesuchsklägerin zum behaupteten, indessen von der Gesuchsbeklagten bestrittenen Insolvenzrisiko ein einziges Dokument ins Recht, die «Bestätigung» von K. ____, wobei diese vollständig auf Annahmen basiere. Dort werde von einer Preiserhöhung von 50% ausgegangen, wogegen diese, wie erwähnt 17% bis maximal 26% betrage. Alle anderen Annahmen hätten mit den Finanzdokumenten, für deren Erstellung der Geschäftsführer der Gesuchsklägerin kraft zwingendem Recht verantwortlich sei, ohne weiteres überprüft und belegt werden können (zu denken sei bspw. an Budgets, Arbeitsverträge für zusätzlich eingestelltes Personal, Dokumente zwecks Untermauerung der zusätzlichen Kosten für den Lagerunterhalt etc.). Nichts dergleichen liege jedoch im Recht. Die erwähnte «Bestätigung» verfüge demgemäss über keinerlei Beweiswert. Es sei nicht mehr als eine unsubstantiierte Parteibehauptung, die integral bestritten werde. Der Grund dafür, dass keine

Belege ediert worden seien, sei im Umstand zu vermuten, dass die Gesuchsklägerin wirtschaftlich wesentlich besser dastehen dürfte, als von ihr behauptet. Für einen bevorstehenden Konkurs gebe es allerdings keinerlei Anhaltspunkte. Damit sei der Gesuchsklägerin zuzumuten, im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses gegen die Gesuchsbeklagte auf Schadenersatz zu klagen. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil und die erforderliche Dringlichkeit für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme seien jedenfalls nicht auszumachen. Aus den Umsatzstatistiken der Gesuchsbeklagten seit Einführung der Übergangskonditionen am 1. Oktober 2023 bis und mit 17. November 2023 und einer entsprechenden Hochrechnung aus einem Vergleich des Umsatzes zu Partner- und Übergangskonditionen würden sich für die Gesuchsklägerin im 2024 Mehraufwände von rund EUR 1,74 Mio. ergeben, was knapp einem Drittel der durch die Gesuchsklägerin in ihrer Insolvenzrechnung eingesetzten Mehrkosten entsprechen würde. Wenn die Gesuchsklägerin sich weiterhin von der Gesuchsbeklagten beliefern lasse, würden ihr zudem keine Mehraufwände für Personal und Lagerkapazitäten anfallen. Entsprechend wären die Mehraufwände für 2023 und 2024 unter diesem Titel aus der Insolvenzberechnung der Gesuchsklägerin zu streichen. Zur Begründung ihres Standpunkts, dass auch die Hauptprognose mangels relativer Marktmacht der Gesuchsbeklagten negativ ausfalle, wiederholte die Gesuchsbeklagte zudem im Wesentlichen ihre Ausführungen aus der Gesuchsantwort vom 17. August 2023. Sie bestritt, dass die Gesuchsklägerin 88% ihres Einkaufsvolumens bei der Gesuchsbeklagten beziehe. Die Gesuchsklägerin stütze ihre Behauptungen auch in diesem Zusammenhang auf «Bestätigungen» eines ihrer Mitarbeiter, welche reine Parteibehauptungen darstellen würden. Sie verzichte auch hier, Reportings, Buchhaltungsauszüge oder andere Dokumente einzureichen, welche ihren Standpunkt belegen oder zumindest glaubhaft machen könnten. Sodann sei es eine eigenständige Geschäftsentscheidung der Gesuchsklägerin gewesen, ihre Geschäftstätigkeit auf die Gesuchsklägerin (recte: Gesuchsbeklagte) auszurichten, für welche letztere im Nachhinein nicht verantwortlich gemacht werden könne. Die Gesuchsbeklagte habe die Gesuchsklägerin in keiner Weise an das

B. ____-Sortiment gebunden. Ein Fremdbezugsverbot habe es nie gegeben. Die Gesuchsbeklagte bestreite, dass sie der Gesuchsklägerin (aus welchem Grund auch immer) in der Vergangenheit Strafzahlungen oder anderweitige Sanktionen angedroht habe. Die Bestätigung durch den eigenen Mitarbeiter der Gesuchsklägerin sei weder substantiiert noch glaubwürdig, sondern eine reine Parteibehauptung. Konkrete Belege liefere die Gesuchsklägerin hierfür jedenfalls keine. Auch unter der Geltung der Übergangskonditionen erziele die Gesuchsklägerin eine Bruttomarge von durchschnittlich 128,1% bzw. 145%, was ein für sie lohnendes Geschäft sei. Die Gesuchsbeklagte habe sich auch bereit erklärt, die Gesuchsklägerin bis auf Weiteres und auf Zusehen hin weiter zu Übergangskonditionen zu beliefern. Die Weitergeltung der Partnerkonditionen und die Bezahlung der Servicepauschale stünden in einem untrennbaren Austauschverhältnis. Entsprechend hätten sich die Parteien am 30. September 2020 nur unter der Voraussetzung der Bezahlung der Servicepauschale und im Rahmen

der Kündigungsfrist von sechs Monaten auf eine Weiterbelieferung zu Partnerkonditionen geeinigt. Die Gesuchsklägerin gebe im Weiteren zu, dass sie über die L. _____ GmbH bereits Lieferbeziehungen für einen erheblichen Teil ihres Sortiments mit Drittlieferanten (für auf den Plattformen M. _____ch und N. _____ch, aber auch über B. _____ch verkaufte Produkte) geknüpft habe. Damit widerspreche sie ihrer anderweitigen Behauptung eines angeblichen Fremdbezugsverbots. Dass die über 5'500 alternativen Artikel im Vergleich zum Gesamtumsatz einen geringen Anteil ausmachen sollen, werde von der Gesuchsklägerin nicht mit Buchhaltungsauszügen oder sonstigen Dokumenten belegt, sondern unsubstantiiert gestützt auf eine blosser Bestätigung eines Mitarbeiters behauptet. Diese Darstellung wird von der Gesuchsbeklagten bestritten. Wenn die L. _____ GmbH bereits weitgehende Lieferantenbeziehungen für mindestens 5'500 Produkte geknüpft habe, dürfte sodann auch der Ersatz des übrigen B. _____-Sortiments innert kurzer Zeit möglich sein. Schliesslich werde auch bestritten, dass die Gesuchsbeklagte der Gesuchsklägerin in eine Position gebracht habe, in der sie sich Übergangskonditionen oder Preiserhöhungen habe diktieren lassen müssen. In rechtlicher Hinsicht verkenne die Gesuchsklägerin, dass es bei einer sortimentsbezogenen Abhängigkeit nicht um die Abhängigkeit von einem Sortiment des Lieferanten, sondern vielmehr um eine solche von einem Sortiment des Herstellers, sei es bezogen auf ein bestimmtes Produkt (sog. Must-in-Stock-Produkt mit Spitzenstellungsabhängigkeit) oder auf eine Gruppe von mehreren Marken im Sortiment (sog. Spitzengruppenabhängigkeit). In diesem Zusammenhang werde bestritten, dass das Sortiment der Gesuchsbeklagten im Einzelnen oder als Ganzes in der Schweiz eine besondere Bekanntheit geniesse. Bei den Marken der Gesuchsklägerin handle es sich um in der Schweiz unbekannte Eigenproduktmarken (O. _____, P. _____, Q. _____, R. _____, S. _____ usw.). Die von der Gesuchsklägerin angebotenen Waren im Tiefpreissegment seien beliebig und rasch austauschbar mit anderen Elektronik-, Haushalts- oder Lifestyleprodukten. Bei der behaupteten unternehmensbedingten Abhängigkeit mangle es an Belegen dafür, dass die Gesuchsklägerin sich tatsächlich um die Erschliessung neuer Lieferantenbeziehungen bemüht habe. Sie habe insbesondere keine Verträge oder zumindest Non Disclosure Agreements oder Termsheets mit potenziellen neuen Lieferanten eingereicht und auch keine konkreten Aufträge an Dritte bzw. Sourcing-Firmen, alternative Lieferanten zu suchen, ins Recht gelegt. Auch für die Behauptung des erhöhten Personalbedarfs für den Aufbau eines neuen Lieferantennetzes würden keine Belege dafür geliefert, dass die Gesuchsklägerin in den vergangenen acht Monaten seit der Kündigung der Partnerkonditionen tatsächlich neues Personal eingestellt oder konkret gesucht hätte. Gleiches gelte für ihre angeblichen Bemühungen, zusätzliche Lagerkapazitäten zu finden, welche unbelegt geblieben seien.

H. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2023 liess die Gesuchsklägerin dem Kantonsgericht ein Schreiben vom 1. Dezember 2023 an die Gesuchsbeklagte zur Kenntnisnahme zukommen, welchem der Bericht der Revisionsstelle der Gesuchsklägerin vom 28. November 2023 samt Jahresrechnung der Gesuchsklägerin per 31. Januar 2022 beigelegt war.

I. Am 4. Dezember 2023 reichte die Gesuchsbeklagte eine Stellungnahme zur Noveneingabe der Gesuchsklägerin vom 28. November 2023 ein. Sie bestritt darin, die Behauptung der Gesuchsklägerin, sie habe seit dem 13. November 2023 eine temporäre Liefereinschränkung umgesetzt und dadurch einen hohen Schaden bei der Gesuchsklägerin bewirkt. Die Gesuchsklägerin wolle mit ihrer Noveneingabe dem Gericht weismachen, der «aktualisierte» Bericht mit Erläuterungen von K. _____ beruhe auf der «zwischenzeitlichen Auswertung der Oktoberzahlen» und umfasse auch die «jüngsten Entwicklungen vom November 2023». Demgegenüber stehe in besagtem Bericht zu lesen, dass die aktualisierten Erläuterungen von K. _____ «unter Einbeziehung der September-Zahlen 2023» erfolgt seien. Der als Gesuchsbeilage 92 eingereichte ergänzende Bericht beruhe demgemäss auf den September-Zahlen der Gesuchsklägerin (nota bene noch unter Geltung der Partnerkonditionen), welche dieser spätestens Mitte Oktober 2023 und damit bereits bei Einreichung der Replik am 3. November 2023 vorgelegen haben müssen. Bei besagter Gesuchsbeilage würde es sich demnach um ein unechtes Novum handeln. Demgemäss sei die Noveneingabe, soweit sie auf Gesuchsbeilage 92 Bezug nehme, aus dem Recht zu weisen. Selbst wenn es sich bei dieser Beilage um ein zulässiges echtes Novum handeln sollte, hätte dessen Inhalt keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. So habe sich die Gesuchsklägerin darauf beschränkt, die Gesuchsbeilage 92 einfach einzureichen. In der Noveneingabe selbst werde jedoch nur am Rande auf den Inhalt dieses immerhin sechsseitigen Dokuments Bezug genommen. Damit gelte der Inhalt von Gesuchsbeilage 92 sowieso nicht als behauptet und müsse folglich unbeachtlich bleiben. Im Weiteren werde das Insolvenzrisiko der Gesuchsklägerin per März 2024 weiterhin bestritten. Sodann lege K. _____ in seinem Bericht freimütig offen, dass die Gesuchsbeilage 92 ausschliesslich auf den Angaben der Gesuchsklägerin beruhe und er sich offensichtlich kein eigenes Bild der tatsächlichen Vermögens- und Ertragssituation der Gesuchsklägerin habe machen können. Die Aussagen von K. _____ würden somit allesamt auf Hörensagen beruhen, nichts anderes als die Behauptungen der Gesuchsklägerin selbst wiedergeben und hätten folglich keinen Beweiswert. Und schliesslich würden die Behauptungen von K. _____ wiederum nicht mit Buchhaltungsbelegen oder sonstigen Unterlagen über die aktuelle Vermögens- und Ertragslage der Gesuchsklägerin unterlegt.

J. In ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2023 zur Duplik im Rahmen ihres fakultativen Rückäusserungsrechts hielt die Gesuchsklägerin an ihren bisherigen Begehren und Ausführungen fest. Zur Frage der Bestimmtheit der Rechtsbegehren erwiderte sie, es treffe nicht zu, dass den Partnern der Gesuchsbeklagten unterschiedliche Partnerpreise gewährt würden. Die Gesuchsbeklagte habe die Behauptungen der Gesuchsklägerin in diesem Zusammenhang nicht substantiiert bestritten. Insbesondere bilde auch bei den anderen Partnern der SKEK der Gesuchsbeklagten die Basis für die Preisberechnung. Ob die Servicepauschale vom Partner C. _____ bezahlt werden müsse, sei unerheblich. Anders als es die Gesuchsbeklagte behaupte, lasse sich das beantragte Rechtsbegehren Nr. 1 (und auch das Eventualbegehren Nr. 2) zum Urteil erheben. Beide Begehren

zielten darauf ab, die Nichtigkeit der Kündigung gerichtlich beurteilen bzw. bestätigen zu lassen und gestützt darauf die Erfüllung der vertraglichen Pflichten, m.a.W. die Weiterbelieferung zu den bisherigen Bedingungen, zu verlangen. Das Sortiment sei klar bestimmt durch den Verweis auf den Internetshop der Gesuchsbeklagten unter der Domain B. _____.de, in welchem alle aktuell vertriebenen Produkte der Gesuchsbeklagten für jedermann, also auch das Vollstreckungsgericht, ersichtlich seien. Hinzukomme, dass es der Gesuchsklägerin nicht möglich sei, den zukünftigen Preis für einzelne Produkte im Rechtsbegehren zu nennen, da dieser sich im Voraus nicht bestimmen lasse. Der Preis basiere gemäss der bisherigen Vertragsregelung auf dem SKEK, der von den zukünftigen Einkaufspreisen und Kosten der Gesuchsbeklagten abhängt. Die Gesuchsklägerin habe diesen Preisbildungsmechanismus ausführlich beschrieben. Ein gerichtlicher Lieferzwang lasse sich nicht nur durchsetzen, wenn er für jedes einzelne Produkt angeordnet werde. Eine Verpflichtung zur Belieferung für bestimmte Produkte und zu bestimmten Konditionen (ohne die einzelnen Produkte und deren Preise im Dispositiv aufzuführen) werde in der Praxis durchaus angeordnet. Ohnehin wäre zu berücksichtigen, dass das Gericht das Rechtsbegehren zur Ermittlung seines Inhalts gemäss Rechtslehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Klagebegründung und allfälliger Eventualbegehren nach den allgemeinen Regeln auszulegen habe; massgebend sei nicht der unbestimmte oder unklare Wortlaut, sondern der Sinn, der dem Begehren nach Treu und Glauben zukomme. Vorliegend würde jedenfalls aus der Klagebegründung hervorgehen, wie die Weiterbelieferung zu Partnerkonditionen zu verstehen sei, nämlich zu jenen Konditionen, die zwischen den Parteien bisher gegolten hätten. Im Weiteren verkenne die Gesuchsbeklagte, dass im vorliegenden Summarverfahren das Beweismass der Glaubhaftmachung gelte. Die Einreichung von Bestätigungen, insbesondere derjenigen von K. ____, einem ausgewiesenen Fachmann, sei deshalb beweistauglich. Gewisse Behauptungen könnten nur auf diesem Weg und durch Mitarbeitende der Gesuchsklägerin glaubhaft gemacht werden. Dass die Gesuchsklägerin solche Beweismittel einreiche, sei nicht zu beanstanden. Die Insolvenzgefahr liege in der Zukunft. Entsprechend habe K. ____ teilweise mit Annahmen arbeiten müssen. Entgegen den Vorwürfen der Gegenseite basierten die Annahmen aber auf realen Zahlen der Gegenwart und Vergangenheit. Sie seien zudem plausibel. Im Übrigen bestritt die Gesuchsklägerin die Ausführungen der Gesuchsbeklagten in deren Stellungnahme zur Noveneingabe der Gegenpartei vom 4. Dezember 2023.

K. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2023 ersuchte die Gesuchsbeklagte zusammengefasst unter Hinweis auf den Aktenschluss und Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO, die Eingabe der Gesuchsklägerin vom 8. Dezember 2023 samt Beilagen (Gesuchsbeilagen 108 bis 117) als verspätet aus dem Recht zu weisen.

Erwägungen

Vorbemerkung

Unter Hinweis auf die umfangreichen Prozessakten ist mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen über die

Entscheidungsfindungsgründe vorab daran zu erinnern, dass der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) nicht verlangt, dass sich das urteilende Kantonsgericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich und ausführlich auseinandersetzen und jedes einzelne Parteivorbringen ausdrücklich widerlegen oder bestätigen muss. Vielmehr genügt es, wenn der Entscheid derart begründet ist, dass er gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 und 136 I 184 E. 2.2.1, je mit Hinweisen).

1. Vorliegend ersucht eine schweizerische Unternehmerin mit Sitz in CH-XXXX Y. ____ als Gesuchsklägerin um vorsorglichen Rechtsschutz zur Sicherung eines kartellrechtlichen Anspruchs gegenüber einer deutschen Unternehmerin mit Sitz in DE-XXXXX V. ____ als Gesuchsbeklagte, mithin liegt eine Streitigkeit vor, welcher ein internationaler Sachverhalt zugrunde liegt. Für die Ermittlung der internationalen Zuständigkeit ist unter Berücksichtigung des Sitzes der gesuchsbeklagten Partei in einem EU/EWR-Mitgliedsstaat gestützt auf Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12) einschlägig (Art. 1 LugÜ). Die Zuständigkeit des angerufenen Schweizerischen Massnahmengerichts ist gemäss Art 31 i.V.m. Art. 5 Ziff. 3 LugÜ durch den Deliktsgerichtsstand, welcher auch für das Kartellrecht gilt, vor dem Gericht des Ortes begründet, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht. Bei einem Anspruch gestützt auf Art. 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ist der Erfolgsort am Markttort der im Wettbewerb behinderten oder benachteiligten Partei anzusiedeln. Die Gesuchsklägerin ist eine Schweizer Versandhandelsunternehmerin und führt in erster Linie den Online-Shop unter der Domain www.B. _____.ch unter anderem zum Verkauf von B. ____-Produkten der Gesuchsbeklagten und richtet sich mit diesem Angebot vorwiegend an Kundinnen und Kunden in der Schweiz. Sie betreibt ihren Online-Markt von ihrem Sitz in Y. ____ aus, so dass innerstaatlich die basellandschaftlichen Gerichte zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig sind. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, bzw. dessen Präsidiums ergibt sich aus Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) sowie § 5 Abs. 1 lit. c des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO; SGS BL 221).

2.1 Die Gesuchsbeklagte widersetzte sich dem Gesuch der Gesuchsklägerin zunächst mit dem Argument, sowohl Haupt- als auch Eventualbegehren seien zu unbestimmt formuliert, indem mit dem Passus «zu Partnerpreisen, d.h. zu den Preisen der Partner der Gesuchsbeklagten (insbesondere C. ____ S.A.R.L. und D. ____ GmbH)» einerseits sowie mit der unbestimmten Be-

zeichnung «zu den bisherigen Partnerkonditionen» andererseits nicht klar sei, was gemeint sei. Zum einen hätten die Partner der Gesuchsbeklagten unterschiedliche Konditionen, zum anderen seien «bisherige» Konditionen einer Vollstreckung nicht zugänglich. Die Gesuchsklägerin entgegnete zusammengefasst, für die Parteien sei hinreichend bekannt und entsprechend sei auch klar, wie die Partnerkonditionen bis zum 30. September 2023 ausgestaltet gewesen seien.

2.2 Die Formulierung von Anträgen muss von einer Qualität sein, die es erlaubt, sie bei Gutheissung des Dispositivs zum Entscheid zu erheben. Die Begehren müssen bestimmt sein, d.h. es muss konkret zum Ausdruck gebracht werden, was die gesuchstellende Partei will. Dies ist dann der Fall, wenn die Vollstreckungsbehörde die Begehren *tel quel* umsetzen kann, ohne Sachfragen entscheiden zu müssen (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 430 20 284 E. 1.2 mit Hinweisen). Die Gegenpartei muss aufgrund der gestellten Rechtsbegehren wissen, gegen was sie sich verteidigen muss (Wahrung des rechtlichen Gehörs), und für das Gericht muss klar sein, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes Streitgegenstand ist, woraus sich auch die materielle Rechtskraft des Entscheids ergibt. Das zum Urteilsspruch erhobene Rechtsbegehren soll sodann eine Zwangsvollstreckung ermöglichen, ohne dass daraus eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren zu erwarten ist. Das Vollstreckungsrecht als Teil des Prozessrechts hat eine dienende Funktion. Das Zivilprozessrecht ist insgesamt darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsbegehren zu stellen sind, hängt daher auch von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts ab (vgl. etwa: BGer 4A_686/2014 E. 4.3.1. mit Hinweisen auf bundesgerichtliche Rechtsprechung und Literatur). Das Rechtsbegehren bildet den Kern des Verfahrens, namentlich im von der Dispositionsmaxime beherrschten Zivilprozess, weshalb von der Partei zu erwarten ist, dass sie der korrekten Formulierung der Rechtsbegehren grösste Beachtung schenkt. Das Gesetz behandelt Mängel im Rechtsbegehren nicht als verbesserungsfähig (vgl. Art. 132 ZPO, der das Rechtsbegehren nicht erwähnt). Auch dies zeigt, dass hier Strenge am Platz ist. Es besteht kein Anlass, namentlich nicht bei einer anwaltlich vertretenen Partei, von dieser Strenge abzuweichen. Vielmehr darf gerade von einem Rechtsanwalt erwartet werden, dass er an die Formulierung der Rechtsbegehren grosse Sorgfalt anlegt. Darin kann grundsätzlich keine übertriebene sinnlose Formstrenge erblickt werden, die einem überspitzten Formalismus gleichkäme. Vorbehalten bleiben besondere Umstände, aus denen aus der Begründung in eindeutiger Klarheit hervorgeht, was die Klagpartei begehren will. Letzteres gilt insbesondere bei Laieneingaben (sinngemäss für das Rechtsmittelverfahren: BGer 4A_555/2022 E. 2.7 mit Hinweis auf BGE 148 III 322 E. 3.4 und BGer 4A_440/2014 E. 3.3 sowie 5A_342/2022 E. 3.2). Ist ein Rechtsbegehren mangelhaft, gilt es zu differenzieren. Wie alle Prozesshandlungen sind Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung. Auf die Begründung ist allerdings nur zurückzugreifen, wenn das Begehren unklar ist und einer Auslegung bedarf. Eine Pflicht zur

Auslegung eines Antrags besteht dann nicht, wenn das – an sich mangelhafte – Begehren den wirklichen Willen der Partei wiedergibt; diesfalls ist vom Wortlaut des Begehrens auszugehen (wiederum sinngemäss für das Rechtsmittelverfahren BGer 4A_555/2022 E. 2.8 mit Hinweis auf BGE 137 III 617 E. 6.2; BGer 4A_440/2014 E. 3.3, 4A_510/2022 E. 5.1 und 5A_342/2022 E. 2.1.3 mit weiteren Hinweisen).

2.3 Das Kantonsgericht erachtet die Einwendung der Gesuchsbeklagten der fehlenden Bestimmtheit der Rechtsbegehren für zutreffend, zumal mit dem vorliegenden Massnahmebegehren vorsorglich um Realvollstreckung eines kartellrechtlichen Anspruchs ersucht wird, wo besonders hohe Anforderungen gelten. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsklägerin reicht es für die Erfüllung der Anforderungen an ein Rechtsbegehren gemäss den auch vorliegend einschlägigen Art. 84 i.V.m. 221 Abs. 1 lit. b ZPO nicht aus, wenn den Parteien klar ist, was mit den begehrten Leistungen genau gemeint ist. Letzteres mag grundsätzlich unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs genügen, damit eine Verteidigung der beklagten Partei möglich ist. Vorliegend werden jedoch rein abstrakte Warenbezugsbedingungen beantragt, sodass unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Verlagerung der vorliegenden Streitigkeit auf das Vollstreckungsverfahren höchstwahrscheinlich ist. Aus der Formulierung im Hauptbegehren «zu Partnerpreisen, d.h. zu den Preisen der Partner der Gesuchsbeklagten» ist in der Tat unbestimmt, welche Preise welcher Partner verlangt werden, zumal die Gesuchsklägerin die Behauptung der Gesuchsbeklagten, sie räume ihren Partnern unterschiedliche Konditionen ein, im Schriftenwechsel nicht bestritten hat. Soweit sie dies mit ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2023 zur Duplik nachzuholen versucht, ist sie nicht mehr zu hören. Diese Bestreitung erfolgte nach Aktenschluss und damit verspätet (vgl. Verfügung vom 1. Dezember 2023; BGE 146 III 237 E. 3.2). Weshalb die Bestreitung erst so spät im Verfahren vorgetragen wurde, hat die Gesuchsklägerin zudem nicht begründet, weshalb sie auch im Lichte von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO unbeachtlich ist. Zumal das mangelhafte Hauptbegehren der anwaltlich vertretenen Gesuchsklägerin irrtumsfrei in diesem allgemein formulierten Wortlaut verfasst wurde, ist eine Auslegung gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nicht angezeigt. Selbst wenn eine Auslegung anhand der Gesuchsbeurteilung vorgenommen wird, ergibt sich zudem zur Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit kein anderes Ergebnis. Auch die Parameter für die Berechnung der Partnerpreise sind im Gesuch nur unbestimmt umschrieben. Beispielsweise ist nicht konkret ausgeführt, auf welcher Basis der produktbezogene Aufschlag der anteiligen Gemeinkosten, Transportkosten oder der produktbezogenen Einzelkosten, wie Lizenzen, Abgaben, Gebühren sowie anteilige interne Lohn- und Dienstleistungskosten zur Bestimmung des SKEK konkret ermittelt wird. Würde zudem die Gesuchsbeklagte vom erkennenden Gericht zur Gewährung von Partnerpreisen zugunsten der Gesuchsklägerin verurteilt, «d.h. zu den Preisen der Partner der Gesuchsbeklagten (insbesondere C. _____ S.A.R.L. und D. _____ GmbH)» müsste das Vollstreckungsgericht im Vollstreckungsverfahren sachverhältnissmässig erheben und prüfen, welche Preise die Gesuchsbe-

klagen ihren Partnern gewährt und ob diese vergleichbar bzw. identisch sind. Eine solche Sachverhaltsermittlung und -würdigung ist einem Vollstreckungsverfahren nicht zugänglich, so dass das entsprechende Hauptbegehren als unzulässig zurückgewiesen werden muss. Auch das Eventualbegehren mit der wiederum offenen Formulierung «zu bisherigen Partnerkonditionen» ist als nicht vollstreckungsfest einzustufen. Aus dem Wortlaut des Rechtsbegehrens («bisherig» und «Partnerkonditionen») ist für ein Vollstreckungsgericht nicht nachvollziehbar, aus welchen Bestandteilen sich diese Konditionen zusammensetzen, um im Rahmen von Art. 335 ff. ZPO prüfen zu können, ob die Gesuchsbeklagte ihren Pflichten nachkommt oder nicht. Zudem ist die Gesuchsklägerin eine Begründung schuldig geblieben, auf welche Weise ihr Haupt- und Eventualbegehren vollstreckt werden könnte. Ebenso wenig hat sie dargelegt, weshalb es ihr analog zu Art. 85 ZPO nicht möglich sein soll, bezüglich allgemeiner Festlegung der Partnerpreise und Partnerkonditionen bestimmte oder für Dritte bestimmbare Rechtsbegehren zu stellen. Eine solche Unmöglichkeit ist auch nicht ersichtlich. Nach Ansicht des Kantonsgerichts wäre es vielmehr in Nachachtung von Art. 84 ZPO erforderlich und für die Gesuchsklägerin zumutbar gewesen, dass diese ihre Rechtsbegehren zu den Partnerpreisen und bisherigen Partnerkonditionen mit Blick auf eine Vollstreckung konkretisiert hätte. Da sie dieser Obliegenheit nicht nachgekommen ist, ist auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen hinsichtlich Haupt- und Eventualbegehren nicht einzutreten.

3. Selbst wenn auf das Gesuch einzutreten wäre, müsste dieses aus nachfolgenden Gründen abgewiesen werden.

4. Bevor auf die materielle Beurteilung des Massnahmengesuchs einzugehen ist, ist zunächst jedoch die Frage des Novenrechts zu behandeln. Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und (a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven); oder (b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Über den novenrechtlichen Einwand der Gesuchsbeklagten zur Eingabe der Gesuchsklägerin vom 28. November 2023 braucht indes nicht entschieden zu werden. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Gesuchsklägerin mit besagter Eingabe unzulässige, verspätet vorgetragene unechte Noven einbringen wollte oder nicht. Wie sich zeigen wird, änderte auch deren Zulassung nichts am Ausgang des vorliegenden Verfahrens. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Eingabe der Gesuchsklägerin vom 8. Dezember 2023 (vgl. auch E. 2.3 hievor).

5.1 Eine Partei kann verlangen, dass das Gericht vorsorgliche Massnahmen trifft, wenn sie glaubhaft macht, (a) dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Für die Anordnung solcher Massnahmen muss eine zeitliche Dringlichkeit bestehen. Kann hinreichender Rechtsschutz ebenso gut im Haupt-

verfahren erreicht werden, fehlt es an der zeitlichen Dringlichkeit. Zudem müssen die Massnahmen verhältnismässig sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (SPRECHER, in: BSK-ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2017, 3. Aufl., Art. 261 ZPO N 10). Die gesuchstellende Partei muss das Vorliegen aller Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen, z.B. Rechtfertigungsgründe (SPRECHER, a.a.O. N 54-58). Glaubhaft machen bedeutet mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Tatsache dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.1 oder 130 III 321 E. 3.3; SPRECHER, a.a.O., N 52 f.). Das Gericht würdigt die Glaubhaftmachungsmittel frei und verfügt bei der Prüfung des Gesuchs sowie der Frage, ob die Voraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind, über einen grossen Ermessensspielraum (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 ZPO N 77).

5.2 Entsprechend ihrem Zweck setzt die vorsorgliche Massnahme einen zivilrechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei voraus, für den sie des vorläufigen Rechtsschutzes bedarf. Die gesuchstellende Partei muss ihren Verfügungsanspruch, die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens, glaubhaft machen (SPRECHER a.a.O. N 15). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen kann die vorläufige Vollstreckung eines kartellrechtlichen Beseitigungs- bzw. Kontrahierungsanspruchs nach Art. 4 Abs. 2bis i.V.m. Art. 7 und Art. 12 Abs. 1 lit. a KG verlangt werden. Die Gesuchsklägerin muss zunächst also glaubhaft darlegen, dass ihr kartellrechtlicher Hauptanspruch wahrscheinlich begründet ist und dass er durch ein Tun der Gegenseite verletzt worden ist bzw. eine entsprechende Verletzung andauert. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren unbegründet oder wenig aussichtsreich ist. Es ist daher eine Hauptsachenprognose zu treffen (SPRECHER, in: BSK-ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2017, 3. Aufl., Art. 261 ZPO N 12). Steht in einem kartellzivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, ist die Angelegenheit grundsätzlich der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen (Art. 15 KG). Keine Vorlagepflicht besteht allerdings in Verfahren über den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Entscheid des Handelsgerichts BE vom 26. März 2018, publ. in: RPW 2019/1 S. 228 ff.; JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2022, Art. 15 KG N 15; VETTER/PEYER, in: DIKE-Kommentar zum KG, 2018 Art. 15 KG N 9), so dass vorliegend die Hauptsachenprognose durch das Kantonsgericht ohne entsprechendes Rechtsgutachten im Rahmen einer eigenen summarischen Prüfung vorzunehmen ist.

5.3 Sodann hat das angerufene Gericht eine sog. Nachteilsprognose zu stellen, nach welcher die Frage zu beurteilen ist, inwiefern der gesuchstellenden Partei ein nicht leicht wieder-gutzumachender Nachteil aus der Rechtsverletzung durch den Gesuchsgegner entsteht. Es ist glaubhaft zu machen, dass durch Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess durch eine bestehende

oder unmittelbar bevorstehende Verletzung des materiellen Anspruchs dieser so, wie er lautet (d.h. die Realvollstreckung), vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre, oder dass der Gesuchsklägerin ungeachtet der Möglichkeit nachträglichen Vollzugs ein nicht leicht zu ersetzender Schaden oder anderer Nachteil droht (SPRECHER a.a.O. N 16). Das Gericht hat dabei zunächst zu untersuchen, welcher Nachteil droht, wenn keine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird. Kann das Haupturteil abgewartet werden und schafft dieses dem Gesuchsteller genügend Rechtsschutz, so besteht kein Anlass für eine einstweilige Verfügung. Zudem darf der Nachteil noch nicht eingetreten sein (SPRECHER a.a.O. N 28). Ein besonderes Interesse an einer Erfüllungshandlung in natura besteht dann, wenn der bei ihrem Ausbleiben eintretende Nachteil im Zeitpunkt der Urteilsfällung im Hauptprozess nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann. Für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind objektive Kriterien massgeblich. Auf die subjektiven Vorstellungen der Gesuchsklägerin kommt es nicht an (HUBER, in: ZPO-Komm., Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2016, 3. Aufl., Art. 261 ZPO N 20 mit Hinweis auf die Botschaft sowie Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 430 16 292 E. 5.2).

5.4 Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen muss eine gesteigerte Dringlichkeit bestehen. Zudem haben vorsorgliche Massnahmen verhältnismässig zu sein. Nach der neueren, mittlerweile verschiedentlich bestätigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beim Entscheid über die Frage, ob vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO zu treffen sind, jedoch grundsätzlich keine Interessenabwägung vorzunehmen. Ist glaubhaft gemacht, dass ein Anspruch verletzt ist oder verletzt zu werden droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und dass ein Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO zu befürchten ist, sind Massnahmen zu treffen. Es ist nicht erforderlich, dass der zu befürchtende Nachteil gewichtiger oder wahrscheinlicher ist als jener Nachteil, welcher der Gesuchsbeklagten im Falle der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen droht. Den Interessen der Gesuchsbeklagten ist allenfalls mit einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZPO Rechnung zu tragen (BGer 4A_427/2021 E. 5.1 mit Hinweisen). Hingegen ist gemäss Bundesgericht Folgendes zu beachten: Wohl sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO lediglich mit dem (reduzierten) Beweismass des Glaubhaftmachens nachzuweisen. Es genügt mithin im Allgemeinen, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Die Rechtslage ist grundsätzlich nur summarisch zu prüfen und vorläufig zu beurteilen, ohne die sich stellenden rechtlichen Fragen endgültig zu klären. Stehen aber vorsorgliche Massnahmen zur Diskussion, die einer Vollstreckung des Hauptsachenanspruchs gleichkommen und endgültige Wirkung haben – der Streit mithin keine über die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen hinausgehende Bedeutung hat –, ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Umstand Rechnung zu tragen, dass derartige Massnahmen besonders schwer in die Rechtsstellung der

Gegenpartei eingreifen. Entsprechend werden sie nur restriktiv bewilligt und unterstehen erhöhten Anforderungen. Diese Anforderungen beziehen sich sowohl auf das Vorhandensein der rechtserheblichen Tatsachen wie auch auf sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Insbesondere ist (vorsorglicher) Rechtsschutz in diesen Fällen nur zu gewähren, wenn der Anspruch relativ klar begründet erscheint (4A_427/2021 E. 5.2 mit Hinweisen auf BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 613 und BGE 139 III 86 E. 4.2 S. 91).

6.1 Das Kantonsgericht nimmt zunächst die Nachteilsprognose im vorliegenden Fall vor; d.h. es werden zuerst die Fragen des seitens der Gesuchsklägerin geltend gemachten, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils und der behaupteten bestehenden Dringlichkeit für schnellen Rechtsschutz beurteilt. Die Gesuchsklägerin behauptete unter diesen Titeln in sachverhaltlicher Hinsicht in ihrem Gesuch vom 8. Juni 2023 zunächst, dass sie ab 1. Oktober 2023 aufgrund der Kündigung der Partnervereinbarung bei der Gesuchsbeklagten Ware nicht mehr zu Partnerkonditionen, sondern nur noch zu einfachen Händlerkonditionen bestellen könne und dass ihr dadurch im besten Fall 50% und im schlimmsten Fall sogar 88% Mehrkosten entstehen würden. Diese Schätzung stützte sie auf eine nach eigenen Angaben erfolgte Auswertung von 86 repräsentativen Produkten der Gesuchsbeklagten. Die Gesuchsklägerin gibt sodann vor, dass ihr Controllingberater, K. ____, diese Mehrkosten von 50% und weitere Mehrkosten ab Oktober in einer Planungsrechnung, d.h. für drei Monate im Jahr 2023 sowie ab Januar 2024, berücksichtigt habe und dabei zum Schluss komme, dass spätestens im März 2024 ein negativer Liquiditätssaldo vorliegen würde. Sie stützte ihre Ausführungen auf eine Bestätigung von K. ____, welche sie als Gesuchsbeilage 36 zu ihrem Gesuch vom 8. Juni 2023 eingereicht hatte. Die in der Planungsrechnung erwähnten weiteren Mehrkosten würden auf zahlreichen Annahmen basieren insbesondere, dass nebst den höheren Einkaufspreisen steigende Personal- und Lagerkosten wegen der wegfallenden Dienstleistungen der Gesuchsbeklagten und Kosten für Rechtsstreitigkeiten zu erwarten seien. Eine Weitergabe der Preissteigerung an die Kundschaft sei maximal im Umfang von 8% realistisch.

6.2 Die Gesuchsbeklagte bestritt in ihrer Gesuchsantwort vom 17. August 2023 eine Preiserhöhung um mindestens 50% selbst bei Anwendung von Händlerpreisen. Ebenso bestritt sie, dass die von der Gegenpartei herangezogene Auswahl von 86 Produkten repräsentativ sei, zumal es sich um eine Artikelauswahl mit den höchsten Differenzen zwischen Partner- und Händlerpreis handle. Sodann sei zu beachten, dass die Händlerpreise weit mehr Leistungen (insb. Transport zum Händler innerhalb Deutschlands, Garantierücklauf, Serviceleistungen) beinhalten würden als die der Gesuchsklägerin gewährten Partnerpreise. Die Gesuchsklägerin nehme die genannten Leistungen allesamt selbst vor. Ein Vergleich zwischen Partnerpreisen und Händlerpreisen, wie ihn die Gegenpartei anstelle, sei daher unseriös. Um eine Vergleichbarkeit zu erreichen, müsste von den von der Gesuchsklägerin angenommenen Händlerpreisen mindestens die Kosten für den Transport (schätzungsweise rund 5%) sowie für den Garantierücklauf

(schätzungsweise rund 9%) abgezogen werden, zumal die Gesuchsklägerin diese Leistungen als Partnerin nicht beziehe. Beim Partnerpreis müssten sodann jeweils schätzungsweise rund 10% hinzugeschlagen werden, um die Servicepauschale gemäss Konditionsvereinbarung für Partnerbelieferungen nicht unberücksichtigt zu lassen. Die von der Gesuchsklägerin berechneten jährlichen Mehrkosten von ca. CHF 10 Mio. bzw. CHF 5.6 Mio. seien daher unglaublich und würden bestritten. Ebenso wenig sei ein Insolvenzrisiko der Gesuchsklägerin glaubwürdig dargetan. Zunächst kämen überhaupt nur Händlerpreise zur Anwendung, sofern die Gegenpartei weiterhin die Aushandlung der künftigen Preisgestaltung verweigere. Eine Erhöhung der Einkaufspreise könne zudem durch Steigerung der Endverbraucherpreise ausgeglichen werden. Die Gesuchsklägerin werde bei «just-in-time» Weiterbezug der Waren bei der Gesuchsbeklagten weder namhafte Mehrkosten bei den Personalkosten noch gesteigerte Mietkosten für zusätzliche Lager aufweisen. Daraus sei ersichtlich, dass die Gesuchsklägerin und ihr Controllingberater bei ihrer Beurteilung von fehlerhaften Annahmen ausgegangen seien. Im Übrigen seien die mit CHF 1,25 Mio. angesetzten Kosten für Rechtsstreitigkeiten nicht nur deutlich überhöht angesetzt, sondern von der Gesuchsklägerin auch selbstverschuldet. Auch die Behauptung einer maximalen Weitergabe von Preiserhöhungen an den Endverbraucher um 8% werde von der Gesuchsklägerin nicht belegt.

6.3 Replicando verweist die Gesuchsklägerin auf die zwischenzeitlich geltenden Übergangskonditionen für Warenbestellungen der Gesuchsklägerin bei der Gesuchsbeklagten gemäss Vereinbarung vom 3. Oktober 2023, welche ihr von der Gegenpartei aufgezwungen worden seien. Mit dieser habe die Gesuchsbeklagte durchgesetzt, dass sie keinen Systemzugang mehr erhalte und per E-Mail bestellen müsse. Aus dieser Vereinbarung würden gegenüber den Partnerpreisen Preiserhöhungen von 35% bei Aktionsartikeln und 45% bei regulären Artikeln entstehen, was zeige, dass die im Gesuch vom 8. Juni 2023 auf einer Kostensteigerung von 50% basierenden Schätzung der Mehrkosten von rund CHF 10 Mio. bzw. CHF 5,6 Mio. bewiesen bzw. zumindest glaubhaft gemacht worden seien. Anders als von der Gesuchsbeklagten behauptet, treffe es nicht zu, dass die Gesuchsklägerin sich die ausgewählten Produkte für ihre Berechnungen «zurechtgelegt» habe. Vielmehr habe sie repräsentativ über das B. _____-Sortiment hinweg die ertragsstärksten und damit die für die Frage der erwarteten Preiserhöhung relevantesten Produkte aufgenommen, um auf Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen ein möglichst realistisches Bild der erwarteten Preiserhöhung zeichnen zu können. Die Angaben der Gesuchsbeklagten zum Vergleich der Partnerpreise mit den Händlerpreisen würden bestritten. Der geltend gemachte Prozentsatz von insgesamt rund 14% für Garantierückläufe und Transportkosten dürfe in dieser Form zu pauschal sein, da bspw. die Retourenquote der Onlinehändler zwischen 1 - 60% schwanke. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Gesuchsklägerin gemäss der Übergangsvereinbarung im Vergleich zu den anderen Händlern schlechter gestellt werde, da sie auf die Gewährleistungsansprüche verzichten würde und die Ware abholen müsse. Die Preise

der Gesuchsklägerin müssten also tiefer liegen. Das Insolvenzrisiko bleibe bei der Gesuchsklägerin unverändert bestehen. Ihr drohe spätestens im März 2024 der Konkurseintritt. Da die Gesuchsklägerin bis Ende September 2023 noch zu Partnerkonditionen beliefert worden sei (abgesehen von einigen Schikanen) und da die Gesamtumsatzzahlen der Gesuchsklägerin für den Oktober 2023 zum Zeitpunkt der Replik noch nicht vorgelegen hätten und somit noch nicht hätten ausgewertet werden können, sei die Betrachtung vom Juni bezüglich des voraussichtlichen Eintritts eines Konkurses weiterhin massgebend. Die Argumente der Gesuchsbeklagten in der Gesuchsantwort würden auf der Annahme beruhen, dass die Gesuchsklägerin weiterhin bei der Gesuchsbeklagten beziehen werde. Dies sei aber angesichts der massiven Preiserhöhungen keine längerfristige Option für die Gesuchsklägerin. Sie müsse alternative Lieferanten suchen, was mit höheren Kosten (Personal, Lager etc.) verbunden sei. Ihre Endverbraucherpreise könne die Gesuchsklägerin nicht erhöhen, weil mit einem unmittelbar bevorstehenden Markteintritt der Gesuchsbeklagten mit «l. _____» gerechnet werden müsse. Ausserdem seien die Produkte der Gesuchsklägerin im Tiefpreissegment anzusiedeln. Die Kunden solcher Produkte würden die erforderlichen hohen Preiserhöhungen nicht akzeptieren. Zudem bleibe die Gesuchsbeklagte einen Beweis dafür schuldig, dass eine Erhöhung der Endverbraucherpreise aufgrund gestiegener Einkaufspreise vorliegend gegenüber den Endabnehmern ohne weiteres gerechtfertigt werden könnte. Es werde an den Ausführungen im Gesuch festgehalten, wonach die Endverbraucherpreise höchstens um 8 % erhöht werden könnten. Im Übrigen seien die bisherigen Preise gestützt auf einen Marktvergleich festgelegt worden. Im Weiteren seien die Kosten für Rechtsstreitigkeiten keineswegs selbstverschuldet. Die Gesuchsbeklagte verursache dieselben aufgrund der ausgesprochenen Kündigung, welche es zu bekämpfen gelte, um das Unternehmen und die dortigen Arbeitsplätze zu retten.

6.4 Wie unter Lit. G hievor bereits wiedergegeben, bestritt die Gesuchsbeklagte in ihrer Duplik die von der Gesuchsklägerin behauptete Preiserhöhung von 35% bzw. 45%, welche durch die Einführung der Übergangskonditionen erfolgt sei. Die mit den Übergangskonditionen einhergehende Preiserhöhung betrage vielmehr zwischen 17% und 26% der bisher geltenden Konditionen. Ein solche Preiserhöhung könne zudem problemlos an die Endkunden weitergegeben werden.

6.5 Das Kantonsgericht erachtet das Massnahmengesuch der Gesuchsklägerin bezüglich der Voraussetzungen des nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils und des Vorliegens einer Dringlichkeit als nicht stichhaltig. Dass grundsätzlich die Konfrontation mit unverhältnismässigen, massiven Preiserhöhungen und die Gefahr einer Insolvenz geeignet wären, um vorläufigen Rechtsschutz zu beanspruchen, trifft zwar zu. Beides müsste indessen nicht nur substantiiert behauptet, sondern auch hinreichend belegt, d.h. nach dem im Verfahren nach Art. 261 ZPO geltenden Beweismass glaubhaft gemacht werden, soweit die entsprechenden Tatsachenbehauptungen der beweisbelasteten Gesuchsklägerin durch die Gesuchsbeklagte bestritten wurden. Wie die Gesuchsbeklagte zutreffend darauf hinweist, versucht die Ge-

suchsklägerin das behauptete Insolvenzrisiko hauptsächlich mit der Bestätigung von K. _____ vom 7. Juni 2023 (Gesuchsbeilage 36), einem von ihr selbst beauftragten Controllingberater, zu untermauern. Die ebenfalls von K. _____ stammenden aktualisierten Erläuterungen vom 27. November 2023 (Gesuchsbeilage 92) reichte die Gesuchsklägerin mit ihrer Noveneingabe vom 28. November 2023 nach, ohne näher auf den Inhalt des zweitgenannten Dokuments einzugehen und im Wesentlichen verbunden mit der Behauptung, dass sie ohne rechtzeitige Verfügung des angerufenen Gerichts im März 2024 aus Liquiditätsmangel zahlungsunfähig sei. Im Weiteren ist festzustellen, dass die Prognosen von K. _____ auf Annahmen basieren, ohne dass für diese seitens der Gesuchsklägerin weitere Belege aus ihren Buchhaltungsunterlagen ediert worden wären. Ohne Einsicht in mit Sicherheit bei der Gesuchsklägerin bestehende Finanzdokumente lassen sich die Annahmen, welche zu der behaupteten negativen wirtschaftlichen Entwicklung innert kürzester Zeit bis Ende März 2024 führen sollen, nicht überprüfen. Die Gesuchsbeklagte hat die Ausführungen der Gesuchsklägerin bereits in der Gesuchsantwort bestritten und ausgeführt, die Einschätzung des Controllingberaters würden auf falschen Annahmen basieren. Das Kantonsgericht ist der Ansicht, dass es der Gesuchsklägerin in der Folge möglich gewesen wäre, die in der genannten Bestätigung von K. _____ aufgeführten wirtschaftlichen Kennzahlen mit Dokumenten wie Budgets, Cash-Flow-Listen, Arbeitsverträge für zusätzlich eingestelltes Personal, Dokumente zwecks Untermauerung der zusätzlichen Kosten für den Lagerunterhalt etc. zu untermauern. Im Weiteren ist die von der Gesuchsklägerin angenommene Preiserhöhung bei Händlerkonditionen um 50%, welche ebenfalls als Grundlage für die Ausführungen von K. _____ dienen, mit den Entgegnungen in der Gesuchsantwort, gemäss welchen in den Partner- und Händlerpreisen unterschiedliche Leistungen enthalten seien, plausibel angezweifelt worden, so dass diese nicht 1:1 verglichen werden könnten. Die seitens der Gesuchsklägerin behaupteten Preiserhöhungen bei den Übergangskonditionen von 35% bzw. 45 % wurden zudem durch die Berechnung der Gesuchsbeklagten in der Duplik widerlegt. So erklärte diese, die Aufschläge zum SKEK hätten während der Dauer der Partnerkonditionen 15% betragen. Soweit für das Kantonsgericht ersichtlich, ist diese Ausgangslage unter den Parteien unbestritten. Weiter führt die Gesuchsbeklagte an, dass gemäss den Übergangskonditionen auf den SKEK anstatt der bisherigen 15% neu 35% für Abvermarktungsartikel und 45% für reguläre Artikel aufgeschlagen worden seien, was gegenüber den Partnerkonditionen in absoluten Zahlen einer Erhöhung der Aufschläge von 20% bzw. 30% des SKEK entspreche. Die mit den Übergangskonditionen einhergehende Preiserhöhung betrage daher zwischen 17% (135% zu 115%) und 26% (145% zu 115%) der bisher geltenden Konditionen. Für das Kantonsgericht ist diese Betrachtung, wie erwähnt, nachvollziehbar. Sodann hat die Gesuchsklägerin diese von der Gesuchsbeklagten angestellte Berechnung in der Folge nicht bestritten. Weiter wird durch die Gesuchsklägerin unter Hinweis auf eine Einschätzung eines Mitarbeiters behauptet, sie könne höchstens eine Preissteigerung im Umfang 8% an den Endkunden weitergeben, wogegen die Gesuchsbe-

klagte davon ausgeht, dass eine Preiserhöhung von 17% bzw. 26% problemlos überwältzt werden könnte. Beide Parteien haben ihre Aussagen nicht mit Beweismitteln unterlegt. Die Erklärung des Mitarbeitenden der Gesuchsklägerin ist als bestrittene Parteibehauptung einzustufen. Zum Beweisthema des nicht leicht widergutzumachenden Nachteils und der Dringlichkeit ist die Gesuchsklägerin beweibelastet. Diese konnte indessen weder die Grundlagen, welche ein Insolvenzrisiko in sich bergen sollen, noch die Tatsache der Unmöglichkeit einer höheren Preisüberwälzung als die behaupteten 8% glaubhaft machen. Damit scheitert die Gesuchsklägerin mit ihrem Massnahmengesuch auch unter dem Aspekt der Nachteilsprognose. Selbst wenn auf das Massnahmengesuch eingetreten würde, müsste es aus den erwähnten Überlegungen abgewiesen werden.

7.1 Im Hinblick auf die vorliegend vorzunehmende Hauptsachenprognose sind zunächst die materiellrechtlichen Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 2bis sowie Art. 7 KG anzuführen. Dabei gilt es stets die Funktion des zivilrechtlichen Kartellrechts vor Augen zu halten. Gestützt auf das Kartellgesetz können grundsätzlich auch individuelle Interessen verfolgt werden. Für Kartellzivilprozesse bedeutet dies insbesondere, dass der Kläger nicht erst dann aktivlegitimiert ist, wenn er nachweisen kann, dass der Wettbewerb als Institution betroffen ist, sondern dass in der Regel der Nachweis einer massgeblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Klägers ausreichen sollte. Aus dem Umstand, dass das Kartellgesetz auch Individualinteressen schützt, folgt allerdings nicht, dass jede individuelle Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition unzulässig ist. Eine gemäss Kartellgesetz unzulässige Wettbewerbsbeschränkung liegt auch in Zivilverfahren vielmehr nur dann vor, wenn entweder (a) der Wettbewerb durch eine Abrede beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird (Art. 5 KG) oder (b) – und vorliegend geltend gemacht bzw. zu beurteilen – ein gemäss Art. 4 Abs. 2bis relativ marktmächtiges Unternehmen seine Stellung missbraucht (Art. 7 KG; (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 2022, Vorbemerkungen zu Art. 12-15 KG N 4).

7.2.1 Gemäss Art. 4 Abs. 2bis KG gilt ein Unternehmen als relativ marktmächtig, wenn von diesem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen. Die Beurteilung relativer Marktmacht im Sinne von Art. 4 Abs. 2bis KG hat in zwei Schritten zu erfolgen. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Abhängigkeitsverhältnis im erwähnten Sinne vorliegt. Es ist danach zu fragen, ob ausreichende Ausweichmöglichkeiten auf andere Unternehmen vorhanden sind. Sind ausreichende Ausweichmöglichkeiten vorhanden, stellt sich die Frage, ob diese vorhandenen Ausweichmöglichkeiten für das betroffene Unternehmen auch zumutbar sind. In einem zweiten Schritt ist anschliessend, sofern ein Abhängigkeitsverhältnis festgestellt werden konnte, zu untersuchen, ob sich das abhängige Unternehmen effektiv auf kartellrechtlichen Schutz berufen kann, weil die Abhängigkeit unverschuldet zustande gekommen ist (OLIVER KAUFMANN, Relative Marktmacht 2022, in: Zeitschrift für

Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic!, 2022, S. 188).

7.2.2 Unterschieden wird bei der Beurteilung einer Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG unter anderem nach den vorliegend relevanten Fallgruppen einer sortimentsbedingten, unternehmensbedingten und mangelbedingten Abhängigkeit. Die Fallgruppe der sortimentsbedingten Abhängigkeit setzt voraus, dass ein Unternehmen darauf angewiesen ist, die Produkte eines bestimmten Herstellers in seinem Sortiment führen zu können. Die deutsche Lehre und Gerichtspraxis unterscheidet bei der sortimentsbedingten Abhängigkeit weiter zwischen den beiden Untergruppen der Spitzenstellungsabhängigkeit und der Spitzengruppenabhängigkeit. Während bei der Spitzenstellungsabhängigkeit nur ein einzelnes Produkt aus Sicht der Verbraucher im Sortiment eines Anbieters vorhanden sein muss, trifft dies bei der Spitzengruppenabhängigkeit auf eine Gruppe mehrerer Produkte zu, die ganz oder teilweise im Sortiment vorhanden sein müssen (OLIVER KAUFMANN a.a.O. S. 189 mit Hinweisen auf deutsche Lehre und Rechtsprechung). Bei der Beurteilung der Abhängigkeit stehen das Ausreichen von Ausweichmöglichkeiten und damit objektiv-generalisierende Elemente im Vordergrund. Als Indizien für eine sortimentsbedingte Abhängigkeit kommen insbesondere Aspekte der Marktbedeutung oder Marktanteile in Betracht. Bei der Marktbedeutung sind der Bekanntheitsgrad und das Image der Produkte respektive der Marke aus Sicht der Abnehmer wohl die im Zentrum stehenden Indizien für eine sortimentsbedingte Abhängigkeit. Auch kann die preisliche Positionierung von Bedeutung sein. Eine sortimentsbedingte Abhängigkeit geht oftmals mit hohen Marktanteilen der fraglichen Produkte einher, wobei dies aber nicht vorausgesetzt ist. Ausreichend sind Ausweichmöglichkeiten in der Regel dann, wenn andere Angebote zur Verfügung stehen, die die Bedürfnisse des mutmasslich abhängigen Unternehmens ebenfalls angemessen befriedigen können. Massgebend sind objektivierte Kriterien, nicht die subjektive Einschätzung des möglicherweise betroffenen Unternehmens. Beispielsweise können die Produkteigenschaften, Bezugskonditionen, Markenreputation, Markentreue der Konsumentinnen und Konsumenten sowie der Marktanteil des mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmens eine Rolle spielen. Unzumutbar sind Ausweichmöglichkeiten dann, wenn aufgrund individueller Besonderheiten des abhängigen Unternehmens die gegebenen Ausweichmöglichkeiten als Alternative ausscheiden. Dabei sind etwa spezifische Investitionen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung, Umstellungskosten, das konkrete Vertragsverhältnis, der betroffene Umsatz im Verhältnis zum Gesamtumsatz sowie das Zustandekommen der angeblichen Abhängigkeit (u.a. die Ursachen der Abhängigkeit unter Berücksichtigung der Entscheide des betroffenen Unternehmens) zu berücksichtigen (vgl. Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021 mit Änderungen vom 22. August 2022; nachstehend: Merkblatt).

7.2.3 Von einer unternehmensbedingten Abhängigkeit ist dann auszugehen, wenn ein Unternehmen sich als Anbieter oder Abnehmer bestimmter Waren oder Leistungen im Rahmen langfristiger und intensiver Lieferbezie-

hungen derart auf einen bestimmten Geschäftspartner ausgerichtet hat, dass ein Ausweichen wegen der damit verbundenen Wettbewerbsnachteile nicht mehr zumutbar ist (OLIVER KAUFMANN a.a.O. S. 189).

7.2.4 Die Fallgruppe der mangel- oder knappheitsbedingten Abhängigkeit schliesslich zeichnet sich dadurch aus, dass ein oder mehrere Unternehmen aufgrund eines unvorhergesehenen Versiegens der Bezugsquellen für bestimmte Waren oder Dienstleistungen nicht mehr in der Lage sind, zu konkurrenzfähigen Konditionen auf andere Bezugsquellen auszuweichen (OLIVER KAUFMANN a.a.O. S. 189). Bestehen ausreichende Ausweichmöglichkeiten im umschriebenen Sinn, ist danach zu fragen, ob diese für die betroffene Unternehmung zumutbar erscheinen. Unzumutbar sind Ausweichmöglichkeiten dann, wenn aufgrund individueller Besonderheiten des abhängigen Unternehmens die gegebenen Ausweichmöglichkeiten als Alternative ausscheiden. Dabei sind etwa spezifische Investitionen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung, Umstellungskosten, das konkrete Vertragsverhältnis, der betroffene Umsatz im Verhältnis zum Gesamtumsatz sowie das Zustandekommen der angeblichen Abhängigkeit zu beachten.

7.3 Unternehmen, die sich auf die Vorschriften zur relativen Marktmacht berufen, müssen sich in der Regel bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht haben (vgl. Merkblatt). Je nach Einzelfall sind einige erfolglose Beschaffungsversuche in verschiedenen Ländern, in denen die Ware oder die Dienstleistung angeboten wird, vorzuweisen. Dabei hat der abhängige Nachfrager nachzuweisen, dass er erfolglos versucht hat, die Ware oder Dienstleistung anderweitig zu vergleichbaren Preisen und Konditionen wie seine Konkurrenten zu beziehen (Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise [Fair-Preis-Initiative]» und zum indirekten Gegenvorschlag [Änderung des Kartellgesetzes] vom 29. Mai 2019, in BBl 2019 S. 4877 ff [nachstehend: Botschaft]; S. 4940 f.).

7.4 In einem nächsten Schritt ist, wie unter Erwägung 7.2.1 a.E. angeführt, zu prüfen, ob die bestehende Abhängigkeit auf einer unternehmerischen (Fehl-)Entscheidung beruht. Wird beim Abschluss eines langfristigen Liefervertrags unterlassen, eine ausreichende Kündigungsfrist zu vereinbaren, welche einen Wechsel zu einem alternativen Lieferanten ermöglicht, so kann sich das betroffene Unternehmen in diesem Zusammenhang nicht auf eine Abhängigkeit vom bisherigen Vertragspartner berufen. Im Endeffekt ist zu prüfen, ob eine unternehmerische Entscheidung des abhängigen Unternehmens einen besonderen kartellrechtlichen Schutz rechtfertigt. Weiter ist zu berücksichtigen, ob sich Investitionen oder Umstellungskosten effektiv auf die Wettbewerbsfähigkeit erheblich auswirken können. Da kein Anrecht auf ewige Vertragsbeziehungen besteht, muss jedes Unternehmen grundsätzlich mit Änderungen in Bezug auf seine Vertragspartner sowie Liefer- und Nachfragebeziehungen rechnen. Relevant ist einzig, ob die wechselbedingten Kosten – unter Berücksichtigung aller Umstände und eines allfälligen Eigenverschuldens – zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen, welche die wirtschaftliche Existenzfähigkeit eines Unternehmens bedrohen. Entstehen temporär gewisse Zusatzkosten, so ist hieraus nicht auf eine Unzumutbarkeit zu schlies-

sen (DAVID MANAME, Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht, SZK, 2022, S. 62 f.).

7.5 Das Bestehen relativer Marktmacht ist für sich alleine betrachtet rechtlich unbedenklich. Unzulässig ist erst das missbräuchliche Ausnutzen der aus dem Abhängigkeitsverhältnis fließenden Marktstellung durch das relativ marktmächtige Unternehmen (OLIVER KAUFMANN a.a.O. S. 193; sinngemäss bei marktbeherrschendem Unternehmen: BGE 137 III 199 E. 4.3.4), mit der Folge, dass das abhängige Unternehmen im Wettbewerb behindert oder benachteiligt wird (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen nach Art. 7 Abs. 2 KG insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen;
- g. die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen.

Bei diesen aufgezählten Tatbeständen handelt es sich um eine nicht abschliessende Liste von Beispielen, welche die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG illustrieren sollen (BGE 137 III 199 E. 4.3.4).

7.6 Das missbräuchliche Verhalten eines relativ marktmächtigen Unternehmens, welches ein abhängiges Unternehmen gemäss Art. 7 KG im Wettbewerb behindert oder benachteiligt, ist nur rechtswidrig und richterlich zu sanktionieren, sofern vom relativ marktmächtigen Unternehmen keine sachlichen Rechtfertigungsgründe (sog. «Legitimate Business Reasons») geltend gemacht werden können (Botschaft S. 4943; OLIVER KAUFMANN a.a.O. S. 186; ausführlich: AMSTUTZ/CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2022, Art. 7 KG N 170 ff.). Sachliche Gründe liegen insbesondere vor, wenn sich ein relativ marktmächtiger Anbieter auf kaufmännische Grundsätze stützen kann (Botschaft, S. 4943). Ein von einem relativ marktmächtigen Anbieter abhängiger Nachfrager soll grundsätzlich nicht dauerhaft gestützt auf die relative Marktmacht geschützt werden. Diesem ist vielmehr eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, innerhalb derer das abhängige Unternehmen eine Umstellung versuchen muss. Nach Ablauf dieser Frist soll – unabhängig von einer erfolgreichen Umstellung – ohne das Hinzutreten besonderer Umstände eine sachliche Rechtfertigung für die Beendigung der Ge-

schäftsbeziehungen vorliegen können (Botschaft, S. 4943).

8.1 Die Gesuchsklägerin behauptet, in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Gesuchsbeklagten zu stehen und begründete dies in ihrem Gesuch vom 8. Juni 2023 im Wesentlichen folgendermassen: Beide Parteien würden denselben Namen tragen und dieselbe second-level domain «B. ____» verwenden. Der Internetshop der Gesuchsbeklagten sei unter www.B.____.de, derjenige der Klägerin unter www.B.____.ch zu erreichen. Ausserdem seien beide Shops miteinander verlinkt. Beide Parteien würden in ihrem jeweiligen Marktgebiet den jeweils eigenen «B. ____-Katalog» vertreiben, die von ihrer Aufmachung her sehr ähnlich seien. Sie würden bis auf wenige Ausnahmen die identischen Artikelbezeichnungen und Artikelnummern verwenden und über eine nahezu identische corporate identity verfügen. Die Gesuchsklägerin vertreibe im Gegensatz zu sämtlichen anderen Händlerkunden der Gesuchsbeklagten deren gesamtes Sortiment (abgesehen von wenigen Ausnahmen, z.B. wegen rechtlicher Fragen). Sie setze auch sämtliche Texte und Bilder der Gesuchsbeklagten ein, um deren Produkte zu vertreiben. Damit werde sie im Ergebnis von ihren Kunden in vergleichbarer Weise wie die Gesuchsbeklagte mit dem sog. «B. ____-Sortiment» und den «B. ____-Marken» in Verbindung gebracht. Hieraus folge, dass der Kunde der Gesuchsklägerin erwarte, bei ihr das «B. ____-Sortiment» vorzufinden. Dafür sei sie aufgrund der langjährigen Marktpräsenz in der gesamten Schweiz bekannt. Diese Erwartungshaltung des Kunden mache die Gesuchsklägerin deshalb davon abhängig, das B. ____-Sortiment weiter von der Gesuchsbeklagten geliefert zu bekommen. Dementsprechend bestehe eine sortimentsbezogene Abhängigkeit. Die Gesuchsklägerin stehe im Weiteren in einem unternehmensbedingten Abhängigkeitsverhältnis zur Gesuchsbeklagten. Von der Kündigung der Partnerbedingungen sei fast das ganze Sortiment betroffen. Es verstehe sich von selbst, dass es schwierig sei, überhaupt Importeure zu finden, die das breite Sortiment ersetzen könnten. Die Gesuchsklägerin weise derzeit keine ausreichenden personellen Ressourcen auf, um den Einkauf, das Produktmanagement, die Textabteilung, das Qualitätsmanagement etc. in einer der Gesuchsbeklagten vergleichbaren Form zu betreiben. Im Weiteren habe sie derzeit nur geringe Lagerkapazität, was faktisch nur «just-in-time» Bestellungen zulasse, die neben der Gesuchsbeklagten aktuell kaum ein anderer Lieferant anbiete. Aufgrund des kleineren Bestellvolumens der Gesuchsklägerin seien keine grösseren Abnahmemengen möglich, was die Verhandlungen mit neuen Lieferanten erschwere. Die Anmietung von Lagermöglichkeiten sei in aller Regel nur mit langfristiger Bindung (fünf, häufig zehn Jahre) möglich, was zum einen die Liquiditätsplanung einschränke. Zum anderen sei die Suche, Anmietung und Vorbereitung von Lagerhallen zum Betrieb (Brandschutz, Regalinstallation, Technik, EDV etc.) mit einem erheblichen zeitlichen Aufwand verbunden. Weitere Serviceleistungen, wie z.B. Produkttexte, Bilder, Qualitätssicherung, Lizenzfragen etc., die bisher von der Gesuchsbeklagten erbracht worden seien, müssten neu aufgesetzt werden. Verstärkt sei die Abhängigkeit der Gesuchsklägerin von der Gesuchsbeklagten in der Vergangenheit zudem durch ein Fremdbezugsverbot der

Ware. Aufgrund dieses Verbots habe sie bislang (bis zum Eingang der Kündigung am 22. März 2023) keinerlei Anlass gesehen, Lieferantenkontakte in China aufzubauen und zu pflegen. Schliesslich machte die Gesuchsklägerin geltend, es bestehe eine mangelbedingte Abhängigkeit zur Gesuchsbeklagten, zumal insbesondere im Elektronikbereich seit der Corona-Krise eine weltweite Lieferkettenstörung bestehe. Im Rahmen der durch die Kündigung nun notwendig gewordenen Umstellung des Bestellprozesses der Gesuchsklägerin auf alternative Lieferanten werde sich die Gesuchsklägerin «hinten anstellen müssen», was die Belieferung mit knappen Waren aus Asien anbelange. Betroffen von der Knappheit wären bei der Gesuchsklägerin vor allem Elektronikprodukte, einem Haupt- bzw. Schwerpunktgebiet des B. ____-Sortiments.

8.2 Die Gesuchsbeklagte bestreitet in ihrer Gesuchantwort ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien, beziehe die Gesuchsklägerin doch bereits heute einen erheblichen Teil, je nach Bezugsgrösse (Gesamtsortiment der Gesuchsbeklagten oder Bezugsmenge bei der Gesuchsbeklagten), 25% bzw. 44% ihres Sortiments bei anderen Lieferanten. Sie habe ihr Sortiment bereits ausreichend diversifiziert, um nicht von den Lieferungen der Gesuchsbeklagten abhängig zu sein. Zudem könne sie die Geschäftsbeziehung zu anderen Lieferanten innert der sechsmonatigen Frist problemlos auf- oder ausbauen. Ihre Lager- und Personalkapazitäten müsse die Gesuchsklägerin nicht wie dargestellt ausbauen. Auf weitere Serviceleistungen der Gesuchsbeklagten sei sie sodann schon seit Jahren nicht mehr angewiesen. Hinzu komme schliesslich, dass die Gesuchsbeklagte durchaus auch nach dem 1. Oktober 2023 (also nach Ablauf der Kündigungsfrist) bereit sei, die Gesuchsklägerin zu marktüblichen Konditionen mit ihren Produkten zu beliefern. Die Möglichkeit zur Verhandlung vorteilhafter Preise habe die Gesuchsklägerin in eigener Verantwortung nicht wahrgenommen. Zudem wären allfällige Abhängigkeiten der Gesuchsklägerin selbstverschuldet, zumal sie als selbstständiges Unternehmen für ihre Geschäftsentscheidungen die volle Verantwortung trage. Zur seitens der Gesuchsklägerin geltend gemachten mangelbedingten Abhängigkeit entgegnete die Gesuchsbeklagte, die Kündigung der Partnerschaftskonditionen sei nicht aufgrund einer Mangellage, sondern aufgrund der unterschiedlichen Vorstellungen über eine künftige partnerschaftliche Zusammenarbeit, fehlender Wertschöpfung der Gesuchsklägerin in der Schweiz und fehlender Synergien zwischen den Parteien erfolgt. Die Gesuchsbeklagte würde die Gesuchsklägerin weiterhin mit ihrem ganzen Sortiment zu marktüblichen Konditionen beliefern. Eine mangelbedingte Abhängigkeit müsste die Gesuchsklägerin gegenüber alternativen Lieferanten geltend machen, die sie aufgrund einer Mangellage nicht beliefern wollten. Die Covid-bedingte Verknappung des Angebots sei sodann nicht (mehr) dermassen dramatisch, wie dies die Gesuchsklägerin darstellen würde. Seit China zu Beginn des Jahres 2023 von der Null-Covid-Politik abgerückt sei, habe sich die Angebotslage ohnehin weiter verbessert. Die Gesuchsbeklagte führte sodann an, dass der Gesuchsklägerin nach der ersten Kündigung der Partnerkonditionen vom 31. August 2020 knapp vier Jahre Zeit zur Verfügung gestanden hätten, sich auf das Ende der Partner-

konditionen vorzubereiten und alternative Lieferanten zu suchen, nötigenfalls Lagerkapazitäten auszubauen oder diese zumindest während der Dauer der Trennungsverhandlungen nicht abzubauen, personelle Ressourcen zu erweitern, ihre Endverbraucherpreise anzuheben sowie alle weiteren Vorkehrungen zu treffen. Dass es keine alternativen Lieferanten geben würde, welche die Gesuchsklägerin mit ihrem gesamten bislang vertriebenen Sortiment beliefern könnten, ist von der Gesuchsklägerin nicht belegt, unzutreffend und werde infolgedessen von der Gesuchsbeklagte bestritten. Im Weiteren habe die Gesuchsklägerin am 30. September 2020 einer Kündigungsfrist von 6 Monaten ausdrücklich zugestimmt. Mit der nunmehr ausgesprochenen Kündigung sei auch keine Behinderung oder Ausbeutung der Gesuchsklägerin verbunden. Entgegen den Behauptungen der Gesuchsklägerin müsse sich diese auch nicht von der Händlerin zur Herstellerin und Lieferantin, wie die Gesuchsbeklagte eine sei, umfunktionieren. Dass sie bei der Wahl ihrer eigenen Lieferanten wegen eines Fremdbezugsverbots bislang nicht frei gewesen sein soll, werde von der Gesuchsbeklagten bestritten. Diese habe der Gesuchsklägerin einzig untersagt, direkt bei den Lieferanten der Gesuchsbeklagten selber zu bestellen.

8.3 In ihrer Replik hielt die Gesuchsklägerin dagegen, dass für die Beurteilung der sortimentsbezogenen Abhängigkeit nicht auf die Anzahl der bestellten bzw. verkauften Artikel abzustellen, sondern eine umsatzbasierte Betrachtungsweise vorzunehmen sei. Nach dieser bestelle die Gesuchsklägerin 88% ihres Einkaufsvolumens bei der Gesuchsbeklagten. Bei den Produkten der Gesuchsklägerin handle es sich zwar teilweise nicht um Must-In-Stock-Produkte. Die sortimentsbedingte Abhängigkeit ergebe sich jedoch nicht aus einzelnen Produkten und Marken, sondern daraus, dass bisher ein gesamtes Sortiment und Dienstleistungen von der Gesuchsbeklagten bezogen worden seien. Das Sortiment als Ganzes sei in der Schweiz sehr wohl bekannt und die Gesuchsklägerin habe sich gemäss der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien auf dieses Sortiment, die Marken und den Namen B. ____ ausgerichtet. Ein Durchschnittskonsument bringe die Gesuchsklägerin in der Schweiz mit dem B. ____-Sortiment und den B. ____-Produktmarken durchaus in Verbindung. Das bisherige Fremdbezugsverbot sei faktischer Natur gewesen und habe sich aus der gelebten Geschäftsbeziehung unter den Parteien ergeben. Korrespondenz aus den Jahren 2020 und 2022 belege, dass die Partnerkonditionen nur bei exklusivem Einkauf über die Einkaufsgesellschaft der Gesuchsbeklagten, der G. ____ GmbH, gegolten hätten. Habe die Gesuchsklägerin Waren bei anderen Lieferanten zu beziehen beabsichtigt, habe ihr die Gesuchsbeklagte mit drastischen Sanktionen gedroht, womit Strafzahlungen in Form von höheren Einkaufsprovisionen gemeint gewesen seien. Nach den Abklärungen der Gesuchsklägerin gebe es keinen Importeur oder anderen Lieferanten, der alle Produkte anbiete, die die Gesuchsklägerin im Sortiment habe. Dass es keinen solchen Lieferanten gebe, sei eine negative Tatsache und könne folglich nicht bewiesen werden. Dass es äusserst unwahrscheinlich sei, ein vergleichbares Sortiment mit über 16'000 Produkten von einem einzigen neuen Lieferanten zu beziehen, folge aber aus gesundem Menschenverstand. Sodann bestritt

die Gesuchsklägerin, dass sie die Trennung der Geschäftsbeziehung zur Gesuchsbeklagten seit Längerem hätte antizipieren können, weil sich eine solche bereits seit den letzten 4 Jahren abgezeichnet hätte. Ebenso bestritt sie die gesuchsbeklagliche Behauptung, dass sich die Parteien im 2020 unter der Voraussetzung der Bezahlung einer Servicepauschale und im Rahmen einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf die Weitergeltung der Partnerkonditionen verständigt hätten. Es sei nicht vereinbart worden, dass eine Weiterbelieferung zu Partnerkonditionen nur so lange erfolge, wie die Servicepauschale ungekündigt bleibe. Die Kündigungsfrist sei vielmehr ausdrücklich nur für die Servicepauschale und die damit verbundenen zusätzlichen Dienstleistungen der Gesuchsbeklagten vereinbart worden.

8.4 Duplicando bestritt die Gesuchsbeklagte, dass die Gesuchsklägerin 88% des eigenen Einkaufsvolumens bei der Gesuchsbeklagten beziehe. Die Gesuchsbeklagte monierte, die Gesuchsklägerin stütze ihre Behauptungen auch in diesem Zusammenhang auf «Bestätigungen» eines ihrer Mitarbeiter, welche ohne weiteren Belege reine bestrittene Parteibehauptungen darstellen würden. Die Gesuchsbeklagte habe die Gesuchsklägerin in keiner Weise an das B. ____-Sortiment gebunden. Ein Fremdbezugsverbot habe es nie gegeben. Bestritten wurde auch das Androhen von Sanktionen. Auch hier sei eine Bestätigung durch den eigenen Mitarbeiter der Gesuchsklägerin weder substantiiert noch glaubwürdig, sondern wiederum eine bestrittene Parteibehauptung. Die Weitergeltung der Partnerkonditionen und die Bezahlung der Servicepauschale stünden in einem untrennbaren Austauschverhältnis. Entsprechend hätten sich die Parteien am 30. September 2020 nur unter der Voraussetzung der Bezahlung der Servicepauschale und im Rahmen der Kündigungsfrist von sechs Monaten auf eine Weiterbelieferung zu Partnerkonditionen geeinigt. Weiter werde bestritten, dass das Sortiment der Gesuchsbeklagten im Einzelnen oder als Ganzes in der Schweiz eine besondere Bekanntheit geniesse. Bei den Marken der Gesuchsklägerin handle es sich um in der Schweiz unbekannte Eigenproduktmarken (P. ____, Q. ____, R. ____, S. ____ usw.). Die von der Gesuchsklägerin angebotenen Waren im Tiefpreissegment seien beliebig und rasch austauschbar mit anderen Elektronik-, Haushalts- oder Lifestyleprodukten. Bei der behaupteten unternehmensbedingten Abhängigkeit mangle es an Belegen dafür, dass die Gesuchsklägerin sich tatsächlich um die Erschliessung neuer Lieferantenbeziehungen bemüht habe. Auch bezüglich der Behauptung des erhöhten Personalbedarfs für den Aufbau eines neuen Lieferantennetzes würden keine Belege dafür geliefert, dass die Gesuchsklägerin in den vergangenen acht Monaten seit der Kündigung der Partnerkonditionen tatsächlich neues Personal eingestellt oder konkret gesucht hätte. Gleiches gelte für ihre angeblichen Bemühungen, zusätzliche Lagerkapazitäten zu finden, welche unbelegt geblieben seien.

8.5 Das Kantonsgericht verneint im Rahmen seiner summarischen Prüfung des seitens der Parteien vorgebrachten Sachverhalts das Vorliegen eines glaubhaft gemachten Abhängigkeitsverhältnisses zwischen der Gesuchsklägerin und der Gesuchsbeklagten. Verschiedene Elemente einer sortimentsbezogenen oder unter-

nehmens- bzw. mangelbedingten Abhängigkeit wurden von der Gesuchsklägerin lediglich behauptet, ohne deren Bestand, soweit er seitens der Gesuchsbeklagten substantiiert bestritten wurde, hinreichend glaubhaft zu machen.

8.5.1 Soweit die Gesuchsklägerin behauptet hat, bisher ein gesamtes Sortiment und Dienstleistungen von der Gesuchsbeklagten bezogen zu haben, wobei dieses Sortiment als Ganzes in der Schweiz sehr wohl bekannt sei, bestritt die Gesuchsbeklagte eine besondere Bekanntheit ihrer Produkte und Marken auf dem Schweizer Markt. Nach Ansicht des Kantonsgerichts ist an den Nachweis des Bekanntheitsgrades von Verkaufsartikeln auf einem bestimmten Markt im vorsorglichen Massnahmeverfahren keine hohen Anforderungen zu stellen. Für eine abschliessende Beurteilung wäre eine eingehende Analyse oder Expertisierung zu dieser Frage durchzuführen, welche den Rahmen eines Beweisverfahrens im summarischen Verfahren sprengen würde. Ob, wie die Gesuchsklägerin behauptet hat, ein Konsument oder eine Konsumentin die Gesuchsklägerin in der Schweiz mit dem B. ____-Sortiment und vor allem auch mit den B. ____-Produktmarken in Verbindung bringt oder nicht, ist – wie nachstehend aufgezeigt wird – letztlich nicht entscheidend. Dementsprechend hat das Kantonsgericht die Gegenbehauptung der Gesuchsbeklagten nicht abschliessend zu beurteilen, wonach die Marken der Eigenprodukte der Gesuchsbeklagten aus dem Tiefpreissegment, hauptsächlich Elektronik-, Haushalts- oder Lifestyleprodukte, bei der Schweizer Kundschaft wenig bekannt und deswegen beliebig mit anderen Produkten austauschbar seien.

8.5.2 Die Gesuchsklägerin scheitert bei der Glaubhaftmachung einer sortimentsbezogenen Abhängigkeit zur Gesuchsbeklagten aus anderem Grund. So beschränkte sie sich auch in diesem Zusammenhang darauf, die Tatsachen des Gesuchsfundaments zur geltend gemachten relativen Marktmacht der Gesuchsbeklagten im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG lediglich zu behaupten. Zwar kommentierte die Gesuchsbeklagte die gesuchsklägerischen Ausführungen zur beinahe identischen Firmenbezeichnung und der Verwendung derselben second-level domain «B. ____» nicht. Gleiches gilt zur Erklärung der Gesuchsklägerin bezüglich der Internethops der Parteien (www.B. _____.de und www.B. _____.ch) und deren bisherigen Verlinkung sowie der Ähnlichkeit der vertriebenen Produktewerbekataloge. Auch die gesuchsklägerische Behauptung, die Parteien würden für beidseits vertriebene Produkte die gleichen Artikelnummern und -bezeichnungen verwenden, stellte die Gesuchsbeklagte nicht substantiiert in Abrede. Hingegen bestritt die Gesuchsbeklagte die sortimentsbezogene Abhängigkeit in quantitativer Hinsicht. Es sei nicht glaubhaft gemacht, so die Gesuchsbeklagte in der Duplik, dass die Gesuchsklägerin 88% des eigenen Einkaufsvolumens bei der Gesuchsbeklagten beziehe. Mit dieser Bestreitung wird seitens der Gesuchsbeklagten implizit zugestanden, dass für die Beurteilung der sortimentsbezogenen Abhängigkeit eine umsatzbasierte Sichtweise geboten ist, was auch nach Ansicht des Kantonsgerichts korrekt erscheint. Im Weiteren erachtet das Kantonsgericht den Einwand der Gesuchsbeklagten als zutreffend, dass die Gesuchsklägerin ihre Behauptungen

auch in diesem Zusammenhang ausschliesslich auf Erklärungen eines ihrer Mitarbeitenden, T. _____, abstützt. Die entsprechende schriftliche Bestätigung (Gesuchsbeilage 70) stellt eine Parteibehauptung dar und reicht im vorsorglichen Massnahmeverfahren nicht aus, die damit aufgestellte Tatsachenbehauptung glaubhaft zu machen. Weitere Geschäftsunterlagen, mit welchen die Umsätze aus Warenbestellungen der Gesuchsklägerin aufgeschlüsselt nach Lieferanten hätten dokumentiert werden können, sind nicht bei den Akten. Somit fehlt es an einem hinreichenden Nachweis, dass die Gesuchsklägerin beinahe vollständig an das Warensortiment der Gesuchsbeklagten als Lieferantin gebunden sein soll. Die Gesuchsklägerin konnte demnach in sachverhältnlicher Hinsicht nicht glaubhaft machen, dass sie gegen beinahe 90% ihres weiterverkauften Sortiments bei der Gesuchsbeklagten bezogen hat. Daraus folgt auch, dass über den rechtlichen Einwand der Gesuchsbeklagten nicht befunden werden muss, wonach es bei einer sortimentsbezogenen Abhängigkeit nicht um die Abhängigkeit von einem Sortiment eines Lieferanten, sondern vielmehr um eine solche von einem Sortiment des Herstellers gehen soll, sei es bezogen auf ein bestimmtes Produkt (sog. Must-in-Stock-Produkt mit Spitzenstellungsabhängigkeit) oder auf eine Gruppe von mehreren Marken im Sortiment (sog. Spitzengruppenabhängigkeit). Die erwähnten, unbestrittenen Gemeinsamkeiten der Parteien bei der Firmenbezeichnung, der Verwendung der second-level domain «B. _____» mit den Websites www.B._____.de und www.B._____.ch samt Verlinkung, bei den Katalogen sowie Artikelnummern bzw. -bezeichnungen reichen schliesslich nicht aus, um eine sortimentsbezogene Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG zu begründen.

8.5.3 Zur behaupteten unternehmensbedingten Abhängigkeit führt die Gesuchsklägerin ins Feld, es gebe nach eigenen Abklärungen keinen Importeur oder anderen Lieferanten, der alle Produkte anbieten würde, welche die Gesuchsklägerin im Sortiment habe. Diese negative Tatsache eines fehlenden vergleichbaren Lieferanten könne nicht bewiesen werden. Die Gesuchsklägerin weise derzeit sodann keine ausreichenden personellen Ressourcen auf, um den Einkauf, das Produktmanagement, die Textabteilung, das Qualitätsmanagement etc. in einer der Gesuchsbeklagten vergleichbaren Form zu betreiben. Im Weiteren habe sie derzeit nur geringe Lagerkapazität, was faktisch nur «just-in-time» Bestellungen zulasse, die neben der Gesuchsbeklagten aktuell kaum ein anderer Lieferant anbiete. Zum anderen sei die Suche, Anmietung und Vorbereitung von Lagerhallen zum Betrieb (Brandschutz, Regalinstallation, Technik, EDV etc.) mit einem erheblichen zeitlichen Aufwand verbunden. Akzentuiert werde die unternehmensbedingte Abhängigkeit durch ein Fremdbezugsverbot. Die Gesuchsbeklagte bestritt zunächst, dass es keine alternativen Lieferanten geben würde, welche die Gesuchsklägerin mit ihrem gesamten bislang vertriebenen Sortiment beliefern könnten. Das Kantonsgericht hält fest, dass es sich bei diesem Beweisthema entgegen der Ansicht der Gesuchsklägerin nicht um eine unbeweisbare negative Tatsache handelt, zumal diese Aussage eines fehlenden adäquaten neuen Lieferanten, welcher auch just-in-time Lieferungen ausführte, mit entsprechenden fruchtlosen Suchbemühungen glaubhaft gemacht werden könnte.

Unternehmen, die sich auf die Vorschriften zur relativen Marktmacht berufen, müssen sich zudem in der Regel bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht haben (vgl. E. 7.3 hievor). Will die Gesuchsklägerin argumentieren, sie müsse ihren Betrieb umstellen, indem sie ihre Lagerkapazitäten erhöhen oder Personal rekrutieren müsse, was wesentlich länger als die eingeräumte Kündigungsfrist in Anspruch nehmen würde, hat sie ebenfalls bereits angestellte entsprechende Suchbemühungen glaubhaft zu machen. Weil die Gesuchsbeklagte im Grundsatz, d.h. abgesehen von ihren eigenen Herstellern und Lieferanten aus China, auch bestritten hat, dass für die Gesuchsklägerin eine Fremdbezugsverbot gegolten hat, ist ein entsprechender Bestand von der beweisbelasteten Gesuchsklägerin ebenso glaubhaft zu machen. Bezüglich Lieferantensuche beschränkte sich die Gesuchsklägerin darauf zu behaupten, es liege auf der Hand, dass keine mit der Gesuchsbeklagten vergleichbaren Lieferanten verfügbar seien. Dass sich die Suche nicht als einfach herausstellen könnte, darf angenommen werden, Unmöglichkeit dieses Unterfangens indessen nicht. Bei der Aufstockung der Lagerräume und des Personalbestandes dürfte sich dieselbe Ausgangslage präsentieren. Unabhängig davon, ob sich die geschäftliche Trennung der Parteien bereits vor der ausgesprochenen Kündigung abgezeichnet hat oder nicht, erscheint es naheliegend, dass die Gesuchsklägerin spätestens seit Ende März 2023 den Markt betreffend Lieferanten, Mietobjekten und Arbeitskräften zu sondieren begann. Anstatt diese Bemühungen zu dokumentieren, beschränkte sie sich im vorliegenden Verfahren allerdings darauf, zur Lieferantenfrage zu Unrecht fehlende Beweisbarkeit geltend zu machen. Für die behauptete schwierige Anmietung neuer Lagerräume führte die Gesuchsklägerin eine beispielhafte Internetsuche über die Internetplattform «Immoscout 24» an, welche sich örtlich auf Y. _____ beschränkte. Sodann führte sie an, im grenznahen Ausland die Anmietung zweier Objekte zu prüfen. Mit diesen Behauptungen vermag sie jedoch auch nach dem Massstab des Glaubhaftmachens nicht zu belegen, dass die Hinzumietung und Einrichtung neuer Räumlichkeiten deutlich länger als die Kündigungsfrist dauern könnte. Mit nur einer ausgewiesenen Suchabfrage, welche örtlich stark eingeschränkt war, und der Prüfung zweier Mietangebote auf ihre Tauglichkeit vermag die Gesuchsklägerin keine hinreichenden Bemühungen zur Erhöhung ihrer Lagerkapazitäten glaubhaft zu machen. Auch bei der Personalsuche fehlen Angaben und Beweismittel zu konkreten eigenen Bemühungen, zumal sich die Gesuchsbeklagte hier im Wesentlichen darauf beschränkt hat, die allgemeine Arbeitsmarktsituation mit Statistiken zur geringen Arbeitslosenquote im Kanton Basel-Landschaft, generellen Aussagen einer Arbeitsvermittlerin oder einer Onlinehändlerbefragung 2022 wiederzugeben. Für den Bestand des geltend gemachten, von der Gesuchsbeklagten bestrittenen Fremdbezugsverbots und daran gekoppelte Strafzahlungen oder Sanktionen im Missachtungsfall mangelt es ebenso an einem hinreichenden Nachweis. Dass die Bestätigung eines Mitarbeitenden der Gesuchsklägerin zur Glaubhaftmachung nicht ausreicht, wurde bereits an anderer Stelle erwogen. Sodann ist der Mail-Korrespondenz, welche die Gesuchsklägerin hier ins Recht gelegt hat (Gesuchsbeilagen 17 und 18),

nicht zu entnehmen, dass die Parteien ein Fremdbezugsverbot verabredet hätten; ebenso wenig lässt sich daraus ein behauptetes faktisches Fremdbezugsverbot ableiten. In der unter Randzimmer 31 des Gesuchs vom 8. Juni 2023 auszugsweise zitierten E-Mail von F. _____ vom 17. Februar 2023 ging es um einen Entwurf oder Vorschlag von sog. Default-Konditionen. An anderer Stelle schrieb der genannte Verfasser: «Ich möchte darauf hinweisen, dass diese Aufstellung weder den Anspruch auf Richtigkeit noch Vollständigkeit erfüllen kann, sondern ausschliesslich zur Orientierung dient.» Der von der Gesuchsklägerin im Gesuch gezogene Schluss, dass aus den vorgeschlagenen Default-Konditionen im Umkehrschluss hervorgehe, dass die Gesuchsklägerin bisher bei der Wahl ihrer Lieferanten nicht frei gewesen sein soll, verfängt nach Ansicht des Kantonsgerichts deshalb nicht. Zudem könnte der Auszug aus der E-Mail gemäss Gesuch (Rz 31) genauso dahingehend interpretiert werden, dass dort die bisherige Geschäftsübung der Parteien bekräftigt wurde, dass die Gesuchsklägerin ihre Bestellungen nicht direkt an Lieferanten bzw. Hersteller der Gesuchsbeklagten richten durfte, im Übrigen in der Wahl ihrer eigenen Lieferanten jedoch frei gewesen sei. Zusammenfassend gelingt es der Gesuchsklägerin deshalb nicht, ein vertragliches oder faktisches Fremdbezugsverbot glaubhaft zu machen.

8.5.4 Schliesslich hat die Gesuchsklägerin auch eine mangelbedingte Abhängigkeit von der Gesuchsbeklagten lediglich in allgemeiner Form behauptet. Eine konkrete Konstellation, in welcher sich die Wirtschaftssituation oder pandemiebedingte Lieferengpässe für die Gesuchsklägerin besonders nachteilig ausgewirkt haben soll, wird jedenfalls nicht geltend gemacht. Hinzukommt, dass die in Asien entstandenen Lieferschwierigkeiten alle Besteller in gleicher Weise getroffen haben dürften, so dass auch kein Anwendungsfall relativer Marktmacht eines bestimmten Unternehmens abgeleitet werden kann.

8.5.5 Daraus folgt, dass dem Gesuch der Gesuchsklägerin auch deshalb kein Erfolg beschieden ist, weil sie kein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG zur Gesuchsbeklagten glaubhaft machen konnte.

8.6 Wer seine Abhängigkeit durch eigene geschäftliche Dispositionen bzw. unternehmerische (Fehl)Entscheidungen oder durch unterlassene Vorkehrungen zu verantworten hat, kann sich nicht auf relative Marktmacht eines anderen Unternehmens gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG berufen. Wird beim Abschluss eines langfristigen Liefervertrags unterlassen, eine ausreichende Kündigungsfrist zu vereinbaren, welche einen Wechsel zu einem alternativen Lieferanten ermöglicht, so kann sich das betroffene Unternehmen in diesem Zusammenhang nicht auf eine Abhängigkeit vom bisherigen Vertragspartner berufen; Vertrags- und Geschäftsbeziehungen halten zeitlich nicht unbegrenzt. Jedes Unternehmen hat für allfällige Änderungen in Bezug auf Vertragsbeziehungen sowie Liefer- und Nachfragebeziehungen nicht nur finanzielle Rückstellungen zu machen, sondern auch rechtzeitig Dispositionen vorzunehmen und betriebliche Entscheidungen zu treffen, um das Ende entsprechender Geschäftsbeziehungen antizipieren und auffangen zu können, ohne in existenzielle Schwierigkeiten zu geraten (vgl. E. 7.4). Selbst wenn vorliegend eine

Abhängigkeit der Gesuchsklägerin gegenüber der Gesuchsbeklagten zu bejahen gewesen wäre, müsste sich die Erstgenannte den Vorwurf von unternehmerischen Säumnissen entgegenhalten lassen. Wie bereits erwogen, konnte die Gesuchsklägerin nicht glaubhaft machen, dass ihr durch ein Fremdbezugsverbot grundsätzlich die Hände gebunden gewesen waren, über die Jahre weitere Lieferantenbeziehungen aufzubauen. Ihr Entscheid, von einer entsprechenden Diversifizierung abzusehen und keine anderen Lieferanten zu suchen, barg indessen das unternehmerische Risiko in sich, dass die Auflösung der Geschäftsbeziehung durch die Gesuchsbeklagte kurzfristig erfolgen könnte und dass dannzumal für die Suche neuer Lieferanten nicht ausreichend Zeit zur Verfügung stehen könnte. Dass sie vor diesem Hintergrund eine Abhängigkeit geltend machen will, ist im Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG somit nicht zu hören. Ebenso verbietet sich die Anrufung einer kartellrechtswidrigen Abhängigkeit durch die Gesuchsklägerin, weil sie nicht für eine vertragliche Absicherung im Hinblick auf eine Auflösung der Geschäftsbeziehung zur Gesuchsbeklagten besorgt war. Wird die Konditionsvereinbarung für Partnerlieferungen vom 30. September 2020 (Gesuchsbeilage 19) im Sinne der gesuchsklägerischen Behauptung ausgelegt, wonach lediglich für die Kündigung der Servicepauschale eine Kündigungsfrist von 6 Monaten vereinbart wurde, mithin für die Beendigung der Geschäftsbeziehung unter Partnerkonditionen bezüglich Kündigungsfrist keine vertragliche Abrede getroffen wurde, würde dieser Umstand ebenso dazu führen, dass eine Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ausscheidet.

8.7 Daraus folgt, dass selbst bei Eintreten auf das Gesuch vom 8. Juni 2023 dieses auch abzuweisen wäre, sei es, weil keine Abhängigkeit zur Gesuchsbeklagten glaubhaft gemacht wurde, sei es, weil auch bei bestehender Abhängigkeit eine solche durch (fehlende) geschäftliche Dispositionen bestehen blieb, obwohl es die Gesuchsklägerin in der Hand hatte, das für die Beziehung zur Gesuchsbeklagten bestehende Risiko einer Auflösung durch Diversifizierung und angemessene vertragliche Abreden zu verringern. Bei diesem Ausgang braucht vorliegend die Frage des Missbrauchs der relativen Marktmacht oder des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen für das Vorgehen der Gesuchsbeklagten (Art. 4 Abs. 2^{bis} i.V.m. Art. 7 KG) nicht mehr beurteilt zu werden.

9. Abschliessend ist über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Verfahrenskosten von der unterliegenden Partei zu tragen, wobei bei Nichteintreten die klagende Partei als unterliegend gilt. Demzufolge sind die Prozesskosten grundsätzlich der Gesuchsklägerin aufzuerlegen. Die Gesuchsbeklagte beantragte zwar, die Kosten gestützt auf Art. 108 ZPO dem Geschäftsführer der Gesuchsklägerin persönlich zu überbinden. Gemäss der genannten Bestimmung hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Obwohl die Gesuchsklägerin mit ihren Begehren nicht durchdringt, ist dies nicht gleichbedeutend damit, dass das Massnahmegesuch von vornherein chancenlos gewesen ist. Die durch die Prozessführung generierten Gerichts- und Anwaltskosten sind deshalb auch nicht als durch den Geschäftsführer der

Gesuchsklägerin persönlich unnötig verursacht zu qualifizieren. Diesem ist ex ante weder Trölerei noch unsorgfältige Prozessführung vorzuwerfen, welche für die gesamten Kosten oder auch nur Teile davon ursächlich gewesen wären (zum Ganzen etwa: SUTTER-SOMM/SEILER, in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 108 ZPO N und RÜEGG/RÜEGG, in: in: BSK-ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2017, 3. Aufl., Art. 108 ZPO N 1). Dementsprechend bleibt es bei den umschriebenen Kostenfolgen nach Prozessausgang gemäss dem ordentlichen Verteilungsgrundsatz nach Art. 106 Abs. 1 ZPO, so dass die Gesuchsklägerin die Gerichtskosten zu tragen und der Gesuchsbeklagten eine Parteientschädigung zu entrichten hat. Gestützt auf § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. a und § 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT; SGS BL 170.31) ist die Entscheidegebühr im vorliegenden Fall auf CHF 10'000.00 festzusetzen. Gemäss § 18 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS BL 178.112) ist die Honorarrechnung in erstinstanzlichen Verfahren wie dem vorliegenden spätestens in der Hauptverhandlung einzureichen. Im vorliegenden summarischen Verfahren ist gemäss Art. 261 i.V.m. Art. 248 lit. d und Art. 256 ZPO nicht zwingend eine mündliche Parteiverhandlung durchzuführen. Allerdings wurden die Parteien darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Entscheid im vorliegenden Verfahren am 13. Dezember 2023 ergehen werde (Verfügung vom 1. Dezember 2023), so dass es dem Rechtsvertreter der Gesuchsbeklagten freigestanden hätte, bis zum Entscheid eine Honorarnote einzureichen. Bis zum 13. Dezember 2023 ging keine Honorarrechnung ein. Bei Verzicht auf Einreichung einer solchen ist die Parteientschädigung gemäss § 18 Abs. 1 TO von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen. Gemäss § 2 Abs. 1 TO ist die Parteientschädigung im vorsorglichen Massnahmeverfahren nach Zeitaufwand zu berechnen. Der Aufwand der Rechtsvertreter der Gesuchsbeklagten für Instruktion, Aktenstudium und Ausarbeitung der Rechtsschriften und Stellungnahmen sowie Teilnahme an einer Instruktionsverhandlung im vorliegenden Fall wird insgesamt auf rund 130 Stunden geschätzt. Gemessen an der Bedeutung sowie der Komplexität der Streitsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht rechtfertigt sich der oberste Honorarsatz von CHF 350.00 pro Stunde (vgl. § 3 Abs. 1

TO). Auslagenersatz wird mangels Parteiantrags und detaillierter Rechnungsstellung gemäss kantonsgerichtlicher Praxis nicht hinzugeschlagen. Ebenso wenig gilt es, sofern die Gesuchsbeklagte für einen Leistungsbezug aus der Schweiz überhaupt mehrwertsteuerpflichtig sein sollte, mangels eines entsprechenden Antrags für die Parteientschädigung einen Mehrwertsteuerbetrag hinzuzurechnen, (vgl. dazu ausführlich Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 400 2022 67 E. 11 mit Hinweis auf 400 19 196 E. 10.2). Daraus folgt, dass die Gesuchsklägerin der Gesuchsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 45'500.00 (= 130 h x CHF 350.00; ohne Auslagen und exkl. MWSt) zu bezahlen hat.

10. Im Sinne eines Nachtrags sei der Vollständigkeit halber angemerkt, dass der Gesuchsklägerin die Stellungnahme der Gesuchsbeklagten vom 12. Dezember 2023 «zur Triplik vom 8. Dezember 2023» zusammen mit der vorliegenden Entscheidungsbegründung zur Kenntnisnahme zugestellt wird. Dem Gehörsanspruch der Gesuchsklägerin ist damit Genüge getan und ein Abwarten auf eine allfällige freiwillige Rückäusserung bis zur Entscheidfällung nicht angezeigt, zumal die genannte Eingabe keine neuen Tatsachenbehauptungen, sondern rechtliche Ausführungen zum Novenrecht enthält.

Demnach wird erkannt:

1. Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen betreffend Missbrauch relativer Marktmacht vom 8. Juni 2023 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidegebühr für das kantonsgerichtliche Verfahren von CHF 10'000.00 wird der Gesuchsklägerin auferlegt.

Die Forderung des Staates wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00 verrechnet. Die Gesuchsklägerin hat der Gerichtskasse zudem einen Betrag von CHF 5'000.00 zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen seit Rechnungsstellung.
3. Die Gesuchsklägerin hat der Gesuchsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 45'500.00 (ohne Auslagen und exkl. MWSt) zu bezahlen.

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

D 1	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden¹ (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2022

Die Wettbewerbskommission erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

- I. Gemäss Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.
- II. Bestimmte Arten von vertikalen Wettbewerbsabreden können die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Insbesondere können sie dazu beitragen, die Transaktions- und Vertriebskosten der beteiligten Unternehmen zu verringern und deren Verkäufe und Investitionen zu optimieren.
- III. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Auswirkungen stärker ins Gewicht fallen als wettbewerbschädliche Wirkungen, die durch Beschränkungen in vertikalen Wettbewerbsabreden verursacht werden, hängt von der Marktmacht der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen ab und insbesondere vom Mass, in dem diese Unternehmen dem Wettbewerb anderer Anbieterinnen von Waren oder Dienstleistungen ausgesetzt sind, die ihre Kundinnen und Kunden aufgrund der Eigenschaften, der Preise und des Verwendungszwecks der Produkte als austauschbar oder substituierbar ansehen (Interbrand-Wettbewerb). Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass eine vertikale Wettbewerbsabrede im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs führt, sofern keines der daran beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % am relevanten Markt hält und es sich nicht um eine grundsätzlich erhebliche oder qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede handelt.
- IV. Im Rahmen der KG-Revision 2003 wurden mit dem Artikel 5 Absatz 4 KG neue Tatbestände eingeführt mit dem Ziel, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) zu fördern. Gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei der Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (vertikale Preisabreden; Preisbindungen der zweiten Hand) sowie bei gebietsabschottenden Klauseln, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden statuieren.
- V. Der Gesetzgeber hat in der KG-Revision 2003 zum Ausdruck gebracht, dass er die Festsetzung von Mindest- und Festpreisen sowie gebietsabschottende Klauseln in vertikalen Wettbewerbsabreden als potenziell besonders schädlich erachtet. Die Wettbewerbskommission hat diese Einschätzung in ihren bisherigen Entscheiden konkretisiert und bereits in der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (Vertikalbekanntmachung 2007) entsprechende Kriterien zur Beurteilung vertikaler Abreden erlassen, insbesondere hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG), der Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG). Diese Kriterien hat die Wettbewerbskommission in der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (Vertikalbekanntmachung 2010) präzisiert. Die Vertikalbekanntmachung 2010 wurde am 22. Mai 2017 gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba angepasst.²

¹ Massgebend ist der im Bundesblatt veröffentlichte Text [vgl. BBl 2022 3231].

² BGE 143 II 297, *Gaba*.

- VI. Vorliegende Bekanntmachung basiert auf der Vertikalbekanntmachung 2010 (Stand am 22. Mai 2017), welche sich an die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 2010 L 102/1) sowie an die Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl 2010 C 130/1) anlehnte. Die europäischen Rechtsgrundlagen wurden ersetzt durch die am 1. Juni 2022 in Kraft getretene Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 2022 L 134/4) und die entsprechende Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl 2022 C 248/1).
- VII. Vorliegende Bekanntmachung trägt der Fallpraxis der Gerichte und der Wettbewerbskommission sowie den Anpassungen im europäischen Recht – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – Rechnung. Damit wird sichergestellt, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird. In diesem Sinne gelten die europäischen Regeln (vgl. Erw. VI.) analog auch für die Schweiz.
- VIII. Artikel 12 VertBek konkretisiert die Wettbewerbsabreden, bei welchen gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet wird, dass sie zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. Artikel 13 VertBek macht deutlich, dass für eine Widerlegung der Vermutung auf eine Gesamtbetrachtung des Marktes (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt) abgestellt wird.
- IX. Artikel 14 Buchstabe a VertBek stellt klar, dass Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG erfüllen, falls die Vermutung widerlegt werden kann. Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind nach Artikel 14 Buchstabe b VertBek sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen, wobei die Abwägung dieser beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung erfolgt. Artikel 15 VertBek zeigt auf, welche vertikalen Wettbewerbsabreden aufgrund des Gegenstands als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden. Bei solchen Wettbewerbsabreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen als bei qualitativ nicht schwerwiegenden Wettbewerbsabreden, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren.
- X. Artikel 16 VertBek macht deutlich, dass vertikale Wettbewerbsabreden, die nicht unter Artikel 12 VertBek oder Artikel 15 Buchstabe b bis f VertBek fallen, in der Regel nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % nicht überschritten wird und sich die Wettbewerbsabrede nicht kumulativ mit anderen Wettbewerbsabreden auf den Markt auswirkt (Bagatellfälle). Wird die Marktanteilsschwelle von 15 % überschritten, oder wirkt sich die Wettbewerbsabrede kumulativ mit anderen Wettbewerbsabreden auf den Markt aus und wird dabei die Marktanteilsschwelle von 5 % überschritten, wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall geprüft.
- XI. Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden und liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede vor, ist zu prüfen, ob die vertikale Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. In Artikel 18 VertBek werden die Voraussetzungen umschrieben, unter denen vertikale Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Liegen keine Effizienzgründe vor, ist die Wettbewerbsabrede unzulässig. Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG sind nach Artikel 49a KG sanktionsbedroht, selbst wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.
- XII. Diese Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

A. Begriffe

Artikel 1 Vertikale Wettbewerbsabreden

Vertikale Wettbewerbsabreden sind erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Artikel 2 Aktiver Verkauf

Aktiver Verkauf ist die gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung, offline oder online, beispielsweise durch Printmedien oder digitale Medien, einschliesslich Online-Medien, Preisvergleichsdiensten oder Suchmaschinenwerbung, die auf Kundinnen und Kunden in bestimmten Gebieten oder aus bestimmten Kundengruppen ausgerichtet sind, durch den Betrieb einer Website mit einer Top-Level-Domain, die bestimmten Gebieten entspricht, oder durch das Angebot von in bestimmten Gebieten üblichen Sprachoptionen auf einer Website, sofern diese Sprachen sich von denen unterscheiden, die in dem Gebiet, in dem die Abnehmerin oder der Abnehmer niedergelassen ist, üblicherweise verwendet werden.

Artikel 3 Passiver Verkauf

Passiver Verkauf ist ein auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehender Verkauf, einschliesslich der Lieferung von Waren an oder der Erbringung von Dienstleistungen für solche Kundinnen und Kunden, der nicht durch gezielte Ansprache der betreffenden Kundinnen und Kunden, Kundengruppen oder Kundinnen und Kunden in den betreffenden Gebieten ausgelöst wurde und den Verkauf infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren oder privaten Aufforderungen zur Interessensbekundung einschliesst.

Artikel 4 Alleinvertriebssysteme

Alleinvertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen die Anbieterin ein Gebiet oder eine Kundengruppe sich selbst oder höchstens fünf Abnehmerinnen exklusiv zuweist und allen anderen Abnehmerinnen Beschränkungen in Bezug auf den aktiven Verkauf in das exklusiv zugewiesene Gebiet oder an die exklusiv zugewiesene Kundengruppe auferlegt.

Artikel 5 Selektive Vertriebssysteme

¹ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

² Rein qualitativer Selektivvertrieb ist ein Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händlerinnen ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten.

Artikel 6 Querlieferungen

Eine Querlieferung ist die gegenseitige Belieferung von Händlerinnen gleicher oder verschiedener Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

Artikel 7 Wettbewerbsverbote

Ein Wettbewerbsverbot ist

- (i) eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die die Abnehmerin veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen, oder
- (ii) eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung der Abnehmerin, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % ihres Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten, der anhand des Werts des Bezugs oder, falls in der Branche üblich, am bezogenen Volumen im vorangehenden Kalenderjahr berechnet wird, von der Anbieterin oder von einem anderen von der Anbieterin benannten Unternehmen zu beziehen.

Artikel 8 Know-how

Know-how ist eine Gesamtheit nicht patentgeschützter praktischer Kenntnisse, die die Anbieterin durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die

- (i) geheim, d. h. nicht allgemein bekannt oder nicht leicht zugänglich sind,
- (ii) wesentlich, d. h. für die Abnehmerin bei der Verwendung, dem Verkauf oder dem Weiterverkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen bedeutsam und nützlich sind, und
- (iii) identifiziert sind, d. h. so umfassend beschrieben sind, dass überprüft werden kann, ob die Merkmale «geheim» und «wesentlich» erfüllt sind.

Artikel 9 Online-Vermittlungsdienste

Online-Vermittlungsdienste ermöglichen es Unternehmen, Waren oder Dienstleistungen anzubieten,

- (i) indem sie die Einleitung direkter Transaktionen mit anderen Unternehmen vermitteln oder
- (ii) indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen Unternehmen und Endverbraucherinnen und Endverbrauchern vermitteln,

unabhängig davon, ob und wo die Transaktionen letztlich abgeschlossen werden.

B. Regeln

Artikel 10 Geltungsbereich

¹ Diese Bekanntmachung gilt für vertikale Wettbewerbsabreden.

² Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen. Sie gilt jedoch, wenn Wettbewerberinnen nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden treffen und

- a) die Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der sie die Vertragswaren bezieht, oder
- b) die Anbieterin eine auf mehreren Handelsstufen tätige Dienstleisterin ist, die Abnehmerin demgegenüber Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der sie die Vertragsdienstleistungen bezieht, keine Wettbewerberin ist.

³ Die Ausnahmen nach Absatz 2 Buchstabe a und b gelten nicht für den Informationsaustausch zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt.

⁴ Die Ausnahmen nach Absatz 2 Buchstabe a und b gelten nicht für vertikale Wettbewerbsabreden in Bezug auf die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten, wenn die Anbieterin der Online-Vermittlungsdienste eine Wettbewerberin auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen ist.

⁵ Die Anwendung der vorliegenden Bekanntmachung schliesst nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG qualifiziert oder von Artikel 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der vorliegenden Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen.

⁶ Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Wettbewerbsabreden, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums auf die Abnehmerin oder die Nutzung solcher Rechte durch die Abnehmerin betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Wettbewerbsabrede sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen beziehen.

Artikel 11 Verhältnis zur KMU-Bekanntmachung

Diese Bekanntmachung geht der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)³ vor.

Artikel 12 Vermutungstatbestände

¹ Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen, d. h. die Beschränkung der Möglichkeit der Abnehmerin, ihren Verkaufspreis selbst festzusetzen;
- b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartnerinnen ausgeschlossen werden (absoluter Gebietsschutz). Dazu gehört namentlich die Beschränkung des Gebiets, in das die Abnehmerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen passiv verkaufen darf, ausser es liegt eine Ausnahme gemäss Artikel 15 Buchstabe b bis d vor.

² Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch vertikale Wettbewerbsabreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietsschutz führen.

³ Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch in Empfehlungsförmigkeit gekleidete vertikale Wettbewerbsabreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz bezwecken oder bewirken.

Artikel 13 Widerlegung der Vermutung

Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

bend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

Artikel 14 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, ist Folgendes zu beachten:

- a) Vertikale Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG (vgl. Art. 12 VertBek) erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG, falls die Vermutung widerlegt werden kann.
- b) Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede (vgl. Art. 15 VertBek) trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Ebenso kann eine Wettbewerbsabrede mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.

Artikel 15 Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden

Vertikale Wettbewerbsabreden, die nicht von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst werden, werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) [...] ⁴
- b) wenn die Anbieterin ein Alleinvertriebssystem betreibt, die Beschränkung des Gebiets oder der Kundinnen und Kunden, in das bzw. an die die Alleinvertriebshändlerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen darf, mit Ausnahme
 - (i) der Beschränkung des aktiven Verkaufs durch die Alleinvertriebshändlerin und durch ihre Direktkundinnen in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe, das bzw. die der Anbieterin vorbehalten ist oder von der Anbieterin höchstens fünf weiteren Alleinvertriebshändlerinnen exklusiv zugewiesen wurde;
 - (ii) der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs durch die Alleinvertriebshändlerin und durch ihre Kundinnen an nicht zugelassene Händlerinnen in einem Gebiet, in dem die Anbieterin ein selektives Vertriebssystem für die Vertragswaren oder -dienstleistungen betreibt;

³ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19.12.2005 (BBI 2006 883), abrufbar unter www.weko.admin.ch.

⁴ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. V.).

- (iii) der Beschränkung des Niederlassungsorts der Alleinvertriebshändlerin;
 - (iv) der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch eine Alleinvertriebshändlerin, die auf der Grosshandelsstufe tätig ist;
 - (v) der Beschränkung der Möglichkeit der Alleinvertriebshändlerin, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, aktiv oder passiv an Kundinnen zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie die Anbieterin herstellt;
- c) wenn die Anbieterin ein selektives Vertriebssystem betreibt:
- (i) die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, mit Ausnahme
 1. der Beschränkung des aktiven Verkaufs durch Mitglieder des selektiven Vertriebssystems und durch ihre Direktkundinnen in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe, das bzw. die der Anbieterin vorbehalten ist oder von der Anbieterin höchstens fünf Alleinvertriebshändlerinnen exklusiv zugewiesen wurde;
 2. der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs durch Mitglieder des selektiven Vertriebssystems und durch ihre Kundinnen an nicht zugelassene Händlerinnen in dem Gebiet, in dem das selektive Vertriebssystem betrieben wird;
 3. der Beschränkung des Niederlassungsorts der Mitglieder des selektiven Vertriebssystems;
 4. der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Grosshandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems;
 5. der Beschränkung der Möglichkeit, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, aktiv oder passiv an Kundinnen zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie die Anbieterin herstellt;
 - (ii) die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems, die auf derselben Handelsstufe oder unterschiedlichen Handelsstufen tätig sind;
 - (iii) die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems, unbeschadet Buchstabe c (i) 1. und 3.;
- d) wenn die Anbieterin weder ein Alleinvertriebssystem noch ein selektives Vertriebssystem betreibt,
- die Beschränkung der Gebiete oder Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Abnehmerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen darf, mit Ausnahme
- (i) der Beschränkung des aktiven Verkaufs durch die Abnehmerin und durch ihre Direktkundinnen in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe, das bzw. die der Anbieterin vorbehalten ist oder von der Anbieterin höchstens fünf Alleinvertriebshändlerinnen exklusiv zugewiesen wurde;
 - (ii) der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs durch die Abnehmerin und durch ihre Kundinnen an nicht zugelassene Händlerinnen in einem Gebiet, in dem die Anbieterin ein selektives Vertriebssystem für die Vertragswaren oder -dienstleistungen betreibt;
 - (iii) der Beschränkung des Niederlassungsorts der Abnehmerin;
 - (iv) der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch eine Abnehmerin, die auf der Grosshandelsstufe tätig ist;
 - (v) der Beschränkung der Möglichkeit der Abnehmerin, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, aktiv oder passiv an Kundinnen zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie die Anbieterin herstellt;
- e) die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen, da dies eine Beschränkung des Gebiets oder der Kundinnen und Kunden, in das bzw. an die die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkauft werden dürfen, im Sinne der Buchstaben b, c oder d darstellt, unbeschadet der Möglichkeit, der Abnehmerin Folgendes aufzuerlegen:
- (i) andere Beschränkungen des Online-Verkaufs oder
 - (ii) Beschränkungen der Online-Werbung, die nicht darauf abzielen, die Nutzung eines ganzen Online-Werbekanals zu verhindern;
- f) die zwischen einer Anbieterin von Teilen und einer Abnehmerin, die diese Teile weiterverwendet, vereinbarte Beschränkung der Möglichkeit der Anbieterin, die Teile als Ersatzteile an Endverbraucherinnen und Endverbraucher, Reparaturbetriebe, Grosshändlerinnen oder andere Dienstleisterinnen zu verkaufen, die die Abnehmerin nicht mit der Reparatur oder Wartung ihrer Waren betraut hat;
- g) unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren gelten; die Begrenzung auf fünf Jahre gilt nicht, wenn
- (i) die Vertragswaren oder -dienstleistungen von der Abnehmerin in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die im Eigentum der Anbieterin stehen oder die die Anbieterin von

nicht mit der Abnehmerin verbundenen Dritten gemietet oder gepachtet hat, und

- (ii) das Wettbewerbsverbot nicht über den Zeitraum hinausreicht, in dem die Abnehmerin diese Räumlichkeiten und Grundstücke nutzt;
- h) unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die die Abnehmerin veranlassen, Waren oder Dienstleistungen nach Beendigung der Wettbewerbsabrede nicht herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen; dies gilt nicht, sofern sämtliche folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
 - (i) Die Verpflichtungen beziehen sich auf Waren oder Dienstleistungen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen;
 - (ii) die Verpflichtungen beschränken sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke, von denen aus die Abnehmerin während der Vertragslaufzeit ihre Geschäfte betrieben hat;
 - (iii) das Wettbewerbsverbot ist unerlässlich, um Know-how, das der Abnehmerin von der Anbieterin übertragen wurde, zu schützen;
 - (iv) die Dauer der Verpflichtungen ist auf höchstens ein Jahr nach Beendigung der Wettbewerbsabrede begrenzt;
- i) unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems veranlassen, Marken bestimmter konkurrierender Anbieterinnen nicht zu verkaufen;
- j) unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die eine Abnehmerin von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen.

Artikel 16 Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile

¹ Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Artikel 12 VertBek oder Artikel 15 Buchstabe b bis f VertBek fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet.

² Wird in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von vertikalen Wettbewerbsabreden beschränkt, die verschiedene Lieferantinnen oder Händlerinnen für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (kumulativer Abschottungseffekt durch nebeneinander bestehende Netze von vertikalen Wettbewerbsabreden, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben), so wird die in Absatz 1 genannte Marktanteilsschwelle auf 5 % herabgesetzt. Bei einzelnen Lieferantinnen oder Händlerinnen mit einem Marktanteil, der 5 % nicht überschreitet, ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass sie wesentlich zu dem kumulativen Abschottungseffekt beitragen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abschottungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von

nebeneinander bestehenden (Netzen von) vertikalen Wettbewerbsabreden, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, abgedeckt werden.

Artikel 17 Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb

Vertikale Wettbewerbsabreden, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, führen nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- (i) die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d. h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;
- (ii) die Wiederverkäuferinnen müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen, allen potenziellen Wiederverkäuferinnen zur Verfügung zu stellen und unterschiedslos anzuwenden;
- (iii) die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Artikel 18 Rechtfertigung

¹ Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig.

² Vertikale Wettbewerbsabreden gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Artikel 12 VertBek und Artikel 15 VertBek sowie Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken.

³ Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabreden, die von Absatz 2 nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine vertikale Wettbewerbsabrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

⁴ Unternehmen können im Rahmen der in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe namentlich Folgendes geltend machen:

- a) Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit

hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem);

- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z. B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn eine Herstellerin oder eine Händlerin von den Verkaufsförderungsbemühungen einer anderen Herstellerin oder Händlerin profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl die Herstellerin als auch die Händlerin über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);
- f) Erzielung von Grössenvorteilen beim Vertrieb;
- g) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- h) Sicherung von finanziellen Engagements (z. B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

Artikel 19 Publikation

Diese Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

Artikel 20 Aufhebung der bisherigen Bekanntmachung

Mit dem Inkrafttreten dieser Bekanntmachung wird die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010⁵ aufgehoben.

Artikel 21 Übergangsregelung

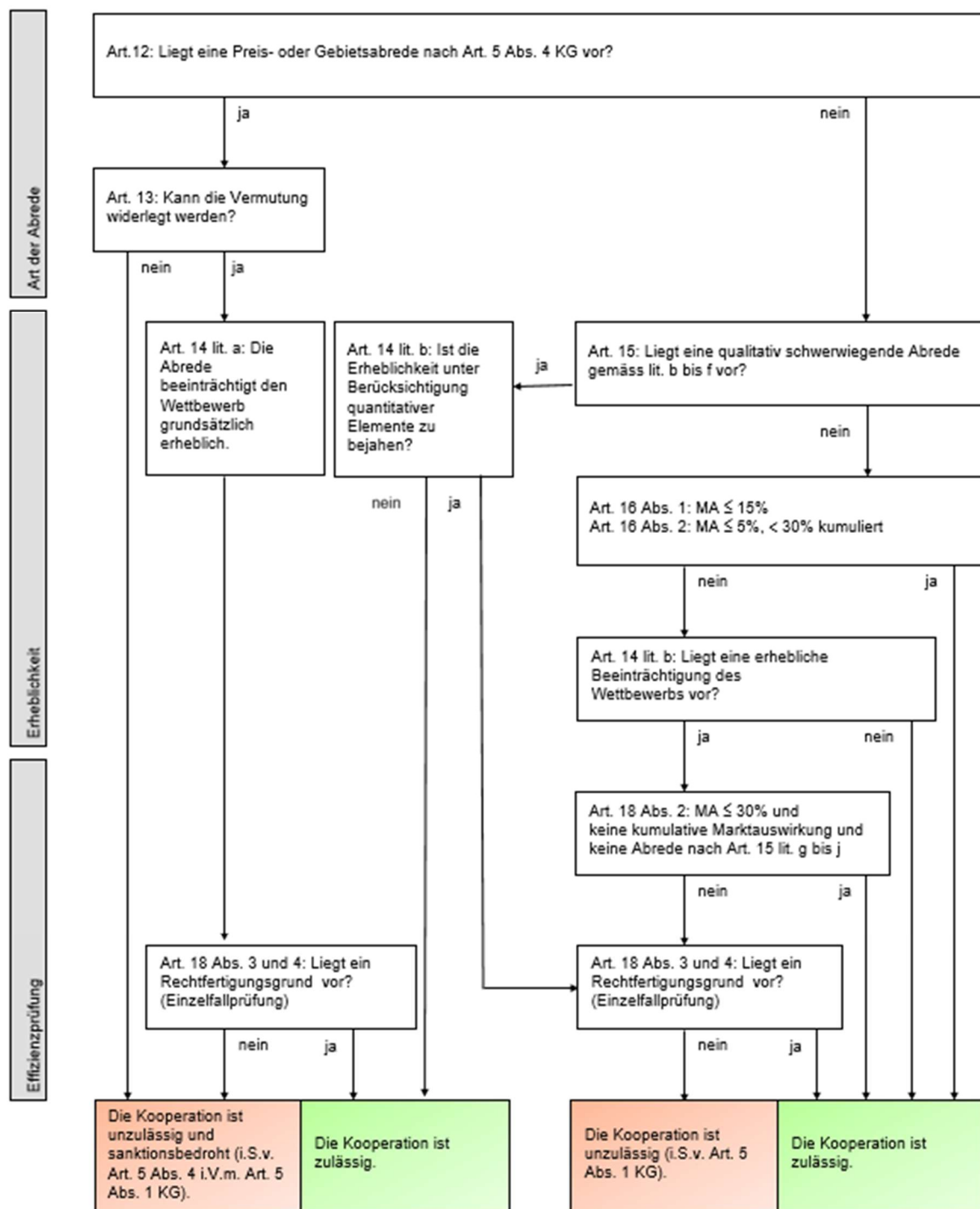
Diese Bekanntmachung soll während der Periode zwischen dem 1. Januar 2023 und dem 31. Dezember 2023 auf diejenigen Wettbewerbsabreden nicht zur Anwendung kommen, welche vor dem 1. Januar 2023 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen Bekanntmachung, nicht hingegen den Kriterien der vorliegenden Bekanntmachung, genügen.

Artikel 22 Inkrafttreten

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2023 in Kraft.

⁵ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (BBI 2017 4543).

Anhang 1: Prüfschema für die Beurteilung von vertikalen Abreden



MA: Marktanteil

D 1	2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹ (Communication sur les accords verticaux, CommVert) – Décision de la Commission de la concurrence du 12 décembre 2022

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente Communication:

- I. Conformément à l'art. 6 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application analogique de l'art. 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- II. Certains types d'accords verticaux peuvent augmenter l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, contribuer à diminuer les coûts de transaction et de distribution des entreprises concernées et à optimiser leurs investissements et ventes.
- III. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, entraînés par des restrictions contenues dans les accords verticaux en matière de concurrence, dépend du pouvoir de marché des entreprises parties à l'accord en matière de concurrence et, en particulier, de la mesure dans laquelle ces entreprises sont exposées à la concurrence d'autres fournisseurs de biens ou de services que leurs clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison des caractéristiques, des prix et de la concurrence entre les fournisseurs de produits de marques différentes (concurrence intermarques). La Commission de la concurrence part du principe qu'un accord vertical en matière de concurrence a généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution, dans la mesure où aucune des entreprises concernées ne détient une part de marché supérieure à 30 % sur le marché pertinent et qu'il ne s'agit pas d'un accord en matière de concurrence grave d'un point de vue qualitatif ou en principe notable.
- IV. Dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, l'art. 5 al. 4 LCart a introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente et le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence à l'intérieur d'une même marque (concurrence intramarque). Selon l'art. 5 al. 4 LCart, l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes (accord sur les prix; prix de revente imposé) ainsi que les clauses contractuelles qui cloison-

nent un territoire en interdisant les ventes passives aux distributeurs ou aux clients finals sont présumées entraîner la suppression de la concurrence efficace.

- V. Le législateur a indiqué, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, qu'il considère l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles cloisonnant un territoire, contenues dans des accords verticaux, comme potentiellement particulièrement nuisibles. La Commission de la concurrence a concrétisé cette appréciation dans ses décisions passées et a déjà édicté, en conséquence, des critères d'appréciation des accords verticaux dans la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007 (Communication sur les accords verticaux 2007), notamment en ce qui concerne le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), le caractère notable de l'accord (art. 5 al. 1 LCart) ainsi que les motifs de justification (art. 5 al. 2 LCart). Ces critères ont été précisés par la Commission de la concurrence dans la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux au regard du droit de la concurrence du 28 juin 2010 (Communication sur les accords verticaux 2010). La Communication 2010 a été modifiée le 22 mai 2017 sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba.²
- VI. La présente Communication se fonde sur la Communication sur les accords verticaux 2010 (état au 22 mai 2017), laquelle s'inspirait du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010 L 102/1) et de la Communication de la Commission relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2010 C 130/1). Ces bases juridiques européennes ont été remplacées par le règlement (UE) n° 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'art. 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2022 L 134/4) entré en vigueur le 1^{er} juin 2022 et la communication y relative de la Commission relative aux lignes directrices (JO C 248 01).

¹ Seul le texte publié à la Feuille fédérale fait foi [cf. FF 2022 3231].

² ATF 143 II 297, *Gaba*.

- VII. La présente Communication tient compte de la pratique des tribunaux et de la Commission de la concurrence ainsi que – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – de l'adaptation du droit européen. De cette manière, elle assure que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux continueront d'être appliquées, dans la mesure du possible, en Suisse, évite l'isolement du marché suisse et garantit la sécurité juridique. En ce sens, les règles en vigueur dans l'Union européenne (cf. considérant VI.) valent de manière analogue en Suisse.
- VIII. L'art. 12 CommVert concrétise les accords en matière de concurrence présumés entraîner une suppression de la concurrence efficace, selon l'art. 5 al. 4 LCart. L'art. 13 CommVert précise que, pour renverser cette présomption, il s'agit d'examiner le marché dans son ensemble (concurrence intra-marque et intermarques sur le marché pertinent).
- IX. L'art. 14 let. a CommVert clarifie que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, dans le cas où la présomption peut être renversée. Pour tous les autres accords verticaux en matière de concurrence, des critères tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte en vertu de l'art. 14 let. b CommVert, la pesée de ces deux critères s'effectuant au cas par cas dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. L'art. 15 CommVert énumère les accords en matière de concurrence qui, en raison de leur objet, sont considérés comme qualitativement graves. D'un point de vue quantitatif, des exigences moins strictes que pour les accords en matière de concurrence n'étant pas qualitativement graves suffisent pour qualifier de tels accords en matière de concurrence d'affectations notables de la concurrence.
- X. L'art. 16 précise que les accords verticaux en matière de concurrence non visés par l'art. 12 ou l'art. 15 let. b à f CommVert n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsque le seuil de 15 % de part de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords en matière de concurrence similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15 % de part de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords en matière de concurrence similaires et que le seuil de part de marché de 5 % est dépassé dans ce contexte, l'affectation de la concurrence doit être examinée au cas par cas.
- XI. Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si l'accord en matière de concurrence peut être justifié par des motifs d'efficacité économique. L'art. 16 décrit les conditions auxquelles des accords verticaux en matière de concurrence peuvent, en règle générale, être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. À défaut de

motifs d'efficacité économique, l'accord en matière de concurrence est illicite. Les accords en matière de concurrence illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, sont passibles de sanction selon l'art. 49a LCart, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

- XII. La présente Communication ne lie pas les tribunaux civils, ni le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.

A. Définitions

Article 1 Accords verticaux en matière de concurrence

Les accords verticaux en matière de concurrence sont des conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que des pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence, et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Article 2 Vente active

La vente active est le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par le biais de publicité et de promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de médias papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou appartenant à des groupes de clients spécifiques, l'exploitation d'un site Internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site Internet des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi.

Article 3 Vente passive

La vente passive est la vente faisant suite à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services aux clients sans que la vente ait été initiée par le ciblage actif du client, du groupe de clients ou du territoire spécifiques, et incluant des ventes résultant de la participation à des marchés publics ou répondant à des procédures de passation de marchés privés.

Article 4 Systèmes de distribution exclusive

Les systèmes de distribution exclusive sont des systèmes de distribution dans lesquels le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients à titre exclusif à lui-même ou à un nombre maximal de cinq acheteurs et restreint la possibilité de tous ses autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif.

Article 5 Systèmes de distribution sélective

¹ Les systèmes de distribution sélective sont des systèmes de distribution dans lesquels le fournisseur

s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lesquels ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire réservé par le fournisseur pour l'exploitation de ce système.

² Un système de distribution sélective purement qualitative est un système de distribution qui consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs de nature qualitative requis par la nature du produit.

Article 6 Livraisons croisées

Les livraisons croisées sont les livraisons réciproques entre distributeurs membres du système de distribution sélective, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent.

Article 7 Obligation de non-concurrence

Une obligation de non-concurrence consiste en

- (i) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou
- (ii) toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Article 8 Savoir-faire

Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont:

- (iii) secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- (iv) substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels et
- (v) identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de « secret » et de « substantialité ».

Article 9 Services d'intermédiation en ligne

Les services de la société de l'information qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services,

- (i) à d'autres entreprises, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises, ou
- (ii) aux consommateurs finals, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises et les consommateurs finals,

que ces transactions soient ou non finalement conclues et indépendamment du lieu où elles l'ont été.

B. Règles

Article 10 Champ d'application

¹ La présente Communication s'applique aux accords verticaux en matière de concurrence.

² La présente Communication ne s'applique pas aux accords verticaux en matière de concurrence entre entreprises concurrentes. Elle s'applique cependant lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a) le fournisseur est actif en amont en tant que producteur, importateur ou grossiste et en aval en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant de biens, tandis que l'acheteur est un importateur, un grossiste ou un détaillant en aval et non une entreprise concurrente en amont où il achète les produits contractuels, ou
- b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

³ Les exceptions prévues à l'al. 2 let. a et b ne s'appliquent pas aux échanges d'informations entre le fournisseur et l'acheteur qui soit ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical soit ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels ou qui ne remplissent aucune de ces deux conditions.

⁴ Les exceptions prévues à l'al. 2 let. a et b ne s'appliquent pas aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation.

⁵ La présente Communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'art. 5 al. 3 LCart ou tombe sous le coup de l'art. 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente Communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

⁶ La présente Communication ne s'applique pas aux accords verticaux en matière de concurrence contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de ces accords et qu'elles ne soient pas directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

Article 11 Relation avec la Communication PME

La présente Communication prime la Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME).³

Article 12 Présomptions

¹ Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont pour objet:

- a) la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe, c'est-à-dire la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente;
- b) l'attribution de territoires dans la mesure où les ventes dans ces territoires par des distributeurs non-résidents sont exclues (protection territoriale absolue). Cela comprend notamment la limitation du territoire sur lequel l'acheteur peut vendre passivement les biens ou services contractuels, à moins qu'il n'existe une exception selon l'art. 15 let. b à d.

² L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords verticaux en matière de concurrence conduisant indirectement à l'imposition de prix de vente minimaux ou fixes, ou à une protection territoriale absolue.

³ L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords verticaux en matière de concurrence revêtant la forme de recommandations, qui se fondent sur une convention ou sur une pratique concertée, et qui ont pour objet ou pour effet l'établissement de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue.

Article 13 Renversement de la présomption

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

Article 14 Restrictions notables de la concurrence

Pour examiner s'il existe une affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, il faut tenir compte de ce qui suit:

- a) Les accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. art. 12 CommVert) remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, dans le cas où la présomption peut être renversée.
- b) Pour tous les autres accords verticaux en matière de concurrence, il faut tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, un accord en matière de concurrence qualitativement grave (cf. art. 15 CommVert) peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. De même, un accord en matière de concurrence ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même s'il n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.

Article 15 Accords en matière de concurrence qualitativement graves

Les accords verticaux en matière de concurrence non visés par l'art. 5 al. 4 LCart sont considérés comme qualitativement graves lorsqu'ils ont pour objet:

- a) [...] ⁴
- b) lorsque le fournisseur opère un système de distribution exclusive, de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le distributeur exclusif peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:
 - (i) la restriction des ventes actives du distributeur exclusif et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq autres distributeurs exclusifs;
 - (ii) la restriction des ventes actives ou passives du distributeur exclusif et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels;
 - (iii) la restriction du lieu d'établissement du distributeur exclusif;
 - (iv) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un distributeur exclusif agissant en tant que grossiste sur le marché;
 - (v) la restriction de la capacité du distributeur exclusif à vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- c) lorsque le fournisseur opère un système de distribution sélective:
 - (i) la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, les membres du système de distribution sélective peuvent vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:
 - 1. la restriction des ventes actives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq distributeurs exclusifs;

³ Décision de la Commission de la concurrence du 19.12.2005 (FF 2006 861), disponible sur www.weko.admin.ch.

⁴ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant V.).

2. la restriction des ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré;
 3. la restriction du lieu d'établissement des membres du système de distribution sélective;
 4. la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que grossistes sur le marché;
 5. la restriction de la capacité de vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- (ii) la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent à des niveaux commerciaux identiques ou différents;
 - (iii) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la let. c, (i), 1 et 3;
- d) lorsque le fournisseur n'opère ni un système de distribution exclusive ni un système de distribution sélective, la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, un acheteur peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:
- (i) la restriction des ventes actives de l'acheteur et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq distributeurs exclusifs;
 - (ii) la restriction des ventes actives ou passives de l'acheteur et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels;
 - (iii) la restriction du lieu d'établissement de l'acheteur;
 - (iv) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché;
 - (v) la restriction de la capacité de l'acheteur à vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- e) d'empêcher l'utilisation effective d'Internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels, étant donné que cela restreint le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, les biens ou services contractuels peuvent être vendus au sens des let. b), c) ou d), sans préjudice de la possibilité d'imposer à l'acheteur:
- (i) d'autres restrictions des ventes en ligne; ou
 - (ii) des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne;
- f) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals ou à des réparateurs, à des grossistes ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens;
- g) des obligations de non-concurrence directes ou indirectes dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque:
- (i) les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur dans des locaux et sur des terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, et que
 - (ii) l'obligation de non-concurrence ne s'étend pas au-delà de la période pendant laquelle l'acheteur utilise ces locaux et ces terrains;
- h) des obligations directes ou indirectes interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services après la résiliation de l'accord en matière de concurrence, sauf si toutes les conditions suivantes sont remplies:
- (i) les obligations concernent des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels,
 - (ii) les obligations sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat,
 - (iii) les obligations de non-concurrence sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, et
 - (iv) la durée des obligations est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord en matière de concurrence.
- i) les obligations directes ou indirectes imposant aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.
- j) toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents.

Article 16 Absence de notabilité en raison des parts de marché

¹ Les accords verticaux en matière de concurrence non visés aux art. 12 ou 15 let. b à f CommVert n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord.

² Lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords verticaux en matière de concurrence de vente de biens ou de services contractés par différents fournisseurs ou distributeurs (effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires sur le marché), le seuil visé à l'al. 1 est abaissé à 5 %. On considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage. Un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des (réseaux d') accords verticaux en matière de concurrence parallèles ayant des effets similaires.

Article 17 Absence de notabilité d'un système de distribution sélective purement qualitative

Les accords verticaux en matière de concurrence ayant pour objet une distribution sélective purement qualitative n'affectent pas de manière notable la concurrence, pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies:

- i) la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;
- ii) les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;
- iii) les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Article 18 Motifs justificatifs

¹ Si un accord en matière de concurrence affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'art. 5 al. 2 LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

² En règle générale, les accords en matière de concurrence sont considérés comme justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou services contractuels. Sont exclus de cette règle les accords en matière de concurrence visés aux art. 12 et 15 CommVert ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage.

³ Les accords en matière de concurrence, qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas visés par l'al. 2, sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, au sens d'une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou d'une réduction des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

⁴ Les entreprises peuvent en particulier faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique visés à l'art. 5 al. 2 LCart, les justifications suivantes:

- a) la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b) la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c) la protection des investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de cette relation d'affaires, ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up);
- d) le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (p. ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème du parasitisme);
- e) le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le distributeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);
- f) le fait de réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution;
- g) l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- h) la garantie d'engagements financiers (p. ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Article 19 Publication

La présente Communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

Article 20 Abrogation de la Communication précédente

La présente Communication abroge, dès son entrée en vigueur, la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010.⁵

⁵ Décision de la Commission de la concurrence du 28.6.2010 (FF 2017 4237).

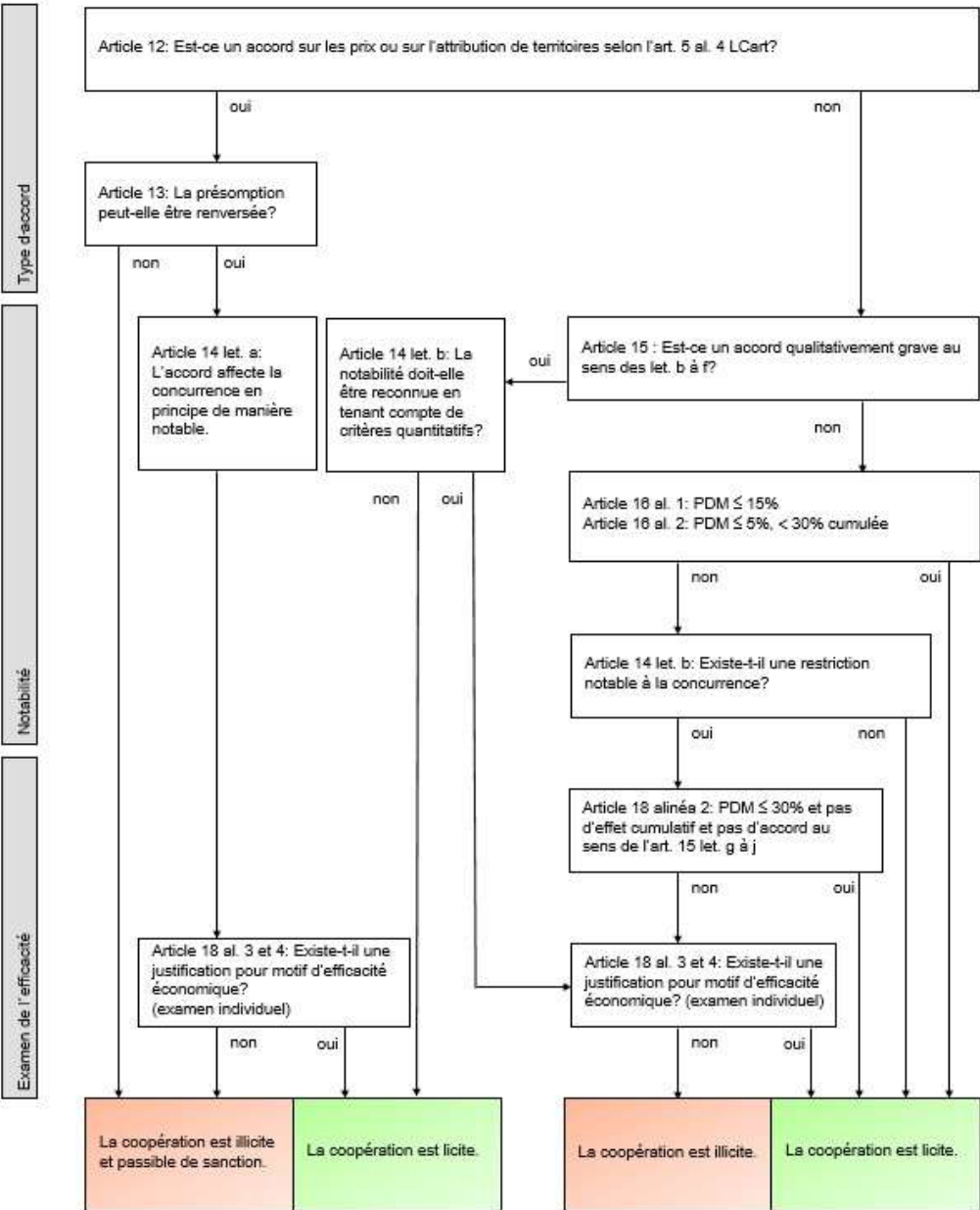
Article 21 Réglementation transitoire

Pour la période allant du 1^{er} janvier 2023 au 31 décembre 2023, la présente Communication ne s'applique pas aux accords en matière de concurrence entrés en vigueur avant le 1^{er} janvier 2023, qui remplissent les critères de la Communication abrogée, mais qui ne satisfont, par contre, pas aux critères de la présente Communication.

Article 22 Entrée en vigueur

La présente communication entre en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

Annexe 1: Schéma pour l'appréciation des accords verticaux



PDM: Part de marché

D 1	3. Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza¹ (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert) – Decisione della Commissione della concorrenza del 12 dicembre 2022

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza (COMCO) pubblica la presente comunicazione.

- I. Ai sensi dell'articolo 6 della Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251), la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la COMCO può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore certezza del diritto.
- II. Alcuni tipi di accordi verticali possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, possono contribuire a ridurre i costi delle transazioni commerciali e i costi di distribuzione delle parti e possono altresì ottimizzare i loro investimenti e le loro vendite.
- III. La probabilità che tali incrementi di efficienza possano controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato delle parti dell'accordo e soprattutto dalla misura in cui tali imprese sono esposte alla concorrenza di altri fornitori di merci e servizi, che i loro clienti considerano intercambiabili o sostituibili sulla base delle caratteristiche, dei prezzi e dell'uso dei prodotti offerti (concorrenza «interbrand»). La Commissione della concorrenza parte dal presupposto che gli accordi verticali, in generale, portano ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, a condizione che nessuna impresa partecipante detenga una quota di mercato superiore al 30 % sul mercato rilevante e che non si tratti di un accordo qualitativamente grave.
- IV. Nel quadro della revisione della LCart del 2003 sono state inserite, con l'articolo 5 capoverso 4 LCart, nuove fattispecie allo scopo di impedire imposizioni di prezzi di rivendita e ripartizioni del mercato svizzero nonché di promuovere la concorrenza all'interno dei mercati (concorrenza «intrabrand»). Secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, la soppressione della concorrenza efficace è presunta nel caso in cui si convengono prezzi minimi o fissi (imposizione di prezzi di rivendita) e se si prevedono clausole che assegnano determinate zone e che stabiliscono un divieto della vendita passiva a distributori o a clienti finali.

V. Nella revisione della LCart del 2003 il legislatore ha espresso la sua volontà, nell'ambito degli accordi verticali, di considerare la determinazione di prezzi minimi o fissi, così come le clausole che assegnano determinate zone, come pratiche potenzialmente particolarmente nocive. La COMCO ha concretizzato la volontà del legislatore nelle proprie decisioni e ha emanato dei criteri per la valutazione degli accordi verticali già nella Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 2 luglio 2007 (Comunicazione sugli accordi verticali 2007), in particolare riguardo alla confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace (art. 5 cpv. 4 LCart), alla notabilità (art. 5 cpv. 1 LCart) e ai motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart); ha poi precisato questi criteri nella Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 28 giugno 2010 (Comunicazione sugli accordi verticali 2010). Il 22 maggio 2017 la Comunicazione sugli accordi verticali 2010 è stata adattata alla giurisdizione della sentenza GABA del Tribunale federale.²

VI. La presente comunicazione si basa sulla Comunicazione sugli accordi verticali 2010 (stato 22 maggio 2017), la quale faceva riferimento al Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101 paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 2010 L 102/1) nonché alla comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU 2010 C 130/1). Le basi giuridiche europee sono state sostituite dal Regolamento (UE) n. 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 relativo all'applicazione dell'articolo 101 paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 2022 L 134/4), entrato in vigore il 1 giugno 2022 e alla relativa Comunicazione della Commissione Orientamenti sulle restrizioni verticali (GU 2022 C 248/1).

¹ Fa fede il testo che verrà pubblicato nel Foglio federale [cfr. FF 2022 3231].

² DTF 143 II 297, *Gaba*.

- VII. Considerando le condizioni legali ed economiche vigenti in Svizzera, l'attuale revisione della comunicazione tiene conto della prassi più recente dei tribunali e della COMCO e degli adattamenti nel diritto europeo. Nell'ambito degli accordi verticali, questa revisione assicura che, anche in futuro, in Svizzera vengano possibilmente applicate le stesse regole che nell'Unione europea. Inoltre evita l'isolamento dei mercati svizzeri e porta ad un aumento della certezza del diritto. In questo ambito le regole europee (cfr. punto VI) valgono per analogia anche per la Svizzera.
- VIII. L'articolo 12 ComVert precisa gli accordi per i quali, secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, vi è la presunzione che portino ad una soppressione della concorrenza efficace. L'articolo 13 ComVert mette in evidenza che per confutare la presunzione occorre procedere ad un apprezzamento globale del mercato (concorrenza «intra-brand» e «inter-brand» sul mercato rilevante).
- IX. L'articolo 14 lettera a ComVert precisa che accordi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart soddisfanno, in linea di massima, il criterio della notabilità di cui all'articolo 5 capoverso 1 LCart se la presunzione può essere confutata. Per quanto riguarda tutti gli altri accordi verticali in materia di concorrenza, secondo l'articolo 14 lettera b ComVert si deve tenere conto di criteri sia qualitativi che quantitativi e la ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. L'articolo 15 ComVert elenca gli accordi che, a causa del loro oggetto, sono considerati qualitativamente gravi. Per questo tipo di accordi si applicano delle esigenze più basse da un punto di vista quantitativo per poterli qualificare come limitazioni alla concorrenza notabili rispetto agli accordi qualitativamente non gravi.
- X. L'articolo 16 ComVert precisa che accordi verticali in materia di concorrenza i quali non rientrano nell'articolo 12 ComVert o nell'articolo 15 lettera b-f ComVert, di regola, non intralciano notevolmente la concorrenza nel caso in cui non viene superata la soglia della quota di mercato del 15 % e se l'accordo in questione non ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato (casi di importanza minore). Se invece la soglia della quota di mercato del 15 % viene superata o se l'accordo ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato, e se viene superata la quota di mercato del 5 %, l'intralcio alla concorrenza viene esaminato nei singoli casi.
- XI. Se la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace può essere confutata e se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se l'accordo può essere giustificato da motivi di efficienza economica. Nell'articolo 18 ComVert sono descritte le esigenze in virtù delle quali gli accordi verticali in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non vi sono motivi di efficienza, l'accordo è illecito. Accordi verticali illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart sono

passibili di sanzioni secondo l'articolo 49a LCart, anche quando la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere confutata.

- XII. La presente comunicazione non vincola i tribunali civili, il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.

A. Definizioni

Articolo 1 Accordi verticali in materia di concorrenza

Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart) da imprese collocate a un livello di mercato diverso che si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza e che si riferiscono alle condizioni commerciali in base alle quali le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

Articolo 2 Vendite attive

Per vendite attive si intende il fatto di contattare in maniera mirata clienti mediante visite, lettere, e-mail, telefonate o altri mezzi di comunicazione diretta, o mediante azioni di pubblicità e promozione mirate, offline o online, ad esempio attraverso: media cartacei o digitali, compresi i media online; strumenti di confronto dei prezzi o pubblicità sui motori di ricerca, destinati a clienti in determinati territori o a gruppi di clienti; la gestione di un sito internet con un dominio di primo livello che corrisponde a determinati territori; l'offerta su un sito internet di opzioni linguistiche comunemente utilizzate in determinati territori, quando tali lingue siano diverse da quelle comunemente utilizzate nella zona in cui è stabilito l'acquirente.

Articolo 3 Vendite passive

Per vendite passive si intendono vendite effettuate in risposta a richieste spontanee di singoli clienti, comprese la consegna di beni o la prestazione di servizi al cliente, senza che la vendita sia stata avviata sollecitando attivamente particolari clienti, gruppi di clienti o territori, incluse le vendite risultanti dalla partecipazione ad appalti pubblici o dalla risposta a bandi di gara privati.

Articolo 4 Sistema di distribuzione esclusiva

Per sistema di distribuzione esclusiva si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore assegna una zona o un gruppo di clienti esclusivamente a sé stesso o a un massimo di cinque acquirenti e impone restrizioni che impediscono a tutti gli altri acquirenti di vendere attivamente nella zona esclusiva o al gruppo di clienti esclusivo.

Articolo 5 Sistema di distribuzione selettiva

¹ Per sistema di distribuzione selettiva si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nella zona che il fornitore ha riservato a tale sistema.

² Per distribuzione selettiva puramente qualitativa si intende un sistema di distribuzione in cui la scelta dei distributori avviene esclusivamente in base a criteri qualitativi oggettivi richiesti dal genere di prodotto in questione.

Articolo 6 Forniture incrociate

Per forniture incrociate si intendono le forniture reciproche tra distributori che operano a livelli di mercato identici o diversi all'interno di un sistema di distribuzione selettiva.

Articolo 7 Obblighi di non concorrenza

Per obbligo di non concorrenza si intende:

- (i) qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto, ovvero
- (ii) qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa da questi indicata più dell'80 % degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi oggetto del contratto, e dei relativi succedanei, effettuati dall'acquirente stesso sul mercato rilevante, calcolati sulla base del valore o, se tale è la normale prassi del settore, del volume dei suoi acquisti effettuati nell'anno civile precedente.

Articolo 8 Know-how

Per know-how si intende un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove eseguite dal fornitore, patrimonio che è:

- (i) segreto, vale a dire non generalmente noto, né facilmente accessibile;
- (ii) sostanziale, vale a dire comprensivo di conoscenze significative e utili all'acquirente per l'uso, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi contrattuali;
- (iii) individuato, vale a dire descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità.

Articolo 9 Servizi di intermediazione online

Per servizi di intermediazione online si intendono quei servizi che consentono alle imprese di offrire beni o servizi:

- (i) ad altre imprese, al fine di agevolare l'avvio di transazioni dirette tra tali imprese; o
- (ii) ai consumatori finali, al fine di agevolare l'avvio di transazioni dirette tra dette imprese e i consumatori finali;

indipendentemente dal fatto che tali operazioni siano concluse e dal luogo in cui sono concluse.

B. Regole

Articolo 10 Campo d'applicazione

¹ La presente comunicazione vale per gli accordi verticali in materia di concorrenza.

² La presente comunicazione non si applica agli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti. Tale esenzione si applica tuttavia se imprese concorrenti concludono un accordo verticale non reciproco e se ricorre una delle condizioni seguenti:

- a) il fornitore opera, a monte, come produttore, importatore o grossista e, a valle, come importatore, grossista o distributore di beni, mentre l'acquirente opera a valle come importatore, grossista o distributore e non è un'impresa concorrente a monte, livello al quale acquista i beni oggetto del contratto, o
- b) il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri beni o servizi al livello del commercio al dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

³ Le deroghe di cui al paragrafo 2 lettera a e b non si applicano agli scambi di informazioni tra fornitore e acquirente che non sono direttamente connessi all'esecuzione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto o che non soddisfano nessuna di queste due condizioni.

⁴ Le deroghe di cui al paragrafo 2 lettera a e b non si applicano agli accordi verticali relativi alla fornitura di servizi di intermediazione online in cui il fornitore di tali servizi è un'impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita dei beni o servizi oggetto dell'intermediazione.

⁵ L'applicazione della presente comunicazione non esclude che una fattispecie costituisca, del tutto o in parte, un accordo orizzontale in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart o sia prevista dall'articolo 7 LCart. In tal caso questa fattispecie deve essere esaminata, indipendentemente dalla presente comunicazione, secondo le pertinenti disposizioni della legge sui cartelli.

⁶ La presente comunicazione non si applica agli accordi verticali che contengono disposizioni concernenti la cessione all'acquirente o l'utilizzazione da parte dell'acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che queste disposizioni costituiscano l'oggetto principale di tali accordi e che esse non si riferiscano direttamente all'utilizzazione, alla vendita o alla rivendita di beni o di servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti.

Articolo 11 Relazioni con altre comunicazioni PMI

La presente Comunicazione prevale sulla Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI)³.

³ Decisione della Commissione della concorrenza del 19.12.2005 (FF 2006 803), disponibile all'indirizzo www.comco.ch > In diritto e documentazione > Comunicazioni.

Articolo 12 Presunzioni di illiceità

¹ Nel caso degli accordi verticali in materia di concorrenza si presume che vi sia soppressione della concorrenza efficace secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart quando hanno per oggetto:

- a) la determinazione di prezzi minimi o fissi, ovvero la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita;
- b) l'assegnazione di zone, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni (protezione territoriale assoluta). Ciò include in particolare la restrizione della zona in cui l'acquirente può vendere i beni o servizi oggetto del contratto, a meno che non sussista un'eccezione secondo l'articolo 15 lettere b-d.

² L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi che portano indirettamente a prezzi minimi o fissi oppure ad una protezione territoriale assoluta.

³ L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi in forma di raccomandazioni, basati su una convenzione o su una pratica concordata bilaterale, nella misura in cui si prefiggono o provocano una determinazione di prezzi minimi o fissi oppure una protezione territoriale assoluta.

Articolo 13 Confutazione della presunzione

Per la confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace è determinante un apprezzamento globale del mercato, tenendo conto della concorrenza «intrabrand» e «interbrand». L'elemento decisivo è l'esistenza di sufficiente concorrenza «intrabrand» o «interbrand» sul mercato rilevante oppure l'esistenza di una combinazione delle due che porta a una sufficiente concorrenza efficace.

Articolo 14 Notevoli limitazioni della concorrenza

Nell'analisi dell'esistenza di un intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart dev'essere preso in considerazione che:

- a) accordi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. art. 12 ComVert) soddisfanno, in linea di massima, il criterio della notabilità secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart se la presunzione può essere confutata;
- b) tutti gli altri accordi verticali in materia di concorrenza vengono esaminati sulla base di criteri qualitativi e quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. Un accordo in materia di concorrenza qualitativamente grave (cfr. art. 15 ComVert) può essere considerato notevole anche in caso di effetti a livello quantitativo insignificanti. Viceversa, un intralcio dalle conseguenze quantitativamente importanti può portare ad intralciare notevolmente la concorrenza, anche se esso non è qualitativamente grave.

Articolo 15 Accordi in materia di concorrenza qualitativamente gravi

Accordi non compresi dall'articolo 5 capoverso 4 LCart sono considerati qualitativamente gravi se hanno per oggetto quanto segue:

- a) [...] ⁴
- b) qualora il fornitore gestisca un sistema di distribuzione esclusiva, la restrizione relativa alla zona in cui, o ai clienti ai quali, il distributore esclusivo può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti restrizioni:
 - (i) la restrizione delle vendite attive da parte del distributore esclusivo e dei suoi clienti diretti in una zona o a un gruppo di clienti riservati al fornitore o assegnati dal fornitore esclusivamente a un massimo di altri cinque distributori esclusivi;
 - (ii) la restrizione delle vendite attive o passive da parte del distributore esclusivo e dei suoi clienti a distributori non autorizzati situati in una zona in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva dei beni o servizi oggetto del contratto;
 - (iii) la restrizione relativa al luogo di stabilimento del distributore esclusivo;
 - (iv) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte di un distributore esclusivo operante al livello del commercio all'ingrosso;
 - (v) la restrizione della facoltà del distributore esclusivo di vendere attivamente o passivamente componenti, forniti a fini di incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore.
- c) qualora il fornitore gestisca un sistema di distribuzione selettiva:
 - (i) la restrizione relativa alla zona in cui, o ai clienti ai quali, i membri del sistema di distribuzione selettiva possono attivamente o passivamente vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti restrizioni:
 - 1. la restrizione delle vendite attive da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva e dei loro clienti diretti in una zona o a un gruppo di clienti riservati al fornitore o assegnati dal fornitore esclusivamente a un massimo di altri cinque distributori esclusivi;
 - 2. la restrizione delle vendite attive o passive da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva e dei loro clienti a distributori non autorizzati situati all'interno della zona in cui opera il sistema di distribuzione selettiva;
 - 3. la restrizione relativa al luogo di stabilimento dei membri del sistema di distribuzione selettiva;

⁴ Emendato il 22.05.2017 (cfr. consid. V.).

4. la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva operanti al livello del commercio all'ingrosso;
 5. la restrizione della facoltà di vendere attivamente o passivamente componenti, forniti a fini di incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore;
- (ii) la restrizione delle forniture incrociate tra i membri del sistema di distribuzione selettiva che operano allo stesso o a diversi livelli commerciali;
- (iii) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva operanti a livello del commercio al dettaglio, fatta salva la lettera c, punto i), 1) e 3);
- d) qualora il fornitore non utilizzi né un sistema di distribuzione esclusiva né un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione relativa alla zona in cui o al gruppo di clienti ai quali un acquirente può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti restrizioni:
- (i) la restrizione delle vendite attive da parte dell'acquirente e dei suoi clienti diretti in una zona o a un gruppo di clienti riservati al fornitore o assegnati in esclusiva dal fornitore a un massimo di cinque distributori esclusivi;
 - (ii) la restrizione delle vendite attive o passive da parte dell'acquirente e dei suoi clienti a distributori non autorizzati situati in una zona in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva dei beni o servizi oggetto del contratto;
 - (iii) la restrizione relativa al luogo di stabilimento dell'acquirente;
 - (iv) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all'ingrosso;
 - (v) la restrizione della facoltà dell'acquirente di vendere attivamente o passivamente componenti, forniti a fini di incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore;
- e) la pratica di impedire l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto, in quanto tale pratica limita la zona in cui, o i clienti ai quali, i beni o servizi oggetto del contratto possono essere venduti ai sensi delle lettere b, c o d, fatta salva la possibilità di imporre all'acquirente:
- (i) altre restrizioni delle vendite online; o
 - (ii) restrizioni della pubblicità online che non hanno lo scopo di impedire l'uso di un intero canale pubblicitario online;
- f) la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori, grossisti o altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri beni;
- g) l'obbligo di non concorrenza diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni; il limite di cinque anni non si applica se:
- (i) i beni o servizi oggetto del contratto sono venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi locati o affittati presso terzi non collegati all'acquirente, e
 - (ii) la durata dell'obbligo di non concorrenza non sia superiore al periodo di occupazione dei locali e terreni da parte dell'acquirente;
- h) l'obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi; ciò non si applica qualora risultino soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
- (i) l'obbligo si riferisce a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali;
 - (ii) è limitato ai locali e terreni in cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale;
 - (iii) è indispensabile per proteggere il «know-how» trasferito dal fornitore all'acquirente;
 - (iv) la durata dell'obbligo è limitata a un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo;
- i) obblighi diretti o indiretti che impediscono ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di vendere marchi di determinati fornitori concorrenti;
- j) obblighi diretti o indiretti, che impediscono agli acquirenti dei servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli ricorrendo a servizi di intermediazione online concorrenti.

Articolo 16 Mancanza di notabilità secondo le quote di mercato

¹ Gli accordi verticali in materia di concorrenza che non sono contemplati all'articolo 12 ComVert o all'articolo 15 lettera b-f ComVert non costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza se nessuna impresa partecipante detiene una quota di mercato superiore al 15 % su un mercato rilevante toccato dall'accordo.

² Quando la concorrenza in un mercato rilevante è limitata dall'effetto cumulativo di accordi verticali conclusi da diversi fornitori o distributori per la vendita di beni o servizi (effetto cumulativo di preclusione di reti parallele di accordi verticali che hanno effetti simili sul mercato), la soglia della quota di mercato menzionata al capoverso 1 è ridotta al 5 %. I singoli fornitori o distributori con una quota di mercato non superiore al 5 % non sono normalmente considerati in grado di contribuire in modo significativo all'effetto cumulativo di preclusione. È improbabile che si verifichi un effetto cumulativo di preclusione se meno del 30 % del mercato rilevante è coperto

da (reti di) accordi verticali coesistenti che hanno effetti simili sul mercato.

Articolo 17 Mancanza di notabilità della distribuzione selettiva puramente qualitativa

Gli accordi verticali in materia di concorrenza che hanno quale oggetto la distribuzione selettiva puramente qualitativa non portano a un notevole intralcio alla concorrenza, nella misura in cui sono soddisfatte tre condizioni cumulative:

- (i) la natura del prodotto in questione deve necessitare di un sistema di distribuzione selettiva: ciò significa che un tale sistema deve costituire un'esigenza legittima rispetto alla natura del prodotto in questione allo scopo di preservarne la qualità e di garantirne il corretto uso;
- (ii) i rivenditori devono essere scelti in base a criteri oggettivi di tipo qualitativo. Tali criteri devono essere stabiliti in modo uniforme, essere messi a disposizione di tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio;
- (iii) i criteri definiti non devono andare al di là di ciò che è necessario.

Articolo 18 Giustificazione

¹ Se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se è considerato giustificato secondo l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non sono presenti motivi di efficienza economica, l'accordo è illecito.

² Di regola gli accordi sono considerati giustificati senza un esame dei singoli casi se la quota del fornitore al mercato rilevante, sul quale il fornitore offre i beni e i servizi contrattuali, e la quota dell'acquirente al mercato rilevante, sul quale l'acquirente acquista i beni e i servizi contrattuali, non superano il 30 %. Fanno eccezione a questa regola gli accordi di cui agli articoli 12 ComVert e 15 ComVert così come gli accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato.

³ Gli accordi che intralciano notevolmente la concorrenza e che non sono contemplati al capoverso 2, sono sottoposti a un esame nei singoli casi. Esiste un motivo giustificativo quando un accordo aumenta l'efficienza economica conformemente all'articolo 5 capoverso 2 LCart – per esempio mediante un'organizzazione più efficace della rete di distribuzione nel senso di un miglioramento dei prodotti o dei processi di fabbricazione oppure di una riduzione dei costi di distribuzione – e quando la restrizione alla concorrenza è necessaria a tale scopo.

⁴ Le imprese possono far valere, nell'ambito dei motivi di efficienza economica menzionati all'articolo 5 capoverso 2 LCart, in particolare le giustificazioni seguenti:

- a) la protezione limitata nel tempo degli investimenti necessari alla penetrazione di nuovi mercati geografici o di nuovi mercati dei prodotti;
- b) la necessità di garantire l'uniformità e la qualità dei prodotti contrattuali;

- c) la protezione degli investimenti specifici a una relazione commerciale che non potrebbero essere realizzati in mancanza di clausole contrattuali o lo sarebbero soltanto rischiando perdite considerevoli (rischio di *hold-up*);
- d) il fatto di evitare misure di promozione delle vendite che risulterebbero inefficienti a causa del loro basso livello (p. e. servizi di consulenza alla clientela), che possono verificarsi se un produttore o un distributore ha la possibilità di approfittare degli sforzi promozionali di un altro produttore o distributore (problema del parassitismo o del *free rider*);
- e) il fatto di evitare l'imposizione di un doppio aumento di prezzo, che può verificarsi quando sia il produttore che il distributore dispongono di una posizione dominante sul mercato (problema della doppia marginalizzazione);
- f) la realizzazione di economie di scala nella distribuzione;
- g) la promozione del trasferimento di know-how essenziale;
- h) la garanzia di impegni finanziari (p. es. mutui) che non possono essere forniti dal mercato dei capitali.

Articolo 19 Pubblicazione

La presente comunicazione viene pubblicata nel Foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

Articolo 20 Abrogazione della comunicazione precedente

Con l'entrata in vigore della presente comunicazione è abrogata la Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 28 giugno 2010⁵.

Articolo 21 Regolamentazione transitoria

Per il periodo tra il 1° gennaio 2023 e il 31 dicembre 2023 la presente comunicazione non si applica agli accordi in materia di concorrenza entrati in vigore prima del 1° gennaio 2023 che adempiono i criteri della comunicazione abrogata ma non quelli della presente comunicazione.

Articolo 22 Entrata in vigore

La presente comunicazione entra in vigore il 1° gennaio 2023.

⁵ Decisione della Commissione della concorrenza del 28.06.2010 (FF 2017 3885).

D 1	4. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Dezember 2022

Zweck der Erläuterungen

1. Nachfolgende Erläuterungen dienen als Auslegehilfe für die Regeln der Vertikalbekenntmachung (VertBek)¹. Fokussiert werden praxisrelevante Fragestellungen, für die eine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden besteht. Die Erläuterungen enthalten somit nicht zu jeder Regel der Vertikalbekenntmachung Ausführungen und auch keine zusätzlichen Regeln. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Erläuterungen bei Bedarf anzupassen.

2. Die Erläuterungen lehnen sich an die EU-Vertikalleitlinien² an, welche gemäss Erw. VII. VertBek – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – analog auch für die Schweiz gelten.³ Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Rechtssicherheit wird der Wortlaut der EU-Vertikalleitlinien in den vorliegenden Erläuterungen möglichst übernommen, soweit darauf Bezug genommen wird.

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12, 14 Bst. a VertBek)

Grundsatz

3. Unternehmen, die an einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG⁴ beteiligt sind, werden nach Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert. Unzulässig und folglich sanktionierbar sind sowohl jene vertikalen Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen (Art. 5 Abs. 4 KG; Art. 12 VertBek), als auch Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG; Art. 14 Bst. a VertBek).⁵ Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 4 KG; Art. 12 VertBek).

Vertikale Preisabreden (Preisbindung der zweiten Hand; Art. 12 VertBek)

4. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass zwischen der Anbieterin und ihren Abnehmerinnen im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen ein «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken» im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (Art. 1 VertBek) besteht. In Frage kommen jegliche Formen des «bewussten und gewollten Zusammenwirkens» von abgestimmten Verhaltensweisen bis hin zu ausdrücklichen (mündlichen oder schriftlichen) Vereinbarungen.⁶

5. Die vertikale Preisabrede kann durch direkte Mittel angewendet werden. Dies trifft auf Vertragsklauseln oder

abgestimmte Verhaltensweisen zu, mit denen unmittelbar der Preis festgesetzt wird, den die Abnehmerin ihren Kundinnen und Kunden in Rechnung stellen muss, oder die es der Anbieterin erlauben, den Weiterverkaufspreis festzulegen oder die es der Abnehmerin verbieten, unter einem bestimmten Preisniveau zu verkaufen.⁷ Die Beschränkung ist auch dann eindeutig, wenn eine Anbieterin eine Preiserhöhung verlangt und die Abnehmerin diesem Verlangen nachkommt.⁸

6. Eine vertikale Preisabrede kann auch durch indirekte Mittel angewendet werden, z. B. durch Anreize zur Einhaltung eines Mindestpreises oder durch negative Anreize zur Abweichung von einem Mindestpreis. Die folgenden Beispiele stellen eine nicht abschliessende Liste solcher indirekten Mittel dar:

- Festlegen der Wiederverkaufsmarge;
- Festlegen eines Rabatts, den die Händlerin auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewähren darf;⁹
- Festlegen von Bestimmungen, nach denen das Gewähren von Rabatten oder das Erstaten von Werbeaufwendungen durch die Anbieterin von der Einhaltung eines vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht wird;
- Festlegen von Mindestwerbepreisen (minimum advertised prices), wodurch es der Händlerin untersagt ist, mit Preisen unterhalb eines bestimmten von der Anbieterin festgelegten Preisniveaus zu werben;
- Binden des vorgeschriebenen Weiterverkaufspreises an die Weiterverkaufspreise von Wettbewerbern;

¹ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 (BBI 2022 3231), abrufbar unter www.weko.admin.ch unter der Rubrik «Rechtliches / Dokumentation»; «Bekanntmachungen / Erläuterungen».

² Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI C 248, 30.6.2022, S. 1–85 (EU-Vertikalleitlinien).

³ Vgl. hierzu auch BGE 143 II 297, 326 ff. E. 6.2.3, *Gaba*.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ BGE 143 II 297, 342 f. E. 9.4.6, *Gaba*.

⁶ BGE 147 II 72, 77 E. 3.2 f. und 3.4.1, *Pfizer*; vgl. auch RPW 2016/3, 731 Rz 75 f., *Saiteninstrumente*.

⁷ RPW 2019/4, 1146 Rz 45, *Stöckli Ski*.

⁸ EU-Vertikalleitlinien, Rz 186.

⁹ BGE 144 II 246, 260 E. 7.3, *Altimum*; RPW 2017/2, 288 Rz 48, *Husqvarna*; RPW 2016/2, 400 Rz 141, *Altimum*.

- Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzen von Lieferungen bzw. Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus.¹⁰

7. Höchstverkaufspreise sind vertikale Preisabreden, wenn sie sich infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.¹¹

8. Bei Preisempfehlungen von Anbieterinnen an Wiederverkäuferinnen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertikale Preisabrede vorliegt. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte relevant:

- Preisempfehlungen, die weder den Tatbestand der Vereinbarung noch den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (einseitige Preisempfehlungen), sind kartellrechtlich unbedenklich. Mit anderen Worten sind Preisempfehlungen, die vom Anbieter einseitig abgegeben werden, wie etwa Preisempfehlungen, die in Katalogen festgeschrieben werden, ohne weitere Hinweise auf eine Abstimmung kartellrechtlich unbedenklich.¹²
- Entscheidend ist, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung; liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen.¹³ Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolungsgrad). Zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ist ein Kausalzusammenhang notwendig.¹⁴ Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann.¹⁵ Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlungen ergeben.¹⁶ Eine solche Abstimmung kann vorliegen, wenn beispielsweise Preisempfehlungen von Herstellerinnen oder Lieferantinnen wiederholt in die Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden.¹⁷ Ist eine Vereinbarung oder Abstimmung zu bejahen, ist nicht massgebend, wenn die Preisempfehlung als «unverbindlich» oder als «für das Publikum bestimmt» bezeichnet wird.¹⁸
- Abgestimmte Verhaltensweisen über Preisempfehlungen sind vertikale Preisabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolungsgrads tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.¹⁹
- Eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG ist eine vertikale Preisabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG, wenn sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen

durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.²⁰

- Eine als Preisempfehlung getarnte vertikale Preisabrede wird von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst (Art. 12 Abs. 3 VertBek).

9. Insbesondere folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- der Umstand, dass Herstellerinnen oder Lieferantinnen Druck auf Wiederverkäuferinnen und Händlerinnen ausüben, damit die Preisempfehlungen eingehalten werden;
- der Umstand, dass Herstellerinnen oder Lieferantinnen den Wiederverkäuferinnen und Händlerinnen Anreize gewähren, damit die Preisempfehlungen eingehalten werden;
- der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen befolgt wird;
- der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen;
- der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellerinnen oder Lieferantinnen in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland.

Vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz (Art. 12 VertBek)

10. Ein absoluter Gebietsschutz im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG erfordert zunächst das Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (Art. 1 VertBek). Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes in Artikel 5 Absatz 4 KG setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus:

¹⁰ EU-Vertikalleitlinien, Rz 187.

¹¹ Vgl. Artikel 4 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 2022 L 134/4) (Vertikal-GVO); EU-Vertikalleitlinien, Rz 188.

¹² BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹³ BGE 147 II 72, 86 E. 4.3, *Pfizer*.

¹⁴ BGE 147 II 72, 78 ff. E. 3.4, *Pfizer*.

¹⁵ BGE 147 II 72, 89 E. 4.5.1, *Pfizer*.

¹⁶ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, *Pfizer*.

¹⁷ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹⁸ BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹⁹ BGE 147 II 72, 103 ff. E. 6.4.4, 105 E. 6.5, *Pfizer*.

²⁰ Vgl. Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO.

Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung,²¹ drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.²² Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen; derartige Klauseln finden sich z. B. in Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträgen.²³ Erfasst werden nicht nur schriftliche Vertragsklauseln, sondern sämtliche Arten und Formen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 1 VertBek über einen absoluten Gebietsschutz (z. B. auch Konditionenblätter und mündliche Vereinbarungen). Gefordert wird nicht eine bestimmte Art von Vertriebsvertrag wie ein Alleinvertriebs- oder Selektivvertriebsvertrag (Art. 4 und 5 VertBek).²⁴ Unabhängig von der Art des Vertriebssystems kann das Gebiet somit entweder einer einzelnen oder mehreren Händlerinnen gleichzeitig zugewiesen worden sein.²⁵ Dabei genügt bei Vorliegen eines Alleinvertriebssystems die Zuweisung des Gebiets der Schweiz; die Zuweisung anderer Gebiete im Ausland an andere Händlerinnen ist nicht erforderlich.²⁶ Die Gebietszuweisung kann direkt oder indirekt (vgl. unten Rz 12) erfolgen.²⁷ Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z. B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten.²⁸ Allerdings ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (Art. 3 VertBek) durch gebietsfremde Vertriebspartnerinnen in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung von aktiven Verkäufen (Art. 2 VertBek).²⁹ Als Form des Passivverkaufs gilt auch der Verkauf infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren (im offenen und selektiven Verfahren)³⁰ oder privaten Aufforderungen zur Interessenbekundung.³²

11. Beispiele für Abreden über einen absoluten Gebietsschutz sind Vereinbarungen zwischen Herstellerinnen und ihren Vertriebspartnerinnen, wonach den Vertriebspartnerinnen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das Gebiet des EWR bzw. ein Gebiet im EWR zugewiesen wird und gleichzeitig Verkäufe aus dem EWR bzw. aus einem Gebiet des EWR heraus ausgeschlossen werden.³³ Derartige vertragliche Exportverbote führen zum Ausschluss von passiven Verkäufen an Händlerinnen und Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz. Als absolute Gebietsschutzabreden gelten auch Beschränkungen des passiven Verkaufs von zugelassenen Händlerinnen in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb selektiv organisiert ist, an Händlerinnen in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb offen bzw. frei organisiert ist.³⁴

12. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise umgesetzt werden (Art. 12 Abs. 2 VertBek).³⁵ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händlerinnen dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z. B. durch die Verweigerung oder Reduzierung von Prämien oder Rabatten, Einstellung der Lieferung, Beschränkung oder Verringerung der Liefermengen, Drohung, die vertikale Vereinbarung zu kündigen oder nicht zu verlängern und die Berechnung höherer Händlerpreise für auszuführende Produkte.³⁶ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt

werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlerinnen auf direkt oder parallel importierten³⁷ Produkten erbracht werden.³⁸ Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.³⁹

Sachverhalte, die den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG nicht erfüllen

13. Folgende Sachverhalte erfüllen für sich allein genommen den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG nicht:

- Verbote des Passivverkaufs zulasten der Herstellerin:⁴⁰ Die Verpflichtung ausländischer Herstellerinnen gegenüber der Schweizer Generalimporteurin, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz

²¹ BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²² BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

²³ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, 331 f. E. 6.4.1, *Gaba*.

²⁴ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁵ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²⁷ BGE 143 II 297, 329 f. E. 6.3.2, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁸ RPW 2018/2, 366 Rz 39, *RIMOWA*; vgl. auch BGE 148 II 25 E. 8.2, *Dargaud/WEKO* m.w.H.

²⁹ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

³⁰ Vgl. Art. 18 und 19 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

³¹ RPW 2017/1, 98 ff. Rz 32 ff., *Eflare*, RPW 2016/3, 654 Rz 4 f., *Flügel und Klaviere*.

³² EU-Vertikalleitlinien, Rz 215.

³³ BGE 144 II 194, 204-205 E. 6.4, *BMW*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2021/4, 844 Rz 53, *Pöschl Tabakprodukte*; RPW 2018/2, 365 Rz 29ff., 366 Rz 41 f., *RIMOWA*.

³⁴ Vgl. RPW 2016/2, 479 Rz 315, *Nikon*.

³⁵ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

³⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 204; RPW 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; RPW 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.

³⁷ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händlerinnen Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der von der Herstellerin vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

³⁸ Vgl. BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2016/3, 881 Rz 100, *Umfrage Motion Hess*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 204 Bst. I.

³⁹ Auf Schweizer Praxis beruhende Regelung; vgl. BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; vgl. auch RPW 2019/4, 1165 Rz 69, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

⁴⁰ Auf Schweizer Praxis beruhende Regelung, soweit sie sich nur auf die Herstellerin, jedoch nicht auf alle Anbieterinnen, bezieht; vgl. BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 9.1, 9.4 und 9.5, *Flammarion/WEKO*; RPW 2010/4, 796 E. 3.3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

diese an die Schweizer Generalimporteurin zu verweisen, stellt keine absolute Gebietsschutzabrede dar.⁴¹

- Konzerninterne Sachverhalte: Eine Wettbewerbsabrede setzt eine Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von mindestens zwei voneinander unabhängigen Unternehmen voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Bei konzerninternen Absprachen wird diese Voraussetzung nicht erfüllt. Dies bedeutet, dass Artikel 5 Absatz 4 KG auf konzerninterne vertikale Preisabsprachen und absolute Gebietsschutzabsprachen nicht anwendbar ist.⁴² Keine Wettbewerbsabrede ist etwa der Verweis eines ausländischen Unternehmens an die gruppenzugehörige Gesellschaft in der Schweiz, wenn es unaufgeforderte Bestellanfragen von Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz erhält.
- Reine internationale Preisunterschiede ohne Hinweise auf vertikale Preisabreden oder Abreden über einen absoluten Gebietsschutz fallen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 4 KG.
- Beschränkungen von passiven Verkäufen an bestimmte Kundengruppen werden nicht von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst.
- Sind passive Verkäufe zulässig, aktive dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind nicht im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG ausgeschlossen (vgl. oben, Rz 10).⁴³ Abgesehen von den in Artikel 15 Buchstabe b bis d VertBek genannten Ausnahmen werden Beschränkungen von Aktivverkäufen indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet.

Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen (Art. 14 Bst. a VertBek)

14. Das Kriterium der Erheblichkeit ist eine Bagatelklause. Bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁴⁴ Die in Artikel 5 Absatz 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d. h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG.⁴⁵ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.⁴⁶ Dabei genügt es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁴⁷ Das heisst, ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht erforderlich.⁴⁸ Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gemäss Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG sind vorbehaltlich einer im Einzelfall zu prüfenden Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG; Art. 18 VertBek) unzulässig.⁴⁹

Selektive Vertriebssysteme (Art. 5, 15 Bst. b, c, 16, 17, 18 VertBek)

Selektionskriterien (Art. 5 VertBek)

15. Die von der Anbieterin für die Auswahl der Händlerinnen angewandten Kriterien können qualitativer und/oder quantitativer Art sein. Mit quantitativen Kriterien

wird die Zahl der Händlerinnen unmittelbar begrenzt, indem beispielsweise eine feste Zahl von Händlerinnen vorgeschrieben wird. Qualitative Kriterien begrenzen die Zahl der Händlerinnen mittelbar durch Bedingungen, die nicht von allen Händlerinnen erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen. Qualitative Kriterien können sich auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wie Bekämpfung des Klimawandels, Umweltschutz oder Begrenzung des Verbrauchs natürlicher Ressourcen beziehen. Anbieterinnen könnten beispielsweise von den Händlerinnen verlangen, dass sie in ihren Verkaufsstellen Ladestationen oder Recyclingeinrichtungen anbieten oder dafür sorgen, dass die Auslieferung der Waren auf nachhaltige Weise, beispielsweise per Lastenfahrzeug statt Kraftfahrzeug, erfolgt.⁵⁰

Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden (Art. 15 Bst. c VertBek)

16. Artikel 15 Buchstabe c VertBek qualifiziert eine Reihe von Wettbewerbsabreden in selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend. Deren Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) gilt es im Einzelfall zu prüfen (Art. 14 Bst. b, 18 Abs. 3 VertBek).

17. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händlerinnen durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Art. 15 Bst. c (i) 2. VertBek). Solche Beschränkungen dienen dem Schutz selektiver Vertriebssysteme vor dem Vertrieb durch systemfremde Händlerinnen. Folglich liegt bspw. auch dann keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor, wenn eine Herstellerin ihre Garantieleistungen auf Produkte beschränkt, die bei zugelassenen Händlerinnen bezogen wurden.⁵¹

⁴¹ BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 9.1, *Flammarion/WEKO*; vgl. auch RPW 2018/2, 243 Rz 54 f., *gym80*.

⁴² Vgl. BGer 2C_43/2020 vom 21.12.2021, E. 7.3, *Dargaud/WEKO* (nicht publ. in BGE 148 II 25); BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 6.2 f., *Dargaud/WEKO*. Zu beachten sind jedoch gegebenenfalls die Bestimmungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, einschliesslich der relativen Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 und 2^{bis} KG, Art. 7 KG; BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 6.2.7, *Diffulivre/WEKO*; BGer 2C_43/2020 vom 21.12.2021, E. 7.4, *Dargaud/WEKO*).

⁴³ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5, *Gaba*.

⁴⁴ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6, *Gaba*.

⁴⁵ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6, *Gaba*; BGE 144 II 194, 198 f. E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246, 262 E. 10.1, *Altimum*.

⁴⁶ BGE 143 II 297, 315 f. E. 5.2.1, 324 f. E. 5.5, *Gaba*.

⁴⁷ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4, 325 E. 5.6, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.3.2, *BMW*.

⁴⁸ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.4.1, *BMW*.

⁴⁹ BGE 143 II 297, 334 ff. E. 7, *Gaba*; BGE 144 II 194, 201 E. 4.5, *BMW*.

⁵⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 144.

⁵¹ EuGH, ECLI:EU:C:1994:5, Rz 32 ff., *Metro/Cartier*; RPW 2014/2, 411 Rz 42, *Jura*.

18. Als qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändlerinnen an Endverbraucherinnen und Endverbraucher (Art. 15 Bst. c (iii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek) sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs zwischen zugelassenen Händlerinnen (Art. 15 Bst. c (ii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek). Werden passive Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnerinnen an zugelassene Händlerinnen oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in (gewissen Gebieten) der Schweiz ausgeschlossen, liegen grundsätzlich erhebliche absolute Gebietsschutzabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG vor (vgl. oben, Rz 10 ff.).

19. Die Kombination aus selektivem Vertrieb und Alleinvertrieb innerhalb desselben Gebiets führt zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen. Dies gilt auch, wenn die Anbieterin den Alleinvertrieb auf der Grosshandelsstufe und den selektiven Vertrieb auf der Einzelhandelsstufe anwendet.⁵²

Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile (Art. 16 VertBek)

20. Selektive Vertriebssysteme, welche keine Beschränkungen nach Artikel 12 oder Artikel 15 Buchstabe c VertBek enthalten, sind in der Regel mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % von keinem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Diese Marktanteilsschwelle wird bei kumulativen Wirkungen von parallelen Vertriebsnetzen auf 5 % herabgesetzt (Art. 16 Abs. 2 VertBek).⁵³ Bei selektiven Vertriebssystemen ist eine kumulative Wirkung unwahrscheinlich, wenn solche Systeme weniger als 50 % eines Marktes abdecken oder wenn die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieterinnen unter 50 % liegt.⁵⁴

Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb (Art. 17 VertBek)

21. Selektive Vertriebssysteme, welche die in Artikel 17 VertBek dargelegten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen, sind unabhängig von der Höhe der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig.⁵⁵

Rechtfertigung (Art. 18 VertBek)

22. Selektive Vertriebssysteme gelten unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % weder von der Anbieterin auf ihrem Absatzmarkt noch von den Abnehmerinnen auf ihrem Beschaffungsmarkt überschritten wird.⁵⁶ Davon ausgenommen sind selektive Vertriebssysteme, die Abreden nach Artikel 15 Buchstabe c VertBek oder Abreden beinhalten, die sich mit anderen kumulativ auf dem Markt auswirken (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Wird die Marktanteilsschwelle von 30 % von einem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten, ist im Einzelfall zu prüfen, ob selektive Vertriebssysteme, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aus Effizienzgründen zulässig sind (Art. 18 Abs. 3 VertBek).

Online-Handel (Art. 2, 9, 12, 15 Bst. e und j VertBek)

Aktive Verkäufe (Art. 2 VertBek)

23. Bezüglich der Definition aktiver Verkäufe gilt es zu präzisieren, dass auf Websites von in der Schweiz niedergelassenen Abnehmerinnen die Landessprachen und die englische Sprache als üblicherweise verwendete Sprachen betrachtet werden.

Online-Vermittlungsdienste (Art. 9 VertBek)

24. Ein Unternehmen, das Online-Vermittlungsdienste im Sinne des Artikels 9 VertBek erbringt, wird im Hinblick auf diese Dienstleistungen als Anbieterin eingestuft. Ein Unternehmen, das Waren oder Dienstleistungen unter Nutzung von Online-Vermittlungsdiensten anbietet oder verkauft, wird in Bezug auf diese Online-Vermittlungsdienste als Abnehmerin eingestuft, unabhängig davon, ob sie für die Nutzung der Online-Vermittlungsdienste etwas bezahlt.⁵⁷

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12 VertBek)

25. Vertikale Wettbewerbsabreden betreffend den Online-Handel können eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz darstellen, wenn sie von qualifizierenden Umständen begleitet werden. Ob qualifizierende Umstände vorliegen und der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG erfüllt ist, erfordert eine Beurteilung anhand der konkreten Umstände im Einzelfall.⁵⁸

26. Als qualifizierende Umstände für eine vertikale Wettbewerbsabrede über absoluten Gebietsschutz kommen z. B. in Frage:

- Abreden, welche die Abnehmerin dazu verpflichten, zu verhindern, dass Kundinnen und Kunden aus einem anderen Gebiet ihre Website einsehen können, oder auf ihrer Website eine Umleitung einzurichten zum Online-Shop der Herstellerin oder einer anderen Verkäuferin; die Verpflichtung der Abnehmerin, Links zu den Online-Shops der Anbieterin oder anderer Verkäuferinnen einzurichten, ist jedoch kein qualifizierender Umstand;⁵⁹

⁵² Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 236.

⁵³ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 26.

⁵⁴ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 155; RPW 2011/3, 389 Rz 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁵ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1977:167, Rz 20 f., *Metro/Kommission*; vgl. auch EU-Vertikalleitlinien, Rz 148 f. Die erste Voraussetzung, wonach die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern muss, erfüllt beispielsweise die Zahnpasta Elmex rot gemäss Praxis der WEKO nicht (RPW 2010/1, 84 Rz 157, *Gaba*).

⁵⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 151.

⁵⁷ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 64 ff.

⁵⁸ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 139, *Kosmetikprodukte*.

⁵⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 206 Bst. a; vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

- Abreden, welche die Händlerin dazu verpflichten, Online-Transaktionen von Endkundinnen und Endkunden zu beenden, sobald deren Kreditkartendaten eine Adresse ergeben, die nicht im Gebiet der Händlerin liegt.⁶⁰

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Art. 15 Bst. e Vert-Bek)

27. Vertikale Wettbewerbsabreden werden als qualitativ schwerwiegend erachtet, wenn sie die wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen und Kunden verhindern. Dazu gehören insbesondere Beschränkungen von Online-Verkäufen oder der Online-Werbung, die es der Abnehmerin de facto verbieten, das Internet für den Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen zu nutzen sowie Beschränkungen, welche die Nutzung eines oder mehrerer ganzen Online-Werbekanäle (z. B. Suchmaschinen oder Preisvergleichsdienste) oder die Gründung oder den Betrieb eines eigenen Online-Shops verhindern.⁶¹

28. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen von Online-Verkäufen in Bezug auf die Art und Weise, wie die Vertragswaren oder -dienstleistungen online verkauft werden sollen, unabhängig vom Vertriebssystem. Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung bestimmter Online-Verkaufskanäle, z. B. von Online-Marktplätzen⁶², oder die Vorgabe von Qualitätsstandards für Online-Verkäufe gelten ebenfalls nicht als qualitativ schwerwiegend, sofern sie nicht indirekt zum Gegenstand haben, die wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen und Kunden zu verhindern. Beschränkungen von Online-Verkäufen dienen in der Regel nicht diesem Ziel, wenn es der Abnehmerin freisteht, ihren eigenen Online-Shop zu betreiben⁶³ und online zu werben⁶⁴.

29. Nachstehend sind Beispiele für Anforderungen im Zusammenhang mit Online-Verkäufen aufgeführt, die nicht als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden:⁶⁵

- Anforderungen, mit denen die Qualität oder ein bestimmtes Erscheinungsbild des Online-Shops einer Abnehmerin sichergestellt werden soll;
- Anforderungen hinsichtlich der Darstellung der Vertragswaren oder -dienstleistungen im Online-Shop (beispielsweise die Mindestanzahl der dargestellten Artikel, die Art und Weise, in der die Marken der Anbieterin dargestellt werden);
- ein mittel- oder unmittelbares Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen;⁶⁶
- eine Anforderung, dass die Abnehmerin eine oder mehrere physische Verkaufsstätten oder Ausstellungsräume betreibt, beispielsweise als Voraussetzung dafür, dass sie Mitglied des selektiven Vertriebssystems der Anbieterin wird;
- eine Anforderung, dass die Abnehmerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen in einem nach Wert oder Menge, aber nicht nach dem Anteil ihres Gesamtumsatzes bestimmten absoluten Mindestumfang offline verkauft, um einen effizienten Betrieb ih-

rer physischen Verkaufsstätte zu gewährleisten; diese Anforderung kann für alle Abnehmerinnen identisch sein oder anhand objektiver Kriterien, wie der Grösse der Abnehmerin im Vergleich zu anderen Abnehmerinnen oder ihrer geografischen Lage, unterschiedlich festgelegt werden.

30. Eine Anforderung, dass die Abnehmerin für online verkaufte Produkte einen anderen Grosshandelspreis zahlt als für offline verkaufte Produkte (*Doppelpreissystem*), stellt in der Regel keine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede dar, wenn der Unterschied im Grosshandelspreis in einem angemessenen Verhältnis zu den Unterschieden bei den Investitionen und Kosten steht, die Abnehmerin für die Erzielung von Verkäufen in den einzelnen Kanälen trägt.⁶⁷

31. In Anbetracht der Tatsache, dass Online- und Offline-Kanäle unterschiedliche Merkmale aufweisen, liegt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor, wenn eine Anbieterin, die ein selektives Vertriebssystem betreibt, ihren zugelassenen Händlerinnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt, die nicht mit denen für Verkäufe in physischen Verkaufsstätten gleichwertig sind, sofern die für Online-Verkäufe vorgeschriebenen Anforderungen nicht indirekt bezwecken, die Abnehmerin an der wirksamen Nutzung des Internets für den Online-Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen an bestimmte Kundinnen und Kunden zu hindern.⁶⁸

32. Die Erheblichkeit von vertikalen Wettbewerbsabreden, die Beschränkungen zum Gegenstand haben, die Abnehmerinnen oder ihre Kundinnen daran hindern, das Internet wirksam für den Online-Verkauf ihrer Waren oder Dienstleistungen zu nutzen oder einen oder mehrere ganze Online-Werbekanäle wirksam zu nutzen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen (Art. 14 Bst. b, 18 Abs. 3 VertBek).

⁶⁰ Vgl. EU-Leitlinien, Rz 206 Bst. b; vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

⁶¹ Vgl. Vertikal-GVO, Erw. 15; EU-Vertikalleitlinien, Rz 203 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rz 54 ff., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*; vgl. auch RPW 2014/1, 198 Rz 143, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 414 Rz 66, *Jura*.

⁶² Bei Online-Marktplätzen handelt es sich in der Regel um Anbieterinnen von Online-Vermittlungsdiensten, die Händlerinnen und potenzielle Kundinnen und Kunden miteinander in Kontakt bringen (EU-Vertikalleitlinien, Rz 332).

⁶³ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rz 56 f., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁶⁴ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EU-KOMM, COMP/AT. 40428 vom 17.12.2018, Rz 118 bis 126, *Guess*.

⁶⁵ EU-Vertikalleitlinien, Rz 208.

⁶⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2017:941, Rz 64 bis 69, *Coty Germany*.

⁶⁷ EU-Vertikalleitlinien, Rz 209.

⁶⁸ EU-Vertikalleitlinien, Rz 235.

Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten
(Art. 15 Bst. j VertBek)

33. Paritätsverpflichtungen, auch Meistbegünstigungsklauseln oder plattformübergreifende Paritätsverpflichtungen genannt, verpflichten eine Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen, diese einer anderen Partei zu Bedingungen anzubieten, die nicht ungünstiger sind als die Bedingungen, die die Anbieterin bestimmten anderen Parteien oder auf bestimmten anderen Kanälen anbietet. Die Bedingungen können Preise, Bestand, Verfügbarkeit oder andere Angebots- oder Verkaufsbedingungen betreffen.⁶⁹

34. Weite Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten auf Einzelhandelsstufe sind qualitativ schwerwiegend.⁷⁰ Weite Paritätsverpflichtungen beziehen sich auf die Bedingungen, die in allen Verkaufskanälen angeboten werden. Dahingegen beziehen sich enge Paritätsverpflichtungen auf die Bedingungen, die in direkten Verkaufskanälen der Händlerin von Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Enge Paritätsverpflichtungen sowie alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen sind nicht qualitativ schwerwiegend.⁷¹

35. Weite Paritätsverpflichtungen führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Wird die Marktanteilsschwelle überschritten, sind die Erheblichkeit der weiten Paritätsverpflichtung sowie die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Einzelfall zu prüfen. Alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % von keinem an der vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Art. 18 Abs. 3 VertBek).

Wettbewerbsverbote (Art. 15 Bst. g VertBek)

36. Unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote gelten als qualitativ schwerwiegend, wenn ihre Dauer unbestimmt ist oder fünf Jahre überschreitet (Art. 15 Bst. g VertBek). Davon ausgenommen sind Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, sofern die Abnehmerin die vertikale Vereinbarung, die die Verpflichtung enthält, mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann, sodass sie nach Ablauf der Fünfjahresfrist ihre Anbieterin effektiv wechseln könnte.⁷² Führen Wettbewerbsverbote zu einer Bezugsverpflichtung in der Schweiz und werden dadurch passive Verkäufe (Art. 3 VertBek) indirekt ausgeschlossen, kann ein indirekter absoluter Gebietsschutz in Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG vorliegen (vgl. Rz 12).

⁶⁹ EU-Vertikalleitlinien, Rz 356.

⁷⁰ RPW 2016/1, 77, Rz 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁷¹ Vgl. dazu EU-Vertikalleitlinien, Rz 356 ff. Zu beachten ist jedoch der am 1. Dezember 2022 in Kraft getretene Artikel 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG).

⁷² EU-Vertikalleitlinien, Rz 248.

D 1	5. Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Note explicative CommVert) du 12 décembre 2022

But de la Note explicative

1. La Note explicative qui suit aide à l'interprétation des règles de la Communication sur les accords verticaux (CommVert).¹ Elle se focalise sur des questions pratiques pertinentes, pour lesquelles il existe une pratique établie des autorités de la concurrence. Ainsi, la Note explicative ne contient pas de commentaires sur chaque disposition de la Communication sur les accords verticaux, ni de règles de concurrence supplémentaires. La Commission de la concurrence se réserve le droit d'adapter cette Note explicative si nécessaire.

2. La Note explicative s'inspire des Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales,² lesquelles valent de manière analogue en Suisse – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – conformément au consid. VII CommVert.³ Dans ce contexte et pour assurer la sécurité juridique, les termes utilisés dans les Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales sont repris autant que possible lorsqu'il y est fait référence.

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (art. 12, 14 let. a CommVert)

Principe

3. Les entreprises qui participent à un accord vertical en matière de concurrence illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart⁴ sont sanctionnées selon l'art. 49a al. 1 LCart. Sont illicites et donc passibles de sanction les accords verticaux en matière de concurrence qui suppriment la concurrence efficace sur le marché pertinent (art. 5 al. 4 LCart; art. 12 CommVert), de même que les accords en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, qui ne suppriment pas la concurrence sur le marché pertinent mais qui l'affectent de manière notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 LCart; art. 14 al. 1 let. a CommVert).⁵ En présence d'un accord vertical en matière de concurrence, la suppression de la concurrence efficace est présumée lorsque celui-ci a pour objet l'imposition d'un prix de vente minimal ou fixe ou une protection territoriale absolue (art. 5 al. 4 LCart; art. 12 CommVert).

Accords verticaux sur les prix (prix de revente imposés; art. 12 CommVert)

4. Un accord vertical sur les prix se caractérise entre autres par le fait qu'il existe entre le fournisseur et ses acheteurs une action collective consciente et voulue au sens de l'art. 4 al. 1 LCart portant sur la fixation de prix minimums ou fixes (art. 1 CommVert). Toutes les formes d'actions collectives conscientes et voulues sont concernées, des pratiques concertées jusqu'aux conventions expresses (orales ou écrites).⁶

5. Un accord vertical sur les prix peut être obtenu par des moyens directs. C'est le cas des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées qui fixent directement le prix que l'acheteur doit facturer à ses clients, ou qui permettent au fournisseur de fixer le prix de vente ou qui interdisent à l'acheteur de vendre en deçà d'un certain niveau de prix.⁷ La restriction est également flagrante lorsque le fournisseur demande une augmentation de prix et que l'acheteur accède à cette demande.⁸

6. Un accord vertical sur les prix peut aussi être atteint par des moyens indirects, notamment des mesures incitant à appliquer un prix minimal ou dissuadant de s'écarter d'un prix minimal. Les exemples suivants fournissent une liste non exhaustive de ces moyens indirects:

- la fixation de la marge de vente;
- la fixation du niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un niveau de prix prédéfini;⁹
- le fait de subordonner au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur;
- l'imposition de prix minimaux affichés (minimum advertised prices; MAPs) interdisant au distributeur d'afficher des prix inférieurs à un niveau fixé par le fournisseur;
- le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par les concurrents;
- des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspensions de livraison ou la résiliation du contrat en cas de non-respect d'un niveau de prix donné.¹⁰

¹ Décision de la Commission de la concurrence du 12.12.2022 (FF 2022 3231), disponible sur www.weko.admin.ch sous la rubrique « Législation et documentation »; « Communications / Notes explicatives ».

² Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 248 01, 30.06.2022, pp. 1-85).

³ Cf. aussi ATF 143 II 297, 326 ss. consid. 6.2.3, *Gaba*.

⁴ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

⁵ ATF 143 II 297, 342 s. consid. 9.4.6, *Gaba*.

⁶ ATF 147 II 72, 77 consid. 3.2 s. et 3.4.1, *Pfizer*; cf. également DPC 2016/3, 731 N 75 s., *Saiteninstrumente*.

⁷ DPC 2019/4, 1146 N 45, *Stöckli Ski*.

⁸ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 186.

⁹ ATF 144 II 246, 260 consid. 7.3, *Altimum*; DPC 2017/2, 288 N 48, *Husqvarna*; DPC 2016/2, 400 N 141, *Altimum*.

¹⁰ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 187.

7. Les prix de vente maximaux sont des accords verticaux sur les prix s'ils ont l'effet de prix de vente fixes ou minimaux à la suite de pressions exercées par l'une des entreprises concernées ou de mesures d'incitation prises par celle-ci.¹¹

8. En cas de recommandations de prix faites par des fournisseurs à des revendeurs, il convient d'examiner au cas par cas s'il existe un accord vertical sur les prix. Les aspects suivants sont notamment pertinents à cet égard:

- Les recommandations de prix qui ne relèvent ni de l'accord ni de la pratique concertée (recommandations unilatérales de prix) ne posent pas de problème au regard du droit des cartels. En d'autres termes, les recommandations de prix émises unilatéralement par le fournisseur, comme une recommandation de prix figurant dans un catalogue, ne posent pas de problème au regard du droit des cartels, en l'absence d'autres indications de coordination.¹²
- Il est déterminant de savoir si une recommandation de prix remplit la notion d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. S'il existe une volonté de s'engager sur le prix, la recommandation de prix constitue un accord au sens d'une convention; en l'absence d'une telle volonté de s'engager, la pratique litigieuse peut remplir les conditions de la pratique concertée.¹³ La notion de pratique concertée exige tout d'abord une prise de contact entre les entreprises (concertation) et un comportement correspondant sur le marché (succès de la concertation; degré de suivi). Un lien de causalité est nécessaire entre la concertation et le comportement.¹⁴ L'interaction entre la concertation et le succès de la concertation doit atteindre un certain niveau qualitatif pour que l'on puisse parler d'une pratique concertée.¹⁵ La concertation peut par exemple résulter d'une communication particulièrement intensive des prix recommandés.¹⁶ Une telle concertation peut exister lorsque, par exemple, les prix recommandés par les fabricants ou les fournisseurs sont transmis de manière répétée par voie électronique dans les systèmes de caisse des revendeurs ou des distributeurs.¹⁷ Si l'existence d'un accord ou d'une concertation est avérée, le fait que la recommandation de prix soit désignée comme « non contraignante » ou « destinée au public » n'est pas déterminant.¹⁸
- Les pratiques concertées portant sur des recommandations de prix sont des accords verticaux sur les prix au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, si les recommandations de prix ont effectivement l'effet de prix fixes ou minimaux, notamment en raison du taux de suivi.¹⁹
- Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart est un accord sur les prix au sens de l'art. 5 al. 4 LCart lorsque les prix recommandés ont effectivement l'effet de prix fixes ou minimaux à la suite de pressions exercées par l'une des entreprises concernées ou de mesures d'incitation prises par celle-ci.²⁰
- Un accord vertical sur les prix déguisé en recommandation de prix est couvert par l'art. 5 al. 4 LCart (art. 12 al. 3 CommVert).

9. Les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix sont notamment les suivantes:

- le fait que les fabricants ou les fournisseurs accordent aux revendeurs et aux détaillants des mesures d'incitation pour que les recommandations de prix soient respectées;
- le fait que les fabricants ou les fournisseurs exercent des pressions sur les revendeurs et les distributeurs pour qu'ils respectent les recommandations de prix;
- le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs;
- le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues, etc., ne soient pas expressément désignées comme non contraignantes;
- le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;
- le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.

Accords verticaux de protection territoriale absolue (art. 12 CommVert)

10. L'existence d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart requiert premièrement celle d'un accord vertical au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (art. 1 CommVert). Une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart nécessite, aux termes de la loi, les éléments suivants: premièrement un contrat de distribution, deuxièmement l'attribution d'un territoire²¹ et troisièmement l'exclusion des ventes d'un territoire à un autre.²² Le concept de contrats de distribution doit être défini de manière globale et comprend non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais aussi les clauses individuelles sur l'achat, la vente ou la revente des produits contractuels contenues dans d'autres contrats et qui prévoient une protection territo-

¹¹ Cf. l'art. 4 let. a du règlement (UE) n° 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2022 L 134/4) (règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux); lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 188.

¹² ATF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹³ ATF 147 II 72, 86 consid. 4.3, *Pfizer*.

¹⁴ ATF 147 II 72, 78 ss. consid. 3.4, *Pfizer*.

¹⁵ ATF 147 II 72, 89 consid. 4.5.1, *Pfizer*.

¹⁶ ATF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, *Pfizer*.

¹⁷ ATF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹⁸ ATF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹⁹ ATF 147 II 72, 103 ss. consid. 6.4.4, 105 consid. 6.5, *Pfizer*.

²⁰ Cf. l'art. 4 let. a du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux.

²¹ TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid. 7.5, *Diffulivre/COMCO*.

²² ATF 143 II 297, 328 consid. 6.3, *Gaba*; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

riale absolue; de telles clauses se trouvent p. ex. dans les contrats de franchise, de licence ou encore de transfert de technologie.²³ Sont couvertes non seulement les clauses dans des contrats écrits, mais aussi tous types et formes de conventions verticales et de pratiques concertées au sens de l'art. 1 CommVert ayant pour objet une protection territoriale absolue (p. ex. des listes de conditions applicables ou des conventions orales). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (art. 4 et 5 CommVert).²⁴ Le territoire peut ainsi être attribué à un ou plusieurs distributeurs en même temps, indépendamment du type de système de distribution.²⁵ L'attribution du marché suisse à titre exclusif à un distributeur officiel suffit; l'attribution d'autres territoires à l'étranger à d'autres distributeurs n'est pas nécessaire.²⁶ L'attribution du territoire peut être effectuée de manière directe comme indirecte (cf. ci-dessous ch. 12).²⁷ Le territoire attribué peut être défini de différentes manières, p. ex. par régions, par pays ou encore par territoires supranationaux.²⁸ Pour qu'il y ait une protection territoriale absolue, il faut que les ventes passives (art. 3 CommVert) dans ces territoires soient exclues pour les distributeurs situés en dehors de ces derniers; ce n'est par contre pas le cas en présence d'une restriction des ventes actives (art. 2 CommVert).²⁹ Est également considérée comme une forme de vente passive la vente résultant de la participation à des procédures de passation de marchés publics (en procédure ouverte et sélective³⁰)³¹ ou à des appels à manifestation d'intérêt privés.³²

11. Des conventions entre producteurs et leurs distributeurs, par lesquelles les distributeurs dans l'Espace économique européen (EEE) se voient attribuer le territoire de l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) pendant que les ventes depuis l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) sont exclues, constituent des exemples d'accords de protection territoriale absolue.³³ De telles interdictions d'exportations contractuelles conduisent à l'exclusion des ventes passives aux distributeurs et clients finals situés en Suisse. Sont aussi des accords de protection territoriale absolue les restrictions des ventes passives de distributeurs agréés situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon sélective aux distributeurs situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon ouverte, resp. libre.³⁴

12. Un accord de protection territoriale absolue peut aussi être mis en œuvre de façon indirecte (art. 12 al. 2 CommVert).³⁵ Une protection territoriale absolue indirecte comprend toutes les mesures par lesquelles les distributeurs devraient être amenés à ne pas satisfaire des demandes provenant de certains territoires, p. ex. refuser ou réduire les primes ou les remises, mettre fin aux livraisons, limiter ou réduire les volumes fournis, menacer de résilier l'accord vertical ou de ne pas le renouveler et facturer un prix plus élevé au distributeur pour les produits destinés à l'exportation.³⁶ Le non-remboursement par le fournisseur de services de garantie que les distributeurs effectuent sur des produits importés de manière parallèle ou directe³⁷ peut aussi conduire à une protection territoriale absolue indirecte.³⁸ Peuvent aussi conduire à une exclusion indirecte des

ventes passives aux acheteurs situés en Suisse les restrictions d'approvisionnement contractuelles, par lesquelles les distributeurs situés en Suisse s'obligent à ne se fournir en biens contractuels qu'à l'intérieur de leur territoire contractuel.³⁹

Etats de fait ne remplissant pas les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart

13. Les états de fait suivants ne sont pas par eux-mêmes couverts par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart:

- l'interdiction des ventes passives imposée au producteur;⁴⁰ l'engagement de fournisseurs étrangers envers l'importateur général suisse de rediriger vers ce dernier les commandes non-sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse ne constitue pas un accord de protection territoriale absolue.⁴¹

²³ ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1, 331 s. consid. 6.4.1, *Gaba*.

²⁴ ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1, *Gaba*; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁵ TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid. 7.5, *Diffulivre/COMCO*.

²⁷ ATF 143 II 297, 329 s. consid. 6.3.2, *Gaba*; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁸ DPC 2018/2, 366 N 39, *RIMOWA*; cf. aussi ATF 148 II 25, 28 consid. 8.2, *Dargaud/WEKO* et les références citées.

²⁹ ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5, *Gaba*; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

³⁰ Cf. art. 18 et 19 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1).

³¹ DPC 2017/1, 98 ss. N 32 ss., *Eflare*; DPC 2016/3, 654 N 4 s., *Flügel und Klaviere*.

³² Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 215.

³³ ATF 144 II 194, 204-205 consid. 3.4, *BMW*; TAF B-3332/2012 du 13.11.2015, consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2021/4, 844 N 53, *Pöschl Tabakprodukte*, DPC 2018/2, 365 N 29 ss., 366 41 N 41 s., *RIMOWA*.

³⁴ Cf. DPC 2016/2, 479 N 315, *Nikon*.

³⁵ TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

³⁶ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 204; DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; DPC 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.

³⁷ On parle d'importation directe lorsque des clients finals achètent des produits à l'étranger et les importent en Suisse. On parle d'importation parallèle lorsque des distributeurs se procurent des produits à l'étranger et les importent en Suisse sans passer par le réseau de distribution prévu par le producteur.

³⁸ Cf. TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2016/3, 881, N 100, *Umfrage Motion Hess*; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 204 let. I.

³⁹ Réglementation basée sur la pratique suisse; cf. TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; cf. également DPC 2019/4, 1165 N 69, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

⁴⁰ Réglementation basée sur la pratique suisse, dans la mesure où elle se rapporte au producteur uniquement et non à tous les fournisseurs; cf. TF 2C_44/2020 du 3.3.2022, consid. 9.1, 9.4 et 9.5, *Flammarion/COMCO*; DPC 2010/4, 796 consid. 3.3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

⁴¹ TF 2C_44/2020 du 3.3.2022, consid. 9.1, *Flammarion/COMCO*; cf. également DPC 2018/2, 243 N 54 s., *gym80*.

- les états de faits internes à un groupe: un accord en matière de concurrence nécessite une convention ou des pratiques concertées entre (au moins) deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 4 al. 1 LCart). Les ententes internes à un groupe ne remplissent pas cette condition. Cela signifie que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas aux ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe.⁴² N'est par exemple pas un accord en matière de concurrence la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse.
- de simples différences de prix au niveau international sans indices de l'existence d'accords verticaux sur les prix ou d'accords de protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.
- les restrictions des ventes passives à certains groupes de clients ne sont pas couvertes par l'art. 5 al. 4 LCart.
- lorsque les ventes passives sont autorisées mais non les actives, il s'agit seulement d'une protection territoriale relative. De telles ventes dans des territoires attribués ne sont pas exclues au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ci-dessus ch. 10).⁴³ En dehors des exceptions mentionnées à l'art. 15 let. b, let. c (i) et let. d CommVert, les restrictions aux ventes actives sont cependant considérées comme qualitativement graves.

Affectations notables de la concurrence (art. 14 let. a CommVert)

14. Le critère de la notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable.⁴⁴ Les accords particulièrement nuisibles mentionnés à l'art. 5 al. 4 LCart, à savoir les accords verticaux sur les prix et les accords de protection territoriale absolue, remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.⁴⁵ Cela s'applique sans référence à un marché et indépendamment de critères quantitatifs tels que l'importance des parts de marché des entreprises parties à l'accord.⁴⁶ Il suffit que de tels accords puissent potentiellement affecter la concurrence.⁴⁷ Cela signifie que la preuve d'effets concrets ou de la mise en œuvre de l'accord n'est pas nécessaire.⁴⁸ Les affectations notables de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique à examiner au cas par cas (art. 5 al. 2 LCart; art. 18 CommVert).⁴⁹

Système de distribution sélective (art. 5, 15 let. b, c, 16, 17, 18 CommVert)

Critères de sélection (art. 5 CommVert)

15. Les critères utilisés par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs peuvent être de nature qualitative ou quantitative, ou les deux. Les critères quantitatifs limitent directement le nombre de distributeurs, par exemple en imposant un nombre fixe de distributeurs.

Les critères qualitatifs limitent indirectement le nombre de distributeurs, en imposant des conditions qui ne peuvent pas être remplies par tous les distributeurs, par exemple en ce qui concerne la gamme de produits à vendre, la formation du personnel de vente, le service à fournir au point de vente ou la publicité et la présentation des produits. Les critères qualitatifs peuvent se référer à la réalisation d'objectifs de durabilité, tels que la lutte contre le changement climatique, la protection de l'environnement ou la limitation de l'utilisation des ressources naturelles. Par exemple, les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils fournissent des services de recharge ou des installations de recyclage dans leurs points de vente ou qu'ils veillent à ce que les biens soient livrés par des moyens durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que par des véhicules à moteur.⁵⁰

Accords en matière de concurrence qualitativement graves (art. 15 let. c CommVert)

16. L'art. 15 let. c CommVert qualifie une série d'accords en matière de concurrence dans des systèmes de distribution sélective comme qualitativement graves. Leur notabilité (art. 5 al. 1 LCart) et leur justification (art. 5 al. 2 LCart) doivent être examinées au cas par cas (art. 14 let. b, 18 al. 3 CommVert).

17. La restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, n'est pas considérée comme qualitativement grave (art. 15 let. c (i) 2 CommVert). De telles restrictions servent à protéger le système de distribution sélective de la distribution par des distributeurs étrangers au système. Par conséquent, il n'y a p. ex. pas non plus d'accord en matière de concurrence qualitativement grave lorsqu'un producteur limite ses services de garantie à des produits qui ont été acquis auprès de distributeurs agréés.⁵¹

⁴² Cf. TF 2C_43/2020 du 21.12.2021, consid. 7.3, *Dargaud/COMCO* (non publié in ATF 148 II 25); TAF, B-3938/2013 du 30.10.2019, consid. 6.2 s., *Dargaud/COMCO*. Il convient toutefois de tenir compte, le cas échéant, des dispositions relatives à l'abus de position dominante, y compris le pouvoir de marché relatif (art. 4 al. 2 et 2^{bis} LCart, art. 7 LCart; TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid. 6.2.7, *Diffulivre/COMCO*; TF 2C_43/2020 du 21.12.2021, consid. 7.4, *Dargaud/COMCO*).

⁴³ ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5, *Gaba*.

⁴⁴ ATF 143 II 297, 315 consid. 5.1.6, *Gaba*.

⁴⁵ ATF 143 II 297, 318 consid. 5.2.5, 325 consid. 5.6, *Gaba*; ATF 144 II 194, 198 s., consid. 4.3.1, *BMW*; ATF 144 II 246, 262 consid. 10.1, *Altimum*.

⁴⁶ ATF 143 II 297, 315 s. consid. 5.2.1, 324 s. consid. 5.5, *Gaba*.

⁴⁷ ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4, 325 consid. 5.6, *Gaba*; ATF 144 II 194, 199, consid. 4.3.2, *BMW*.

⁴⁸ ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4.2, *Gaba*; ATF 144 II 194, 199, consid. 4.4.1, *BMW*.

⁴⁹ ATF 143 II 297, 334 ss. consid. 7, *Gaba*; ATF 144 II 194, 201, consid. 4.5, *BMW*.

⁵⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 144.

⁵¹ Arrêt de la CJCE du 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Rec. 1994 I-15, point 32 s.; DPC 2014/2, 411 N 42, *Jura*.

18. Sont réputées qualitativement graves les restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché (art. 15 let. c (iii) en relation avec les art. 2 et 3 CommVert), de même que les restrictions des ventes actives ou passives entre distributeurs agréés (art. 15 let. c (ii) en relation avec les art. 2 et 3 CommVert). Il y a un accord de protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart réputé notable lorsque les ventes passives par des distributeurs situés en dehors du territoire à des distributeurs agréés ou des utilisateurs finals situés en Suisse (ou dans des territoires délimités à l'intérieur de celle-ci) sont exclues (cf. ci-dessus ch. 10 ss).

19. La combinaison de la distribution sélective et de la distribution exclusive sur un même territoire entraîne des restrictions de concurrence qualitativement graves. Cela vaut également lorsque le fournisseur applique la distribution exclusive au niveau du commerce de gros et la distribution sélective au niveau du commerce de détail.⁵²

Absence de notabilité en raison des parts de marché (art. 16 CommVert)

20. Les systèmes de distribution sélective qui ne contiennent pas de restrictions au sens des art. 12 ou 15 let. c CommVert sont en principe licites en raison de l'absence d'affectation notable de la concurrence, lorsque le seuil de 15 % de part du marché n'est dépassé par aucune des entreprises parties à l'accord (art. 16 al. 1 CommVert). En présence d'effets cumulatifs de réseaux de distribution parallèles, ce seuil est abaissé à 5 % (art. 16 al. 2 CommVert).⁵³ En présence de systèmes de distribution sélective, un effet cumulatif est improbable lorsque la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou lorsque la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %.⁵⁴

Absence de notabilité du système de distribution sélective purement qualitative (art. 17 CommVert)

21. Les systèmes de distribution sélective qui remplissent les trois conditions cumulatives de l'art. 17 CommVert sont licites indépendamment de l'importance des parts de marchés des entreprises parties à l'accord, car ils n'affectent pas la concurrence de manière notable.⁵⁵

Motifs justificatifs (art. 18 CommVert)

22. Les systèmes de distribution sélective sont en règle générale justifiés sans examen au cas par cas indépendamment du type des produits et du type des critères de sélection, lorsque le seuil de 30 % de part de marché n'est pas dépassé par le fournisseur sur son marché des ventes ni par ses acheteurs sur leur marché d'approvisionnement.⁵⁶ Sont exclus de cette règle les systèmes de distribution sélective qui contiennent des accords au sens de l'art. 15 let. c CommVert ou des accords produisant un effet cumulatif de verrouillage (art. 18 al. 2 CommVert). Si le seuil de 30 % de part de marché est dépassé par une des entreprises parties à l'accord, il faut examiner au cas par cas si les systèmes de distribution sélective qui affectent la concurrence de façon notable sont licites pour des motifs d'efficacité économique (art. 18 al. 3 CommVert).

Commerce en ligne (art. 2, 9, 12, 15 let. e et j CommVert)

Ventes actives (art. 2 CommVert)

23. En ce qui concerne la définition des ventes actives, il convient de préciser que les langues nationales et l'anglais sont considérés comme les langues habituellement utilisées sur les sites web des acheteurs établis en Suisse.

Services d'intermédiation en ligne

24. Une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne au sens de l'art. 9 CommVert est qualifiée de fournisseur. Une entreprise qui propose ou vend des biens ou des services par le biais de services d'intermédiation en ligne est qualifiée d'acheteur pour ces services d'intermédiation en ligne, qu'elle paie ou non pour utiliser les services d'intermédiation en ligne.⁵⁷

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (art. 12 CommVert)

25. Les accords verticaux en matière de concurrence concernant le commerce en ligne peuvent constituer un accord vertical sur les prix ou un accord vertical de protection territoriale absolue, lorsqu'ils sont accompagnés des circonstances qualifiées correspondantes. La question de savoir si des circonstances qualifiées existent et si l'état de fait de l'art. 5 al. 4 LCart est rempli nécessite un examen des circonstances concrètes au cas par cas.⁵⁸

26. Peuvent être considérés à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical en matière de concurrence de protection territoriale absolue:

- les accords qui exigent que l'acheteur empêche les clients situés sur un autre territoire de consulter son site Internet ou sa boutique en ligne ou qu'il redirige les clients vers la boutique en ligne du fabricant ou d'un autre vendeur. Toutefois, obliger l'acheteur à proposer des liens vers les boutiques en ligne du fournisseur ou d'autres vendeurs ne constitue pas une circonstance qualifiée.⁵⁹

⁵² Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 236.

⁵³ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 26.

⁵⁴ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 155; DPC 2011/3, 389 N 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁵ Cf. CJCE ECLI:EU:C:1977:167, point 20 s, *Metro/Commission*; cf. également Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 148 s. La première condition, qui est que la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, n'est pas remplie par le dentifrice Elmex rouge selon la pratique de la COMCO (DPC 2010/1, 84 N 157, *Gaba*).

⁵⁶ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 151.

⁵⁷ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, points 64 ss.

⁵⁸ DPC 2011/3, 381 N 69, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 139, *Kosmetikprodukte*.

⁵⁹ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 206 let. a; cf. également DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online-*

Handels; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura*.

- les accords obligeant le distributeur à mettre fin aux transactions en ligne des clients finals lorsque les données de leur carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas sur le territoire de l'acheteur.⁶⁰

Accords qualitativement graves (art. 15 let. e CommVert)

27. Les accords verticaux en matière de concurrence sont considérés comme qualitativement graves lorsqu'ils empêchent l'utilisation effective d'Internet pour la vente des biens ou services contractuels par l'acheteur ou ses clients. Il s'agit notamment des restrictions aux ventes en ligne ou à la publicité en ligne qui interdisent de facto à l'acheteur d'utiliser Internet pour vendre les biens ou services contractuels, ainsi que des restrictions qui ont pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un ou de plusieurs canaux de publicité en ligne par l'acheteur, tels que les moteurs de recherche ou les outils de comparaison de prix, ou d'empêcher l'acheteur de créer ou d'utiliser sa propre boutique en ligne.⁶¹

28. Les restrictions aux ventes en ligne concernant la manière dont les biens ou services contractuels doivent être vendus en ligne, quel que soit le système de distribution, ne sont pas considérées comme qualitativement graves. Les restrictions relatives à l'utilisation de canaux de vente en ligne spécifiques, tels que les places de marché en ligne⁶², ou l'imposition de normes de qualité pour les ventes en ligne ne sont pas non plus considérées comme qualitativement graves, à condition qu'elles n'aient pas pour objet indirect d'empêcher l'utilisation effective d'Internet pour la vente des biens ou services contractuels par l'acheteur ou ses clients. Les restrictions à la vente en ligne n'ont généralement pas un tel objet lorsque l'acheteur reste libre d'exploiter sa propre boutique en ligne⁶³ et de faire de la publicité en ligne.⁶⁴

29. À titre d'exemple, les exigences suivantes, relatives aux ventes en ligne, ne sont pas considérées comme qualitativement graves:⁶⁵

- Exigences visant à garantir la qualité ou une certaine apparence de la boutique en ligne d'un acheteur;
- Exigences relatives à la présentation des biens ou services contractuels dans la boutique en ligne (telles que le nombre minimal d'articles affichés, la manière dont les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sont affichés);
- une interdiction directe ou indirecte sur l'utilisation des places de marché en ligne;⁶⁶
- une exigence faite à l'acheteur d'exploiter un ou plusieurs points de vente physiques ou surfaces d'exposition, par exemple comme condition pour devenir membre du système de distribution sélective du fournisseur; et
- une exigence faite à l'acheteur de vendre hors ligne un montant minimum absolu des biens ou services contractuels (en valeur ou en volume, mais pas en proportion de ses ventes totales) afin d'assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique. Cette exigence peut être la même pour tous les acheteurs, ou elle peut être fixée à un niveau différent pour chaque acheteur, sur la base de critères objec-

tifs, tels que la taille de l'acheteur par rapport aux autres acheteurs ou sa situation géographique.

30. Une exigence faite à l'acheteur de payer un prix de gros différent selon que les produits sont vendus en ligne ou hors ligne (système de double prix) ne constitue généralement pas un accord vertical grave sur le plan qualitatif lorsque la différence du prix de gros est raisonnablement liée aux différences d'investissements et de coûts supportés par l'acheteur pour effectuer des ventes dans chaque canal.⁶⁷

31. Etant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, il n'y a pas d'accord qualitativement grave en matière de concurrence lorsqu'un fournisseur exploitant un système de distribution sélective impose à ses distributeurs agréés des critères de vente en ligne qui ne soient pas équivalents à ceux imposés pour les ventes dans des points de vente physiques, à condition que les exigences imposées pour les ventes en ligne n'aient pas indirectement pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels à une clientèle spécifique.⁶⁸

32. La notabilité des accords verticaux en matière de concurrence qui ont pour objet des restrictions empêchant les acheteurs ou leurs clients d'utiliser efficacement Internet pour la vente en ligne de leurs biens ou services ou d'utiliser efficacement l'intégralité d'un ou de plusieurs canaux de publicité en ligne ainsi que leur justification par des motifs d'efficacité économique doivent être examinées au cas par cas (art. 14 let. b, art. 18 al. 3 CommVert).

Obligations de parité des services d'intermédiation en ligne (art. 15 let. j CommVert)

33. Les obligations de parité, également appelées clauses de la nation la plus favorisée ou obligations de parité inter-plateformes, obligent un fournisseur de biens ou de services à offrir ceux-ci à une autre partie à des conditions qui ne sont pas moins favorables que les

⁶⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 206 let. b; cf. également DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura*.

⁶¹ Cf. Règlement d'exemption par catégorie consid. 15; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales point 203 en référence à l'arrêt de la CJUE, ECLI:EU:C:2011:649, points 54 ss. *Pierre Fabre Dermo Cosmétique*; DPC 2014/1, 198 N 143, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 414 N 66, *Jura*.

⁶² Les places de marché en ligne mettent en relation les commerçants et les clients potentiels afin de permettre à ces derniers d'effectuer des achats directs et fournissent généralement des services d'intermédiation en ligne (Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 332).

⁶³ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208, en référence à l'arrêt de la CJUE, ECLI:EU:C:2011:649, point 56 s. *Pierre Fabre Dermo Cosmétique*.

⁶⁴ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208, en référence à COMM-EU, COMP/AT. 40428 du 17.12.2018, points 118 à 126, *Guess*.

⁶⁵ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208.

⁶⁶ CJUE, ECLI:EU:C:2017:941, N 64 à 69, *Coty Germany*.

⁶⁷ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 209.

⁶⁸ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 235.

conditions offertes par le fournisseur à certaines autres parties ou par certains autres canaux. Ces conditions peuvent concerner les prix, les stocks, la disponibilité ou d'autres conditions d'offre ou de vente.⁶⁹

34. Les obligations de parité étendues des services d'intermédiation en ligne au niveau du commerce de détail sont qualitativement graves.⁷⁰ Les obligations de parité étendues concernent les conditions offertes sur tous les canaux de vente. En revanche, les obligations de parité étroites concernent les conditions offertes dans les canaux de vente directs du distributeur de biens ou de services. Les obligations de parité étroites et tous les autres types d'obligations de parité ne sont pas qualitativement graves.⁷¹

35. En règle générale, les obligations de parité étendues n'entraînent pas d'atteinte significative à la concurrence si aucune des entreprises parties à l'accord vertical de concurrence ne dépasse une part de marché de 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord (art. 16 al. 1 CommVert). Si le seuil de part de marché est dépassé, l'importance de l'obligation de parité étendue et sa justification par des raisons d'efficacité économique doivent être examinées au cas par cas. Tous les autres types d'obligations de parité sont généralement considérés comme justifiés sans examen individuel si le seuil de part de marché de 30 % n'est dépassé par aucune des entreprises parties à l'accord vertical de concurrence (art. 18 al. 3 CommVert).

Obligations de non-concurrence (art. 15 let g CommVert)

36. Les clauses de non-concurrence directes ou indirectes sont considérées comme qualitativement graves, lorsque leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans (art. 15 let. g CommVert). En sont exclues les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical comportant l'obligation moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans.⁷² Si les obligations de non-concurrence entraînent une obligation d'achat en Suisse et excluent ainsi indirectement les ventes passives (art. 3 CommVert), il peut y avoir une protection territoriale absolue indirecte au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (voir ch. 12).

⁶⁹ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 356.

⁷⁰ DPC 2016/1, 77, N 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁷¹ Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 356 ss.; Il faut toutefois tenir compte, le cas échéant, de l'art. 8a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), entré en vigueur le 1^{er} décembre 2022.

⁷² Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 248.

D 1	6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Opuscolo esplicativo ComVert) del 12 dicembre 2022

Scopo dell'opuscolo esplicativo

1. Il seguente Opuscolo esplicativo è un orientamento interpretativo delle regole stabilite nella Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali (ComVert).¹ Alla base dell'Opuscolo vi sono questioni pratiche per le quali esiste una prassi consolidata delle autorità in materia di concorrenza. Di conseguenza l'Opuscolo esplicativo non contiene né spiegazioni per ogni regola stabilita nella ComVert né ulteriori regole in materia di concorrenza. All'occorrenza, la Commissione della concorrenza (COMCO) si riserva la facoltà di adattare l'Opuscolo esplicativo.

2. L'Opuscolo esplicativo si basa sugli Orientamenti sulle restrizioni verticali dell'UE,² i quali, secondo il considerando VII. ComVert – considerando le condizioni giuridiche ed economiche vigenti in Svizzera – sono validi per analogia anche per la Svizzera.³ In questo contesto e per motivi di certezza del diritto, il presente Opuscolo esplicativo adotta il più possibile il testo dei riferimenti agli Orientamenti sulle restrizioni verticali dell'UE.

Limitazioni della concorrenza sanzionabili

(art. 12,14 lett. a ComVert)

Principio

3. Le imprese partecipanti ad accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart⁴ sono sanzionate conformemente all'articolo 49° capoverso 1 LCart. Sono illeciti e di conseguenza passibili di sanzioni sia gli accordi verticali che sopprimono la concorrenza efficace sul mercato rilevante (art. 5 cpv. 4 LCart; art. 12 ComVert), come pure gli accordi di cui all'articolo 5 capoverso 4 LCart, che, pur non sopprimendo la concorrenza efficace sul mercato rilevante, la intralciano notevolmente e non sono giustificati da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 4 in combinato disposto con cpv. 1 LCart; art. 14 lett. a ComVert)⁵. Nel caso degli accordi verticali si presume la soppressione della concorrenza efficace quando hanno per oggetto la determinazione di prezzi minimi o fissi oppure la protezione territoriale (art. 5 cpv. 4 LCart; art. 12 ComVert).

Accordi verticali sui prezzi (imposizione di prezzi di rivendita; art. 12 ComVert)

4. Un accordo verticale sui prezzi è caratterizzato tra l'altro dall'«interazione consapevole e intenzionale» da parte del fornitore e del suo acquirente riguardo alla determinazione di prezzi minimi o fissi ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LCart (art. 1 ComVert). Può essere presa in considerazione ogni forma di «interazione consapevole e intenzionale», dalle pratiche concordate agli accordi espliciti (orali o scritti)⁶

5. L'accordo verticale sui prezzi può essere attuato con strumenti diretti. È questo il caso delle disposizioni con-

trattuali o delle pratiche concordate che stabiliscono direttamente il prezzo che l'acquirente deve applicare ai propri clienti o che consentono al fornitore di fissare il prezzo di rivendita, oppure che proibiscono all'acquirente di vendere al di sotto di un determinato livello di prezzo.⁷ La restrizione è inoltre palese quando il fornitore richiede un aumento di prezzo e l'acquirente soddisfa tale richiesta.⁸

6. Un accordo verticale sui prezzi può anche essere attuato con strumenti indiretti, ad esempio tramite incentivi a osservare un prezzo minimo o disincentivi a discostarsi da tale prezzo. Gli esempi che seguono forniscono un elenco non esaustivo di questi strumenti indiretti:

- fissazione del margine di rivendita;
- fissazione del livello massimo degli sconti che il distributore può praticare a partire da un livello di prezzo prescritto⁹;
- subordinazione degli sconti o del rimborso dei costi promozionali da parte del fornitore al rispetto di un dato livello di prezzo;
- fissazione di prezzi minimi pubblicizzati (*minimum advertised prices*) che vietano al distributore di pubblicizzare prezzi al di sotto di un livello stabilito dal fornitore;
- collegamento del prezzo di rivendita imposto ai prezzi di rivendita dei concorrenti;
- minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne o risoluzioni di contratti in relazione all'osservanza di un dato livello di prezzo.¹⁰

¹ Decisione della Commissione della concorrenza del 12.12.2022 (FF 2022 3231), disponibile all'indirizzo www.comco.ch > In diritto e documentazione > Comunicazioni.

² Comunicazione della Commissione Europea, GU C 248 del 30.06.2022, p. 1 (Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali).

³ Cfr. anche DTF 143 II 297, 326 segg. consid. 6.2.3, *Gaba*.

⁴ Legge federale del 6.10.1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

⁵ DTF 143 II 297, 342 seg. consid. 9.4.6, *Gaba*.

⁶ DTF 147 II 72, 77 segg. 3.2 seg. e 3.4.1, *Pfizer*; cfr. anche DPC 2016/3, 731 n. marg. 75 seg., *Saiteninstrumente*.

⁷ DPC 2019/4, 1146 n. marg. 45, *Stöckli Ski*.

⁸ Orientamento sulle restrizioni verticali UE, n. marg. 187.

⁹ DTF 144 II 246, 260 segg. 7.3, *Altimum*; DPC 2017/2, 288 n. marg. 48, *Husqvarna*; DPC 2016/2, 400 n. marg. 141, *Altimum*.

¹⁰ Orientamento sulle restrizioni verticali UE, n. marg. 187.

7. Prezzi massimi di vendita costituiscono degli accordi verticali sui prezzi quando essi equivalgono effettivamente a un prezzo fisso o a un prezzo minimo di vendita come risultato delle pressioni esercitate o degli incentivi offerti da una delle parti.¹¹

8. In caso di raccomandazioni di prezzo formulate da un fornitore nei confronti di un rivenditore è necessario verificare di volta in volta se sussiste un accordo verticale sui prezzi. A questo proposito sono rilevanti i seguenti aspetti.

- Dal punto di vista del diritto in materia di cartelli, le raccomandazioni di prezzo che non soddisfano né la fattispecie dell'accordo né la fattispecie delle pratiche concordate (raccomandazioni di prezzo unilaterali) non comportano alcun rischio. In altri termini, le raccomandazioni di prezzo emesse unilateralmente dal fornitore, come una raccomandazione di prezzo in un catalogo, non sono problematiche ai sensi della legge sui cartelli, in assenza di altre indicazioni di coordinamento.¹²
- A essere determinante è il fatto che una raccomandazione di prezzo possa essere considerata un accordo in materia di concorrenza ai sensi della definizione di cui all'articolo 4 capoverso 1 LCart. Se la determinazione del prezzo si basa su un consenso, la raccomandazione costituisce un accordo sotto forma di convenzione; in caso contrario, la pratica controversa può soddisfare la variante di fattispecie delle pratiche concordate.¹³ Il concetto delle pratiche concordate richiede innanzitutto una consultazione tra le imprese (coordinamento) e un corrispondente comportamento sul mercato (coordinamento raggiunto; grado di osservanza). Tra la fase di coordinamento e il comportamento è necessario un rapporto di causalità.¹⁴ Affinché si possa ipotizzare un comportamento coordinato, l'interazione tra coordinamento e coordinamento raggiunto deve raggiungere un certo livello qualitativo.¹⁵ Il coordinamento può derivare, ad esempio, da una comunicazione particolarmente intensa delle raccomandazioni di prezzo.¹⁶ Tale coordinamento può verificarsi se, ad esempio, le raccomandazioni di prezzo dei produttori o dei fornitori vengono ripetutamente trasmesse elettronicamente ai sistemi di cassa dei rivenditori o dei distributori.¹⁷ Se si tratta di approvare un accordo o un coordinamento, non è determinante che la raccomandazione di prezzo sia descritta come «non vincolante» o come «destinata al pubblico».¹⁸
- Pratiche concordate sulle raccomandazioni di prezzo costituiscono accordi verticali sui prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, quando le raccomandazioni di prezzo hanno effettivamente l'effetto di prezzi fissi o minimi come risultato del tasso di adozione.¹⁹
- Un accordo in materia di concorrenza giusta l'articolo 4 capoverso 1 LCart costituisce un accordo verticale sui prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, se le raccomandazioni di prezzi hanno effettivamente l'effetto di prezzi minimi o fissi come risultato dell'esercizio di pressioni o della concessione di incentivi da parte di una delle imprese partecipanti.²⁰

- Un accordo verticale sui prezzi formulato sotto forma di raccomandazione di prezzo è contemplato dall'articolo 5 capoverso 4 LCart (art. 12 cpv. 3 ComVert).

9. In particolare, le seguenti circostanze possono dare origine a raccomandazioni di prezzo:

- il fatto che i produttori o i fornitori esercitino pressioni sui rivenditori e sui distributori affinché rispettino i prezzi raccomandati;
- il fatto che i produttori o i fornitori incentivino i rivenditori e i distributori a rispettare i prezzi raccomandati;
- il fatto che i prezzi raccomandati siano effettivamente seguiti da una percentuale significativa di rivenditori o distributori;
- il fatto che i prezzi raccomandati non vengono resi disponibili in generale, ma solo ai rivenditori o ai distributori;
- il fatto che i prezzi raccomandati in franchi svizzeri indicati dai produttori o dai fornitori sui prodotti, sulle confezioni o nei cataloghi, ecc. non siano espressamente indicati come non vincolanti;
- il fatto che il livello dei prezzi dei prodotti interessati dalle raccomandazioni di prezzo sia significativamente più alto rispetto al paese vicino per un corrispettivo analogo.

Accordi verticali sulla protezione territoriale assoluta (art. 12 ComVert)

10. Una protezione territoriale assoluta ai sensi dell'articolo 5 capoverso LCart richiede anzitutto l'esistenza di un accordo verticale in materia di concorrenza ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LCart (art. 1 ComVert). La fattispecie della protezione territoriale assoluta descritta nell'articolo 5 capoverso 4 LCart presuppone, seguendo il tenore della legge, in primo luogo un contratto di distribuzione, in secondo luogo l'assegnazione di zone²¹ e in terzo luogo l'esclusione delle vendite tra le differenti zone.²² Il concetto del contratto di distribuzione deve essere inteso in senso lato e

¹¹ Cfr. articolo 4 lettera a del Regolamento (UE) n. 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 2022 L 134/4) (REG accordi verticali); Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 188.

¹² DTF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹³ DTF 147 II 72, 86 consid. 4.3, *Pfizer*.

¹⁴ DTF 147 II 72, 78 segg. consid. 3.4, *Pfizer*.

¹⁵ DTF 147 II 72, 89 consid. 4.5.1, *Pfizer*.

¹⁶ DTF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, *Pfizer*.

¹⁷ DTF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹⁸ DTF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.

¹⁹ DTF 147 II 72, 103 segg. consid. 6.4.4, 105 consid. 6.5, *Pfizer*.

²⁰ Cfr. articolo 4 lettera a REG Accordi verticali.

²¹ TF 2C_39/2020 del 3.8.2022, consid. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²² DTF 143 II 297, 328 consid. 6.3, *Gaba*; TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* con ulteriori rimandi.

comprende non solo i contratti di distribuzione, ma anche singole clausole di contratto riguardo all'acquisto, alla vendita o alla rivendita di prodotti contrattuali in altri contratti che prevedono una protezione territoriale assoluta; tali clausole si trovano ad esempio nei contratti di franchising, di licenza o di trasferimento di tecnologia.²³ Non sono incluse solo le clausole contrattuali scritte, ma anche tutti i tipi e tutte le forme di accordi verticali e pratiche concordate ai sensi dell'articolo 1 ComVert riguardo a una protezione territoriale assoluta (p. es. elenchi delle condizioni e accordi orali). Non è richiesto un tipo di contratto di distribuzione specifico come un contratto di distribuzione esclusivo o selettivo (art. 4 e 5 ComVert).²⁴ A prescindere dal tipo di sistema di distribuzione, la zona può essere stata assegnata a un singolo o a più distributori contemporaneamente.²⁵ In questo contesto, l'assegnazione del territorio della Svizzera è sufficiente se esiste un sistema di distribuzione esclusivo; l'assegnazione di altri territori all'estero a altri distributori non è necessaria.²⁶ L'assegnazione di una zona può avvenire direttamente o indirettamente (cfr. n. marg. 12 sotto),²⁷ ad esempio secondo le regioni, i Paesi o le aree sovranazionali.²⁸ Tuttavia, la fattispecie è soddisfatta solo se le vendite passive (art. 3 ComVert) all'interno di queste zone tramite distributori esterni sono escluse; non è invece soddisfatta se sono limitate unicamente le vendite attive (art. 2 ComVert).²⁹ Le forme di vendita passiva comprendono anche la vendita successiva alla partecipazione ad appalti pubblici (procedura aperta o selettiva)³⁰ o a richieste private di interesse.³²

11. Esempi di accordi in materia di protezione territoriale assoluta sono accordi tra produttori e i loro partner di distribuzione, secondo i quali ai partner di distribuzione nello Spazio economico europeo (SEE) viene assegnata la zona dello SEE o una zona nello SEE e contemporaneamente vengono escluse vendite provenienti dallo SEE o provenienti da un territorio nello SEE.³³ Tali divieti di esportazioni contrattuali portano a un'esclusione di vendite passive a distributori e utenti finali in Svizzera. Vengono considerati accordi verticali sulla protezione territoriale assoluta anche restrizioni delle vendite passive nei confronti di distributori autorizzati in una zona con distribuzione selettiva, a distributori in una zona nella quale la distribuzione è organizzata in forma aperta o libera³⁴.

12. Un accordo sulla protezione territoriale assoluta può essere implementato anche in maniera indiretta (art. 12 cpv. 2 ComVert).³⁵ Una protezione territoriale assoluta indiretta comprende tutte le misure con le quali i distributori vengono incoraggiati a non soddisfare richieste provenienti da determinate zone, ad esempio tramite dinieghi o diminuzioni di premi e sconti, la cessazione della fornitura, la limitazione o la riduzione dei volumi delle forniture, minacce di risoluzione dei contratti e prezzi più elevati per i prodotti da esportare.³⁶ Una protezione territoriale assoluta indiretta può essere realizzata anche tramite il rifiuto del fornitore di rimborsare prestazioni di garanzia fornite da distributori su prodotti d'importazione diretta o parallela.³⁷ Anche le restrizioni contrattuali relative all'acquisto, in base alle quali i distributori in Svizzera si impegnano ad acquistare i prodotti contrattuali solo nel proprio territorio contrattuale, conducono

all'esclusione indiretta di vendite passive ad acquirenti in Svizzera.³⁹

Circostanze che non soddisfano la presunzione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart

13. Le seguenti fattispecie non soddisfano di per sé la presunzione di cui all'articolo 5 capoverso 4 LCart.

- Divieti di vendite passive a carico del produttore:⁴⁰ L'obbligo dei produttori stranieri nei confronti dell'importatore generale svizzero di rimandare a quest'ultimo i distributori e gli utenti finali in Svizzera in caso di ordini non sollecitati, non rappresenta una protezione territoriale assoluta.⁴¹
- Fattispecie relative a un gruppo societario: un accordo in materia di concorrenza presuppone una convenzione o una pratica concordata da parte di almeno due società indipendenti (art. 4 cpv. 1 LCart). Gli accordi all'interno di un gruppo societario non soddisfano questa condizione. Ciò significa che l'articolo 5 capoverso 4 LCart non è applicabile agli accordi sulla fissazione dei prezzi verticale e agli accordi di protezione territoriale assoluta all'interno di un gruppo so-

²³ DTF 143 II 297, 328 seg. consid. 6.3.1, 331 seg. consid. 6.4.1, *Gaba*.

²⁴ DTF 143 II 297, 328 seg. consid. 6.3.1, *Gaba*; TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁵ TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ TF 2C_39/2020 del 3.8.2022, consid. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²⁷ DTF 143 II 297, 329 seg. consid. 6.3.2, *Gaba*; TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁸ DPC 2018/2, 366 n. marg. 39, *RIMOWA*; cfr. anche DTF 148 II 25 consid. 8.2, *Dargaud/WEKO* con ulteriori rimandi.

²⁹ DTF 143 II 297, 330 seg. consid. 6.3.5, *Gaba*; TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* con ulteriori rimandi.

³⁰ Cfr. art. 18 e 19 Legge federale sugli appalti pubblici (LAPub; RS 172.056.1).

³¹ DPC 2017/1, 98 segg. n. marg. 32 segg., *Eflare*; DPC 2016/3, 654 n. marg. 4 seg., *Flügel und Klaviere*.

³² Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 215.

³³ DTF 144 II 194, 204-205 consid. 6.4, *BMW*; TAF B-3332/2012 del 13.11.2015, consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2021/4, 844 n. marg. 53, *Pöschl Tabakprodukte*; DPC 2018/2, 365 n. marg. 29 segg., 366 n. marg. 41 seg., *RIMOWA*.

³⁴ Cfr. DPC 2016/2, 479 n. marg. 315, *Nikon*.

³⁵ TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

³⁶ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 204; DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; DPC 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.

³⁷ Si parla di importazioni dirette quando i clienti finali acquistano prodotti all'estero e li importano in Svizzera. Le importazioni parallele avvengono quando i distributori acquistano prodotti all'estero e li importano in Svizzera al di fuori dei canali di distribuzione previsti dal produttore.

³⁸ Cfr. TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2016/3, 881 n. marg. 100, *Umfrage Motion Hess*; Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 204 lett. I.

³⁹ Regolamentazione basata sulla prassi svizzera; cfr. TAF B-581/2012 del 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; cfr. anche DPC 2019/4, 1165 n. marg. 69, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

⁴⁰ Regolamentazione basata sulla prassi svizzera, nella misura in cui si riferisce solo al produttore ma non a tutti i fornitori; cfr. TF 2C_44/2020 del 03.03.2022, consid. 9.1, 9.4 e 9.5, *Flammarion/WEKO*; DPC 2010/4, 796 consid. 3.3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

⁴¹ TF 2C_44/2020 del 3.3.2022, consid. 9.1, *Flammarion/WEKO*; cfr. anche DPC 2018/2, 243 n. marg. 54 seg., *gym80*.

cietario.⁴² Ad esempio non è considerato accordo in materia di concorrenza il rinvio di una società estera a una società in Svizzera collegata al gruppo degli ordini non richiesti provenienti da distributori e utenti finali in Svizzera.

- Le differenze internazionali di prezzo senza riferimento ad accordi verticali sui prezzi o accordi sulla protezione territoriale assoluta non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart.
- Restrizioni di vendite passive a determinati gruppi di clienti non sono incluse nell'articolo 5 capoverso 4 LCart.
- Nel caso in cui sono consentite le vendite passive ma non quelle attive, si tratta soltanto di una protezione territoriale relativa. Le vendite in zone assegnate non sono escluse ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. n. marg. 10 sopra).⁴³ A parte le eccezioni menzionate all'articolo 15 lettera b-d ComVert, le restrizioni di vendite attive sono considerate qualitativamente gravi.

Notevoli limitazioni della concorrenza (art. 14 lett. a ComVert)

14. Il criterio della notabilità è una clausola bagatellare. Già un livello basso di limitazione è sufficiente per essere qualificato come notevole.⁴⁴ Accordi particolarmente nocivi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, ovvero accordi verticali sui prezzi e accordi sulla protezione territoriale assoluta, soddisfano, in linea di massima, il criterio della notabilità ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart.⁴⁵ Questo vale senza riferimento a un mercato e a prescindere da criteri quantitativi come la quota di mercato delle imprese partecipanti agli accordi.⁴⁶ È sufficiente che tali accordi possano intralciare potenzialmente la concorrenza.⁴⁷ Ciò vuol dire che la prova di effetto reale o dell'applicazione dell'accordo non è necessaria.⁴⁸ Limitazioni gravi della concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 in combinato disposto con il capoverso 1 LCart sono illecite con riserva di giustificazione da motivi di efficienza economica da valutare caso per caso (art. 5 cpv. 2 LCart; art. 18 ComVert).⁴⁹

Sistemi di distribuzione selettiva (art. 5, 15 lett. b, c, 16, 17, 18 ComVert)

Criteri di selezione (art. 5 ComVert)

15. I criteri utilizzati dal fornitore per selezionare i distributori possono essere qualitativi o quantitativi, oppure entrambi i tipi. I criteri quantitativi limitano direttamente il numero dei distributori, ad esempio imponendo un numero fisso di distributori. I criteri qualitativi limitano indirettamente il numero di distributori, imponendo condizioni che non possono essere rispettate da tutti i distributori, ad esempio relative alla gamma di prodotti da vendere, alla formazione del personale addetto alle vendite, al servizio da fornire presso il punto vendita o alla pubblicità e presentazione dei prodotti. I criteri qualitativi possono riferirsi al conseguimento di obiettivi di sostenibilità, ad esempio in relazione ai cambiamenti climatici, alla protezione dell'ambiente o alla limitazione dello sfruttamento delle risorse naturali. A titolo di esempio, i fornitori potrebbero chiedere ai distributori di fornire servizi di ricarica o strutture di riciclaggio presso i rispettivi punti

vendita o di garantire che i beni siano consegnati con mezzi sostenibili, quali biciclette da trasporto invece di veicoli a motore.⁵⁰

Accordi in materia di concorrenza qualitativamente gravi (art. 15 lett. c ComVert)

16. L'articolo 15 lettera c ComVert qualifica come qualitativamente gravi una serie di accordi nei sistemi di distribuzione selettiva. La notabilità ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart e la giustificazione (art. 5 cpv. 2 LCart) vanno valutate caso per caso (art. 14 lett. b, 18 cpv. 3 ComVert).

17. Sono considerate qualitativamente non gravi le restrizioni delle vendite a distributori non autorizzati da parte di membri di un sistema di distribuzione selettivo nella zona che il fornitore ha riservato a tale sistema (art. 15 lett. c (i) 2 ComVert). Tali restrizioni hanno lo scopo di proteggere i sistemi di distribuzione selettivi dalla distribuzione tramite distributori non associati al sistema. Di conseguenza ad esempio non sussiste un accordo qualitativamente grave se un produttore limita le sue prestazioni di garanzia a prodotti acquistati da distributori autorizzati.⁵¹

18. Restrizioni della vendita attiva o passiva a consumatori finali da parte dei singoli distributori autorizzati (art. 15 lett. c (iii) in combinato disposto con l'art. 2 e 3 ComVert) così come le restrizioni della vendita attiva o passiva tra distributori autorizzati (art. 15 lett. c (ii) in combinato disposto con l'art. 2 e 3 ComVert) sono da considerare restrizioni qualitativamente gravi. Se vengono escluse le vendite passive da distributori esterni autorizzati a distributori autorizzati o consumatori finali in Svizzera o in certe zone della Svizzera, in linea di massima, esistono accordi assoluti sulla protezione territoriale secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. sopra, n. marg. 10 segg.).

19. La combinazione della distribuzione selettiva con la distribuzione esclusiva nello stesso territorio costituisce un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, anche se il fornitore applica la distribuzione esclusiva al livello del commercio all'ingrosso e la distribuzione selettiva al livello del commercio al dettaglio.⁵²

⁴² Cfr. TF 2C_43/2020 del 21.12.2021, consid. 7.3, *Dargaud/WEKO* (non pubblicata in DTF 148 II 25); TAF B-3938/2013 del 30.10.2019, consid. 6.2 seg., *Dargaud/WEKO*. Tuttavia, ove applicabili, devono essere prese in considerazione le disposizioni sull'abuso di posizione dominante, compresa la posizione dominante relativa (art. 4 cpv. 2 e 2^{bis} LCart, art. 7 LCart; TF 2C_39/2020 del 3.8.2022, consid. 6.2.7, *Diffulivre/WEKO*; TF 2C_43/2020 del 21.12.2021, consid. 7.4, *Dargaud/WEKO*).

⁴³ DTF 143 II 297, 330 seg. consid. 6.3.5, *Gaba*.

⁴⁴ DTF 143 II 297, 315 consid. 5.1.6, *Gaba*.

⁴⁵ DTF 143 II 297, 318 consid. 5.2.5, 325 consid. 5.6, *Gaba*; DTF 144 II 194, 198 seg. consid. 4.3.1, *BMW*; DTF 144 II 246, 262 consid. 10.1, *Altium*.

⁴⁶ DTF 143 II 297, 315 seg. consid. 5.2.1, 324 seg. consid. 5.5, *Gaba*.

⁴⁷ DTF 143 II 297, 323 seg. consid. 5.4, 325 consid. 5.6, *Gaba*; DTF 144 II 194, 199 consid. 4.3.2, *BMW*.

⁴⁸ DTF 143 II 297, 323 seg. consid. 5.4.2, *Gaba*; DTF 144 II 194, 199 consid. 4.4.1, *BMW*.

⁴⁹ DTF 143 II 297, 334 segg. consid. 7, *Gaba*; DTF 144 II 194, 201 consid. 4.5, *BMW*.

⁵⁰ Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 144.

⁵¹ CGUE, ECLI:EU:C:1994:5, n. marg. 32 segg., *Metro/Cartier*; DPC 2014/2, 411 n. marg. 42, *Jura*.

⁵² Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 236.

Mancanza di notabilità a causa delle quote di mercato (art. 16 ComVert)

20. I sistemi di distribuzione selettiva che non contengono restrizioni secondo l'articolo 12 o 15 lettera c ComVert di regola sono ammissibili perché non intralciano notevolmente la concorrenza, se nessuna impresa partecipante detiene una quota di mercato superiore al 15 % (art. 16 cpv. 1 ComVert). Questa soglia viene ridotta al 5 % in caso di effetti cumulativi di reti di distribuzione parallele (art. 16 cpv. 2 ComVert).⁵³ In caso di sistemi di distribuzione selettivi, un effetto cumulativo è improbabile se questi sistemi coprono meno del 50 % del mercato o se la somma delle quote di mercato dei cinque fornitori più grandi è inferiore al 50 %.⁵⁴

Mancanza di notabilità della distribuzione selettiva puramente qualitativa (art. 17 ComVert)

21. I sistemi di distribuzione selettiva che soddisfano cumulativamente le tre condizioni menzionate all'articolo 17 ComVert sono consentiti a prescindere dal livello di quota di mercato delle imprese partecipanti, vista la mancanza di un intralcio notevole alla concorrenza.⁵⁵

Giustificazione (art. 18 ComVert)

22. Di regola, i sistemi di distribuzione selettiva sono considerati giustificati senza esame dei singoli casi, a prescindere dalla natura del prodotto e del tipo dei criteri di selezione, se la soglia della quota di mercato del 30 % non viene superata né dal fornitore sul mercato di vendita né dagli acquirenti sul mercato di acquisto.⁵⁶ Fanno eccezione i sistemi di distribuzione selettiva che contengono accordi secondo l'articolo 15 lettera c ComVert e accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato (art. 18 cpv. 2 ComVert). Se la soglia della quota di mercato del 30 % è superata da parte di un'impresa partecipante, è necessario esaminare nei singoli casi se i sistemi di distribuzione selettiva che intralciano notevolmente la concorrenza possono essere giustificati per motivi di efficienza economica (art. 18 cpv. 3 ComVert).

Commercio online (art. 2, 9, 12, 15 lett. e, j ComVert)

Vendite attive (art. 2 ComVert)

23. Per quanto riguarda la definizione di «vendite attive» occorre precisare che sui siti web degli acquirenti con sede in Svizzera le lingue nazionali e l'inglese sono normalmente usate come lingue di comunicazione.

Servizi di intermediazione online

24. Un'impresa che fornisce servizi di intermediazione online ai sensi dell'articolo 9 ComAuto è classificata come fornitore in relazione a tali servizi e un'impresa che offre o vende beni o servizi tramite i servizi di intermediazione online è classificata come acquirente in relazione a tali servizi di intermediazione online, indipendentemente dal fatto che paghi o meno per utilizzare i servizi di intermediazione online.⁵⁷

Limitazioni della concorrenza sanzionabili (art. 12 ComVert)

25. Accordi verticali in materia di concorrenza relativi al commercio online possono rappresentare un accordo verticale sulla protezione territoriale assoluta se sono accompagnati da circostanze qualificate. Per verificare tali circostanze e se la fattispecie dell'articolo 5 capoverso 4 LCart è soddisfatta è necessario un esame dei singoli casi.⁵⁸

26. Come circostanze qualificate per un accordo verticale sulla protezione territoriale assoluta possono essere presi in considerazione ad esempio:

- accordi che impongono agli acquirenti di impedire ai clienti di un'altra zona di visitare il loro sito web, o di creare sullo stesso un rimando al negozio online del produttore o di altri venditori; l'obbligo imposto all'acquirente di creare link al negozio online del fornitore o di altri venditori non costituisce tuttavia una circostanza qualificata;⁵⁹
- accordi che prevedono che il fornitore interrompa transazioni via Internet da parte di clienti finali non appena dalla loro carta di credito risulta un indirizzo che non è situato nella zona del distributore.⁶⁰

Accordi qualitativamente gravi (art. 15 lett. e ComVert)

27. Gli accordi verticali in materia di concorrenza sono considerati qualitativamente gravi quando impediscono l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto. Ne sono un esempio particolari restrizioni delle vendite online o della pubblicità online che di fatto impediscono all'acquirente di utilizzare internet per vendere le merci o i servizi oggetto del contratto nonché le restrizioni relative all'utilizzo di tutte le funzioni di uno o più canali pubblicitari online (p. es. motori di ricerca o servizi di comparazione prezzi) o che impediscono a un'azienda di creare il suo proprio negozio online.⁶¹

⁵³ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 26.

⁵⁴ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 155; DPC 2011/3, 389 n. marg. 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁵ Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:1977:167, n. marg. 20 seg., *Metro/Commissione europea*; cfr. anche Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 148 seg. La prima condizione secondo la quale la natura del prodotto in questione deve richiedere una distribuzione selettiva non è soddisfatta, ad esempio, dal dentifricio rosso Elmex secondo la prassi della COMCO (DPC 2010/1, 84 n. marg. 157, *Gaba*).

⁵⁶ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 151.

⁵⁷ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 64 segg.

⁵⁸ DPC 2011/3, 381 n. marg. 69, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. marg. 139, *Kosmetikprodukte*.

⁵⁹ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 206 lett. a; cfr. anche DPC 2011/3, 381 n. marg. 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. marg. 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 n. marg. 62, *Jura*.

⁶⁰ Cfr. Orientamenti dell'UE, n. marg. 206 lett. b; cfr. anche DPC 2011/3, 381 n. marg. 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. marg. 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 n. marg. 62, *Jura*.

⁶¹ Cfr. REG accordi verticali, consid. 15; Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 203 con riferimento a CGUE, ECLI:EU:C:2011:649, n. marg. 54 segg., *Pierre Fabre Dermocosmétique*; cfr. anche DPC 2014/1, 198 n. marg. 143, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 414 n. marg. 66, *Jura*.

28. Sono invece considerati qualitativamente non gravi gli accordi che introducono una restrizione in merito al tipo e alla modalità delle vendite online di merci e servizi, indipendentemente dal tipo di sistema di distribuzione. Sono allo stesso modo considerate qualitativamente non gravi le restrizioni che riguardano l'utilizzo di determinati canali online, ad esempio mercati online⁶², o la prescrizione di standard qualitativi per le vendite online, purché non abbiano indirettamente per oggetto di impedire all'acquirente o ai suoi clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i beni o servizi oggetto del contratto. Restrizioni delle vendite online non hanno di norma questo obiettivo, se l'acquirente è libero di scegliere di gestire il proprio negozio online⁶³ e di fare pubblicità online⁶⁴.

29. Di seguito sono riportati alcuni esempi di requisiti relativi alle vendite online considerati qualitativamente non gravi:⁶⁵

- requisiti intesi a garantire la qualità o un particolare aspetto del negozio online dell'acquirente;
- requisiti concernenti l'esposizione dei beni o servizi oggetto del contratto nel negozio online (ad esempio il numero minimo di articoli esposti, le modalità di esposizione di marchi commerciali o marche del fornitore);
- il divieto diretto o indiretto di utilizzare mercati online;⁶⁶
- l'obbligo per l'acquirente di gestire uno o più negozi o showroom non virtuali, ad esempio come condizione per l'adesione al sistema di distribuzione selettiva del fornitore;
- l'obbligo per l'acquirente di vendere offline una quantità minima assoluta (in termini di valore o di volume, ma non in proporzione alle vendite complessive) dei beni o servizi oggetto del contratto per garantire il funzionamento efficiente del suo negozio non virtuale. Tale requisito può essere lo stesso per tutti gli acquirenti o essere stabilito a livello individuale per ogni acquirente sulla base di criteri oggettivi, come le dimensioni dell'acquirente in relazione ad altri acquirenti o la sua ubicazione geografica.

30. L'obbligo per l'acquirente di pagare un prezzo all'ingrosso diverso per i prodotti venduti online rispetto ai prodotti venduti offline (*doppia tariffazione*) non genera di norma nessun accordo verticale in materia di concorrenza qualitativamente grave se la differenza tra il prezzo di vendita all'ingrosso è connessa in modo ragionevole alle differenze negli investimenti e nei costi sostenuti dall'acquirente per la vendita in ciascun canale.⁶⁷

31. Considerando che i canali online e offline presentano caratteristiche diverse, non costituisce un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza il fatto che un fornitore che gestisce un sistema di distribuzione selettiva impone ai propri distributori autorizzati dei criteri per le vendite online diversi da quelli imposti per le vendite nei negozi non virtuali, purché i requisiti imposti per le vendite online non abbiano indirettamente per oggetto di impedire all'acquirente di utilizzare efficacemente internet

al fine di vendere i beni o servizi oggetto del contratto in territori o a clienti particolari.⁶⁸

32. La notabilità degli accordi verticali in materia di concorrenza che hanno ad oggetto restrizioni, che impediscono agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare internet in maniera efficace per vendere le proprie merci o i propri servizi o di utilizzare efficacemente uno o più canali online nonché la loro giustificazione tramite motivi di efficienza economica devono essere verificate caso per caso (art. 14 lett. b, 18 cpv. 3 ComVert).

Obblighi di parità relativi a servizi di intermediazione online (art. 15 lett. j ComVert)

33. Gli obblighi di parità, talvolta denominati «clausole della nazione più favorita» o «accordi di parità tra piattaforme», impongono a un venditore di beni o servizi di offrire questi ultimi a un'altra parte a condizioni che non siano meno favorevoli rispetto a quelle offerte dal venditore a determinate altre parti o tramite determinati altri canali. Le condizioni possono riguardare prezzi, scorte, disponibilità o altri termini o condizioni di offerta o vendita.⁶⁹

34. I cosiddetti obblighi di parità «ampia» nella vendita al dettaglio dei servizi di intermediazione online sono considerati qualitativamente gravi.⁷⁰ Tali obblighi fanno riferimento alle condizioni di vendita offerte dai diversi canali online. Al contrario, i cosiddetti obblighi di parità «ristretta» si riferiscono alle condizioni offerte nei canali di vendita diretti gestiti da venditori di beni o servizi. Tutti i cosiddetti obblighi di parità «ristretta» non sono invece considerati qualitativamente gravi.⁷¹

35. I cosiddetti obblighi di parità «ampia» non costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza se nessuna impresa partecipante detiene una quota superiore al 15 % su un mercato toccato dall'accordo (art. 16 cpv. 1 ComVert). Se viene superata questa quota, occorre verificare caso per caso la notabilità dei cosiddetti obblighi di parità «ampia» nonché la giustificazione tramite motivi di efficienza economica. Tutti gli altri tipi di obblighi di parità sono considerati di norma giustificati senza un esame dei singoli casi se la quota di nessuna delle imprese partecipanti supera il 30 % (art. 18 cpv. 3 ComVert).

⁶² Per mercati online si intendono di norma i fornitori di servizi di intermediazione online che mettono in contatto i distributori e i loro potenziali clienti (Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 332).

⁶³ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 208 con riferimento a CGUE, ECLI:EU:C:2011:649, n. marg. 56 segg., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁶⁴ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 208 con riferimento a EU-KOMM, COMP/AT. 40428 del 17.12.2018, n. marg. 118-126, *Guess*.

⁶⁵ Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 208.

⁶⁶ CGUE, ECLI:EU:C:2017:941, n. marg. 64-69, *Coty Germany*.

⁶⁷ Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 209.

⁶⁸ Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 235.

⁶⁹ Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 356.

⁷⁰ DPC 2016/1, 77, n. marg. 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁷¹ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 356 segg. Tenere in considerazione l'articolo 8a della legge federale del 19 dicembre 1986 sulla concorrenza sleale (LCSI), entrato in vigore il 1° dicembre 2022.

Obbligo di non concorrenza (art. 15 lett. g ComVert)

36. Gli obblighi di non concorrenza diretti o indiretti costituiscono un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, se la loro durata è indeterminata o superiore a cinque anni (art. 15 lett. g ComVert). Sono fatti salvi gli obblighi di non concorrenza che sono tacitamente rinnovabili oltre i cinque anni, a condizione che l'acquirente possa effettivamente rinegoziare o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo con un ragionevole preavviso e a un costo ragionevole, e sia quindi in grado di passare a un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni.⁷² Se gli obblighi di non concorrenza comportano un obbligo di acquisto in Svizzera e le vendite passive (art. 3 ComVert) sono quindi indirettamente escluse, può sussistere una protezione territoriale assoluta indiretta ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. n. marg. 12).

⁷² Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. marg. 248.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A					
AF	Arrêté fédéral		GedrV		and Trade
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics		GRUR		Verordnung über
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)				Gebrauchsgegenstände
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin		GU		Gewerblicher Rechtsschutz
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts				und Urheberrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel				Gemeinschaftsunternehmen
B			H		
BA	Bundesamt		HGer		Handelsgericht
BB	Bundesbeschluss		HMG		Heilmittelgesetz
BBI	Bundesblatt		I		
BG	Bundesgesetz		IPRG		Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt		IVöB		Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung		J		
BGer	Bundesgericht		JAAC		Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats		JdT		Journal des Tribunaux
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national		K		
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen		KG		Kartellgesetz
BR	Bundesrat		KMU		Kleine und mittlere Unternehmen
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction		KSG		Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale		KVG		Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati		L		
BV	Bundesverfassung		LAA		Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess		LAMal		Loi fédérale sur l'assurance-maladie
C			LCA		Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CC	Code civil		LCart		Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Communauté Européenne		LCD		Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CE	Conseil des Etats		LCsl		Legge federale contro la concorrenza sleale
CF	Conseil fédéral		LDA		Loi fédérale sur le droit d'auteur
FR.	Schweizer Franken / Franchi svizzeri		LDIP		Loi fédérale sur le droit international privé
CO	Code des obligations		LETC		Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
Cost.	Costituzione federale		LF		Loi fédérale / Legge federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile		LL		Legge federale sul lavoro
CPS	Code pénal suisse		LMG		Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
cst.	Constitution fédérale		LMI		Loi fédérale sur le marché intérieur
D			LMP		Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)		LOTG		Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)		LPM		Loi fédérale sur la protection des marques
DG	Direction Générale (UE)		LRFP		Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
E			LSPR		Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
EU	Europäische Union		M		
F			N		
FF	Feuille fédérale		O		
FMG	Fernmeldegesetz		O		Ordonnance
G			OCDE		Organisation de Coopération et de Développement Economique
GATT	General Agreement on Tariffs		OCSE		Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produkthaftungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten 455 f., 489 f. 504, 506, 510
 abgestimmte Verhaltensweise 361 f., 453, 455, 459, 502,
 509, 517, 519, 582, 609, 631 f., 634
 Abrede 361 ff., 374, 386, 446, 448 ff., 483, 485 ff., 496 ff.,
 524 ff., 532 ff. 544, 554, 563, 580 ff., 600, 604, 606,
 608 ff., 613 ff., 631 ff.
 Acquiring -
 Anhörung 385, 427, 439, 547
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 359 ff., 363 f.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste 574
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 361, 365, 609, 613, 635
 Effizienzprüfung 585
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 449, 478 ff., 486, 527, 529, 580
 Erheblichkeit 363, 464 ff., 494, 516, 518 f., 527, 536, 582 ff.,
 608 f., 611, 613, 634 ff.
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis -
 Interchange Fee -
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 367 f.,
 375, 379, 408, 445, 452, 498, 564

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten 636

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 569, 572, 577, 589, 602

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 376 f., 387, 398 ff., 406, 408,
 445, 547, 553, 562, 564 ff.

Marktgegenseite 344, 387, 391 ff., 398, 407, 453, 455, 498,
 502, 504, 561, 564, 568 f., 585

Marktorganisation -

Marktstruktur 347, 368 f., 408 f., 499, 505 f., 565

Marktzutrittsschranken 569, 573

Meldepflicht 366 f., 371, 375 f., 378, 386 f., 443, 553, 555

Missbrauch 352, 427, 436, 439, 462, 469, 471, 514, 518,
 539, 554 f., 559 ff., 566, 568 ff., 575 ff., 586, 588 f., 600,
 606 f., 634

N

Netzwerk 376, 381, 397, 406, 423, 425, 559, 561, 565, 567

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 455

potenzieller Wettbewerb 397 ff., 401 f., 404 f., 407

Preisabrede 446, 456, 460 ff., 469, 471 ff., 481, 483, 488 ff.,
 500, 505 f., 509 f., 512 ff., 524, 526 ff., 533 ff., 544,
 581 ff., 608, 631 f., 634

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 459 ff., 508 f., 511, 513, 518, 527, 573, 581 ff., 631,
 633

Reduktion der Sanktion 536

S

Sanktionen 461, 467 f., 513, 521 f., 524 ff., 532, 538,
 585 ff., 591, 593, 603 ff.

Senkung Herstellkosten -

Submission 462, 471, 475, 513, 527, 531, 563

Submissionskartell -

T

Tarife 336 f., 349 f., 352 f., 388, 395, 570 f.

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 383, 387 f., 390 f., 393, 397 f., 429, 446,
448 ff., 457, 471, 474, 477, 483, 485 f., 489, 495 ff., 504,
507, 518, 522 f., 525, 527, 531, 535, 537 ff., 549, 552,
555, 559, 562 f., 574, 576 f., 580, 587

unzulässige Wettbewerbsabrede 361, 365, 374, 446, 453,
483, 502, 580, 584 f., 609

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 488, 493 ff.

Verschulden 468, 476, 478, 522 f., 570, 574, 601

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 360, 378, 386

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 376