



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

**2011/2**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 727.000.11/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza

CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2011/2

**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 2011

---

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

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

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

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2011/2

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Eierhandel	230
	2. Markt für Hörgeräte	248
4.	<b>Beratungen</b> <b>Conseils</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Resun Plus AG	283
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Bell/Toni Hilti Treuhandsgesellschaft/Hilcona	285
	2. Strabag SE/Astrada AG	291
	3. Strabag SE/Brunner Erben Holding AG	292
	4. INEOS AG/PetroChina International (London) Limited	293
	5. Infront/Ringier	294
5.	<b>Andere Entscheide</b> <b>Autres décisions</b> <b>Altre decisioni</b>	
	1. Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz"	302
	2. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern	306
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern	318
<b>E</b>	<b>Diverses</b> <b>Divers</b> <b>Diversi</b>	
E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri	
	1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010 gemäss Art. 47 KG für das Verwaltungsgericht des Kantons Bern betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität	335
	2. Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Central- schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie	345
	3. Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskon- zessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG	353
	4. Schlussbemerkungen betreffend Gutachten vom 22. Februar 2010 und 28. Juni 2010 (deutsch, français e italiano)	358
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	360
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	362

## 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	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Eierhandel</b>

*Schlussbericht vom 14. April 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Eierhandel wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.*

#### A **Sachverhalt**

##### A.1 **Gegenstand der Vorabklärung**

1. Am 12. September 2008 ging die Anzeige der Futtermittelproduzentin Egli AG (Egli) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein. Egli beschwerte sich darüber, dass sie im Rahmen einer "Vereinbarung Qualitätssicherung Futter" einen finanziellen Beitrag an die Eierhändlerin Lüchinger + Schmid AG (L+S) zu entrichten habe. Diese "Vereinbarung Qualitätssicherung Futter" sehe im Wesentlichen vor, dass L+S den mit ihr vertraglich verbundenen Eierproduzenten empfehlen würde, ihre Futtermittel unter anderem bei Egli zu beziehen. Als Gegenleistung für die Empfehlung von L+S habe Egli einen vom Geflügelbestand abhängigen Beitrag von Fr. [...] pro Legehennen zu bezahlen. Die Eierproduzenten blieben bei ihrer Wahl der Futtermittelproduzenten jedoch grundsätzlich frei.<sup>1</sup>

2. Egli führt aus, dass der Migros-Genossenschaftsbund (Migros) im Jahr 2006 seine Eierbelieferungsverträge neu ausgeschrieben habe, wobei die Schweiz in eine Plattform Ost und eine Plattform West aufgeteilt worden sei. L+S habe dabei den Zuschlag für die Plattform Ost, Frigemo AG (auch bekannt als EiCO AG; Frigemo) für die Plattform West erhalten. Im Anschluss an diese Neuausschreibung sei Egli nach Kloten zu L+S eingeladen worden. Dort sei Egli darüber informiert worden, dass eine Weiterführung der Zusammenarbeit nur erfolge, falls sie einen Beitrag von Fr. [...] pro Legehennen bezahle. Dabei würden jene Legehennen gezahlt, welche mit Futtermittel von Egli gefüttert und deren Eier an L+S geliefert werden. Zudem müsse ein jährlicher Sockelbeitrag von Fr. [...] geleistet werden. Gemäss Egli sei die Qualitätssicherung an diesem Gespräch nicht thematisiert worden. L+S habe die Erhöhung des Bei-

trags pro Legehennen unter anderem durch den knapp kalkulierten Eierpreis begründet, den Migros an L+S entrichte. Nur durch diesen zusätzlichen Beitrag sei L+S in der Lage, den Migros-Belieferungsvertrag kostendeckend zu erfüllen. Egli sei darauf hingewiesen worden, dass eine Weigerung diese Konditionen zu akzeptieren zur Kündigung des bestehenden Vertragsverhältnisses führen würde. Da Egli diesen Bedingungen nicht zustimmte, habe L+S das Vertragsverhältnis gekündigt und Egli sei auf der Internetseite von L+S nicht mehr als "empfohlener und zertifizierter Futtermittelproduzent" aufgeführt worden.<sup>2</sup>

3. Am 23. Februar 2010 reichte L+S beim Sekretariat ein Schreiben ein, welches sie ihren Eierproduzenten hat zukommen lassen. Darin schreibt L+S, dass Eierproduzenten, welche Produktionsmittel von nicht empfohlenen Produktionsmittelproduzenten (Junghennen- und Futtermittelproduzenten) beziehen würden, dies melden müssten, damit L+S ein Audit betreffend Qualität in die Wege leiten könne.<sup>3</sup>

4. Gemäss Egli werde dieses Audit betreffend Qualität dann durchgeführt, wenn die mit L+S in einem Vertragsverhältnis stehenden Eierproduzenten andere als die von L+S empfohlenen Produktionsmittelproduzenten berücksichtigen würden. In diesem Falle würden diese Produktionsmittelproduzenten angeschrieben und zu einem eintägigen Qualitätsaudit sowie regelmässigen Kontrollen während des Jahres eingeladen. Die Kosten

<sup>1</sup> Anzeige Egli vom 11. September 2008, S. 3, Ziff. 4.

<sup>2</sup> Anzeige Egli vom 11. September 2008, S. 3 f., Ziff. 5 sowie [www.luechinger-schmid.ch/htm/de/05-qualitaet/produktionsmittel.php](http://www.luechinger-schmid.ch/htm/de/05-qualitaet/produktionsmittel.php), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>3</sup> Schreiben L+S vom 23. Februar 2010.

dafür würden sich einschliesslich Vor- und Nachbearbeitung auf einmalige Fr. [...] für das eintägige Audit und Fr. [...] für den Unterhalt des Qualitätssystems (ca. 12 Mann-Jahrestage) belaufen.<sup>4</sup> Zu tragen seien diese Kosten von den Produktionsmittelproduzenten.<sup>5</sup> Es werden somit neben den variablen Kosten zusätzlich noch diese Kosten für das Audit und ein Sockelbeitrag für den Unterhalt des Qualitätssystems während des Jahres verrechnet.

5. Am 9. August 2010 ging beim Sekretariat ein weiteres Schreiben von Egli ein. Darin führt Egli aus, dass sie [...] Eierproduzenten mit Futtermitteln beliefere, welche anschliessend ihre Eier an L+S ausliefere. Da Egli bei L+S nicht als "empfohlener Futtermittellieferant" geführt werde, habe nun L+S um einen Termin für die Durchführung eines eintägigen Audits nachgefragt. Egli habe sich geweigert die Kosten für dieses eintägige Audit und die damit verbundenen jährlichen Unterhaltskosten zu bezahlen und habe dies L+S mit Schreiben vom 26. Juli 2010 mitgeteilt. Egli führt gegenüber L+S unter anderem aus, dass ihr Unternehmen kontinuierlich durch professionelle Auditoren der Schweizerischen Qualitätsgesellschaft (SQS) nach ISO 9001:2008 sowie durch die eidgenössische Forschungsanstalt Agroscope Liebfeld-Posieux nach dem SwissFeedProductionStandard (SFPS) überprüft werde. Diese Zertifikate würden insbesondere von Bell AG, Coop AG, Migros, Ei AG usw. als Feed Safety Nachweis akzeptiert.<sup>6</sup>

6. Ergänzend dazu reichte Egli am 6. September 2010 ein Schreiben von L+S an Egli vom 17. August 2010 ein. Darin erklärt L+S, dass grundsätzlich jeder ihrer liefernden Eierproduzenten bei seinen Produktionsmittelproduzenten die definierten Qualitätsanforderungen mittels Audit überprüfen lassen müsse. Um den Aufwand eines solchen Vorgehens zu minimieren, würde L+S die Prüfung der Qualitätsanforderungen betreffend Produktionsmittel an deren Stelle durchführen. Die ihnen angeschlossenen Produzenten von Produktionsmitteln seien in der Vergangenheit bereit gewesen und seien auch weiterhin bereit, die durch die Kontrolle entstehenden Kosten aus Gründen der Effizienz zu übernehmen, da diese eigentlich durch sie selbst zu tragen wären. Ein erfolgreiches Audit von L+S führe zudem zur Auflistung als empfohlener Produktionsmittelproduzent auf der Internetseite von L+S.<sup>7</sup>

7. Am 1. Oktober 2010 gelangte Egli mit einer weiteren Eingabe an das Sekretariat. Darin erwähnt Egli einen Eierproduzenten, welcher bei ihr zum Zeitpunkt des Schreibens die Futtermittel bezogen und die Eier anschliessend an L+S geliefert habe. Nachdem Egli eine notwendige Zertifizierung nicht zulasse, gehe nun L+S auf die Vertragspartner los, welche die Futtermittel noch bei unabhängigen Mühlen beziehen würden. Egli geht davon aus, dass die im Schreiben von L+S vom 16. September 2010 an Herrn Hunkeler implizit erhaltene Kündigungsandrohung dazu führe, dass sich der oben erwähnte Eierproduzent dem für ihn existenziellen Druck der L+S beugen und bei Egli in Zukunft keine Futtermittel mehr beziehen werde. Ebenso müsse Egli davon ausgehen, dass auch andere noch bei ihr Futtermittel beziehende Eierproduzenten, welche mit L+S vertraglich verbunden sind, zum Wechsel der Futtermittelproduzenten gezwungen würden. [...].<sup>8</sup>

8. Mit Schreiben vom 22. November 2010 übermittelte Egli den Schriftenwechsel zwischen Herrn Hunkeler und L+S. Daraus geht hervor, dass L+S den Vertrag mit Herrn Hunkeler ordentlich per 30. April 2011 gekündigt hat, weil sich Egli nicht unter Kostenfolgen von L+S zertifizieren lassen wollte und Herr Hunkeler sich nicht von Egli abgewandt habe.<sup>9</sup>

9. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2010 informierte L+S das Sekretariat, dass die neuen Verträge mit den Futtermittelproduzenten keine volumenbezogenen Beitragszahlungen der Futtermittelproduzenten mehr vorsehen würden. Die Futtermittelproduzenten würden nur noch bezüglich Qualität und der sich daraus ableitenden Rahmenbedingungen verpflichtet.<sup>10</sup>

10. Parallel zur Anzeige von Egli ging am 10. September 2009 eine Anzeige eines weiteren Produktionsmittelproduzenten beim Sekretariat ein. [...] Mit Vertrag vom [...] musste sich [...] gegenüber L+S verpflichten, [...], einen Preis von Fr. [...] zu bezahlen. Gemäss [...] flossen die Hälfte dieser Beiträge anschliessend direkt an die Eierproduzenten und die andere Hälfte in einen Marktstützungsfonds.<sup>11</sup> Es ist jedoch aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich, ob dieser Marktstützungsfonds auch realisiert wurde.

11. *[Beschreibung der zweiten Anzeige des Produktionsmittelproduzenten].*<sup>12</sup>

12. Diese erneute Erhöhung sei von [...] nicht mehr akzeptiert worden, was L+S zum Anlass genommen habe, das Vertragsverhältnis per [...] zu kündigen. [...].<sup>13</sup>

13. In der vorliegenden Vorabklärung sind zwei Verhaltensweisen zu prüfen: Einerseits stellt sich die Frage, ob die Beiträge für Qualitätskontrollen, die L+S von den Produktionsmittelproduzenten bis Dezember 2010 forderte, missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen. Andererseits ist zu klären, ob die Verträge zwischen L+S und den Eierproduzenten als unzulässige Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind.

## A.2 Parteien

14. L+S gehört zur Eierschmid Holding AG in Kloten/ZH, welche daneben noch drei weitere Tochterunternehmen besitzt: Proei AG in Landquart sowie Orofrais SA und Labeye SA in Echallens. Des Weiteren hält L+S an der Farmco AG eine Mehrheitsbeteiligung von 70% und an den beiden Unternehmen Bouwhuis und Hosberg AG Minderheitsbeteiligungen.<sup>14</sup> L+S erwirtschaftete im Jahr

<sup>4</sup> Schreiben Egli vom 5. August 2010.

<sup>5</sup> Schreiben Egli vom 5. August 2010.

<sup>6</sup> Schreiben Egli vom 6. September 2010, Beilage: Schreiben Egli an L+S vom 30. August 2010.

<sup>7</sup> Schreiben Egli vom 6. September 2010, Beilage: Schreiben L+S an Egli vom 17. August 2010.

<sup>8</sup> Schreiben Egli vom 1. Oktober 2010.

<sup>9</sup> Schreiben Egli vom 22. November 2010, Beilagen.

<sup>10</sup> Schreiben L+S vom 13. Dezember 2010.

<sup>11</sup> Anzeige [...] vom 9. September 2009, S. 7, Ziff. 11.

<sup>12</sup> Anzeige [...] vom 9. September 2009, S. 7 f., Ziff. 11-13.

<sup>13</sup> Anzeige [...] vom 9. September 2009, S. 9, Ziff. 14.

<sup>14</sup> Siehe [www.luechinger-schmid.ch/html/de/01-unternehmen/rechtliche-struktur.php](http://www.luechinger-schmid.ch/html/de/01-unternehmen/rechtliche-struktur.php), zuletzt besucht am 14. April 2011.

2009 einen Umsatz von Fr. 183 Mio. Sie beschäftigt sich gemäss ihrem statutarischen Zweck mit der Produktion von Nahrungsmitteln aller Art. Im vorliegenden Verfahren ist jedoch ausschliesslich ihre Tätigkeit als Händlerin von Eiern und Eiprodukten von Interesse.

15. Egli, Futtermittelproduzentin, hat ihren Sitz in Nebikon/LU. Sie bietet Ernährungskonzepte für diverse Nutztiere wie Schweine, Geflügel und Rindvieh an.<sup>15</sup>

16. [Beschreibung der Tätigkeiten des zweiten Produktionsmittelproduzenten].

### A.3 Verfahren

17. Das Sekretariat hat im Jahr 2001 eine Marktbeobachtung betreffend die "Integration der vertragsgebundenen Eierproduzenten" durchgeführt und kam zum Schluss, dass Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass die Integrationsverträge in der gegebenen Form gegen das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) verstossen könnten. Die Integrationsverträge sahen vor, dass Eierproduzenten einen Integrationsbeitrag erhielten, wenn diese Futtermittel und Junghennen bei vorgegebenen Integrationspartnern bezogen. Integrationspartner waren die von den Eierhändlern empfohlenen Produzenten.

18. Nachdem jedoch zwei von drei Eierhändlern (L+S und Frigemo) dem Sekretariat die Überarbeitung der Verträge und die Qualitätssicherung mit anderen Instrumenten als den Integrationsverträgen zusicherten und die Eierproduzenten des dritten Eierhändlers (Ei AG) bereits zur Zeit des Verfahrens frei waren, die Lieferanten von Produktionsmitteln selber zu wählen, ohne dafür Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, bestanden keine Anhaltspunkte mehr für ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten. Das Sekretariat betrachtete den Fall damit als abgeschlossen.

19. Mit Schreiben vom 11. September 2008 hat Egli Anzeige gegen L+S eingereicht (vgl. Rz 1 ff.). Daraufhin eröffnete das Sekretariat am 8. Oktober 2008 eine Vorabklärung betreffend Verträge zwischen Eierhändlern und Eierproduzenten / Zahlungen von Produktionsmittellieferanten an Eierhändler. Gleichentags wurden Fragebogen an die Migros, an Frigemo und an L+S versandt. Am 10. September 2009 ging beim Sekretariat eine Anzeige von [...] gegen L+S ein (vgl. Rz 10 ff.). Am 23. September 2009 wurde L+S mittels Fragebogen befragt, welchen sie mit Schreiben vom 9. Oktober 2009 beantwortet hat.

20. Am 20. April 2010 wurden 18 Eierproduzenten, am 3. Juni 2010 10 Futtermittel- und 6 Junghennenproduzenten und am 17. Juni 2010 6 Eierhändler angeschrieben und befragt. Dabei wurden die zu befragenden Betriebe schweizweit möglichst repräsentativ gewählt.

21. Neben L+S wurden 6 weitere Eierhändler angeschrieben. Ein Eierhändler weigerte sich die deutsche Version des Fragebogens zu beantworten. Auf eine Übersetzung des Fragebogens verzichtete das Sekretariat. Die restlichen Antworten zu den Fragebogen gingen fristgerecht ein.

22. Von den 18 befragten Eierproduzenten haben 9 innerhalb der vorgegebenen Frist geantwortet. An 9 Eier-

produzenten wurden Erinnerungsschreiben mit erstreckter Frist von 14 Tagen zur Beantwortung versandt. Bei zwei Eierproduzenten verstrich die erstreckte Frist ungenutzt. Beide Eierhändler äusserten Bedenken betreffend Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Trotz Hinweis des Sekretariats auf die Pflicht zur Wahrung der Amtsgeheimnisse, beantworteten die beiden Eierproduzenten den Fragebogen nicht, weshalb sie gemahnt wurden. Schliesslich erliess das Sekretariat am 7. Dezember 2010 Auskunftsverfügungen gegen die säumigen Eierproduzenten. Ihre Antworten gingen am 19. bzw. 20. Dezember 2010 ein. Daneben hat ein Eierproduzent mitgeteilt, seinen Betrieb verkauft zu haben.

23. Von den 10 angeschriebenen Futtermittelproduzenten antworteten 9 fristgerecht. Einer dieser Futtermittelhändler teilte mit, dass er bis Oktober 2010 sein Werk auf ein Nahrungsmittelwerk umstellen würde und deshalb den Fragebogen nicht beantworten könne. Zwei weitere Produzenten teilten mit, dass sie nicht mehr im Bereich der Produktion für Junghennenfuttermittel tätig seien.

24. Von den 6 angeschriebenen Junghennenproduzenten antworteten 5 fristgerecht. GZH fragte am 2. Juli 2010 um eine Fristerstreckung nach, welche am 6. Juli 2010 gewährt wurde; die Antworten von GZH gingen anschliessend fristgerecht am 19. Juli 2010 ein.

25. Mit Schreiben vom 14. März 2011 hat L+S dem Sekretariat zur Kenntnis gebracht, dass sie inskünftig auf die Erhebung von Qualitätsbeiträgen verzichtet und die Qualitätssicherung auslagert.<sup>16</sup>

26. Im Laufe der Vorabklärung reichten sowohl Egli als auch L+S laufend ergänzende Unterlagen ein.

## B Erwägungen

### B.1 Einleitung

27. Einerseits wird in dieser Vorabklärung geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass L+S ihre allenfalls marktbeherrschende oder kollektiv marktbeherrschende Stellung zusammen mit Frigemo und Ei AG missbraucht hat. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob L+S gegenüber den Produktionsmittellieferanten unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingt oder von ihren Vertragspartnern die Annahme oder die Erbringung von zusätzlichen Leistungen durch an den Vertrag gekoppelte Bedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG verlangt.

28. Andererseits wird geprüft, ob die Verträge zwischen Eierproduzenten und Eierhändlern als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sind und ob es diese L+S allenfalls ermöglichen, von den Produktionsmittellieferanten die Bezahlung von Beiträgen für die Qualitätskontrollen durchzusetzen.

29. Dabei werden einige der zur Produktion von Eiern notwendigen Verarbeitungsstufen näher zu prüfen sein. Basis dafür bildet das von den Parteien eingereichte Datenmaterial, die Antworten zu den versandten Fragebogen sowie öffentlich zugängliche Informationen.

<sup>15</sup> Siehe [www.egli-muehlen.ch](http://www.egli-muehlen.ch), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>16</sup> Schreiben L+S vom 14. März 2011.

30. Es wird im Sinne von Art. 7 KG insbesondere zu prüfen sein, ob sich L+S durch diese Beiträge für die Sicherstellung der Qualität ungerechtfertigt bereichern könnte (Ausbeutung der Produktionsmittelproduzenten) oder ob es sich allenfalls um eine gezielte Verdrängung von Produktionsmittelproduzenten vom Markt handeln könnte.

31. Bei der Prüfung gemäss Art. 5 KG ist zu untersuchen, ob es sich bei der Absprache zwischen L+S und den Eierproduzenten allenfalls um eine unzulässige vertikale Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG handeln könnte.

## B.2 Geltungsbereich

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

33. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl L+S als auch Egli und [...] sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

34. Die Prüfung des Missbrauchs einer Einzel- und allenfalls kollektiven Marktbeherrschung erfolgt unter dem Blickwinkel von Art. 4 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 7 KG (Rz 83 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar. Wird nachstehend somit die Marktbeherrschung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, wird die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.<sup>17</sup>

35. Auf die Frage, ob L+S mit ihren Eierproduzenten Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG treffen, wird nachstehend unter Rz 122 ff. eingegangen.

## B.3 Vorbehaltene Vorschriften

36. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

37. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## B.4 Relevanter Markt

38. Um festzustellen, ob ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten von Eierhändlern vorliegt, sind vorab die relevanten Märkte abzugrenzen.

39. Die Marktabgrenzungen erfolgen immer ausgehend vom Nachfragenden (d. h. der Marktgegenseite), welcher durch sein Verhalten die Substituierbarkeit auf dem jeweiligen Markt bestimmt.

### B.4.1 Sachlich relevante Märkte

40. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden<sup>18</sup>.

41. Bevor jedoch die einzelnen sachlich relevanten Märkte abgegrenzt werden, sollen vorab einige relevante Informationen zum gesamten Eiermarkt aufgeführt werden.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2004/3, 678 Rz 11, Markt für Schlachtschweine – Teil A; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1195 I 468, 547 ff.; Jürg Borer, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2011, Art. 2 N 14.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 let. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], der hier analog zur Anwendung gelangt.

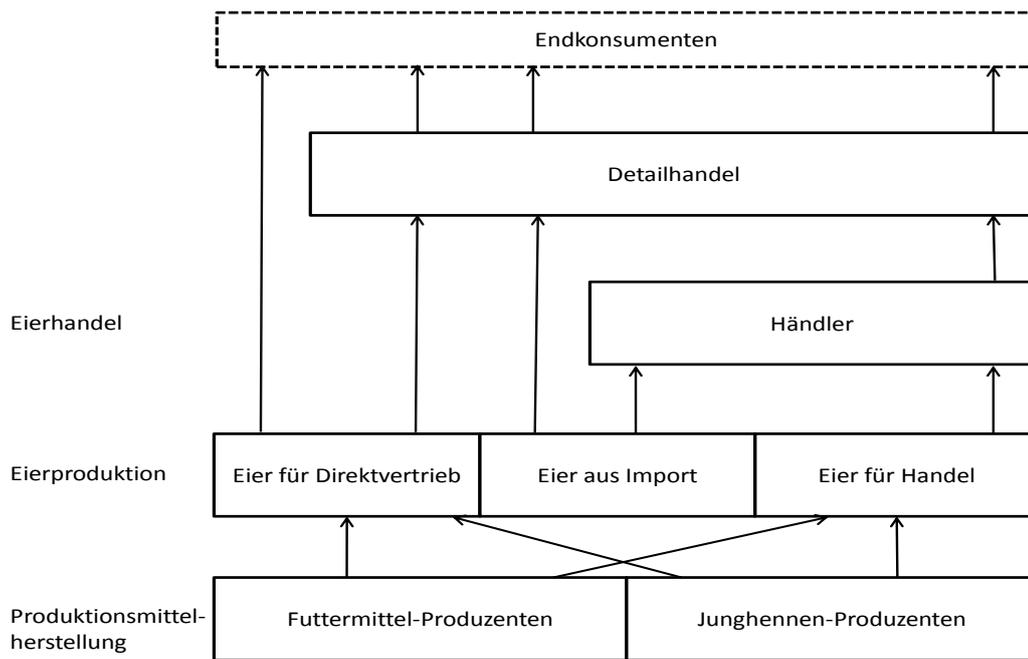


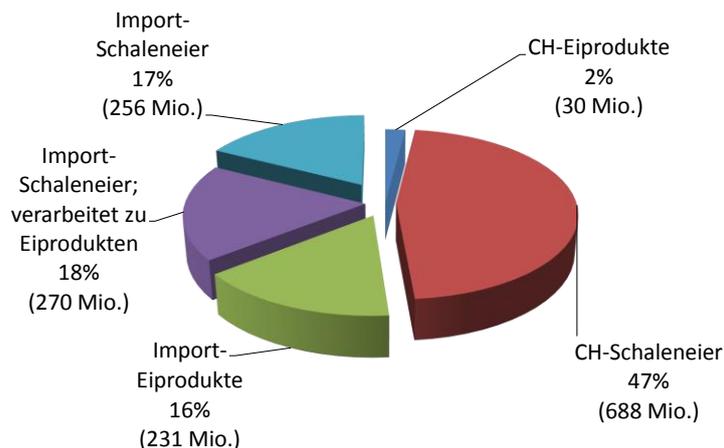
Abbildung 1: Marktstruktur auf dem Eiermarkt

42. Abbildung 1 zeigt die verschiedenen Marktstufen des Eiermarktes: Auf der untersten Stufe stehen die Produktionsmittelproduzenten gefolgt von den Eierproduzenten und den Eierhändlern. In der Vorabklärung sind hauptsächlich die drei Stufen der Produktionsmittelproduzenten, der Eierproduzenten und der Eierhändler von Interesse, wobei die Detailhändler die vorgelagerten Marktstufen zu disziplinieren imstande sind.

43. Der überwiegende Anteil der Eier erreicht die Endkonsumenten via Eier- und Detailhändler.<sup>19</sup> In kleinerem Umfang werden Endkonsumenten jedoch auch direkt von den Eierproduzenten beliefert. Es handelt sich dabei beispielsweise um Lieferungen direkt ab Hof oder um regionale Lieferungen an Restaurants, Krankenhäuser oder Altersheime. Zudem liefern Eierproduzenten zu einem kleinen Teil direkt an Detailhändler, etwa im Rahmen des Labels "Aus der Region. Für die Region." der Migros. Des Weiteren bieten Detailhändler den Endkunden auch direkt importierte Eier an.

44. Die Produktionsmittelproduzenten beliefern die Eierproduzenten mit den zur Eierproduktion notwendigen Produktionsmitteln. Aus der nachfolgenden Abbildung sind Mengen und Marktanteile von ausländischen und inländischen Schaleneiern und Eiprodukten ersichtlich.

<sup>19</sup> Schreiben L+S vom 14. Oktober 2009, Beilage 4, "Marktanteile Eiervermarktungsfirmen".



Quelle: Aviforum, [www.aviforum.ch](http://www.aviforum.ch)

Abbildung 2: Menge Import- und Inlandeier als Eiprodukte bzw. Schaleneier im Jahr 2009

45. In Abbildung 2 sind die importierten sowie die in der Schweiz produzierten Eier aufgeführt. Diese kommen sowohl in Form von Schaleneiern als auch in bereits verarbeiteter Form als Eiprodukte auf den Schweizer Markt. Prozentual werden mehr Eier bzw. Eiprodukte in die Schweiz importiert (51.3 %) als in der Schweiz direkt produziert (48.7 %).<sup>20</sup> Schaleneier werden mehrheitlich in der Schweiz produziert (72.9 %).<sup>21</sup>

46. Schweizer essen rund 1.5 Mrd. Stück Eier pro Jahr. Knapp zwei Drittel dieser Eier sind Schaleneier. Anders sieht es bei Eiern aus, welche zu Produkten wie Teigwaren, Zopf oder Backwaren aller Art weiterverarbeitet werden: Nur ca. 5 % der Verarbeitungseier sind aus der Schweiz, die restlichen ca. 95 % werden importiert.<sup>22</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a der Verordnung der EDI vom 23. November 2005 über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln (LKV; SR 817.022.21) muss das Produktionsland eines Rohstoffes erst dann deklariert werden, wenn der Anteil dieses Rohstoffes am Enderzeugnis mehr als 50 Massenprozent beträgt.<sup>23</sup> Dies dürfte mit ein Grund sein, weshalb die Konsumenten beim Kauf von Eiprodukten weniger auf die Herkunft schauen können als bei Schaleneiern und deshalb weniger Produkte kaufen, welche mit Schweizer Eiern produziert wurden.

47. Die 718 Mio. in der Schweiz produzierten Eier werden zu ca. 96 % als Schaleneier weitervertrieben. Die restlichen ca. 4 % werden zu Eiprodukten verarbeitet.

48. Tabelle 1 zeigt die Entwicklung betreffend die Herkunft und die Art der in der Schweiz konsumierten Eier über die letzten drei Jahre. Es wird ersichtlich, dass sich die Mengen über die entsprechenden Jahre verhältnismässig nur marginal bewegt haben.

<sup>20</sup> Die beiden Marktanteile berechnen sich als Summe der importierten Eier bzw. Eiprodukte (256 Mio. + 270 Mio. + 231 Mio.) und der in der Schweiz produzierten (688 Mio. + 30 Mio.) im Verhältnis zu der Gesamtmenge an Eiern und Eiprodukten (1.475 Mrd.).

<sup>21</sup> Prozentualer Anteil der importierten Schaleneier (256 Mio.) und der in der Schweiz produzierten Schaleneier (688 Mio.), wobei insgesamt 944 Mio. Schaleneier in der Schweiz gehandelt werden.

<sup>22</sup> Siehe [www.lid.ch/de/medien/mediendienst/artikel/infoarticle/22950/](http://www.lid.ch/de/medien/mediendienst/artikel/infoarticle/22950/), zuletzt besucht am 14. April 2011, eingerahmter Kasten.

<sup>23</sup> Siehe auch [www.lid.ch/de/medien/mediendienst/artikel/infoarticle/22950/](http://www.lid.ch/de/medien/mediendienst/artikel/infoarticle/22950/) zuletzt besucht am 14. April 2011.

Tabelle 1: Eierkonsum und Herkunft der Eier<sup>24</sup> (in Mio.)

	2007	2008	2009
<b>Herkunft der Eier (Mio Stk.):</b>			
○ aus Inland (Schaleneier)	649.5	654.4	689.0
○ aus Inland (Eiprodukte)	19.7	31.1	29.4
○ aus Import (Schaleneier)	247.6	254.5	256.1
○ aus Import (Verarbeitungseier)	267.9	262.3	269.8
○ aus Import (Eiprodukte)	265.2	249.7	230.7
<b>Eierverbrauch insgesamt:</b>	<b>1'450</b>	<b>1'452</b>	<b>1'475</b>
<b>Anteil der Inlandproduktion (%):</b>			
○ am Gesamteierverbrauch	46.2	47.2	48.7
○ am Schaleneierverbrauch	72.4	72.0	72.9

49. Nachfolgend werden die sachlich relevanten Märkte abgegrenzt.

#### B.4.1.1 Markt für den industriellen Handel mit Eiern

50. Auf dem Markt für den industriellen Handel mit Eiern stehen sich Eierhändler auf der Angebotsseite und grössere Abnehmer wie Detailhändler auf der Nachfrageseite gegenüber. Die Eierhändler beschaffen die Eier bei Eierproduzenten im In- und Ausland. In der Regel beziehen die Eierhändler die Eier von inländischen Betrieben. In kleinerem Umfang werden von den Eierhändlern auch Eier importiert. Meistens werden die Eierhändler von wenigen, tendenziell grossen Eierproduzenten beliefert. Die Betriebe dürfen gemäss Art. 2 der Höchstbestandsverordnung vom 26. November 2003 (HBV; SR 916.344) jedoch maximal 18'000 Legehennenplätze unterhalten. Für Eierhändler sind es hauptsächlich Effizienzgründe, weshalb sie die Anzahl Lieferanten von Eiern minimieren wollen. Sie müssen grösstenteils die Eier bei den Eierproduzenten abholen. Zudem wird die Durchsetzung gegebener Qualitätsanforderungen tendenziell vereinfacht. Nach dem Abholen bei den Produzenten werden die Eier von den Eierhändlern weiterverarbeitet (Kontrolle, Beschriftung etc.).

51. Die Marktgegenseite der Eierhändler auf dem Absatzmarkt sind grössere Abnehmer von Eiern. Dies können neben Detailhändlern auch Spitäler, kleinere Dorfläden, Altersheime oder sonstige Abnehmer grösserer nachgefragter Mengen sein, welche auf Eier mit garantierter Qualität angewiesen sind.

52. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass Eierproduzenten ihre Eier in kleinem Umfang direkt an die Endkonsumenten absetzen.<sup>25</sup> Dies tun sie oftmals an Abnehmer in der Region.<sup>26</sup> Solche kleineren Eierverkäufer, bei welchen der Verkauf von Eiern an Konsumenten nicht als Haupterwerb angesehen werden kann und die auch nicht über die notwendigen Einrichtungen verfügen, können – wie aus den nachfolgenden Ausführungen ersichtlich wird – nicht dem Markt für den industriellen Handel mit Eiern zugeordnet werden.

53. Neben der direkten Belieferung an inländische Betriebe können die Eierhändler die Eier auch exportieren. Der Export von Eiern nimmt jedoch absatzseitig nur eine untergeordnete Rolle ein.<sup>27</sup>

54. Die Verarbeitungsindustrie verwendet die Eier als Vorleistung zur Produktion von Fertigprodukten (beispielsweise Backwaren). Ein Grund für die hohe Importrate in der Verarbeitungsindustrie dürfte unter anderem darin liegen, dass die importierten Eier einen tieferen Preis haben. Zudem hat der Endkonsument erst ab einem vordefinierten Anteils des Produktgewichts die Möglichkeit, die Herkunft der Eier zu erfahren. Somit kann oft kaum in Erfahrung gebracht werden, woher die in den Produkten enthaltenen Eier stammen.<sup>28</sup>

55. Den Antworten der Eierhändler und -produzenten ist zu entnehmen, dass kommerziell hauptsächlich der Absatzkanal über die Detailhändler von Bedeutung ist. Die Detailhändler werden konzentriert von wenigen Unternehmen beliefert. Um Detailhändlern beliefern zu können, müssen die Händler eine kritische Grösse erreichen, welche Eierproduzenten, die Eier nur im Nebenwerb vertreiben, nicht erreichen.

56. Die Hauptaktivität der Eierhändler ist die Beschaffung der Eier sowie die Sicherstellung der von den Detailhändlern und sonstigen Abnehmern von Eiern vorgegebenen Qualitätsanforderungen. Weiter beinhaltet die Tätigkeit unter anderem die Sortierung, die Verpackung, die Preisauszeichnung, die Etikettierung, die Bestellungsabwicklung, die Lieferlogistik und die Garantie der Liefersicherheit. Die Händler in diesem Markt unterscheiden sich von kleineren Verkäufern von Eiern auch

<sup>24</sup> Aviforum, Geflügelwirtschaft in Zahlen (aktualisiert 3/10), März 2010; abrufbar unter: [www.aviforum.ch/downloads/MB\\_11\\_10.pdf](http://www.aviforum.ch/downloads/MB_11_10.pdf), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>25</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Eierproduzenten [...] (ca. 30 % Direktvermarktung) oder die Antworten [...] (ca. 25 % Direktvermarktung).

<sup>26</sup> Vgl. beispielsweise die Antwort zu den Fragebogen der Eierproduzenten von [...], der ca. 10 % direkt vermarktet und dies grösstenteils an regionale Bäckereien, Restaurants oder diverse kleinere Haushalte.

<sup>27</sup> Vgl. beispielsweise die Antworten zu den Fragebogen der Eierhändler [...].

<sup>28</sup> Vgl. auch Rz 46.

dahingehend, dass diese neben den bereits genannten Tätigkeiten die Eier grösstenteils von ihren Zulieferanten abholen und diese ihren Abnehmern liefern. Diese Eierhändler verfügen zudem über Infrastruktur, welche ihnen die Verarbeitung von grossen Mengen von Eiern ermöglicht. Ohne diese Einrichtungen könnten beispielsweise grosse Detailhändler wie Migros oder Coop nicht effizient bedient werden.

57. Nach dem Zusammenführen der Eier aus verschiedenen Produktionsstätten führen die Eierhändler einen sogenannten Veredelungsprozess durch. Zur Sicherstellung der Qualität der Eier benötigen die Eierhändler sowohl von den Eierproduzenten wie auch von den Produktionsmittelproduzenten verschiedene Informationen wie beispielsweise Elterntiere, Brüterei, Aufzucht, Legehennen und Futtermittel, an Hennen verabreichte Medikamente usw. Im Weiteren bieten die Eierhändler Beratungstätigkeiten für Eier-, Futtermittel- und Junghennenproduzenten an.

58. Es kann somit ein Markt für den industriellen Handel mit Eiern abgegrenzt werden, dessen Aktivität neben der Vermarktung der Eier auch diverse Veredelungsprozesse beinhaltet. Die Marktgegenseiten sind absatzseitig grosse Abnehmer von veredelten Eiern und beschaffungsseitig grössere Eierproduzenten.

#### **B.4.1.2 Markt für die Eierproduktion**

59. Auf dem Markt für die Eierproduktion stehen sich Eierproduzenten als Anbieter und Eierhändler als Nachfrager gegenüber. Eierproduzenten produzieren unter Einhaltung diverser Vorgaben Eier unterschiedlicher Art: In der Schweiz werden dabei insbesondere die drei Kategorien Bio-Freilandhaltung, Freilandhaltung und Bodenhaltung unterschieden, wobei Bio-Freilandhaltung die höchsten und Bodenhaltung die niedrigsten Qualitätsanforderungen erfüllt. Die Überwachung der Einhaltung dieser Bedingungen kann die Aufgabe der Eierhändler sein.

60. Die Eierproduzenten sind bei der Eierproduktion für das Wohlergehen der Tiere verantwortlich, insbesondere für die richtige Fütterung wie auch die artgerechte Haltung. Die Qualitätskontrolle sowie die Rückverfolgbarkeit der Eier erfordert eine genaue Buchführung.

61. Auf der Absatzseite stehen den Eierproduzenten verschiedene Abnehmer von Eiern gegenüber. So können die Eierproduzenten die Eier entweder über die Eierhändler absetzen oder direkt an Detailhändler oder kleinere Abnehmer wie beispielsweise Bäckereien, Altersheime, Spitäler, betriebseigene Hofläden sowie Endkonsumenten vertreiben.<sup>29</sup> Exporte durch Eierproduzenten finden in nur kleinem Umfang statt.

62. Nachgefragt werden bei den Eierproduzenten Eier aus verschiedenen Kategorien (Bio-Freilandhaltung, Freilandhaltung und Bodenhaltung). Die Eierproduzenten produzieren die Eier unter Einhaltung vordefinierter Qualitätsanforderungen.

63. Es kann somit ein Markt für die Eierproduktion abgegrenzt werden. Diesem Markt nachgelagert sind die Eierhändler und sonstigen Abnehmer von Eiern und vorgelagert die Produktionsmittelproduzenten. Grundsätzlich wäre es denkbar, jede Kategorie von Eiern ei-

nem separaten Markt zuzuordnen. Da jedoch vorliegend die Zahlungen der Produktionsmittelproduzenten an die Eierhändler nicht von der Eierkategorie abhängt, kann diese Frage für den Zweck der vorliegenden Vorabklärung offen gelassen werden.

#### **B.4.1.3 Markt für die Produktion von Futtermittel für Junghennen**

64. Auf dem Markt für die Produktion von Futtermittel für Junghennen stehen die Futtermittelproduzenten absatzseitig den Eierproduzenten wie auch Junghennenproduzenten und beschaffungsseitig den Produzenten von Zutaten für die Produktion von Futtermittel gegenüber. Futtermittelproduzenten stellen Nutztierernahrung unterschiedlichster Art her. Dabei werden in der Regel Futtermittel für verschiedene Tierarten hergestellt wie beispielsweise Junghennen, Schweine, Rindvieh, Schafe, Ziegen, Pferde oder Kaninchen.<sup>30</sup>

65. Die Futtermittelproduzenten beschaffen die zur Produktion notwendigen Zutaten von unterschiedlichen Quellen. Danach verarbeiten sie die eingekauften Inhaltsstoffe unter hygienischen Bedingungen zu Futtermitteln für die unterschiedlichen Tierarten weiter. Anschliessend werden diese Futtermittel gelagert und den jeweiligen Abnehmern geliefert. Die Qualität der Futtermittel ist entscheidend, da sie bei Nutztieren nachweislich wichtig für die Qualität derer Tierprodukte ist. Dies ist nicht zuletzt auch bei der Qualität von Eiern festzustellen.

66. Die Futtermittelproduzenten vertreiben meist nicht nur Futtermittel für eine Tierart (wie beispielsweise Junghennen), sondern auch für diverse andere Tiere. Sie dürften somit mit relativ geringem Aufwand imstande sein, die Produktion umzustellen und die Nachfrage nach Futtermitteln für Junghennen zu substituieren.<sup>31</sup> Zudem steht den Futtermittelproduzenten auch offen, ihr Produkt ins Ausland zu exportieren.<sup>32</sup>

67. Im vorliegenden Fall beliefern sie sowohl die Eierproduzenten als auch die Junghennenproduzenten mit Futtermitteln. Das Futtermittel für Junghennen ist für die Eier- und Junghennenproduzenten nicht mit anderen Futtermitteln substituierbar.

68. Es ist somit von einem Markt für Futtermittel für Junghennen auszugehen. Diesem Markt nachgelagert sind die Halter von Junghennen. Vorgelagert sind Hersteller von Inhaltsstoffen für Futtermittel.

<sup>29</sup> Vgl. auch Rz 52.

<sup>30</sup> Vgl. beispielsweise [www.ufa.ch](http://www.ufa.ch), zuletzt besucht 14. April 2011.

<sup>31</sup> Die Futtermittel Anteile für Grossvieh, Schweine, Geflügel und sonstige Tierarten des Jahres 2009 können auf der Internetseite der Vereinigung Schweizerischer Futtermittelfabrikanten (VSF) eingesehen werden: [www.vsf-mills.ch/VSF/Futtermittel/Mischfutter/Produktion.aspx](http://www.vsf-mills.ch/VSF/Futtermittel/Mischfutter/Produktion.aspx), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>32</sup> Auf der Seite der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) sind die allfälligen Handelshemmnisse, welche beim Export von Futtermitteln für Junghennen gegeben wären. Diese sind jedoch nicht vorhanden (siehe <http://xtares.admin.ch>, Tarifnummer 2309.9089, zuletzt besucht am 14. April 2011). Aus den Fragebogen geht zudem hervor, dass Transportkosten zumindest schweizweit keine bedeutende Rolle spielen.

#### B.4.1.4 Markt für die Produktion von Junghennen für die Legelinie

69. Auf dem Markt für die Produktion von Junghennen für die Legelinie stehen sich Geflügelzüchter auf der Angebotsseite und Eierproduzenten auf der Nachfrageseite gegenüber. Geflügelzüchter beschäftigen sich mit der Aufzucht von Geflügel wie beispielsweise Hühnern, Truten oder Gänsen. Ein Teil davon betrifft die Zucht von Junghennen. Diese können wiederum in zwei Kategorien aufgeteilt werden: Junghennen für die Eierproduktion (Legelinie) und Junghennen für die Mast (Mastlinie).<sup>33</sup> Bei der Aufzucht von Junghennen gelten dieselben Haltungsvorschriften wie bei der Eierproduktion der Eierproduzenten. So dürfen Ställe nicht mehr als 18'000 Legehennenplätze unterhalten.<sup>34</sup> Es müssen ebenso hohe Qualitätsanforderungen sichergestellt werden, welche gleich wie bei Futtermitteln von den Eierhändlern überwacht werden können.

70. Eierproduzenten fragen bei den Geflügelzüchtern Junghennen nach. Dabei sind sie zur Eierproduktion auf Junghennen in einem bestimmten Alter und in bestimmter Qualität angewiesen. Junghennen gezüchtet für die Eierproduktion (Legelinie), sind für die Marktgegenseite in diesem Markt nicht oder nur bedingt mit Junghennen für die Mast (Mastlinie) austauschbar. Die Tiere sind für die jeweilige Verwendung so konditioniert, dass sie untereinander nicht substituierbar sind.<sup>35</sup> Masthühner wachsen innerhalb von fünf Wochen von einem 40 Gramm-Küken zu einem zwei Kilogramm schweren Masthuhn heran. Um ein Kilogramm Körpergewicht zuzulegen, frisst ein Masthuhn rund 1.8 Kilogramm Futter.<sup>36</sup>

71. Es ist folglich von einem Markt für die Produktion von Junghennen der Legelinie auszugehen. Aufgrund der fehlenden Substituierbarkeit muss für die Produktion von Junghennen für die Mastlinie ein separater Markt abgegrenzt werden. Dem Markt für die Produktion von Junghennen der Legelinie nachgelagert sind die Produzenten von Eiern, vorgelagert sind die Produzenten von Futtermitteln für Junghennen.

#### B.4.2 Räumlich relevante Märkte

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

##### B.4.2.1 Markt für den industriellen Handel von Eiern

73. Die Marktgegenseite, sprich die Detailhändler und grosse Nachfrager von Eiern fragen Eier grundsätzlich schweizweit nach. Die grossen Detailhändler unterhalten ihre Verkaufsstellen flächendeckend schweizweit. Die befragten Akteure sehen in einer schweizweiten Auslieferung am ehesten die Transportkosten als Hindernis.<sup>37</sup> Diese Faktoren deuten darauf hin, dass beim industriellen Handel von Eiern von einem nationalen Markt auszugehen ist.

74. Für eine engere räumliche Marktabgrenzung würde eventuell sprechen, dass Eier vorwiegend regional vermarktet werden. So hat beispielsweise Migros als grosser Detailhändler und auch grosse Nachfragerin die

Schweiz in eine Plattform Ost und in eine Plattform West aufgeteilt. Sie fragt die Eier der Eierhändler somit nicht mehr national nach. Frigemo als grosser Eierhändler bezieht Eier von diversen Eierproduzenten aus 17 Kantonen.<sup>38</sup> Auch aus den Eierlieferantenlisten von Hosberg AG, Rüti, Eier Hungerbühler AG, Flawil und F&F AG, Dagmersellen geht hervor, dass diese schweizweit oder zumindest aus diversen Kantonen der Schweiz beliefert werden. Es besteht neben der Belieferung der drei grossen Eierhändler (L+S, Frigemo und Ei AG) auch die Möglichkeit, Eier bei kleineren Eierhändlern abzusetzen. Zudem ist auch unerheblich, wo Eierhändler ihren Geschäftssitz haben. Massgeblich ist einzig der Lieferort und dies ist unabhängig von einer Einteilung in die Plattformen Ost oder West, der von der Migros gewünschte Anlieferort.

75. Obwohl die drei grössten industriell produzierenden Eierhändler von einer Schweiz ausgehen, welche in die Plattformen Ost und West aufgeteilt ist, kann eher von einem nationalen Markt für den industriellen Handel mit Eiern ausgegangen werden. Gestützt wird diese Einschätzung auch von den befragten Eierproduzenten. Ein Grossteil sieht eine nationale Auslieferung als eher unproblematisch.<sup>39</sup> Somit stehen die drei grössten industriell produzierenden Eierhändler national in Konkurrenz zu den jeweils anderen industriell produzierenden Eierhändlern (L+S, Frigemo, Ei AG, Hosberg AG, Hungerbühler AG, F&F AG). Würde ein industriell produzierender Eierhändler in seinem Gebiet einen zu hohen Preis setzen, so bestünde für die anderen Eierhändler ein Anreiz, das Gebiet des betreffenden Eierhändlers auch zu beliefern.

76. Gestützt auf die obigen Ausführungen ist nachfolgend somit von einem nationalen Markt für den industriellen Handel mit Eiern auszugehen.

##### B.4.2.2 Markt für die Eierproduktion

77. Die Eierhändler, die Verarbeitungsindustrie sowie die Endkonsumenten als Marktgegenseite der Eierproduzenten fragen grundsätzlich Eier innerhalb der ganzen Schweiz nach. Gemäss der Antworten zu den versandten Fragebogen gibt es kaum Gründe, die gegen den schweizweiten Vertrieb von Eiern sprechen würden.<sup>40</sup> Die Tatsache, dass Eierproduzenten einen Teil ihrer Produktion oft eher kommunal resp. regional vertreiben, ist wohl eher darauf zurück zu führen, dass sie in diesem

<sup>33</sup> Siehe [www.landwirtschaft.ch/de/wissen/tiere/gefluegelhaltung/gefluegelarten/huhn/?type=0](http://www.landwirtschaft.ch/de/wissen/tiere/gefluegelhaltung/gefluegelarten/huhn/?type=0), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>34</sup> Vgl. betreffend die diesbezüglichen Vorschriften Rz 50.

<sup>35</sup> Siehe [www.beobachter.ch/archiv/inhaltsverzeichnisse/artikel/eierproduktion-ein-fleissig-volk-von-huehnern/](http://www.beobachter.ch/archiv/inhaltsverzeichnisse/artikel/eierproduktion-ein-fleissig-volk-von-huehnern/), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>36</sup> Siehe [www.landwirtschaft.ch/de/wissen/tiere/gefluegelhaltung/gefluegelarten/huhn/?type=0](http://www.landwirtschaft.ch/de/wissen/tiere/gefluegelhaltung/gefluegelarten/huhn/?type=0), zuletzt besucht am 14. April 2011.

<sup>37</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Eierhändler [...].

<sup>38</sup> Vgl. Antwort zum Fragebogen des Eierhändlers [...].

<sup>39</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Eierproduzenten [...].

<sup>40</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Eierproduzenten [...].

Gebiet eine genügend grosse Nachfrage für ihre angebotenen Eier vorfinden und die Vermarktung in einem kleinen Gebiet und für einen kleinen Teil ihrer Produktion ohne grösseren Aufwand machbar ist.

78. Es kann somit ein räumlich relevanter Markt für die gesamte Schweiz abgegrenzt werden.

#### **B.4.2.3 Markt für die Produktion von Futtermittel für Junghennen**

79. Wie oben ausgeführt, stehen den Produzenten von Futtermitteln für Junghennen die Eierproduzenten auf der Absatzseite gegenüber. Diese fragen Futtermittel grundsätzlich in der ganzen Schweiz nach. Gegen eine nationale Abgrenzung des Marktes könnten allenfalls die Kosten sprechen, die bei einer schweizweiten Auslieferung der Futtermittel anfallen. Die Befragung der Futtermittelproduzenten hat jedoch gezeigt, dass das Futter für Junghennen national nachgefragt und geliefert wird.<sup>41</sup>

80. Der räumlich relevante Markt für die Produktion von Futtermittel für Junghennen umfasst somit die gesamte Schweiz. Die Frage, ob der Markt allenfalls sogar international abgegrenzt werden könnte, kann an dieser Stelle offen gelassen werden.

#### **B.4.2.4 Markt für die Produktion von Junghennen für die Legelinie**

81. Die Marktgegenseite der Junghennenproduzenten für die Produktion von Junghennen für die Legelinie sind Eierproduzenten. Junghennen werden grundsätzlich schweizweit nachgefragt. Das Tierschutzgesetz verlangt jedoch einen schonenden Umgang mit den Tieren und Transportzeiten von höchstens 6 Stunden (Art. 15 des Tierschutzgesetzes vom 16. Dezember 2005 [TSchG; SR 455]).

82. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung konnte nicht abschliessend geklärt werden, ob ein nationaler Markt für die Junghennenproduktion für die Legelinie abgegrenzt werden kann, da aufgrund der Tierschutzvorschriften die maximalen Transportzeiten zu beachten sind. Unter Berücksichtigung der Verkehrssituation ist der Lieferradius beschränkt. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung kann jedoch für den Zweck des vorliegenden Verfahrens offen gelassen werden.

### **B.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

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

#### **B.5.1 Marktbeherrschende Stellung**

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

85. Vorliegend stellt sich die Frage, ob L+S im Markt für den industriellen Handel von Eiern<sup>42</sup> eine marktbeherrschende oder allenfalls kollektiv marktbeherrschende

Stellung zusammen mit Frigemo und Ei AG einnimmt. Dazu soll nachfolgend die Marktstellung geprüft werden.

#### **B.5.1.1 Marktstellung (Einzelmarktbeherrschung)**

86. Ein Unternehmen kann sich auf dem relevanten Markt nur unabhängig verhalten, wenn es sich nicht genügender aktueller bzw. potenzieller Konkurrenz ausgesetzt sieht. In der vorliegenden Vorabklärung ist die Frage, ob sich L+S von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Da L+S lediglich auf den Märkten für den industriellen Handel von Eiern (als Anbieter) und für Eierproduktion (als Nachfrager) tätig ist, wird die aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf diesen Märkten geprüft.

##### **B.5.1.1.1. Markt für den industriellen Handel von Eiern**

###### **I. Aktuelle Konkurrenz**

87. Aus Tabelle 1 sind die Marktanteile der Akteure auf dem gesamten Markt für den Eierhandel ersichtlich:

<sup>41</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Futtermittelproduzenten [...].

<sup>42</sup> Für die Abgrenzung dieses Marktes wird auf Rz 50 ff. (sachlich relevanter Markt) und Rz 73 ff. (räumlich relevanter Markt) verwiesen.

Tabelle 2: Geschätzte Marktanteile im Markt für den Eierhandel

Eierhändler	Marktanteil Eierhandel [%]	Marktanteil industrieller Eierhandel [%]
Direktvermarktung	34.6	-
L+S	17.7	27.1
Frigemo	17.3	26.5
Ei AG	16.7	25.5
Hosberg AG	6.3	9.6
Hungerbühler	4.8	7.3
F & F AG	2.6	4.0

Quelle: Aviforum, [www.aviforum.ch](http://www.aviforum.ch)

88. Die drei grössten Eierhändler L+S, Frigemo und Ei AG kommen im Markt für den industriellen Handel von Eiern auf einen konsolidierten Marktanteil von nahezu 80 %. Die drei grössten Eierhändler beliefern die grossen Detailhändler in der Schweiz. Aufgrund ihrer Unternehmensgrösse können sie die Kosten für Logistik und Qualitätskontrolle tiefer halten als kleinere Eierhändler. Insbesondere die Detailhändler als nachfragende Marktgegenseite der Eierhändler haben ein grosses Interesse daran, ihre Nachfrage nach Eiern auf möglichst wenige Eierhändler zu konzentrieren, welche die gewünschten Dienstleistungen (Logistik, Qualitätssicherung etc.) erbringen können. Das Verhältnis von Lieferung an Detailhändler und Direktlieferung dürfte in etwa bei 2:1<sup>43</sup> liegen.

89. Solange die drei grossen Anbieter von Eiern die grossen Detailhändler im Land beliefern können, ist nicht damit zu rechnen, dass sich deren gemeinsamer Marktanteil von 80 % wesentlich verändern wird.

90. Wie aufgezeigt wurde, sind neben L+S noch zwei weitere grosse Eierhändler im Markt für den industriellen Handel von Eiern aktiv. Diese vermögen aufgrund ihrer Grösse einen disziplinierenden Einfluss auf L+S auszuüben, weshalb sich diese nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann.

## II. Potenzielle Konkurrenz

91. Im Markt für den industriellen Eierhandel sind neben dem Wissen über die Qualitätserfordernisse auf allen Stufen der Eierproduktion, dem Wissen betreffend Tierschutzgesetz und den Hygieneanforderungen auch sonst relativ hohe Investitionen vor einem allfälligen Markteintritt erforderlich. So müssen die Eier bei den Produzenten eingesammelt werden, das Gewicht der Eier muss bestimmt werden, qualitativ unbrauchbare Eier müssen erkannt und aussortiert werden und die Eier müssen mit allen relevanten Daten gekennzeichnet werden. Letztlich müssen die Eier auch noch verpackt und an die Kunden ausgeliefert werden. Einige der Eierhändler verarbeiten die Eier zusätzlich noch zu Eiprodukten, was ebenfalls eine entsprechende Infrastruktur voraussetzt.

92. Dies alles erfordert eine industrielle Produktion mit entsprechender Infrastruktur. Weiter erfordert eine effiziente Produktion in diesem Markt die Belieferung eines Detailhändlers oder eines grossen Abnehmers. Die Hürden, um von einem Detailhändler berücksichtigt zu werden und in der Folge auch eine gewisse Unternehmensgrösse zu erreichen, sind in diesem Markt relativ hoch.

93. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass Markteintritte kurz- bis mittelfristig eher unwahrscheinlich sind. Deshalb geht neben der Disziplinierung von L+S durch die heute bereits tätigen Eierhändler keine weitere disziplinierende Wirkung von potenzieller Konkurrenz aus.

## III. Zwischenergebnis

94. Aufgrund genügender aktueller Konkurrenz nimmt L+S im Markt für den industriellen Handel mit Eiern keine einzelmarktbeherrschende Stellung ein.

### B.5.1.2 Markt für die Eierproduktion

95. Auf dem Markt für die Eierproduktion stellt sich die Frage, ob L+S auf der Nachfrageseite eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

#### I. Aktuelle Konkurrenz

96. Grundsätzlich können Eierproduzenten bei allen Eierhändlern Eier absetzen. Neben L+S fragen noch Frigemo und die Ei AG als grosse Eierhändler Eier bei Eierproduzenten nach. Hierbei müssen die Eierhändler die von den Detailhändlern nachgefragten Kontingente bedienen. Daher stehen die Eierhändler als Nachfrager von Eiern in gegenseitiger Konkurrenz. Einem Eierproduzenten, der heute L+S beliefert, steht es somit grundsätzlich offen, seine Eier auch an einen anderen Eierhändler zu liefern oder in den Direktverkauf einzusteigen. Die Befragung der Marktteilnehmer hat auch keine

<sup>43</sup> Siehe [www.aviforum.ch/downloads/Statistiken\\_2009\\_Grafiken.pdf](http://www.aviforum.ch/downloads/Statistiken_2009_Grafiken.pdf), "Marktanteil 2008, Eiervermarktungsfirmen", zuletzt besucht am 14. April 2011.

Anhaltspunkte ergeben, wonach den Eierproduzenten der Zugang zu Eierhändlern verwehrt sei, zumal auch der Transport von Eiern im Gebiet der Schweiz mit vergleichbar geringen Kosten verbunden sei.<sup>44</sup> Die drei grossen Eierhändler L+S, Frigemo und Ei AG verfolgen hierbei im Rahmen der Qualitätssicherung unterschiedliche Strategien. Während L+S und Frigemo bereits in einem frühen Produktionsstadium Qualitätskontrollen durchführen und entsprechende Beiträge für die Sicherstellung der Qualität erheben, werden solche Beiträge von Ei AG nicht erhoben.

97. Eierhändler werden somit durch die Eierproduzenten dahingehend diszipliniert, dass schlechte Konditionen für Eierproduzenten diese dazu bewegen dürften, ihre Eier beim konkurrierenden Eierhändler abzuliefern. Im Rahmen der Analyse kann allerdings offen gelassen werden, inwieweit diese L+S zu disziplinieren vermögen.

## II. Potenzielle Konkurrenz

98. Wie in Rz 91 ff. ausgeführt, ist es eher unwahrscheinlich, dass kurz- bis mittelfristig ein Markteintritt eines weiteren grossen Eierhändlers in den Markt für den industriellen Handel von Eiern erfolgt. Nicht ausgeschlossen werden können Markteintritte kleinerer Eierhändler als Nachfrager im Markt für die Eierproduktion. Ob diese jedoch potenziell einen disziplinierenden Einfluss auf L+S auszuüben vermögen ist unklar.<sup>45</sup>

## III. Zwischenergebnis

99. Aufgrund ausreichender aktueller Konkurrenz bestehen derzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass L+S im Markt für die Eierproduktion als Nachfrager eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

### B.5.2 Marktstellung (kollektive Marktbeherrschung)

100. Das schweizerische Kartellgesetz sieht in Art. 4 Abs. 2 KG explizit vor, dass mehrere Unternehmen gemeinsamen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können (kollektive Marktbeherrschung). Die WEKO hatte sich bereits mehrmals zum Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu äussern.<sup>46</sup>

101. Im Markt für die Produktion von Eiern verrechnen von den drei grossen Eierhändlern ausschliesslich L+S und Frigemo Beiträge für die Qualitätskontrollen. Ei AG sieht von solchen Beiträgen ab. Damit verfolgt die Ei AG im Markt für die Eierproduktion eine grundlegend andere Strategie als die beiden anderen grossen Eierhändler. Es müsste somit vorwiegend eine kollektive Marktbeherrschung von L+S und Frigemo im Bezug auf den Markt für die Eierproduktion geprüft werden, wobei sich diese beiden Eierhändler wiederum dadurch unterscheiden, dass Frigemo vertikal in den Futtermittelproduzenten UFA integriert ist. Die Anreize von Frigemo dürften deshalb von jenen von L+S differieren. Die drei grossen Unternehmen sind somit unterschiedlich aufgestellt im Markt für den industriellen Handel mit Eiern.

102. Des Weiteren kommen die beiden Unternehmen (L+S und Frigemo) zusammen nur auf einen konsolidierten Marktanteil von ca. 54 % (siehe Tabelle 2), weshalb eine kollektive Marktbeherrschung unwahrscheinlich erscheint. Aus den oben genannten Gründen erübrigt

sich eine vertiefte Analyse der kollektiven Marktbeherrschung auf diesem Markt.

103. Auf dem Markt für den industriellen Handel von Eiern nehmen die drei Eierhändler L+S, Frigemo und Ei AG einen hohen Marktanteil ein. Die starke Stellung, der Detailhändler gegenüber den Eierhändlern erschwert jedoch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei grossen Eierhändler. Die starke Nachfragemacht der Detailhändler zeigt sich auch auf vergleichbaren Märkten.

### B.5.2.1 Zwischenergebnis

104. Das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung der drei grossen Eierhändler (L+S, Frigemo und Ei AG) gegenüber den Detailhändlern ist unwahrscheinlich. Wie sich auch auf vergleichbaren Märkten in Vergangenheit gezeigt hat, ist davon auszugehen, dass die Detailhändler kaum bereit sind, überhöhte Eierpreise zu bezahlen. Diese Erkenntnis gilt unabhängig davon, ob auf dem Markt für den Detailhandel Wettbewerb herrscht oder nicht.

105. Eine kollektive Marktbeherrschung der Eierhändler gegenüber den Eierproduzenten ist unwahrscheinlich, da die Ei AG keine Beiträge für die Sicherstellung der Qualität verrechnet und Frigemo vertikal mit dem Futtermittelproduzenten UFA integriert ist. Durch die ungenügenden Symmetrien, die fehlende Markttransparenz und die unterschiedlichen Strategien der drei Unternehmen wird somit ein gleichförmiges, paralleles Verhalten der drei Eierhändler stark erschwert.

106. Die Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung hat gezeigt, dass L+S weder über eine alleinige noch über eine kollektive Marktbeherrschung (zusammen mit Frigemo und Ei AG) verfügt. Dies wurde sowohl im Verhältnis zu den Detailhändlern als auch zu den Eierproduzenten betrachtet.

### B.5.3 Unzulässige Verhaltensweisen

#### B.5.3.1 Preismechanismus auf den einzelnen Stufen des Eierhandels

107. Nachfolgend wird die Preisbildung auf den unterschiedlichen Marktstufen des Eierhandels (siehe Abbildung 1) grafisch und in Worten erklärt. Die Erklärungen sind für das Verständnis im nächsten Kapitel von Bedeutung.

108. Die nachfolgenden Abläufe sind grundsätzlich nicht davon abhängig, ob im Detailhandelsmarkt Wettbewerb herrscht oder nicht. Unabhängig von der Intensität des zugrunde liegenden Wettbewerbs würde von den Detailhändlern der notwendige Marktdruck auf der Stufe Eierhandel ausgeübt.

<sup>44</sup> Vgl. insbesondere die Antworten zu den Fragebogen der Eierproduzenten [...].

<sup>45</sup> Vgl. Rz 96.

<sup>46</sup> Zuletzt in RPW 2010/3, 528 ff. Rz 224 ff., France Télécom SA/Sunrise Communications AG; vgl. auch RPW 2008/3, 450 ff. Rz 252 ff., Heineken/Eichhof, m. w. H.; RPW 2008/1, 204 f. Rz 637 ff., Migros/Denner, m. w. H.

109. Die kollektive Marktbeherrschung der Eierhändler gegenüber den Detailhändlern ist somit als äusserst unwahrscheinlich zu erachten. Zudem können Detailhändler grundsätzlich zwischen den Eierhändlern substituieren, was ihre Position gegenüber den Eierhändlern zusätzlich stärkt. Unter der Voraussetzung, dass der Marktdruck der Detailhändler auf die Eierhändler gross genug ist und die Eierhändler gegenüber den Eierproduzenten grundsätzlich im Wettbewerb stehen, ist davon auszugehen, dass sowohl der Eierpreis, welchen die Detailhändler den Eierhändlern bezahlen als auch der Eierpreis, welcher den Konsumenten verrechnet wird, tendenziell einem Konkurrenzpreisniveau entspricht. Wäre der von einem Eierhändler verrechnete Preis zu hoch, so könnten die Detailhändler auf einen oder mehrere andere Eierhändler ausweichen. Auch für die Eierhändler besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ihre Eier bei zu tiefen Preisen der Detailhändler anderweitig abzusetzen.

110. Werden somit in einem ersten Schritt nur diese beiden Stufen betrachtet, so sorgt der Wettbewerbsdruck der Detailhändler auf die Eierhändler dafür, dass der Preis ungefähr den Gesamtkosten der Produktion eines Eis (inklusive angemessener Gewinnmarge) entsprechen dürfte.

111. Es stellt sich nun die Frage nach der Einordnung der Beiträge für die Qualitätssicherung und somit nach der Zusammensetzung des Preises auf den dem Eierhandel vorgelagerten Marktstufen. Ausgehend davon, dass die von den Detailhändlern geforderte Qualitätskontrolle bei der Eierproduktion sichergestellt werden muss, so ist es aus volkswirtschaftlicher Sicht unerheblich, wer diese Qualitätskontrolle durchführt. Wird dieser Beitrag bei den Produktionsmittelproduzenten erhoben, so werden diese die erhöhten Kosten ganz oder teilweise den Eierproduzenten auferlegen und diese wiederum ganz oder teilweise den Eierhändlern. Die Eierhändler bezahlen somit einen um die Qualitätsbeiträge höheren Preis pro Ei an die Eierproduzenten.

112. In Abbildung 3 werden die Preismechanismen auf den unterschiedlichen Stufen der Eierproduktion dargestellt. Bei der Betrachtung dieser Abbildung wird klar, dass es irrelevant ist, ob die Qualitätskontrolle von den

Eierhändlern oder von einem externen Unternehmen durchgeführt wird. Die Kosten der Qualitätssicherung  $k^Q$ , die den Produktionsmittelproduzenten auferlegt werden, würden sich somit am Ende der Produktionskette nur dann beim Konsumenten in einem höheren Preis pro Ei widerspiegeln, wenn es den Eierhändlern gelingen würde, gegenüber Detailhändlern höhere Preise resp. eine höhere Marge durchzusetzen. Dies erscheint allerdings nach derzeitigem Kenntnisstand eben gerade nicht möglich, da die Detailhändler gegenüber den Eierhändlern eine ausreichend starke Position einnehmen.

113. Nachfolgend werden die Anreize von L+S unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung analysiert.

### B.5.3.2 Wirkungen der Anreize von L+S

114. Im Nachfolgenden soll die Frage geklärt werden, ob L+S unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Anreize hätte, Produktionsmittelproduzenten (Futtermittel- resp. Junghennenproduzenten) aus den jeweiligen Märkten zu verdrängen resp. diese auszubeuten.

115. Es sei festgehalten, dass bisher auf der Marktstufe der Produktionsmittelproduzenten keine gezielte Verdrängung von Marktteilnehmern beobachtet wurde. Angenommen, L+S würde die auferlegten Beiträge für die Sicherstellung der Qualität bei den Produktionsmittelproduzenten so hoch ansetzen, dass diese ihre anfallenden Kosten nicht mehr decken könnten, so würden diese auf andere Gebiete ausweichen (Futtermittelproduzenten zu Futter für andere Tierrassen und Junghennenproduzenten zur Mastlinie) oder die Produktion ganz aufgeben. Konsequenz daraus wäre, dass die Konzentration auf den beiden Märkten zunehmen würde, was tendenziell zu einer Erhöhung der Preise für Futtermittel und Junghennen führen würde. Dies wiederum kann nicht im Interesse von L+S sein, da sie auf der nachgelagerten Marktstufe konkurrenzfähig bleiben muss.

116. Als weiteres Szenario wäre möglich, dass L+S sich in Vergangenheit mit diesen Beiträgen für die Qualitätskontrollen so stark bereichert hätte, dass sie die höheren Preise nach Marktaustritten von Produktionsmittelproduzenten mit den eingefahrenen überdurchschnittlich ho

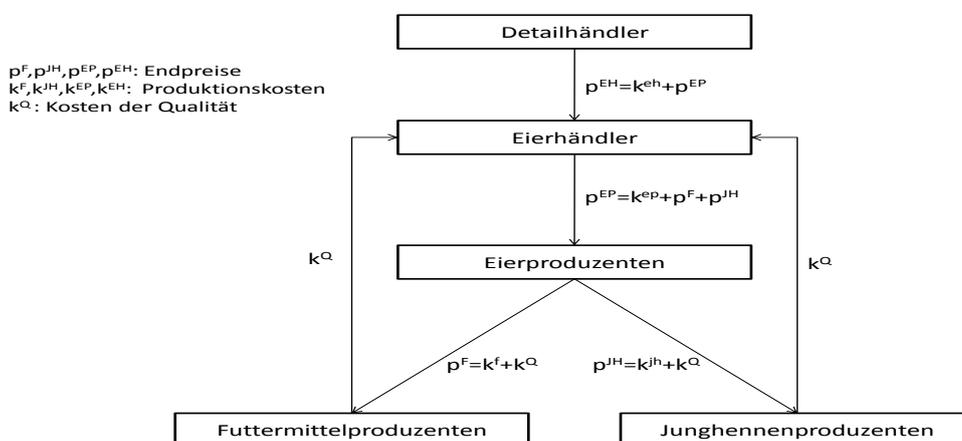


Abbildung 3: Preismechanismus auf dem Gebiet von Eiern

hen Gewinnen der Vergangenheit kompensieren könnte. Dieses Szenario wäre jedoch mit sehr viel Unsicherheit behaftet, da es für L+S äusserst schwierig abzuschätzen wäre, wie lange sie diese höheren Preise zukünftig bezahlen müsste. Des Weiteren ist Frigemo als Konkurrent von L+S mit dem Futtermittellieferanten UFA vertikal integriert. Es muss deshalb im Interesse von L+S sein, dass UFA mit möglichst vielen anderen Unternehmen im Wettbewerb steht und es kann ebenso nicht im Interesse von L+S sein, wenn die ihr angeschlossenen Eierproduzenten zukünftig ihre Futtermittel vom vorgelagerten Unternehmen ihres direkten Konkurrenten (Frigemo) zu überhöhten Preisen beziehen müssen.

117. Obige Analyse wird zudem durch die Tatsache untermauert, dass L+S mit Schreiben vom 14. März 2011<sup>47</sup> dem Sekretariat zur Kenntnis gebracht hat, zukünftig nur noch die geforderte Qualität zu definieren, die Kontrollen jedoch dritten Unternehmen zu überlassen. Daraus lässt sich ableiten, dass L+S mit den Beiträgen für die Qualitätskontrolle kaum eine Ausbeutungs- bzw. eine Verdrängungsabsicht verfolgte.

118. Gegeben es fanden keine Verdrängungen statt, so könnten die Beiträge eventuell noch zur Umverteilung von Margen von den Produktionsmittel- oder Eierproduzenten zu den Eierhändlern geführt haben. Da wir jedoch von Wettbewerb auf der Stufe der Produktionsmittelproduzenten ausgehen, werden die Preise der Produktionsmittelproduzenten bereits bei den Produktionskosten plus einer angemessenen Marge liegen. Ein Abschöpfen dieser Margen durch L+S würde somit kurz- bis mittelfristig tendenziell zu Marktaustritten von Produktionsmittelproduzenten führen, was wie ausgeführt nicht im Interesse von L+S sein könnte.

#### B.5.4 Fazit

119. Die drei grössten Eierhändler L+S, Frigemo und Ei AG vereinen zusammen beinahe 80 % Marktanteil auf dem schweizweiten Markt für den industriellen Handel mit Eiern. Trotz allem gibt es zu wenig Indizien dafür, dass sich L+S alleine bzw. die drei grossen industriellen Eierhändler gemeinsam in genügendem Ausmass unabhängig verhalten können, um als marktbeherrschend qualifiziert zu werden. Art. 7 KG erfordert das kumulative Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sowie eines Missbrauchs.

120. Ausgehend davon, dass auf keiner Marktstufe ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sind die Beiträge für die Sicherstellung der Qualität grundsätzlich unproblematisch, da diese jeweils von der nachgelagerten Stufe durch einen höheren Preis bezahlt werden. Gegeben diese Qualität wird vom Endkunden nachgefragt und von den Detailhändlern definiert, so ist es unerheblich, ob die hierfür notwendigen Qualitätskontrollen von den Eierhändlern oder von einem unabhängigen Unternehmen durchgeführt werden.

121. Zur Vollständigkeit der Analyse wurde im Anschluss an die Prüfung der Marktbeherrschung zudem verifiziert, ob ein Missbrauch von L+S – unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung – mit deren Anreizen überhaupt kompatibel wäre. Die resultierende Ergebnisse zeigen, dass L+S sowohl im Falle einer Ver-

drängung als auch im Falle einer Ausbeutung von Produktionsmittelproduzenten gegen die eigenen Interessen handeln würde.

## B.6 Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen L+S und Eierproduzenten

### B.6.1 Wettbewerbsabrede

122. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Unzulässig sind gemäss Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf dem 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.

123. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Vertrag zwischen L+S und Eierproduzenten über die Abnahme von Eiern. Dieser Vertrag enthält unter anderem auch Vorschriften über die Produktionsmittel. Es handelt sich dabei folglich um eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung. Diese stellt ein "bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Parteien" dar.<sup>48</sup> Das erste Tatbestandselement der Wettbewerbsabrede ist somit erfüllt.

124. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist jedoch nicht notwendig. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Wirkung bereits eingetreten ist. Es genügt, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten kann.<sup>49</sup> Mit anderen Worten muss die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein.<sup>50</sup> Die getroffenen Vereinbarungen betreffend Produktionsmittel schränkt die Eierproduzenten bei der Herstellung der Eier ein. Folglich wird mit der Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bewirkt, wenn auch nicht zwangsläufig bezweckt.

<sup>47</sup> Schreiben L+S vom 14. März 2011.

<sup>48</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 78 f., m. w. H.

<sup>49</sup> ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 4 N 24 f.

<sup>50</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (N 68) Art. 4 Abs. 1 KG.

125. Es kann somit festgehalten werden, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen L+S und den Eierproduzenten um eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt.

#### B.6.1.1 Vertikale Abrede

126. Bei L+S als Eierhändler und den Eierproduzenten handelt es sich um Unternehmen, die verschiedenen Marktstufen (Produktion und Distribution) angehören. Es ist daher zu prüfen, ob die Vereinbarung den Tatbestand einer vertikalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt.<sup>51</sup>

127. Da die Verträge zwischen L+S und den Eierproduzenten weder die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen noch die Zuweisung von Gebieten beinhalten, greift der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht (vgl. auch Ziff. 10 (1) VertBek).

#### B.6.2 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abrede

128. Da die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht greift, gilt es zu prüfen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führt und ob die Wettbewerbsbeeinträchtigung allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) gerechtfertigt sein kann.

129. Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien hat einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.<sup>52</sup>

130. In einem ersten Schritt ist zu klären, ob die Eierproduzenten, welche L+S beliefern, bei der Wahl der Produktionsmittelproduzenten eingeschränkt werden. In ihrer Eingabe vom 9. Oktober 2009 führt L+S aus, dass die Eierproduzenten bei der Wahl der Produktionsmittelproduzenten frei seien. Allerdings würden aufgrund der langjährigen Partnerschaft zwischen L+S und den Eierproduzenten, die meisten Produzenten der Empfehlung von L+S folgen. Diejenigen, die der Empfehlung nicht folgen würden, hätten keine Nachteile.<sup>53</sup> Diese Aussage ist insofern widersprüchlich, als dass im von L+S in derselben Eingabe beigelegten "Rahmenvertrag für Eierlieferungen" in Ziff. 8.1 festgehalten wird, dass die für die Eierproduktion notwendigen Produktionsmittel, insbesondere Tiere und Futtermittel, bei L+S nahestehenden Unternehmen beschafft werden.<sup>54</sup> Ziff. 8.2 definiert, was unter "L+S nahestehende Unternehmen" zu verstehen ist: "L+S hat bei ausgewählten Produktionsmittelproduzenten (Futtermühlen und Aufzuchtbetriebe) Qualitäten, Serviceleistungen und Preise überprüft und kann diese empfehlen. [...]."<sup>55</sup> Aus einem Schreiben von L+S vom Februar 2010, welches Egli dem Sekretariat hat zukommen lassen, geht hervor, dass die Eierproduzenten den Futtermittelproduzenten grundsätzlich frei wählen können. Entscheiden sie sich jedoch für einen Produktionsmittelproduzenten, welcher von L+S noch nicht geprüft

wurde, muss eine Qualitätsprüfung erfolgen, bevor L+S für diesen Produktionsmittelproduzenten die Freigabe erteilt. Abbildung 4 verdeutlicht wie vorgegangen wird, wenn Eierproduzenten Produktionsmittel von L+S nicht nahestehenden Unternehmen (d. h. nicht auf der Internetseite von L+S empfohlene Lieferanten) beziehen wollen:

<sup>51</sup> Vgl. auch die Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), abrufbar unter [www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de](http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de).

<sup>52</sup> Ziff. 12 (1) VertBek.

<sup>53</sup> Schreiben L+S vom 9. Oktober 2009, 1.

<sup>54</sup> "Die für die Eierproduktion notwendigen Produktionsmittel, insbesondere Tiere und Futter, beschafft der Produzent bei L+S nahestehenden Unternehmen", Schreiben L+S vom 9. Oktober 2009, Beilage 6.

<sup>55</sup> Schreiben L+S vom 9. Oktober 2009, Beilage 6.

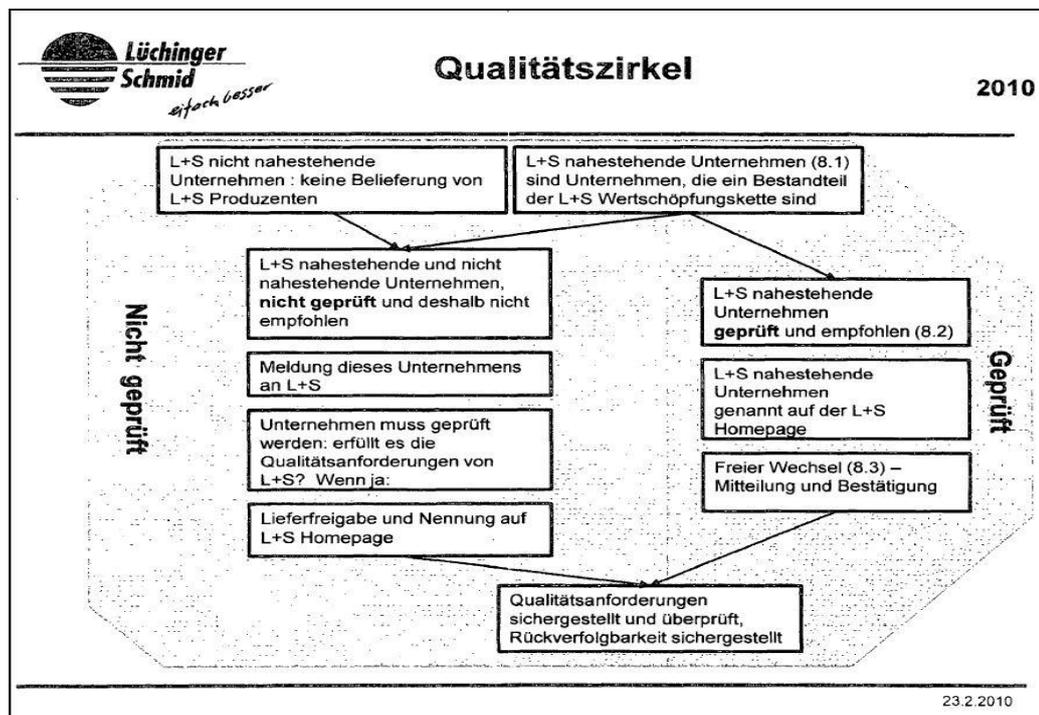


Abbildung 4: Qualitätszirkel (Quelle: Schreiben L+S vom 23. Februar 2010, Beilage)

131. Die an L+S liefernden Eierproduzenten sind somit in der Auswahl ihrer Produktionsmittelproduzenten grundsätzlich frei. Allerdings muss der von ihnen gewählte Produktionsmittelproduzent von L+S genehmigt werden. Dies führt zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den Produktionsmittelmärkten (Markt für die Produktion von Futtermittel für Junghennen und Markt für Junghennenproduktion für die Legelinie).

132. Ziff. 12 (2) VertBek führt Tatbestände auf, die als qualitativ schwerwiegende Abreden zu qualifizieren sind. Die Einschränkung von Lieferanten fällt nicht darunter. Die vorliegende Abrede zwischen L+S und den Eierproduzenten ist in qualitativer Hinsicht somit nicht als schwerwiegend zu qualifizieren.

133. Abreden sind in quantitativer Hinsicht unerheblich, wenn sie kaum oder gar keinen Einfluss auf den Markt auszuüben vermögen.<sup>56</sup> Die quantitative Erheblichkeit lässt sich unter anderem anhand der Marktanteile und Umsätze der beteiligten Unternehmen bzw. der Marktgegenseite beurteilen.<sup>57</sup> Insbesondere durch die Grösse von L+S ist es durchaus denkbar, dass die Abrede als quantitativ erheblich zu qualifizieren ist.

134. Wie bereits erwähnt, müssen bei der Beurteilung ob es sich um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung handelt, sowohl die qualitativen als auch die quantitativen Elemente berücksichtigt werden.<sup>58</sup> Qualitativ ist die Abrede zwischen L+S und den Eierproduzenten nicht als erheblich zu qualifizieren. Ob das quantitative Element ausreicht, dass die Abrede als erheblich zu qualifizieren ist, kann vorliegend offenbleiben, da sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.<sup>59</sup>

### B.6.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

135. Gemäss Ziff. 16 (2) VertBek gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 (2) VertBek und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.

136. Aufgrund der Struktur des Eiermarktes erreichen die einzelnen Eierproduzenten keine 30 % Marktanteil im Markt für die Produktion von Eiern. L+S erreicht gemäss Tabelle 2 einen Marktanteil auf dem Markt für die Beschaffung von Eiern nahe 30 %. Zudem ist davon auszugehen, dass die Absprache kumulative Marktauswirkungen hat.

137. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, die von Ziff. 16 (2) VertBek nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist (vgl. Ziff. 16 (3) VertBek). Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind

<sup>56</sup> RPW 2009/2, 153 Rz 75, Sécateurs et cisailles.

<sup>57</sup> PATRIK DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/Marbach/Ducrey (Hrsg.), 2008, Rz 1400.

<sup>58</sup> Vgl. Rz 132.

<sup>59</sup> Vgl. nachfolgend Rz 135 ff.

Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Für die Rechtfertigung einer erheblichen Wettbewerbsabrede müssen demnach folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sein: Vorliegen einer effizienzsteigernden Wirkung, Notwendigkeit der Wettbewerbsabrede zur Erzielung der Effizienzwirkung sowie fehlende Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

138. Ziff. 16 (4) VertBek listet beispielhaft auf, welche Rechtfertigungsgründe gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG von den Unternehmen geltend gemacht werden können. Darunter fällt auch die Sicherung der Einheitlichkeit der Qualität der Vertragsprodukte (Ziff. 16 (4) b VertBek).

139. Aus der Eingabe von L+S vom 9. Oktober 2009 ist ersichtlich, dass die von den Produktionsmittelproduzenten früher zu bezahlenden (fixe und volumenabhängige) Beiträge im Rahmen der Qualitätsvereinbarungen zu leisten waren. Auch die heute zu leistenden Beiträge sind gemäss L+S mit der Qualitätssicherung verbunden.<sup>60</sup>

140. Daneben muss die Wettbewerbsabrede zur Erreichung des Effizienzziels notwendig sein. Dies kann bejaht werden, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt werden.<sup>61</sup>

- Die Abrede muss geeignet sein, den Effizienzgrund zu erreichen.
- Es darf kein zur Erreichung des Effizienzziels gleich geeignetes, aber milderer Mittel zur Verfügung stehen.
- Die Wettbewerbsabrede darf den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht überproportional beeinträchtigen.

141. Die Eierhändler, so auch L+S, müssen ihren Kunden die geforderte Qualität der Eier garantieren können. Die geforderte Qualität der Eier betrifft nicht nur die Produktion der Eier selbst, sondern auch die Qualität der Produktionsmittel sowie die Möglichkeit der Rückverfolgbarkeit der Produktion. L+S muss somit garantieren können, dass die für die Eierproduktion verwendeten Futtermittel und Junghennen den geforderten Qualitätsansprüchen genügen. Insofern ist die Abrede geeignet, den Effizienzgrund zu erreichen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein milderer Mittel zur Verfügung stehen würde, welches ebenfalls geeignet wäre, das Effizienzziel zu erreichen. Denkbar wäre beispielsweise, dass die Eierproduzenten oder externe Unternehmen die Qualitätssicherung der Produktionsmittel übernehmen. Dabei müssten die Eierhändler die Massnahmen zur Qualitätssicherung wiederum ebenfalls überprüfen. Zudem wären auch diesbezüglich vertragliche Vereinbarungen notwendig, welche vermutlich etwas weniger einschneidend, jedoch ebenfalls als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren wären, da sie ebenfalls die Wahlfreiheit der Eierproduzenten bei ihren Produktionsmittelproduzenten

einschränken würden. Ei AG zeigt, dass dasselbe Ziel mit etwas milderer Mitteln erreicht werden könnte. Wie aber bereits oben erwähnt, stellt L+S gemäss Schreiben vom 14. März 2011<sup>62</sup> ihr Qualitätssystem auch im Sinne der Ei AG um. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Abrede zwischen L+S und den Eierproduzenten den Wettbewerb nicht überproportional beeinträchtigt. Denn wie bereits erwähnt, haben die Eierproduzenten weiterhin eine gewisse Freiheit in der Wahl ihrer Produktionsmittelproduzenten.<sup>63</sup>

142. Wie bereits bei der Analyse zur marktbeherrschenden Stellung (siehe Abschnitt B.5.1) festgestellt, geht von den Detailhändlern ein genügend hoher Marktdruck aus, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Eierhändler bei den Detailhändlern überhöhte Preise durchsetzen können. Die Eierhändler können zudem kein Interesse daran haben, Eierproduzenten aus dem Markt zu drängen, da sie aus Gründen der effizienten Abwicklung auf grosse Eierproduzenten angewiesen sind und zudem ihre Lieferkontingente bei den Detailhändlern erfüllen müssen. Ein Hinausdrängen von grossen Eierproduzenten hätte für die Eierhändler in einem nächsten Schritt zur Folge, dass diese die Nachfrage nach Eiern nicht mehr wie gewünscht aus wenigen Händen beziehen könnten, sondern auf andere, kleinere Eierproduzenten ausweichen müssten.

143. Wiederum vorausgesetzt, dass die von den Detailhändlern und letztendlich von den Konsumenten geforderte Qualität durch die Eierhändler oder ein drittes, externes Unternehmen sichergestellt werden muss, so kann dies durch ein vertikales Abkommen zwischen den Eierhändlern und den Eierproduzenten betreffend Qualität effizient sichergestellt werden. Die Eierhändler sind zudem zur Sicherstellung der Transparenz beim Konsumenten auf verschiedene Informationen (Legedatum, Elterntiere, Brüterei, Aufzucht usw.) angewiesen. Nur so verfügt der Konsument beim Kauf von Eiprodukten über die für seine Kaufentscheidung notwendigen Informationen. Ein transparenter Markt kann die Effizienz erhöhen.

144. Folglich kann die von L+S und den Eierproduzenten getroffene Wettbewerbsabrede betreffend die Produktionsmittelproduzenten, falls sie überhaupt als erheblich zu qualifizieren ist, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

## B.6.4 Ergebnis

145. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vereinbarungen zwischen L+S und den Eierproduzenten betreffend die Produktionsmittelproduzenten keine unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG darstellen.

<sup>60</sup> Schreiben L+S vom 13. Dezember 2010.

<sup>61</sup> PATRIK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 332 ff., m. w. H.

<sup>62</sup> Schreiben L+S vom 14. März 2011.

<sup>63</sup> Vgl. Rz 129 f.

---

## **C Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass zur Zeit keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 oder Art. 7 KG vorliegt;
  2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
  3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
-

B 1.1

**2. Markt für Hörgeräte**

Zwischenbericht vom 17. Februar 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Markt für Hörgeräte wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

**A Sachverhalt****A.1 Verfahren**

1. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (nachfolgend: BSV) wurde mit Schreiben vom 10. November und 4. Dezember 2009 darum ersucht, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) diejenigen Informationen und Dokumente zu übermitteln, welche den von Exponenten des BSV in der Presse gemachten Äusserungen, man habe "deutliche Hinweise" darauf, dass in der Schweiz im Hörgeräte-Bereich "ein rechtswidriges Kartell oder ein Monopol besteht"<sup>1</sup>, zugrunde liegen. Das BSV äusserte sich in der Folge mit Schreiben vom 9. und 17. Dezember 2009, in welchem die Indizien dargelegt wurden, die beim BSV zur Vermutung führten, dass der Wettbewerb behindert wird. Am 19. Januar 2010 fand zudem ein Treffen zwischen Vertretern des BSV und Mitarbeitern des Sekretariats in dieser Angelegenheit statt.

2. Zuvor hatte am 3. Dezember 2009 ein erstes Treffen zwischen Mitarbeitern des Sekretariat und Vertretern der Hörbehindertenorganisation pro audito Schweiz stattgefunden, welche dem Sekretariat vorgängig mit Schreiben vom 30. November 2009 erste Informationen hatte zukommen lassen.

3. Zur Abklärung der Marktverhältnisse im Bereich Hörgeräte hat das Sekretariat am 22. Januar 2010 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG<sup>2</sup> eröffnet.

4. Mit Schreiben vom 25. Januar 2010 wurde an 22 im Kanton Bern (davon 11 in der Stadt Bern) tätige Hörgeräteakustiker<sup>3</sup> ein Fragebogen mit Frist zur Beantwortung bis zum 25. Februar 2010 verschickt.<sup>4</sup> Im Rahmen einer repräsentativen Auswahl wurden dabei sowohl Akustikergeschäfte, die einer Kette angehören, als auch Einzelbetriebe<sup>5</sup> befragt.

5. Ebenfalls mit Schreiben vom 25. Januar 2010 wurden folgende Hersteller von Hörgeräten (nachfolgend: Hörgerätehersteller) befragt:

- Die Bernafon AG (nachfolgend: Bernafon) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Sie bezweckt die Entwicklung, Produktion und Vertrieb von audiologischen Produkten.<sup>6</sup> In der Schweiz liefert sie ihre Hörgeräte der Marke "Bernafon" direkt an verschiedene Akustiker, welche die Geräte wiederum an hörbehinderte Endkunden verkaufen.<sup>7</sup> Bernafon gehört wie Oticon SA zur dänischen Holding William Demant.
- Die GN ReSound AG (nachfolgend: GN ReSound) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Thalwil. Sie bezweckt den Vertrieb von akustischen und medizinischen Geräten in der Schweiz.<sup>8</sup> GN ReSound

ist Teil der international tätigen GN ReSound Gruppe mit Hauptsitz in Kopenhagen, Dänemark, und fungiert als Importeurin und Vertreiberin der firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.

- Die Oticon SA (nachfolgend: Oticon) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Solothurn. Sie bezweckt den Handel mit Hörgeräten und Zubehör.<sup>9</sup> Als 100 %-Tochtergesellschaft der dänischen Firma Oticon AS mit Sitz in Smorum (DK) agiert Oticon als Importeurin und Vertreiberin der firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.<sup>10</sup> Oticon gehört wie Bernafon zur dänischen Holding William Demant.
- Die Phonak AG (nachfolgend: Phonak) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Stäfa. Sie bezweckt insbesondere Fabrikation, Verkauf, Import und Export von Geräten der Elektro-Akustik und verwandter Gebiete, insbesondere Hörgeräte.<sup>11</sup> Sie ist Teil der Sonova Gruppe und liefert ihre Hörgeräte direkt an die jeweiligen Akustiker in der Schweiz.
- Die Siemens Audiologie AG (nachfolgend: Siemens) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Adliswil. Sie bezweckt insbesondere Handel mit und Fabrikation und Vertrieb von elektro-medizinischen, elektronischen, akustischen Apparaten und Geräten.<sup>12</sup> Siemens ist die Schweizer Vertriebsgesellschaft der deutschen Firma Siemens Audiologische Technik GmbH.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Interview von Alard du Bois-Reymond, damals abtretender Chef der Invalidenversicherung, erschienen in der Zeitung "Sonntag" vom 8.11.2009.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> Bei den sogenannten Hörgeräteakustikern handelt es sich um die eigentlichen Verkaufsstellen der Hörgeräte. Siehe zum Ablauf der Hörversorgung, welche neben dem eigentlichen Verkauf eines Hörgerätes immer auch eine von den Akustikern vorgenommene Anpassung der Geräte an die jeweiligen individuellen Hörversorgungsbedürfnisse der Kunden beinhaltet, unten Rz 12 ff.

<sup>4</sup> Davon konnten die Antworten von 18 Akustikern in die weiteren Auswertungen mit einbezogen werden. Die übrigen vier Akustiker konnten entweder wegen Geschäftsaufgabe gar nicht erreicht werden oder nachvollziehbar begründen, weshalb sie die gewünschten Informationen nicht liefern konnten (u.a. Aufnahme der Geschäftstätigkeit erst im Verlauf des Jahres 2009).

<sup>5</sup> Einzelbetriebe organisieren sich teilweise in Einkaufsgemeinschaften. Nach eigenen Angaben ist die Akustik Schweiz AG mit Sitz in Lohn-Ammannsegg mit über 80 angeschlossenen Akustikern der grösste Verbund unabhängiger Akustiker-Fachgeschäfte der Schweiz (vgl. <www.acoustic-center.ch> unter Unsere Leistungen [8.2.2011]).

<sup>6</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern.

<sup>7</sup> Schreiben von Bernafon vom 23.3.2010.

<sup>8</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>9</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Solothurn.

<sup>10</sup> Schreiben von Oticon vom 25.3.2010, S. 3 f.

<sup>11</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>12</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>13</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 8.

- Die Widex Hörgeräte AG (nachfolgend: Widex) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Sie bezweckt Fabrikation und Wartung, Kauf und Verkauf von und sonstiger Handel mit Hörbehelfen aller Art, deren Bestandteilen und Zubehör.<sup>14</sup> Als Tochtergesellschaft der weltweit tätigen dänischen Firma Widex SA mit Sitz in Lyngby (DK) vertreibt Widex die firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.

6. Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 9. Februar 2010 liess sich "hörschweiz" zu den versandten Fragebogen vernehmen. Im Kommunikationsdachverband "hörschweiz" sind nach eigenen Angaben die Verbände der Hersteller (die Hearing Systems Manufacturers [HSM] Genossenschaft [nachfolgend: HSM]) und der Akustiker (AKUSTIKA Schweizerischer Fachverband der Hörgeräteakustik [nachfolgend: AKUSTIKA] und HZV Hörzentralen-Verband der Schweiz [nachfolgend: HZV]) als einfache Gesellschaft zusammengeschlossen, um die Öffentlichkeit über die Hörversorgung in der Schweiz, neueste Entwicklungen auf dem Hörgeräte Markt und die Prävention vor Beeinträchtigungen des Gehörs zu informieren.<sup>15</sup>

7. Am 26. Mai 2010 trafen sich Mitarbeiter des Sekretariats zunächst mit Vertretern des Herstellers Phonak und anschliessend (und zum zweiten Mal) mit Vertretern von pro audito Schweiz.

8. Mit Schreiben des Sekretariats vom 3. September 2010 wurde HSM, der Branchenverband der Hörgerätehersteller<sup>16</sup>, aufgefordert im vorliegenden Zusammenhang gewisse Fragen zu beantworten. Die Beantwortung der Fragen durch HSM erfolgte mit Schreiben vom 18. Oktober 2010.

## A.2 Hörmittelversorgung in der Schweiz

9. Die Eidgenössische Finanzkontrolle (nachfolgend: EFK) geht in ihrem Bericht "Hilfsmittelpolitik zu Gunsten der Behinderten – Evaluation der Abgabe von Hörmitteln in der IV und AHV" vom Juni 2007 (nachfolgend: EFK-Bericht) davon aus, dass die totalen direkten Ausgaben für Hörmittelversorgungen in der Schweiz jährlich über 200 Mio. Franken betragen, wobei ein Grossteil der Kosten von Versicherungen (und von diesen grossmehrheitlich von der IV<sup>17</sup> und der AHV<sup>18</sup>) getragen werden.<sup>19</sup>

10. Zur Illustration insbesondere des Einflusses des (sozial-)versicherungsrechtlichen Umfelds auf den Verkauf von Hörgeräten gilt es, im Folgenden die Grundzüge der staatlichen Hörgeräteversorgung in der Schweiz darzustellen. Dabei wird zunächst die Rolle der Sozialversicherungen bei der Abgabe von Hörgeräten und der gewöhnliche Ablauf der Hörgeräteabgabe aus Sicht eines IV-Versicherten dargestellt. In einem zweiten Schritt wird auf die wichtigsten Inhalte der Tarifverträge eingegangen, welche die Zusammenarbeit zwischen Sozialversicherern und Hörgeräteakustikern im Bereich der Hörgeräteversorgung regeln.

### A.2.1 Rolle der Sozialversicherungen und Ablauf der Hörversorgung im Einzelfall

11. AHV, IV, MV<sup>20</sup> und UV<sup>21</sup> geben ihren Versicherten als Sachleistung sogenannte Hilfsmittel ab, also Gegenstände, deren Gebrauch den Ausfall gewisser Teile

oder Funktionen des menschlichen Körpers zu ersetzen vermag.<sup>22</sup> Darunter fallen insbesondere Hörgeräte, dienen diese doch dazu, einen Funktionsverlust des Hörorgans Ohr auszugleichen und die beeinträchtigte Hörfähigkeit wiederherzustellen. Der Beitrag der Sozialversicherer beschränkt sich im Bereich Hörgeräteversorgung gegenwärtig auf die Übernahme der Kosten der von den Versicherten ausgewählten Hörgeräte und deren Anpassung durch einen Akustiker; die Sozialversicherer geben ihren Versicherten gestützt auf die heutige Rechtslage somit nicht direkt Hörgeräte ab.<sup>23</sup> Die Kostenübernahme kann vollständig oder nur teilweise sein, übernehmen die Sozialversicherer bei bestehendem Versicherungsanspruch doch nur die Kosten für Hörgeräte in "einfacher und zweckmässiger Ausführung".<sup>24</sup> Durch eine andere Ausführung verursachte zusätzliche Kosten haben die Versicherten selber zu zahlen.<sup>25</sup>

12. Die Zusammenarbeit zwischen den Sozialversicherungen als reinen Trägern von Kosten im Zusammenhang mit der Abgabe von Hörgeräten und den Akustikern als den eigentlichen Abgabestellen der Hörgeräte ist im Detail durch Tarifvertrag geregelt und lässt sich am besten anhand des gewöhnlichen Ablaufs einer Hörgeräteabgabe, also dem Weg eines Hörgeschädigten zum eigenen Hörgerät, darstellen<sup>27</sup>:

<sup>14</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>15</sup> Schreiben von «hörschweiz» vom 9.2.2010, S. 1 f.

<sup>16</sup> Siehe dazu unten Rz 88 f.

<sup>17</sup> Invalidenversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

<sup>18</sup> Alters- und Hinterlassenenversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10).

<sup>19</sup> Die EFK ging bezogen auf das Jahr 2005 von einem Total direkter Ausgaben von Fr. 214 Mio. aus, wobei schätzungsweise nur Fr. 60 Mio. als Zuzahlungen direkt von den Versicherten getragen wurden. Vgl. im Detail EFK-Bericht, S. 52 f., abrufbar unter: <<http://www.efk.admin.ch/pdf/5153BE-Endbericht.pdf>> (8.2.2011).

<sup>20</sup> Militärversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1).

<sup>21</sup> Unfallversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

<sup>22</sup> Vgl. zum Begriff "Hilfsmittel" im sozialversicherungsrechtlichen Zusammenhang auch das Urteil des BGer 8C.832/2007 vom 10.3.2008, E. 1.2 m.w.H.

<sup>23</sup> De lege ferenda ist im ersten Massnahmenpaket zur 6. IV-Revision die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Beschaffung von Hilfsmitteln (insbesondere von Hörgeräten) durch die IV und AHV mittels Vergabeverfahren vorgesehen. Siehe dazu auch unten Rz 180.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG, Art. 21 Abs. 2 MVG und Art. 11 Abs. 2 UVG.

<sup>25</sup> Sog. Austauschbefugnis, welche für den Bereich der Hilfsmittel z.B. in Art. 2 Abs. 4 der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Inneren (nachfolgend: EDI) vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI; SR 831.232.51) normiert ist, und die generell besagt, dass der Gewährung von Kostenbeiträgen an ein Hilfsmittel, auf das kein Anspruch besteht, nichts entgegen steht, sofern das vom Versicherten selbst angeschaffte Hilfsmittel auch die Funktion eines an sich zustehenden Hilfsmittels umfasst. Die Kostenbeiträge bestimmen sich dabei nach den Anschaffungskosten des Hilfsmittels, auf das ein Anspruch bestanden hätte (vgl. BGE 127 V 121, 123 f. E. 2).

<sup>26</sup> Zu den Tarifverträgen zwischen den Sozialversicherungen sowie den Berufsverbänden der Akustiker siehe unten Rz 18 ff.

<sup>27</sup> Da insb. gestützt auf den EFK-Bericht (Fn 19) davon auszugehen ist, dass in den meisten Fällen die IV die Kosten der Hörversorgung übernimmt, erfolgt die Darstellung am Beispiel einer bei der IV versicherten Person. Der einzuhaltende Ablauf ergibt sich detailliert aus Anhang 2 der Tarifverträge und ist aus diesem Grund bei allen beteiligten Sozialversicherungen (neben der IV also auch bei der AHV/MV/UV) vergleichbar.

13. Stellt eine IV-versicherte Person eine Beeinträchtigung der eigenen Hörleistung im Alltag fest, so meldet sie sich (allenfalls nach Durchführung eines kostenlosen Hörtests in einem Akustikergeschäft) in einem ersten Schritt bei der Invalidenversicherung an.

14. Die Invalidenversicherung erteilt in der Folge einem ORL-Expertenarzt<sup>28</sup> den Auftrag zur Erstellung der sogenannten Erstexpertise. Die Expertise dient der Feststellung des medizinisch-audiologisch ermittelten Hörversorgungsbedarfs der Person anhand eines eigens dafür entwickelten Punktescore-Modells. Massgebend sind dafür die Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hör-

geräten<sup>29</sup>. Bei der Ermittlung des Hörversorgungsbedarfs wird vom Expertenarzt nicht nur der messbare Hörverlust, sondern insbesondere auch die Auswirkungen der Hörbehinderung sowie die Kommunikationsanforderungen im Alltag eines Patienten berücksichtigt. Aufgrund der totalen Punktezahl, die sich aus der Summe der verschiedenen Kriterien ergibt, erfolgt am Ende der Erstexpertise die Zuteilung der Person zu einer der medizinischen Indikationsstufen 1, 2 oder 3, die jeweils einer medizinischen Indikation (leichter, mittlerer oder schwerer Hörverlust) und dem entsprechend ausgelösten Versorgungsbedarf (einfache, komplexe oder sehr komplexe Versorgung) entsprechen.<sup>30</sup> Dies lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

**Tabelle 1: Medizinische Indikationsstufen**

Anzahl Punkte	Medizinische Indikation	Versorgungsbedarf	Tarif und Vergütung
25–49 Punkte (AHV: 40–49 Punkte)	Leichter Hörverlust	Einfache Versorgung	Indikationsstufe 1
50–75 Punkte	Mittlerer Hörverlust	Komplexe Versorgung	Indikationsstufe 2
>75 Punkte	Schwerer Hörverlust	Sehr komplexe Versorgung	Indikationsstufe 3

Quelle: EFK-Bericht (Fn 19), 14.

15. Die medizinischen Expertisen werden gemäss TARMED-Taxwertpunkte-System abgerechnet<sup>31</sup> und es bestehen für die Expertenärzte wohl nur sehr geringe Möglichkeiten, ihr Einkommen über die Art der Einstufung zu erhöhen, da den Akustikern gemäss Tarifvertrag verboten ist, in einem speziellen Abhängigkeitsverhältnis zu ORL-Ärzten beziehungsweise Arztpraxen zu stehen<sup>32</sup>.

16. Ist gestützt auf die Erstexpertise ein Hörversorgungsbedarf festgestellt, erteilt die IV einem von der versicherten Person ausgewählten "zugelassenen" Akustiker (Vertragslieferanten in der Formulierung des Tarifvertrags) den Auftrag zur Hörgeräteanpassung. Der Akustiker ist gemäss Tarifvertrag verpflichtet, bei der Erbringung von Leistungen die Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit zu beachten; die Leistungen, deren Art und Umfang durch die medizinische Indikation bestimmt werden, haben sich auf das erforderliche Mass zu beschränken.<sup>33</sup> Der Akustiker schlägt dem Hörbehinderten im Rahmen einer sogenannten vergleichenden Anpassung in der Regel verschiedene Hörgeräte vor, wobei er gemäss Tarifvertrag verpflichtet ist, mindestens eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante<sup>34</sup> anzupassen, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet.<sup>35</sup> Die hörbehinderte Person testet die ausgewählten Hörgerätemodelle durch Probetragen im Alltag, wobei deren Programmierung während mehreren Sitzungen beim Akustiker anhand einer vom jeweiligen Hersteller gelieferten Software individuell angepasst wird.<sup>36</sup> Sämtliche Anpassungsarbeiten und deren Ergebnisse werden vom Akustiker im sogenannten Anpassbericht festgehalten. Nachdem sich die IV-versicherte Person für ein ihr angepasstes Hörgerät entschieden hat, stellt der Akustiker den Anpassbericht dem ORL-Expertenarzt zu und stellt der IV Rechnung für die Hörgeräteanpassung. Eventuelle

Mehrkosten bei einer zuzahlungspflichtigen Versorgungsvariante werden dem Versicherten direkt in Rechnung gestellt. In diesem Fall ist der IV die Übernahme der Mehrkosten durch den Versicherten mittels Formular zu belegen.

17. Nach Erhalt des Anpassberichts durch den Akustiker bietet der ORL-Expertenarzt den Versicherten zur Schlussexpertise auf. Dabei werden Hörtests mit Hörgerät durchgeführt und der Versicherte wird über die Zufriedenheit mit dem Hörgerät und den Informationen des Akustikers befragt. Der ORL-Expertenarzt hält die Ergebnisse der Schlussexpertise in einem Bericht fest und stellt diesen der IV zu. Nach bestandener Schlussexpertise erlässt die IV eine Verfügung betreffend Kostengutsprache.

<sup>28</sup> Ein Hals-Nasen-Ohren-Arzt; "ORL" steht dabei für Oto-Rhino-Laryngologie.

<sup>29</sup> Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hörgeräten der Schweizerischen Gesellschaft für Oto-Rhino-Laryngologie, Hals- und Gesichtschirurgie, genehmigt vom BSV am 15. Mai 2001.

<sup>30</sup> Die Stufenindikation und die darauf basierende Klassierung der Hörgeräte (vgl. zu den sog. Gerätestufen unten Rz 114) wurden im Jahr 1999 eingeführt. Dadurch wurde eine Verbindung zwischen einem medizinisch-audiologisch ermittelten "objektiven" Hörversorgungsbedarf und der finanzierungsberechtigten Preiskategorie des Hörgeräts hergestellt. Vgl. EFK-Bericht (Fn 19), 14.

<sup>31</sup> Die Eidg. Finanzkontrolle geht in ihrem Bericht von Kosten von insgesamt ca. Fr. 750.- für Erst- und Schlussexpertise aus. Vgl. EFK-Bericht (Fn 19), 16.

<sup>32</sup> Ziff. 5.4 der Tarifverträge.

<sup>33</sup> Ziff. 5.1 resp. 6.2 der Tarifverträge.

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch unten Rz 23 ff.

<sup>35</sup> Ziff. 1.4 des Anhangs 2 zu den Tarifverträgen.

<sup>36</sup> Phonak geht davon aus, dass eine hörbehinderte Person ca. 6 bis 8 Sitzungen mit dem Akustiker durchführt (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 4 und 7).

## A.2.2 Tarifordnung im Bereich der Hörmittelversorgung

18. Die Zusammenarbeit zwischen Akustikern und den Sozialversicherungen sowie insbesondere die Höhe der Abgeltung der von den Akustikern an Sozialversicherte erbrachten Dienstleistungen wird seit 1992 durch Tarifverträge geregelt.<sup>37</sup> Der gegenwärtig gültige Tarifvertrag (nachfolgend: Tarifvertrag-2010) wurde zwischen den Sozialversicherern (AHV, IV, MV und UV) und den Berufsverbänden der Hörgeräteakustiker AKUSTIKA und HZV geschlossen und per 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt. Er ist bis zum 31. Dezember 2011 befristet.<sup>38</sup>

19. Die nachfolgende Darstellung der Tarifordnung basiert aufgrund des Zeitpunktes der Markterhebungen des Sekretariats jedoch auf dem bis zum 31. Dezember 2009 gültigen Tarifvertrag (Geltungszeitraum: 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2009; nachfolgend: Tarifvertrag-2006). Dieser ist jedoch weitgehend identisch mit dem aktuellen Tarifvertrag-2010 und regelt wie dieser neben der Leistungsvergütung auch weitere Aspekte der Hörgeräteversorgung (insb. Art und Umfang der Leistung, Ablauf der Hörgeräteversorgung inkl. Rechnungsstellung, Pflichten der Akustiker, Qualitätssicherungsmaßnahmen). Auf die einzelnen Bestimmungen des Tarifvertrags-2006 wird soweit als notwendig nachfolgend eingegangen.<sup>39</sup> Zu massgeblichen Änderungen seit dem 1. Januar 2010 und zu weiteren möglicherweise in Zukunft

anstehenden Veränderungen im regulatorischen Umfeld der Hörgeräteabgabe siehe unten B.4.6, Rz 175 ff.

20. Im Zentrum der Vorabklärung stand die Frage, ob Anzeichen für unzulässige Beschränkungen des Preiswettbewerbs auf Absatzstufe oder Endverkaufsstufe vorliegen.<sup>40</sup> Da aufgrund der vorliegenden Informationen davon auszugehen ist, dass die allermeisten (wenn nicht sogar sämtliche) in der Schweiz tätigen Akustiker als sogenannte Vertragslieferanten (Mitglieder der teilnehmenden Verbände oder als dem Tarifvertrag beigetretene Einzelkontrahenten) den Bestimmungen des Tarifvertrags unterworfen sind<sup>41</sup>, werden nachfolgend diejenigen Bestimmungen der Tarifordnung genauer dargestellt, die direkt oder indirekt Einfluss auf die Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker haben, allen voran die Bestimmungen über die Leistungsvergütung der beteiligten Sozialversicherungen an die Akustiker<sup>42</sup>:

21. Gemäss Ziffer 8 Satz 1 des Tarifvertrags-2006 werden die Leistungen der Vertragslieferanten gemäss dem in Anhang 1 festgehaltenen Tarif abgegolten. Der genannte Anhang 1 enthält nun den sogenannten Hörgerätetarif. In der bis Ende 2009 geltenden Fassung (nachfolgend: Hörgerätetarif-2006) sahen die Tarife – was die Abgabe von Hörgeräten (Hardware) und die dabei zusammenhängenden (Anpassungs-)Dienstleistungen betrifft – wie folgt aus<sup>43</sup>:

**Tabelle 2: Hörgerätetarif für IV/UV/MV - Monaurale (einseitige) Versorgung**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.11	Indikationsstufe 1	600.00	61.12	970.00	1570.00
62.11	Indikationsstufe 2	825.00	62.12	1190.00	2015.00
63.11	Indikationsstufe 3	1050.00	63.12	1405.00	2455.00

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 4.1. Preise jeweils inkl. Mehrwertsteuer.

**Tabelle 3: Hörgerätetarif für IV/UV/MV - Binaurale (beidseitige) Versorgung**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.21	Indikationsstufe 1	1200.00	61.22	1425.00	2625.00
62.21	Indikationsstufe 2	1650.00	62.22	1700.00	3350.00
63.21	Indikationsstufe 3	2100.00	63.22	1965.00	4065.00

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 4.2. Preise jeweils inkl. Mehrwertsteuer.

<sup>37</sup> Die Sozialversicherer stützen sich dabei insbesondere auf Art. 27 Abs. 1 IVG, Art. 56 Abs. 1 UVG resp. Art. 26 Abs. 1 MVG (vgl. z.B. Ziff. 1.1 der Tarifverträge). Siehe zu den gesetzlichen Grundlagen der Hörgeräteabgabe und der Tarifordnung unten B.2.1, Rz 45 ff.

<sup>38</sup> Der Tarifvertrag-2010 ist jedoch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist auf Ende des Kalenderjahres oder per Ende Juni kündbar (Ziff. 11.3 Tarifvertrag-2010). Siehe zur Ankündigung des BSV den Tarifvertrag zu künden unten Rz 179.

<sup>39</sup> Im Nachfolgenden meint die Wendung "Tarifverträge" jeweils mangels unterschiedlicher Regelungen sowohl den Tarifvertrag-2006 wie auch den Tarifvertrag-2010.

<sup>40</sup> Vgl. auch die Ausführungen in Rz 31 ff.

<sup>41</sup> Eine sinnvolle Geschäftstätigkeit als Akustiker erscheint ohne die Möglichkeit, gegenüber den Sozialversicherungen Leistungen abrechnen zu können, nicht möglich. Gemäss Ziff. 4.2 der Tarifverträge verpflichten sich die Versicherer jedoch insbesondere dazu, keine Nicht-

Vertragslieferanten im Rahmen der durch diese Verträge erfassten Leistungen zu entgelten, "soweit es die gesetzlichen Bestimmungen zulassen". Eine Liste der zugelassenen Akustikergeschäfte wird auf der Webseite der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG veröffentlicht: <[http://www.zmt.ch/ambulante\\_tarife/ambulante\\_tarife\\_akustika.htm](http://www.zmt.ch/ambulante_tarife/ambulante_tarife_akustika.htm)> (8.2.2011).

<sup>42</sup> Die Hörgerätehersteller sind nicht an den Tarifverträgen beteiligt. Eine Regelung der Nettoverkaufspreise der Hersteller ist denn auch nicht Gegenstand der Verträge.

<sup>43</sup> Vgl. Anhang 1 zum Tarifvertrag-2006. Der Hörgerätetarif-2006 beinhaltet daneben insbesondere Bestimmungen zu Reparaturen und Garantie sowie abgestufte Tarife bei vorzeitiger Neuanpassung und bei Verlust von Hörgeräten (die vollen Leistungen können von den Versicherten im Grundsatz höchstens alle sechs, bei der AHV höchstens alle fünf Jahre bezogen werden; vgl. u.a. Ziff. 1.8 Hörgerätetarif-2006).

**Tabelle 4: Hörgerätetarif für AHV<sup>44</sup>**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.51	Indikationsstufe 1	450.00	61.52	727.50	1177.50
62.51	Indikationsstufe 2	618.75	62.52	892.50	1511.25
63.51	Indikationsstufe 3	787.50	63.52	1053.75	1841.25

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 5.1. Preise jeweils exkl. Mehrwertsteuer.

22. Wie sich aus den vorangehenden Tabellen zeigt, setzt sich der auf eine versicherte Person anwendbare Tarif ("Preis Total") jeweils aus einer Komponente für das Gerät selber ("Gerätepreis") und aus einer Preiskomponente für die mit der Abgabe in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen des Akustikers ("Dienstleistung [inkl. Ohrstück]") zusammen. Der Hörgerätetarif kennt zudem abgestufte Ansätze: Je höher der vom ORL-Expertenarzt festgestellte medizinische Hörversorgungsbedarf (im Extremfall binaurale Versorgung der Indikationsstufe 3), desto höher sind die von den Versicherungen übernommenen Kosten für Gerät und Dienstleistung.<sup>45</sup> Diese Gestaltung der Hörgerätetarife basiert wohl auf der Annahme, dass bei komplexerem Hörversorgungsbedarf nicht nur das Hörgerät selbst höheren Anforderungen zu genügen hat, was sich in einem höheren Ansatz für den Gerätepreis niederschlägt, sondern dass auch die (Anpassungs-)Dienstleistungen der Akustiker mit Zunahme der Indikationsstufe (und allenfalls zunehmender Komplexität oder Programmierbarkeit der Geräte) aufwändiger werden.

23. Wie Ziffer 8 Satz 1 des Tarifvertrags-2006 festhält, regelt der Hörgerätetarif die Abgeltung der Leistungen der Akustiker durch die Versicherer. Der Tarif legt mit anderen Worten in Abhängigkeit vom medizinisch festgelegten Hörversorgungsbedarf eines Versicherten den Betrag fest, den der Akustiker gegenüber der zuständigen Sozialversicherung für die Hörversorgung abrechnen darf. Dies allein führt noch nicht zu einer Regulierung der Verkaufspreise (insbesondere der Endverkaufspreise) von Hörgeräten durch den Tarifvertrag. Dass die Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker zumindest in einem Bereich durch den Tarifvertrag eingeschränkt wird, ergibt sich jedoch aus Ziffer 1.4 des Anhangs 2 zum Tarifvertrag-2006. Diese lautet wie folgt: "Der Vertragslieferant nimmt die Anpassung der Hörgeräte vor. Der Vertragslieferant verpflichtet sich zu einer vergleichenden Hörgeräteanpassung. In die vergleichende Anpassung sind grundsätzlich mehrere differente Hörsysteme einzubeziehen, wobei der versicherten Person mindestens eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante anzupassen ist, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet. [...]"

24. Es ist diese Verpflichtung der Akustiker, grundsätzlich eine adäquate, zuzahlungsfreie, das heisst für den Hörbehinderten keine Mehrkosten auslösende Hörversorgungsvariante anzubieten, die nun in Verbindung mit den Hörgerätetarifen zu einer Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker führt. Entscheidet sich ein Hörbehinderter nach der vergleichenden Anpassung für das für ihn zuzahlungsfreie Hörgerät, darf der in Rechnung gestellte Endverkaufspreis (Gerätepreis so-

wie die Kosten der Anpassungsdienstleistungen) nicht höher sein, als der gestützt auf die Erstexpertise auf die jeweilige Person anwendbare Tarif.<sup>46</sup> Der Hörgerätetarif gibt in diesen Fällen einen Höchstpreis vor, da ein Hörgerät nur dann "zuzahlungsfrei" ist und als solches angepriesen werden kann, wenn die Kosten vollständig von der jeweiligen Sozialversicherung übernommen werden.<sup>47</sup>

25. Die sich bereits aus der Bedeutung des Wortes "zuzahlungsfrei" ergebende (logische) Beschränkung des Preises ist eine Beschränkung nach oben, nicht aber nach unten. Es ist nach vorliegenden Erkenntnissen somit nicht ersichtlich, weshalb es den Akustikern nicht freistehen sollte, den Sozialversicherungen einen im Vergleich zum Tarifpreis tieferen Endverkaufspreis in Rechnung zu stellen. In der Praxis dürften sich die Tarifpreise jedoch in den Fällen der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall wohl wie Fixpreise auswirken,

<sup>44</sup> Der separate Tarif für die AHV erklärt sich dadurch, dass im Vergleich zu den anderen Sozialversicherungen nicht nur die Anspruchsvoraussetzungen für die Hörgeräteversorgung erhöht sind (Anspruch erst bei hochgradiger Schwerhörigkeit, d.h. ab 40 Punkten; vgl. oben Tabelle 1 nach Rz 14), sondern auch tiefere Versicherungsleistungen erbracht werden (nur monaurale, d.h. einseitige Versorgung und kein vollständiger Kostenersatz, sondern nur ein Ersatz von 75 %; vgl. Art. 2 der Verordnung des EDI vom 28. August 1978 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung [HVA; SR 831.135.1] und Ziff. 5.57 des Anhangs zur HVA). Der reduzierte Hörgerätetarif gilt jedoch nur bei Erstbezug eines Hörgeräts im AHV-Alter. Bestand bereits gegenüber der IV ein Anspruch auf Abgabe eines Hörgeräts, so gilt er aufgrund einer Bestandesgarantie mindestens im gleichen Umfang gegenüber der AHV weiter (vgl. Art. 4 HVA und Ziff. 5.57 des Anhangs zur HVA). In diesen Fällen richtet die AHV denn auch Leistungen gemäss dem Hörgerätetarif für IV/MV/UV aus.

<sup>45</sup> Die Unterscheidung zwischen monauraler und binauraler Versorgung ist nur bezüglich der Anpassungsdienstleistung relevant, erhöht sich die Pauschale bei binauraler Versorgung im Vergleich zur monauralen doch nur um ca. 40–47 %. Demgegenüber entspricht der Gerätetarif bei der binauralen Versorgung (Abgabe von zwei Hörgeräten) naturgemäss immer dem Doppelten des Gerätetarifs bei monauraler Versorgung (Abgabe von nur einem Hörgerät).

<sup>46</sup> Z.B. beträgt der max. Verkaufspreis für ein zuzahlungsfreies Hörgerät bei einer versicherten Person mit einem ermittelten Hörversorgungsbedarf "Indikationsstufe 2/monaural" Fr. 2'015.- inklusive Dienstleistung (vgl. Hörgerätetarif-2006, Tarifpositionen "62.11" und "62.12").

<sup>47</sup> Die vorliegende Betrachtung richtet sich einzig auf die Hörgerätepreise und die im Rahmen der Anpassung verursachten Dienstleistungskosten. Weitere durch die Hörgeräteversorgung verursachte und allenfalls vom Hörbehinderten zu tragende Kosten (wie z.B. Kosten für Batterien) werden nicht berücksichtigt.

ist aufgrund der wirtschaftlichen respektive tarifvertraglichen Rahmenbedingungen (vergleichsweise tiefe Marge des Akustikers auf den günstigsten Modellen sowie fehlender Preisdruck von Seiten der Hörbehinderten, die mangels Kostenbeteiligung von tieferen Preisen nicht direkt profitieren, resp. Verpflichtung der Versicherer bis zur maximalen Höhe des vereinbarten Tarifs zu zahlen) doch nicht davon auszugehen, dass die Akustiker von diesem Freiraum gegen unten Gebrauch machen.

26. Die durch die Tarifordnung so bewirkte Regulierung der Endverkaufspreise (verstanden als total in Rechnung gestellte Geräte- und Dienstleistungskosten) im zuzahlungsfreien Bereich, die wohl aus Sicht der Sozialversicherungen massgeblich dazu dient, eine adäquate Hörgeräteversorgung der versicherten Personen zu garantieren und gleichzeitig die Kosten für das Gemeinwesen zu begrenzen<sup>48</sup>, führt noch nicht zwingend dazu, dass die Akustiker (zumindest gegenüber versicherten Personen) bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endverkaufspreis verkaufen müssten.

27. Eine zu einer weitgehenden Preisregulierung auf dem Markt für Hörgeräte führende Verpflichtung der Akustiker (zumindest im Anwendungsbereich des Tarifvertrags, also gegenüber versicherten Personen), bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten, durch Tarifvertrag festgelegten Endkundenpreis zu verkaufen, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Tarifvertrags und erscheint zur Umsetzung des gesetzlichen Auftrags, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung abzugeben oder pauschal zu vergüten, zudem auch nicht notwendig zu sein. Was für den zuzahlungsfreien Bereich gilt, gilt umso mehr bei der zuzahlungspflichtigen Hörversorgung, da im Rahmen des gesetzlichen Auftrags kein Anlass zu einer betragsmässigen Beschränkung des von den Hörbehinderten im Einzelfall zu bezahlenden Mehrbetrags besteht, ist Letzterer doch gerade ein Ausdruck der Wahlfreiheit des Hörbehinderten ist, da er bei bestehendem Versicherungsanspruch immer auch ein für ihn adäquates, kostenloses Hörgerät wählen kann.

28. Vor diesem Hintergrund erscheint unklar, zu welchem Zweck auf den sogenannten Hörgerätelisten<sup>49</sup>, auf denen gemäss Ziffer 6.3 des Tarifvertrags diejenigen Hörgeräte aufgeführt sind, die vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturservice durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist und die als Folge zu Lasten der Versicherer abgerechnet werden dürfen, für jedes Hörgerätemodell ein Endverkaufspreis angegeben wird. Dies umso mehr, als die aufgeführten Preise von den Herstellern festgesetzt werden, die nicht Tarifvertragsparteien sind. Unklar ist auch, weshalb gemäss Ziffer 6.3 zwei separate Hörgerätelisten erstellt werden, "eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte", führt dies logischerweise doch bereits zu einer Verknüpfung der auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsystemen aufgeführten Modelle mit bestimmten (und auch explizit aufgeführten) Endverkaufspreisen in der Höhe der Tarife.<sup>50</sup>

29. Fazit: Ausserhalb der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall ist somit nach vorliegenden Erkenntnissen keine Regulierung der Endverkaufspreise auf-

grund der Tarifverträge ersichtlich: Die Akustiker sind auch im Anwendungsbereich der Tarifverträge frei ihre Endverkaufspreise (und darin inbegriffene Preiskomponenten) selber festzulegen. Dabei haben sie jedoch zu berücksichtigen, dass die Höhe der Kostenübernahme durch die Versicherungen mittels Hörgerätetarif in jedem Fall die Kaufentscheidung beeinflussen dürfte, hat diese doch grossen Einfluss auf den Kostenanteil, den eine versicherte Person allenfalls selber zu tragen hat.

30. Zu guter Letzt gilt es festzustellen, dass die Ex-Factory- respektive Nettoverkaufspreise der Hörgeräte nicht Regelungsinhalt der ausgehandelten Tarife sind. Der Tarifvertrag schränkt die Preisgestaltungsfreiheit der Hersteller nicht ein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Tarifverträge, die ja die Zusammenarbeit der Sozialversicherer mit den Akustikern als Abgabestellen für Hörgeräte und somit die Endverkaufsstufe regeln, keinerlei Einfluss auf das Angebot oder die Preisbildung der Hersteller hätte. So ist aufgrund der branchenumfassenden Anwendung der Tarifverträge durch die Akustiker und der Bedeutung der Kostenübernahme durch Sozialversicherer davon auszugehen, dass zum Beispiel die Bestimmung von Ziffer 6.3 des Tarifvertrags-2006, wonach zu Lasten der Versicherer nur Hörgeräte abgerechnet werden dürfen, welche vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist, auch das Verhalten der Hersteller zu beeinflussen vermag. Auch führt die Regelung im Tarifvertrag, dass im Grundsatz immer auch eine zuzahlungsfreie Versorgungsvariante angepasst werden muss<sup>51</sup>, dazu, dass die Hersteller, wollen sie gegenüber den Akustikern oder den Endkunden das gesamte Sortiment abdecken, auch Geräte der Stufen 1 bis 3 anbieten müssen und zwar zu einem Nettoverkaufspreis, der im Vergleich zu den Tarifansätzen möglichst tief liegt.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Der aufgrund des festgestellten Hörversorgungsbedarfs anwendbare Tarif begrenzt nämlich (zumindest im Grundsatz) auch den Anspruch der versicherten Personen gegenüber den Versicherern selbst. Vgl. dazu BGE 130 V 163, 171 ff. E. 4, wonach eine den tarifvertraglichen Ansätzen entsprechende Abgabe eines Hörgerätes zwar vermutungsweise eine hinreichende Hörgeräteversorgung zu gewährleisten vermag, unter Umständen die Invalidenversicherung aber auch eine über die im Tarifvertrag (im Verhältnis Leistungserbringer – Versicherer) festgesetzten Preislimiten hinausgehende Versorgung gewährleisten muss, sofern dies zur Erreichung des Eingliederungsziels im Einzelfall (etwa aufgrund einer speziellen gesundheitlichen Situation oder mit Blick auf den Tätigkeitsbereich der versicherten Person) notwendig ist.

<sup>49</sup> Vgl. zu den Listen der zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Hörsysteme und ihrer Entstehung unten Rz 110 ff.

<sup>50</sup> Die Hersteller, welche nach vorliegenden Erkenntnissen darüber entscheiden, ob ein von ihnen produziertes Modell auf der einen oder anderen Listen aufzuführen ist, bezeichnen denn auch auf ihren Preislisten bestimmte Geräte explizit als zuzahlungsfrei. Diese Bezeichnungen tauchen soweit ersichtlich erst mit dieser Bestimmung im Tarifvertrag-2006 auf, welche die Führung einer separaten Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme vorsieht. Sowohl Phonak als auch GN ReSound machen zudem die Aussage, die Hersteller seien gemäss Vorgaben des BSV verpflichtet, in den Indikationsstufen 1–3 mindestens ein zuzahlungsfreies Modell anzubieten (vgl. Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 11, und Schreiben vom GN ReSound vom 15.3.2010, S. 5). Auf welche Grundlage sich eine solche Verpflichtung stützen könnte, erscheint unklar.

<sup>51</sup> Vgl. Ziff. 1.4 des Anhangs 2 zum Tarifvertrag-2006.

<sup>52</sup> Vgl. zur Frage, ob die Hersteller darüber hinaus verpflichtet sind, zuzahlungsfreie Geräte anzubieten, oben Fn 50.

## B Erwägungen

31. Nachfolgend steht die Prüfung der Frage im Zentrum, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mittels unzulässiger Wettbewerbsabreden Einfluss auf die Preise für Hörgeräte auf Absatz- oder Endkundenstufe genommen wurde. Dabei wird mittels der im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen in einem ersten Schritt die Hypothese der Beeinflussung der Ex-Factory-beziehungsweise Nettoverkaufspreise durch eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern geprüft (unten B.3, Rz 70 ff.). In einem zweiten Schritt wird anschliessend überprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige vertikale Abreden zwischen den Herstellern und Akustikern über die Endverkaufspreise der Hörgeräte vorliegen (unten B.4, Rz 96 ff.).

32. Im Rahmen der Vorabklärung haben sich insbesondere keine Anzeichen dafür ergeben, dass Hersteller im Bereich Hörgeräte versuchten, den Schweizerischen Markt abzuschotten. Zwar gaben auf Seiten der Akustiker nur zwei der befragten Unternehmen an, Hörgeräte aus dem Ausland zu beziehen. In beiden Fällen handelte es sich um Bezüge aus Deutschland von Akustikern, deren Muttergesellschaften in Deutschland ansässig sind. So bezog [...] <sup>53</sup> Der zweite Akustiker, der gemäss eigenen Angaben Importe aus dem Ausland tätigt, Tobler Optik & Hörgeräte in Bern ist eine Zweigniederlassung der in Tauberbischofsheim (D) ansässigen Optik Schäfer-Nohe GmbH. Es wird ausgeführt, Hörgeräte von Oticon würden in der Schweiz, die Geräte von Phonak, Siemens und wohl weiteren Herstellern würden über Deutschland bezogen. <sup>54</sup>

33. Die restlichen Akustiker verneinten den Bezug von Geräten aus dem Ausland. Als Gründe wurden dafür insbesondere genannt: Kein Bedarf, da sämtliche namhaften Hersteller eine Vertriebsgesellschaft im Inland hätten, aufwändige Zollformalitäten, kleine eigene Geschäftsgrösse, Möglichkeit der Retournierung bei Nichtgebrauch nach Probeanpassung bei Bezug in der Schweiz, Beanspruchung von Serviceleistungen in der Schweiz, schnelle Lieferung durch Fertigung der IdO-Geräte <sup>55</sup> in der Schweiz durch namhafte Hersteller, der Bezug von Hörgeräten über eine Einkaufsgemeinschaft sowie fehlende Geschäftsbeziehungen im Ausland. Vier Akustiker nannten keine Gründe oder gaben an, einen Bezug aus dem Ausland noch nie in Erwägung gezogen zu haben. Umgekehrt nannte die Fielmann AG als Vorteile für einen Bezug im Inland die professionelle Unterstützung bei länderspezifischen Werbemassnahmen, schnellen Service ohne Zollschränken, Betreuung und Schulung der Mitarbeiter (insbesondere bei Innovationen bei Hörgeräten). <sup>56</sup>

34. Alle befragten Hersteller bejahten die Frage, ob Akustiker die Möglichkeit haben, die von ihnen produzierten Hörgeräte aus dem Ausland zu importieren. GN ReSound führt diesbezüglich sogar aus, dass ihres Wissens nach ein erheblicher Teil der Hörgeräte aus dem Ausland importiert würden. <sup>57</sup> Eine Erschwerung von Parallelimporten durch die Hersteller erscheint denn auch nicht in Bezug auf die Service- oder Reparaturdienstleistungen vorzuliegen. Oticon gibt diesbezüglich an, auch für ihre Systeme aus dem Ausland sowohl den Support als auch die Reparaturen durchzuführen. <sup>58</sup>

Phonak sagt wiederum, sie biete in der Schweiz den Akustikern und Endkunden mit im Ausland bezogenen Phonak-Hörgeräten dieselben Serviceleistungen an, wie wenn die Geräte hierzulande gekauft worden wären. <sup>59</sup> Auch Siemens gibt an, die Reparaturen an nicht von ihr verkauften Hörgeräten würden zu gleichen Konditionen ausgeführt. <sup>60</sup>

### B.1 Geltungsbereich

35. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

36. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 <sup>bis</sup> KG). Sowohl die Hersteller von Hörgeräten als auch die Akustiker als die tatsächlichen Abgabestellen der Hörgeräte sind ohne weiteres als solche Unternehmen zu qualifizieren. Ob es sich bei den Herstellern Bernafon und Oticon, die beide zur dänischen Holding William Demant gehören, um jeweils eigene Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG handelt, oder ob aufgrund fehlender wirtschaftlicher Selbständigkeit von einem Konzernverhältnis auszugehen wäre, kann im Rahmen der Vorabklärung offen gelassen werden. Im Nachfolgenden wird von je eigenen Unternehmen ausgegangen.

37. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (B.3, Rz 70 ff. und B.4, Rz 96 ff.) eingegangen.

38. Die Träger der an den Tarifverträgen beteiligten Sozialversicherungen treten im vorliegenden Zusammenhang nicht direkt als Nachfrager von Hörgeräten (und der damit verbundenen Anpassungsdienstleistungen) auf. Ob ihnen etwa in Zusammenhang mit der Aushandlung der Tarifverträge im Bereich der Hörversorgung

<sup>53</sup> Vgl. Schreiben von [...] vom 11.3.2010, S. 6.

<sup>54</sup> Schreiben von Tobler Optik & Hörgeräte vom 21.4.2010, S. 5.

<sup>55</sup> Im Bereich Hörgeräte können verschiedene Bauformen unterschieden werden. Neben der wohl häufigsten Bauform HdO ("hinter-dem-Ohr"; französisch: CdO) mit den Unterformen mini-HdO und micro-HdO gibt es u.a. folgende Arten von Hörgeräten: IdO ("in-dem-Ohr"), CiC ("completely-in-channel") oder HB (Hörbrillen, also Brillen, in deren Bügeln die Hörgerätetechnik untergebracht ist, oder an deren Bügeln ein Hörgerät montiert ist).

<sup>56</sup> Schreiben der Fielmann AG vom 11.3.2010, S. 6.

<sup>57</sup> Schreiben von GN ReSound vom 15.3.2010, S. 8. Phonak hingegen gibt an, ihr seien konkret drei Akustiker in der Schweiz bekannt, die ihre Phonak-Hörgeräte direkt bei Phonak im Ausland einkaufen würden. Ebenfalls gäbe es mindestens eine internationale Kette mit Hauptsitz in Deutschland, die ihre Hörgeräte zentral bei Phonak in der Schweiz einkaufe und diese dann via Deutschland an ihre Mitglieder in die Schweiz zurück liefere, d.h. diese parallel re-importiere (vgl. Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 39).

<sup>58</sup> Schreiben von Oticon vom 25.3.2010, S. 6.

<sup>59</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 39.

<sup>60</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 10.

Unternehmenseigenschaft im Sinne von Artikel 2 KG zukommt, kann zumindest vorliegend offengelassen werden, bestehen doch Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung des KG auf die unter Mitwirkung der Sozialversicherungen AHV, IV, MV und UV geschlossenen Tarifverträge im Hörgerätebereich aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 KG ausgeschlossen wird (vgl. anschliessend B.2).

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

40. Für die vorliegende Betrachtung sind keine Wettbewerbswirkungen, die sich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG), ersichtlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob, beziehungsweise inwieweit, durch die sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung (und die darauf basierende Tarifordnung) im Bereich der Hörgeräteversorgung eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG geschaffen wird.

41. Anwendungsvorbehalte sind gemäss Literatur und Praxis der Wettbewerbsbehörden restriktiv auszulegen: "Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden [...]. Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen".<sup>61</sup> Die Botschaft zum Kartellgesetz führt aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten.<sup>62</sup> Dem Wettbewerbsprinzip ist soweit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen und das Kartellgesetz bleibt auch dann anwendbar, wenn die Handlungsfreiheit der einzelnen Akteure im Wettbewerb durch die fraglichen Vorschriften eingeschränkt ist.<sup>63</sup> In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen.<sup>64</sup>

42. Die Tarifordnung führt, wie bereits dargelegt, nach den vorliegenden Erkenntnissen einzig im Bereich der zuzahlungsfreien Hörversorgung zu einer Festlegung der Preise für Hörgeräte, setzen die vereinbarten Hörgerätetarife doch Höchstpreise betreffend den Endverkaufspreis von Hörgeräten fest (wenn auch nicht bezogen auf einzelne Hörgerätemodelle).<sup>65</sup>

43. Es stellt sich die Frage, ob sich diese aus den Tarifverträgen ergebende Einschränkung des Wettbewerbs aus Vorschriften ergibt, die im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Zur Beantwortung dieser Frage gilt es zunächst die gesetzliche Grundlage der Tarifverträge in den jeweiligen an den Tarifverträgen beteiligten Sozialversicherungsbereichen darzustellen. Dabei liegt das

Augenmerk jeweils auf den Grundlagen einerseits der Abgabe von Hörgeräten und andererseits der Regelung dieser Abgabe durch Tarifverträge.

44. Was die Preisfestlegung durch Akustiker ausserhalb des Anwendungsbereichs der Tarifverträge (also insbesondere gegenüber Nicht-Versicherten) und die Preisgestaltung der Hersteller auf der Wholesale-Stufe anbelangt, sind von vornherein keine Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ersichtlich, welche Wettbewerb nicht zulassen würden.

### B.2.1 Gesetzliche Grundlagen der Tarifordnung

#### B.2.1.1 Gesetzliche Grundlagen im Bereich der IV

45. Der Anspruch eines Versicherten auf Hilfsmittel ergibt sich für den Bereich der Invalidenversicherung aus Artikel 21 IVG. Nach Artikel 21 Absatz 1 Satz 1 IVG hat der Versicherte im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf. Gemäss Absatz 3 der Bestimmung werden die Hilfsmittel zu Eigentum oder leihweise in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben oder pauschal vergütet. Durch eine andere Ausführung verursachte zusätzliche Kosten hat der Versicherte selbst zu tragen. Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne Invalidität angeschafft werden müssen, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden.

46. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die IV ergibt sich in Verbindung mit der oben erwähnten Gesetzesbestimmung aus den massgeblichen Ausführungsbestimmungen, insbesondere der HVI und darin Ziffer 5.07 der Hilfsmittelliste im Anhang ("Hörgeräte bei Schwerhörigkeit").

<sup>61</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 861 E. 4.2, Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2006/3, 514 Rz 20, Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung; vgl. auch BENOÎT CARRON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 3 KG N 35 f.

<sup>62</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 539.

<sup>63</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 860 f. E. 4.2 m.w.H., Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2006/3, 514 Rz 20, Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung.

<sup>64</sup> Vgl. etwa CR concurrence-CARRON (Fn 61), Art. 3 KG N 35 f.; JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 3 KG N 2 ff. So auch RPW 2006/3, 514 Rz 20, Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung.

<sup>65</sup> Ausserhalb der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall ist keine Festsetzung der Endverkaufspreise aufgrund der Tarifverträge ersichtlich: Die Akustiker sind nach vorliegenden Erkenntnissen frei, ihre Endverkaufspreise (und darin inbegriffene Preiskomponenten) selber festzulegen. Vgl. oben Rz 29.

47. Nach Artikel 27 IVG ist der Bundesrat befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und der medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten und Werkstätten, die Eingliederungsmassnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen von Hilfsmitteln Verträge abzuschliessen, um die Zusammenarbeit mit den Versicherungsorganen zu regeln und die Tarife festzulegen (Abs. 1). Soweit kein Vertrag besteht, kann der Bundesrat die Höchstbeträge festsetzen, bis zu denen den Versicherten die Kosten der Eingliederungsmassnahmen vergütet werden (Abs. 3). Die Kompetenz zum Abschluss der Verträge gemäss Artikel 27 Absatz 1 IVG hat der Bundesrat in Artikel 24 Absatz 2 IVV<sup>66</sup> an das BSV delegiert. Auch ist das BSV gestützt auf die Subdelegation in Artikel 2 Absatz 4 HVI ermächtigt, beim Fehlen von vertraglichen Tarifen angemessene Höchstbeträge festzulegen.<sup>67</sup>

48. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Gesetzesbestimmungen ist im Bereich der IV von einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den Abschluss der Tarifverträge (und insbesondere der Festlegung von Tarifen) durch das BSV mit den Branchenverbänden der Akustikern auszugehen.<sup>68</sup>

### **B.2.1.2 Gesetzliche Grundlagen im Bereich der AHV**

49. Artikel 43ter AHVG überlässt die Regelung der Hilfsmittelabgabe (inkl. Anspruchsvoraussetzungen) der Verordnungskompetenz des Bundesrates. Die Bestimmung lautet wie folgt: Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz, die für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge kostspieliger Geräte bedürfen, Anspruch auf Hilfsmittel haben (Abs. 1). Er bestimmt, in welchen Fällen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Anspruch auf Hilfsmittel für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit in ihrem Aufgabenbereich haben (Abs. 2). Er bezeichnet die Hilfsmittel, welche die Versicherung abgibt oder an welche sie einen Kostenbeitrag gewährt; er regelt die Abgabe sowie das Verfahren und bestimmt, welche Vorschriften des IVG anwendbar sind (Abs. 3).

50. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 HVA haben in der Schweiz wohnhafte Bezüger von Altersrenten der AHV, die für die Tätigkeit in ihrem Aufgabenbereich, für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge auf Hilfsmittel angewiesen sind, Anspruch auf die in der Liste im Anhang aufgeführten Leistungen. Die Liste umschreibt Art und Umfang der Leistungen für jedes Hilfsmittel abschliessend. Nach Absatz 2 leistet die Versicherung einen Kostenbeitrag von 75 % des Nettopreises, soweit in der Liste nicht etwas anderes bestimmt wird.

51. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die AHV ergibt sich dabei aus Ziffer 5.57 der Hilfsmittelliste im Anhang zur HVA ("Hörgeräte für ein Ohr") in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 HVA.

52. Gemäss Artikel 5 HVA kann das Bundesamt für Sozialversicherungen mit Institutionen der Altershilfe oder mit Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln abschliessen.

53. Auch für die AHV wird (wenn auch einzig auf Verordnungsstufe) das BSV ermächtigt mit Abgabestellen für Hilfsmittel "Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln" abzuschliessen (vgl. Art. 5 HVA). Aufgrund der Nähe der AHV zur IV ist wohl davon auszugehen, dass dies die Festsetzung von Tarifen in diesen Verträgen mit beinhaltet.

### **B.2.1.3 Gesetzliche Grundlagen im Bereich UV und MV**

54. Nach Artikel 11 Absatz 1 UVG hat der Versicherte Anspruch auf die Hilfsmittel, die körperliche Schädigungen oder Funktionsausfälle ausgleichen. Der Bundesrat erstellt eine Liste dieser Hilfsmittel. Nach Absatz 2 der Bestimmung müssen die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein. Sie werden zu Eigentum oder leihweise abgegeben.

55. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die UV ergibt sich aus Artikel 1 Absatz 1 HVUV<sup>69</sup> und Ziffer 6 der Hilfsmittelliste in deren Anhang ("Hörapparate") in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 UVG.

56. Nach Artikel 56 Absatz 1 UVG können die Versicherer mit den Medizinalpersonen sowie den Heil- und Kuranstalten vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen. Sie können die Behandlung der Versicherten ausschliesslich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Jedermann, der die Bedingungen erfüllt, kann dem Vertrag beitreten. Gemäss Absatz 4 der Bestimmung sind für alle Versicherten der Unfallversicherung die gleichen Taxen zu berechnen.

57. Artikel 70 Absatz 1 UVV legt fest, dass die Zusammenarbeits- und Tarifverträge zwischen den Versicherern und den Ärzten, Zahnärzten, Chiropraktoren und medizinischen Hilfspersonen auf gesamtschweizerischer Ebene abgeschlossen werden müssen. Gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 HVUV sind die Versicherer befugt, mit den Abgabestellen für Hilfsmittel vertraglich die Zusammenarbeit zu regeln und die Tarife festzulegen.

<sup>66</sup> Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201).

<sup>67</sup> Vgl. auch BGE 130 V 163, 165 f. E. 3.1.2.

<sup>68</sup> In diesem Sinne auch das Bundesgericht, das bezogen auf den per 1.4.1999 in Kraft gesetzten Tarifvertrag (nachfolgend: Tarifvertrag-1999) festgestellt hat, dass der vom BSV mit den Leistungserbringern abgeschlossene Tarifvertrag insofern als bundesrechtskonform zu betrachten sei, als die Ermächtigung des BSV zum Abschluss von Tarifverträgen auf zulässiger Gesetzesdelegation beruhe. Insbesondere sei das BSV gestützt auf Art. 27 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 IVV ermächtigt, im Rahmen eines mit den Leistungserbringern vereinbarten Tarifvertrages Höchstbeträge für die Vergütung der vom Leistungserbringer in Rechnung gestellten Kosten festzusetzen (siehe BGE 130 V 163, 171 E. 4.2).

<sup>69</sup> Verordnung des EDI vom 18. Oktober 1984 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Unfallversicherung (HVUV; SR 832.205.12). Die Verordnungskompetenzen des EDI für den Bereich der Hilfsmittel ergibt sich aus Art. 19 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

58. Artikel 21 Absätze 1 bis 3 MVG lauten wie folgt: Der Versicherte hat Anspruch auf Hilfsmittel für: a. die Verbesserung seines Gesundheitszustandes; b. die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder für die Tätigkeit in seinem Aufgabenbereich; c. die Schulung und Ausbildung; d. die funktionelle Angewöhnung; e. die Fortbewegung; f. die Selbstsorge; g. den Kontakt mit der Umwelt (Abs. 1). Die Hilfsmittel werden zu Eigentum oder leihweise in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben oder mit Amortisationsbeiträgen finanziert. Kosten, die darüber hinausgehen, hat der Versicherte selbst zu tragen. Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne die Gesundheitsschädigung angeschafft werden müssten, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden (Abs. 2). Schafft der Versicherte auf eigene Kosten ein Hilfsmittel an, auf das er Anspruch hat, so gewährt ihm die Militärversicherung einen Beitrag (Abs. 3).

59. Im Gegensatz zu den oben dargestellten Sozialversicherungszweigen kennt die Militärversicherung keine Liste der zu Leistungen Anlass gebenden Hilfsmittel.<sup>70</sup> Auf die Einführung einer Hilfsmittelliste, wie sie in den anderen Sozialversicherungszweigen üblich ist, wurde gemäss Botschaft ausdrücklich verzichtet, um sicherzustellen, dass "die Militärversicherung die neu auf dem Markt erscheinenden Hilfsmittel rasch zu Nutzen machen kann, damit die Bedürfnisse im Einzelfall optimal befriedigt werden können".<sup>71</sup> Die Kosten für die Abgabe von Hörgeräten werden jedoch im Rahmen der ausgehandelten Tarife von der Militärversicherung übernommen.<sup>72</sup>

60. Nach Artikel 26 Absatz 1 MVG kann die Militärversicherung mit den Medizinalpersonen, Anstalten, Institutionen für teilstationären Aufenthalt, Abklärungsstellen und Laboratorien vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen. Sie kann die Behandlung der Versicherten ausschliesslich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Jedermann, der die Bedingungen erfüllt, kann dem Vertrag beitreten. Gemäss Absatz 4 der Bestimmung sind für alle Versicherten der Militärversicherung die gleichen Taxen zu berechnen.

61. Artikel 13 Absatz 1 MVV<sup>73</sup> regelt, dass die Zusammenarbeits- und Tarifverträge zwischen den Versicherern und den Ärzten, Zahnärzten, Chiropraktoren und medizinischen Hilfspersonen auf gesamtschweizerischer Ebene abgeschlossen werden müssen. Nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 MVV sind die Tarife nach Artikel 26 MVG nach Grundsätzen auszugestalten, die auch für andere Sozialversicherungszweige Anwendung finden können.

62. Sowohl in Artikel 56 Absatz 1 UVG als auch in Artikel 26 Absatz 1 MVG wird die Möglichkeit geschaffen, dass die Versicherer mit gewissen Leistungserbringern vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen können. Obwohl es dabei nicht offensichtlich erscheint, dass Abgabestellen für Hilfsmittel (und somit Akustiker) unter den Begriff von "Medizinalpersonen" zu subsumieren sind<sup>74</sup>, da doch zum Beispiel die für die Tarifverträge massgebliche Bestimmung im IVG sowohl "Berufsverbände der Medizinalpersonen" als auch "Abgabestellen für Hilfsmittel" als mögliche Tarifpartner erwähnt (Art. 27 Abs. 1 IVG), ist vorliegend sowohl für die UV als auch die MV von einer genügenden Geset-

zesgrundlage für den Abschluss von den Tarifverträgen im Hörgerätebereich durch die jeweiligen Versicherer auszugehen.

63. Für die UV gilt zunächst zu erwähnen, dass Artikel 70 Absatz 1 UVV auch von Zusammenarbeits- und Tarifverträge mit medizinischen Hilfspersonen spricht. Weiter ergibt sich die Befugnis der Versicherer mit den Abgabestellen für Hilfsmittel vertraglich die Zusammenarbeit zu regeln und die Tarife festzulegen explizit aus Artikel 3 Absatz 1 HVUV.

64. Trotz Fehlen einer expliziten Bestimmung für Tarifverträge mit Abgabestellen für Hilfsmittel kann es sich für die MV wohl nicht anders verhalten als bei der UV, wollte der Gesetzgeber doch das Modell des UVG betreffend Medizinalrecht und Tarifwesen für das MVG weitgehend übernehmen.<sup>75</sup> Die Regelungsnähe zum UVG zeigt sich einerseits darin, dass mit Artikel 13 Absatz 1 MVV eine im Vergleich mit dem erwähnten Artikel 70 Absatz 1 UVV identische Bestimmung besteht. Andererseits sind nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 MVV die Tarife nach Artikel 26 MVG nach Grundsätzen auszugestalten, die auch für andere Sozialversicherungszweige Anwendung finden können.

#### B.2.1.4 Zwischenergebnis

65. Sowohl was die Abgabe von Hörgeräten als auch die Regelung dieser Abgabe durch die Akustiker mittels Tarifverträgen angeht, ist von einer genügenden gesetzlichen Grundlage auszugehen. Auch scheinen aufgrund der Vielzahl der Abgabestellen einzig branchenübergreifende Tarifverhandlungen mit den Verbänden der Akustiker zielführend, zumal zumindest in den Bereichen UV und MV die Vorgabe besteht, für alle Versicherten die gleichen Taxen zu berechnen.<sup>76</sup>

#### B.2.2 Preisregulierung aufgrund der Tarifordnung und Fazit

66. Was nun die Preisregulierung im zuzahlungsfreien Bereich (d.h. die Tatsache, dass bei Abgabe eines zuzahlungsfreien Hörgerätes abhängig von der med. Indikation der versicherten Person maximal der anwendbare Tarifpreis in Rechnung gestellt werden darf) angeht, erscheint diese als Folge der gesetzlichen Vorgabe, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung anzugeben oder pauschal zu vergüten, und der zur Erfüllung dieser Aufgabe vorgesehenen Möglichkeit, die Zusammenarbeit mit den Akustikern zu regeln und Tarife zu vereinbaren.

<sup>70</sup> Vgl. auch Urteil des BGer 8C.832/2007 vom 10.3.2008, E. 1.2.

<sup>71</sup> Botschaft vom 27. Juni 1990 zum Bundesgesetz über die Militärversicherung, BBl 1990 III 201, 232.

<sup>72</sup> Vgl. oben Fn 48 zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Leistungspflicht der Militärversicherung gegenüber der versicherten Person nicht in jedem Fall durch die Höhe der ausgehandelten Tarife beschränkt werden.

<sup>73</sup> Verordnung vom 10. November 1993 über die Militärversicherung (MVV; SR 833.11).

<sup>74</sup> Es handelt sich bei ihnen jedoch wohl weder um "Heil- und Kuranstalten" (Art. 56 Abs. 1 UVG) noch um "Anstalten, Institutionen für teilstationären Aufenthalt, Abklärungsstellen und Laboratorien" (Art. 26 Abs. 1 MVG).

<sup>75</sup> BBl 1990 III 201, 232.

<sup>76</sup> Vgl. oben Rz 56 und Rz 60.

67. Die Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker im zuzahlungsfreien Bereich erscheint auch geeignet, eine adäquate Hörgeräteversorgung der versicherten Personen zu garantieren und somit den gesetzlichen Auftrag, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung anzugeben oder pauschal zu vergüten, zu erfüllen. Zu diesem Zweck dienen insbesondere auch die Bestimmungen des Qualitätssicherungsvertrags in Anhang 3 des Tarifvertrags-2006, deren Erfüllung gemäss Ziffer 2.1 Tarifvertrag-2006 Voraussetzung zur Abrechnung gegenüber den Versicherern darstellt, und die Verpflichtung der Akustiker, im Rahmen der vergleichenden Anpassung (also dem Probetragen von verschiedenen Hörgeräten in der Auswahlphase) immer auch eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante anzupassen.<sup>77</sup> Weiter dient die Tarifordnung (und insbesondere die Hörgerätestarife) unter anderem der Begrenzung der von den Sozialversicherungen für diese Versorgung zu tragenden Kosten und ermöglicht eine Gleichbehandlung aller Versicherten mit gleichem Hörversorgungsbedarf.

68. Es bestehen somit Anzeichen dafür, dass sich die aus der Tarifordnung ergebende Einschränkung des Wettbewerbs im Bereich der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall (die vereinbarten Hörgerätestarife als Höchstpreise) wohl auf Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG stützen kann. Eine Verpflichtung, bestimmte (insb. von den Herstellern explizit als „zuzahlungsfrei“ bezeichnete oder auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme geführte) Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endpreis verkaufen zu müssen, besteht aufgrund der Tarifordnung nach vorliegenden Erkenntnissen nicht. Eine solche Ausschaltung des Preiswettbewerbs wäre wohl auch nicht notwendig, um die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen, und könnte sich wohl kaum auf eine genügende Gesetzesgrundlage stützen.

69. Das KG ist jedoch insoweit auf den Markt für Hörgeräte (vgl. unten B.4.2.2, Rz 142 ff.) anwendbar, als Raum für Wettbewerb verbleibt. Preiswettbewerb ist nach vorliegenden Erkenntnissen insbesondere auf Absatzstufe zwischen den Herstellern generell und auf Endverkaufsstufe zwischen den Akustikern auch im Anwendungsbereich des Tarifvertrags (also gegenüber Versicherten) zumindest im Bereich der zuzahlungspflichtigen Hörversorgung uneingeschränkt möglich.

### **B.3 Horizontale Preisabrede zwischen den Hörgeräteherstellern**

70. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Anzeichen für eine unzulässige horizontale Preisabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 KG zwischen den Hörgeräteherstellern bestehen.

#### **B.3.1 Wettbewerbsabrede**

71. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

72. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten

Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

73. Im gegenwärtigen Zeitpunkt liegen keine Hinweise dafür vor, dass zwischen den Herstellern eine (rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare) Vereinbarung gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG über Konkurrenzfaktoren (insb. Preise oder Preisbestandteile auf Wholesale- oder Endabnehmerstufe) vorliegt. Die Hersteller sind wie erwähnt nicht Vertragsparteien der zwischen den Sozialversicherern und den Akustikerverbänden geschlossenen Tarifverträge und auch nicht in deren Ausarbeitung involviert.<sup>78</sup> Weiter sind gegenwärtig keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass sich die Hersteller im Rahmen der Verbandstätigkeit der HSM, der alle befragten Hersteller angehören, über die Preisgestaltung absprechen oder in irgendeiner Weise gegenseitig Einfluss auf die Preise der Konkurrenten nehmen.<sup>79</sup>

74. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das Verhalten der befragten Hörgerätehersteller bezüglich Preissetzung auf eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, insbesondere in Form einer abgestimmten Verhaltensweise, zwischen ihnen hindeutet. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen.<sup>80</sup> Vorausgesetzt ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination.

75. Mit Fragebogen vom 25. Januar 2010 wurden ausgewählte Hörgerätehersteller (siehe oben Rz 5) unter anderem zu den Ex-Factory-Preisen und verkauften Mengen der von ihnen in der Schweiz in den Jahren 2006 bis 2010 angebotenen Modelle und den von ihnen in diesem Zeitraum erwirtschafteten Umsätzen (nach Gerätestufen<sup>81</sup>) befragt. Weiter wurden die Hersteller gebeten, ihre an die Akustiker gerichteten Preislisten der Jahre 2006 bis 2010 beizulegen.

76. Im Nachfolgenden werden diese Informationen vor dem Hintergrund der Hypothese einer abgestimmten Verhaltensweise auf Herstellerstufe analysiert. Dabei gilt es zunächst die Entwicklung der Marktanteile der Hörgerätehersteller und die Entwicklung der Preise auf dem Absatzmarkt darzustellen.

<sup>77</sup> Ziff. 1.4 des Anhangs 2 der Tarifverträge.

<sup>78</sup> Gemäss Aussagen gewisser Hörgerätehersteller hätten sie überhaupt keinen Einfluss auf die Gestaltung der Verträge.

<sup>79</sup> Vgl. zum im Rahmen der HSM praktizierten Meldesystem unten B.3.1.3, Rz 89 ff. HSM selber führt im Schreiben vom 18.10.2010 aus, der Verband solle auf keinen Fall ein Gefäss für die Vereinbarung von Preisen oder sonstigen Konditionen zwischen den Herstellern oder mit nachgelagerten Handelsstufen bilden. Unzulässige Abreden würden durch den Verband weder toleriert noch begünstigt.

<sup>80</sup> ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 KG N 12.

<sup>81</sup> Vgl. zu den sogenannten Gerätestufen unten Rz 114.

### B.3.1.1 Entwicklung der Marktanteile

77. Die Marktanteile in der Schweiz der im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung befragten sechs Hersteller

haben sich in den Jahren 2006 bis 2009 wie folgt entwickelt:

**Tabelle 5: Entwicklung der umsatzbasierten Marktanteile von 2006 bis 2009 (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
<b>GN ReSound</b>	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-5] %
<b>Oticon</b>	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
<b>Phonak</b>	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[45-55] %
<b>Siemens</b>	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
<b>Widex</b>	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[10-20] %
<b>TOTAL</b>	100,0 %	100,0 %	100,0 %	100,0 %

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat.

78. Die von den Herstellern insgesamt (d.h. für alle Gerätestufen) gemeldeten Umsatzzahlen zeigen zwischen 2006 und 2008 eine gewisse Stabilität der Marktanteile der Unternehmen auf dem schweizerischen Markt für Hörgeräte. Im Jahr 2009 findet hingegen eine starke Verschiebung der Marktanteile statt: Der Anteil von Phonak erhöht sich stark (von [30-40] % auf über [45-55] %) und alle anderen Mitbewerber (mit Ausnahme von Oticon) verlieren im Vergleich zum Vorjahr an Marktanteil, teilweise sogar stark: So halbierten sich die Marktanteile von GN ReSound und Siemens.

79. Betrachtet man die Marktanteilsentwicklung betreffend die jeweiligen Gerätestufen, entlang derer möglicherweise allfällige Submärkte abgegrenzt werden könnten, so zeigt sich folgendes Bild: Die Entwicklung der Marktanteile bezogen auf die Hörgeräte der Stufen 3 und 4, mit welchen die Unternehmen am meisten Umsatz erwirtschaften, ist vergleichbar zur oben dargestellten Entwicklung der Gesamtumsätze. Die Daten betreffend die Gerätestufen 1 und 2 zeigen eher grosse Schwankungen der Marktanteile in dieser Periode.<sup>82</sup> Es handelt sich dabei um allfällige Submärkte, die während dieser Periode umsatzmässig uninteressant geworden sind, wie die folgende Tabelle zeigt:

**Tabelle 6: Entwicklung der Umsätze aller Hersteller nach Gerätestufe (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Gerätestufe 1</b>	0,8 %	0,7 %	0,7 %	0,8 %
<b>Gerätestufe 2</b>	11,3 %	9,3 %	11,9 %	8,4 %
<b>Gerätestufe 3</b>	25,2 %	27,5 %	32,0 %	39,0 %
<b>Gerätestufe 4</b>	62,7 %	62,4 %	55,5 %	51,8 %
<b>TOTAL</b>	100,0 %	100,0 %	100,0 %	100,0 %

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnungen: Sekretariat.

80. Die Entwicklungen der Marktanteile scheinen zu zeigen, dass erstens die Produkte der verschiedenen Hersteller tatsächlich dem gleichen Markt zuzuordnen sind (Substituierbarkeit) und zweitens ein Kampf um Marktanteile mindestens ab 2009 stattgefunden hat. Aufgrund dieser aufgezeigten Marktstruktur ist anzunehmen, dass mit keinem dauerhaft einheitlichen Verhalten dieser Unternehmen in der Schweiz zu rechnen ist, sind Marktanteilverschiebungen doch Anzeichen dafür, dass ein Anreiz (nämlich Marktanteilzuwachs) dafür besteht, von einem allfälligen gemeinsamen Vorgehen abzuweichen.

81. Zur Interpretation der Marktanteilsentwicklungen ist weiter eine Analyse der Preisentwicklung und der Preispolitik der Hörgerätehersteller vorzunehmen.

### B.3.1.2 Preisentwicklung

82. Gestützt auf die von den Herstellern mitgeteilten Ex-Factory-Preise (also Listenpreise vor Abzug allfälliger

Rabatte) lässt sich für die Jahre 2006 bis 2009 folgende Entwicklung der Durchschnittspreise feststellen:

<sup>82</sup> Vgl. Grafiken in Anhang 1.

**Tabelle 7: Entwicklung der durchschnittlichen Listenpreise (nach verkauften Mengen gewichtet)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	1'280.1	1'160.5	997.4	1'016.6
<b>GN ReSound</b>	1'175.1	1'285.5	1'343.1	1'163.9
<b>Oticon</b>	1'272.7	1'523.3	1'324.2	1'099.2
<b>Phonak</b>	1'423.0	1'377.7	1'411.1	1'441.3
<b>Siemens</b>	1'190.9	1'172.5	1'197.6	1'095.0
<b>Widex</b>	1'298.1	1'291.3	1'385.9	1'366.2
<b>Durchschnitt</b>	1'273.3	1'301.8	1'276.6	1'197.0

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat

83. Allgemein und ohne Rücksicht auf die Angaben betreffend die unterschiedlichen Stufen sind die durchschnittlichen Listenpreise auf die Jahre hinweg eher stabil geblieben. Die gleiche Feststellung lässt sich auch im Bezug auf die Entwicklung der Preise für die Hörgeräte der Stufe 4 (eher leichte Erhöhung) sowie der Indikationsstufe 3 treffen. Eine leichte Senkung der Listenpreise charakterisiert hingegen die Entwicklung der durchschnittlichen Listenpreise für die Gerätestufen 1 und 2.<sup>83</sup>

84. Aufgrund der Analyse der Listenpreise lassen sich die Schwankungen der Marktanteile der verschiedenen Unternehmen nicht erklären. Es sind deshalb im Folgenden die Nettoverkaufspreise der Hersteller in die Analyse mit einzubeziehen. In diesem Zusammenhang ist zu

erwähnen, dass sich der Umsatz aller befragten Hersteller zwischen 2006 und 2009 um 5,3 % erhöht hat, gleichzeitig das Wachstum bezogen auf die Anzahl der verkauften Hörgeräte jedoch 27,5 % betrug. Der durchschnittliche Nettoverkaufspreis der Hörgeräte<sup>84</sup> (bezogen auf alle Stufen) ist daher in dieser Periode von 937 Franken auf 714 Franken gesunken.

85. Betrachtet man die Entwicklung der von den Akustikern (also den Abnehmern) effektiv an die einzelnen Hersteller bezahlten Preise, zeigt sich, dass diese massgeblich von der jeweiligen Rabattpolitik der jeweiligen Hersteller geprägt sind. Die Höhe der Rabatte in Prozentsätzen sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst<sup>85</sup>:

**Tabelle 8: Rabatte der Hörgerätehersteller gegenüber den Akustikern von 2006 bis 2009 (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>GN ReSound</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>Oticon</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>Phonak</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>Siemens</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>Widex</b>	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
<b>Durchschnitt</b>	-[20-30] %	-[30-40] %	-[30-40] %	-[40-50] %

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat.

86. Diese Zahlen zeigen, dass die Hörgerätehersteller in den Jahren 2006 bis 2009 durch preisliche Massnahmen versucht haben, die Haltung der Abnehmer (Ketten, Einkaufsgemeinschaften und Einzelabnehmer) zu beeinflussen, um bessere Umsätze zu erreichen. Diese Strategie hat nicht allen Produzenten gleichermassen gedient: Die Senkung der Preise hat meist nicht zu einer genügend starken Erhöhung des Verkaufs von Hörgeräten geführt und der Umsatz hat sich verkleinert. Phonak hat die Situation am besten gemeistert. Trotz (oder zumindest teilweise dank) hohen und steigenden Rabatten an die Akustiker hat sie ihre Umsätze steigern und Marktanteile hinzugewinnen können.

87. Die Analyse der Preisentwicklung hat gezeigt, dass die Rabattpolitik der verschiedenen Unternehmen (wohl zusammen mit der Entwicklung der jeweiligen Produktpalette sowie anderen Marketing-Massnahmen) mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Einfluss auf die Entwicklung der Marktanteile gehabt hat. Diese Haltung ist si-

cher als prokompetitiv zu beurteilen, hat sie doch zu einem Preiskampf zwischen den Hörgeräteherstellern geführt und letztendlich die Wettbewerbsintensität zwischen Produzenten für Hörgeräte in der Schweiz erhöht.

<sup>83</sup> Vgl. Grafiken in Anhang 2.

<sup>84</sup> Dies entspricht dem erwirtschafteten Umsatz dividiert durch die Anzahl verkaufter Hörgeräte aller Hersteller.

<sup>85</sup> Vgl. auch Grafik in Anhang 3.

### B.3.1.3 Datenerhebung durch HSM

88. HSM ist eine Genossenschaft mit Sitz in Cham. Sie bezweckt die Vereinigung von Fabrikanten und Grossisten der Hörgerätebranche zu einem Berufsverband. Weiter hat sie zum Zweck die Förderung des Absatzes von Hörgeräten ihrer Genossenschafter in gemeinsamer Selbsthilfe mit gezielten Massnahmen, die Organisation von Weiterbildungsveranstaltungen für ihre Genossenschafter und die Zurverfügungstellung einer kostengünstigen Verbandsinfrastruktur bestehend unter anderem aus Auskunfts- und Rechtsdienst an die Genossenschafter.<sup>86</sup>

89. HSM, der unter anderem sämtliche im Rahmen der Vorabklärung befragten Hersteller angehören, erhebt durch und für seine Mitglieder seit dessen Gründung am 25. März 2003 Daten betreffend die Stückzahlen der im schweizerischen Markt insgesamt pro Quartal abgesetzten Hörsysteme. Die Datenerhebung und der Rückfluss der Daten an die Mitglieder gestaltet sich gemäss HSM wie folgt:

90. Jedes Mitglied der HSM liefert quartalsweise die Anzahl der von ihm verkauften Hörgeräte an das Verbandssekretariat von HSM, vertreten durch die 4S Treuhand AG mit Sitz in Cham (nachfolgend: 4S Treuhand). Diese ist für die Aufbereitung und Konsolidierung der Daten verantwortlich und erstellt zu Handen der HSM (bzw. ihrer Mitglieder) eine Übersicht über die Gesamtabsatzmengen des jeweils letzten Quartals, aufgegliedert nach den folgenden Parametern: Gerätestufe (1, 2, 3, 4- [bis Fr. 3'599], 4+ [ab Fr. 3'600] oder 5 [Fernbedienungen])<sup>87</sup>, Bauform (HdO/HB, miniHdO [mit Schlach], miniHdO [mit externem Hörer], IdO oder CIC) und Absatzkanal (AKUSTIKA DS, AKUSTIKA SR, HZV oder NOF<sup>88</sup>). So lässt sich zum Beispiel der Übersicht zum dritten Quartal 2009 entnehmen, dass in dieser Zeitperiode gesamthaft 16'038 Hörgeräte abgesetzt wurden und davon nur 1'381 (oder 8,61 %) an Akustiker gingen, die weder Mitglied von AKUSTIKA noch HZV sind. Die Quartalsübersichten lassen jedoch noch weit detailliertere Aussagen über den (Absatz-)Markt für Hörgeräte zu, etwa dass im dritten Quartal 2009 64 Hörgeräte der Bauform IdO (also "In-dem-Ohr"), die der Stufe 3 zugeteilt sind, an Mitglieder von HZV verkauft wurden.<sup>89</sup>

91. Auf den so erstellten Quartalsübersichten finden sich keine Preisangaben und nur Gesamtabsatzmengen, also immer nur nach den erwähnten Parametern aufgegliederte Angaben zu den Stückzahlen der von allen Herstellern insgesamt abgesetzten Hörgeräte.<sup>90</sup> Mit anderen Worten lässt sich aus den Übersichten nicht ablesen, wie viele Geräte die einzelnen Hersteller in der Bemessungsperiode verkauft haben. HSM führt dazu aus, diese Information werde ihren Mitglieder auch nicht bekanntgegeben, es flössen nur Gesamtmarktdaten an diese zurück. Das Treuhandbüro (4S Treuhand) unterliege einer Geheimhaltungspflicht; die einzelnen Meldungen der Hersteller dürften weder den Mitgliedern noch Drittparteien bekannt gegeben werden.<sup>91</sup>

92. Sofern, wie von HSM ausgeführt, tatsächlich nur Gesamtzahlen zurückfliessen, welche den einzelnen Herstellern keine Rückschlüsse auf die Absatzzahlen ihrer jeweiligen Konkurrenten erlauben<sup>92</sup>, ist davon auszugehen, dass das Meldesystem von HSM eventuell

nicht geeignet ist, ein kollusives Verhalten zwischen den Herstellern zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zu welchem Zweck dieses Meldesystem eingeführt und weiterhin unterhalten wird, erscheint jedoch gestützt auf die vorliegenden Informationen unklar.<sup>93</sup>

### B.3.1.4 Zwischenergebnis

93. Sowohl die Entwicklung der Marktanteile der befragten Hörgerätehersteller als auch die Entwicklung der Ex-Factory-Preise beziehungsweise der von den Akustikern effektiv bezahlten Preise deuten auf vorhandenen Preiswettbewerb auf dem Absatzmarkt und somit gegen die Existenz einer Abrede zwischen den Hörgeräteherstellern etwa in Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise.<sup>94</sup> Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass das im Rahmen der HSM von den Herstellern praktizierte Meldesystem dazu genutzt wird, ein allfälliges kollusives Verhalten zwischen den Herstellern zu ermöglichen oder zu erleichtern.

94. Da aufgrund der vorliegenden Informationen momentan keine Anhaltspunkte für ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bezüglich der Festsetzung der Ex-Factory- oder Nettoverkaufspreise und somit einer Abrede zwischen den Hörgeräteherstellern etwa in Form einer abgestimmten Verhaltensweise in Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegen, brauchen die weiteren Elemente einer allfälligen unzulässigen Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht mehr geprüft zu werden.

<sup>86</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zug.

<sup>87</sup> Die Einstufung in die Kategorien 4- (bis Fr. 3'599.-) und 4+ (ab Fr. 3'600.-) richtet sich bis Ende 2009 nach dem empfohlenen Endverkaufspreis gemäss Hörgerätelisten.

<sup>88</sup> Unter der Bezeichnung "NOF" werden diejenigen Akustiker aufgeführt, die weder Mitglied von AKUSTIKA noch von HZV sind.

<sup>89</sup> Vgl. die Übersichten zum dritten und vierten Quartal 2009 in der Beilage 7 des Schreibens von Phonak vom 29.3.2010.

<sup>90</sup> Das Meldesystem in der Schweiz unterscheidet sich von demjenigen, das von den Herstellern in Deutschland praktiziert wurde: Dort meldeten seit 2002 alle Hörgerätehersteller, die ihre Hörgeräte an den Hörgeräte-Akustikerhandel vertrieben, dem Zentralverband Elektrotechnik- und Elektrotechnikindustrie e.V., Frankfurt/Main (nachfolgend: ZVEI), bei dem alle Hersteller Mitglieder sind, bzw. dem Fachverband Elektromedizinische Technik innerhalb des ZVEI, monatlich detaillierte Angaben über die eigenen Absatzmengen, Umsätze und ihre durchschnittlichen Herstellerabgabepreise im Bereich Hörgeräte (vgl. zum mittlerweile nicht mehr praktizierten ZVEI-Meldesystem etwa den Beschluss der 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 11.4.2007 zum Zusammenschlussvorhaben Phonak/GN ReSound, Rz 196 ff., erhältlich unter:

<<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion07/B3-578-06.pdf>> (8.2.2011). Phonak führt aus, das ZVEI-System betreffe alleine Deutschland, existiere in der Schweiz nicht und habe auch keinen mittelbaren Einfluss auf die Schweiz (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 15).

<sup>91</sup> Schreiben von HSM vom 18.10.2010.

<sup>92</sup> So explizit Phonak, die weiter ausführt, andere Daten würden weder von HSM noch von den Herstellern über einen anderen Weg ausgetauscht (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 15).

<sup>93</sup> Gemäss HSM dient die Datenerhebung dem Zweck, die Marktentwicklung in Bezug auf die Stückzahlen zu kennen (Schreiben von HSM vom 18.10.2010).

<sup>94</sup> So auch Phonak, welche ausführt, zwischen den Herstellern bestehe starker Innovationswettbewerb und erheblicher Preiswettbewerb, was sich in den dynamischen und teils signifikanten Marktanteilsverschiebungen zeige (Schreiben vom 29.3.2010, S. 2).

### B.3.2 Fazit

95. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Preise für Hörgeräte auf der Absatzstufe durch eine horizontale Preisabrede zwischen den Hörgeräteherstellern im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 KG beeinflusst werden. Vielmehr ist aufgrund der vorliegenden Informationen davon auszugehen, dass tatsächlich insbesondere Preis- und Rabattwettbewerb zwischen den Hörgeräteherstellern besteht.

### B.4 Vertikale Preisabrede zwischen Herstellern und Akustikern

96. Weiter gilt es zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige vertikale Abreden zwischen den Hörgeräteherstellern und Akustikern über Preise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 4 KG vorliegen. Als Ansatzpunkt für diese Prüfung dienen dabei Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller, die sich einerseits auf den sogenannten Hörgerätelisten<sup>95</sup>, andererseits jedoch auch auf den jeweiligen Preislisten der Hersteller finden.

#### B.4.1 Wettbewerbsabrede

97. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

98. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Diese Definition umfasst sowohl Vereinbarungen als auch Empfehlungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

99. Nachfolgend ist zu prüfen, ob Anzeichen dafür bestehen, dass die von den Hörgeräteherstellern abgegebenen Verkaufspreisempfehlungen für Hörgeräte als Wettbewerbsabreden zwischen den Herstellern und den Akustikern im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren sind. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob Anhaltspunkte für abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen.

##### B.4.1.1 Abgestimmte Verhaltensweisen

100. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen anpassen.

101. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG setzt somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus<sup>96</sup>: Mehrere Unternehmen passen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen an, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen.<sup>97</sup> Im Ergebnis tritt somit die praktische Zusammenarbeit

an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs.<sup>98</sup>

102. Voraussetzung sowohl für horizontal als auch für vertikal abgestimmte Verhaltensweisen ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Anlässlich der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise ist es naheliegend, die bei der Prüfung von horizontalen Abreden angewendeten Kriterien – einschliesslich des Befolungsgrades – zu berücksichtigen. Daneben können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die Einzigen.<sup>99</sup>

103. Im Zusammenhang mit Preisempfehlungen ist schliesslich Ziffer 15 VertBek zu beachten. Absatz 1 dieser Bestimmung besagt, dass bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 in Verbindung mit Absatz 1 KG vorliegt. Nach Absatz 3 können folgende Umstände Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- a. der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b. der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- c. der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- d. der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden.

104. Im Zusammenhang mit dem Abredebegriff von Bedeutung und deshalb nachfolgend zu prüfen sind insbesondere die "Aufgreifkriterien" gemäss Buchstaben a, b und d.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> Vgl. zu den Hörgerätelisten unten Rz 110 ff.

<sup>96</sup> So BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 (= RPW 2002/4, 738 E. 6.3), Buchpreisbindung; vgl. auch RPW 2010/4, 659 Rz 98, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>97</sup> SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 80), Art. 4 KG N 12.

<sup>98</sup> RPW 2010/4, 659 f. Rz 98, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, m.w.H.

<sup>99</sup> RPW 2010/4, 661 Rz 106, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>100</sup> Vgl. RPW 2010/4, 661 Rz 107 f., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, noch mit Bezug auf die Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.

### B.4.1.2 Konkrete Verkaufspreisempfehlungen

105. Bevor darauf eingegangen werden kann, ob Anzeichen für vertikale Wettbewerbsabreden mittels Verkaufspreisempfehlungen vorliegen, gilt es zunächst darzustellen, in welcher Form die Hörgerätehersteller nach den vorliegenden Informationen Wiederverkaufspreise ihrer Produkte (insbesondere gegenüber den Akustikern) kundtun. Dabei können einerseits Verkaufspreisempfehlungen auf den sogenannten Hörgerätelisten und andererseits Verkaufspreisempfehlungen auf den an die Akustiker gerichteten Preislisten der Hersteller unterschieden werden. Nachfolgend wird – nach diesen beiden Fundorten unterschieden – die Praxis der einzelnen Hörgerätehersteller bis Ende 2009 dargestellt.<sup>101</sup>

106. Nach vorliegenden Erkenntnissen ergibt sich aufgrund der Tarifverträge im zuzahlungsfreien Bereich zwar im Einzelfall eine Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker, aber (wie auch im zuzahlungspflichtigen Bereich) keine Verpflichtung, bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endverkaufspreis zu verkaufen.<sup>102</sup> Wenn somit die jeweiligen Hersteller bestimmte Hörgerätemodelle auf ihren Preislisten explizit als "zuzahlungsfrei" bezeichnen oder (gleichbedeutend) diese Geräte unter Angabe des Tarifpreises auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörgeräte führen, ist dies ebenfalls als eine Verkaufspreisempfehlung der Hersteller zu werten, weshalb nachfolgend nicht zwischen zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Geräten unterschieden wird.<sup>103</sup>

107. Obwohl einerseits für die Hörbehinderten als auch die Akustiker schlussendlich nur der Endverkaufspreis eines Hörsystems, das heisst die Summe von Geräteverkaufspreis und in Rechnung gestellter Kosten für die (Anpassungs-)Dienstleistung, relevant ist, und andererseits die Hersteller auch Verkaufspreisangaben für ihre Hörgeräte inklusive Anpassung machen, stehen vorliegend allfällige vertikale Wettbewerbsabreden über die Geräteverkaufspreise, also einen Bestandteil der Endverkaufspreise, im Fokus. Die zweite Preiskomponente, also die dem Hörbehinderten (bzw. seiner Sozialversicherung) in Rechnung gestellten Dienstleistungskosten, bleibt nachfolgend ausser Acht. Dies, insbesondere weil davon auszugehen ist, dass die einzelnen Hersteller die von ihnen zur Berechnung eines empfohlenen Endverkaufspreises verwendeten Ansätze für die Dienstleistungskomponenten nicht selber festlegen. Vielmehr zeigt ein Vergleich der unterschiedlichen Verkaufspreisangaben (Preise mit oder ohne Anpassung, bei monauraler oder binauraler Versorgung) auf den Hörgerätelisten beziehungsweise den Preislisten der Hersteller, dass alle befragten Hersteller einem empfohlenen Geräteverkaufspreis abhängig von Gerätestufe und Versorgung (monaural oder binaural) jeweils die Dienstleistungspauschalen gemäss Hörgerätetarif hinzuaddieren, wobei für Geräte der Stufe 4 die Dienstleistungspauschalen der dritten Stufe verwendet wird.<sup>104</sup> Das von den befragten Herstellern durchwegs befolgte Schema kann wie folgt dargestellt werden:

**Tabelle 9: Angewandte Dienstleistungspauschalen in Preisempfehlungen der Hersteller**

Gerätestufe	Zum Geräteverkaufspreis addierte Dienstleistungspauschale (monaural)	Zum Geräteverkaufspreis addierte Dienstleistungspauschale (binaural)
1	Fr. 970.- (= Tarifposition 61.12; Indikationsstufe 1)	Fr. 1'425.- (= Tarifposition 61.22; Indikationsstufe 1)
2	Fr. 1'190.- (= Tarifposition 62.12; Indikationsstufe 2)	Fr. 1'700.- (= Tarifposition 62.22; Indikationsstufe 2)
3	Fr. 1'405.- (= Tarifposition 63.12; Indikationsstufe 3)	Fr. 1'965.- (= Tarifposition 63.22; Indikationsstufe 3)
4	Fr. 1'405.- (= Tarifposition 63.12; Indikationsstufe 3)	Fr. 1'965.- (= Tarifposition 63.22; Indikationsstufe 3)

Quelle: Sekretariat.

<sup>101</sup> Vgl. bzgl. Abgabe von Preisempfehlungen durch die Hersteller seit 1.1.2010 unten Rz 175 ff.

<sup>102</sup> Vgl. oben Rz 26 f.

<sup>103</sup> Die gebräuchliche Einteilung in zuzahlungsfreie und zuzahlungspflichtige Geräte, die auch den separaten Hörgerätelisten zugrundeliegt, ist bis zu einem gewissen Grad missverständlich, bezieht sich die Wendung "zuzahlungsfrei" logischerweise doch immer nur auf die Hörversorgung im Einzelfall, da die vollständige Kostenübernahme durch eine Versicherung immer vom Versicherungsanspruch einerseits und vom tatsächliche Endverkaufspreis andererseits abhängt.

<sup>104</sup> So explizit Phonak: "Dem Empfohlenen Endverkaufspreis der Hörsysteme der Indikationsstufe 4 liegt mangels einer für die Akustiker tarifvertraglich vereinbarten Pauschale jeweils die Dienstleistungspauschale der Indikationsstufe 3 zugrunde" (Schreiben vom 29.3.2010, S. 23). Neben Phonak verwenden GN ReSound und auch (teilweise) Siemens explizit das Wort Dienstleistungspauschale auf ihren Preislisten, was zusätzlich für die Verwendung der Pauschalen gemäss Hörgerätetarif und gegen eine autonome Berechnung der Dienstleistungskomponenten spricht.

108. Eine Auswertung der Rechnungsdaten, welche im Rahmen der Vorabklärung erhoben wurden, lässt zudem darauf schliessen, dass sich nicht nur die Hersteller (bei der Angabe von Verkaufspreisempfehlungen), sondern wohl auch viele Akustiker generell an diese Vorgehensweise halten, den Hörbehinderten also abhängig von der Gerätestufe des verkauften Hörgeräts (und nicht z.B. abhängig von der jeweiligen med. Indikation des Kunden) eine Dienstleistungspauschale gemäss Hörgerätetarif verrechnen. Dies wird auch durch die Antworten der Akustiker auf die Frage, aufgrund welcher Faktoren sie die Preise für ihre Dienstleistungen für die Hörgeräte der Stufe 4 festlegen, bestätigt.<sup>105</sup>

109. Weshalb die Akustiker ihre Dienstleistungen unabhängig von der eigenen Kostenstruktur schematisch anhand dieses Mechanismus in Rechnung stellen, erscheint unklar. Dieser Punkt wäre im Rahmen einer allfälligen Untersuchung vertieft abzuklären. Nach vorliegenden Erkenntnissen besteht seitens der Akustiker (mit Ausnahme des Falles einer zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall) zumindest aufgrund der Tarifverträge insbesondere keine Verpflichtung, (einzig) die im Hörgerätetarif festgelegten Dienstleistungspauschalen in Rechnung zu stellen.

#### B.4.1.2.1 Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgerätelisten

110. Ziffer 6.3 der Tarifverträge lautet wie folgt: Es dürfen zu Lasten der Versicherer nur Hörgeräte abgerechnet werden, welche vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist. Es werden zwei separate Hörgerätelisten erstellt, eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte.

111. In diesen beiden allgemein als "Hörgerätelisten" bezeichneten Listen gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge

werden die von METAS homologierten Hörgeräte unter Angabe der Modellbezeichnung und weiterer Informationen<sup>106</sup> jeweils nach Hersteller geordnet aufgeführt. Diese beiden Hörgerätelisten werden vier Mal pro Jahr aktualisiert und in ihrer jeweils aktuellen Version auf der Homepage der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG (nachfolgend: ZMT) veröffentlicht (dort zusammen mit weiteren Dokumenten zum aktuell geltenden Tarifvertrag).<sup>107</sup> Die (Nach-)Führung der Hörgerätelisten übernimmt im Auftrag des BSV der Berufsverband der Hörgerätehersteller HSM, beziehungsweise das Verbandssekretariat vertreten durch die 4S Treuhand. Dies geschieht nach Angabe von HSM wie folgt: Jeweils am Ende des Quartals reichen die Hörgerätehersteller (auch diejenigen, die nicht Genossenschafter von HSM sind) die zum Erstellen der Hörgerätelisten notwendigen Angaben (z.B. Artikelnummer, Tarifposition) bei der 4S Treuhand ein. 4S Treuhand überführt die von den Herstellern gelieferten Informationen in die Hörgerätelisten und verteilt diese anschliessend in elektronischer Form an die interessierten Stellen.<sup>108</sup> Im Anschluss werden die von 4S Treuhand (also dem Verbandssekretariat von HSM) erstellten Hörgerätelisten unter anderem unverändert auf der Webseite der ZMT veröffentlicht. Nach Angaben von HSM komme dem Verband bei der Erstellung der Hörgerätelisten einzig ausführende Funktion zu. Der jeweilige Hersteller entscheide über die Einstufung eines bestimmten Gerätes in die jeweilige Gerätestufe, die Höhe des angegebenen empfohlenen Verkaufspreises sowie darüber, ob ein Gerät auf die Liste der zuzahlungspflichtigen oder zuzahlungsfreien Hörsysteme gelistet wird. Weder HSM noch ein Gremium innerhalb des Verbandes könne Einfluss auf diese Faktoren nehmen oder nehme Einfluss auf diese Faktoren.<sup>109</sup>

112. Wie bereits erwähnt, werden gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge zwei Listen geführt, "eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte". Die beiden Listen sehen in ihrem Aufbau wie folgt aus<sup>110</sup>:

**Tabelle 10: Aufbau der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme**

Tarpos	Artikelcode	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	Preis Gerät ohne DL-Pauschale	Preis Gerät mit DL-Pauschale (monaurale Vers.)	MetasNr
61.11	97.62.44	Phonak	Phonak	MAXX 211	HdO	<b>600.00</b>	1'570.00	215-5180
62.11	99.62.22	Phonak	Phonak	Una M AZ	HdO	<b>825.00</b>	2'015.00	259-06603
63.11	97.62.85	Phonak	Phonak	eXtra 311 AZ	HdO	<b>1'050.00</b>	2'455.00	215-06002

Quelle: Liste der zuzahlungsfreien Hörgeräte Stand Oktober 2009. Auswahl: Sekretariat.

<sup>105</sup> Die meisten der befragten Akustiker machten explizit die Aussage, sie würden in diesen Fällen die Dienstleistungspauschale der Stufe 3 gemäss Hörgerätetarif anwenden. Zweimal wurde dabei die Aussage gemacht, der Mehraufwand für die Einstellung der Geräte der Stufe 4 würde durch einen höheren Gerätepreis (und eine höhere Marge) gedeckt. Nur einige wenige Akustiker verwiesen sinngemäss auf eigene betriebswirtschaftliche Kalkulationen, wobei ein solches Vorgehen aufgrund fehlender aussagekräftiger Rechnungsdaten jedoch nicht nachvollzogen werden konnte.

<sup>106</sup> Vgl. unten Rz 112.

<sup>107</sup> Vgl. <[http://www.zmt.ch/ambulante\\_tarife/ambulante\\_tarife\\_akustika.htm](http://www.zmt.ch/ambulante_tarife/ambulante_tarife_akustika.htm)> (8.2.2011).

<sup>108</sup> Neben BSV, METAS, SUVA und sämtlichen IV-Stellen werden nach Aussage von HSM auch die Akustikerverbände Akustika und HZV sowie sämtliche Hörgerätehersteller mit der Hörgeräteliste durch 4S Treuhand bedient (vgl. Schreiben von HSM vom 18.10.2010).

<sup>109</sup> Vgl. Schreiben von HSM vom 18.10.2010.

<sup>110</sup> Als Beispielinhalt wird je ein Modell der Stufen 1 bis 3 respektive 1 bis 4 des Herstellers Phonak aufgeführt. Zu den sog. Gerätestufen siehe unten Rz 114.

**Tabelle 11: Aufbau der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (bis 31.12.2009)**

Tarpos	Artikel-code	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)	MetasNr
61.11	97.62.43	Phonak	Phonak	MAXX 22	IdO	1'760.00	215-5023
62.11	99.62.19	Phonak	Phonak	Una CIC/MC	IdO	2'165.00	259-06600
63.11	99.62.37	Phonak	Phonak	Naida III SP	HdO	2'655.00	259-07158
64.11	97.62.91	Phonak	Phonak	Eleva 11 CIC/MC	CIC	3'355.00	259-06323

Quelle: Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte Stand Oktober 2009. Auswahl: Sekretariat.

113. Der Aufbau der beiden Listen, der nach vorliegenden Informationen das Resultat von Verhandlungen der Tarifpartner ist<sup>111</sup>, gestaltet sich somit weitgehend identisch:

114. Auf beiden Listen sind die verschiedenen Modelle eines Herstellers jeweils nach Gerätestufen sortiert, so dass zunächst alle Geräte der Stufe 1, danach die Geräte der Stufe 2, und so weiter aufgelistet sind. Die Einteilung eines jeden Hörgerätemodells in eine von vier Stufen geschieht vor dem Hintergrund des 1999 für die sog. medizinische Indikation eingeführten Dreistufenmodells<sup>112</sup>: Die Geräte der Stufen 1 bis 3 sollen grundsätzlich den Hörversorgungsbedarf der Hörbehinderten mit entsprechender medizinischer Indikation (Indikationsstufe 1: leichter Hörverlust; Indikationsstufe 2: mittlerer Hörverlust; Indikationsstufe 3: schwerer Hörverlust) in einfacher und zweckmässiger Weise (vgl. z.B. Art. 21 IVG) abdecken.<sup>113</sup> Geräte der Stufe 4 bieten den Hörbehinderten eine Ausstattung (z.B. unauffälligere Hörgeräte aufgrund ihrer kleineren Grösse oder anderen Bauform, Möglichkeit der Anpassung der Hörgeräte auf unterschiedliche Hörsituationen mittels Fernbedienung usw.), die über das hinausgeht, was zur einfachen und zweckmässigen Deckung ihres Hörversorgungsbedarfs notwendig ist. Welcher Stufe ein Gerät zugeteilt wurde, lässt sich auf den Hörgerätelisten an der zweiten Ziffer der numerischen Tarifposition ablesen (ein Modell mit Tarifposition "61.11" ist z.B. der Gerätestufe 1 zugeteilt).<sup>114</sup>

115. Beide Hörgerätelisten enthalten zudem Verkaufspreisangaben. Auf dieser Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme einerseits finden sich zu jedem der darin aufgeführten Hörgerätemodelle zwei Preisangaben: Ein Geräteverkaufspreis mit und ohne Dienstleistung. Bereits die als Übertitel verwendeten Bezeichnungen ("Preis Gerät ohne DL-Pauschale" resp. "Preis Gerät mit DL-Pauschale [monaurale Vers.]") machen klar, dass dem Gerätepreis jeweils eine Dienstleistungspauschale (für eine monaurale Versorgung) hinzuaddiert wird. Diese entspricht jeweils den gemäss anwendbarem Hörgerätetarif für die jeweilige Stufe ausgerichteten Pauschalen. Zum Beispiel wird zum Gerätepreis eines vom Hersteller in die Stufe 1 eingeteilten Modells jeweils die für die medizinische Indikationsstufe 1/monaurale Versorgung anwendbare Dienstleistungspauschale (also Fr. 970.- exkl. Mehrwertsteuer) addiert. Nicht nur die Dienstleistungskomponente entstammt betragsmässig dem Hörgerätetarif, sondern auch der Geräteverkaufspreis: Seit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2006 am 1. Juli 2006 (und damit seitdem separate Listen geführt werden)

entspricht der Gerätepreis auf der veröffentlichten Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme jeweils dem für die jeweilige Stufe anwendbaren Tarifpreis, es finden sich somit auf der Liste nur drei unterschiedliche Gerätepreise: 600 Franken für Geräte der Stufe 1, 825 Franken für Geräte der Stufe 2 und 1'050 Franken für Geräte der Stufe 3.<sup>115</sup>

<sup>111</sup> So wurde die letzte Änderung im Aufbau, der Verzicht auf die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises auf der Liste für zuzahlungspflichtige Hörgeräte, in den Verhandlungen zum Tarifvertrag-2010 von den Akustiker-Verbänden gefordert (vgl. unten Rz 176). Die Hersteller hingegen haben wohl keinen direkten Einfluss auf die Gestaltung der Hörgerätelisten, führt doch insbesondere Phonak aus, Inhalt und Gestaltung der Listen würden vom BSV vorgegeben (Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 10).

<sup>112</sup> Siehe oben Rz 14 und Tabelle 1.

<sup>113</sup> Bis zum 1. Juli 2006 wurden die Hörgeräte der (Geräte-)Stufen 1 bis 3 von den Sozialversicherungen bei entsprechender medizinischer Indikation grundsätzlich vollständig übernommen; es handelte sich somit bei ihnen allesamt um zuzahlungsfreie Hörgeräte in dem Sinne, als dass die angegebenen Preise ohne Anpassung die für die jeweilige Stufe geltenden Gerätepauschalen gemäss Tarif nicht überschritten. Hörgeräte der (Geräte-)Stufe 4 wurden aufgrund ihrer Ausführung und ihrer höheren Preise von den Sozialversicherungen nur (entsprechend des auf die einzelnen Personen aufgrund der medizinischen Indikation anwendbaren Pauschalbetrags gemäss Tarifvertrag) zum Teil vergütet; die versicherte Person hat den über den tariflich festgelegten Pauschalbetrag liegenden Kostenanteil zu übernehmen. Bei den Stufe-4-Hörgeräten handelte es sich somit in jedem Fall um sog. zuzahlungspflichtige Geräte. Seit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2006 (und einer Senkung der Gerätetarife) verläuft die Trennlinie zwischen zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Hörgeräten nicht mehr entlang der Grenze zwischen Gerätestufen 3 und 4, finden sich doch seit 1. Juli 2006 auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsystemen auch Geräte der Stufen 1 bis 3. Geräte der Stufe 4 sind weiterhin in jedem Fall zuzahlungspflichtig.

<sup>114</sup> Die in der Hörgeräteliste aufgeführte Tarifposition "64.11" dient nur der Einstufung der Geräte und entspricht keiner Tarifposition der Hörgerätetarife. Unter der Tarifposition "65.11" sind auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (und vor der Führung von zwei separaten Listen auch auf der einzigen Hörgeräteliste) zudem Zubehörgeräte (v.a. Fernbedienungen) verschiedener Hersteller aufgeführt. Gemäss Tarifvertrag wird von den Sozialversicherungen unter dieser Tarifposition hingegen die monaurale (einseitige) Versorgung mit Noiser-Geräten zur Tinnitus-Behandlung abgegolten.

<sup>115</sup> Nimmt man die Hörgeräteliste mit Stand März 2006 zum Vergleich, zeigt sich zudem, dass die darauf angegebenen Gerätepreise der Geräte der Stufen 1 bis 3 nicht ausnahmslos dem damals gültigen Hörgerätetarif-1999 entsprachen, sondern die Gerätepreise auf der Hörgeräteliste zwar je nach Hersteller in unterschiedlichem Masse, aber oftmals tiefer als die Tarifpreise angesetzt wurden.

116. Auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte andererseits fand sich bis Ende 2009 eine Preisinformation unter der Bezeichnung „empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)“. Dieser empfohlene Verkaufspreis entsprach in Analogie zur Berechnungsweise auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme einer Addition aus einem Gerätepreis (hier: Listenpreis des Herstellers zuzüglich einer rechnerischen Akustikermarge<sup>116</sup>) und einer Dienstleistungspauschale gemäss Hörgerätetarif. Die addierte Dienstleistungspauschale entsprach dabei wiederum der Pauschale derjenigen Indikationsstufe, die zahlenmässig der vom Hersteller vorgegebenen Gerätestufe 1 bis 4 entspricht. Mangels eigener Dienstleistungspauschale wurde für Hörgeräte der Stufe 4 die Dienstleistungspauschale der medizinischen Indikationsstufe 3 verwendet.

117. Diese Preisangaben auf den beiden Hörgerätelisten sind als (Geräte-)Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller zu werten<sup>117</sup>: Zwar wurden wohl die Entscheide, dass in den Hörgerätelisten empfohlene Verkaufspreise veröffentlicht werden und in welcher Form dieser Verkaufspreisempfehlung (Angabe eines Geräte- und/oder eines Gesamtpreises unter Einrechnung einer Dienstleistungspauschale für die monaurale Versorgung) publiziert werden von den Tarifparteien und damit ohne direkte Einwirkung der Hersteller getroffen. Es waren nach vorliegenden Informationen jedoch die Hersteller, welche die Höhe der empfohlenen Verkaufspreise für ihre Modelle im Einzelfall bestimmt haben, bevor sie an die 4S Treuhand gemeldet und auf den Listen für zuzahlungspflichtige Hörgeräte veröffentlicht wurden. Die Hersteller waren in der Festlegung der empfohlenen Geräteverkaufspreise nach vorliegenden Informationen zudem frei, konnten sie doch die beiden für die Berechnung der empfohlenen Verkaufspreise notwendigen Elemente autonom festlegt: Listenpreis und rechnerische Akustikermarge. Die empfohlenen Geräteverkaufspreise sind den Herstellern auch zuzurechnen, erscheint es doch unklar, gestützt auf welche rechtliche Grundlage die Hersteller dazu verpflichtet gewesen wären, an der Erstellung der Hörgerätelisten im Allgemeinen und bei der Berechnung der darin empfohlenen Verkaufspreise im Besonderen mitzuwirken.<sup>118</sup>

118. Auch wenn man die auf den Hörgerätelisten angegebenen Verkaufspreise nicht als Preisempfehlungen der Hersteller an die Akustiker verstehen würde, zum Beispiel weil sich die Hörgerätelisten nicht nur an die Akustiker, sondern wohl als Informationen insbesondere auch an die Hörbehinderten richten<sup>119</sup>, würde sich die Situation nicht grundlegend ändern, finden sich doch die Verkaufspreisempfehlungen unverändert auch auf den direkt an die Akustiker gerichteten Preislisten.

#### **B.4.1.2.2 Verkaufspreisempfehlungen auf den Preislisten der Hersteller**

119. Die im Rahmen der Vorabklärung befragten Gerätehersteller wurden gebeten, die an die Akustiker gerichteten Preislisten ihrer Modelle für die Jahre 2006 bis 2010 beizulegen. Eine Auswertung der eingereichten Preislisten ergab folgendes Bild:

120. Bis Ende 2009 fanden sich auf den Preislisten aller befragter Hersteller nebst der Angabe der Ex-Factory-Preise<sup>120</sup> auch Verkaufspreisempfehlungen. Dabei lässt

sich feststellen, dass die Hersteller zwar (und in Übernahme der Logik der separaten Hörgerätelisten) die Modelle, die sie auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme führen, auch auf ihren Preislisten als "zuzahlungsfrei" markierten, ansonsten jedoch, was die Art der Verkaufspreisangaben auf ihren Preislisten betrifft, nicht zwischen diesen Kategorien unterschieden.<sup>121</sup> Die Preislisten enthielten für alle Modelle die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises unter Einrechnung einer Dienstleistungskomponente für eine monaurale Versorgung, also eine Verkaufspreisangabe, die zunächst einmal in der Form mit den empfohlenen Verkaufspreisen auf den Hörgerätelisten übereinstimmt. Es ist zu wiederholen, dass sich aufgrund der starren Vorgehensweise der Hersteller betreffend die Einrechnung von Dienstleistungspauschalen, unter diesen Preisangaben auf den Preislisten der Hersteller ohne weiteres ein empfohlener Geräteverkaufspreis ohne Anpassung verbirgt. Dasselbe gilt, wenn die Hersteller (zusätzlich) einen empfohlenen Verkaufspreis bei binauraler Versorgung angeben.<sup>122</sup> Alle befragten Hersteller (mit Ausnahme von Bernafon) wiesen diesen empfohlenen Geräteverkaufspreis ohne Anpassung jedoch auch explizit auf ihren Preislisten aus.<sup>123</sup>

<sup>116</sup> Der Tarifvertrag-1999 basierte auf einer vom Preisüberwacher empfohlenen Akustikermarge von 29,44 %. Mit Tarifvertrag-2006 wurde diese Marge durch eine vom BSV im Rahmen der Vertragsverhandlung vorgegebene, aber nicht im Vertrag fixierte (und gemäss Phonak für sie unverbindliche) Gerätemarge von Fr. 200.- ersetzt (siehe Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5 f. und 21 f., welche zudem angibt, die Pauschale von Fr. 200.- nicht angewandt, sondern die Akustikermarge und somit die unverbindlichen Preisempfehlungen autonom berechnet zu haben).

<sup>117</sup> Auch wenn die Gerätepreise ohne Anpassung auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte nicht gesondert ausgewiesen wurden, lässt sich aus dem auf diesen Listen angegebenen "empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)" ohne weiteres ein empfohlener Geräteverkaufspreis entnehmen, erfolgte doch die Anwendung der Dienstleistungspauschalen (zumindest für die Akustiker voraussichtbar) durch die Hersteller starr entlang der Gerätestufen (vgl. dazu oben Rz 107 und Tabelle 9).

<sup>118</sup> Vgl. hingegen die Aussagen von Phonak ("die Publikation dieser empfohlenen Endverkaufspreise verlangte das BSV von den Herstellern ausdrücklich"; Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5) und Siemens ("Turnusmässig verlangte das BSV von den Herstellern, die Preise für die Geräte und die Preise für die Anpassungsdienstleistungen gemäss Tarifvertrag entsprechend der Indikationsstufe zu melden"; Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 3).

<sup>119</sup> Der tatsächliche Einfluss der Preisangaben auf den Hörgerätelisten auf die Akustiker zeigt sich jedoch insbesondere in der Informationsbroschüre "Tarifvertrag 2010: Was Sie wissen müssen" von "hörschweiz" an die Akustiker, enthält diese für die Aussage: "Bis anhin waren Sie sich gewohnt, BSV-Preislisten zu verwenden... Viele Akustiker haben sich an diese veröffentlichten Preise gehalten" (vgl. Schreiben von "hörschweiz" vom 9.2.2010, Beilage 24).

<sup>120</sup> Dort u.a. als "Listenpreis", "Einkaufspreis", Preislistenpreis, "Händler-Einkaufspreis", Nettopreis monaural" bezeichnet.

<sup>121</sup> Teilweise wurde für die gleiche Art von Verkaufspreisangabe (wohl in Übernahme der Terminologie der Hörgerätelisten) jedoch eine leicht abweichende Bezeichnung verwendet, indem zum Beispiel bei als zuzahlungsfrei markierten Geräten von einem "Verkaufspreis monaural" anstatt einem "Empf. Verkaufspreis monaural" gesprochen wird (vgl. z.B. Preislisten Widex Juli 2007/2008/2009, in den Beilagen zum Schreiben vom 24.3.2010).

<sup>122</sup> Solche Angaben finden sich zumindest auf gewissen Preislisten aller befragten Hersteller mit Ausnahme von Phonak.

<sup>123</sup> Bei Siemens als "Verkaufspreis ohne Anpassung" oder "Preis ohne Anpassung" jedoch nur bis April 2009 und bei GN ReSound unter der Bezeichnung "Preis Gerät ohne DLP" erst seit der Preisliste mit Datum vom 17.7.08.

121. Ein Vergleich der eingereichten Preislisten mit den Hörgerätelisten gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge legt zudem den Schluss nahe, dass die Hersteller im Geltungszeitraum des Tarifvertrags-2006 (also vom 1. Juli 2006 bis zum 31. Dezember 2009) die (Geräte-)Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgerätelisten in unveränderter Höhe auf den eigenen Preislisten aufführten.<sup>124</sup> Da sowohl den Preislisten als auch den Hörgerätelisten nach vorliegenden Informationen jeweils derselbe empfohlene Geräteverkaufspreis der Hersteller zugrunde liegt, kann nachfolgend (insbesondere bezüglich der Frage, ob diese von den Akustikern tatsächlich eingehalten wurden) auf eine Unterscheidung der Quelle der (Geräte-)Verkaufspreisempfehlung verzichtet werden.

#### B.4.1.2.3 Befolgungsgrad

**Tabelle 12: Auswertung der Rechnungsdaten der Akustiker - Zusammenfassung**

	Absolute Zahlen	In %	In % gewichtet <sup>127</sup>
<b>Ausgewertete Rechnungen</b>	346	100,0 %	
<b>Brauchbare Rechnungen</b>	265	76,6 %	
<b>davon, verkaufte Geräte</b>			
<b>ohne Differenz zur uPE</b>	185	69,8 %	66,4 %
<b>mit Differenz zur uPE</b>	80	30,2 %	33,6 %
<b>mit unterschiedlicher IS</b>	157	59,2 %	
<b>davon, Rechnungen</b>			
<b>mit Rabatt (inkl. Stereorabatt)</b>	79	29,8 %	33,9 %
<b>mit Rabatt (ohne Stereorabatt)</b>	42	15,8 %	15,7 %
<b>Mit vollständiger Rückerstattung der Kosten</b>	8	3,0 %	
<b>ohne Rückerstattung seitens IV oder AHV</b>	23	8,7 %	

Quelle: Rechnungskopien der Akustiker. Berechnungen: Sekretariat.

Legende: uPE (unverbindliche Preisempfehlungen); IS (Indikationsstufe); Stereorabatt (Rabatt für den Kauf von zwei Geräten).

124. Aufgrund der eingereichten Rechnungen (für welche grösstenteils die vor Ende 2009 gemachten Preisempfehlungen massgebend sein dürften) lassen sich in etwa die folgenden Aussagen zur Einhaltung der empfohlenen Geräteverkaufspreise machen:

125. In über 65 % der insgesamt 265 Rechnungen, aus denen die dem Endkunden in Rechnung gestellten Preise ersichtlich sind, haben die Akustiker die empfohlenen Geräteverkaufspreise des jeweiligen Herstellers eingehalten, das heisst, der in Rechnung gestellte Geräteverkaufspreis entsprach der Preisempfehlung des Herstellers oder – sofern der Gerätepreis vom Akustiker nicht gesondert ausgewiesen wurde – der in Rechnung gestellte Endverkaufspreis (inkl. Dienstleistung) entsprach der Summe von empfohlenem Geräteverkaufspreis und stufenbezogener Dienstleistungspauschale.

126. Diese Zahlen können wohl zumindest ansatzweise auch auf die Einhaltung der Preisempfehlung der einzelnen Hersteller übertragen werden, als sich gezeigt hat, dass die festgestellte Einhaltungsquote massgeblich von der Preissetzungspolitik des jeweiligen Akustikers abzuhängen scheint und eher nicht oder nur in untergeordne-

tem Masse von der Marke der verkauften Hörgeräte. So gehen einzelne (wenige) Akustiker generell von anderen Preisen aus oder gewähren generell einen Rabatt auf den empfohlenen Verkaufspreis.<sup>128</sup> Andere Akustiker wiederum scheinen nie von den Verkaufspreisempfehlungen abzuweichen. Dieses heterogene Bild scheint

123. Die befragten Akustiker wurden insbesondere gebeten, ihren Antworten Kopien der letzten zehn Rechnungen betreffend den Verkauf von Hörgeräten der Stufe 4 und der letzten zehn Rechnungen von Hörgeräten der Stufen 1 bis 3 beizulegen. Das Resultat der Auswertung der Informationen, die anlässlich der Stichprobe im Kanton Bern erhoben wurden, lässt sich in etwa wie folgt darstellen:

tem Masse von der Marke der verkauften Hörgeräte. So gehen einzelne (wenige) Akustiker generell von anderen Preisen aus oder gewähren generell einen Rabatt auf den empfohlenen Verkaufspreis.<sup>128</sup> Andere Akustiker wiederum scheinen nie von den Verkaufspreisempfehlungen abzuweichen. Dieses heterogene Bild scheint

<sup>124</sup> Generelle Abweichungen in der Höhe der Verkaufspreisempfehlungen, also Abweichungen, die sich nicht im Einzelfall durch unterschiedliche Aktualisierungszeitpunkte von Hörgeräte- und Preisliste ergeben, sind auch nicht zu erwarten, ist doch nicht ersichtlich, welchen Sinn die Bekanntgabe unterschiedlicher Verkaufspreisempfehlungen aus Sicht der Hersteller machen würde.

<sup>125</sup> Vgl. auch Ziff. 15 Abs. 3 Bst. d VertBek, wonach der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden, Anlass geben kann eine Preisempfehlung aufzugreifen.

<sup>126</sup> RPW 2010/4, 662 Rz 111, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, m.w.H.

<sup>127</sup> Unter Berücksichtigung der erwirtschafteten Umsätzen der einzelnen Akustiker.

<sup>128</sup> So z.B. die Optima Hörberatung AG, welche bei allen eingereichten Rechnungen mit Ausnahme von einer einzigen abweichende Preise verwendete, oder die Fielmann AG, welche generell unter der Bezeichnung "Fielmann-Rabatt" einen Preisabschlag [...] auf den vom Kunden selbst zu bezahlenden Anteil des Kaufpreises gewährte (vgl. Schreiben der Fielmann AG vom 11.3.2010, S. 3).

sich durch Aussagen der Branchenverbände zu bestätigen. So lässt sich dem Informationsblatt "Tarifvertrag 2010: Was Sie wissen müssen" von "hörenschiweiz", der Kommunikationsplattform von HSM, HZV und AKUSTIKA, die (an die Akustiker gerichtete) Aussage entnehmen: *"Bis anhin waren Sie sich gewohnt, BSV-Preislisten zu verwenden. Diese Preislisten wurden für zuzahlungsfreie wie zuzahlungspflichtige Hörgeräte erstellt. Viele Akustiker haben sich an diese veröffentlichten Preise gehalten" und "Sie müssen also Ihre Preise selber berechnen. Manche Unternehmen machen das schon seit Jahren, für andere ist diese Situation neu"*.<sup>129</sup>

127. Es bestehen insgesamt und bezogen auf die einzelnen Hersteller somit Anzeichen dafür, dass die empfohlenen Geräteverkaufspreise (zumindest bis Ende 2009) von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt wurden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob zusätzliche Elemente vorliegen, die auf eine Verhaltensabstimmung hinweisen könnten.

#### **B.4.1.2.4 Interessenlage der beteiligten Unternehmen**

128. Zur Beantwortung der Frage, ob Preisempfehlungen eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen oder nicht, können weitere Kriterien herangezogen werden. Ein solches Kriterium bildet der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind.<sup>130</sup> Als weiteres Kriterium wird in der Lehre ausgeführt, dass Preisempfehlungen, welche der Hersteller völlig einseitig und ohne Anregung von Seiten seiner Abnehmer abgibt, eher gegen eine Abstimmung des Verhaltens sprechen. Umgekehrt sind Empfehlungen eines Herstellers, welche auf Anregung gewisser Abnehmer erfolgen, tendenziell abgestimmte Verhaltensweisen.<sup>131</sup>

129. Entsprechend dürfte es bei Preisempfehlungen, welche der Hersteller ausschliesslich in seinem Interesse abgibt, weil er vermeiden möchte, dass seine Produkte auf der Handelsstufe zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden, an der Koordination fehlen. Bei Preisempfehlungen hingegen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfehlungsempfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.<sup>132</sup>

130. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Hersteller betreffend die Einhaltung der Preisempfehlungen Druck auf die Akustiker ausgeübt oder Anreize zur Einhaltung geschaffen hätten. Phonak führt explizit aus, sie habe zu keinem Zeitpunkt Druck auf die Akustiker ausgeübt oder Anreize dafür geschaffen, die (zuzahlungspflichtigen) Hörsysteme zur unverbindlichen Preisempfehlung oder zum empfohlenen Endverkaufspreis gemäss BSV-Hörgeräteliste zu verkaufen.<sup>133</sup> Sie habe zudem keine Kenntnisse darüber, wie die Akustiker den effektiven Endverkaufspreis gestalten und habe sich dafür auch nie interessiert.<sup>134</sup> Siemens führt aus, die Festlegung des Verkaufspreises bei der Abgabe der Geräte an die Kunden sei ausschliesslich Sache des Akustikers, die Preisempfehlungen seien bloss eine unverbindliche Richtgrösse.<sup>135</sup> GN ReSound macht ebenfalls geltend, die aufgeführten Preisempfehlungen seien unverbindlich. GN ReSound kontrolliere

weder, ob die Preisempfehlungen eingehalten würden, noch übe GN ReSound auf die Akustiker Druck aus oder gewähre diesen Anreize, die Preisempfehlungen einzuhalten.<sup>136</sup> Ansonsten fehlen diesbezüglich klare Aussagen der Hersteller. Dass der Druck zur Angabe von Preisempfehlungen hingegen von Seiten der Akustiker ausgehen könnte, erscheint nicht ausgeschlossen, ist doch insbesondere die Angabe von Preisen auf den Hörgerätelisten wohl das Ergebnis der Tarifverhandlungen, an welchen auch die Akustikerverbände HZV und AKUSTIKA beteiligt sind. Die Preisempfehlungen dürften denn auch überwiegend im Interesse der Akustiker sein. Dass der Verzicht auf die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises für zuzahlungspflichtige Hörgeräte in den Verhandlungen zu Tarifvertrag-2010 gerade von Seiten der Akustiker-Verbände (bzw. der Hörgerätebranche) gefordert wurde, spricht nicht zwangsläufig gegen Druck oder ein starkes Interesse von Seiten der Akustiker an Preisempfehlungen, machen doch seit Anfang 2010 die meisten Hersteller weiterhin Preisempfehlungen.<sup>137</sup> Insgesamt bestehen nach den vorliegenden Informationen keine eindeutigen Hinweise, die auf die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen durch Hersteller oder Akustiker hindeuten würden.

#### **B.4.1.2.5 Weitere Kriterien**

131. Abschliessend ist in diesem Zusammenhang noch die Form der Publikation der Verkaufspreisempfehlungen zu untersuchen. Ziffer 15 VertBek erwähnt den Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler (Bst. a) sowie den Umstand, dass Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (Bst. b).

132. Was den Zeitraum bis Ende 2009 betrifft, erscheinen die Geräteverkaufspreisempfehlungen der Hersteller für alle von ihnen angebotenen Hörgerätemodelle wohl als allgemein zugänglich, wurden sie doch explizit (auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme) oder zumindest in der Form eines empfohlenen Verkaufspreises inklusive monaurale Dienstleistungspauschale (auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme) in regelmässigen Abständen auf der Webseite von ZMT veröffentlicht. Es erscheint unerheblich, ob daneben auch die Preislisten der jeweiligen Hersteller öffentlich oder nur den Akustikern zugänglich waren<sup>138</sup>, basieren die Preisempfehlungen doch auf den gleichen empfohlenen Geräteverkaufspreisen.

<sup>129</sup> Schreiben von "hörenschiweiz" vom 9.2.2010, Beilage 24.

<sup>130</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 134, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>131</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 134, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, m.w.H.

<sup>132</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 135, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>133</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 22.

<sup>134</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5 und 8.

<sup>135</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 7.

<sup>136</sup> Schreiben von GN ReSound vom 15.3.2010, S. 7.

<sup>137</sup> Vgl. dazu unten Rz 175 ff.

<sup>138</sup> Vgl. diesbezüglich z.B. die von Siemens eingereichten Preislisten des Zeitraums zwischen Februar 2007 und April 2009, welche im Impressum jeweils explizit als "interne Preisliste für die Schweizer Siemens Partner" bezeichnet wurden.

133. Auf den Hörgerätelisten werden die Verkaufspreisempfehlungen bis Ende 2009 unter den Rubriken "Preis Gerät ohne DL-Pauschale" beziehungsweise "Preis Gerät mit DL-Pauschale (monaurale Vers.)" respektive "empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)" aufgeführt und somit nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet. Diese Überschriften sind jedoch wohl eine Vorgabe der Tarifparteien, auf welche die Hersteller keinen direkten Einfluss haben dürften, weshalb sie möglicherweise im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden zwischen Herstellern und Akustikern bestehen, ausser Acht zu lassen sind. Bezüglich der Preislisten der Hersteller zeigt sich folgendes Bild:

134. Betrachtet man den Zeitraum von 2006 bis Ende 2009 so lässt sich feststellen, dass einzig Phonak und Siemens die empfohlenen Verkaufspreise als unverbindlich bezeichneten, dies jedoch zum ersten Mal auf ihren Preislisten gültig ab 1. November 2009 (Phonak) beziehungsweise 1. Dezember 2009 (Siemens). Weiter zeigt sich generell auf den eingereichten Preislisten aller befragten Hersteller seit 2006, dass nur diejenigen Preisempfehlungen, die sowohl Gerätepreis als auch eine Dienstleistungspauschale beinhalten, überhaupt als "empfohlene Preise" bezeichnet werden. Diese Art von Verkaufspreisangaben finden sich seit Juli 2006 jedoch – wohl in Verwendung der Terminologie der Hörgerätelisten – durchwegs in Verbindung mit dem Wortbestandteil "empfohlen".<sup>139</sup> Insbesondere darin zeigt sich wohl der starke Einfluss der Hörgerätelisten auf die Gestaltung der Preislisten. Soweit die Hersteller jedoch auch Wiederverkaufspreise der Hörgeräte ohne Anpassungsdienstleistung angeben, werden diese hingegen als "Preis Gerät ohne DL-Pauschale" beziehungsweise "Preis ohne Anpassung" (Phonak), "Preis ohne Anpassung monaural" (Oticon), "Preis ohne Anpassung" (Widex) "Preis Gerät ohne DLP" (GN ReSound) bezeichnet.<sup>140</sup>

135. Es zeigt sich somit, dass bis Ende 2009 die Preisempfehlungen weder auf den Hörgerätelisten noch auf den Preislisten der Hersteller explizit als unverbindlich bezeichnet wurden.<sup>141</sup> Zudem werden die Preise nicht durchgängig überhaupt als empfohlene Preise bezeichnet. Das Kriterium der fehlenden Unverbindlichkeit (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. b VertBek) ist somit wahrscheinlich erfüllt.

#### B.4.1.3 Zwischenergebnis

136. Die Tatsache, dass die befragten Hersteller gegenüber den Akustikern Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgeräte- und den Preislisten bekanntgeben und diese Verkaufspreisempfehlungen wohl (zumindest bis Ende 2009) tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Akustiker befolgt wurden, deutet auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Herstellern und ihren Verkaufsstellen hin, welches die Beschränkung des Intrabrand-Preiswettbewerbs auf Endabnehmerstufe bezweckt und eine solche Beschränkung möglicherweise auch tatsächlich bewirkt. Für eine abgestimmte Verhaltensweise spricht zudem die Tatsache, dass bis Ende 2009 die Preisempfehlungen der Hersteller weder explizit als unverbindlich noch überhaupt durchgängig als empfohlene Preise bezeichnet wurden. Weitere Elementen

wären im Rahmen einer allfälligen Untersuchung vertieft zu prüfen.

137. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Angabe von Verkaufspreisempfehlungen betreffend Hörgeräte aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen.

#### B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

138. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG insbesondere vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise. Gemäss Ziffer 10 Absatz 3 VertBek umfasst Artikel 5 Absatz 4 KG insbesondere auch in Empfehlungsform gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken.

139. Die Auswertung der Rechnungsdaten, die anlässlich der im Kanton Bern durchgeführten Stichprobe erhoben wurden, zeigt, dass die Verkaufspreisempfehlungen in über 65 % der Fälle eingehalten wurden. Es bestehen somit Anhaltspunkte, dass sich die Verkaufspreisempfehlungen wie Fixpreise auswirken. Vorliegend ist somit davon auszugehen, dass die allfälligen Wettbewerbsabreden zwischen Hörgeräteherstellern und Akustikern über die Verkaufspreise der von ihnen produzierten beziehungsweise vertriebenen Hörgeräte den wirksamen Wettbewerb gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutungsweise beseitigen.

##### B.4.2.1 Umstossung der gesetzlichen Vermutung

140. Gemäss Ziffer 11 VertBek ist für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

141. Um die Intensität des Wettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

<sup>139</sup> Siemens verweist in den Preislisten gültig ab Anfang April bzw. September 2009 explizit auf die Hörgerätelisten und die dort verwendete Terminologie: "empfohlener Verkaufspreis inkl. Dienstleistungspauschale für monaurale Versorgung gemäss BSV-Liste April [bzw. Juli] 2009".

<sup>140</sup> Auf den von Bernafon eingereichten Preislisten findet sich eine solche Preisangabe nur in der Preisliste "2006/1", dort unter der Bezeichnung "Listenpreis".

<sup>141</sup> Vgl. betreffend Phonak und Siemens oben Rz 134.

## B.4.2.2 Relevanter Markt

### B.4.2.2.1 Sachlich relevanter Markt

142. 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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], die hier analog anzuwenden ist).

143. Da vorliegend abgestimmte Verhaltensweisen betreffend Endverkaufspreise von Hörgeräten zur Diskussion stehen, sind die Nachfrager nach Hörgeräten, somit die Hörbehinderten, als massgebliche Marktgegenseite anzusehen.

144. Ein Hörgerät, also ein elektronisches Gerät zur Verstärkung und Übertragung der Schallwellen an das Ohr, dient der möglichst vollständigen Ausgleichung des Hörverlusts bei Schwerhörigkeit. Andere Produkte oder Dienstleistungen, welche dieses Ziel auf eine andere Art, jedoch in gleichem Umfang erreichen und somit aus Sicht der Hörbehinderten ein Substitut darstellen könnten, sind aufgrund der vorliegenden Erkenntnis nicht ersichtlich. Der sachliche Markt kann somit als Markt für Hörgeräte definiert werden.

145. Innerhalb der Gruppe der (digitalen<sup>142</sup>) Hörgeräte müssen möglicherweise unterschiedliche Märkte unterscheiden werden: Die von den Akustikern abgegebenen Hörgeräte sind wohl aus Sicht der Hörbehinderten insbesondere von elektronischen Hörhilfen abzugrenzen, deren Anwendung einen medizinischen Eingriff erfordern (z.B. implantierte oder knochenverankerte Hörgeräte).

146. Auch die Wahl des Hörgeräts beim Akustiker<sup>143</sup> dürfte im Einzelfall von vielen Faktoren abhängen (z.B. Hörversorgungsbedarf, Preis bzw. Höhe der Kostenübernahme durch die Versicherung, Grösse und Aussehen des Geräts, Bedienungskomfort, subjektiv erlebter Hörkomfort beim Probetragen etc.). Es kann vorliegend im Rahmen der Vorabklärung offengelassen werden, ob und inwiefern aus Sicht der Hörbehinderten verschiedene Hörgeräte hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden und ob innerhalb des Marktes für Hörgeräte weitere Submärkte definiert werden müssen, zumal aufgrund der vorliegenden Informationen (auch bezüglich der Frage der Verkaufspreisempfehlungen) nicht von unterschiedlichen Marktverhältnissen etwa bezüglich Hörgeräten verschiedener Stufen oder Bauformen<sup>144</sup> auszugehen ist. So führen doch einerseits sowohl Hersteller als auch Akustiker Hörgeräte sämtlicher Stufen und verschiedener Bauformen in ihrem Sortiment und andererseits beziehen sich die dargestellten Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller unterschiedslos auf alle Hörgeräte.

147. Es ist aufgrund der grossen Bedeutung der Kostenübernahme durch Versicherer (insbesondere die obligatorische Invalidenversicherung) und der grossen Anzahl von auf den Hörgerätelisten geführten Hörgeräten nicht davon auszugehen, dass in der Schweiz<sup>145</sup> Hörgeräte verkauft werden, die nicht den Anforderungen der Tarifverträge für eine Kostenübernahme entsprechen, also z.B. Hörgeräte, die nicht von METAS homo-

logiert wurden oder für welche kein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist.<sup>146</sup> Aufgrund fehlender Kostenübernahme wären solche Geräte aus Sicht der Hörbehinderten jedoch wohl nicht austauschbar.

### B.4.2.2.2 Räumlich relevanter Markt

148. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, hier analog anzuwenden).

149. Aufgrund der Bedeutung der Dienstleistungskomponente beim Verkauf von Hörgeräten durch Akustiker (mehrere Konsultationen in relativ kurzem Zeitraum im Rahmen der vergleichenden Anpassung und die endgültige Programmierung des schlussendlich ausgewählten Hörgeräts sowie Inanspruchnahme von weiteren Serviceleistungen nach dem Kauf des Geräts) ist zu vermuten, dass die Hörbehinderten die Hörgeräte – wenn immer möglich – bei einem Akustiker in der Nähe ihres Wohn- oder Arbeitsortes nachfragen. Diese Vermutung scheint sich auch durch die Adressangaben auf den von den Akustikern eingereichten Rechnungen zu bestätigen.

150. Die bisherigen Untersuchungen haben jedoch keine Anhaltspunkte ergeben, die bezogen auf den sachlich relevanten Markt auf unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Regionen oder Kantonen der Schweiz schliessen lassen würden, zumal die Abgabe von Hörgeräten durch Akustiker massgeblich durch die gesamtschweizerischen Tarifverträge (und Sozialversicherungsgesetzgebung) beeinflusst wird. Vorliegend ist somit davon auszugehen, dass der räumlich relevante Markt zumindest durch das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft gebildet wird.

<sup>142</sup> Nach den vorliegenden Erkenntnissen ist davon auszugehen, dass die Umstellung auf digitale Hörgeräte abgeschlossen und keine analogen Geräte mehr erhältlich sind, weshalb auf die Frage deren gegenseitiger Substituierbarkeit nicht eingegangen werden muss.

<sup>143</sup> Nach den vorliegenden Erkenntnissen werden gegenwärtig in der Schweiz Hörgeräte einzig über Akustiker vertrieben. So gaben alle im Rahmen der Vorabklärung befragten Hersteller auf die Frage, wie ihre Hörgeräte in der Schweiz vertrieben werden, an, direkt Akustiker zu beliefern. Die Vertriebskette der Hörgeräte dieser Hersteller lässt sich somit wie folgt beschreiben: Hersteller – Akustiker – Endkunde.

<sup>144</sup> Betreffend die verschiedenen Bauformen von Hörgeräten vgl. oben Fn 55.

<sup>145</sup> Vgl. für die räumliche Marktabgrenzung unten B.4.2.2.2, Rz 148 ff.

<sup>146</sup> Vgl. Ziff. 6.3 der Tarifverträge.

151. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung getroffenen Abklärungen ist unklar, ob Hörbehinderte mit Wohnort in der Schweiz ihre Hörgeräte zudem im grenznahen Ausland beziehen. Dies erscheint zumindest dann eher unwahrscheinlich, wenn die Geltendmachung eines an sich bestehenden Anspruchs gegenüber einer am Tarifvertrag beteiligten Sozialversicherung durch einen Bezug des Hörgerätes im Ausland erschwert oder gar verunmöglicht würde. Gemäss Ziffer 4.2 der Tarifverträge verpflichten sich die Versicherer unter anderem "soweit es die gesetzlichen Bestimmungen zulassen, keine Nicht-Vertragslieferanten im Rahmen der durch diesen Vertrag erfassten Leistungen zu entgelten". Auf der Liste finden sich neben 480 Akustikerfachgeschäften mit Adressen in der Schweiz einzig drei Akustiker aus dem Fürstentum Liechtenstein.<sup>147</sup>

152. Der räumlich relevante Markt wird vorliegend somit durch das Staatsgebiet der Schweiz gebildet.

#### **B.4.2.2.3 Zwischenergebnis**

153. Es ist für die nachfolgende Betrachtung von einem schweizerischen Markt für Hörgeräte auszugehen.

#### **B.4.2.3 Beurteilung der Wettbewerbssituation**

154. Geht man wie vorliegend davon aus, dass die gestützt auf die im Kanton Bern durchgeführte Stichprobe erhobenen Zahlen zumindest ansatzweise auch auf die Einhaltung der Preisempfehlungen der einzelnen Hersteller übertragen werden können, so bestehen Anzeichen, dass die Preisempfehlungen in etwas weniger als 35 % der Fälle nicht eingehalten werden.<sup>148</sup> Da zudem Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Befolgung oder Nichtbefolgung der Empfehlungen massgeblich von der Preissetzungspolitik des jeweiligen Akustikers abzuhängen scheint<sup>149</sup>, ist vorliegend davon auszugehen, dass, weil die Verkaufspreisempfehlungen der jeweiligen Hersteller somit scheinbar nicht von allen ihren Verkaufsstellen eingehalten werden, Intra- und Interbrand-Wettbewerb betreffend die Endverkaufspreise von Hörgeräten besteht.

155. Zudem ist gestützt auf die im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen davon auszugehen, dass auf Endkundenstufe Interbrand-Wettbewerb besteht, dies sogar In-Shop, da die meisten Akustiker wohl Hörgeräte von mehreren Herstellern vertreiben. Bezüglich der Intensität des Interbrand-Wettbewerbs ist jedoch zu berücksichtigen, dass alle befragten Hersteller Preisempfehlungen abgeben.

#### **B.4.2.4 Zwischenergebnis**

156. Vorliegend ist sowohl von verbleibendem Intra- als auch Interbrand-Wettbewerb auf Endverkaufsstufe von Hörgeräten auszugehen. Es bestehen somit Anhaltspunkte dafür, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG umgestossen werden kann.

### **B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

157. Da nach den vorliegenden Erkenntnissen nicht von einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung der allfälligen vertikalen Preisabreden zwischen Herstellern und Akustikern auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob durch

diese möglichen Abreden der Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigt wird.

158. Gemäss Ziffer 12 Absatz 1 VertBek sind bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.

#### **B.4.3.1 Qualitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

159. Preisempfehlungen werden dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek mit Verweis auf Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek).

160. Wie bereits erwähnt, bestehen nach den vorliegenden Informationen keine Hinweise, die auf die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen durch Hersteller oder Akustiker hindeuten würden.<sup>150</sup> Bei den allfälligen Wettbewerbsabreden zwischen Hörgeräteherstellern und Akustikern über die Verkaufspreise der von ihnen produzierten beziehungsweise vertriebenen Hörgeräte handelt es sich somit nach vorliegenden Erkenntnissen nicht um qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne von Ziffer 15 Absatz 2 respektive Ziffer 12 Absatz 2 Buchstabe a VertBek.

#### **B.4.3.2 Quantitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

161. Es stellt sich weiter die Frage nach der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs der allfälligen vertikalen Wettbewerbsabreden auf den relevanten Markt. Da vorliegend keine Anzeichen für eine qualitative schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne Ziffer 12 Absatz 2 Buchstabe a VertBek vorliegen, ist zunächst somit zu prüfen, ob die möglichen Abreden zwischen Herstellern und Akustikern bereits aufgrund der Marktanteilsschwellen von Ziffer 13 VertBek (zumindest vermutungsweise) unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zeitigen.

<sup>147</sup> Vgl. Liste der zugelassenen Akustikergeschäfte (Fn 41), Stand per 27.1.2011.

<sup>148</sup> Vgl. dazu und zum Nachfolgenden oben Rz 125 f.

<sup>149</sup> Vgl. oben Rz 126.

<sup>150</sup> Vgl. oben Rz 130.

162. Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 12 Absatz 2 Buchstaben a bis e 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 (Ziff. 13 Abs. 1 VertBek). Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Ziffer 13 Absatz 1 genannte Marktanteilschwelle auf 5 % herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden (Ziff. 13 Abs. 2 VertBek).

163. Da gestützt auf die vorliegenden Informationen davon auszugehen ist, dass bis Ende 2009 sämtliche Hersteller Verkaufspreisempfehlungen erliessen und somit aufgrund der gleichartigen, nebeneinander bestehenden Vertriebsnetze von einem kumulativen Abschottungseffekt auszugehen ist, ist vorliegend die tiefere Marktanteilsschwelle von 5 % massgebend.<sup>151</sup> Nimmt man die Marktanteile der Hersteller gestützt auf ihren Gesamtumsatz im Bereich Hörgeräte zum Massstab, zeigt sich, dass die Abreden unter Beteiligung der Hersteller Bernafon (Marktanteile zwischen 2006 und 2009 von [0-5] bis [0-5] %) und GN ReSound seit 2009 (Marktanteil: [0-5] %) zumindest vermutungsweise nur zu unerheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen dürften.<sup>152</sup>

164. Insgesamt ist jedoch aufgrund der Tatsache, dass bis Ende 2009 sämtliche Hersteller Preisempfehlungen herausgaben und diese gemäss den vorliegenden Informationen in über 65 % der Fälle eingehalten wurden, vorliegend davon auszugehen, dass sich die einzelnen möglichen Abreden quantitativ schwerwiegend auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auswirken.

#### B.4.3.3 Zwischenergebnis

165. Nach den vorliegenden Informationen ist vorliegend zwar mangels Druckausübung oder Vorteilsgewährung durch die Hersteller nicht von einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Ziffer 15 Absatz 2 VertBek, jedoch von einer schwerwiegenden quantitativen Auswirkung der allfälligen Abreden auszugehen. Es bestehen insgesamt somit Anzeichen für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

#### B.4.4 Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

166. Eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs ist grundsätzlich unzulässig, ausser sie ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). Es stellt sich somit weiter die Frage, ob Anzeichen dafür bestehen, dass diese allfälligen Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

167. Die Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG abschliessend erwähnt. Danach sind Abreden gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu

verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Darüber hinaus sollen sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

168. Gemäss Ziffer 16 Absatz 2 VertBek gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 Absatz 2 und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Dabei handelt es sich um eine Art summarische Effizienzprüfung aufgrund der Marktanteilsschwellen, welche auf der Vorstellung basiert, dass bei tiefen Marktanteilen (unter 30 %) davon ausgegangen werden kann, dass die positiven Effekte einer Abrede die negativen überwiegen.

169. Vorliegend kommt diese Rechtfertigung aufgrund tiefer Marktanteile jedoch nicht zur Anwendung, setzt diese doch insbesondere voraus, dass keine Abrede vorliegt, die sich zusammen mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Betreffend die vorliegenden allfälligen Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen ist dies jedoch der Fall. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob die allfälligen Abreden betreffend Hörgeräteverkaufspreise durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG gerechtfertigt werden können.<sup>153</sup>

170. Ziffer 16 Absatz 4 VertBek enthält einen (nicht abschliessenden) Katalog von Gründen, welche Unternehmen – in Zusammenhang mit vertikalen Abreden – im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG geltend machen können. Die genannten Beispiele lassen sich wie folgt einordnen<sup>154</sup>:

<sup>151</sup> Vgl. Ziff. 13 Abs. 2 VertBek.

<sup>152</sup> Vgl. jedoch zur Frage, ob es sich beim Hersteller Bernafon um ein Unternehmen i.S. von Art. 2 KG handelt oder ob (unter Einbezug von Oticon) von einem Konzernverhältnis auszugehen ist, oben Rz 36.

<sup>153</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 16 Abs. 3 VertBek.

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2010/4, 680 f. Rz 244, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, noch mit Bezug auf die Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.

171. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um

- Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, wie zum Beispiel:
  - Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. c VertBek);
  - Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek);
- Produkte oder Produktionsverfahren (oder Vertriebssysteme und -verfahren) zu verbessern, wie zum Beispiel:
  - Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek);
  - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek);
  - Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmaßnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. d VertBek);
  - Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. e VertBek);
  - Die Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g Vert-BM);
- Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern, wie zum Beispiel:

- Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek);

- Ressourcen rationeller zu nützen.

172. Zur Rechtfertigung genügt, dass einer der genannten Gründe gegeben ist. Für die Rechtfertigung ist überdies vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsabreden zur Erreichung des Effizienzziels notwendig sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

173. Weder die Hörgerätehersteller noch die Akustiker haben sich zum jetzigen Zeitpunkt zum Vorliegen möglicher Rechtfertigungsgründe geäussert. Es sind auf den ersten Blick aufgrund der vorliegenden Informationen auch keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.<sup>155</sup> Die allfälligen Wettbewerbsabreden der Hörgerätehersteller und Akustiker betreffend die Endverkaufspreise von Hörgeräten können somit wohl nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden.

#### B.4.5 Fazit

174. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den Hörgeräteherstellern und den Akustikern zumindest bis Ende 2009 unzulässige vertikale Abreden über Preise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 4 KG mittels Verkaufspreisempfehlungen vorliegen.

#### B.4.6 Situation seit Anfang 2010 und Weiterführung des Verfahrens

175. Was insbesondere den Verkauf von Hörgeräten an Endkunden betrifft, haben sich mit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2010 per 1. Januar 2010 zwei grundlegende Änderungen ergeben. Einerseits wurden die Tarife für die Abgabe von Hörgeräten massgeblich gesenkt: je Gerät werden nur noch Pauschalen in der Höhe von 425 Franken (Indikationsstufe 1), 560 Franken (Indikationsstufe 2) respektive 695 Franken (Indikationsstufe 3) ausgerichtet.<sup>156</sup> Andererseits werden auf den Listen der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte seit Anfang 2010 keinerlei Preisangaben mehr aufgeführt. Die Listen sehen in ihrem Aufbau neu wie folgt aus<sup>157</sup>:

**Tabelle 13: Aufbau der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (seit 1.1.2010)**

Tarpos	Artikelcode	Artikelcode neu	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	MetasNr
61.11	97.20.60	H33.20.0010	Bernafon	Bernafon	Win 202	IdO	215-05808
62.11	97.20.79	H33.20.0028	Bernafon	Bernafon	PRIO 202 VC	IdO	259-06454
63.11	97.20.70	H23.20.0047	Bernafon	Bernafon	ICOS 205 DM VC	IdO	259-06082
64.11		H22.20.0065	Bernafon	Bernafon	Veras VR7 N	microHdO	259-08140

Quelle: Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte Stand Juli 2010. Auswahl: Sekretariat.

<sup>155</sup> Vgl. zur Frage von möglichen Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit der Angabe von Verkaufspreisempfehlungen RPW 2010/4, 680 ff. Rz 239 ff., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>156</sup> Tarife anwendbar auf IV, MV und UV. Im Bereich der AHV wird weiterhin nur 75 % dieser Pauschalen ausgerichtet. Vgl. Ziff. 4 und 5 im Anhang 1 zum Tarifvertrag-2010.

<sup>157</sup> Als Beispielinhalt wird je ein Modell der Stufen 1 bis 4 des Herstellers Bernafon aufgeführt.

176. Der Verzicht auf die während langer Zeit praktizierte Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises für zuzahlungspflichtige Hörgeräte wurde nach vorliegenden Informationen in den Verhandlungen zum Tarifvertrag-2010 (u.a. mit dem Hinweis auf möglicherweise fehlende Kartellrechtskonformität) von den Akustiker-Verbänden gefordert.<sup>158</sup> Sie konnten sich in diesem Punkt schlussendlich gegen das BSV durchsetzen.<sup>159</sup>

177. Gleichzeitig und wohl in direktem Zusammenhang mit den beschriebenen Neuerungen des Tarifvertrags-2010 lässt sich generell auch eine Anpassung der Preislisten der Hersteller feststellen. Ab dem 1. Januar 2010 präsentiert sich die Situation gestützt auf die von den Herstellern eingereichten Dokumente wie folgt: Bernafon und Oticon verzichten auf ihren Preislisten vollständig auf die Angabe von Verkaufspreisempfehlungen; auch für die von ihnen als "zuzahlungsfrei" bezeichneten Hörgeräte sind nur noch Ex-Factory-Preise aufgeführt. Hingegen enthalten die Preislisten von Phonak, Widex, GN ReSound und Siemens auch nach diesem Datum weiterhin Verkaufspreisempfehlungen für Hörgeräte, wobei es sich (mit Ausnahme von GN ReSound bezüglich der als zuzahlungsfrei bezeichneten Geräte) jeweils nur noch um empfohlene Verkaufspreise für das Hörgerät ohne Anpassung handelt.<sup>160</sup> Zudem werden die empfohlenen Verkaufspreise von den Herstellern vermehrt explizit als unverbindlich bezeichnet.<sup>161</sup>

178. Es kann aufgrund der vorliegenden Informationen (insbesondere dem Datum der eingereichten Rechnungen) noch keine Aussage darüber gemacht werden, welche Auswirkungen die Tatsache, dass seit Anfang 2010 auf Preisangaben auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme verzichtet wird, auf die Preissetzung der Akustiker gehabt hat. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Neuerung (wohl insbesondere auch zusammen mit der geführten Informationskampagne von "hörschweiz") zu vermehrtem Preiswettbewerb zwischen den Akustikern führen wird, sich die Endverkaufspreise der jeweiligen Akustiker in Zukunft vermehrt voneinander unterscheiden dürften, zumal auch die Hersteller auf die Angabe von Preisempfehlungen auf ihren Preislisten verzichten oder diese zumindest angepasst haben (Verzicht auf Einrechnung einer Dienstleistungspauschale). Zudem dürften die Hörbehinderten selbst vermehrt die Preise vergleichen und auf günstigere Preise pochen<sup>162</sup>, zumal keine "offiziellen" Preise auf den veröffentlichten Hörgerätelisten mehr existieren, die möglicherweise zumindest von einzelnen Hörbehinderten allenfalls für mehr als nur unverbindliche Empfehlungen gehalten wurden.<sup>163</sup> Dass die Möglichkeit, Preise zu vergleichen, in der Praxis grundsätzlich besteht, zeigen wohl die Empfehlungen von "hörschweiz" an die Akustiker, gegenüber den Kunden Transparenz bei den Preisen zu schaffen und Offerten auszustellen.<sup>164</sup> Inwiefern diese Möglichkeit (zumindest was den Preisvergleich bezüglich eines ganz bestimmten Hörgerätemodells und nicht des allgemeinen Preisniveaus eines Akustikers betrifft) in der Praxis dadurch erschwert wird, dass sich die Wahl eines bestimmten Modells wohl erst nach der vergleichenden Anpassung (und somit nach der Beratung durch den Akustiker) verfestigt und nach diesem Zeitpunkt ein Wechsel des Akustikers nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfolgt, muss vorliegend offen

gelassen werden, wird aber Gegenstand einer allfälligen Untersuchung sein.

179. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass möglicherweise bereits in naher Zukunft im Bereich der Hörmittelversorgung eine nicht zuletzt von den Sozialversicherungen angestrebte, grundlegende Änderung des staatlichen Abgabesystems ansteht: Mit Pressemitteilung vom 17. Dezember 2010 liess das BSV verlauten, "der heute geltende Tarifvertrag mit den Akustikerverbänden wird gekündigt". Hörgeräte würden in der IV und der AHV in Zukunft pauschal vergütet, wobei die Pauschalbeträge (die Pressemitteilung nannte als mögliche Beträge Fr. 840.- für ein Hörgerät und Fr. 1'650.- für deren zwei) direkt den Versicherten ausbezahlt würden, was nach Meinung des BSV mehr Selbstverantwortung und Entscheidungsfreiheit der Versicherten bedeute. Zudem erhofft sich das BSV durch diese Massnahme, die Wettbewerb in die Hörgeräte-Versorgung bringe, tiefere Preise und weitere Einsparungen für die Sozialversicherungen. Das neue Pauschalssystem trete voraussichtlich auf den 1. Juli 2011 in Kraft.<sup>165</sup>

<sup>158</sup> Vgl. zu den Vertragsverhandlungen u.a. das Schreiben von "hörschweiz" vom 9.2.2010, S. 6.

<sup>159</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere das Schreiben des BSV an den Präsidenten von AKUSTIKA vom 25.6.2009, Beilage 17 zum Schreiben von "hörschweiz" vom 9.2.2010).

<sup>160</sup> Bezüglich der Hörgeräte von Siemens gilt zu beachten, dass auf der Preisliste der unter der Marke "Siemens" vertriebenen Geräte vom 1.12.2009 neben dem Listenpreis auch ein "Verkaufspreis Hörsystem (unverbindliche Preisempfehlung)" aufgeführt ist. Die Preisliste vom selben Datum für die Geräte der Marke Rexton, unter welcher Siemens seit Dezember 2009 ihre "zuzahlungsfreien" Geräte vertreibt, enthält hingegen nur Listenpreise.

<sup>161</sup> Neben Phonak und Siemens, welche beide ihre Verkaufspreisempfehlungen bereits seit November resp. Dezember 2009 explizit als unverbindlich bezeichneten, macht nun seit Anfang 2010 ebenso GN ReSound auf die Unverbindlichkeit aufmerksam, mit Ausnahme der als zuzahlungsfrei bezeichneten Geräte, wo die der Hörgeräteliste analoge Bezeichnung "Verkaufspreis mit DL-Pauschale (monaurale Version)" verwendet wird. Hingegen führt Widex auf der Akustiker-Preisliste "Januar 2010" den empfohlenen Geräteverkaufspreis (als wie bereits erwähnt einzige Wiederverkaufspreisempfehlung) unter dem Titel "empfohlener Verkaufspreis" auf, ohne ihn explizit als unverbindlich zu bezeichnen. Bernafon und Oticon machen seit Anfang 2010 in ihren Preislisten wie erwähnt keinerlei Verkaufspreisempfehlungen.

<sup>162</sup> Dies sofern es sich nicht um ein im Einzelfall zuzahlungsfreies Gerät handelt, ansonsten hat der Kunde wohl keine finanziellen Anreize einen tieferen Preis, der ihm nicht direkt zu Gute kommt, zu verlangen.

<sup>163</sup> So lässt sich dem Newsletter November 2009 von "hörschweiz" folgende Passage entnehmen: "Bei den Hörgeräten, für welche die Kunden eine Zuzahlung leisten müssen, wird es hingegen ab 2010 keine amtliche, vom BSV kontrollierte Preisliste mehr geben... Für Sie als Kundin oder Kunde ist das eine Chance: So können Sie im Markt Preise und Leistungen vergleichen und wählen was Ihnen entspricht" (Beilage 23 zum Schreiben vom 9.2.2010).

<sup>164</sup> Vgl. Schreiben von "hörschweiz" vom 9.2.2010, Beilage 24.

<sup>165</sup> Pressemitteilung des BSV vom 17.12.2010, abrufbar unter: <<http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/aktuell/01340/index.html?lang=de&msg-id=36863>> (8.2.2011).

180. Als Alternative steht im Rahmen der 6. IV-Revision immer noch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Hilfsmittelbeschaffung durch Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Diskussion.<sup>166</sup> Als Bestandteil des ersten Massnahmenpakets wird dies gegenwärtig im Parlament beraten und sowohl vom Stände- als auch vom Nationalrat im Grundsatz gutgeheissen.<sup>167</sup> Ein erster Versuch des BSV, selber Hörgeräte per Ausschreibungsverfahren zu beschaffen, wurde mangels genügender gesetzlicher Grundlage und mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Februar 2009<sup>168</sup> gestoppt.

181. Sowohl die mit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2010 per Anfang 2010 bereits eingetretenen Änderungen (Senkung der Gerätepauschalen sowie Verzicht auf Angabe von Preisempfehlungen auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme und die wohl damit verbundene Anpassung der Preislisten der Hersteller) als auch eine möglicherweise in naher Zukunft anstehende, grundlegende Änderung des staatlichen Abgabesystems im Bereich IV/AHV (mögliche Kündigung der Tarifverträge durch das BSV und Ausrichtung von Pauschalbeträgen direkt an Hörbehinderte resp. staatliche Beschaffung von Hörgeräten per Ausschreibungsverfahren) dürften sehr grosse Auswirkungen auf den Verkauf von Hörgeräten durch die Akustiker im Allgemeinen und ihre Preissetzung im Besonderen haben. Es wird jedoch wohl eine gewisse Zeit dauern, bis sich die Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen auf den Markt für Hörgeräte beobachten lassen.

182. Trotz Vorliegen von Anzeichen für unzulässige vertikale Preisabreden mittels Verkaufspreisempfehlungen auf dem Markt für Hörgeräte entscheidet das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidium, zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Untersuchung nach Artikel 27 KG zu eröffnen. Die Vorabklärung "22-0387 Markt für Hörgeräte" wird weitergeführt. Diese Weiterführung erlaubt, die Marktverhältnisse betreffend den Verkauf von Hörgeräten weiterhin abzuklären und einen Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung unter Berücksichtigung der Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen zu fällen.

### C Vorläufige Schlussfolgerungen

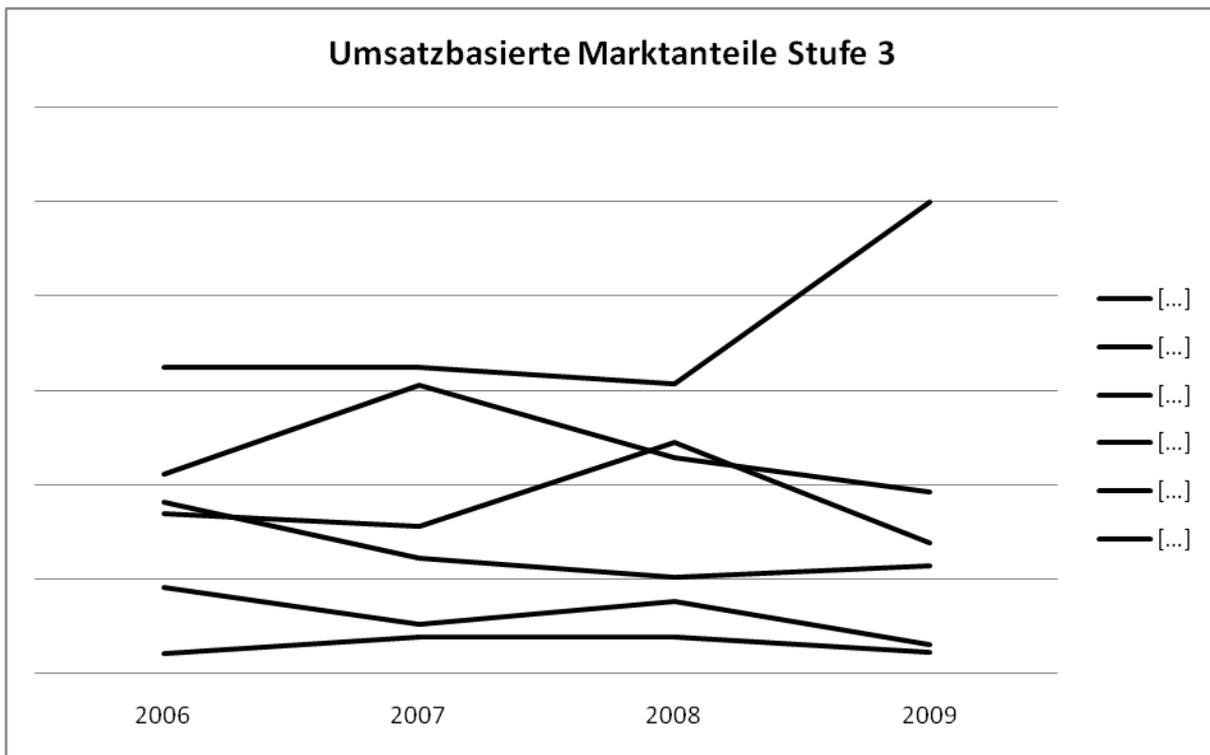
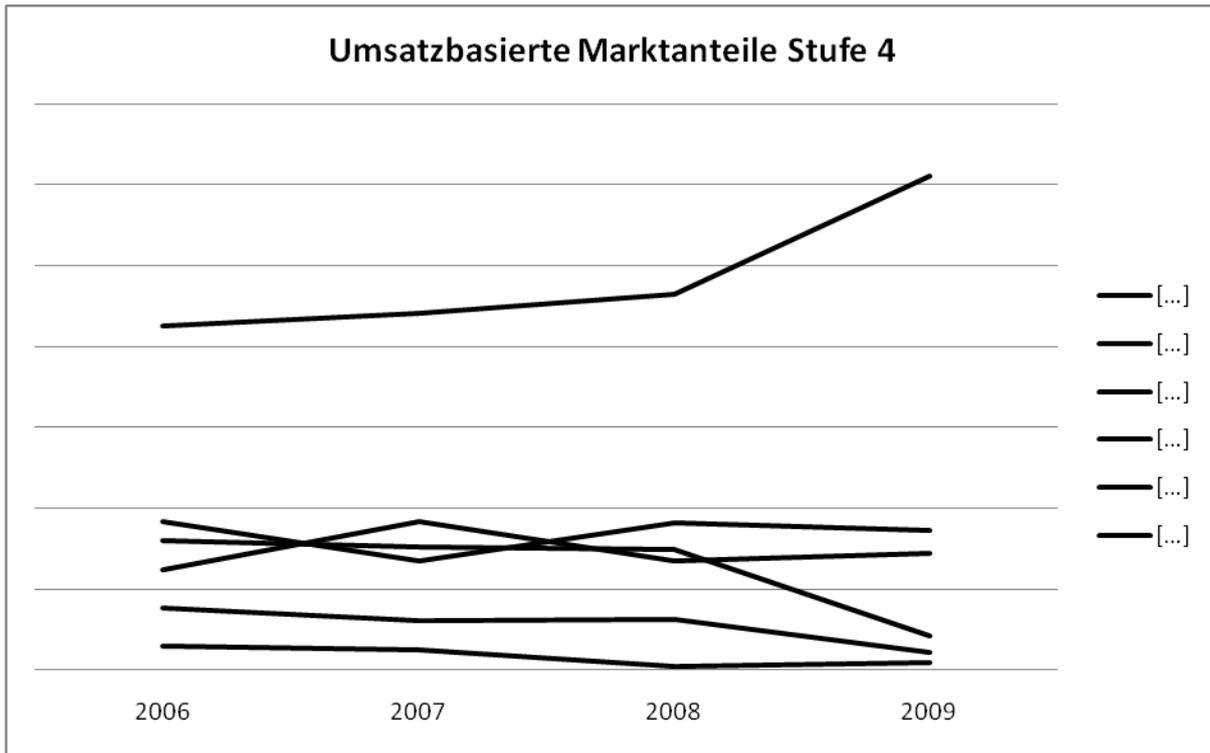
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

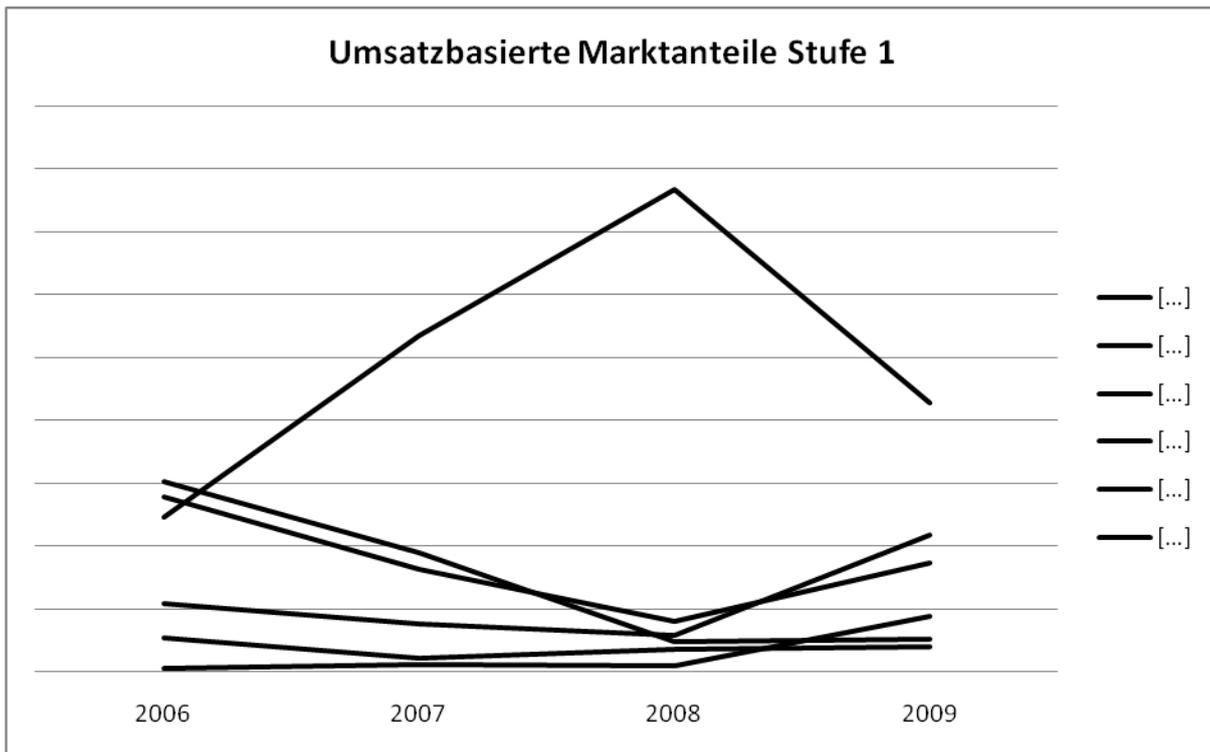
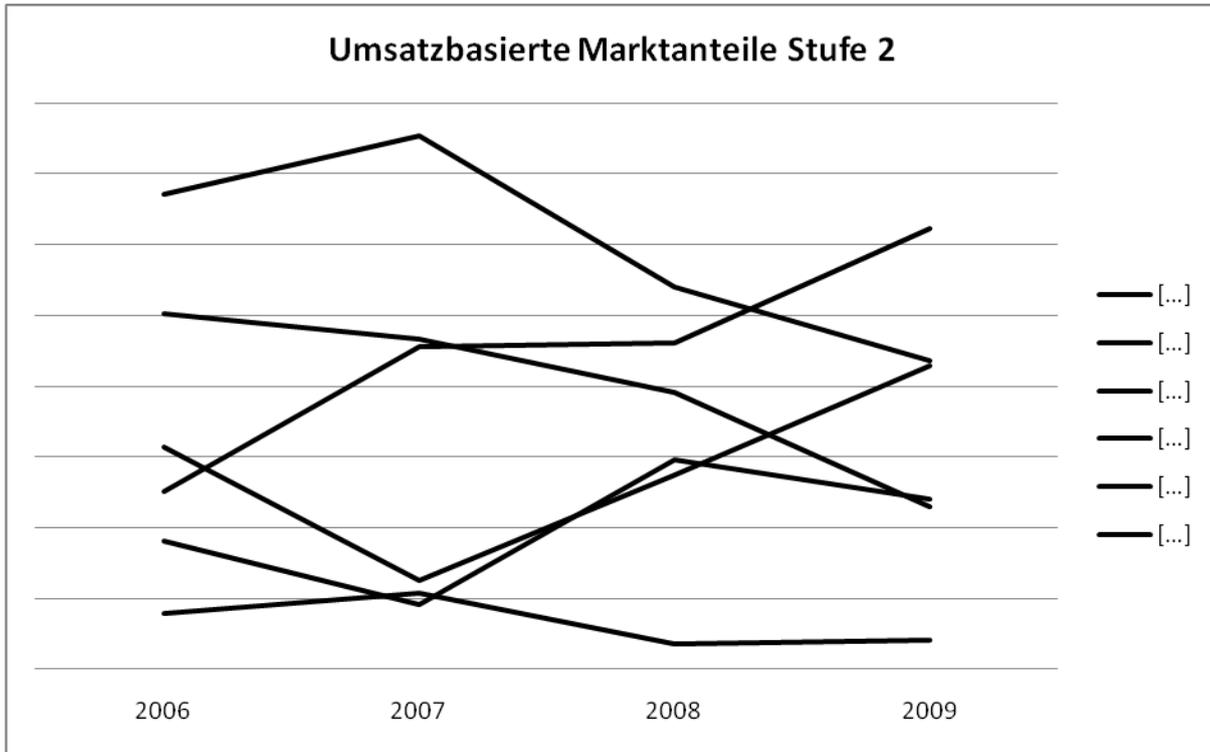
1. stellt fest, dass für die Periode 2006–2009 Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, das Vorabklärungsverfahren "22-0387 Markt für Hörgeräte" weiterzuführen, um die Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen für die Eröffnung einer Untersuchung zu berücksichtigen.
3. legt den Hörgeräteherstellern, den im Rahmen der Vorabklärung befragten Akustikern, "hörschweiz", pro audito und dem BSV den Zwischenbericht vor.

<sup>166</sup> Art. 21<sup>quater</sup> E-IVG lautet gemäss Entwurf des Bundesrates dabei wie folgt: "Für die Abgabe von ganz oder teilweise durch die Versicherung finanzierten Hilfsmitteln und für damit zusammenhängende Dienstleistungen stehen dem Bundesrat die folgenden Instrumente zur Verfügung: a. Festsetzung von Pauschalbeträgen; b. Aushandlung von Tarifverträgen mit Leistungserbringern wie Abgabestellen, Herstellern, Grossisten oder Detailhändlern; c. Festsetzung von Höchstbeträgen für die Kostenübernahme; und d. Vergabeverfahren nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen" (siehe Botschaft vom 24. Februar zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket], Entwurf, BBl 2010 1941, 1945).

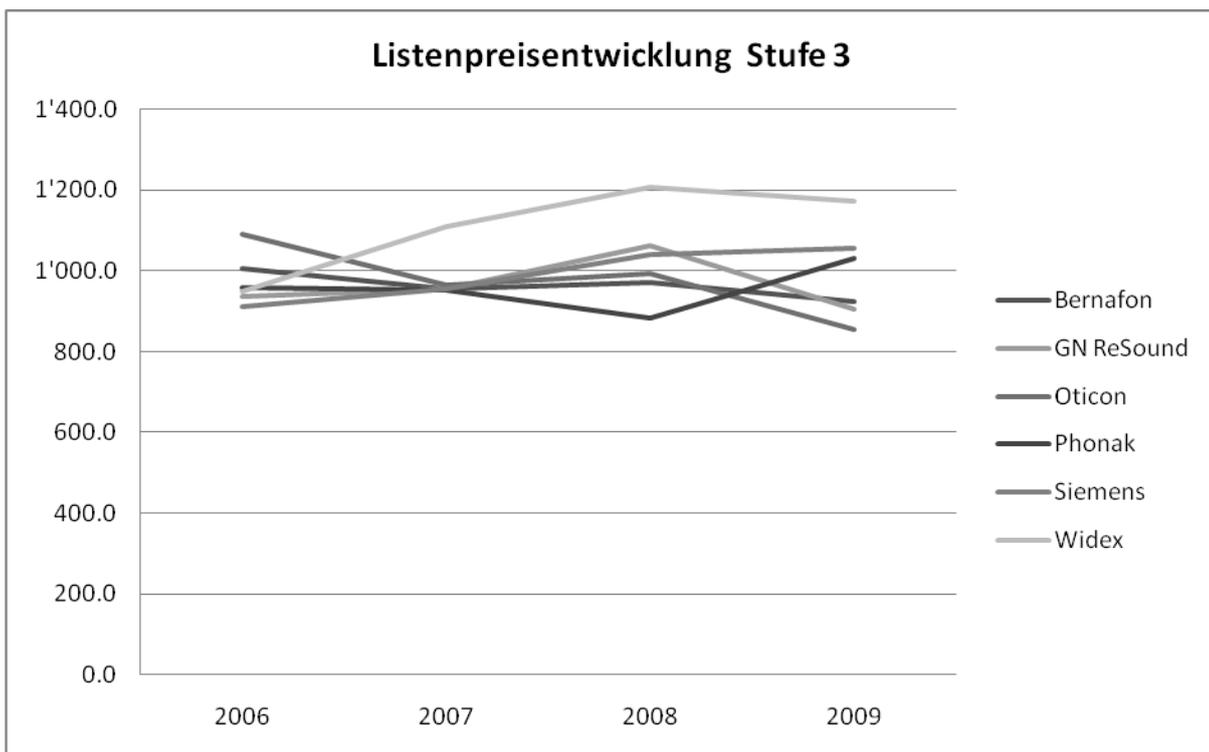
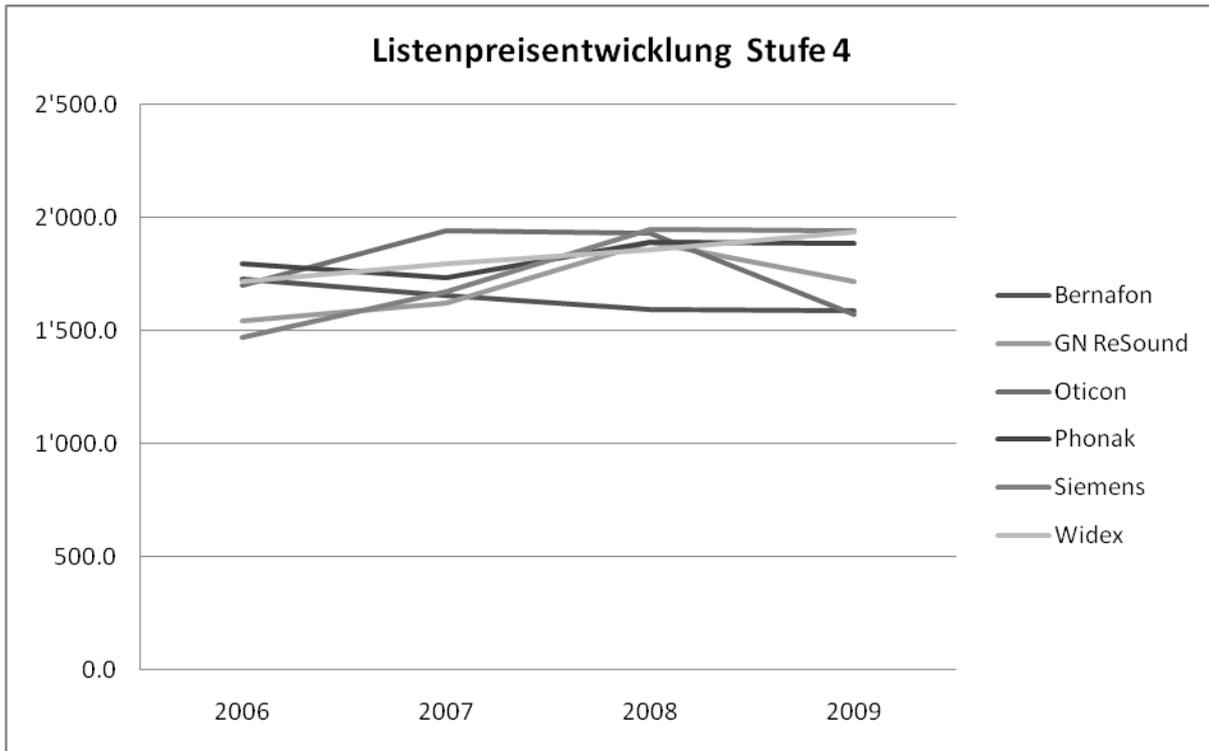
<sup>167</sup> Nachdem der Ständerat noch dem Entwurf des Bundesrats gefolgt war (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2010 S 655 ff.), fügte der Nationalrat einen Abs. 2 zu Art. 21<sup>quater</sup> E-IVG hinzu, wonach der Bundesrat Vergabeverfahren nach Abs. 1 Bst. d nach Prüfung der Anwendung der Instrumente gemäss den Bst. a bis c anwendet.  
<sup>168</sup> BVG 2009/17.

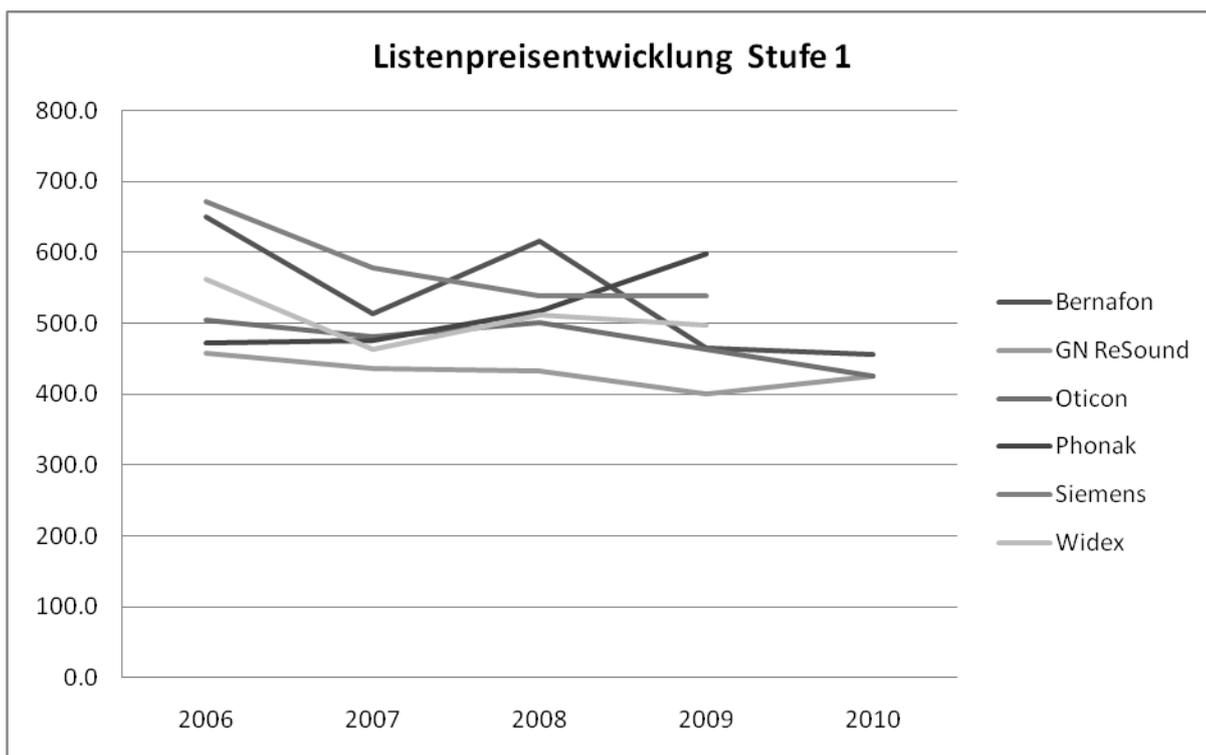
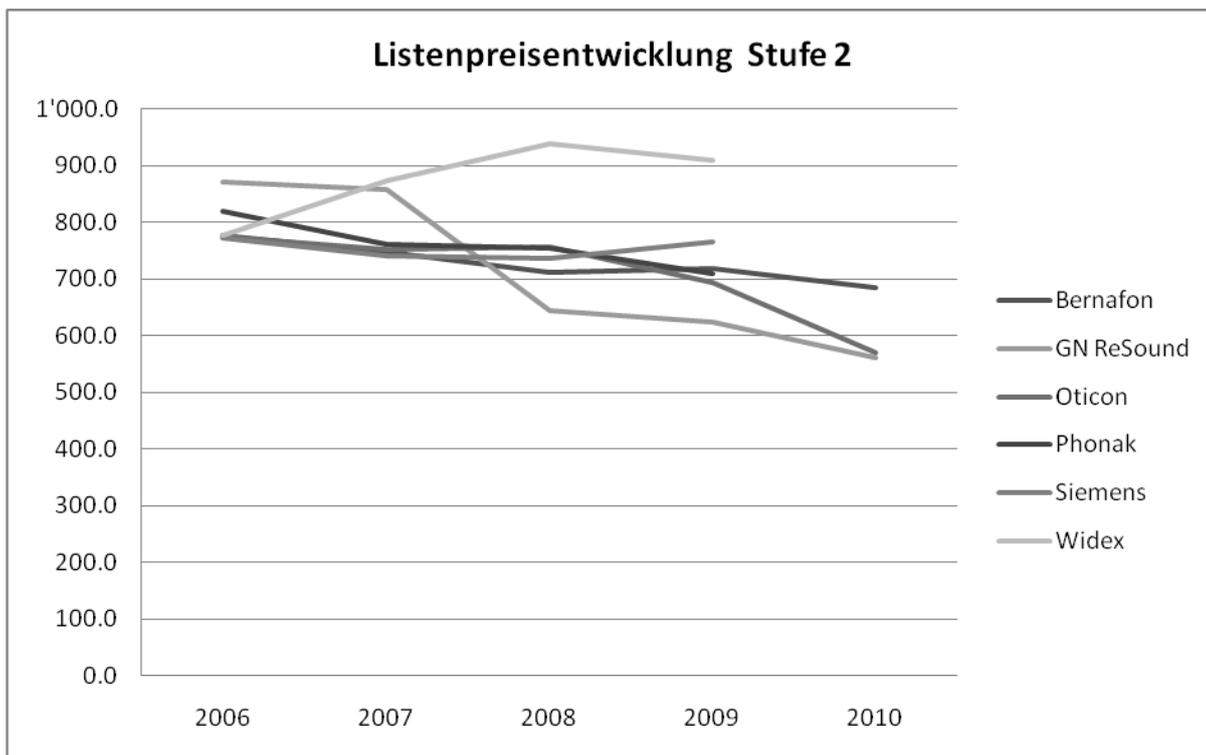
Anhang 1: Entwicklung Marktanteile



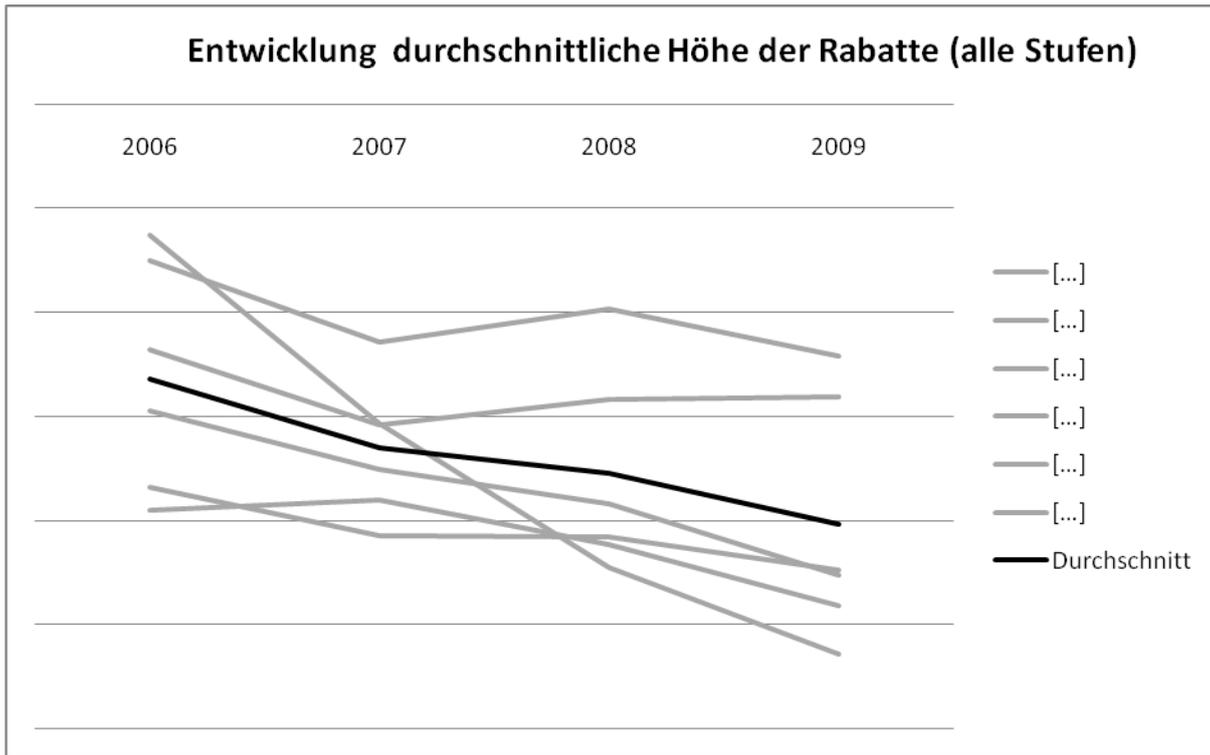


## Anhang 2: Listenpreisentwicklung

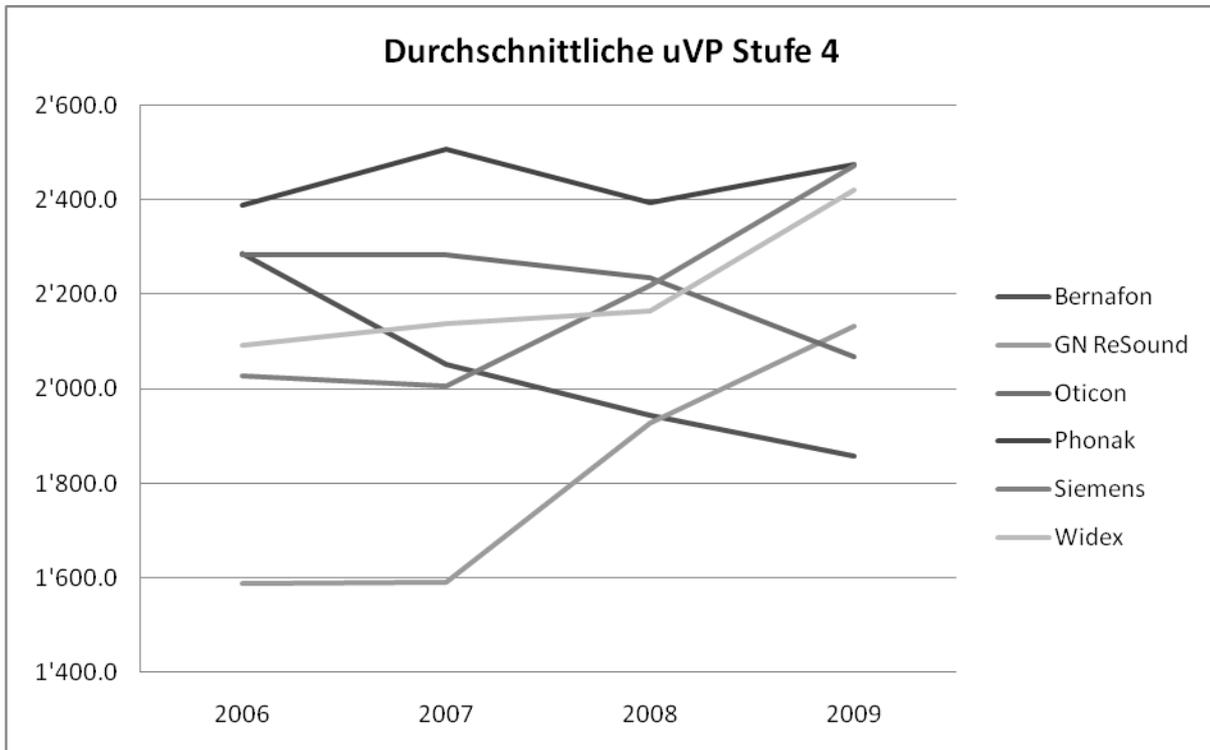


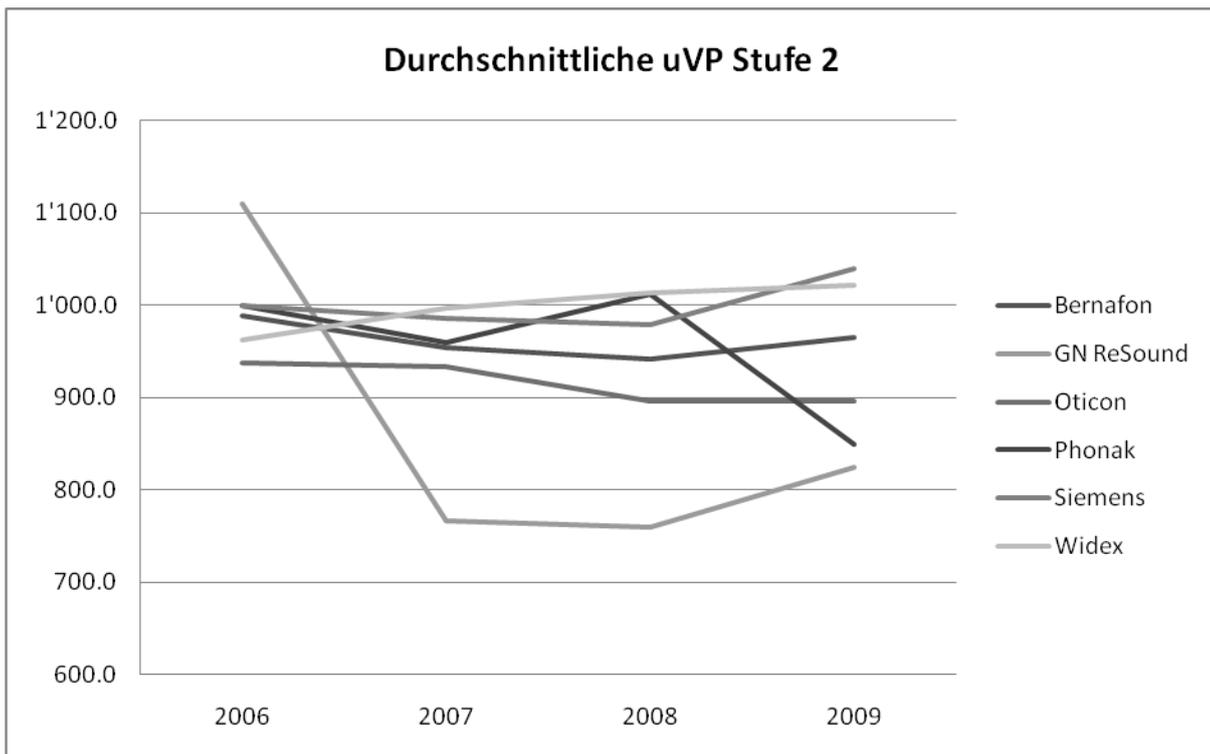
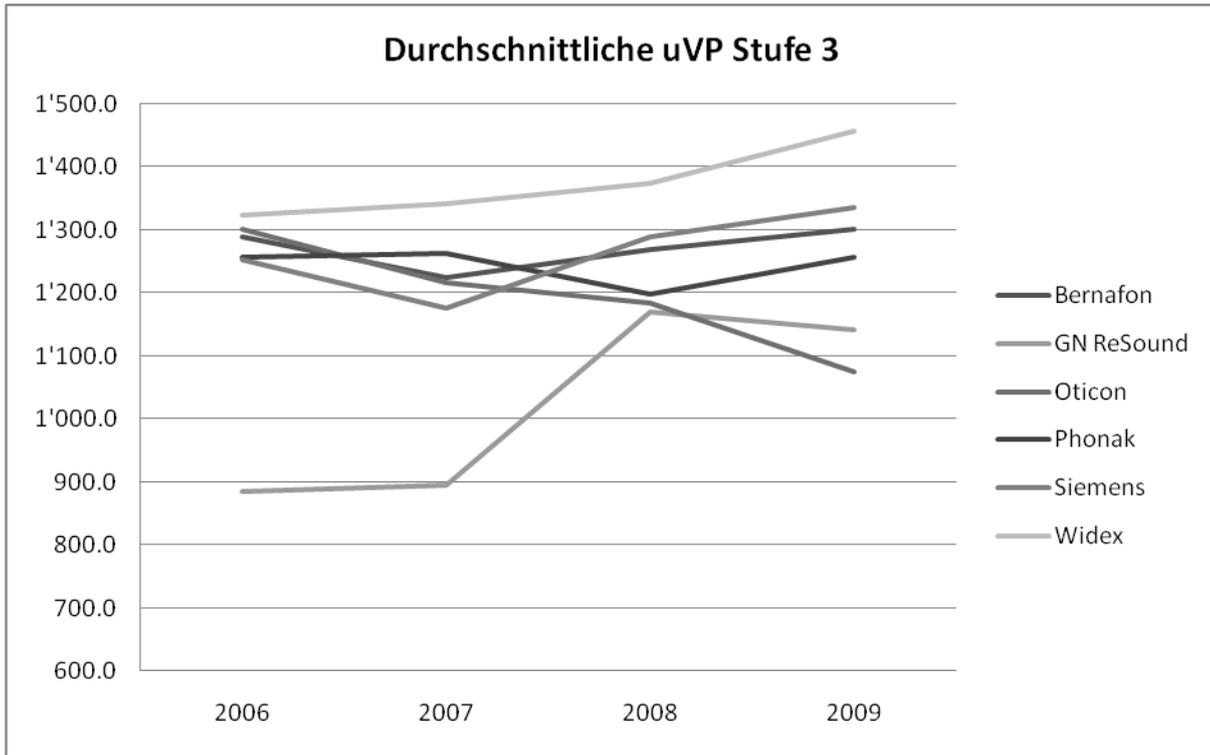


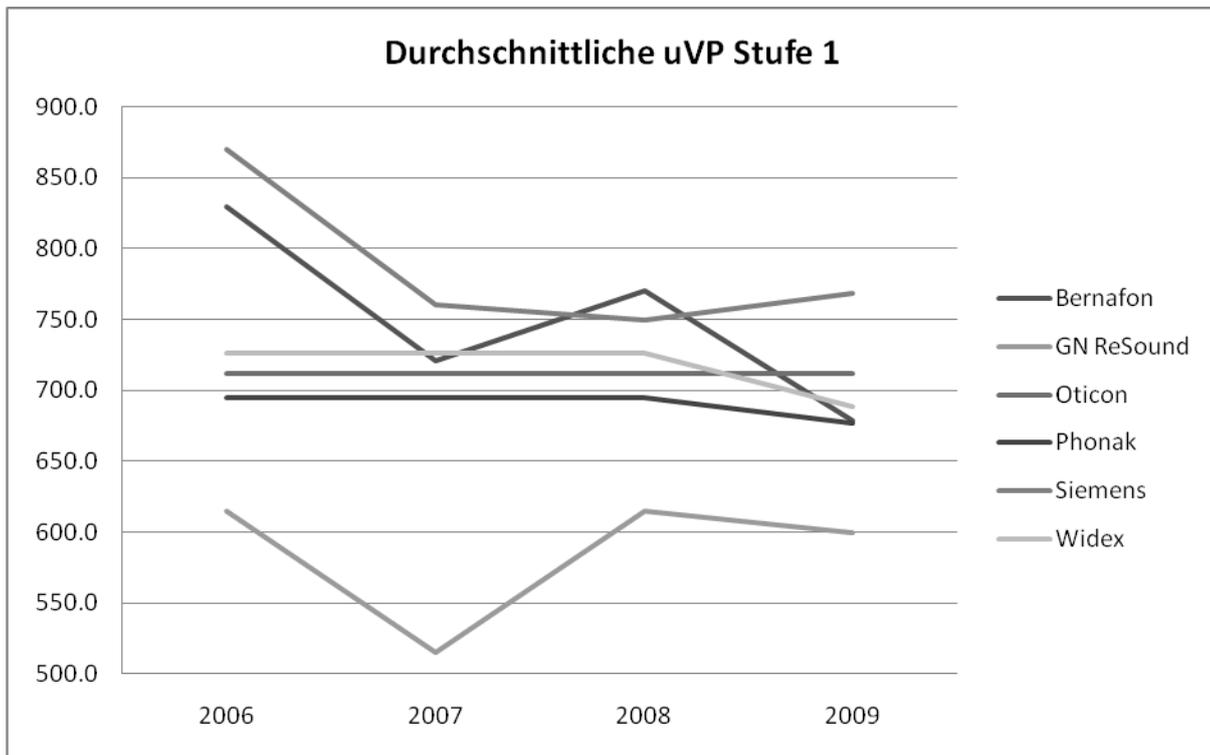
**Anhang 3: Rabattpolitik**



**Anhang 4: Entwicklung unverbindliche Verkaufspreise (uVP)**







B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Resun Plus AG

### Präzisierung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend die Bedingungen für den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens

1. Am 25. Januar 2011 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) einen Meldungsentwurf über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die BKW FMB Energie AG (BKW), die Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK) und die Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) im Rahmen der Gesellschaft Resun AG eine Erweiterung durch die Alpiq Holding AG (Alpiq) zu einer neuen Gesellschaft Resun Plus AG.

2. Das Sekretariat nahm den Meldungsentwurf zum Anlass, die bisherige Praxis im Zusammenhang mit den Erfordernissen für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens i.S. von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) i.V.m. Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) und dabei insbesondere die Anforderungen an die Bedingungen des Vollfunktionscharakters eines Gemeinschaftsunternehmens zu präzisieren.

3. Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens i.S. von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor<sup>1</sup>:

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

4. Entsprechend der ersten oben genannten Bedingung konnte i. S. einer grammatikalischen Auslegung nach der bisherigen Praxis der Vollfunktionscharakter bejaht werden, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nur als

Nachfrager und nicht als Anbieter auf dem Markt auftrat. Obwohl die WEKO in ihrer Praxis meistens ausschliesslich geprüft hat, ob das Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt und bisher wenig Gewicht auf eine eigenständige Tätigkeit als Nachfrager gelegt hat<sup>2</sup>, ist es angezeigt zu präzisieren, unter welchen Bedingungen ein alleiniger Marktauftritt als Nachfrager nicht genügt, um hinsichtlich dieses Kriteriums als Vollfunktionsunternehmen qualifiziert zu werden.

5. In diesem Zusammenhang ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, an welcher sich das Sekretariat in Zukunft bezüglich dieses Kriteriums orientieren wird. Danach besteht eine der Voraussetzungen für den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens darin, dass das Gemeinschaftsunternehmen mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.<sup>3</sup> Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.

6. Wird die Bedingung des ‚Marktauftritts als Anbieter oder Nachfrager‘ in einem Fall, in welchem das Gemeinschaftsunternehmen nur Dienstleistungen/Produkte für seine Muttergesellschaften erbringt (und eben nicht als Anbieter auf dem Markt auftritt), EU-konform interpretiert, ist ein möglicher Marktauftritt als Nachfrager irrelevant für die Bestimmung des Vollfunktionscharakters. Dies kann auch damit begründet werden, dass die auf dem Markt nachgefragten Dienstleistungen einzig dazu dienen, diese (Hilfs-) Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften auszuführen.

<sup>1</sup> RPW 2005/2, 349 Rz 26, Swissgrid; RPW 2006/4, 678 Rz 13, GE/CSFBPE/GIMP; RPW 2007/2, 306 Rz 19, Spontis; RPW 2007/3, 459 Rz 13, Alstom Rail Service; RPW 2007/4, 551 Rz 17, Spontis/SIG; RPW 2007/4, 635 Rz 21, Infineon/Siemens; RPW 2008/1, 126 Rz 20, General Electric/CS/Mubadala; RPW 2008/2, 275 Rz 24, Sony Ericsson/Motorola; RPW 2009/4, 389 Rz 105, Post/NZZ/Tamedia.

<sup>2</sup> Der Marktauftritt als Nachfrager wurde insbesondere bei Gemeinschaftsunternehmen geprüft, bei welchen der Marktauftritt als Anbieter erst nach einer gewissen Anlaufzeit vorgesehen war (vgl. RPW 2007/4, 643 Rz 18, BEKB/RBA; RPW 2007/2, 306 Rz 20, Spontis). Ein geltend gemachter zukünftiger Marktauftritt als Anbieter dürfte in Zukunft hingegen kritischer geprüft werden.

<sup>3</sup> Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.2.2009, Rz. 95 f.

7. Die Resun Plus AG tritt zwar als Nachfragerin von Planungs- und Projektierungsleistungen (bzw. Generalunternehmerleistungen im Bereich Kernkraftwerke) auf den entsprechenden Beschaffungsmärkten auf, doch tritt sie nicht als Anbieterin von Produkten/Dienstleistungen auf irgendwelchen Absatzmärkten auf, sondern erbringt diese Leistungen ausschliesslich für die beteiligten Partner. Sie hat auch nicht vor, derartige Leistungen in Zukunft für Dritte zu erbringen. Mit andern Worten erbringt die Resun Plus AG ihre Dienstleistungen einzig für ihre Muttergesellschaften und nimmt somit eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften ein. Die auf dem Markt nachgefragten Dienstleistungen dienen einzig dazu, diese (Hilfs-)Funktion in der Geschäftstätigkeit ihrer Muttergesellschaften auszuführen. Folglich

besteht kein selbständiger Marktauftritt von Resun Plus AG, der unabhängig von den Geschäftstätigkeiten der Muttergesellschaften wäre.

8. Aufgrund obiger Ausführungen und in Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission ist das Sekretariat davon ausgegangen, dass es sich bei Resun Plus AG nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt. Ob die weiteren Bedingungen für ein Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU erfüllt sind, konnte offen gelassen werden.

9. Die erfolgte Präzisierung stellt ausschliesslich die Auffassung des Sekretariats dar. Die WEKO wird dadurch nicht gebunden.

## B 2

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

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Bell/Toni Hilti Treuhandchaft/Hilcona</b>

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. März 2011*

#### A Sachverhalt

1. Am 4. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Bell Holding AG (nachfolgend: Bell) und die Toni Hilti Treuhandchaft (nachfolgend: Treuhandchaft) die gemeinsame Kontrolle über die Hilcona AG (nachfolgend: Hilcona) zu erwerben. Letztere wird derzeit von der Treuhandchaft alleine kontrolliert.

2. Bell, mit Sitz in Basel, hat drei Tochtergesellschaften in der Schweiz, darunter die Bell AG, sowie weitere Tochtergesellschaften in mehreren weiteren europäischen Ländern. Sie produziert und vertreibt Fleischwaren, Seafood, Geflügel und Convenience-Gerichte.

3. Als Besitzerin von rund 2/3 der Aktien von Bell ist die Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop) Mehrheitsaktionärin der Bell. Coop, mit Sitz in Basel, ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher eine Vielzahl von Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Kerngeschäft der Coop-Gruppe sind die Verbraucher- und Supermärkte.

4. Die Treuhandchaft ist ein Trust liechtensteinischen Rechts. Ihr Treugut umfasst die Hilcona Convenience AG, die Hilcona AG Schaan und die CFP-Handels-AG Schaan. Die Geschäftsaktivitäten der Treuhandchaft beschränken sich auf die Aktivitäten der Hilcona.

5. Hilcona mit Sitz in Schaan, Liechtenstein, und Tochtergesellschaften in Deutschland, Frankreich und der Schweiz (zusammen die Hilcona-Gruppe) produziert in Schaan in Liechtenstein sowie an zwei Schweizer Standorten, in Lupfig und Orbe. Sie vertreibt Convenience-Gerichte sowohl für den Privathaushalt als auch die Gastronomie.

6. Mit dem Zusammenschluss verbunden ist eine Beschränkung der Konkurrenzierung des Gemeinschaftsunternehmens durch die Bell und die Coop-Gruppe während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens.

7. Mit dem Zusammenschlussvorhaben planen die Parteien, Wachstumschancen im europäischen Lebensmittelmarkt wahrzunehmen und Synergien in Beschaffung, Technologie, Marketing und Vermarktung zu nutzen.

8. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden Fragebögen an [neun Nachfrager von Convenience-Produkten, insbesondere klassische Detailhändler und Betreiber von Convenience-Shops] sowie an zehn in der Schweiz tätige Produzenten resp. Importeure von gekühlten Convenience-Produkten versandt, wobei alle antworteten.<sup>1</sup>

#### B Erwägungen

##### B.1 Geltungsbereich

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

##### B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

##### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sollen die Schweizer Aktivitäten der Bell im Bereich Convenience-Produkte mit denjenigen der Treuhandchaft bzw. der Hilcona zusammengelegt werden. In einem

<sup>1</sup> Ausgewählt wurden dabei [...]. [...] wurde sowohl als Detailhändler als auch als Produzent befragt.

ersten Schritt hat Bell vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eigene Aktiven, Passiven und Verträge, welche den Bereich der frischen Convenience-Produkte in der Schweiz betreffen, in eine neu gegründete Tochtergesellschaft (nachfolgend: NewCo) eingebracht. In einem zweiten Schritt werden bei einem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zeitgleich 100 % der Aktien der NewCo von Bell an Hilcona sowie 49 % der Aktien von Hilcona durch die Treuhanderschaft an die Bell verkauft, während die restlichen Aktien der Hilcona bei der Treuhanderschaft verbleiben.

12. Nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens können gewisse strategische Entscheidungen nur gemeinsam von der Bell und der Treuhanderschaft vollzogen werden. Es sind dies insbesondere [...].

13. Deshalb stellt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben trotz der Aktienmehrheit der Treuhanderschaft am Gemeinschaftsunternehmen Hilcona eine Erlangung gemeinsamer Kontrolle dar, weshalb es sich bei der vorliegenden Transaktion um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) handelt.

14. [...].

## B.2 Meldepflicht

15. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2009, in Mio. CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Coop-Gruppe (inkl. transGourmet)	[...]	[...]
Treuhanderschaft	[...]	[...]
Kumuliert	[...]	[...]

## B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

### B.3.1 Relevante Märkte

#### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. 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).

19. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind Convenience-Produkte "Fertigprodukte resp. –gerichte, die weitgehend verzehrfertig sind und allenfalls noch aufgetaut oder aufgewärmt werden müssen. Sie können ungekühlt, gekühlt oder tiefgekühlt sein."<sup>2</sup>

20. Beim Zusammenschlussvorhaben Bischofszell Nahrungsmittel AG/Weisenhorn Food Specialities GmbH (nachfolgend: Bischofszell/Weisenhorn) (RPW 2010/1, 185 Rz 18 ff) unterschied die Wettbewerbskommission bei Convenience-Produkten in Übereinstimmung mit der Praxis der EU<sup>3</sup> zwischen dem Detailhandels- und dem

Horeka-Kanal (Hotels, Restaurants und Kaffeehäuser), dies u.a. aufgrund unterschiedlicher Kundenbedürfnisse, Verpackungen und Qualitäten. Die beiden genannten Absatzkanäle für Convenience-Produkte unterteilte sie zudem jeweils weiter nach ungekühlten, gekühlten und tiefgekühlten Convenience-Produkten, liess schliesslich aber offen, ob diese sechs Märkte allenfalls weiter oder enger abgegrenzt werden sollten. In der nachfolgenden Analyse wird von diesen sechs Märkten als sachlich relevante Märkte ausgegangen.

21. Dem Markt für Convenience-Produkte nachgelagert ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, "welcher aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken" (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, 598 Rz 55). Dieses Konzept des "One-Stop-Shopping" wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.<sup>4</sup>

#### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

<sup>2</sup> Bischofszell/Weisenhorn, RPW 2010/1, 185 Rz 16.

<sup>3</sup> Vgl. zu tiefgekühlten Fertigmahlzeiten COMP/M.3658 ORKLA/CHIPS, zu weiteren Lebensmitteln COMP/M.2302 Heinz/CSM, COMP/M.1990 Unilever/Bestfoods, COMP/M.1802 Unilever/Anora-Maillage.

<sup>4</sup> Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

23. Die vom Sekretariat im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens befragten Detailhändler (klassische Detailhändler als auch Betreiber von Convenience-Shops, vgl. Rz. 8, inkl. Befragung von Coop) weisen einen sehr unterschiedlich hohen Importanteil bei gekühlten Convenience-Produkten auf. Die überwiegende Mehrheit der Befragten beschaffen nur einen relativ bescheidenen Anteil an frischen Convenience-Produkten aus dem Ausland.<sup>5</sup> Eine Ausnahme hiervon bilden die international tätigen Discounter Aldi und Lidl, welche die Mehrheit ihrer Convenience-Produkte [...] aus dem Ausland beziehen.

24. Während für international tätige Discounter ein Bezug aus dem Ausland eine valable Alternative zum Bezug aus dem Inland sein dürfte, scheint ein Import gekühlter Convenience-Produkte für andere Detailhändler und Convenience-Shop-Betreiber insbesondere aufgrund der besonderen Erfordernisse an die Logistik für diese Produkte nur beschränkt in Frage zu kommen. So weisen diese Produkte u.a. relativ kurze Haltbarkeiten auf, was eine hohe Lieferfrequenz bei teilweise geringen Losgrößen bedingt. Letztere können u.a. dazu führen, dass der Aufwand für die zolltechnische Abwicklung vergleichsweise hoch wird. Zudem ist in der Regel eine durchgehende Kühlkette zu gewährleisten.

25. Deshalb wird nachfolgend als engstmögliche Markt-abgrenzung bei gekühlten Convenience-Produkten für den Detailhandelskanal resp. den Horekakanal jeweils von einem schweizweiten Markt ausgegangen.<sup>6</sup> Schliesslich kann die genaue räumliche Abgrenzung dieser Märkte aber offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

26. Die Märkte für ungekühlte sowie für tiefgekühlte Convenience-Produkte werden in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (RPW 2010/1, 186 Rz 25) europaweit abgegrenzt. Schliesslich kann aber die genaue räumliche Abgrenzung für diese Märkte offen gelassen, da diese das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

27. Wie u.a. in Bischofszell/Weisenhorn beschrieben, ist der Detailhandelsmarkt lokal. Gemäss Migros/Denner (2008/1, 156 f, Rz 239 ff) betragen die Marktradien je nach Grösse des Super- resp. Hypermarkts zwischen 10 und 20 Minuten. Bei homogenen Bedingungen kann sich die Wettbewerbsbehörde gemäss Coop/Carrefour (RPW 2008/4, 606, Rz 112) dabei auf die nationale Ebene konzentrieren.

### **B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

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

29. Die Coop-Gruppe und Hilcona beliefern beide sowohl den Lebensmittel-detailhandel als auch den Horeka-Kanal. Während Hilcona ungekühlte, gekühlte und tiefgekühlte Convenience-Produkte herstellt, produziert die Coop-Gruppe nur gekühlte und tiefgekühlte Convenience-Produkte, aber keine ungekühlten. Von den sechs in Rz 20 aufgeführten Convenience-Märkten ist, wie aus Tabelle 2 ersichtlich, der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beim Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel mit [10–20] % am höchsten. Somit handelt es sich um einen knapp nicht betroffenen Markt. Bei den weiteren Convenience-Märkten handelt es sich dagegen klar um nicht betroffene Märkte. Der einzige betroffene Markt ist somit der Detailhandelsmarkt, in welchem die Coop-Gruppe einen Marktanteil von > 30 % hat. Es kommt aber in diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition.

<sup>5</sup> [So] weisen [...] Unternehmen Importanteile von [0–20 %] auf. Ein weiterer Detailhändler beantwortete die entsprechende Frage nicht.

<sup>6</sup> Bei Bischofszell/Weisenhorn (RPW 2010/1, 184 Rz 23–25) wurde gestützt auf Schätzungen bei Migros/Denner (RPW 2008/1, 159), wonach mit 93 % ein Grossteil der frischen und gekühlten Traiteur- und Convenienceprodukte aus dem Inland stammt, in einer ersten Analyse davon ausgegangen, dass die Märkte für gekühlte Convenience-Produkte räumlich die Schweiz und das angrenzende Ausland umfassen. Allerdings wurde die genaue räumliche Markt-abgrenzung schliesslich offen gelassen, da diese das Ergebnis der Analyse nicht veränderte.

Tabelle 2: Marktanteile in den verschiedenen schweizweiten Convenience-Märkten, 2009

Produktmärkte <sup>7</sup>	Coop-Gruppe	Hilcona	kumuliert
Convenience für Detailhandel	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %
- ungekühlt	0 %	[0–10] %	[0–10] %
- gekühlt <sup>8</sup>	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %
- tiefgekühlt	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Convenience für Gastronomie	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
- ungekühlt	0 %	[0–10] %	[0–10] %
- gekühlt	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
- tiefgekühlt	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Convenience für Detailhandel und Gastronomie	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–	–

Quelle: Angaben der Parteien

30. Da das Marktvolumen bei gekühlten Convenience-Produkten relativ schwer zu schätzen ist<sup>9</sup>, könnte es sich je nach dem bei einem etwas tiefer geschätzten Gesamtmarktvolumen auch um einen betroffenen Markt handeln. Deshalb wird dieser Markt, wenngleich er gemäss Schätzung der Parteien knapp nicht betroffen ist, insbesondere weil der Markt für gekühlte Convenience-Produkte ein dem – vorliegend betroffenen – Detailhandelsmarkt vorgelagerter Markt ist, nachfolgend dennoch genauer analysiert. So können vertikale Effekte auftreten, welche sich sowohl im Detailhandelsmarkt als auch im Markt für gekühlte Convenience-Produkte auswirken können.

31. Der wichtigste Konkurrent von Bell und Hilcona bei gekühlten Convenience-Produkten für den Schweizer Detailhandelskanal ist die Migros-Gruppe, zu welchem u.a. der Produktionsbetrieb Bischofszell gehört (vgl. Bischofszell/Weisenhorn, RPW 2010/1 184 ff). Daneben gibt es eine grössere Anzahl mittlerer und kleinerer Wettbewerber auf diesem Markt, so die Orior-Gruppe und die Ospelt Food AG, welche beide u.a. sowohl Frischteigwaren als auch gekühlte Fertigmensus herstellen, und die Gastro-Star AG, welche sich auf die Produktion von küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüse spezialisiert hat. Die meisten schweizerischen Produzenten sind auf eine oder wenige Produktkategorien spezialisiert. Nebst den schweizerischen Anbietern, Produzenten und Importeuren (wie z.B. [...]), sind auch Produkte ausländischer Hersteller, v.a. benachbarter Länder, unter den von den Schweizer Detailhändlern angebotenen frischen Convenience-Produkten zu finden, so insbesondere bei den Discountern Aldi und Lidl (vgl. Rz 23).

32. Coops Gesamtnachfrage (ohne Nachfrage durch den Lebensmittelgrosshandel) nach gekühlten Convenience-Produkten betrug 2010 ca. CHF [...]. Dabei ist Hilcona, von welchem Coop rund [10–30] % seiner gesamten benötigten gekühlten Convenience-Produkte

bezieht, der wichtigste Lieferant Coops, gefolgt von [...],[...],[...] und [...].

33. Hilcona setzte 2009 Produkte im Wert von CHF [...] in der Schweiz ab bei einem Gesamtumsatz von CHF [...]. Bei gekühlten Convenience-Produkten gehört Hilcona zu den wichtigsten Lieferanten des Detailhandels in der Schweiz. Rund [60–80] % resp. CHF [...] ihres Absatzes mit gekühlten Convenience-Produkten in der Schweiz erzielte Hilcona 2010 mit der Coop-Gruppe, rund [...] % [...] mit [...]. Zu ihren weiteren schweizerischen Kunden gehören u.a. [...], [...] und [...]. Auch Bell erwirtschaftete 2010 mit rund [80–100] % [...] den Hauptteil ihres schweizerischen Umsatzes im Bereich gekühlter Convenience-Produkte mit Coop. Als weitere Kunden Bells sind u.a. Hilcona, [...] und [...] zu nennen.

<sup>7</sup> Die Parteien schätzen den schweizerischen Gesamtmarkt für Convenience-Produkte für den Detailhandel für 2009, gerechnet zu Produzentenpreisen, auf CHF [...] (davon CHF [...] ungekühlt, CHF [...] gekühlt und CHF [...] tiefgekühlt), denjenigen bezüglich den Horeka-Kanal auf CHF [...] (davon CHF [...] ungekühlt und je CHF [...] gekühlt und tiefgekühlt).

<sup>8</sup> Für die Berechnung der Gesamtmarktschätzung zählten die Parteien insbesondere folgende Produktkategorien zum Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel: Mischsalat im Beutel, gekühlte Fertigmahlzeiten wie u.a. Fertigsalate und Frischpizza, Frischteigwaren, Sandwiches, Salatsaucen, Fleischersatzprodukte, küchenfertige Früchte und Fruchtsäfte. Das Sekretariat lässt vorliegend offen, inwieweit sie der Einschätzung der Parteien folgt bezüglich den zu diesem sachlich relevanten Markt gehörenden Produktkategorien, da auch bei einer anderen Abgrenzung dieses sachlich relevanten Marktes das Ergebnis der Analyse dieses Zusammenschlussvorhabens nicht verändert wird.

<sup>9</sup> So gingen die Schätzungen des Gesamtmarktes 2010 bei den befragten Detailhändlern als auch bei den befragten Produzenten und Importeuren stark auseinander.

34. Somit ist Hilcona einerseits der wichtigste Lieferant Coops für gekühlte Convenience-Produkte im schweizerischen Detailhandel, andererseits ist Coop Hilconas wichtigster Kunde für gekühlte Convenience-Produkte im schweizerischen Detailhandel. Bereits heute ist die Bezugsmenge Coops bei Hilcona für gekühlte Convenience-Produkte sehr hoch, was den Schluss nahelegen könnte, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen bedeutenden Änderungen beim Bezug oder Absatz von gekühlten Convenience-Produkten in den schweizerischen Detailhandel führt.

35. Allerdings ist dennoch nicht auszuschliessen, dass sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nachteilig auf andere Marktteilnehmer auswirkt, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Durch das entstehende Gemeinschaftsunternehmen kann Coop (mit Einverständnis der Treuhandschaft) zukünftig Einfluss auf die Geschäftsstrategie von Hilcona nehmen, insbesondere bezüglich [...] (vgl. Rz 12). Negative Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sind einerseits auf Konkurrenten Hilconas im Bereich gekühlter Convenience-Produkte für den Detailhandel sowie auf Lieferanten von Bell und Hilcona vorstellbar, andererseits auch auf Konkurrenten von Coop als Detailhändler.

36. Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens können sich sowohl für Lieferanten Coops als Detailhändler als auch für Zulieferer von Bell und Hilcona ergeben. So ist nicht auszuschliessen, dass Coop als Folge des Zusammenschlusses vermehrt gekühlte Convenience-Produkte bei Hilcona nachfragt auf Kosten anderer bestehender Lieferanten. Während Hilcona in Bereichen wie gekühlten Pizzen, gekühlte Pasta und gekühlten Sandwiches bereits Coops wichtigster Lieferant ist, ist Hilcona [bei anderen gekühlten Convenience-Produktgruppen nicht der wichtigste Lieferant Coops]. Diese Möglichkeit wird durch die Antworten gewisser Lieferanten bestätigt. So [befürchtet ein Teil der] befragten Lieferanten Coops, [...], Umsatzeinbussen durch das Zusammenschlussvorhaben. [Andere] erwarten keine Auswirkungen resp. keine oder negative Auswirkungen. Ebenso ist vorstellbar, dass Hilcona und Bell gewisse Bezüge neu durch Produkte des jeweils anderen ersetzen auf Kosten des Umsatzes bestehender Zulieferer.

37. Auch Konkurrenten Coops im schweizerischen Detailhandel, sowohl was den klassischen Detailhandel als auch Convenience-Shops betrifft, könnten vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sein, v.a. solche, bei denen Hilcona ein wichtiger Lieferant von gekühlten Convenience-Produkten ist. Gemäss den Befragungen des Sekretariats bezogen [gewisse Nachfrager von Convenience-Produkten 2010 einen bedeutenden Anteil ihrer gekühlten Convenience-Produkte von Hilcona]. Dagegen gaben [mehrere Detailhändler] an, 2010 keine Produkte von Hilcona bezogen zu haben.

38. Die Mehrheit der befragten Detailhändler beschafft gekühlte Convenience-Produkte ausschliesslich oder überwiegend in der Schweiz, während die international tätigen Discounter Aldi und Lidl deutlich mehr als der Durchschnitt der befragten Detailhändler aus dem Ausland importiert [...]. Während länderübergreifend tätige Detailhändler wie Aldi und Lidl aufgrund ihrer Grösse und Logistik einfacher auch im Ausland gekühlte Conve-

nience-Produkte beziehen können, könnte es für "nur" in der Schweiz basierte Abnehmer schwieriger sein, Lieferanten für gewisse gekühlte Convenience-Produkte zu finden, sollten sie nicht mehr oder nur zu schlechteren Konditionen von Hilcona beliefert werden. Wichtig ist dabei insbesondere die Tatsache, dass gekühlte Convenience-Produkte eine Kühlkette benötigen und eine relativ kurze Haltbarkeit haben (v.a. Produkte wie Sandwiches und Salate), was den Transport u.a. aufgrund der häufigen Lieferungen entsprechend verteuert. Somit fallen auch Zollformalitäten etc. häufiger ins Gewicht.

39. Für Detailhändler, welche von Hilcona beliefert werden und welche in Konkurrenz zu Coop stehen, könnte der Zusammenschluss Hilconas mit Coop zu einer Verschlechterung ihrer Preise oder Konditionen führen. Allerdings könnte die Tatsache, dass Coop schon vor dem Zusammenschlussvorhaben wichtigster Kunde Hilconas ist, bereits einen gewissen Einfluss auf das Verhalten Hilconas bezüglich ihre Lieferbeziehungen zu den direkten Konkurrenten Coops gehabt haben. Somit würde sich an der Situation nach dem Zusammenschluss wenig ändern. Für Detailhändler, welche bisher nicht von Hilcona beziehen, sind keine oder wenig Auswirkungen aufgrund des Zusammenschlussvorhabens zu erwarten.

40. Insgesamt betrachtet ist davon auszugehen, dass den Abnehmern von Hilcona, sollten sie zukünftig nicht mehr oder nur zu schlechteren Konditionen von ihr beliefert werden, andere Bezugsmöglichkeiten für gekühlte Convenience-Produkte zur Verfügung stehen, v.a. aus dem Inland (vgl. Rz 31). Zudem gibt es, wie in Rz 34 erwähnt, bereits vor dem Zusammenschluss enge Kundenbeziehungen zwischen der Coop-Gruppe und Hilcona.

41. Während die WEKO es im vorliegenden Fall als nicht notwendig erachtet, in eine vertiefte Prüfung zu gehen, könnte allerdings ein weiterer Aufkauf von Lebensmittelherstellern durch Coop aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Coop im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

### C Nebenabreden – Konkurrenzverbote

42. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.<sup>10</sup> Derartige Vereinbarungen kommen im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten

<sup>10</sup> RPW 2010/3, 504 Rz 64, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz 248.

(z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.<sup>11</sup> Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.<sup>12</sup>

43. Im Entscheid ISS/Edelweissfm<sup>13</sup> hat die WEKO ihre Praxis zu den Konkurrenzverboten nach der EU-Bekanntmachung<sup>14</sup> gerichtet. Demnach sind Konkurrenzverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nicht als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren, wenn sie einerseits unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden sind. Als unmittelbar mit einem Zusammenschluss verbunden gelten Einschränkungen, wenn sie in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden sind und einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten sollen. Andererseits müssen Konkurrenzverbote räumlich, sachlich, zeitlich und persönlich notwendig sein, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.<sup>15</sup>

44. Eine Anlehnung an die einschlägige EU-Bekanntmachung<sup>16</sup> erscheint zumindest hinsichtlich der Dauer und der räumlichen Ausdehnung auch bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen als angebracht.<sup>17</sup> Danach können für den Zusammenschluss notwendige Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen während der gesamten Lebensdauer des Gemeinschaftsunternehmens zulässig sein.<sup>18</sup> Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründerunternehmen bisher tätig waren.<sup>19</sup>

45. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens verpflichtet sich die Coop-Gruppe, [...]. Diese drei Punkte bewirken eine Beschränkung der Konkurrenzierung des Gemeinschaftsunternehmens durch die Coop-Gruppe (alleine durch Bell oder durch die Gruppe gesamthaft).

46. Die Prüfung der räumlichen<sup>20</sup> und zeitlichen Notwendigkeit dieser Einschränkung ergibt, dass die genannten Klauseln als zulässig erachtet werden können.

47. Schliesslich verpflichtet sich die Treuhandschaft, dafür zu sorgen, dass die [Personen ...] Bell informieren, wenn sie innerhalb von fünf Jahren nach Vollzug der vorliegenden Transaktion ein Unternehmen, welches in direkter Konkurrenz zu Hilcona steht, übernehmen, aufbauen, beraten oder sich an einem solchen beteiligen sollten. Dabei handelt es sich nicht um ein Konkurrenzverbot, sondern um eine Pflicht für die Treuhandschaft, gewisse Informationen zu generieren.

## D Schlussfolgerung

48. 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.

49. Zudem sind die unter C genannten Konkurrenzverbote als Nebenabreden zu betrachten, welche unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für diesen notwendig sind. Die Unbedenklichkeitserklärung gilt deshalb auch für diese Nebenabreden.

<sup>11</sup> MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI 2005/C 56/03, Rz 18 (nachfolgend EU-Bekanntmachung); ULRICH IMMENGA/ TORSTEN KÖRBER, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz 46.

<sup>12</sup> BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, 481 ff.; ferner EU-Bekanntmachung (Fn 11), Rz 18.

<sup>13</sup> RPW 2006/4, 690 Rz 41f, ISS/Edelweissfm; siehe auch RPW 2010/3, 505 Rz 65, France Télécom SA/Sunrise Communications AG.

<sup>14</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 11).

<sup>15</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 11), Rz 12 und 19.

<sup>16</sup> Siehe Rz 36f der EU-Bekanntmachung (Fn 11).

<sup>17</sup> Offengelassen in RPW 2007/1, 117 Rz 3, Migros/AFH Angehörn AG.

<sup>18</sup> Siehe dazu auch JÜRGEN BORER/JUHANI KOSTKA, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 N 91 i.f.

<sup>19</sup> EU-Bekanntmachung (Fn 11), Rz 37.

<sup>20</sup> Räumlich werden die genannten Beschränkungen nicht eingegrenzt. Da aber die Coop-Gruppe bzw. Bell bisher in der ganzen Schweiz tätig war, ist dies nicht zu beanstanden (siehe dazu RPW 2007/1 691 Rz 49, ISS/Edelweissfm).

B 2.3	<b>2. Strabag SE/Astrada AG</b>
-------	---------------------------------

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. März 2011.*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2011*

1. Am 22. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Strabag SE / Astrada AG erhalten. Gleichzeitig ging ebenfalls die Meldung für das Vorhaben Strabag SE/Brunner Erben Holding AG ein. In beiden Fällen handelte es sich um einen geplanten Kontrollwerb durch die Strabag SE (nachfolgend: Strabag) an den beiden genannten Unternehmen.

2. Die Strabag ist die Muttergesellschaft eines europaweit tätigen Baukonzerns. In der Schweiz ist die Strabag insbesondere durch die Strabag AG (Zürich) in verschiedenen Tiefbaubereichen sowie im Tunnelbau/vortrieb und im Brückenbau tätig. Regional beschränken sich die Aktivitäten der Strabag auf die Deutschschweiz.

3. Die Astrada AG (nachfolgend: Astrada) ist in den Bereichen Strassen-, Gleis-, Hoch-, Industrie- und Spezialtiefbau tätig. Sie ist (zusammen mit der Astrada Immobilien AG) eine Tochtergesellschaft der Astrada Holding AG mit Sitz in Oensingen. Die Strabag wird alle Aktien der Astrada von der Astrada Holding AG erwerben (Übernahme des Baubereiches).

4. Basierend auf der bisherigen Rechtsprechung (Jura / HASTAG, RPW 2004/1, S. 146 ff.; Zschokke / Batigroup, RPW 2007/1, S. 101 ff.; Jura Holding AG / Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG, RPW 2010/3, S. 566) und der Parteieingabe werden die folgenden sachlich und geografisch relevanten Märkte unterschieden:

*Tabelle 1: Relevante Märkte*

Sachlicher Markt	Geografischer Markt
Generalunternehmung (GU) / Totalunternehmung (TU)	national
Spezialtiefbau	national
Tunnel- und Felsbau (inklusive Brückenbau)	national
Hochbau	regional
Allgemeiner Tiefbau	regional
Strassen- und Belagsbau	regional / national
Produktion von Strassenbelägen	regional
Sand- / Kiesmarkt	Regional; 60 km Radius um den Produktionsstandort
Transportbeton	Regional; 50 km Radius um den Produktionsstandort
Umbau / Renovationen	regional

5. Die genaue Definition von weiteren sachlichen Märkten, wie sie von den Parteien in ihrer Meldung vorgenommen werden, kann vorliegend offen gelassen werden, da das Ergebnis der vorläufigen Prüfung (vgl. unten) unabhängig von der genauen Marktabgrenzung auch für diese weiteren Märkte gilt.

6. In keinem der sachlich relevanten Märkte erreicht eines der beiden beteiligten Unternehmen alleine einen Marktanteil von 30 %. Der kumulierte Marktanteil der beiden Unternehmen beträgt in keinem der aufgeführten Märkte über 20 %. Da die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von

Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) folglich nicht erreicht werden, liegen keine betroffenen Märkte vor.

7. Die vorläufige Prüfung ergab aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**3. Strabag SE/Brunner Erben 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*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. März 2011*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2011*

1. Am 22. Februar 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Strabag SE/Brunner Erben Holding AG erhalten. Gleichzeitig ging ebenfalls die Meldung für das Vorhaben Strabag SE/Astrada AG ein. In beiden Fällen handelte es sich um einen geplanten Kontrollerwerb durch die Strabag SE (nachfolgend: Strabag) an den beiden genannten Unternehmen.

2. Die Strabag ist die Muttergesellschaft eines europaweit tätigen Baukonzerns. In der Schweiz ist die Strabag insbesondere durch die Strabag AG (Zürich) in verschiedenen Tiefbaubereichen sowie im Tunnelbau/vortrieb und im Brückenbau tätig. Regional beschränken sich die Aktivitäten der Strabag auf die Deutschschweiz.

3. Die Brunner Erben Holding AG (nachfolgend: BE Holding AG) hält Beteiligungen an Bauunternehmungen (durch die Brunner Erben AG) sowie an der Arigon GU AG (offeriert Generalunternehmungsdienstleistungen) und an der Arigon AG (Immobilien). Die letzteren beiden Gesellschaften werden durch die STRABAG nicht übernommen und bilden damit nicht Gegenstand der vorliegenden Übernahme

4. Basierend auf der bisherigen Rechtsprechung (Jura / HASTAG, RPW 2004/1, S. 146 ff.; Zschokke/Batigroup, RPW 2007/1, S. 101 ff.; Jura Holding AG/Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG, RPW 2010/3, S. 566) und der Parteieingabe werden die folgenden sachlich und geografisch relevanten Märkte unterschieden:

*Tabelle 1: Relevante Märkte*

Sachlicher Markt	Geografischer Markt
Generalunternehmung (GU) / Totalunternehmung (TU)	national
Spezialtiefbau	national
Tunnel- und Felsbau (inklusive Brückenbau)	national
Hochbau	regional
Allgemeiner Tiefbau	regional
Strassen- und Belagsbau	regional / national
Produktion von Strassenbelägen	regional
Sand- / Kiesmarkt	Regional; 60 km Radius um den Produktionsstandort
Betonmarkt	Regional; 50 km Radius um den Produktionsstandort
Umbau / Renovationen	regional

5. Die genaue Definition von weiteren sachlichen Märkten, wie sie von den Parteien in ihrer Meldung vorgenommen werden, kann vorliegend offen gelassen werden, da das Ergebnis der vorläufigen Prüfung (vgl. unten) unabhängig von der genauen Marktabgrenzung auch für diese weiteren Märkte gilt.

6. In keinem der sachlich relevanten Märkte erreicht eines der beiden beteiligten Unternehmen alleine einen Marktanteil von 30 %. Der kumulierte Marktanteil der beiden Unternehmen beträgt in keinem der aufgeführten Märkte über 20 %. Da die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von

Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) folglich nicht erreicht werden, liegen keine betroffenen Märkte vor.

7. Die vorläufige Prüfung ergab aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**4. INEOS AG/PetroChina International (London) Limited**

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

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

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

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 4 mai 2011*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 4 mai 2011*

1. Le 8 avril 2011, la Commission de la concurrence a reçu la notification annonçant la volonté de INEOS AG (ci-après INEOS) et de PetroChina International (London) Limited (ci-après PCIL) de créer une joint venture de plein-exercice<sup>1</sup> INEOS est une entreprise active dans la fabrication de produits pétrochimiques, de produits chimiques spécialisés et de produits pétroliers au niveau mondial et PCIL est une entreprise active dans la production et la distribution de produits pétroliers et pétrochimiques. La joint venture envisagée sera active dans le domaine des produits pétroliers et plus précisément dans le secteur de la production et fourniture en gros de produits issus du raffinage de pétrole brut dans les raffineries.

2. INEOS transférera à la joint venture ces activités de raffinage<sup>2</sup>, lesquelles comprennent le trading et la livraison de ses propres produits raffinés ainsi que le trading avec des contreparties suisses de produits raffinés par des parties tierces.

3. La définition précise des marchés des produits et des marchés géographiques pertinents de la production de pétrole brut jusqu'à la distribution aux consommateurs finaux a été laissée ouverte. En effet, les marchés pertinents suisses ne seront très vraisemblablement touchés que d'une façon marginale par la concentration.

4. D'après les données disponibles, la concentration entre INEOS et PCIL ne devrait avoir que peu d'impact sur le marché suisse. Les parts de marché des entreprises participantes sur chaque segment analysé sont très vraisemblablement inférieures aux seuils mentionnés à l'art. 11 al 1 let. d OCCE. Les parts de marché des entreprises participantes sur les différents segments analysés vont selon les estimations des parties de 0 % à 10 %.

5. A la lumière de ce qui précède, il n'y a aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

<sup>1</sup> A noter qu'en date du 5 avril 2011, une notification pour la même concentration a été envoyée à la Commission Européenne.

<sup>2</sup> Transfer des raffineries de Grangemouth (Ecosse) et Lavéra (France) ainsi que tous les actifs connectés.

B 2.3

**5. Infront/Ringier**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Juni 2011*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Juni 2011*

**A Sachverhalt**

1. Am 12. Mai 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das im Eingang genannte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung entspricht dem insgesamt vierten Meldeentwurf in der rubrizierten Angelegenheit. Demnach beabsichtigen die **Infront Sports & Media AG** (nachfolgend ISMAG) und die **Ringier AG** (nachfolgend Ringier) die Neugründung des Gemeinschaftsunternehmens Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland AG (nachfolgend IRSE).

2. Die Infront Holding AG ist die Muttergesellschaft der Infront-Gruppe. Sie kontrolliert verschiedene Tochtergesellschaften im In- und Ausland. Die Infront-Gruppe ist eine Sport- und Medienagentur, welche Sportrechte hält und weltweit Sportevents vermarktet. Dazu gehören die Vermarktung und Verwertung von Sportübertragungs- und Marketing-Kommunikationsdienstleistungen.

3. ISMAG, eine Tochtergesellschaft der Infront Holding AG, legt die Geschäftsstrategie der Infront-Gruppe fest und bedient die Gruppengesellschaften mit Dienstleistungen wie Administration oder Rechtsberatung. ISMAG ist ausserdem im geplanten Tätigkeitsbereich des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens tätig (Sportübertragungsrechte, Marketing-Kommunikationsdienstleistungen; vgl. Rz 25 ff.). Da sich die Tätigkeiten der Gesellschaften der Infront-Gruppe überlappen, ist für die wettbewerbsrechtliche Prüfung die Gesamtheit der Aktivitäten der **Infront-Gruppe** relevant.

4. Weitere Gesellschaften der Infront-Gruppe mit Sitz in der Schweiz sind: Infront Operations Italy AG (ähnliche Geschäftstätigkeit wie ISMAG mit Fokus auf Italien), Infront WM AG (seit 2006 inaktiv), Host Broadcast Services AG (Produktion und Unterstützung bei der Produktion von Radio- und Fernsehsignalen für nationale und internationale Sportveranstaltungen), Host Broadcast Services 2010 AG (gleich Geschäftstätigkeit wie Host Broadcast Services AG, jedoch beschränkt auf FIFA Anlässe) und International Games Broadcast Services AG (gleiche Geschäftstätigkeit wie Host Broadcast Services AG, jedoch fokussiert auf Asien, Mittlerer Osten und Nordafrika).

5. Die Infront Holding AG ist selber eine 59.8 %-Tochtergesellschaft der Jacobs Holding AG. Diese hält weitere Beteiligungen an Barry Callebaut AG (50.1 %) und an der Adecco SA (5.4 % direkt, 18.6 % über die

Jacobs Venture AG und Mitglieder der Jacobs Familie). Gemäss Parteien ist weder Barry Callebaut AG noch Adecco SA auf einem Markt tätig, welcher in irgend einer Beziehung zum vorliegenden Zusammenschluss steht.

6. Die Ringier Holding AG hält Beteiligungen an Ringier und an der Ringier Print Holding AG, welche Druckereibeteiligungen in der Schweiz hält.

7. Ringier ist die Muttergesellschaft der im Verlags- und Medienbereich aktiven Gesellschaften der Ringier-Gruppe. Diese gibt weltweit Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und betreibt mehrere Websites und Handy-Plattformen. Sie verfügt über elf Druckereien.

8. Ringier und ISMAG sind der Auffassung, dass ihnen eine Bündelung der Kräfte einen Markteintritt mit längerfristigen Erfolgchancen ermöglicht. Das Know-how und die Kernkompetenzen der beiden Unternehmen ergänze sich ideal und würde Synergien ermöglichen, die dem Joint Venture zu Gute kämen. Dies sei insbesondere im Wettbewerb um Veranstaltungen wichtig, die seit längerer Zeit von etablierten, weltweit tätigen Agenturen wie etwa IMG (Schweiz) AG vermarktet würden.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

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

**B.1.1 Unternehmen**

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

11. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, durch den ein oder – wie vorliegend – mehrere Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss i.S.d. KG. Hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen wird dies in der VKU<sup>1</sup> näher präzisiert, wobei es

<sup>1</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

sich bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens um einen Unternehmenszusammenschluss i.S.d. KG handelt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen erstens "auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt" (Art. 2 Abs. 1 VKU; sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) und zweitens "Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen" (Art. 2 Abs. 2 VKU).

12. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft die Neugründung des Gemeinschaftsunternehmens Infront Ringier Sports & Entertainment Switzerland AG. ISMAG und Ringier werden je eine Beteiligung von 50 % an IRSE halten und je gleich viele Mitglieder des VR bestimmen, womit eine gemeinsame Kontrolle vorliegt. IRSE ist auf Dauer angelegt und wird gemäss Angabe der Parteien über eigenes Personal, Räumlichkeiten und finanzielle Mittel verfügen und selbstständig auf dem Markt auftreten (siehe zu den Geschäftsbereichen, in welchen IRSE tätig sein wird, Rz 25). Damit liegt ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen vor. Auch die üblicherweise weit verstandene<sup>2</sup> Voraussetzung des Einbringens einer Geschäftstätigkeit ist erfüllt, bringt doch einerseits Ringier eine Mehrheitsbeteiligung an der Pool Position Switzerland AG (nachfolgend Pool Positi-

on) ein, andererseits wird mit dem gemäss Angabe der Parteien in IRSE einzubringenden Personal auch Know-How in dieses einfließen. Zusammenfassend liegt damit ein Unternehmenszusammenschluss i.S.d. KG vor.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Meldepflicht

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

15. Der weltweit konsolidierte Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich gemäss Meldung im Geschäftsjahr 2010 auf:

Unternehmen	Weltweiter Umsatz 2010 (in Mio. CHF)
Unter dem Dach der Jacobs Holding AG	5'987
Unter dem Dach der Ringier Holding AG	1'264
<b>Total</b>	<b>7'251</b>

16. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2010 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd., womit der Grenzwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten ist.

17. Gemäss Meldung erzielten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 in der Schweiz folgende Umsätze:

Unternehmen	Schweizer Umsatz 2010 (in Mio. CHF)
Unter dem Dach der Jacobs Holding AG	[...]
Unter dem Dach der Ringier Holding AG	[...]
<b>Total</b>	<b>[...]</b>

18. Beide beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2010 in der Schweiz einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio. erzielt, womit der Grenzwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten ist.

19. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

<sup>2</sup> Siehe RPW 2008/1, 125 Rz 17, Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

20. 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).

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

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

23. 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.

24. Hinsichtlich Märkten, auf denen lediglich eines der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 30 % tätig ist, ergibt sich aus der die jüngste, präzisierende Praxis der Wettbewerbsbehörden<sup>3</sup> aufgreifenden Mitteilung des Sekretariats<sup>4</sup>, dass trotz Bestehens solcher an sich betroffener Märkte in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen und entsprechend auf eine eingehende Analyse dieser Märkte verzichtet werden kann, sofern nicht ein anderes beteiligtes Unternehmen (i) auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig ist; oder (ii) den Markteintritt in den betroffenen Markt plant oder wenn es diese Zielsetzung im Verlaufe der letzten zwei Jahre verfolgt hat; oder (iii) über geistige Eigentumsrechte auf diesem betroffenen Markt verfügt; oder (iv) zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig ist.

25. Das Gemeinschaftsunternehmen IRSE wird in den drei Bereichen "Vermarktung von Sportübertragungsrechten", "Vermarktung von Marketing- und Kommunikationsdienstleistungen" und der "Vermarktung von Persönlichkeiten" tätig sein.<sup>5</sup> Nachfolgend wird auf diese Bereiche eingegangen.

#### B.4.1 Der Bereich Sportübertragungsrechte

26. Im Bereich Sportübertragungsrechte ist ausschliesslich die Infront-Gruppe tätig. Die von der Infront-Gruppe gehaltenen Sportübertragungsrechte werden nicht an das Gemeinschaftsunternehmen IRSE übertragen. IRSE wird als Vermarkter von Sportübertragungsrechten diese von den jeweiligen Rechteinhabern erwerben und an interessierte Kunden verkaufen oder solche Verkäufe für die Rechteinhaber vermitteln. Im Gegensatz zur Infront-Gruppe, welche sich hauptsächlich auf die Vermarktung von internationalen Sport-Grossereignissen konzentriert, soll IRSE Anlässe von nationalen Verbänden und Organisationen vermitteln.

##### B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

27. Die WEKO hat sich bereits im Entscheid Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon<sup>6</sup> – allerdings eher summarisch – mit der Vermarktung von Sportübertragungs- und Marketingrechten befasst. Darin hat die WEKO festgehalten, dass von einem sachlich relevanten Markt für den Handel mit Sportübertragungsrechten und mit Marketingrechten für Sportanlässe auszugehen sei.<sup>7</sup>

28. Die Europäische Kommission hat sich bezüglich des gleichen Zusammenschlussvorhabens ebenfalls mit der Vermarktung von Sportübertragungs- und Marketingrechten befasst.<sup>8</sup> Sie ist dabei zum Schluss gekommen, dass nicht nur separate Märkte für die Vermarktung von Sportübertragungsrechten und für die Vermarktung von Marketingrechten zu unterscheiden sind, sondern dass diese noch weitergehend abzugrenzen sind.<sup>9</sup> Nachfolgend wird auf die Erkenntnisse der Europäischen Kommission eingegangen und diese in Verbindung mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kommentiert.

29. Vermarkter im Bereich Sportübertragungsrechte treten bei einem Rechteerwerb sowohl als Käufer (Rights-In Seite; auch Buying Seite) als auch als Verkäufer (Rights-Out Seite; auch Selling Seite) auf. Die Stellung der Vermarkter ist in funktionaler Hinsicht eine ähnliche, wenn sie die Rechte nicht selber erwerben und alsdann weiterverkaufen, sondern den Verkauf vermitteln – in beiden Fällen sind sie das Verbindungsglied zwischen zwei Marktseiten (vgl. Rz 30). Da, wie noch zu

<sup>3</sup> Siehe dazu RPW 2010/1, 5 E. Fusionen, Jahresbericht.

<sup>4</sup> Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren vom 25.03.2011, abrufbar unter <[www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de](http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de)>.

<sup>5</sup> Ausserdem wird das Gemeinschaftsunternehmen im Bereich „Kreation von neuen, eigenen Sportveranstaltungen in der Schweiz“ tätig sein. Solche eigenen Veranstaltungen sind gemäss Parteien bis dato noch keine geplant, weshalb auch keine Analyse in diesem Bereich vorgenommen werden kann.

<sup>6</sup> RPW 2001/4, 744–746, Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon.

<sup>7</sup> RPW 2001/4, 746 Rz 14, Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon.

<sup>8</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, Group Canal+/RTL/GJCD/JV.

<sup>9</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, Group Canal+/RTL/GJCD/JV, Rz 13 ff.

zeigen sein wird, keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (vgl. Rz 37 ff.), kann vorliegend aber offen bleiben, ob beide Tätigkeiten demselben sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind oder ob hierfür zwei separate Märkte auszuscheiden wären.

30. Entgegen der Auffassung der Parteien hat die europäische Kommission einen eigenen Markt für Rights-In (Buying Seite) und einen eigenen für Rights-Out (Selling Seite) abgegrenzt.<sup>10</sup> Auf der Rights-In Seite stehen den Vermarktern als Marktgegenseite die Rechteinhaber (z.B. nationale oder internationale Verbände) gegenüber, auf der Rights-Out Seite u.a. Rundfunkveranstalter oder Fernsehstationen (in der Schweiz z.B. die SRG). Auf der Rights-In Seite konkurrieren die unterschiedlichen Vermarkter miteinander, während sie auf der Rights-Out Seite untereinander, zudem aber auch mit denjenigen Rechteinhabern, welche ihre Rechte eigenständig vermarkten (Eigenvermarktung), konkurrieren.

31. Im vorliegenden Fall argumentieren die Parteien, dass sich die Marktanteile für die Rights-In und die Rights-Out Seite entsprechen, sofern die Eigenvermarktung durch Rechteinhaber nicht als separater Markt abgegrenzt wird. Aus Sicht der Parteien wäre ein solche Abgrenzung künstlich, da für die grosse Mehrheit der Rechteinhaber Eigen- und Fremdvermarktung voll substituierbar seien – sie wechselten denn auch oft zwischen Eigen- und Fremdvermarktung hin und her.

32. Aus Sicht des Sekretariats erscheinen zwei Betrachtungsweisen möglich: Entweder werden Eigenvermarkter als Marktgegenseite der Vermarkter angesehen oder sie werden nicht dazu gezählt. Im ersten Fall (Eigenvermarkter gehören zur Marktgegenseite der Vermarkter) könnten Eigenvermarkter gleichzeitig direkte Konkurrenten von Vermarktern sein und wären somit demselben sachlichen Markt zuzuordnen (gemäss Parteien würden sich dann die Marktanteile für die Rights-In und die Rights-Out Seite entsprechen). Im zweiten Fall (Eigenvermarkter gehören nicht zur Marktgegenseite der Vermarkter) wären Eigenvermarkter wohl keine direkten Konkurrenten der Vermarkter und entsprechend wäre der Marktanteil auf der Rights-In Seite grösser. Immerhin kann man diesfalls aber davon ausgehen, dass die Möglichkeit von Eigenvermarktung immer eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Vermarkter ausübt.<sup>11</sup> Aus diesen Gründen und dem Fakt, dass jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (vgl. Rz 37 ff.), kann diese Frage vorliegend offen gelassen werden.

33. Weiter führt die Europäische Kommission aus, dass in den meisten Mitgliedsländern Fussball eindeutig die beliebteste Sportart sei, welche ein breiteres Publikum als andere Sportarten anspreche. Aus diesem Grund könnten Fussballübertragungsrechte nicht als Substitute für andere Sportübertragungsrechte gesehen werden. Darüber hinaus unterschied die Europäische Kommission innerhalb des Bereichs Fussballübertragungsrechte zwischen Anlässen, welche regelmässig (jährlich) stattfinden (z.B. nationale Meisterschaften, nationale Cup-

Spiele, UEFA Champions League oder die UEFA Europa League; nachfolgend regelmässige Anlässe/Veranstaltungen) und solchen, die weniger häufig, in periodischen Abständen stattfinden (z.B. FIFA WM oder UEFA EM; nachfolgend periodische Anlässe/Veranstaltungen).<sup>12</sup> Wiederum entgegen der Ansicht der Parteien wurde diese Abgrenzung von der Europäischen Kommission damit nicht offen gelassen, sondern vorgenommen.

34. Ob eine analoge Abgrenzung für Fussballübertragungsrechte auch für die Schweiz sinnvoll wäre, hängt prinzipiell von der Frage ab, ob Fussball in der Schweiz einen ähnlich hohen Stellenwert geniesst wie in der Europäischen Union. Das Sekretariat hat diesbezüglich im Rahmen der vorläufigen Prüfung keine eigene Marktanalyse vorgenommen, weshalb darüber auch keine abschliessende Aussage gemacht werden kann. Letztlich kann die Frage, ob eine engere Abgrenzung auch für die Schweiz sinnvoll ist, offen gelassen werden, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Bereich "Sportübertragungen" zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (vgl. Rz 37 ff.).

35. Schliesslich erwähnt die Europäische Kommission, dass Pay-TV Rechte nicht mit Free-TV Rechten substituierbar sind.<sup>13</sup>

#### B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

36. Im Entscheid *Group Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon* hat die WEKO den Markt für Sportübertragungsrechte europaweit abgegrenzt.<sup>14</sup> Die Europäische Kommission hat den Markt für die Rights-In Seite (Buying Seite) sowohl für regelmässige als auch für periodische Fussballanlässe national abgegrenzt. Auf der Rights-Out Seite (Selling Seite) sind die Märkte gemäss Europäischer Kommission national für regelmässige und "weiter als national" für periodische Anlässe.<sup>15</sup> Im vorliegenden Fall kann auch die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da – wie bereits erwähnt – keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt

<sup>10</sup> Deutlich COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 22, 32 ff. und 43 ff.

<sup>11</sup> Vgl. zu diesen Überlegungen auch Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 686 ff. Ziff. 5.2.4, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

<sup>12</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 21.

<sup>13</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 20; COMP/M.4519 vom 18.1.2007, *Lagardere/Sportfive*, Rz 10.

<sup>14</sup> RPW 2001/4, 746 Rz 15, *Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon*.

<sup>15</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 22.

### B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

37. Die Parteien versicherten, dass im Bereich Sportübertragungsrechte keine verlässlichen Marktdaten für die Schweiz verfügbar seien. Die angegebenen Marktanteile beruhen daher ausschliesslich auf Schätzungen der Parteien. Aus diesem Grund ist das Sekretariat gezwungen, seine Analyse weitgehend auf "weiche Faktoren" statt auf fundierte Marktdaten abzustützen.

38. Nach Ansicht des Sekretariats gibt es drei Gründe, welche dafür sprechen, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Zusammenschluss im Bereich Sportübertragungsrechte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt: Erstens gilt es festzuhalten, dass der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führt und dass keine derzeit von der Infront-Gruppe vermarkteten Übertragungsrechte in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden. Das Gemeinschaftsunternehmen wird sich als neuer Wettbewerber gegen die bestehende, etablierte Konkurrenz – u.a. die International Sports Agency AG, IMG (Schweiz) AG, Kentaro und Sportfive – oder neu gegründete Agenturen – z.B. Sportemotion oder Sportsmind – sowie viele kleinere Unternehmen behaupten müssen. Zweitens zeitigt der vorliegende Zusammenschluss keine nennenswerten konglomeraten oder vertikalen Effekte (siehe auch Rz 51 ff.). Drittens kann angeführt werden, dass die Infront-Gruppe eher einen kleinen Umsatz im Bereich Sportübertragungsrechte in der Schweiz erzielt (ca. CHF [...] Mio.). Diesen generiert sie einerseits mit Übertragungsrechten an EM-Qualifikationsspielen von Mannschaften wie Georgien, Israel, Moldawien oder Rumänien (Schweizer Umsatz entsteht dann, wenn eines dieser Spiele in der Schweiz ausgestrahlt wird, z.B. weil die Mannschaft in der "Schweizer Gruppe" ist), andererseits mit der Vermarktung von Übertragungsrechten an FIS Ski-Anlässen, Eishockey, Bobfahren, Handball oder Curling (wobei im Bereich [...] eindeutig am meisten Umsatz erzielt wird, nämlich CHF [...] Mio.).

39. Der Vollständigkeit halber sei hier noch kurz auf die Marktanteilsschätzungen der Parteien eingegangen. Im "Markt für regelmässige Fussballanlässe" generiert die Infront-Gruppe in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...]. Gemessen an einem geschätzten Schweizerischen Marktvolumen von CHF [...] Mio. macht dies einen Marktanteil von 0–10 %. Umsatz im "Markt für periodische Fussballanlässe" erzielte die Infront-Gruppe nicht. Im Markt für "nicht Fussballanlässe" generiert die Infront-Gruppe einen Umsatz von CHF [...] Mio. was bei einem (gemäss Parteien äusserst tief) geschätzten Marktvolumen von [...] Mio. einen Marktanteil von etwa 10–20 % ausmacht.

### B.4.2 Marketing-Kommunikationsdienstleistungen

40. Im Bereich Marketing-Kommunikationsdienstleistungen ist sowohl die Infront-Gruppe als auch Ringier tätig. Ringier vermarktet in diesem Bereich jedoch ausschliesslich das Rose d'Or Festival. Die Angaben darüber, ob die Vermarktung dieses Festivals an das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden soll, scheinen widersprüchlich. Einerseits wird im ersten Teil der Meldung ausgeführt, dass die Vermarktung des Rose

d'Or Festivals an IRSE übertragen wird. Andererseits wird diese Behauptung in einem zweiten Teil (Nebenabreden) abgeschwächt und ausgeführt, dass IRSE lediglich (befristet) in der Sponsorensuche für das Rose d'Or Festival tätig werden soll. Im Vordergrund stehe dabei die Idee, dem Joint Venture einen ersten Kundenauftrag zu geben, so dass die vorhandenen Ressourcen von Beginn weg eingesetzt werden können. Auch aus den dem Sekretariat zugestellten Verträgen geht eher hervor, dass die Vermarktung nicht an das Gemeinschaftsunternehmen übertragen wird. Ob die Vermarktung nun tatsächlich an IRSE übertragen wird oder nicht, ändert grundsätzlich nichts an den Befunden des Sekretariats. Um jedoch der Meldung gerecht zu werden und die anscheinend noch unentschlossenen Parteien über beide erdenklichen Fälle aufzuklären, geht das Sekretariat in der nachfolgenden Analyse jeweils vom kartellrechtlich problematischeren Sachverhalt aus (d.h. bei der Marktanalyse nimmt das Sekretariat an, dass die Vermarktung des Rose d'Or Festivals an IRSE übergeht; bei den Nebenabreden geht das Sekretariat hingegen davon aus, dass lediglich ein auf zwei Jahre begrenzter Vertrag über die Vermarktung des Rose d'Or Festivals abgeschlossen wird und die Vermarktungsrechte nicht an IRSE übergehen). Im Gegensatz zu Ringier, konzentriert sich die Infront-Gruppe mehrheitlich auf Sport-Marketing-kommunikationsdienstleistungen. Diese sollen – wie im Bereich "Sportübertragungsrechte" – nicht an das Gemeinschaftsunternehmen IRSE übertragen werden. Analog zum Bereich "Sportübertragungsrechte" tritt IRSE als Vermittler auf, welcher interessierte Anbieter und Kunden zusammenführt. Auch im Bereich Marketing-Kommunikationsdienstleistungen soll sich IRSE hauptsächlich auf nationale Anlässe und die Vermittlung von nationalen Kunden (z.B. [...]) konzentrieren, während die Infront-Gruppe eher international ausgerichtet ist.

#### B.4.2.1 Sachlich relevanter Markt

41. Wie unter Rz 27 erwähnt, ist die WEKO im Entscheid Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon pauschal von einem sachlich relevanten Markt für den Handel mit Sportübertragungsrechten und mit Marketingrechten für Sportanlässe ausgegangen.<sup>16</sup> Im Gegensatz dazu hat die Europäische Kommission diese beiden Bereiche getrennt.<sup>17</sup>

42. Weiter hat die Europäische Kommission festgehalten, dass sich innerhalb des Bereichs Marketing-Kommunikationsdienstleistungen unter Umständen eine weitere, engere Abgrenzung für Sport-Marketing-Kommunikationsdienstleistungen rechtfertige. Dies wurde schliesslich jedoch offen gelassen.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> RPW 2001/4, 746 Rz 14, Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon.

<sup>17</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, Group Canal+/RTL/GJCD/JV, Rz 12 ff.

<sup>18</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, Group Canal+/RTL/GJCD/JV, Rz 27.

43. Auch im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da sich – gemäss den Parteien – selbst bei einer engst möglichen Abgrenzung keine betroffenen Märkte ergeben.

#### B.4.2.2 Räumlich relevanter Markt

44. Die Europäische Kommission hat die geographische Marktabgrenzung ebenfalls offen gelassen, jedoch angefügt, dass nationale Märkte die engst mögliche Marktdefinition darstellen würden.<sup>19</sup> Auch im vorliegenden Zusammenschlussverfahren kann die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes letztlich offen bleiben, da sich – wiederum gemäss Angaben der Parteien – in keinem Fall betroffene Märkte ergeben.

#### B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

45. Im Unterschied zum Bereich "Sportübertragungsrechte" konnten die Parteien im Bereich "Marketing-Kommunikationsdienstleistungen" genauere Marktdaten liefern. Für die Schweiz waren vorerst nur Marktdaten für den "Gesamtmarkt Marketing-Kommunikationsdienstleistungen" verfügbar (nicht aufgetrennt in die allenfalls möglichen Märkte "Sport-Marketing-Kommunikationsdienstleistungen" und "andere Marketing-Kommunikationsdienstleistungen"). Die Parteien haben daraufhin Schätzungen über die entsprechende Aufteilung vorgenommen.

46. Das Sekretariat geht aus folgenden Gründen davon aus, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Zusammenschluss im Bereich Marketing-Kommunikationsdienstleistungen zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt: Erstens kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen, da ausschliesslich die Rechte am Rose d'Or Festival an das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden (so sie denn tatsächlich übertragen würden, siehe dazu Rz 40). Gemäss Angaben der Parteien macht dies einen Marktanteil von deutlich unter 10 % aus. Wiederrum wird sich IRSE als neuer Wettbewerber gegen etablierte und neue Konkurrenten (diese sind gemäss Angaben der Parteien einerseits die gleichen wie im Bereich "Sportübertragungsrechte", Rz 38, andererseits zahlreiche weitere Anbieter) behaupten müssen. Zweitens hat die Infront-Gruppe auch bei einer engst möglichen Marktabgrenzung – unter der Voraussetzung, dass die in Rz 45 erwähnten, von den Parteien gemachten Schätzungen grob stimmen<sup>20</sup> – nicht mehr als 10 % Marktanteil auf den relevanten Märkten. Schliesslich sind durch den Zusammenschluss keine nennenswerten vertikalen oder konglomeraten Auswirkungen zu erwarten (siehe auch Rz 51 ff.).

#### B.4.3 Vermarktung von Persönlichkeiten

47. Im Bereich Vermarktung von Persönlichkeiten bringt Ringier eine Aktienmehrheit an der Pool Position in das Gemeinschaftsunternehmen ein. Die Infront-Gruppe ist in diesem Bereich nicht tätig. Soweit ersichtlich hat sich die WEKO bisher noch nicht zur Marktabgrenzung im Bereich der Vermarktung von Persönlichkeiten geäussert.

48. Grundsätzlich funktioniert die Vermarktung von Persönlichkeiten folgendermassen: Der Vermarkter wendet

sich an Persönlichkeiten, welche über einen bestimmten Bekanntheitsgrad verfügen und in der Öffentlichkeit positiv wahrgenommen werden. Er versucht, diese Persönlichkeiten von seinen Fähigkeiten als Vermarkter zu überzeugen. Falls ihm dies gelingt, nimmt er die entsprechenden Personen unter Vertrag und versucht alsdann potentielle Kunden für die Vermarktung zu finden. Dazu muss er die potentiellen Kunden von den Qualitäten der unter Vertrag stehenden Persönlichkeiten überzeugen.

49. Für die Angabe konkreter Marktdaten ergeben sich diverse Schwierigkeiten: Erstens wäre eine genaue Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte nötig. Zweitens ist der Kreis an potentiell "vermarktbar" Personen nicht genau einzugrenzen. Je nach Bedürfnis eines Kunden kommen als "Persönlichkeiten" Personen mit unterschiedlichem Bekanntheitsgrad und/oder Eigenschaften in Frage. Weiter geht aus Rz 48 hervor, dass grundsätzlich ein sehr grosser Kreis als Vermarkter von Persönlichkeiten tätig werden kann, insbesondere auch Einzelpersonen oder Familienangehörige.

50. Eine genaue Marktabgrenzung kann letztlich aus folgenden Gründen offen gelassen werden: Pool Position hat lediglich 13 Personen unter Vertrag, welche mehrheitlich über (maximal) nationale Bekanntheit verfügen. Aufgrund der grossen Auswahl an "national bekannten Persönlichkeiten", der grossen Auswahl an potentiellen Vermarktern und dem Fakt, dass es weder zu Marktanteilsadditionen noch zu nennenswerten vertikalen oder konglomeraten Effekten kommt, kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss im Bereich Vermarktung von Persönlichkeiten bestehen.

#### B.4.4 Vor-, nachgelagerte und benachbarte Märkte

51. Die Parteien bestätigen, dass die Infront-Gruppe auch bei engst möglichen Marktabgrenzungen auf keinem Markt, in dem IRSE tätig sein wird oder der einem solchen Markt vor- oder nachgelagert oder hierzu benachbart ist, einen Marktanteil von 20 % (und damit erst recht nicht von 30 %) erreicht. Folglich ist die Infront-Gruppe nicht auf im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkten tätig.

52. Weiter bestätigen die Parteien, dass weder Barry Callebaut AG noch Adecco SA auf Märkten tätig sind, welche mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben in Verbindung stehen (weder vor- noch nachgelagerte noch benachbarte Märkte).

<sup>19</sup> COMP/M.2483 vom 13.11.2001, Group Canal+/RTL/GJCD/JV, Rz 27.

<sup>20</sup> Berechnungen des Sekretariats haben gezeigt, dass sich aufgrund der nicht sehr grossen Umsätze der beteiligten Unternehmen in diesem Bereich auch bei anderen "Marktaufteilungen" keine betroffenen Märkte ergeben würden.

53. Ringier ist gemäss Angaben der Parteien aufgrund eines Marktanteils von über 30 % auf einigen (technisch) betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU tätig. Dabei handelt es sich gemäss den Parteien grundsätzlich jedoch nicht um Märkte, welche mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben im Zusammenhang stehen, da es sich nicht um vor-, nachgelagerte oder benachbarte Märkte handelt.<sup>21</sup> Einzig bei den Werbemärkten könne allenfalls eine vertikale Beziehung gesehen werden, welche allerdings zu keinen negativen vertikalen Effekten führe. Insbesondere komme es weder zu einer Abschottung von Einsatzmitteln (Ringier werde weiterhin auch Konkurrenten von IRSE Werbung anbieten; ohne diese Einnahmen könne Ringier ihr Kerngeschäft nicht ausführen) noch zu einer Abschottung des Zugangs für Kunden. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben sich dadurch aus Sicht des Sekretariats jedenfalls keine.

#### B.4.5 Nebenabreden

54. In der Meldung wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass die Parteien im Rahmen der Joint Venture Vereinbarung verschiedene zusätzliche Verträge geschlossen hätten, welche allesamt als Nebenabreden qualifizieren würden. Dies betreffe zunächst einmal das (zeitlich unbeschränkte) Wettbewerbsverbot, namentlich die "Verpflichtung von Infront und Ringier, Rechte wie sie IRSE handelt nur noch über diese zu kaufen". Sodann – vorerst für eine Dauer von maximal zwei Jahren – gewähre Ringier IRSE Rabatte auf Werbeleistungen in ihren Medien, ISMAG erbringe diverse Management- und Back-Office-Dienstleistungen an IRSE und schliesslich werde IRSE im Auftrag der zu Ringier gehörenden Rose d'Or AG (im Jahr 2012 und 2013) auf Sponsorensuche gehen.<sup>22</sup>

55. Fraglich ist, ob die vorgenannten Vereinbarungen im Rahmen des vorliegenden Unternehmenszusammenschlussverfahrens beurteilt werden können. Gemäss Praxis der WEKO ist dies bei sogenannten Nebenabreden der Fall. Solche liegen vor, wenn sie mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für dessen Funktionieren notwendig sind. Abreden, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind demgegenüber nicht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu beurteilen und bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 oder 7 KG, unter Umständen im Rahmen der entsprechenden kartellrechtlichen Verfahren.<sup>23</sup>

56. Die zu konkretisierenden Begriffe der unmittelbaren Verbundenheit und der Notwendigkeit sind objektiver Natur.<sup>24</sup> Gemäss der bereits im Entscheid ISS/Edelweissfm<sup>25</sup> als Orientierungshilfe beigezogenen EU-Bekanntmachung über Nebenabreden<sup>26</sup> ist hierunter Folgendes zu verstehen: "Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten".<sup>27</sup> Die Voraussetzung der Notwendigkeit bedeutet, "(...) dass ohne sie [die entsprechenden Nebenabreden] der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich hö-

heren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte".<sup>28</sup> Bei der Klärung der Frage, ob eine Vereinbarung notwendig ist, ist mitunter zu prüfen, ob sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses erforderlich ist.<sup>29</sup>

57. Die vier in Rz 54 genannten, von den Parteien in der Meldung ausdrücklich als Nebenabreden bezeichneten Vereinbarungen sind offenkundig unmittelbar mit der Neugründung des Gemeinschaftsunternehmens IRSE und dessen Start verbunden.

58. Was die Notwendigkeit dieser Vereinbarungen anbelangt, ist Folgendes festzuhalten:

- Wettbewerbsverbot: Dieses beschränkt sich in sachlicher wie auch in örtlicher Hinsicht auf diejenigen Tätigkeitsfelder, in welchen künftig IRSE tätig sein wird und geht nicht darüber hinaus. Erwähnenswert ist diesbezüglich sodann Ziff. 1.6 der Joint Venture Vereinbarung, wonach bei Ablehnung der Durchführung eines an sich in den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens fallenden Projekts aufgrund Widerspruchs eines der das Gemeinschaftsunternehmen kontrollierenden Unternehmen das andere kontrollierende Unternehmen ohne Weiteres frei ist, dieses Projekt selber zu realisieren und diesfalls nicht etwa durch das Wettbewerbsverbot daran gehindert würde. Die persönliche Dimension des Wettbewerbsverbots erfordert keine Weiterungen. Zu Bedenken Anlass geben könnte einzig die zeitliche Dimension des Wettbewerbsverbots, soll dieses doch für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens und damit (jedenfalls theoretisch) zeitlich unbeschränkt gelten. Die bisherige Praxis der WEKO, wonach Wettbewerbsverbot i.d.R. maximal für eine Dauer von fünf Jahren als notwendig zu erachten sind<sup>30</sup>, beschlägt nicht Fälle von Gemeinschaftsunternehmen, sondern solche von Übertragungen eines Unternehmens resp. von Teilen davon, weshalb zu prüfen ist, ob bei Gemeinschaftsunternehmen Gleiches zu gelten hat. Die – wie bereits ausgeführt als Orientierungshilfe beizuziehende – EU-Bekanntmachung über Nebenabreden geht grundsätzlich ebenfalls davon

<sup>21</sup> Siehe dazu auch bereits Rz 24.

<sup>22</sup> Siehe allerdings zu den in diesem Punkt in sich widersprüchlichen Angaben in der Meldung Rz 40.

<sup>23</sup> Statt anderer etwa RPW 2005/2, 393 Rz 18, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*; JÜRIG BORER/JUHANI KOSTKA, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 88 m.w.H.

<sup>24</sup> Umfassend hierzu und zum Nachfolgenden RPW 2006/4, 690 ff. Rz 41 ff., ISS/Edelweissfm.

<sup>25</sup> Siehe die vorangehende Fn.

<sup>26</sup> Bekanntmachung der [EU]-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABI 2005/C 56/03) (nachfolgend EU-Bekanntmachung über Nebenabreden).

<sup>27</sup> EU-Bekanntmachung über Nebenabreden, Rz 12.

<sup>28</sup> EU-Bekanntmachung über Nebenabreden, Rz 13.

<sup>29</sup> Siehe etwa BSK KG-Borer/Kostka (Fn 24), Art. 32 KG N 89.

<sup>30</sup> Exemplarisch RPW 2006/4, 691 ff. Rz 46 ff., ISS/Edelweissfm.

aus, Wettbewerbsverbote seien bloss während einer beschränkten Dauer als notwendig zu erachten. Eine Ausnahme ist in dieser Bekanntmachung jedoch vorgesehen für Gemeinschaftsunternehmen; hier wird eine Beschränkung auf die Dauer der Existenz des Gemeinschaftsunternehmens – und damit potentiell zeitlich unbeschränkt, jedenfalls für eine nicht im Voraus limitierte Dauer – als notwendig erachtet.<sup>31</sup> Diese Regelung erscheint sinnvoll. Bei Gemeinschaftsunternehmen – anders als bei der Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen – dient ein Wettbewerbsverbot nicht primär dazu, den Übergang insbesondere des Goodwills, des Know-Hows und des Kundenstamms auf die übernehmende Gesellschaft sicherzustellen; ein Vorgang, der nach einer gewissen Zeitdauer als abgeschlossen bezeichnet werden kann. Vielmehr soll hier das Wettbewerbsverbot – und zwar während der gesamten Dauer der Zusammenarbeit via dem Gemeinschaftsunternehmen – garantieren, dass die dieses kontrollierenden Gesellschaften nicht mit ihm (und damit letztlich zum Nachteil der anderen kontrollierenden Gesellschaft) in Konkurrenz treten, womöglich erst noch unter Verwendung des durch die andere kontrollierende Gesellschaft in das Gemeinschaftsunternehmen eingeflossenen Know-Hows und in genauer Kenntnis der Interna des Gemeinschaftsunternehmens. Vor diesem Hintergrund ist in vorliegendem Fall das Wettbewerbsverbot auch in zeitlicher Hinsicht und damit insgesamt als notwendig zu erachten.

- Erbringung diverser Back-Office- und Managementdienstleistungen durch ISMAG: Diesbezüglich erscheint fraglich, ob in dieser Vereinbarung überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung zu sehen ist.<sup>32</sup> Selbst wenn dem so sein sollte, ist sie in sachlicher, räumlicher, persönlicher und – gerade mit Blick auf die zunächst maximale Dauer von zwei Jahren – zeitlicher Hinsicht notwendig. Denn sie ermöglicht dem neugegründeten Gemeinschaftsunternehmen vorerst auf den Aufbau eines entsprechend umfassenden, kostenintensiven Organisationsapparats zu verzichten und erleichtert ihm damit den Markteintritt. Ob überhaupt ein aussenstehender Dritter gefunden werden könnte, der diese Aufgaben ebenfalls übernehmen könnte, erscheint fraglich – und wenn, so wäre dies mit deutlich mehr Unsicherheiten behaftet als die entsprechende Dienstleistungserbringung durch ISMAG.
- Sponsorensuche für die Rose d'Or AG (so die Rechte am Rose d'Or Festival denn nicht an IRSE übertragen würden, siehe dazu Rz 40)<sup>33</sup>: Auch diesbezüglich erscheint fraglich, ob in dieser Vereinbarung überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden kann, zumal der Auftrag weder exklusiv ist noch die Rose d'Or AG selbst von der Sponsorensuche ausschliesst. Selbst wenn dem so sein sollte, ist sie in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig. Sie erleichtert IRSE den Eintritt in den Markt und sichert ihr erste Einnahmen in der (hin-

sichtlich der Erzielung von Einnahmen oftmals schwierigen) Startphase der Gesellschaft.

- Rabattgewährung: Diese ist ebenfalls in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht als notwendig zu erachten. Sachlich ist sie auf Eigenwerbung beschränkt und erlaubt IRSE, ihren eigenen Marktauftritt einfacher bzw. kostengünstiger zu bewerben.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die vier vorerwähnten Vereinbarungen von der vorliegenden Unbedenklichkeitserklärung gedeckt sind.

#### B.4.6 Ergebnis

59. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Ausserdem scheinen weder die Infront-Gruppe noch Ringier über grosse Marktanteile in den Bereichen des Gemeinschaftsunternehmens zu verfügen. Konglomerate Auswirkungen sind ebenfalls nicht zu erwarten. Die vorläufige Prüfung ergibt daher keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind nicht gegeben.

<sup>31</sup> EU-Bekanntmachung über Nebenabreden Rz 36.

<sup>32</sup> Zu dieser Voraussetzung BSK KG-BORER/KOSTKA (Fn 24), Art. 32 KG N 89.

<sup>33</sup> Grundlage der nachfolgenden Beurteilung ist ausschliesslich der Vertragsentwurf "Vereinbarung zur Vermittlung von Sponsoren", welcher als Beilage der Meldung eingereicht wurde.

B 2	<b>5. Andere Entscheide</b> Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	<b>1. Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz"</b>

*Avis de la Commission de la concurrence du 12 avril 2011 en application de l'article 15 alinéa 1 de la Loi sur les cartels (LCart) pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud, Cour civile dans la cause Alain Cornamusaz (demandeur) contre Coopérative des producteurs de fromage d'alpage "l'Etivaz" (défenderesse)*

## A Etat de fait

1. Alain Cornamusaz (ci-après désigné "le demandeur"), agriculteur en plaine à Trey dans le canton de Vaud, est locataire depuis février 2005 d'un alpage à Têmeley-Aï, commune située dans la zone géographique<sup>1</sup> de production et de fabrication du fromage d'alpage d'appellation d'origine protégée (ci-après désignée "AOP") "l'Etivaz". A partir du lait provenant des bêtes pâturant sur cet alpage, il fabrique à Leysin - commune située dans cette zone géographique - un fromage. Depuis 2005, il sollicite son adhésion auprès de la Coopérative des fromages d'alpage "l'Etivaz" (ci-après désignée "la coopérative"), afin d'avoir accès à ses caves pour l'affinage de ses fromages et de pouvoir ainsi remplir le cahier des charges<sup>2</sup> nécessaire à l'obtention de l'AOP pour sa production fromagère. Cette demande d'adhésion lui a été refusée à plusieurs reprises, la coopérative arguant de sa volonté de privilégier les jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région d'exploitation, ce qui n'est pas son cas.

2. Les 21 et 25 mai 2007, le demandeur a saisi le Tribunal cantonal vaudois de requêtes de mesures provisionnelles et préprovisionnelles, soutenant que la coopérative, en lui refusant d'adhérer et par conséquent d'accéder à ses caves, abuse de sa position dominante sur le marché du fromage AOP l'Etivaz. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 juin 2007, le juge instructeur a fait droit partiellement à ces requêtes, concernant la livraison de marques de caséine nécessaire à la fabrication de son fromage.

3. Lors du traitement de ces demandes de mesures provisionnelles, plus ou moins les mêmes questions qui sont soulevées aujourd'hui se sont posées. La décision de l'époque est publiée dans l'organe de publication des autorités suisses de concurrence.<sup>3</sup> Dans la mesure où l'état de fait ne s'est pas changé depuis lors, il est fait référence à cette décision.

## B Procédure selon l'art. 15 al. 1 LCart

4. Dans le cadre de la procédure au fond, le juge compétent, a, le 27 janvier 2011, sollicité l'avis de la Commission de la concurrence (ci après désignée "Comco")

concernant les aspects relatifs à l'application de la loi sur les cartels (LCart)<sup>4</sup>.

5. Après une brève présentation des faits, le juge civil soumet les allégations du demandeur à l'avis de la Comco: "Le demandeur fait valoir que la cave de L'Etivaz est la seule qui soit conforme au cahier des charges et disponible et que, de fait, le refus de la défenderesse de l'admettre comme membre a pour effet de l'empêcher de bénéficier de l'AOC L'Etivaz. Il invoque une entrave illicite à la concurrence."

6. Selon l'art. 15 al. 1 LCart, une affaire est transmise pour avis à la Comco lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile.

7. La question intéressant la LCart est principalement celle de savoir si la coopérative abuse d'une position dominante au sens de l'art. 7 LCart en refusant au demandeur l'adhésion à la coopérative et/ou en lui refusant l'accès à ses caves.

8. La question soulevée par le juge civil et les allégations du demandeur telles qu'elles résultent du dossier se rapportent avant tout aux art. 7 et 12 LCart.

9. Compte tenu de la formulation ouverte de la question par le juge civil, la Comco donnera quelques indications relatives à l'art. 5 LCart.

## C Considérants

### C.1 Champ d'application

10. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public parties à des cartels ou à autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

11. Par entreprise, on entend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, quelle que soit son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart).

<sup>1</sup> Composée des communes du pays d'Enhaut (Château-d'Oex, Rougemont, Rossinière) et d'Ollon, Villeneuve, Ormont-Dessous, Corbeyrier, Leysin et Bex.

<sup>2</sup> Consultable sur le site Internet: <[www.blw.admin.ch/themen/00013/00085/00094/00139/index.html?lang=fr](http://www.blw.admin.ch/themen/00013/00085/00094/00139/index.html?lang=fr)>.

<sup>3</sup> DPC 2007/3, 495, Ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans la cause "l'Etivaz".

<sup>4</sup> Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

12. La coopérative est une société inscrite au registre du commerce depuis 1935, dont le but est de "promouvoir les intérêts des membres par la mise en valeur, aux meilleures conditions, des fromages d'alpage, l'amélioration de la qualité et l'étude de la fabrication de spécialités, l'exploitation de caves à fromage et de greniers, l'étude de mesures favorisant le développement technique et la commercialisation de la production laitière en montagne. La coopérative exploite également la Maison de l'Etivaz".<sup>5</sup> En 2008, elle comporte 72 membres et ses caves permettent d'entreposer jusqu'à 20.000 meules.

13. La coopérative offre des prestations de services (exploitation de caves destinées à l'affinage). Au sens de la définition de la LCart, la coopérative est donc une entreprise.

## C.2 Prescriptions réservées

14. Selon l'art. 3 al. 1 LCart sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. La LCart n'est en outre pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (art. 3 al. 2 LCart).

15. L'art. 8 de la LAgr<sup>6</sup>, qui prévoit des mesures d'entraide de promotion de la qualité et des ventes ainsi que l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché, pourrait être éventuellement considéré comme étant une exemption. Cependant, en règle générale, cet article prévoit des exemptions à l'application de la LCart concernant des accords au sens de l'art. 5 LCart, et non concernant l'abus d'une position dominante au sens de l'art. 7 LCart.<sup>7</sup> De plus, le refus d'adhésion par la coopérative et d'accès aux caves est motivé, d'après la coopérative, par son souci de privilégier les jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région d'exploitation de l'Etivaz, ce qui ne constitue pas l'un des buts prévus à l'art. 8 LAgr.

16. Les entraves reprochées par le demandeur ne pouvant pas bénéficier d'une exemption selon l'art. 3 al. 1 LCart, il s'agit donc d'analyser le cas d'espèce sous l'angle de la LCart.

## C.3 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

17. Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (Art. 7 al. 1 LCart).

### C.3.1 Position dominante

18. Par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (Art. 4 al. 2 LCart).

19. Afin de déterminer si la coopérative et ses membres peuvent réellement se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché, il y a lieu dans un premier temps de délimiter les marchés de produits et géographiques concernés.

### C.3.1.1 Marché de référence

#### C.3.1.1.1 Marché des produits

20. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.<sup>8</sup>

21. Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence<sup>9</sup>, pour définir le marché pertinent dans l'industrie fromagère, on prend en compte le type de fromage et l'étape dans le cycle de production et de commercialisation du fromage. On distingue ainsi les fromages:

- frais
- à pâte dure
- à pâte mi-dure
- à pâte molle
- fondus.

22. En l'espèce, l'Etivaz est un fromage à pâte dure.

23. Dans le cycle de la production du fromage on distingue les phases suivantes:

- la production
- l'affinage
- le conditionnement
- la distribution.

24. Le demandeur, qui se plaint d'une entrave à la concurrence, se voit refuser par la coopérative l'affinage de son fromage à pâte dure dans une cave répondant au cahier des charges spécifique de l'Etivaz en termes de capacité et dotée de cinq employés dédiés à l'affinage. La coopérative, quant à elle, est la seule sur le marché de l'affinage de l'Etivaz, seuls des fromages d'alpage affinés dans sa cave bénéficiant à l'heure actuelle de l'AOP. Toutefois, le fromage l'Etivaz est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure. Pour apprécier les pratiques dénoncées, il convient donc de rester au niveau du

<sup>5</sup> Extrait du registre du commerce, consultable sur le site Internet <www.zefix.ch>.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 29.4.1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture, LAgr; RS 910.1).

<sup>7</sup> Cf. PATRIK DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv, in: Blätter für Agrarrecht, 2008/2, 123, 127.

<sup>8</sup> Cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

<sup>9</sup> DPC 2010/3, 573 ss N 14 ss, Emmi/Fromalp; voir aussi DPC 2003/3, 536 ss N 38 ss, Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft).

fromage à pâte dure, et de définir le marché pertinent comme étant celui de l'affinage du fromage à pâte dure. Dans la mesure où il n'existe de toute façon pas de pratiques illicites, comme démontré ci-après, on peut laisser ouverte la question de savoir si une délimitation du marché plus étroite serait appropriée.

### C.3.1.1.2 Marché géographique

25. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. b OCCE).

26. Le marché de l'affinage est considéré comme étant national.<sup>10</sup> On peut laisser ouverte la question de savoir si une délimitation géographique plus étroite serait opportune dans le cas d'espèce, l'existence de l'abus d'une position dominante n'étant pas démontrée.

### C.3.1.2 Position sur le marché

27. S'il existe une concurrence actuelle et/ou potentielle suffisamment forte, la coopérative ne peut pas se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

28. La production de l'Etivaz s'est élevée à 365 tonnes en 2006 et 445 tonnes en 2009.<sup>11</sup> La production totale de fromage à pâte dure en Suisse était d'environ 70'000 tonnes en 2009<sup>12</sup> (Gruyère 28'420 t en 2009<sup>13</sup>).

29. En l'espèce, en l'état, aucun élément recueilli dans le cadre de l'instruction ne permet de démontrer que la coopérative peut se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché de l'affinage de fromage à pâte dure.

### C.3.1.3 Résultat intermédiaire

30. Compte tenu de la délimitation du marché de l'affinage du fromage à pâte dure, aucune position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart ne peut être démontrée.

31. Mais même si on admettait une délimitation plus étroite du marché, la conclusion selon laquelle l'art. 7 LCart n'est pas violé ne changerait pas, dans la mesure où – comme démontré ci-après – il n'existe pas en l'état de comportement abusif de la part de la coopérative.

## C.3.2 Pratiques illicites

### C.3.2.1 Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice

32. Selon ce qui précède, la coopérative n'a pas de position dominante sur le marché pertinent. A titre subsidiaire, à supposer que sa position dominante soit établie, les éléments soumis à notre autorité ne permettent pas d'établir un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart.

33. L'art. 7 LCart stipule à son al. 1 que "les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux." Selon son al. 2 sont notamment interdites les pratiques suivantes :

- a. le refus d'entretenir des relations commerciales (e.g. refus de livrer ou d'acheter des marchandises);
- b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;
- c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables;
- d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;
- e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;
- f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

34. Selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence tombe aussi sous le refus d'entretenir des relations commerciales de l'art. 7 al. 1 let. a LCart la "essential facilities doctrine".<sup>14</sup> Les conditions sont les suivantes:

- une infrastructure nécessaire et non duplicable
- refus d'utilisation de cette infrastructure (contre rémunération) sans explication raisonnable.

35. En l'espèce, le demandeur, procède à l'heure actuelle à l'affinage de ses fromages dans une cave, qu'il loue, d'une capacité de moins de 3.000 pièces. Il ne peut donc respecter l'article 13 du cahier des charges de l'Etivaz - et par conséquent se voir octroyer l'AOP l'Etivaz – qui précise : "l'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de 3.000 pièces ou plus".

36. La Comco prend acte de cet article sans toutefois en apprécier la nécessité et la pertinence pour la production de l'Etivaz. Cette question concerne en effet l'approbation du cahier des charges par l'OFAG<sup>15</sup> et non la qualification du comportement de la coopérative.

37. Il ressort des éléments recueillis lors de l'instruction de la cause, que, dans la région du Pays-d'Enhaut, il existe d'autres caves que celle de la coopérative et celle utilisée actuellement par le demandeur. Certaines caves ne conviennent pas à l'affinage de l'Etivaz car elles ont une capacité inférieure à 3.000 pièces sans extension

<sup>10</sup> DPC 2009/2, 171 N 21; Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG.

<sup>11</sup> Communiqué Cuvée de qualité pour "l'Etivaz" AOC 2009, consultable sur le site Internet <www.agirinfo.com/PRODUCTION/ Communiqué/2009/index2009.htm>.

<sup>12</sup> Rapport agricole 2010 de l'office fédéral de l'agriculture OFAG, 20.

<sup>13</sup> Site internet de l'Association suisse des AOC-IGP: <www.aoc-igp.ch/125864012791-de-index.html>.

<sup>14</sup> DPC 2007/3, 359 N 43s, NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR.

<sup>15</sup> Cf. les Art. 5 ss de l'Ordonnance du 28.5.1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés (Ordonnance sur les AOP et les IGP ; RS 910.12).

possible réalisable ou à un prix raisonnable, car elles sont inadaptées pour l'affinage ou à cause d'une utilisation exclusive pour porter à maturité d'autres fromages. Une des caves, utilisée actuellement pour porter à maturité plus de 3.000 fromages, pourrait facilement être étendue pour pouvoir accueillir la production de fromage du demandeur mais son propriétaire se refuse à y entreposer la production du demandeur.

38. Le demandeur dispose néanmoins de moyens autres que l'accès à la cave de la coopérative pour se mettre en conformité avec cet article dont il convient de préciser, comme le souligne l'expert, qu'il ne précise expressément le fait ni que la cave doit effectivement contenir 3.000 pièces, ni que seuls des fromages d'alpage l'Étivalz doivent être entreposés dans cette cave.

39. L'augmentation de la superficie de la cave actuellement utilisée par le demandeur supposerait la réalisation d'une excavation, qui serait probablement trop onéreuse pour le demandeur seul (chiffrée à CHF 100'000.-), mais paraîtrait réalisable s'il se groupait avec d'autres producteurs de fromages d'alpage dans le même cas que lui, qui se sont vus refuser l'accès à la cave de la coopérative compte tenu de la situation de leur exploitation principale hors de la zone de production de l'Étivalz, comme lui, ou de fromages autres que l'Étivalz. En l'état, aucun élément ne permet de remettre en question le caractère vraisemblable d'une telle solution.

40. A noter enfin que le demandeur dispose de la possibilité de solliciter une autre AOP fromagère que l'Étivalz, telle que le Gruyère par exemple, ce qu'il n'a pour l'instant jamais entrepris.

### C.3.2.2 Résultat intermédiaire

41. En l'état, les caves de la coopérative ne constituent pas une infrastructure essentielle. Aucun abus au sens de l'art. 7 LCart ne peut dès lors être démontré.

### C.4 Accord illicite

42. Le comportement de la coopérative est fondé sur la volonté de ses membres, en l'occurrence des concurrents directs du demandeur. Dans la mesure où une décision peut être déléguée à une coopérative pour cacher un accord illicite, l'application de l'art. 5 LCart peut être applicable en l'espèce. Or, tel n'est pas le cas, comme le démontre l'analyse suivante.

43. Un éventuel accord concernant le refus d'accès aux caves de la coopérative ne peut être classé comme accord présumé illicite selon l'art. 5 al. 3 LCart. Notamment un accord concernant la restriction des quantités n'est pas donné, car les membres de la coopérative ne limitent pas leur propre quantité de fromage. De plus, compte tenu de la délimitation du marché et des alternatives du demandeur pour trouver une solution autre que l'affinage dans les caves de la coopérative, un éventuel accord concernant le refus d'accès aux caves de la coopérative ne serait à première vue pas notable au sens de l'al. 1 de l'art. 5 LCart.

44. Il convient de relever qu'une illicéité selon l'art. 5 al. 1 LCart entraînerait seulement la nullité de l'accord illicite; une obligation de contracter est seulement envisa-

geable dans des cas extraordinaires.<sup>16</sup> En l'état, un tel cas extraordinaire n'est pas donné.

### C.5 Conclusion

45. En conséquence, la question soulevée par le juge civil peut être résolue comme il suit :

- la coopérative n'a pas de position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart sur le marché suisse de l'affinage des fromages à pâte dure ;
- indépendamment de la question de sa position sur le marché, le dossier ne permet pas d'établir un comportement abusif de la coopérative, au sens de l'art. 7 LCart ;
- une obligation de contracter ne saurait être déduite, dans le présent cas à tout le moins, de l'art. 5 LCart.

<sup>16</sup> Cf. JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (édit.), 2002, Art. 13 LCart N 30 ss et 39; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (édit.), 2010, Art. 7 LCart N 114.

## B 2.5

## 2. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern

Zwischenverfügung gemäss Art. 10 i.V.m. Art. 45 VwVG

*Décision incidente selon l'art. 10 et 45 PA*

*Decisione incidente giusta l'art. 10 in relazione con l'art. 45 PA*

Zwischenverfügung des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 15. September 2010 in Sachen Untersuchung "Ascopa" gemäss Art. 27 KG betreffend Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern.

## A Sachverhalt

### A.1 Verfahren

1. Am 9. September 2008 fand ein Gespräch zwischen dem damaligen Vizedirektor des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Sekretariat) [Name] und Vertretern des Verbands der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie, ASCOPA) statt. Gegenstand dieses Gesprächs war der im Rahmen von ASCOPA betriebene Informationsaustausch.<sup>1</sup>

2. Gestützt auf eine Bonusmeldung eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) am 1. Dezember 2008 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG<sup>2</sup> gegen die ASCOPA und ihre Mitglieder (Untersuchungsverfahren 22-0377 ASCOPA) wegen mutmasslich unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Gegenstand dieser Untersuchung ist namentlich der im Rahmen der ASCOPA betriebene Informationsaustausch. Unter den Untersuchungsadressatinnen befindet sich auch die [Name] (Gesuchstellerin).

3. Am 27. Mai 2010 versandte das Sekretariat den Parteien seinen Verfügungsantrag zur schriftlichen Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG. Gleichzeitig wurde den Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt und sie wurden auf ihr Recht zur Akteneinsicht ab dem 31. Mai 2010 aufmerksam gemacht. Der Antrag sieht eine Sanktionierung der beteiligten Unternehmen wegen Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor. Die im Antrag aufgeführt Sanktion für die Gesuchstellerin beläuft sich auf CHF 25,45 Mio.

4. Nachdem die Gesuchstellerin am 10. Juni 2010 von ihrem Akteneinsichtsrecht Gebrauch gemacht hatte, ersuchte sie mit Schreiben vom 25. Juni 2010 um erneute Einsicht in die Akten. Dabei nahm die Gesuchstellerin nicht Bezug auf ein bestimmtes Aktenstück. Sie beantragte, es seien ihr "die vollständigen Akten der WEKO betreffend die in Rz 285 des Entwurfs des Antrags erwähnte Beratung (Aktennotizen, Korrespondenz vor und nach Beratung etc.) zur Einsicht zuzustellen."

5. Mit Schreiben vom 28. Juni 2010 zeigte das Sekretariat der Gesuchstellerin an, dass es über keine weiteren Akten bezüglich der in Rz 285 des Antragsentwurfes vom 27. Mai 2010 genannten Beratung verfüge.

6. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 gelangte die Gesuchstellerin an das Sekretariat mit dem Gesuch um Einsicht in die Aktenstücke 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84.

7. Nach vorheriger telefonischer Kontaktaufnahme mit dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin wurde diesem mit Schreiben vom 12. Juli 2010 eine Zusammenfassung der Inhalte der Aktenstücke 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84 zugestellt.

8. Mit Eingabe vom 16. Juli 2010 an die WEKO zu Händen des Präsidenten der WEKO stellte die Gesuchstellerin folgende Anträge:

*"1. Es sei festzustellen, dass [Name eines Vizedirektors], und Herr [Name], wissenschaftlicher Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission in der Untersuchung Nr. 22-0377 – ASCOPA befangen sind oder zumindest objektiv als befangen erscheinen.*

*2. Herr [Name eines Vizedirektors], und Herr [Name], wissenschaftlicher Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission seien zu verpflichten, in der Untersuchung Nr. 22-0377 – ASCOPA in den Ausstand zu treten."*

9. Der Eingang dieses Schreibens wurde vom Präsidenten der WEKO und stellvertretend für den Direktor durch eine Vizedirektorin des Sekretariats am 19. Juli 2010 bestätigt.

10. Mit Eingabe vom 21. Juli 2010 an die WEKO zu Händen des Präsidenten ersuchte die Gesuchstellerin um vollständige Akteneinsicht in Bezug auf die Dokumente 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84. Nach telefonischer Rücksprache vom 3. August 2010 mit dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin konnte dieser am 6. August 2010 Einsicht in die verlangten Dokumente nehmen.

11. Das Ausstandsgesuch wurde vom Präsidenten der WEKO an den Direktor des Sekretariats weitergeleitet, welcher nach einer Anhörung von [Name eines Vizedirektors] und [Name eines wissenschaftlichen Mitarbeiters] (Sekretariatsmitarbeiter) mit Schreiben vom 13. August 2010 darlegte, weshalb seiner Auffassung nach keine Ausstandsgründe vorliegen würden. Der Direktor lehnte es daher ab, andere Sekretariatsmitarbeiter für die Betreuung des Falles einzusetzen.

<sup>1</sup> Vgl. Ausstandsbegehren vom 16. Juli 2010, Rz 6.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251).

12. Die Gesuchstellerin wiederholte daraufhin am 25. August 2010 ihr Ausstandsgesuch. Einerseits richtete sie ein Schreiben an den Direktor des Sekretariats und legte dar, weshalb seine Erwägungen nicht überzeugen würden. Unter Hinweis auf dieses Schreiben verlangt die Gesuchstellerin in einer gleichzeitigen Eingabe an die WEKO eine formelle Verfügung der Kommission über den strittigen Ausstand. Die Gesuchstellerin stellt in Aussicht, ihr Ausstandsbegehren zurückzuziehen, falls sie den Entwurf der Verfügung der WEKO zur Prüfung erhalte und darin überzeugende Gründe gegen den Ausstand vorgebracht würden.

## A.2 Begründung der Gesuchstellerin

13. Die Gesuchstellerin knüpft im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 ihre Vorbringen an ein Gespräch vom 9. September 2008 zwischen dem damaligen Vizedirektor des Sekretariats [Name] und der ASCOPA an. Anlässlich dieses Gespräches sei der von der ASCOPA und ihren Mitgliedern gepflegte Informationsaustausch, namentlich der Austausch von Informationen betreffend Preislisten (Bruttoverkaufspreise), der Austausch von Informationen betreffend Umsatzzahlen sowie der Austausch von Informationen betreffend Werbeinvestitionen behandelt worden. Der damalige Vizedirektor des Sekretariats habe das von den Gesprächsbeteiligten offen gelegte Informationsverhalten explizit als Verhalten gewürdigt, das nicht mit dem Risiko einer direkten Sanktion durch das KG bedroht sei. Dies entspreche einer Zusage des zuständigen Vizedirektors des Sekretariats und könne in der vorliegenden Untersuchung nicht unbeachtet bleiben.

14. Zu dieser Besprechung halte das Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 fest: *"In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zugunsten ihrer Klientin ableiten."* Aus dieser Feststellung hätten die unterzeichnenden Mitarbeiter, [Name eines Vizedirektors] und [Name eines wissenschaftlichen Mitarbeiters] (nachstehend die Sekretariatsmitarbeiter), ihre Befangenheit in dieser Angelegenheit aufgezeigt und müssten gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG in den Ausstand treten. Äusserungen über den Verfahrensausgang, resp. eine vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis stellten Tatsachen dar, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit die Unparteilichkeit des Amtsträgers objektiv rechtfertigen würden.

15. Die im gleichen Schreiben enthaltene Äusserung, dass auch eine allfällige Befragung von [Name des damaligen Vizedirektors] *"nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern"* werde, sei ein eindeutiges Anzeichen der Befangenheit. Die vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis werde damit explizit und schriftlich festgehalten.

16. Die vorgefasste Meinung von [Name eines Vizedirektors] gehe zudem bereits aus der Medienmitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 hervor. Mit dieser Medienmitteilung stigmatisiere das Sekretariat die Mitglieder der Parfümerie- und Kosmetikbranche, obwohl die Untersuchung gegen die ASCOPA und deren Mit-

glieder noch gar nicht abgeschlossen sei. Eine "stigmatisierende" Medienmitteilung greife nicht nur in den ordentlichen Ablauf der Untersuchung ein und treffe die Ehre der am Verfahren beteiligten Partei, sie zeige auch, dass das Sekretariat nicht bereit sei, auf die beantragten Bussen zurückzukommen. Ansonsten gebe es keinen Anlass während einer laufenden Untersuchung, mittels Medienmitteilung die beantragten Bussen in die Öffentlichkeit zu tragen. Angesichts dieser Medienmitteilung sei es nicht erstaunlich, dass [Name eines Vizedirektors] in einem Fernsehinterview des Schweizer Fernsehens (Tagesschau vom 28. Mai 2010) angegeben habe, dass nach seiner Auffassung der Informationsaustausch im Rahmen der ASCOPA einer Preis- und Mengenabsprache gleich komme, ohne darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung weiterhin hängig sei.

17. Die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter äusseren sich auch darin, dass das Sekretariat in seinem Schreiben vom 28. Juni 2010 mitgeteilt habe, es würden keine weiteren Akten vorliegen und sämtliche sich im Besitze des Sekretariats befindlichen Aktenstücke seien lückenlos zur Einsicht vorgelegt worden. Diese Behauptung sei unwahr gewesen, wie sich aus dem Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 ergeben habe. Aus diesem Schreiben gehe nämlich hervor, dass eine Telefonnotiz zu einem Gespräch mit dem ehemaligen Vizedirektor [Name] erstellt worden sei. Der Inhalt dieses Telefongesprächs sei im Schreiben ohne Vorliegen eines Einsichtsverweigerungsgrundes lediglich rudimentär zusammengefasst worden.

18. Zudem zeige sich die Voreingenommenheit der Sekretariatsmitarbeiter auch aus der Formulierung des Antragsentwurfes in Rz 285. Laut Antragsentwurf soll der ehemalige Vizedirektor klar darauf hingewiesen haben, dass der vorgenommene Informationsaustausch der ASCOPA nicht gesetzeskonform sei. Demgegenüber sei im Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 festgehalten, dass das Verhalten kartellrechtlich problematisch sei. Der Inhalt der Telefonnotiz sei also im Antragsentwurf *"pour le besoin de la cause"* in einen klaren Hinweis auf fehlende Gesetzeskonformität umgedeutet worden. Eine solche Verdrehung der Tatsachen zeige die Befangenheit der Verfasser des Antragsentwurfes auf.

19. Ferner seien weitere Dokumente zum Gespräch vom 9. September 2008 unberücksichtigt geblieben. Der Direktor des Sekretariats habe, wie aus Act. 219 hervorgehe, mit Schreiben vom 3. August 2009 erklärt, der damalige Vizedirektor habe keine Garantien mit Bezug auf die Verwendung der ihm bei dieser Besprechung verschafften Informationen abgegeben. Da bekanntlich eine Verpflichtung der Behörden zur Aktenführung bestehe, müssten weitere Dokumente zur Beratung vom 9. September 2008 vorliegen. Diese Dokumente seien von den Verfassern des Schreibens vom 28. Juni 2010 ebenfalls unerwähnt geblieben. Im Schreiben vom 28. Juni 2010 sei zugesichert worden, dass keine weiteren Akten zur Beratung am 9. September 2008 bestehen würden. Eine derartige Falschangabe müsse zum Ausstand der Verfasser der Falschangabe führen.

20. Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, die Information des damals zuständigen Vizedirektors [Na-

me] berechtige die Gesuchstellerin gestützt auf Art. 49a KG eine ganze oder zumindest teilweise Reduktion von Sanktionen zu verlangen.

21. Im Schreiben vom 25. August 2010 hält die Gesuchstellerin im Wesentlichen an ihren Ausführungen vom 16. Juli 2010 fest. Dabei weist sie erneut darauf hin, dass ein Ausstandsgrund bereits dann vorliege, wenn der Anschein der Befangenheit gegeben sei. Es genüge das Vorliegen objektiver Umstände, welche ein Misstrauen in die Objektivität des Behördenmitglieds rechtfertigen würden. Das Sekretariat habe sich zudem geweigert, zusätzliche entlastende Beweise unvoreingenommen zu prüfen, wie es dies pflichtgemäss tun müsste. Bezüglich der Medienmitteilung führt die Gesuchstellerin aus, dass auch eine Strafverfolgungsbehörde keine Medienmitteilung abgebe, bevor sie nicht die Gelegenheit gehabt habe, die angeschuldigte Partei anzuhören. Die Medienmitteilung setze das Sekretariat faktisch unter Druck, die bisher eingenommenen Stellungnahme nicht mehr abzuändern. Dies sei ein weiterer Grund für den Anschein einer Befangenheit.

### A.3 Stellungnahme der Sekretariatsmitarbeiter und des Direktors

22. Die Sekretariatsmitarbeiter erachten das gegen sie gerichtete Ausstandsgesuch als unbegründet. Sie bestreiten die Darlegung des Sachverhaltsablaufs der Gesuchstellerin grundsätzlich nicht. Sie führen weiter aus, dass sie sich in keinem Schreiben zum Verfahrensausgang geäußert hätten. Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sei die Frage, ob ein allenfalls sanktionierbarer Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 5 KG vorliege. In ihrem Schreiben vom 28. Juni 2010 werde hingegen lediglich auf das Schreiben der Gesuchstellerin bezüglich der Akteneinsicht in sämtliche im Zusammenhang mit Rz 285 des Antrages stehenden Akten Bezug genommen. Thema dieser Passage des Antrages sei nicht die Frage, ob ein Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 5 KG vorliege, sondern das Gespräch zwischen dem damaligen Vizedirektor und der ASCOPA sowie die darauffolgende Reaktion des ASCOPA-Präsidenten. Die Sekretariatsmitarbeiter stellen klar, dass sie von diesem Gespräch erst nach Eröffnung der Untersuchung erfahren hätten.

23. Die Sekretariatsmitarbeiter weisen darauf hin, dass sich der Antrag auf die Wettbewerbsbeschränkungen für die Zeitperiode vom 1. April 2004 bis zum 31. Januar 2008 bezieht. Das Gespräch zwischen Vizedirektor [Name des damaligen Vizedirektors] und den ASCOPA-Vertretern habe dagegen erst im September 2008 stattgefunden. Herr [Name des damaligen Vizedirektors] habe also mit Bezug auf die bereits vergangenen Sachverhalte keine Verhaltensempfehlungen mehr abgeben können. Er hätte allenfalls eine Erklärung abgeben können, das vergangene Verhalten sei nicht sanktionierbar. Eine solche Zusicherung sei aber, wie die zitierte Erwägung 7.4.5.4 des Urteils B-2977/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 festhalte, nicht rechtsverbindlich. Allfällige Empfehlungen von Vizedirektor [Name des damaligen Vizedirektors] mit Bezug auf die Zulässigkeit des Informationsaustausches ab September 2008 würden ausserhalb der vom Sekretariat untersuchten und im Antrag erwähnten Zeitspanne lie-

gen. Der Satz, wonach in Anbetracht dieser Umstände keine rechtserheblichen Tatsachen aus der Rz 285 des Antrags abgeleitet werden könnten, sei in diesem Zusammenhang zu lesen und betreffe nicht die Frage, ob ein Kartell im Sinne von Art. 5 KG vorliege.

24. Im gleichen Zusammenhang sei der Satz, *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"*, zu verstehen. Aus dem Satz folge durch die Verwendung des Wortes "dadurch", dass er sich auf den vorhergehenden Satz beziehe. Im vorhergehenden Satz werde das Arrangieren eines Gesprächs mit dem damaligen Vizedirektor offeriert, um den genauen Inhalt der "Beratung" vom 9. September 2008 zu eruieren. Von diesem Gespräch handle im Übrigen auch die Rz 285 des Antrages vom 27. Mai 2010. Der Inhalt dieser "Beratung" beschlage die Thematik des Vertrauensschutzes in Bezug auf die Sanktionierbarkeit und nicht die Frage des Vorliegens eines Kartelles im Sinne von Art. 5 KG. Die Sekretariatsmitarbeiter hätten sich also von Vornherein nicht über den Ausgang des Verfahrens geäußert, sondern einen rechtlichen Standpunkt mit Bezug auf diese "Beratung" vertreten. Der Standpunkt habe sich in objektiver Weise auf die zitierte Erwägung 7.4.5.4 des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 und den zeitlichen Ablauf der Geschehnisse bezogen. In der Darlegung dieser Überlegung könne keine Befangenheit liegen.

25. Ferner sei zu bedenken, dass ein Sekretariatsmitarbeiter den Endentscheid aufgrund der funktionellen Trennung zwischen Kommission und Sekretariat gar nicht vorwegnehmen könne. Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG sei das Sekretariat antragstellende und untersuchende Behörde. Die Aufgabe des Sekretariats und seiner Mitarbeiter bestehe darin, die Untersuchung durchzuführen und am Ende im Rahmen des Antrags auch einen rechtlichen Standpunkt zu vertreten, hingegen stehe die Entscheidung klarerweise nicht in der Kompetenz des Sekretariates. Der Entscheid liege gemäss Art. 18 Abs. 3 KG allein bei der WEKO. Diese sei unabhängig und nicht an Schreiben oder Anträge des Sekretariats gebunden. Sie entscheide wiederum erst nachdem die Stellungnahmen der Parteien in den Antrag eingearbeitet und nachdem die Parteien praxisgemäss von der WEKO angehört worden seien. Auf allfällige aus der Sicht der Gesuchstellerin falsche Beweiswürdigungen oder rechtliche Einschätzungen könne also auch nach den schriftlichen Stellungnahmen erneut hingewiesen werden.

26. Was die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Pressemitteilung des Sekretariats und die Äusserungen von [Name eines Vizedirektors] im Rahmen der Tagesschau betreffe, verweisen die Sekretariatsmitarbeiter auf die einschlägige Praxis des Sekretariats, welche vom Bundesverwaltungsgericht in BVGE B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 11 ausdrücklich gutgeheissen worden sei. Zudem könne [Name eines Vizedirektors] im Sinne dieser Rechtsprechung nicht für die möglicherweise missverständliche Wiedergabe seines teilweise wiedergegebenen Interviews durch die Presse verantwortlich gemacht werden. Eine allfällige Befangenheit sei auch daher nicht gegeben.

27. Bezüglich der im Rahmen des Schreibens vom 28. Juni 2010 gemachten Aussage, es lägen keine weiteren Aktenstücke zur Rz 285 des Antrags vor, führen die Sekretariatsmitarbeiter an, dass es sich dabei um ein Versehen gehandelt habe. Die Gesuchstellerin habe nicht Einsicht in ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Aktennummern verlangt. Bei der darauf folgenden Durchsicht des Aktenverzeichnisses sei die zum Nachfragezeitpunkt 17 Monate alte Telefonnotiz vom 6. Februar 2009 mit Herrn [Name des damaligen Vizedirektors], welche im Aktenverzeichnis irrtümlicherweise als Telefonnotiz mit ASCOPA bezeichnet worden war, übersehen worden. Der Irrtum sei erst entdeckt worden, als die Gesuchstellerin erneut um Einsicht in gewisse spezifisch mit Nummern genannte Aktenstücke (Act. 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84) gebeten habe. Daraufhin habe einer der beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeiter ([Name]) telefonisch Kontakt mit dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin aufgenommen und ausdrücklich auf die Telefonnotiz mit dem ehemaligen Vizedirektor [Name] (Act. 82) hingewiesen. Zudem sei der wesentliche Inhalt dieser Notiz gleichentags mit Schreiben vom 12. Juli 2010 offengelegt und der Gesuchstellerin das Aktenstück nachfolgend auch noch zur Einsicht vorgelegt worden. Das Vorbringen, es lägen weitere Aktenstücke zu diesem Gespräch vor, treffe nicht zu und werde von der Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch vom 25. August 2010 auch nicht länger behauptet. Ferner sei dieser Umstand durch die strittige Telefonnotiz belegt. Darin heisse es, es lägen keine schriftlichen Unterlagen zu diesem Gespräch vor.

28. Schliesslich machen die Sekretariatsmitarbeiter geltend, bezüglich dem sinngemässen Vorbringen der Gesuchstellerin, sie habe bereits vor dem im Antrag als Selbstanzeigerin bezeichneten Unternehmen den Marker gesetzt, weshalb sie von einer allfälligen Sanktionsreduktion profitieren könne, handle es sich um eine Thematik, die nicht aktenkundig sei und von der Gesuchstellerin während der bis anhin anderthalb Jahren dauernden Untersuchung nie vorgebracht worden sei. Aus diesem Grund hätten die Sekretariatsmitarbeiter zu dieser Aussage weder in ihrem Schreiben vom 28. Juni 2010 noch zu einem andern Zeitpunkt Stellung nehmen können.

29. Der Direktor des Sekretariates hat gemäss seinem Schreiben vom 13. August 2010 die Angelegenheit geprüft und teilt die Auffassung der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter, dass kein Ausstandsgrund vorliege. Er legt zusätzlich dar, dass bezüglich der zunächst nicht vorgelegten Aktennotiz dem Sekretariatsmitarbeiter ein Fehler unterlaufen sei, dieser aber umgehend korrigiert worden sei und keinen Ausstandsgrund darstelle. Des weiteren legt er dar, dass das Vorbringen, die Gesuchstellerin sei aufgrund des Gesprächs vom 9. September 2008 mit Vizedirektor [Name des damaligen Vizedirektors] als Selbstanzeigerin zu betrachten, im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag vorzubringen und pflichtgemäss gebührend zu berücksichtigen sei.

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit und anwendbares Recht

30. Nach Art. 39 KG sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG an-

wendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Art. 22 KG regelt lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern. Der Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariats der WEKO richtet sich in Konkretisierung von Art. 29 Abs. 1 BV nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes.<sup>3</sup> Daher ist Art. 10 VwVG massgebend.<sup>4</sup>

31. Richtet sich das Ausstandsbegehren gegen eine Person, die an der Vorbereitung eines Entscheides mitgewirkt hat, erscheint es aus Gründen der Verfahrensoökonomie und der Sachnähe angezeigt, anstelle der Aufsichtsbehörde der direkt vorgesetzten Amtsperson den Entscheid zu überlassen. Im vorliegenden Fall hat der Direktor des Sekretariates im Rahmen seines Schreibens vom 13. August 2010 entschieden, dass das Sekretariat dem Ausstandsbegehren nicht freiwillig nachkommt. Dieses Schreiben ist nicht als Verfügung zu qualifizieren, da dem Sekretariat und seinem Direktor keine selbständige Verfügungskompetenz zukommt, sondern das Sekretariat nur gemeinsam mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO verfügen kann. Das Schreiben des Direktors des Sekretariates begründet vielmehr die Streitigkeit des Ausstandes im Sinne von Art. 10 Abs. 2 VwVG, da der Direktor als vorgesetzte Amtsperson dem Gesuch auch hätte nachkommen können.

32. Die Zuständigkeit für den Entscheid über einen streitigen Ausstand – d.h. einem Ausstand, dem die zuständige Behörde nicht stattgeben will – obliegt der Aufsichtsbehörde (Art. 10 Abs. 2 VwVG).<sup>6</sup> Gemäss Art. 8 Bst. b Geschäftsreglement<sup>7</sup> beaufsichtigt der Präsident der WEKO die Geschäftsführung des Sekretariates. Er ist daher zuständig für den vorliegenden Entscheid.<sup>8</sup>

33. Teilweise wird in der Lehre allerdings auch die Auffassung vertreten, nicht der Präsident, sondern die WEKO sei die Aufsichtsbehörde des Sekretariates.<sup>9</sup> Die REKO/WEF hat in ihrem jüngsten Entscheid diese Vorbringen aufgenommen und ihre frühere Rechtsprechung, wonach der Präsident als Aufsichtsbehörde über das

<sup>3</sup> Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24.03.2009, RPW 2009/3, 332, E.2.1, Wiederholung von Verfahrenshandlungen.

<sup>4</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 22 N 53.

<sup>5</sup> RETO FELLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 10 VwVG N 37; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHARD/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 1999, §5a Rz 26; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 9 N 25; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, 205; STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: VwVG-Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 10 VwVG N 109.

<sup>6</sup> Vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 130; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG (Fn 5), Art. 9 N 19.

<sup>7</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996; SR 251.1.

<sup>8</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, in: RPW 2000/1, 105 E. 1.3, Mietleitungen; RPW 1999/3, 493 Rz 16, Nichteröffnung Untersuchung.

<sup>9</sup> Vgl. BILGER (Fn 6), 119 f., 130, 183; BSK-KG Hänni (Fn 4), Nach Art. 43 N 118 f.; ROMINA CARCAGNI, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 22 N 36.

Sekretariat gilt,<sup>10</sup> wie folgt präzisiert: *"Zuständige Aufsichtsbehörde ist in Fällen wie hier, wo die Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt wird, primär die Wettbewerbskommission"*<sup>11</sup>. Die WEKO ist daher in denjenigen Fällen als Aufsichtsbehörde zu betrachten, in welchen der beanstandete Entscheid nicht in der alleinigen Kompetenz des Sekretariates liegt sondern mit einem Mitglied des Präsidiums erfolgt.<sup>12</sup> Diese Präzisierung erscheint auch sachgerecht, da der Präsident nicht die Aufsicht über sich selber wahrnehmen kann und Art. 8 Bst. b Geschäftsreglement auch keine Grundlage darstellt, um eine Aufsicht über ein anderes Präsidiumsmitglied auszuüben. Bezüglich Entscheiden und Handlungen, welche allein in der Kompetenz des Sekretariates liegen, gibt es hingegen keinen Grund um von dem durch den Bundesrat genehmigten und für die Behörde aufgrund des Legalitätsprinzips verbindlichen Art. 8 Bst. b des Geschäftsreglements der WEKO abzuweichen.

34. Der Entscheid über einen streitigen Ausstand hat in der Form einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG zu ergehen.<sup>13</sup>

35. Die Gesuchstellerin hat anerbaten, ihr Ausstands-gesuch allenfalls zurückzuziehen, falls die WEKO bereit sei, ihr den Verfügungsentwurf zur Prüfung vorzulegen. Die Behörde ist hierzu nicht bereit. Es besteht auch keinerlei Anspruch der Gesuchstellerin auf ein solches Vorgehen, da Art. 30 Abs. 2 KG, welcher die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates vorsieht, für die vorliegende verwaltungsverfahrensrechtliche Zwischenverfügung nicht anwendbar ist.<sup>14</sup> Das rechtliche Gehör gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG ist gewahrt. Die Gesuchstellerin hat ihre Vorbringen im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 ausführlich dargestellt und hatte aufgrund des Schreibens des Direktors des Sekretariates vom 13. August 2010 Gelegenheit, die Gegenposition der Sekretariatsmitarbeiter und diejenige des Direktors des Sekretariates zur Kenntnis zu nehmen und sich in der Eingabe vom 25. August 2010 dazu zu äussern.

## B.2 Rechtliche Würdigung

### B.2.1 Übersicht

36. Die Gesuchstellerin sieht zusammengefasst vier Gründe, welche für die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter sprechen:

- (1) Gemäss der Gesuchstellerin folgt die Befangenheit der betreffenden Sekretariatsmitarbeiter aus dem Umstand, dass sie gegenüber der Gesuchstellerin Falschangaben bezüglich des Vorhandenseins von Aktenstücken mit Bezug auf das Gespräch vom 9. September 2008 zwischen der ASCOPA und einem damaligen Vizedirektor gemacht hätten.
- (2) Die Äusserungen im Schreiben vom 28. Juni 2010, es könnten *"in Anbetracht dieser Umstände aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz 285 des Antragsentwurfes gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin"* sowie der Satz *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"* zeigen gemäss der Gesuchstellerin auf, dass die Sekretariatsmitarbeiter

sich vorzeitig ein feste Meinung über den Verfahrensausgang gebildet haben.

- (3) Die Gesuchstellerin folgert die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter weiter aus der Formulierung der Rz 285 des Antrags und dem Umstand, dass ein Schreiben des Direktors des Sekretariats im Antrag nicht aufgeführt worden ist.
- (4) Die Gesuchstellerin leitet die Befangenheit von [Name eines Vizedirektors] schliesslich aus der Pressemitteilung und den gemachten Äusserungen im Rahmen der Tagesschau des Schweizer Fernsehens ab.

37. Gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und bis VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG). Im vorliegenden Fall scheiden die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a–c VwVG aus, sie werden durch die Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht. Es gilt daher die Frage zu beantworten, ob die durch die Gesuchstellerin vorgebrachten Gründe als "andere Gründe" einer Befangenheit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zu qualifizieren sind.

38. Die Generalklausel von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG gilt als erfüllt, wenn Tatsachen vorliegen, die das Miss-trauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amts-trägers objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebensowenig an<sup>15</sup> wie darauf, ob tatsächlich eine Befangenheit besteht<sup>16</sup>. Es genügt, dass der Anschein einer solchen durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint.<sup>17</sup> Nachfolgend wird nun für jeden einzelnen durch die Gesuchstellerin vorgebrachten Grund geprüft, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

<sup>10</sup> Entscheid der REKO/WEF, in: RPW 2000/1, 105 E. 1.3, Mietleitungen.

<sup>11</sup> Entscheid der REKO/WEF, in: RPW 2004/2, S. 639 E. 1.3.2, Cor-nèr/Telekurs.

<sup>12</sup> Vgl. BSK-KG BANGERTER (Fn 4), Art. 23 N 27.

<sup>13</sup> FELLER (Fn 5), in: Kommentar VwVG, Art. 10 VwVG N 36.

<sup>14</sup> Es handelt sich bei Art. 30 Abs. 2 KG um eine Erweiterung des verwaltungsverfahrensrechtlichen Gehörsanspruchs, welcher für den Antrag in der kartellrechtlichen Untersuchung gemäss Art. 27 KG gilt; vgl. Urteil des BGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, RPW 2010/2, 280, E. 6.3.2. m.w.H., Terminierungspreise im Mobilfunk.

<sup>15</sup> BGE 111 Ia 259, 263 E. 3a, 97 I 91, 94 E. 2.

<sup>16</sup> BGE 97 I 91, 94 f. E. 3; 120 IV 226, 236 f. E. 4b.

<sup>17</sup> BGE 133 I 89, 92 E. 3.2 m.w.H.; Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24.03.2009, RPW 2009/3, 332, E.2.2.1, Wiederholung von Ver-fahrenshandlungen; FELLER, VwVG-Kommentar, Art. 10 VwVG N 15; BSK-KG Bangerter (Fn 4), Art. 22 N 22 m.w.H.

### B.2.2 Zu den "Falschangaben" betreffend das Aktenstück Nummer 82

39. Die Gesuchstellerin führt in ihrem Ausstandsbegehren vom 16. Juli 2010 aus, bezüglich dem Bestehen weiterer Akten zum Treffen vom 9. September 2008 hätte der zuständige Sekretariatsmitarbeiter "Falschangaben" gemacht.<sup>18</sup> Es wird weiter der Vorwurf erhoben, es seien systematisch für den Verfahrensausgang relevante Dokumente zurückgehalten worden.<sup>19</sup> Dies deutet darauf hin, dass die Gesuchstellerin davon ausgeht, dass ihr das Aktenstück Nr. 82 durch die Sekretariatsmitarbeiter absichtlich nicht vorgelegt wurde.

40. Die Sekretariatsmitarbeiter führen demgegenüber aus, das Aktenstück sei keinesweges absichtlich zurückgehalten worden, sondern es habe sich lediglich um einen Fehler gehandelt.

41. Es wurde oben dargelegt, dass für die Annahme einer Befangenheit das subjektive Empfinden einer Partei nicht genügt, sondern dass das Misstrauen gegen den Amtsträger objektiv begründbar sein muss.<sup>20</sup>

42. Im vorliegenden Fall schliesst die Gesuchstellerin allein aus der Tatsache, dass ihr das Aktenstück Nr. 82 nicht sofort vorgelegt wurde, auf eine entsprechende Verschleierungsabsicht der Sekretariatsmitarbeiter. Weitere objektive Anhaltspunkte für eine solche Absicht

werden nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Vielmehr gibt es zahlreiche objektive Anhaltspunkte dafür, dass das Aktenstück Nr. 82 versehentlich nicht offengelegt wurde.

43. Die Gesuchstellerin führt in ihrem Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 aus, die Tatsache, dass eine Besprechung zwischen ASCOPA und dem damaligen Vizedirektor des Sekretariats stattgefunden habe, sei von wesentlicher Bedeutung für das Untersuchungsverfahren. Die Besprechung könne einerseits Implikationen im Hinblick auf die Bonusregelung haben und andererseits aus Gründen des Vertrauensschutzes relevant sein.

44. Hätten die Sekretariatsmitarbeiter die Absicht gehabt, das Treffen vom 9. September 2008 zu "verschleiern", dann erscheint ein absichtliches Zurückhalten des Aktenstückes Nr. 82 als völlig ungeeignete Massnahme. Wenn schon hätte die Tatsache, dass eine Besprechung stattgefunden hat, bereits im Antrag unterdrückt werden müssen. Im Antrag wird jedoch in Rz 285 dieses Treffen explizit erwähnt. Gegen eine "Verschleierung" spricht weiter, dass das Aktenstück in das Aktenverzeichnis aufgenommen wurde sowie, dass der Informationsgehalt des Aktenstücks selbst kaum über die bereits aufgrund von Rz 285 unbestrittene Tatsache hinausgeht, dass die fragliche Besprechung stattgefunden hat:

Abbildung 1: Aktenstück Nr. 82 [anonymisiert]

Von: WEKO  
 Gesendet: Montag, 9. Februar 2009 09:28  
 An: WEKO; WEKO; WEKO;  
 Cc: WEKO  
 Betreff: ASCOPA 22-0377 - Telefonnotiz

Teil vom Freitag 6.2.09 ca 19:00 Uhr. Gemäss Mail von [redacted] fand am Dienstag 9. September 2008 um 11:00 Uhr ein Treffen mit [redacted] an der Monbijoustrasse statt. [redacted] konnte sich nicht mehr richtig erinnern, wer beim Treffen dabei war. Auf jeden Fall die Verbandsspitze. Gemäss Mail der ASCOPA waren dies (Präsident ASCOPA) und die Verbandssekretärin [redacted].

[redacted] sagte sinngemäss, der Informationsaustausch in der vorliegenden Form sei kartellrechtlich problematisch. D.h. Austausch über Preise, Marktanteile und Marktanteilschemen. Marktdaten müssten zudem aggregiert und nicht aktuell (mind. 6 oder 7 Monate alt) sein. Über das Treffen gebe es keine schriftlichen Dokumente. Auf ein Mail der ASCOPA habe [redacted] sehr kurz angebunden reagiert.

[redacted] weil momentan in New York. Ich werde am Mittwoch nochmals kurz mit ihm telefonieren.

45. Schliesslich handelt es sich bei der zunächst erfolgten Nicht-Offenlegung des Aktenstücks Nr. 82 um ein singuläres Ereignis. Aus einem einmaligen Vorkommnis kann aber nicht auf ein systematisches Vorgehen geschlossen werden. Von einer systematischen Unterdrückung verfahrensrelevanter Dokumente kann daher keine Rede sein.

46. Der objektive Sachverhalt spricht gegen eine absichtliche Vorgehensweise der Sekretariatsmitarbeiter. Für das Vorliegen eines Fehlers sprechen neben den Aussagen der Sekretariatsmitarbeiter auch der Um-

stand, dass die Bezeichnung des Aktenstücks im Aktenverzeichnis fehlerhaft war ("Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA"), so dass glaubhaft erscheint, dass dieses

<sup>18</sup> Rz 18 des Ausstandsbegehrens vom 16. Juli 2010.

<sup>19</sup> Rz 18 des Ausstandsbegehrens vom 16. Juli 2010.

<sup>20</sup> Vgl. Rz 38; vgl. weiter Urteil des BGer 1P.634/2002 vom 17.03.2003, E. 5.1.; BGE 120 Ia 184 E. 2b; BGE 119 Ia 221, 226E. 3; BGE 114 Ia 50,54 E. 3b.

Aktenstück anlässlich der Aufforderung der Gesuchstellerin, alle Aktenstücke im Zusammenhang mit dem Treffen vom 9. September 2008 herauszugeben, übersehen wurde. Weiter haben die Sekretariatsmitarbeiter die Gesuchstellerin sofort nachdem der Fehler bemerkt wurde, telefonisch kontaktiert und den Inhalt des Aktenstücks mündlich und schriftlich zusammengefasst. Zudem wurde der Gesuchstellerin Einsicht in das strittige Aktenstück gewährt.

47. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine objektiven Elemente für eine absichtliche vorübergehende Unterdrückung der Aktennummer 82 sprechen. Es ist vielmehr von einem Fehler auszugehen. Es bleibt zu prüfen, ob dies einen Ausstandsgrund zu begründen vermag.

48. Es ist fraglich, ob dem vorliegenden "Fehler" die Qualität eines eigentlichen Verfahrensfehlers zukommt, da er korrigiert wurde und so keine Auswirkungen auf die Verfahrensrechte der Gesuchstellerin hatte. Selbst wenn von einem Verfahrensfehler ausgegangen würde, so müsste dieser gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im dazu vorgesehenen Rechtsmittelverfahren gerügt werden.<sup>21</sup> Die Aufgabe der Rechtsmittelinstanz besteht gerade darin, entsprechende Mängel zu beheben und auf diese Weise für ein faires Verfahren zu sorgen.<sup>22</sup> Ferner sind Verfahrens- und Einschätzungsfehler und falsche Sachentscheide gemäss Rechtsprechung für sich allein nicht Ausdruck einer Voreingenommenheit<sup>23</sup> und vermögen keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit zu begründen.<sup>24</sup> Vielmehr muss es sich gemäss Rechtsprechung und Lehre um wiederholte und krasse Irrtümer handeln, die zugleich als schwere Amtspflichtverletzung zu qualifizieren sind.<sup>25</sup> Solch schwerwiegende Mängel im Verfahren vermögen die Unbefangenheit dann in Frage stellen, wenn objektiv gerechtfertigte Anhaltspunkte bestehen, dass sich darin gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruht.<sup>26</sup> Gemäss Lehre besteht eine hinreichende Schwere der Pflichtverletzung etwa dann, wenn – wie auch bereits durch die Gesuchstellerin vorgebracht – die Amtsperson für den Verfahrensausgang relevante Dokumente systematisch zurückbehält.<sup>27</sup>

49. Im vorliegenden Fall liegt kein krasser und wiederholter Irrtum im Sinne der Rechtsprechung vor, in dem zugleich eine schwere Amtspflichtverletzung zu erblicken ist. Zunächst steht fest, dass der Fehler keine Konsequenzen gehabt hat, da er durch die Sekretariatsmitarbeiter selbst korrigiert wurde, was gegen eine Voreingenommenheit spricht. Die Gesuchstellerin hat weiter am 6. August 2010 Einsicht in das Aktenstück Nr. 82 erhalten und hatte danach bis zum 10. September 2010 Gelegenheit, sich zum Antrag des Sekretariates sowie zum betreffenden Aktenstück im Rahmen ihrer Stellungnahme vollständig zu äussern. Dies spricht gegen das Vorliegen eines Verfahrensfehlers, jedenfalls kann nicht von einem schwerwiegenden Verfahrensfehler gesprochen werden. Zudem liegt kein systematisches oder wiederholtes Zurückhalten von relevanten Dokumenten vor. Es bestehen daher keine objektiven Anhaltspunkte, aus denen auf eine fehlende Distanz und Neutralität der Sekretariatsmitarbeiter geschlossen werden könnte.

50. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass aus der "Falschangabe" im Zusammenhang mit Aktenstück Nummer 82 keine Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter folgt.

### **B.2.3 Zu den streitigen Äusserungen im Sekretariatsschreiben vom 28. Juni 2010**

51. Die Gesuchstellerin führt in ihrem Ausstandsbegehren aus, im Schreiben vom 28. Juni 2010 komme zum Ausdruck, dass sich die Sekretariatsmitarbeiter bereits vorzeitig eine feste Meinung zum Verfahrensausgang gebildet hätten. Dem entgegenen die Sekretariatsmitarbeiter, das Schreiben beziehe sich einzig auf die Rz 285 des Antrags, worin das Gespräch mit [Name des damaligen Vizedirektors] zur Sprache komme und damit zusammenhängend die Frage, ob sich die Gesprächsteilnehmer aufgrund von Äusserung des damaligen Vizedirektors [Name] auf eine allfällige Sanktionslosigkeit berufen könnten.

52. Um die Vorbringen der Gesuchstellerin sinnvoll prüfen zu können, wird an dieser Stelle das Schreiben vom 28. Juni 2010 wiedergegeben. Die beiden durch die Gesuchstellerin beanstandeten Sätze sind unterstrichen:

*[Anrede]*

*Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 25. Juni 2010. Bezüglich der in Rz 285 des Antragsentwurfs vom 27. Mai 2010 genannten Beratung müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir über keinerlei weitere Akten verfügen. Sämtliche Aktenstücke in unserem Besitze wurden Ihnen lückenlos zur Einsicht vorgelegt.*

*Gleichzeitig möchten wir Sie auf folgende Punkte aufmerksam machen: Erstens war der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert. Weiter möchten wir Sie mit Nachdruck auf die im Antragsentwurfes (Fn. 255) genannte Erwägung 7.4.5.4. des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 hinweisen. Schliesslich bitten wir Sie, in Betracht zu ziehen, dass die unseres Erachtens unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antragsentwurf zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 anzusiedeln sind (vgl. Rz 307 des Antragsentwurfs), während die genannte "Beratung" im September 2008 stattgefunden hat. In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten.*

<sup>21</sup> BGE 114 Ia 153, 158 E. 3b.bb; Urteil des BGer 1B\_234/2007 vom 31.01.2008 E. 4.4; BGE 116 Ia 28, 30 E. 2a mit Hinweisen.

<sup>22</sup> BGE 116 Ia 28, 30 E. 2a mit Hinweis; Urteil des BGer, 1B\_234/2007 vom 31.01.2008, E. 4.4.

<sup>23</sup> Urteil des BGer 1B\_234/2007 vom 31.01.2008, E. 4.4.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 444.

<sup>24</sup> BGE 114 Ia 153, 158 E. 3b.bb.

<sup>25</sup> BGE 125 I 119, 124 E. 3e, BGE 116 Ia 135 E. 3a; Urteil des BVGer B-2703/2010 vom 06.06.2010, E.2.4; Urteil des BGer 1P548/2005 vom 22.11.2005, E. 2.2; Urteil des BGer 1B\_234/2007 vom 31.01.2008, E. 4.4; SCHINDLER (Fn 5), 138.

<sup>26</sup> Urteil des BGer 5A\_206/2008 vom 23.05.2008, E. 2.2.; Urteil des BVGer B-2703/2010 vom 06.06.2010, E.4.4.

<sup>27</sup> FELLER (Fn 5), in: Kommentar VwVG, Art. 10 VwVG N 29.

*Sollten Sie entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein, könnten wir in Betracht ziehen, ein Gespräch mit dem betreffenden damaligen Mitarbeiter zu arrangieren, anlässlich dessen Sie Fragen stellen könnten. Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird.*

*Für allfällige Fragen steht Ihnen Herr [Name] ([Telefonnummer]; [E-Mail-Adresse]) gerne und jederzeit zur Verfügung.*

*[Grussworte und Unterschriften von [Name eines Vizedirektors] und [Name eines wissenschaftlichen Mitarbeiters]].*

53. Wie ausdrücklich aus dem Schreiben hervorgeht, nimmt dieses Bezug auf ein vorangegangenes Schreiben der Gesuchstellerin, in der diese das Sekretariat ersuchte, ihr sämtliche Akten in Zusammenhang mit Rz 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 zuzustellen.

54. Ferner bezieht sich das Schreiben in seinem zweiten Absatz wörtlich erstens auf den "damaligen Mitarbeiter" ([Name des damaligen Vizedirektors]) und zweitens die Erwägung 7.4.5.4 des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 in der steht:

*"Die Beschwerdeführer verweisen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des weiteren auf Aussagen des zuständigen Abteilungsleiters des Sekretariats bezüglich des weiteren Vorgehens. Hierzu ist festzuhalten, dass unabhängig davon, ob diese Gespräche in der von den Beschwerdeführern dargelegten Weise stattgefunden haben, sich nichts am Umstand der Sanktionierbarkeit ändern würde. Die Beschwerdeführer konnten jedenfalls nicht im guten Treuen davon ausgehen, der zuständige Abteilungsleiter wäre ermächtigt, die Sanktionskompetenz der Wettbewerbskommission durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen."*

55. Im Anschluss folgt drittens die Feststellung, dass die sog. "Beratung" ausserhalb der untersuchten Periode stattgefunden habe. Darauf folgt dann die umstrittene Äusserung, welche mit den Worten "*in Anbetracht dieser Umstände*" beginnt und damit einen klaren Bezug zu den vorangehenden Ausführungen in diesem Absatz nimmt. Gleichzeitig enthält der Satz eine klare Einschränkung der Thematik des Schreibens, indem eindeutig auf Rz 285 des Antrages Bezug genommen wird. Es heisst an dieser Stelle nämlich ausdrücklich "*[...] keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen [...]*".

56. Die Analyse des beanstandeten Satzes führt damit zum Ergebnis, dass er sich erstens nicht auf den Verfahrensausgang als solchen bezieht, sondern einzig auf die Frage, ob der Verfahrensausgang von allfälligen Äusserungen des damaligen Vizedirektors anlässlich des Treffens vom 9. September 2008 beeinflusst werden kann. In diesem Zusammenhang wird auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, welches mit einer beinahe identischen Wortwahl festhält, "*dass unabhängig davon, ob diese Gespräche in der von den Beschwerdeführern dargelegten Weise stattgefunden haben, sich nichts am Umstand der Sanktionierbarkeit ändern würde*". Die Aussage der Sekretariatsmitarbeiter

beschränkt sich damit weitgehend auf eine Wiedergabe der Rechtsprechung zum Vertrauensschutz, und zwar in einer vergleichbaren Situation, in welcher von den Beschwerdeführern vorgebracht worden war, ein Vizedirektor hätte in einem Gespräch Aussagen getätigt, welche eine Sanktionierbarkeit ausschliessen würden. Der fragliche Satz ist unter Berücksichtigung des Sachzusammenhangs daher nicht zu beanstanden.

57. Im dritten Absatz wird der Gesuchstellerin angeboten, ein Gespräch mit dem damaligen Vizedirektor zu organisieren, damit diesem Fragen zum Treffen vom 9. September 2010 gestellt werden können. Darauf folgt der zweite Satz, welcher gemäss der Gesuchstellerin die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter belegt: "*Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird*".

58. Zwar ist mit der Gesuchstellerin darin übereinstimmen, dass der letzte Satz des dritten Absatzes unglücklich formuliert ist. Seinem Kontext enthoben kann er durchaus missverstanden werden. Zu beachten ist jedoch, dass der Satz nicht wie von der Gesuchstellerin vorgebracht apodiktisch den Verfahrensausgang vorwegnimmt, sondern sich auch an dieser Stelle durch die Worte "*dass sich dadurch*" nichts an der rechtlichen Einschätzung ändern würde, eine klare Einschränkung der Tragweite des Satzes ergibt. Die Sekretariatsmitarbeiter bringen vor dem Hintergrund der vorangehenden Ausführungen ihre Auffassung zum Ausdruck, dass unabhängig vom genauen Inhalt des Gesprächs ein Vizedirektor die Sanktionierbarkeit gar nie ausschliessen könne, da die Sanktionskompetenz bei der WEKO liege.

59. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Endergebnis des Verfahrens weder Thema des Schreibens der Gesuchstellerin vom 25. Juni 2010, des Schreibens der Sekretariatsmitarbeiter vom 28. Juni 2010 noch von Rz 285 des Antrags ist, sondern die Frage, ob allenfalls erfolgte Zusicherungen eines Vizedirektors des Sekretariates einen Vertrauensschutz begründen und die Sanktionierung durch die WEKO ausschliessen können.

60. Soweit die Gesuchstellerin andeutet, das Schreiben der Sekretariatsmitarbeiter nehme Bezug darauf, ob die Gesuchstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt als die erste Selbstanzeigerin im Hauptverfahren eine Bonusmeldung eingereicht hat, kann dem nicht gefolgt werden. Wie der Direktor des Sekretariats in seinem Schreiben vom 13. August 2010 festgehalten hat und von der Gesuchstellerin auch nicht bestritten wird, ist die Frage des Vorliegens einer Selbstanzeige durch die Gesuchstellerin erstmals im Ausstandsbegehren vorgebracht worden und war zuvor nicht Gegenstand des Verfahrens. Aus diesem Grund können sich die Sekretariatsmitarbeiter in ihrem Schreiben gar nicht zu diesem Punkt geäussert haben.

61. Allenfalls könnte noch argumentiert werden, die klare Stellungnahme der Sekretariatsmitarbeiter, ob denn ein Vertrauensschutz in Frage komme, genüge auch schon für eine Befangenheit.

62. Gemäss Rechtsprechung zur richterlichen Unabhängigkeit, für welche ein strengerer Massstab gilt als für

verwaltungsinterne Verfahren,<sup>28</sup> vermögen Äusserungen zum Verfahrensausgang Zweifel an der Unbefangenheit zu erwecken, wenn sie über das Notwendige hinausgehen und mindestens indirekt auf eine bestimmte abschliessende Meinungsbildung schliessen lassen, weil ihnen z.B. die notwendige Distanz fehlt.<sup>29</sup>

63. Es ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass das Sekretariat zum Zeitpunkt des Schreibens vom 28. Juni 2010 seinen Antrag den Parteien bereits im Rahmen seiner gesetzlich vorgeschriebenen Pflichten (vgl. Art. 23 KG i.V.m. Art. 30 Abs. 2 KG) zur Stellungnahme versandt hatte. Sein rechtlicher Standpunkt mit Bezug auf den Verfahrensausgang stand also zum Zeitpunkt des Schreibens bereits seit einem Monat fest. Dieser Verfahrensablauf und die daraus resultierende Meinungsbildung der Sekretariatsmitarbeiter wurde vom Gesetzgeber festgelegt, darin kann keine Befangenheit liegen. Die zeitliche Reihenfolge macht zudem deutlich, dass sich die Stellungnahme vom 28. Juni 2010 nicht auf den Antrag ausgewirkt haben kann.

64. Auch bezüglich der rechtlichen Beurteilung des Gesprächs zwischen ASCOPA und dem damaligen Vizedirektor der WEKO wird im Zusammenhang mit der Frage des Vertrauensschutzes wird durch die Sekretariatsmitarbeiter eine klare Position vertreten. Dies ist ebenfalls nicht unzulässig, zumal sie ihre Schlussfolgerungen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abstützen. In den Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter kann daher nicht eine vorgefasste Meinung erblickt werden, welche auf eine fehlende innere Unabhängigkeit hindeuten würde.<sup>30</sup> Die Sekretariatsmitarbeiter haben sich vielmehr mit der Thematik vertieft auseinandergesetzt und weiter darauf hingewiesen, dass sich die Untersuchung des Sekretariats auf die Zeitspanne zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 beschränke, während das Gespräch mit [Name des damaligen Vizedirektors] im September 2008 stattgefunden habe. Dies bedeute notwendigerweise, dass [Name des damaligen Vizedirektors] mit Blick auf das in der Vergangenheit abgeschlossene Verhalten zwischen April 2004 und Januar 2008 keine Verhaltensempfehlungen mehr abgeben können. Er hätte höchstens die Sanktionslosigkeit des Verfahrens zusichern können. Die Möglichkeit einer solchen Zusicherung schlossen die Sekretariatsmitarbeiter durch die Aufführung der Erwägung 7.4.5.4 des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 aus. Die Sekretariatsmitarbeiter haben damit Argumentation vorgebracht, welche eine spezifische Rechtsfrage zwar zu Ungunsten der Gesuchstellerin beantwortet hat, aber die sich nicht auf sachfremde Elemente stützt und keineswegs auf eine Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter hindeutet.

65. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass die WEKO bei ihrem Entscheid weder an den Antrag noch an die Ausführungen des Sekretariates im Schreiben vom 28. Juni 2010 gebunden ist sondern in der rechtlichen Würdigung des Treffens vom 9. September 2010 völlig frei ist (vgl. auch unten Rz 70).

66. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Äusserungen im Schreiben vom 28. Juni 2010 keinen Ausstandsgrund begründen.

## B.2.4 Zu den Ausführungen in der Randziffer 285 des Antrages vom 27. Mai 2010

67. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden.<sup>31</sup> Gemäss Bundesgerichtsrechtsprechung kann selbst ein referierender Richter, welcher im Rahmen eines Richtergeriums miturteilt, grundsätzlich eine dezidierte Meinung vertreten, ohne damit Gefahr zu laufen, die Verfassung oder die Bestimmungen der EMRK zu verletzen.<sup>32</sup>

68. Das Bundesgericht hält fest, dass nicht-richterliche Amtspersonen *"im Wesentlichen nur dann in den Ausstand zu treten [haben], wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben, zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber der Partei ihre persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht haben [...] oder wenn ihnen Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten gegenüber dem Betroffenen hinauslaufen"*.<sup>33</sup> Dies gilt in besonderem Masse für Behörden, welche vom Gesetz her vorab den im Spiel stehenden öffentlichen Interessen Rechnung tragen müssen und daher als "Interessenvertreter des Gemeinwesens" gemäss Bundesgericht "bis zu einem gewissen Grad ‚parteiisch‘ sein" dürfen (z.B. der Kantonstierarzt).<sup>34</sup> Das Bundesgericht hat weiter festgehalten, dass Behörden, welche von ihrer Funktion her gehalten sind, Stellung zu einem bestimmten Sachverhalt zu nehmen oder in einem Verfahren als Partei aufzutreten.<sup>35</sup> So kann beispielsweise der Ausstand des Staatsanwaltes nicht verlangt werden, weil dieser aktiv die Anklage unterstützt.<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.2.1 m.w.H.; BGE 125 209 E 8; 112 Ia 142, 147 E. 2d.

<sup>29</sup> BGE 133 I 89, 93 E. 3.3.

<sup>30</sup> Vgl. zur Definition der Befangenheit: SCHINDLER (Fn 5), 6.

<sup>31</sup> BGE 127 I 196 E. 2b; Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24.03.2009, RPW 2009/3, 332, E.2.2.1, Wiederholung von Verfahrenshandlungen.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil des BGer 1P.687/2005, 1P.688/2005, 1P.697/2005, 1P.698/2005 vom 09.01.2006, E. 7.1; Urteil des BGer 1P.634/2002 vom 17.03.2003, E. 5.1.

<sup>33</sup> BGer 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006, E.3.2.

<sup>34</sup> Vgl. BGer 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006, E.3.2.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 125 I 119, 123 f. E. 3d und e.

<sup>36</sup> BGE 112 Ia 142, 148 in fine; 125 I 119, 124 E. 3e.

<sup>37</sup> BGE 125 I 119, 124 f. E. 3f.

69. Gemäss Bundesgericht ist bei der Beurteilung, ob die Mitglieder einer Behörde befangen sind, die gesetzgeberische Aufteilung ihrer Funktionen und Organisation zu beachten. Die gesetzlich vorgesehenen Funktionen der Behörde müssen beachtet werden, insbesondere bei der Beurteilung der Tragweite ihrer Erklärungen oder Stellungnahmen in der Sache. Grundsätzlich sind Stellungnahmen, die im Rahmen der normalen Ausführung einer regierenden, verwaltenden oder geschäftsleitenden Funktionen geäussert werden, nicht dazu geeignet auf den Anschein der Befangenheit zu schliessen und vermögen keinen Ausstand zu rechtfertigen.<sup>37</sup>

70. Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG liegt die Aufgabe des Sekretariats u.a. darin, die Untersuchungen durchzuführen und der WEKO Antrag zu stellen. Im Gegensatz dazu trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, welche nicht ausdrücklich einer anderen Behörde übertragen sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 19 Abs. 1 KG). Die WEKO ist weder durch den Antrag noch durch Schreiben des Sekretariats gebunden. Sie kann selbst Anhörungen beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG).

71. Aus der im Gesetz vorgesehenen Aufgabenteilung zwischen WEKO und Sekretariat geht hervor, dass das Sekretariat nicht nur den Sachverhalt zu untersuchen hat sondern seine Untersuchungstätigkeit mit einem begründeten Entscheidantrag abzuschliessen hat (Art. 30 Abs. 1 KG und Art. 12 Abs. 1 Bst. c Geschäftsreglement). "Die beschlussreife Vorbereitung der Entscheide beinhaltet zwingend aber auch die *materielle Würdigung des untersuchten Sachverhalts*"<sup>38</sup>, zu der sich die Parteien im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG äussern können.<sup>39</sup> In diesem Stadium ist es daher der Tätigkeit des Sekretariats inhärent, dass es sich in Bezug auf verschiedene tatsächliche und rechtliche Punkte eine Meinung gebildet hat. Es liegt in der Natur des Kartellverwaltungsverfahrens, dass sich das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung ein Bild über die Tatsachenlage verschafft und basierend darauf eine Würdigung der vorliegenden Beweise vornimmt und anschliessend rechtliche Schlüsse zieht. Amtliche Funktionen zwingen oft zum Entscheid über heikle oder umstrittene Fragen. Unterläuft dem Behördenmitglied in einem Verfahren ein Fehlentscheid in der Sache, steht in der Regel der Rechtsmittelweg gegen den betreffenden Hoheitsakt selber offen.<sup>40</sup>

72. Soweit die Gesuchstellerin mit ihren Vorbringen davon ausgeht, dass das Sekretariat bereits beim Versand des Antrags an die Verfahrensparteien ausnahmslos alle entlastenden und belastenden Beweise zu beachten hat, verkennt sie die Funktion der Antragszustellung im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG. Die Möglichkeit, im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung zu nehmen, erweitert nämlich ihren verwaltungsrechtlichen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 f. VwVG.<sup>41</sup> Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen gemeinsam sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die relevanten Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass sich der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in

nachvollziehbarer Weise begründet ist.<sup>42</sup> Alleine aus dem Umstand, dass Beweismittel, welche lediglich der Gesuchstellerin vorliegen, bis anhin nicht in der von ihr gewünschten Weise von der Behörde verwendet wurden, kann nicht auf die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als die Stellungnahmen zum Antragsentwurf zum Zeitpunkt des Gesuchs gar noch nicht vorlagen und vom Sekretariat noch nicht berücksichtigt werden konnten.

73. Aus dem Antrag ist zudem nicht ersichtlich, dass sich die Sekretariatsmitarbeiter von unsachlichen, ausserhalb des Falles liegenden Umständen beeinflussen hätten lassen, wie dies für das Vorliegen von Befangenheit in der Rechtsprechung zu Art. 10 VwVG vorausgesetzt wird.<sup>43</sup> Ferner ergibt sich aus dem Antrag auch nicht, dass die Sekretariatsmitarbeiter die zu erwartenden Stellungnahmen der Parteien nicht ernsthaft prüfen und berücksichtigen würden. Ebenso wenig geben sie zu erkennen, dass sie allfällig neu eingehende Beweismittel nicht beachten würden.

74. Weil ein Ausstandsverfahren in tatbeständlicher Hinsicht dazu dient, schwere, auf eine Amtspflichtverletzung hinauslaufende und zugleich die Unabhängigkeit tangierende Verfahrensfehler festzustellen, kann es zudem nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein, generell über allfällige unterschiedliche Auffassungen der Parteien betreffend die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu befinden.<sup>44</sup> Eine Befangenheit kann jedenfalls nicht aus einer Bagatelle abgeleitet werden, wie etwa der von der Gesuchstellerin vorgebrachte Umstand, im Antrag werde in Bezug auf die „Beratung“ durch den damaligen Vizedirektor die Formulierung verwendet, dieser habe "klar" darauf hingewiesen, dass der praktizierte Informationsaustausch "nicht gesetzeskonform" sei, während gemäss den Akten der Vizedirektor lediglich darauf hingewiesen habe, das Verhalten sei "kartellrechtlich problematisch". Gemäss der Gesuchstellerin spricht eine solche „Verdrehung von Aussagen“ für die abschliessende Meinungsbildung der Verfasser des Antragsentwurfes. Der Vorwurf der Verdrehung ist an dieser Stelle zurückzuweisen. Von einer Verdrehung könnte allenfalls dann die Rede sein, wenn der Vizedirektor den Informationsaustausch als kartellrechtlich unproblematisch qualifiziert hätte. Die im Antrag um Nuancen verstärkte Aussage durch Verwendung des Wortes "klar" kann nicht als objektiver Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Befangenheit gelten. Sie stellt allenfalls eine unpräzise Beweiswürdigung dar, welche die Gesuchstellerin bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme

<sup>38</sup> BILGER (Fn 6), 103.

<sup>39</sup> Vgl. zum Ganzen BSK-KG BANGERTER (Fn 4), Art. 23 N 29 und 33.

<sup>40</sup> FELLER (Fn 5), in: Kommentar VwVG, Art. 10 VwVG N 29.

<sup>41</sup> BGE 129 II 497 E.2.2; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/4, S. 722 ff., Fristerstreckung, Urteil des BGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, RPW 2010/2, 280, E. 6.3.2., Terminierungspreise im Mobilfunk.

<sup>42</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 678, E. 4., Ticketcorner.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 133 I 89 E. 3.2.

<sup>44</sup> Urteil des BVerfG B-2703/2010 vom 06.06.2010, E. 8.

zum Antrag rügen kann. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die Rz 285 und die gerügte Formulierung für die Qualifizierung der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Informationsaustausches im Antrag keine Bedeutung. Der Antrag des Sekretariates setzt sich über 39 Seiten hinweg vertieft mit der Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Informationsaustausches auseinander, während Rz 285 erst im anschliessenden Abschnitt zur Sanktionierbarkeit enthalten ist. Auch in dieser Hinsicht gilt es den Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen, um die geringfügige Bedeutung der von der Gesuchstellerin vorgebrachten Rüge in Zusammenhang mit der Formulierung der Rz 285 des Antrags zu erkennen.

75. Soweit die Gesuchstellerin also vorbringt, die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter folge bereits aus der Würdigung des Sachverhalts der Rz 285 des Antrags vom 27. Mai 2010, kann dieser Sichtweise nicht gefolgt werden.

### B.2.5 Zu der Pressemitteilung und den Äusserungen anlässlich der Tagesschau

76. Zum Schluss bleibt noch zu prüfen, ob sich eine Befangenheit durch die Pressemitteilung vom 28. Mai 2010 oder die gleichentags erfolgten Äusserungen von [Name eines Vizedirektors] im Rahmen der Tagesschau ergibt.

77. Die verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes sehen vor, dass die Eröffnung einer Untersuchung publiziert wird (Art. 28 KG) und dass die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können (Art. 48 Abs. 1 KG). Schliesslich statuiert Art. 49 Abs. 1 KG die Pflicht des Sekretariates und der WEKO, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu orientieren (Art. 49 Abs. 1 KG). Die Orientierung der Öffentlichkeit erfolgt oftmals in Form von Pressemitteilungen.<sup>45</sup> Es entspricht der Praxis des Sekretariates, die Öffentlichkeit über Geschäfte zu informieren, bezüglich welchen ein grosses Informationsinteresse besteht.<sup>46</sup> Dies kann beispielsweise bei der Eröffnung einer Vorabklärung der Fall sein oder auch wenn das Sekretariat seinen Antrag den Parteien zur Stellungnahme verschickt.<sup>47</sup>

78. Die Information der Öffentlichkeit über den Verfahrensstand stellt folglich nicht ein Befangenheitsgrund dar, sondern ist als Ausfluss der gesetzlichen Informationspflicht des Sekretariats zu sehen. Der Vergleich der Gesuchstellerin mit den Strafverfolgungsbehörden, welche keine Publikation vor Anhörung der angeschuldigten Partei vornehmen, geht alleine schon daher fehl. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Strafprozess die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft ebenfalls angibt, welche Straftatbestände ihrer Auffassung nach erfüllt sind (Art. 325 StPO<sup>48</sup>) und welche Sanktionen beantragt sind (Art. 326 StPO). Die Hauptverhandlung beginnt mit der Bekanntgabe der Anträge der Staatsanwaltschaft (Art. 340 Abs. 2 StPO). Aufgrund der Öffentlichkeit der Verhandlung (vgl. Art. 69 Abs. 1 StPO) werden die Anträge oftmals bereits zu Beginn des Prozesses in den Medien wiedergegeben.<sup>49</sup> Teilweise informiert die Staatsanwaltschaft aber auch selbst und bereits vor Prozessbeginn im Rahmen einer Medienmitteilung über die Anklageerhebung und ihre Anträge.<sup>50</sup> Ein Pressemitteilung eines Mitglieds einer Untersuchungs- oder Entscheidbehörde führt denn auch nicht per se zu dessen Befangenheit.<sup>51</sup>

79. In der vorliegenden Pressemitteilung wird die Öffentlichkeit darüber informiert, dass die Untersuchung mittels Antrag abgeschlossen wurde. Aus dem Text der Pressemitteilung geht deutlich hervor, dass die Parteien "*nun zum Antrag Stellung nehmen*" können und "*nach Eingang der Stellungnahmen und allfälligen Anhörungen die WEKO ihren Entscheid fällen*" werde. Es folgt daraus also unzweideutig, dass der auf den Antrag des Sekretariates nachfolgende verfahrensabschliessende Entscheid der WEKO noch nicht gefällt wurde. Gleichzeitig geht aus der Pressemitteilung auch klar hervor, dass es sich beim Antrag nicht um den Entscheid handelt. Die Pressemitteilung ist daher inhaltlich korrekt und nicht vorverurteilend. Diese Vorgehensweise wurde vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen.<sup>52</sup> Eine Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter liegt daher nicht vor.

80. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die Voreingenommenheit aus den Aussagen von [Name eines Vizedirektors] gegenüber der Tagesschau resultieren sollte. Selbst wenn durch sie der Anschein erweckt worden wäre, dass die Untersuchung der WEKO schon abgeschlossen war, kann er nicht für die allenfalls missverständliche teilweise Wiedergabe seiner in der Tagesschau gemachten Aussagen und für eine eventuelle Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen durch die Medien verantwortlich gemacht werden.<sup>53</sup>

81. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass weder aus der Pressemitteilung noch dem Interview in der Tagesschau Umstände abgeleitet werden können, die nach objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 01.06.2010, E. 11, Strassenbeläge Tessin; vgl. auch SHK-KG KOLLER (Fn. 9), Art. 49 N 2 f.; BSK-KG NYDEGGER/NADIG, Art. 49 N 6.

<sup>46</sup> Vgl. PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, Rz 12.16.

<sup>47</sup> Vgl. etwa Medienmitteilungen des Sekretariates vom 28.05.2010, 10.02.2009, 13.11.2008, 10.01.2007

<sup>48</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; StPO; Datum des Inkrafttretens 1. Januar 2011).

<sup>49</sup> Vgl. etwa aktuell die Berichterstattung zum Mord im Berner Florapark: [www.derbund.ch/bern/Florapark-Staatsanwalt-verlangt-Verwahrung-fuer-Taeterin/story/17904020](http://www.derbund.ch/bern/Florapark-Staatsanwalt-verlangt-Verwahrung-fuer-Taeterin/story/17904020); (10.09.2010); oder im "Sihlquai"-Prozess gegen gewalttätige Zuhälter: [www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/ich-bin-nur-ein-einfacher-Strafverfolger/story/13115340?dossier\\_id=702](http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/ich-bin-nur-ein-einfacher-Strafverfolger/story/13115340?dossier_id=702) (10.09.2010) mit Aussagen des Zürcher Oberstaatsanwaltes zum Fall.

<sup>50</sup> Vgl. etwa die Medienmitteilung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Oktober 2009 (<http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/Diverses/Medien/Medienmitteilungen.pdf>; 09.10.2010) zur Anklageerhebung wegen Irreführung der Rechtspflege im Fall einer brasilianischen Staatsangehörigen, welche behauptet hatte von Skinheads verletzt worden zu sein. Vgl. weiter die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 3. August 2010 "Versuchtes Tötungsdelikt mit Sprengstoff in Zürich-Höngg kommt vor Gericht" ([www.ba.admin.ch/ba/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/2010-08-03.html](http://www.ba.admin.ch/ba/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/2010-08-03.html); 09.10.2010) oder die Medienmitteilung der Staatsanwaltschaft Solothurn über die Anklageerhebung gegen die Post wegen Geldwäscherei ([www.so.ch/fileadmin/internet/bjd/bjstw/pdf/22.07.2010%20Staatsanwaltschaft%20erhebt%20Anklage%20gegen%20die%20Post.pdf](http://www.so.ch/fileadmin/internet/bjd/bjstw/pdf/22.07.2010%20Staatsanwaltschaft%20erhebt%20Anklage%20gegen%20die%20Post.pdf); 09.10.2010).

<sup>51</sup> Vgl. Urteil des BGer 1P. 347/2002 vom 25.09.2002, E. 3.2.

<sup>52</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil des BVGer B-420/2008 vom 01.06.2010, E. 11, Strassenbeläge Tessin.

<sup>53</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil des BVGer B-420/2008 vom 01.06.2010, E. 11, Strassenbeläge Tessin.

**B.2.6 Fazit**

82. Das Gesuch auf Ausstand des [Name eines Vizedirektors] und des wissenschaftlichen Mitarbeiters [Name] ist abzuweisen, da keine Ausstandsgründe gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG vorhanden sind.

**C Kosten**

83. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG (Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Das vorliegende Gesuch ist unbegründet, weshalb die Kosten vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen sind.

84. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

85. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.– Die aufgewendete Zeit beträgt 27.5 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 5'500.–

**D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt der Präsident der Wettbewerbskommission:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 5'500.-- werden der Verfügungsadressatin auferlegt.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	<b>1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern</b>

*Urteil (B-7483/2010) des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Juni 2011 in Sachen A GmbH gegen Wettbewerbskommission betreffend Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern (Zwischenverfügung vom 15. September 2010 des Präsidenten der WEKO)*

**Sachverhalt:**

**A.**

A.a Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) führt eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, zitiert in E. 2.2) gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie, nachfolgend: ASCOPA) und dessen Mitglieder wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG (...). Im Rahmen der Untersuchung soll insbesondere geprüft werden, ob sich der Informationsaustausch, wie er zwischen den Verbandsmitgliedern angeblich betrieben wurde, auf das Wettbewerbsverhalten der Mitglieder ausgewirkt hat und eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt (vgl. Medienmitteilung vom 2. Dezember 2008, online unter: [www.WEKO.admin.ch](http://www.WEKO.admin.ch) > Aktuell > Medieninformationen). Gegenstand der Untersuchung bildet u.a. auch das Verhalten der A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

A.b Die Untersuchung wird namentlich durch X. \_\_\_\_\_, (...), sowie Y. \_\_\_\_\_, (...), geführt. Sie war am 1. Dezember 2008 gestützt auf die Bonusmeldung einer Selbstanzeigerin vom 17. Oktober 2008 eröffnet worden. Diese enthielt Hinweise, dass im Rahmen und unter Mitwirkung von ASCOPA regelmässig sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden, die sich auf die Preisgestaltung der Mitglieder beziehen (vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2008, publiziert im Bundesblatt, BBl 2008 9197).

A.c Zuvor hatte am 9. September 2008 ein Gespräch zwischen Z. \_\_\_\_\_ (...), Vertretern der ASCOPA sowie dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin stattgefunden. Dem Vernehmen nach wurde bei diesem Treffen der von der ASCOPA und ihren Mitgliedern gepflegte Informationsaustausch besprochen. Ein schriftliches Protokoll zum Treffen vom 9. September 2008 wurde nicht erstellt.

Am 6. Februar 2009 erkundigte sich Y. \_\_\_\_\_ im Auftrag des Sekretariats telefonisch bei Z. \_\_\_\_\_ über den Inhalt und Gegenstand des Treffens vom 9. September 2008. Er fasste dieses Telefonat in einer Telefonnotiz zusammen (vgl. act. 82).

A.d Am 27. Mai 2010 stellte das Sekretariat den am Verfahren Beteiligten, darunter der Beschwerdeführerin, den "Antrag vom 27. Mai 2010" zusammen mit dem Aktenverzeichnis zur schriftlichen Stellungnahme zu (nachfolgend "Antrag" bzw. "Antrag vom 27. Mai 2010" oder "Antragsentwurf" genannt; das Sekretariat bezeichnet das Dokument u.a. im Begleitschreiben vom 27. Mai 2010 als "Entwurf des Antrages des Sekretariats"). Der Antrag sieht eine Sanktionierung der meisten der beteiligten Unternehmen wegen Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b i.V.m. Abs. 1 KG vor. Die Zeitspanne, während der sämtliche Unternehmen am zur Last gelegten Informationsaustausch teilgenommen hätten, habe sich vom 1. April 2004 bis am 31. Januar 2008 erstreckt (vgl. Antrag Ziff. 307).

Auch die Beschwerdeführerin soll laut dem Antrag an unzulässigen Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben sowie an einer unzulässigen Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Unternehmen beteiligt gewesen sein. Es wird beantragt, die Beschwerdeführerin für die festgestellten Wettbewerbsverstösse gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von Fr. 25'449'270.- zu belasten.

Ziff. 285 des Antrags erwähnt das vorstehend genannte Treffen mit Z. \_\_\_\_\_ (vgl. A.c), indem im Kontext der "Vorwerfbarkeit" des kartellwidrigen Verhaltens darauf hingewiesen wird, dass sich der Präsident der ASCOPA zusammen mit einem Mitglied des Komitees und der Verbandssekretärin am 9. September 2008 von einem damaligen Mitarbeiter des Sekretariats habe beraten lassen. Dieser habe klar darauf hingewiesen, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei (vgl. Antrag Ziff. 285).

A.e Am 28. Mai 2010 veröffentlichte das Sekretariat eine Medienmitteilung ("Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche"). Gleichentags äusserte sich X. \_\_\_\_\_ in der Tagesschau des Schweizer Fernsehens zur vorliegenden Untersuchung.

A.f Am 10. Juni 2010 machte die Beschwerdeführerin von ihrem Akteneinsichtsrecht Gebrauch. Darauf ersuchte sie das Sekretariat mit Schreiben vom 25. Juni 2010 um Zustellung der vollständigen Akten der WEKO betreffend die in Ziff. 285 des Antrags erwähnte Beratung mit Z. \_\_\_\_\_ vom 9. September 2008 zwecks Einsichtnahme. Das Sekretariat, handelnd durch X. \_\_\_\_\_ und Y. \_\_\_\_\_, teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28. Juni 2010 mit, dass es bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung über keinerlei weitere Akten verfüge. Sämtliche Aktenstücke

in seinem Besitz seien der Beschwerdeführerin lückenlos zur Einsicht vorgelegt worden.

Zudem führte das Sekretariat im Schreiben vom 28. Juni 2010 Folgendes aus:

"Gleichzeitig möchten wir Sie auf folgende Punkte aufmerksam machen: Erstens war der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert. Weiter möchten wir Sie mit Nachdruck auf die im Antragsentwurf (Fn. 255) genannte Erwägung 7.4.5.4. des BVE B-2977/2007 vom 27. April 2010 hinweisen. Schliesslich bitten wir Sie in Betracht zu ziehen, dass die unseres Erachtens unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antragsentwurf zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 anzusiedeln sind (vgl. Rz. 307 des Antragsentwurfs), während die genannte "Beratung" im September 2008 stattgefunden hat. In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten.

Sollten Sie entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein, könnten wir in Betracht ziehen, ein Gespräch mit dem betreffenden damaligen Mitarbeiter zu arrangieren, anlässlich dessen Sie Fragen stellen könnten. Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird."

Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 ersuchte die Beschwerdeführerin das Sekretariat um Einsicht in die gemäss Aktenverzeichnis als "nicht einsehbar" qualifizierten act. 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84. Diese waren im Aktenverzeichnis mit Ausnahme von act. 41 (...) als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" bezeichnet.

Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 12. Juli 2010 und legte der Beschwerdeführerin den "wesentlichen Inhalt" der fraglichen Aktenstücke offen. Den Inhalt von act. 82, welches das Aktenverzeichnis ebenfalls als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" beschrieb, fassten X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ namens des Sekretariats wie folgt zusammen:

"Act. 82: Telefonnotiz vom 6.02.2009: Gespräch mit dem früheren Mitarbeiter des Sekretariats, welcher bestätigte ein Gespräch mit ASCOPA geführt zu haben. Er konnte sich nicht an die Personennamen der beim Gespräch anwesenden Personen entsinnen. Er habe die Verbandsleitung von ASCOPA darauf hingewiesen, dass ihr Verhalten kartellrechtlich problematisch sei. Es gebe keine schriftlichen Dokumente zu diesem Gespräch."

Weiter hält das Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 einleitend fest, dass act. 82 keine Informationen enthalte, welche nicht schon im Antrag vom 27. Mai 2010 enthalten seien (mit Verweis auf Ziff. 285 des Antrags). Zudem sei die Notiz aufgrund ihrer Vagheit und des Umstandes, dass sie nicht im Rahmen einer protokollierten Einvernahme stattgefunden habe, nicht zitierfähig gewesen.

**A.g** Darauf reichte die Beschwerdeführerin am 16. Juli 2010 ein Ausstandsgesuch zu Händen des Präsidenten

der WEKO ein mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung (...) – ASCOPA befangen seien oder zumindest objektiv als befangen erschienen. Die beiden Herren seien zu verpflichten, in der Untersuchung (...) in den Ausstand zu treten.

Zur Begründung betonte die Beschwerdeführerin, dass die Besprechung vom 9. September 2008 höchste Bedeutung erhalte. Die Beschwerdeführerin habe nämlich durch die Information des damals zuständigen (...) Z.\_\_\_\_\_ über den Austausch von Preisinformationen, Umsatzinformationen und Informationen betreffend Werbeausgaben an der Aufdeckung einer nach heutiger Meinung des Sekretariats bestehenden Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt. Sie sei im Fall eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 KG daher berechtigt, gestützt auf Art. 49a KG eine ganze oder zumindest teilweise Reduktion von Sanktionen zu verlangen. Die Bonusmeldung der Selbstanzeigerin vom 17. Oktober 2008 habe nicht die erste Information gebildet, welche die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens ermöglicht habe. Zudem stelle sich die Frage des Vertrauensschutzes in die Äusserungen des damaligen (...) Z.\_\_\_\_\_. Dieser habe das offen gelegte Informationsverhalten explizit als Verhalten gewürdigt, das nicht mit dem Risiko einer unmittelbaren Sanktion durch das Kartellgesetz bedroht sei. Eine genaue Abklärung der Umstände und des Gegenstandes der im Antrag in Ziff. 285 aufgeführten Beratung sei unter den gegebenen Umständen von grösster Bedeutung.

Es sei nicht nachvollziehbar, dass das Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 festhalte, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"in Anbetracht dieser Umstände (...) aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zugunsten ihrer Klientin ableiten"* könne. Mit dieser apodiktischen Feststellung und der weiteren Aussage im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sich die rechtliche Einschätzung des Sekretariats auch nach einer allfälligen Befragung von Z.\_\_\_\_\_ nicht ändern werde, hätten X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ ihre Befangenheit aufgezeigt. Die vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis werde von den genannten Personen explizit und schriftlich festgehalten.

Auch mit der Medienmitteilung und dem Tagesschau-Interview habe X.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gegeben, dass er eine vorzeitig gebildete, feste Meinung über das Verfahrensergebnis habe.

Zudem belege das Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010, dass dessen Behauptung im Schreiben vom 28. Juni 2010, sämtliche Aktenstücke bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung seien "lückenlos zur Einsicht vorgelegt" worden, unwahr sei: Als act. 82 bestehe offensichtlich eine Notiz grösster Wichtigkeit vom 6. Februar 2009 betreffend ein Telefonat mit dem früheren Sekretariatsmitarbeiter Z.\_\_\_\_\_. Es sei nicht verständlich, dass X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ die Existenz dieses Dokuments in einer ersten Phase verneint und dieses Dokument in einer zweiten Phase nicht offen gelegt, sondern nur rudimentär zusammengefasst hätten. Bei der Durchsicht der Akten

des Sekretariats habe des Weiteren festgestellt werden müssen, dass die Verfasser des Schreibens vom 28. Juni 2010 weitere Dokumente zur Beratung vom 9. September 2008 unberücksichtigt gelassen hätten, auf welche hätte hingewiesen werden müssen. Eine derartige Falschangabe müsse zum Ausstand der Verfasser der Falschangabe führen.

Dazu komme, dass die gemäss dem Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 "vage" und "nicht zitierfähige" Telefonnotiz mit einem Hinweis auf "kartellrechtlich problematisches" Verhalten in Ziff. 285 des Antrags "pour le besoin de la cause" in einen "klaren" Hinweis auf fehlende Gesetzeskonformität umgedeutet worden sei. Eine solche Verdrehung von Aussagen spreche wiederum für die abschliessende Meinungsbildung, die bei den Verfassern des Antrags vom 27. Mai 2010 vorliege.

**A.h** Mit Eingabe vom 21. Juli 2010 an das Sekretariat verlangte die Beschwerdeführerin "vollständige Akteneinsicht" in die act. 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84. Diesem Ersuchen kam das Sekretariat in der Folge nach und gewährte der Beschwerdeführerin Zugang zu den fraglichen, gemäss Aktenverzeichnis als "nicht einsehbar" taxierten, Aktenstücken. Am 6. August 2010 konnte die Beschwerdeführerin namentlich auch Einsicht in act. 82 nehmen.

**A.i** Am 10. September 2010 reichte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat ihre Stellungnahme zum Antrag ein.

**A.j** Mit Zwischenverfügung vom 15. September 2010 wies der Präsident der WEKO (nachfolgend auch: Vorinstanz) das Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin vom 16. Juli 2010 ab und auferlegte die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 5'500.– der Verfügungsadressatin. Der Präsident der WEKO hielt zusammenfassend dafür, dass sich aus keinem der vorgebrachten Gründe eine Befangenheit der beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeiter ergebe: Eine solche folge weder aus der "Falschangabe" im Zusammenhang mit act. 82 noch den Äusserungen des Sekretariats im Schreiben vom 28. Juni 2010. Ebenso wenig könne der Sichtweise der Beschwerdeführerin gefolgt werden, die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter folge bereits aus der Würdigung des Sachverhalts in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010. Auch aus der Pressemitteilung vom 28. Mai 2010 und dem Interview von X.\_\_\_\_\_ in der Tagesschau könnten keine Umstände abgeleitet werden, die nach objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten.

## B.

**B.a** Gegen diese Zwischenverfügung führt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Oktober 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

" 1. Es sei die Zwischenverfügung vom 15. September 2010 des Präsidenten der Wettbewerbskommission in der Untersuchung (...) aufzuheben, und es sei festzustellen, dass [X.\_\_\_\_\_], (...), und [Y.\_\_\_\_\_], (...), in der Untersuchung (...) befan-

gen sind oder zumindest objektiv als befangen erscheinen.

2. [X.\_\_\_\_\_], (...), und [Y.\_\_\_\_\_], (...), seien zu verpflichten, in der Untersuchung (...) in den Ausstand zu treten." (3. Kosten- und Entschädigungsfolge).

Zur Begründung dieser Begehren führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ihre bereits im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 vorgetragene Argumentation weiter aus: Sie betont erneut die entscheidende Bedeutung, welche dem Treffen vom 9. September 2008 mit Z.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG sowie die Frage nach dem Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin zukomme, und leitet den Anschein der Befangenheit der beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeiter aus den verschiedenen Umständen im Zusammenhang mit diesem Treffen ab. Weiter zeigten die Medienmitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 über die angebliche Feststellung von Preis- und Mengenabsprachen in der Kosmetikindustrie und das von X.\_\_\_\_\_ gleichentags gewährte Interview in der Tagesschau des schweizerischen Fernsehens deutlich, dass die verantwortlichen Mitarbeiter sich bereits ein abschliessendes Bild über den Fall gemacht hätten, bevor die betroffenen Parteien überhaupt angehört worden seien. Neu wird geltend gemacht, der Anschein der Befangenheit werde durch offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen im Antrag bestätigt. Der Anschein von Befangenheit ergebe sich u.a. auch aus einer Häufung von Verfahrensfehlern. Die angefochtene Verfügung beziehe sich nur auf die einzelnen Vorwürfe, ohne sich mit dem entscheidenden Gesamtbild zu befassen. Dieses zeige objektiv auf, dass die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats ihre Aufgaben in dieser Untersuchung nicht unvoreingenommen erfüllen würden.

**B.b** Zusätzlich zu den vorstehend (vgl. B.a) erwähnten Rechtsbegehren stellte die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vom 18. Oktober 2010 den prozessualen Antrag, die WEKO sei anzuweisen, die Untersuchung (...) bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Beschwerde zu sistieren. Eventualiter sei die WEKO anzuweisen, die Untersuchung (...) bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Beschwerde ohne die Mitwirkung von X.\_\_\_\_\_ und von Y.\_\_\_\_\_ fortzusetzen.

Der Präsident der WEKO reichte am 3. November 2010 aufforderungsgemäss eine separate Stellungnahme zu diesen prozessualen Begehren ein. Darauf trat die Instruktionsrichterin mit Zwischenverfügung vom 19. November 2010 infolge Unzulässigkeit auf das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht ein und wies das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ab.

**B.c** Am 23. November 2010 liess sich der Präsident der WEKO in der Hauptsache vernehmen. Er beantragt, die Beschwerde sei unter Kostenfolgen abzuweisen. Selbst unter Berücksichtigung aller durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente im Sinne eines "Gesamtbilds" lägen keine objektiven Anhaltspunkte für eine Befangenheit vor.

**C.**

Weitere Ausführungen der Parteien werden, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen dargestellt.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Die Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 15. September 2010 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig. Diese Verfügungen können später nicht mehr angefochten werden (Art. 45 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die vorliegende, vom Präsidenten der WEKO erlassene Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist davon besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert. Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und der Rechtvertreter verfügt über eine rechtsgültige Vollmacht. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

**2.**

**2.1.** Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und bbis VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

**2.2.** Nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht

davon abweicht. Für den vorliegend strittigen Ausstand von Angehörigen des Sekretariates ist Art. 10 VwVG massgebend, da Art. 22 KG lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern regelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.1).

**2.3.** Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 74; RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 10 N. 5). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (vgl. BGE 127 I 196 E. 2b, BGE 119 V 456 E. 5b; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 247; SCHINDLER, a.a.O., S. 91 f.). Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt; es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3, mit Hinweisen).

**3.**

Im vorliegenden Fall kommt keiner der in Art. 10 Abs. 1 Bst. a–c VwVG erwähnten Ausstandsgründe in Betracht. Zu prüfen ist hingegen, ob X.\_\_\_\_\_ und/oder Y.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG "aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten".

**3.1.** Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bildet einen Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den "anderen Gründen" handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2, BGE 133 I 89 E. 3.3). Dasselbe gilt für Ratschläge an eine Partei, insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind (vgl. ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 5a N. 14; SCHINDLER, a.a.O., S. 136; FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 26). Zur begründeten Besorgnis der Befangenheit kann auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände führen, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme einer Ausstandspflicht aufweisen (SCHINDLER, a.a.O., S. 139).

**3.2.** Vorliegend wirft die Beschwerdeführerin den beiden betroffenen Angehörigen des Sekretariats einerseits vor, sie hätten sich vorzeitig eine feste Meinung über das Verfahrensergebnis gebildet: Diese Meinung hätten sie im Schreiben vom 28. Juni 2010 explizit und schriftlich festgehalten (vgl. nachfolgend E. 4.1). X.\_\_\_\_\_ habe seine vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis zudem am 28. Mai 2010 mit der Medienmitteilung und dem Tagesschau-Interview zum Ausdruck gebracht (vgl. nachfolgend E. 4.2). Des Weiteren spreche der Umstand für die abschliessende Meinungsbildung der Verfasser des Antrags vom 27. Mai 2010, dass die von Y.\_\_\_\_\_ verfasste Telefonnotiz zum Telefonat vom 6. Februar 2009 mit Z.\_\_\_\_\_ betreffend dem Treffen vom 9. September 2008 in Ziff. 285 des Antrags in einen "klaren" Hinweis auf fehlende Gesetzeskonformität umgedeutet worden sei, obwohl es sich bei dieser Telefonnotiz gemäss dem Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 noch um eine "vage" und "nicht zitierfähige" Notiz mit einem Hinweis auf "kartellrechtlich problematisches" Verhalten gehandelt habe (vgl. act. 82, nachfolgend E. 4.3).

Andererseits begründet die Beschwerdeführerin die geltend gemachte Ausstandspflicht von X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ sinngemäss mit einer Häufung von Verfahrensfehlern bzw. Fehlentscheiden in der Sache: Die Beschwerdeführerin argumentiert in diesem Zusammenhang u.a. mit der "Falschaussage" im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sämtliche Aktenstücke bezüglich des in Ziff. 285 des Antrags genannten Treffens vom 9. September 2008 "*lückenlos zur Einsicht vorgelegt*" worden seien, der falschen Bezeichnung der Telefonnotiz von Y.\_\_\_\_\_ vom 6. Februar 2009 im Aktenverzeichnis als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" sowie mit angeblich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen im Antrag (vgl. nachfolgend E. 5).

#### 4.

Nachfolgend wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, die beiden betroffenen Sekretariatsangehörigen hätten aufgrund einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis in den Ausstand zu treten.

**4.1.** Diesbezüglich fragt sich zunächst, ob die Äusserungen im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 einen entsprechenden Ausstandgrund begründen (vgl. im Sachverhalt unter A.f).

**4.1.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ hätten ihre Befangenheit mit der apodiktischen Feststellung in diesem Schreiben, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin "in Anbetracht dieser Umstände (...) aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zugunsten ihrer Klientin ableiten" könne und der weiteren Aussage, dass sich die rechtliche Einschätzung des Sekretariats auch nach einer allfälligen Befragung von Z.\_\_\_\_\_ nicht ändern werde, aufgezeigt.

Die Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Ziff. 285 des Antrags gemachten Ausführungen zu eigenen Gunsten ableiten könne, erwecke objektiv den Anschein, dass die

Autoren dieses Schreibens nicht gewillt gewesen seien, die Umstände, den Inhalt und die Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 abzuklären. So sei das im Schreiben vom 28. Juni 2010 aufgeführte Argument, dass der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert gewesen sei, falsch und irrelevant, da die Handlungen und das Wissen von Z.\_\_\_\_\_ in seiner damaligen Funktion als (...) des Sekretariats dem Sekretariat auch weiterhin zuzurechnen seien. Hinsichtlich dem Verweis im Schreiben vom 28. Juni 2010 auf Erwägung 7.4.5.4 des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 sei zu beachten, dass entgegen den dortigen Ausführungen von einer Zusicherung der Sanktionslosigkeit durch Z.\_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 bis zu diesem Zeitpunkt nirgendwo die Rede gewesen sei. Entscheidend sei vielmehr gewesen, dass das Sekretariat bereits am 9. September 2008 Informationen über das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten erhalten habe, was für eine allfällige Sanktionsbefreiung in Anwendung von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG relevant sei. Irrelevant sei auch das dritte Argument im Schreiben vom 28. Juni 2010, wonach die fragliche Wettbewerbsbeschränkung zwischen dem 1. April 2004 und dem 31. Januar 2008 anzusiedeln sei, während die "Beratung" durch Z.\_\_\_\_\_ erst im September 2008 stattgefunden habe. Bei der Besprechung am 9. September 2008 sei es gerade um den in der Vergangenheit von ASCOPA-Mitgliedern gepflegten Informationsaustausch und damit gerade um das nun den Gegenstand der Untersuchung bildende Verhalten gegangen. Aber auch das gegenwärtige und künftige Verhalten sei Gegenstand der Besprechung gewesen. Entscheidend sei wiederum, dass die Tatsache der Besprechung im September 2008 und ihre Bedeutung für die Anwendbarkeit von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG durch das Sekretariat in diesem Schreiben erneut unbeachtet geblieben sei.

Auch aus dem dritten Absatz des Schreibens vom 28. Juni 2010 gehe die Unwilligkeit, die Umstände, den Gegenstand und die Bedeutung der Besprechung am 9. September 2008 abzuklären, hervor. Dort werde zwar in Betracht gezogen, gegebenenfalls ein Gespräch mit Z.\_\_\_\_\_ zu arrangieren. X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ hätten aber ausdrücklich darauf hingewiesen, "dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird." Mit anderen Worten hätten X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ mit Bezug auf die Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 eine vorgefasste Meinung gehabt und seien nicht bereit gewesen, diese abzuändern. Damit hätten sie objektiv den Anschein der Befangenheit erweckt. Ein unbefangener Leser des Briefes vom 28. Juni 2010 könne diesen nur so verstehen, dass die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats auch nach zusätzlichen Abklärungen zur Besprechung vom 9. September 2008 ihre Meinung nicht ändern würden. Die Mitarbeiter des Sekretariats hätten sich mit anderen Worten nicht bereit erklärt, gegebenenfalls entlastende Erkenntnisse aus der zusätzlichen Abklärung zur Besprechung vom 9. September 2008 in ihre Beurteilung einzuschliessen. Damit hätten sie gezeigt, dass sie ihrer Pflicht zur unvoreingenommenen Abklärung von belastenden und entlastenden Sachverhaltselementen nicht nachkommen wollten. Weiter übersehe die Vorin-

stanz, dass die Aufgabe des Sekretariats mit dem Versand des Antrags an die Parteien zur Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG keineswegs abgeschlossen sei. Es sei dessen Aufgabe, die Stellungnahmen der Parteien zu prüfen und sodann zu entscheiden, ob die Untersuchung zu ergänzen und ob der Antrag abgeändert werde. Die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats müssten ihren Aufgaben auch nach Zustellung des Antrags unbefangen, objektiv und unvoreingenommen nachkommen können und gegebenenfalls neuen Anhaltspunkten mit Relevanz für das Untersuchungsergebnis nachgehen. Indem X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ am 28. Juni 2010 explizit festgehalten hätten, dass ihre rechtliche Einschätzung sich nicht mehr ändern würde, könne objektiv kein unvoreingenommenes weiteres Vorgehen von diesen Mitarbeitern erwartet werden.

**4.1.2.** Die Vorinstanz bestreitet, dass die Äusserungen im Schreiben vom 28. Juni 2010 einen Ausstandsgrund begründen. Aus der Lektüre des gesamten Schreibens, des zitierten Entscheides und des zeitlichen Zusammenhangs erschliesse sich, dass die Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Vertrauensschutz zu verstehen seien (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 3 f.). Das fragliche Schreiben beziehe sich einzig auf die Frage, ob sich die Teilnehmer des Gesprächs mit Z.\_\_\_\_\_ aufgrund von dessen Äusserungen auf eine allfällige Sanktionslosigkeit berufen könnten (vgl. Rz. 51 der angefochtenen Zwischenverfügung). Das Endergebnis des Verfahrens sei weder Thema des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2010, des Schreibens der Sekretariatsmitarbeiter vom 28. Juni 2010 noch von Ziff. 285 des Antrags gewesen, sondern die Frage, ob allenfalls erfolgte Zusicherungen eines (...) des Sekretariats einen Vertrauensschutz begründen und die Sanktionierung durch die WEKO ausschliessen könnten.

Die Aussage der Sekretariatsmitarbeiter weise auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hin und beschränke sich weitgehend auf eine Wiedergabe der Rechtsprechung zum Vertrauensschutz, und zwar in einer vergleichbaren Situation, in welcher vorgebracht worden sei, ein (...) hätte in einem Gespräch Aussagen getätigt, welche eine Sanktionierbarkeit ausschliessen würden. Die Analyse des Satzes *"In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten"* führe zum Ergebnis, dass sich dieser einzig auf die Frage beziehe, ob der Verfahrensausgang von allfälligen Äusserungen des damaligen (...) anlässlich des Treffens vom 9. September 2008 beeinflusst werden könne. Der Satz sei unter Berücksichtigung des Sachzusammenhangs nicht zu beanstanden (vgl. Rz. 56 der angefochtenen Zwischenverfügung).

Entgegen der Beschwerdeführerin belege auch der Satz *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"* keine Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter. Zwar sei dieser Satz unglücklich formuliert. Zu beachten sei jedoch, dass der Satz nicht apodiktisch den Verfahrensausgang vorwegnehme, sondern die Sekretariatsmitarbeiter auch darin ihre Auffassung

zum Ausdruck bringen würden, dass unabhängig vom genauen Inhalt des Gesprächs ein (...) die Sanktionierbarkeit gar nie ausschliessen könne, da die Sanktionskompetenz bei der WEKO liege (vgl. Rz. 58 der angefochtenen Zwischenverfügung). Eine Aussage zur Frage des Vorliegens einer Selbstanzeige durch die Beschwerdeführerin resp. zur Frage, ob der Besprechung vom 9. September 2008 eine Bedeutung im Hinblick auf die Bonusregelung zukomme, könne aus dem Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht abgeleitet werden. Diese Frage sei erst im Ausstandsbegehren aufgeworfen worden und sei zuvor nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen. Aus diesem Grund hätten sich die Sekretariatsmitarbeiter in ihrem Schreiben gar nicht zu diesem Punkt äussern können (vgl. Rz. 60 der angefochtenen Zwischenverfügung, Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 4). Die WEKO werde die durch die Beschwerdeführerin aufgeworfenen diesbezüglichen Fragen sorgfältig zu prüfen haben. Für die Sekretariatsmitarbeiter seien sie aber – im Gegensatz zur Frage des Vertrauensschutzes – nicht antizipierbar gewesen (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 4).

Dass die Sekretariatsmitarbeiter bezüglich der rechtlichen Beurteilung des Gesprächs vom 9. September 2008 hinsichtlich der Frage des Vertrauensschutzes eine klare Position vertreten hätten, sei nicht unzulässig, zumal ihre Schlussfolgerungen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgestützt würden. In den Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter könne daher nicht eine vorgefasste Meinung erblickt werden, welche auf eine fehlende innere Unabhängigkeit hindeuten würde. Der Hinweis im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sich die Untersuchung des Sekretariats auf die Zeitspanne zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 beschränke, während das Gespräch mit Z.\_\_\_\_\_ im September 2008 stattgefunden habe, bedeute notwendigerweise, dass Z.\_\_\_\_\_ mit Blick auf das in der Vergangenheit abgeschlossene Verhalten zwischen April 2004 und Januar 2008 keine Verhaltensempfehlungen mehr habe abgeben können. Z.\_\_\_\_\_ hätte höchstens die Sanktionslosigkeit des Verfahrens zusichern können, wobei die Sekretariatsmitarbeiter die Möglichkeit einer solchen Zusicherung durch die Aufführung der Erwägung 7.4.5.4 des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 ausgeschlossen hätten (vgl. Rz. 64 der angefochtenen Zwischenverfügung). Abgesehen davon sei die WEKO bei ihrem Entscheid in der rechtlichen Würdigung des Treffens vom 9. September 2010 völlig frei (vgl. Rz. 65 der angefochtenen Zwischenverfügung).

**4.1.3.** Die zur Diskussion stehenden Äusserungen gehen zurück auf den Wunsch des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, vor dem Abfassen der angeforderten Stellungnahme zum Antrag vom 27. Mai 2010 Genaueres zu dem in Ziff. 285 des Antrags erwähnten Gespräch vom 9. September 2008 zwischen Z.\_\_\_\_\_ , Vertretern der ASCOPA sowie dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin (vgl. im Sachverhalt unter A.c und A.d) in Erfahrung zu bringen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ersuchte das Sekretariat deshalb mit Schreiben vom 25. Juni 2010 um Zustellung der vollständigen Akten betreffend dieser Beratung (vgl. im Sachverhalt unter A.f), worauf ihn das

Sekretariat, handelnd durch X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_, mit Schreiben vom 28. Juni 2010 u.a. *"auf folgende Punkte aufmerksam"* machte (vgl. im Sachverhalt unter A.f):

- (1) "Erstens war der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert".
- (2) "Weiter möchten wir Sie mit Nachdruck auf die im Antragsentwurf (Fn. 255) genannte Erwägung 7.4.5.4. des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 hinweisen."
- (3) "Schliesslich bitten wir Sie in Betracht zu ziehen, dass die unseres Erachtens unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antragsentwurf zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 anzusiedeln sind (vgl. Rz. 307 des Antragsentwurfs), während die genannte "Beratung" im September 2008 stattgefunden hat."

*"In Anbetracht dieser Umstände"* könne der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten"*. Zudem bot das Sekretariat im genannten Schreiben an, *"in Betracht"* zu *"ziehen, ein Gespräch mit dem betreffenden damaligen Mitarbeiter zu arrangieren, anlässlich dessen Sie Fragen stellen könnten"*, sollte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein."* Dem folgte der Satz: *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"* (vgl. im Sachverhalt unter A.f).

**4.1.4.** Die Argumentationsweise des Schreibens vom 28. Juni 2010 macht deutlich, dass die beiden Mitarbeiter des Sekretariats das Schreiben in der Annahme verfasst haben, es gehe dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bei seinen Nachforschungen zum Treffen vom 9. September 2008 mit Z.\_\_\_\_\_ darum, Argumente für eine allfällige Sanktionsbefreiung der Beschwerdeführerin gestützt auf den Vertrauensgrundsatz zu eruieren. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Sekretariatsmitarbeiter mit dem Schreiben vom 28. Juni 2010 einzig bezüglich der rechtlichen Beurteilung des Gesprächs vom 9. September 2008 hinsichtlich der Frage des Vertrauensschutzes eine klare Position geäussert haben:

Dies geht zum Einen aus dem – "mit Nachdruck" erfolgten – Hinweis des Schreibens auf das im Antrag (Fn. 255) erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 hervor, dessen Erwägung 7.4.5.4. unstrittig den Vertrauensschutz im Zusammenhang mit "Aussagen des zuständigen Abteilungsleiters des Sekretariats" zum Gegenstand hat. Zudem macht die Bemerkung im Schreiben, dass die fragliche "Beratung" erst im September 2008 stattgefunden habe, während die angeblich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antrag zwischen 1. April 2004 und 31. Januar 2008 anzusiedeln seien, einzig im Kontext des Vertrauensschutzes Sinn und nicht, um damit auch einer Sanktionsbefreiung bzw. Sanktionsreduktion aufgrund einer angeblichen Meldung des inkriminierten Verhaltens anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 entgegenzutreten. Die Formulierung

des Schreibens vom 28. Juni 2010 zeigt insgesamt glaubwürdig, dass die beiden Sekretariatsmitarbeiter im damaligen Zeitpunkt schlicht (noch) nicht in Betracht gezogen haben, dass die Beschwerdeführerin die Besprechung vom 9. September 2008 nicht nur unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes heranzuziehen beabsichtigte, sondern die Motivation des Akteneinsichtsgesuchs vom 25. Juni 2010 offenbar auch darin bestanden hatte, sich gestützt auf den zu eruiierenden Geschehensablauf auch auf die Bonusregelung zu berufen. Anders kann die – unmittelbar an die drei Hinweise folgende – Schlussfolgerung ("In Anbetracht dieser Umstände" könne der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin "aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten") nicht verstanden werden. Eine Aussage darüber, was die beiden Sekretariatsmitarbeiter von der (erst später im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 vorgebrachten) Argumentation halten, das Sekretariat habe bereits am 9. September 2008 Informationen über das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten erhalten, sowie zur daraus abgeleiteten Bedeutung dieses Treffens für eine Sanktionsbefreiung in Anwendung von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG, enthält das Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht. Die Beschwerdeführerin macht solches auch überhaupt nicht geltend. Im Gegenteil bemängelt sie selber ausdrücklich, dass die Bedeutung der Besprechung vom September 2008 für die Anwendbarkeit von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG im Schreiben vom 28. Juni 2010 unbeachtlich geblieben sei.

Wie die Beschwerdeführerin aus dem Schreiben vom 28. Juni 2010 unter diesen Umständen eine ausstandsrechtlich zu beanstandende vorgefasste Meinung von X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ bezüglich der Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 für die Anwendbarkeit der Bonusregelung herleiten will, ist nicht ersichtlich. Namentlich lässt es das Schreiben vom 28. Juni 2010 uneingeschränkt offen, welche weiteren Untersuchungsmassnahmen die beiden Sekretariatsmitarbeiter in Kenntnis entsprechender Vorbringen durchführen würden. Eine Unwilligkeit, die genauen Umstände der Besprechung vom 9. September 2008 mit Bezug auf deren Bedeutung hinsichtlich der Bonusregelung abzuklären, lässt sich dem Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht entnehmen. Dieses enthält keine Meinungsäusserung, gestützt auf welche objektiv zu befürchten wäre, X.\_\_\_\_\_ oder Y.\_\_\_\_\_ würden sich einer sachlichen Auseinandersetzung mit der zusätzlich denkbaren – aber eben damals weder vorgebrachten noch von Amtes wegen erkannten – Rüge einer Berufung auf die Bonusregelung im Zusammenhang mit dem Treffen vom 9. September 2008 verweigern. Eine solche Weigerung geht auch aus dem Hinweis nicht hervor, wonach sich die rechtliche Einschätzung der Sekretariatsmitarbeiter auch durch ein Gespräch mit Z.\_\_\_\_\_ nicht ändern würde. Nach dem gesamten Wortlaut des Schreibens konnte sich auch diese Aussage einzig auf den Aspekt des Vertrauensschutzes bezogen haben.

**4.1.5.** Dass das Schreiben vom 28. Juni 2010 die Meinung zum Ausdruck bringt, dass die Beschwerdeführerin aus dem Aspekt des Vertrauensschutzes unabhängig von einer allfälligen Befragung von Z.\_\_\_\_\_ zum Tref-

fen vom 9. September 2008 nichts für sich würde ableiten können, ist aus ausstandsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Sekretariat machte damit klar, dass es die Frage des Vertrauensschutzes im noch zu verfassenden Antrag an die WEKO ohne Weiteres ohne zusätzliche Sachverhaltsabklärungen würde behandeln können. Einen allfälligen formellen Beweis Antrag der Beschwerdeführerin auf Befragung von Z.\_\_\_\_\_ hielten die beiden Sekretariatsmitarbeiter für die Beurteilung dieses Aspekts für beweisuntauglich, dies u.a. gestützt auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dennoch boten sie Hand für eine entsprechende Befragung, sollte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein."* Dagegen ist nichts einzuwenden, hat eine Behörde doch in antizipierter Beweiswürdigung zu beurteilen, ob sie den rechtserheblichen Sachverhalt bereits für hinlänglich ermittelt hält. Von weiteren Beweisvorkehrungen dürfte auch abgesehen werden, wenn die Behörde aufgrund der bereits erhobenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und annehmen kann, dass diese durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 33 N. 22).

**4.1.6.** Die genannten Äusserungen im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 vermögen damit bei objektiver Betrachtung keine Zweifel an der Unbefangenheit von X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ zu begründen.

**4.2.** Weiter ist zu prüfen, ob mit der Medienmitteilung resp. Dem Tagesschau-Interview vom 28. Mai 2010 (vgl. im Sachverhalt unter A.e) eine ausstandsrechtlich zu beanstandende, vorzeitig gebildete, feste Meinung über das Verfahrensergebnis zum Ausdruck gebracht wird.

**4.2.1.** Die Beschwerdeführerin vertritt diesen Standpunkt: Die Medienmitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 über die angebliche Feststellung von Preis- und Mengenabsprachen in der Kosmetikindustrie wie das von X.\_\_\_\_\_ gleichentags gewährte Interview in der Tagesschau des schweizerischen Fernsehens zeigten deutlich, dass die verantwortlichen Mitarbeiter sich bereits ein abschliessendes Bild über den Fall gemacht hätten, bevor die betroffenen Parteien überhaupt angehört worden seien.

Die *Medienmitteilung* zeige dem mit der Materie nicht vertrauten Leser nicht auf, dass die betroffenen Unternehmen bis zu diesem Zeitpunkt keine Gelegenheit gehabt hätten, zu den Vorwürfen des Sekretariats Stellung zu nehmen. Die Medienmitteilung stigmatisiere die involvierten Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin, vielmehr in der Öffentlichkeit als Rechtsbrecher. Für die veröffentlichende Behörde sei es schwierig, im Nachhinein von der ursprünglich eingenommenen Position (Antrag von Bussen) wieder abzurücken, nachdem sie die Öffentlichkeit durch die Medienmitteilung orientiert habe, dass "sich die Anzeichen erhärtet (hätten), dass die involvierten Unternehmen durch den Austausch von Marktinformationen in die Lage versetzt wurden, die Preise aneinander anzupassen und ihre Marktanteile einzufrieren". Medienmitteilungen wie diejenige vom 28. Mai 2010 brächten das Sekretariat wie auch die WEKO in einen Zugzwang, selbst wenn der Inhalt der Medien-

mitteilung korrekt sei. Wenn das Sekretariat, handelnd durch X.\_\_\_\_\_, seine Beurteilung mittels Medienmitteilung bereits veröffentliche, noch bevor die involvierten Parteien erstmals Gelegenheit gehabt hätten, zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen, ergebe sich objektiv der Anschein, dass X.\_\_\_\_\_ an einer unvoreingenommenen und unparteilichen Prüfung der von den betroffenen Parteien einzuholenden Stellungnahmen gar nicht interessiert sei. Ansonsten würde er nicht das Risiko eingehen, in der Öffentlichkeit gegebenenfalls "zurückkriechen" zu müssen, und ebenso wenig würde er die in die Untersuchung involvierten Parteien mit einer Medienmitteilung wie jener vom 28. Mai 2010 in der Öffentlichkeit als potentielle Rechtsbrecher stigmatisieren. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit mit Bezug auf die Erstellung eines Entwurfs eines Antrags des Sekretariats an die WEKO bestehe nicht.

Im *Interview in der Tagesschau* vom 28. Mai 2010 habe X.\_\_\_\_\_ auf den Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern verwiesen, der nach seiner Auffassung einer unerlaubten Preis- und Mengenabsprache gleich komme. X.\_\_\_\_\_ habe in der fraglichen Tagesschau selbst das unmissverständliche Statement abgegeben, dass das Sekretariat gestützt auf eine Selbstanzeige einen Informationsaustausch festgestellt habe, der als rechtswidrige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sei. X.\_\_\_\_\_ habe nicht darauf hingewiesen, dass der Antrag von Bussen lediglich ein vorläufiges Ergebnis in einer weiter andauernden Untersuchung war, und dass der Entscheid der WEKO über die Sanktion noch ausstand. Die Stellungnahme von X.\_\_\_\_\_ vermittele den Eindruck, dass die Abklärungen des Sekretariats ein eindeutiges Ergebnis gezeigt hätten. Selbst falls das Schweizer Fernsehen die Aussage von X.\_\_\_\_\_ zusammengeschnitten haben sollte, bleibe dieser für den damit verursachten Eindruck verantwortlich. Es liege an der Behörde, dafür zu sorgen, dass ihre Stellungnahmen in den öffentlichen Medien ohne Verzerrung wiedergegeben würden. Die Stellungnahme von X.\_\_\_\_\_ in der Tagesschau erhöhe den faktischen Druck, die einmal eingenommene Beurteilung des Sachverhalts nicht zu ändern und führe beim unbefangenen Zuschauer den Eindruck herbei, dass tatsächlich ein Kartellrechtsverstoss vorgelegen habe. Mit seiner unmissverständlichen Stellungnahme bekräftige X.\_\_\_\_\_ den Eindruck, dass er im laufenden Verfahren nicht bereit sei, neue entlastende Sachverhaltselemente für das weitere Verfahren angemessen in Betracht zu ziehen.

Demgegenüber ist die Vorinstanz der Auffassung, weder aus der Pressemitteilung noch dem Interview in der Tagesschau seien Umstände ableitbar, die nach objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten (vgl. im Einzelnen Rz. 76 ff. der angefochtenen Zwischenverfügung, Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 5 f.).

**4.2.2.** Die Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 hat folgenden Wortlaut (vgl. Beschwerde Beilage 3 bzw. im Internet abrufbar unter: [www.WEKO.admin.ch](http://www.WEKO.admin.ch) > Dokumentation > Medieninformationen):

## "Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche

**Bern, 28.05.2010 - Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat nach Abschluss der Untersuchung des Luxus- Parfümerie- und Kosmetikmarktes den involvierten Unternehmen seinen Antrag zur Stellungnahme zugestellt. Das Sekretariat beantragt bei der Wettbewerbskommission (WEKO) einen Verstoß gegen das Kartellgesetz festzustellen und die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu büssen.**

Das Sekretariat hat im Dezember 2008 eine Untersuchung gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) und seine Mitglieder eröffnet. Mitglieder dieses Verbandes sind u.a. die Chanel Genève SA, Clarins SA, L'Oréal Produits de Luxe Suisse SA, Parfums Christian Dior AG sowie YSL Beauté.

Im Laufe der Untersuchung haben sich die Anzeichen erhärtet, dass die involvierten Unternehmen durch den Austausch von Marktinformationen in die Lage versetzt wurden, die Preise aneinander anzupassen und ihre Marktanteile einzufrieren.

Das Sekretariat beurteilt die Verhaltensweisen der Unternehmen als unzulässige Preis- und Mengenabsprachen. Es beantragt aus diesem Grund bei der WEKO einen Verstoß gegen das Kartellgesetz festzustellen und eine Sanktionierung der Verfahrensadressaten. Die beantragten Bussbeträge werden ausgehend von den Unternehmensumsätzen und der Schwere der Kartellrechtsverstöße berechnet und reichen von rund 17'000 bis 25,5 Millionen Franken. Die involvierten Unternehmen können nun zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Nach Eingang der Stellungnahme und allfälligen Anhörungen wird die WEKO ihren Entscheid fällen."

**4.2.3.** Der umstrittene Beitrag in der Tagesschau vom 28. Mai 2010 um 19.30 Uhr wird von der Tagesschau Moderatorin mit dem Hinweis eingeleitet, dass es im Schweizer Luxus-, Parfümerie- und Kosmetikmarkt nicht mit rechten Dingen zu- und hergehen soll. Laut einer Untersuchung des Sekretariates der Wettbewerbskommission hätten Unternehmen unzulässig Preise und Mengen untereinander abgesprochen. Ihnen drohe nun eine Busse. Im darauf folgenden Bildbeitrag wechseln sich (mit Symbolbildern hinterlegte) Kommentare seitens der Tagesschau mit eingespielten Äusserungen von X.\_\_\_\_\_ wie folgt ab (der insgesamt 1 Minute und 36 Sekunden dauernde Beitrag ist im Internet abrufbar unter: <http://videoportal.sf.tv/video?id=f253c530-9bef-4328-81ff-ea23738c913c>, letztmals besucht am 6. Juni 2011):

### Kommentar Tagesschau:

"Und diese Busse könnte je nach Marktanteil am Geschäft mit Duftstoffen und Schönheitsprodukten bis über 25 Mio. Franken betragen, denn die Vorwürfe wiegen schwer."

### Äusserung X.\_\_\_\_\_ (...):

"Wir haben in der Parfümerie- und Kosmetikbranche, d.h. dort, wo es um die Luxusartikel geht, (...) einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen festgestellt, den wir als unzulässige Abrede qualifizieren."

### Kommentar Tagesschau:

"Wegen diesem Informationsaustausch gibt es in der Branche kaum Wettbewerb."

### Äusserung X.\_\_\_\_\_ :

"Die möglichen Folgen, die wir festgestellt haben, sind, dass die Preise sehr einheitlich geblieben sind über die Jahre, und dass sich auch die Marktanteile der Unternehmen praktisch nicht verändert haben."

### Kommentar Tagesschau:

"Seit über einem Jahr ermitteln die Wettbewerbshüter gegen den Branchenverband ASCOPA, seit sie jemand über die Missstände aufmerksam gemacht hat."

### Äusserung X.\_\_\_\_\_ :

"Wir haben von einem der beteiligten Unternehmen (...) eine sogenannte Selbstanzeige erhalten, also dieses Unternehmen hat uns sehr umfangreiches Material zur Verfügung gestellt, das diesen Informationsaustausch der Unternehmen innerhalb ihres Branchenverbandes belegt."

### Kommentar Tagesschau:

"Der Branchenverband will sich zu den Vorwürfen nicht äussern. Man werde jetzt das weitere Vorgehen mit den Anwälten besprechen und gegenüber der Wettbewerbskommission eine Stellungnahme ausarbeiten."

**4.2.4.** Äussert sich eine Behörde in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren, muss sie sich generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Sie darf das Verfahren nicht als bereits entschieden erscheinen lassen. Auch sollten in ihren Äusserungen nicht Sympathien und Antipathien gegenüber einer Verfahrenspartei zum Ausdruck kommen. Einen Grund für die Ausstandspflicht einer Person können auch polemische Äusserungen darstellen. Bei objektiven, sachlichen und fairen Äusserungen besteht demgegenüber grundsätzlich kein Grund, die Unbefangenheit des Behördenmitglieds anzuzweifeln (vgl. zum Ganzen: SCHINDLER, a.a.O., S. 129 f., mit Hinweisen; sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2775/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 3.1.2.2).

**4.2.5.** Hinsichtlich der Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 ist festzuhalten, dass bereits ihr Titel klarstellt, dass es sich um eine blosser Beantragung von Bussen durch das Sekretariat handelt, ein verbindlicher Entscheid hierüber mithin noch nicht vorliegen kann. Der zusammenfassende erste Abschnitt verdeutlicht dies mit den Worten, dass das Sekretariat den involvierten Unternehmen "seinen Antrag zur Stellungnahme zugestellt" habe, wobei das Sekretariat bei der WEKO beantrage, einen Verstoß gegen das Kartellgesetz festzustellen und die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu büssen. Zudem wird im letzten Abschnitt der Medienmitteilung – in Übereinstimmung mit der Darstellung im Antrag vom 27. Mai 2010 – erwähnt, dass das Sekretariat die Verhaltensweisen der Unternehmen als unzulässige Preis- und Mengenabsprachen beurteilt, worauf klarge-

stellt wird, dass das Sekretariat deshalb bei der WEKO die Feststellung eines Verstosses gegen das Kartellgesetz und eine Sanktionierung der Verfahrensadressaten beantrage. Weiter hält die Medienmitteilung in den beiden letzten Sätzen ausdrücklich fest, die involvierten Unternehmen würden nun zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, worauf die WEKO – nach allfälligen Anhörungen – ihren Entscheid fällen werde. Damit betont die Vorinstanz zu Recht, dass aus dem Text der Medienmitteilung hervorgeht, dass es sich beim Antrag nicht um den Entscheid handelt und auch der verfahrensabschliessende Entscheid der WEKO noch nicht gefällt worden ist. Von einer Vorverurteilung oder Stigmatisierung der involvierten Unternehmen als Rechtsbrecher kann insofern nicht gesprochen werden.

Als unglücklich oder gar irreführend ist hingegen die Wortwahl im fettgedruckten ersten Abschnitt der Medienmitteilung zu bezeichnen, wonach das Sekretariat den involvierten Unternehmen seinen Antrag "*nach Abschluss der Untersuchung*" zur Stellungnahme zugestellt habe. Wie die Medienmitteilung insgesamt erweckt diese Formulierung (zumindest) in der nicht fachkundigen Öffentlichkeit den Eindruck, dass das Sekretariat im Zeitpunkt der öffentlich bekanntgegebenen Antragstellung an die WEKO bereits sämtliche in seiner Kompetenz stehenden Untersuchungshandlungen abgeschlossen hatte, und dass die Verfahrensherrschaft mit der Antragstellung zum Abschluss des Erkenntnisprozesses und zur Entscheidung an die WEKO übertragen worden war. Tatsächlich war aber offenbar (praxisgemäss) vorgesehen, dass vorab weiterhin das Sekretariat den Eingang der diversen Stellungnahmen der beteiligten Unternehmen abwarten und der weitere Verfahrensverlauf erst nach dem Studium der darin vorgebrachten Standpunkte festgelegt würde. Es galt namentlich die Frage einer allfälligen Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens vor dem Sekretariat zu prüfen, inklusive Art und Umfang einer allfälligen Überarbeitung des vorliegenden Antrags und damit verbundene Auswirkungen auf den Gehörsanspruch nach Art. 30 Abs. 2 KG (vgl. dazu: Beschwerdeentscheid REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.4 [...], vom Bundesgericht mit Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 7 bestätigt; Beschwerdeentscheid REKO/WEF 01/FB-004 vom 17. September 2002 E. 3.2 f. [...]; Beschwerdeentscheid REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 4.1f. [...]). Entsprechend teilte das Sekretariat dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der Folge mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 – abweichend von der insofern zu abschliessenden Umschreibung des Stands der Untersuchung vor dem Sekretariat in der Medienmitteilung – mit, dass zuerst "vom Sekretariat zusätzliche Untersuchungshandlungen durchgeführt" würden, bevor der Beschwerdeführerin eine überarbeitete zweite Version des Antrags vom 27. Mai 2010 zur erneuten Stellungnahme zugesandt werde. Erst nach Eingang der zweiten Stellungnahme der Beschwerdeführerin werde der "gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag des Sekretariats" der WEKO zum Entscheid vorgelegt (vgl. Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2010 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin betr. Information über Verfahrensfortgang, Beschwerde Beilage 2).

Mit Bezug auf die – letztlich aus diesem Widerspruch abgeleitete – Argumentation der Beschwerdeführerin, Medienmitteilungen wie diejenige vom 28. Mai 2010 würden es den Sekretariatsmitarbeitern erschweren "zurückzukrebsen" bzw. brächten das Sekretariat wie auch die WEKO unter einen Zugzwang, verweist die Vorinstanz jedoch zutreffend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Ausstandspflicht von Untersuchungsrichtern wegen vorverurteilender Äusserungen im Strafuntersuchungsverfahren, welche umso mehr für die Sekretariatsmitarbeiter gelten müsse (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c). Das Bundesgericht hat im angesprochenen Urteil erwogen, dass sich in Fällen mit grosser Publizität in jedem Untersuchungsstadium die Situation ergeben kann, dass der Untersuchungsrichter bereits vor Abschluss des Verfahrens in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zum Gegenstand der Untersuchung Stellung nimmt und dabei unter Umständen auch seine persönliche – auf Grund des jeweiligen Verfahrensstandes vorläufig gebildete – Meinung offen legt. Dabei dürfe und müsse, sofern nicht besondere, anders lautende Anzeichen vorhanden seien, vorausgesetzt werden, dass der Untersuchungsrichter in der Lage sei, seine Beurteilung des Prozessstoffes im Verlaufe des Verfahrens entsprechend dem jeweils neuesten Stand des Verfahrens ständig neu zu überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren. Eine solche, jeder untersuchungsrichterlichen Tätigkeit innewohnende – vorläufige – Verarbeitung und Wertung des im betreffenden Verfahrensstadium vorhandenen Prozessstoffes vermöge grundsätzlich keine Vorverurteilung oder Befangenheit zu begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c; bestätigt in BGE 127 I 196 E. 2d S. 199 ff., vgl. auch den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2009.25-28 vom 20. Mai 2009 E.2.2 ff., wo der Anschein einer Befangenheit der Leiterin des Rechtsdienstes des Eidgenössischen Finanzdepartements aufgrund der konkreten Umstände bejaht wurde, dies namentlich, weil der Inhalt jener Äusserung gegenüber der Öffentlichkeit den Abschluss des verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrens [Schuldspruch bzw. Bestrafung der Angeschuldigten] eindeutig vorweggenommen hatte). Die Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 beschränkt sich, abgesehen vom erwähnten voreiligen Hinweis auf den Abschluss der Untersuchung vor dem Sekretariat, auf die sachliche Wiedergabe der relevanten Informationen, ohne dass "anders lautende Anzeichen" im Sinne dieser Rechtsprechung auszumachen sind. Wie von einem Untersuchungsrichter oder einer Justizbeamtin in einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren (vgl. die vorstehend zitierten Entscheide) kann auch von den für die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung verantwortlichen Sekretariatsmitarbeitern erwartet werden, dass sie trotz der Information der Öffentlichkeit über den (vorliegend nur grundsätzlichen) Abschluss der Untersuchungshandlungen weiterhin in der Lage sind, die bisherige Einschätzung gestützt auf die angeforderten Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten gegebenenfalls nach sachlichen Gesichtspunkten zu ergänzen resp. beim Bekanntwerden neuer Tatsachen und Argumente zu überprüfen und unter Umständen zu revidieren. Aus dem Umstand, dass die Medienmitteilung vorliegend

gegen aussen nicht zu erkennen gibt, dass das Sekretariat in Betracht zog, gegebenenfalls zusätzliche Untersuchungshandlungen durchzuführen und den beteiligten Unternehmen eine überarbeitete zweite Version des Antrags vom 27. Mai 2010 zur erneuten Stellungnahme zuzustellen, bevor der gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag der WEKO zum Entscheid vorgelegt wird, kann den mit dem Fall betrauten Mitarbeitern des Sekretariats nicht vorgehalten werden, sie seien an einer unvoreingenommenen Prüfung der im Rahmen der einverlangten Stellungnahmen eingehenden Argumente nicht mehr interessiert. Dass die Öffentlichkeit bereits im gegebenen Zeitpunkt und nicht erst im Wissen um den Abschluss sämtlicher Untersuchungshandlungen im Untersuchungsverfahren vor dem Sekretariat bzw. nach Vorliegen der Schlussfassung des Antrags informiert wurde, mag fragwürdig sein, lag – angesichts des zweifellos gegebenen Informationsinteresses der Öffentlichkeit und der bereits mehr als einjährigen Untersuchungstätigkeit – aber noch im Ermessen des Sekretariats (vgl. Art. 49 Abs. 1 KG). Das Sekretariat bzw. die WEKO ist aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken.

**4.2.6.** Im Beitrag der Tagesschau vom 28. Mai 2010 fehlt im Gegensatz zur Medienmitteilung vom selben Datum ein expliziter Hinweis, dass es sich erst um die Beantragung von Bussen durch das Sekretariat handelte, die involvierten Unternehmen Stellung nehmen können und letztlich die WEKO ihren Entscheid fällen werde. Der Beitrag stellt aber gleichwohl klar, dass den beteiligten Unternehmen eine Busse derzeit nur droht (vgl. die überleitenden Worte der Moderatorin, vorstehend E. 4.2.3). Zudem zeigt der erste – im Konjunktiv formulierte – Kommentar des Bildbeitrages, wonach diese Busse bis über 25 Mio. Franken betragen könnte (vgl. vorstehend E. 4.2.3), dass noch kein Entscheid über die schwer wiegenden Vorwürfe vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass X.\_\_\_\_\_ im ausgestrahlten Interview im Wesentlichen einzig das provisorische Ergebnis der vom Sekretariat seit der Selbstanzeige durchgeführten Untersuchung zusammenfasste, ohne selber den weiteren Ablauf des kartellrechtlichen Verfahrens zu erläutern. Unabhängig davon – und der offenen Frage, ob X.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Fernsehen allenfalls Ausführungen zum weiteren Verfahrensablauf gemacht hat, diese in den ausgestrahlten Beitrag aber keinen Eingang gefunden haben – geht auch aus dem Tagesschaubeitrag insgesamt deutlich hervor, dass ein verfahrensabschliessender Entscheid über die Vorwürfe des Sekretariats und die dafür drohenden Bussen noch zu fällen ist. Darauf deutet auch der Hinweis der Kommentatorin am Schluss des Beitrags, aus welchem hervorgeht, dass der betroffene Branchenverband gegenüber der WEKO als nächsten Schritt eine Stellungnahme ausarbeiten wird. Die Ausführungen von X.\_\_\_\_\_ gegenüber der Tagesschau sind im Übrigen als sachlich und auf das Wesentliche beschränkt zu werten, sodass mit der Vorinstanz im Ergebnis nicht ersichtlich ist, inwiefern daraus der Anschein einer Befangenheit abgeleitet werden könnte.

Eine unzulässige Vorverurteilung der Beschwerdeführerin kann auch den Aussagen von X.\_\_\_\_\_ in der Tagesschau vom 28. Mai 2010 nicht entnommen werden. Die Grenzen der Informationsaufgabe des Sekretariats wurden ohne Weiteres eingehalten.

**4.2.7.** Der Standpunkt der Beschwerdeführerin, die Medienmitteilung resp. das Tagesschau-Interview vom 28. Mai 2010 brächten eine ausstandsrechtlich zu beanstandende, vorzeitig gebildete Meinung über das Verfahrensergebnis zum Ausdruck, erweist sich damit als unbegründet.

#### **4.3.**

**4.3.1.** Die Beschwerdeführerin leitet eine vorzeitig gebildete, feste Meinung der Verfasser des Antrags vom 27. Mai 2010 über das Verfahrensergebnis weiter daraus ab, dass die Beschreibung der Besprechung vom 9. September 2008 in der als act. 82 im Recht liegenden Telefonnotiz von Y.\_\_\_\_\_ vom 6. Februar 2009 (vgl. im Sachverhalt unter A.c) nicht der harschen Beschreibung in Ziff. 285 des Antrags entspreche. So werde in Ziff. 285 des Antrags ausgeführt, "dieser" (d.h. Z.\_\_\_\_\_ ) "wies klar darauf hin, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei". Act. 82 spreche nun aber nicht davon, dass Z.\_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 klar darauf hingewiesen hätte, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei. Laut der fraglichen Telefonnotiz soll Z.\_\_\_\_\_ lediglich sinngemäss ausgeführt haben, der Informationsaustausch in der vorliegenden Form sei "kartellrechtlich problematisch". Mit der unbegründet verschärfte Formulierung in Ziff. 285 des Antrags ("klarer" Hinweis auf mangelnde Gesetzeskonformität) würden die Verfasser des Antrags objektiv den Eindruck erwecken, dass sie den Sachverhalt nicht nach belastenden und entlastenden Elementen untersucht, sondern ein Interesse an einer belastenden Darstellung des Sachverhalts gehabt hätten. Entgegen der Vorinstanz (vgl. Rz. 74 der angefochtenen Zwischenverfügung) könne nicht ohne Weiteres von einer Bagatelle gesprochen werden, zeige die verwendete Ausdrucksweise doch an, mit welcher voreingenommenen Haltung die verantwortlichen Mitarbeiter die Untersuchung führen würden. Die Autoren des Antrags zeigten mit der – ohne objektive Begründung vorgenommenen – Verschärfung einer (den Parteien ursprünglich nicht bekannten) Informationsquelle auf, dass es ihnen darum gehe, den Sachverhalt in einer die Parteien belastenden Art darzustellen. Die tendenziöse Formulierung sei ein Einzelteil des Gesamtbildes, das den objektiven Anschein von Befangenheit zeige.

Zudem sei bemerkenswert, dass aus den von der Beschwerdeführerin eingesehenen Akten des Sekretariats nicht hervorgehe, aus welcher Quelle die Verfasser von Ziff. 285 des Antrags die (richtige) Information über die Präsenz von "einem Mitglied des Komitees" (Q.\_\_\_\_\_ ) an der Besprechung vom 9. September 2008 mit Z.\_\_\_\_\_ gehabt hätten. Es würden offensichtlich weitere, nicht offengelegte Erkenntnisquellen bestehen. Diese Tatsache erwecke objektiv die Vermutung, dass die verantwortlichen Sekretariatsmitarbeiter den Sachverhalt nicht unbefangen und unparteiisch aufgearbeitet hätten, nachdem bereits act. 82 erst durch Nachfragen und

durch Zufall als relevant für den Sachverhalt gemäss Ziff. 285 erkannt worden sei.

**4.3.2.** Die Vorinstanz weist den zuletzt genannten Vorwurf ebenso zurück wie jenen, dass Ziff. 285 des Antrags eine "ohne objektive Begründung vorgenommene Verschärfung einer (den Parteien ursprünglich nicht bekannten) Informationsquelle" enthalte, welche aufzeigen würde, dass es den Autoren darum gegangen sei, "den Sachverhalt in einer die Parteien belastenden Art darzustellen". Alle in Ziff. 285f. des Antrags wiedergegebenen Informationen fänden sich in den Akten. Ebenso wenig erscheine es von der Wortwahl her als tendenziös, wenn im Antrag von einem "klaren" Hinweis gesprochen werde (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 2f.).

**4.3.3.** Was zunächst den Vorwurf des Bestehens weiterer angeblich nicht offengelegter Erkenntnisquellen im Zusammenhang mit der Teilnahme von Q.\_\_\_\_\_ am Treffen vom 9. September 2008 betrifft, verweist die Vorinstanz auf ein an Z.\_\_\_\_\_ gerichtetes Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA (vgl. act. 171, Beilage 6; eingereicht als Beilage 9 zur Vernehmlassung). Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, gehen die Teilnehmer des fraglichen Treffens einschliesslich der Präsenz des betreffenden "Mitglieds des Komitees" aus diesem Schreiben hervor. Zwar wird das Schreiben in den Fussnoten zu Ziff. 285 des Antrags nicht zitiert. Das Schreiben war der Beschwerdeführerin – welche im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 ausdrücklich darauf Bezug nahm und es diesem als Beweismittel beilegte (vgl. Beilage 5 zur Vernehmlassung, Beilage 3) – aber bekannt und ihr auch im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich. Worin die Beschwerdeführerin eine Nichtoffenlegung oder Verheimlichung von Erkenntnisquellen erblickt, ist somit nicht ersichtlich. Ein Indiz für eine Befangenheit ergibt sich in diesem Zusammenhang nicht.

**4.3.4.** Hinsichtlich des Vorwurfs, eine vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis komme darin zum Ausdruck, dass Ziff. 285 des Antrags das Treffen vom 9. September 2008 unnötig verschärft beschreibe, trifft die Darstellung der Beschwerdeführerin insoweit zu, als die Formulierung in Ziff. 285 im direkten Vergleich zu jener in act. 82 zweifellos eine gewisse Verschärfung darstellt ("wies klar darauf hin, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei" gegenüber "sagte sinngemäss, der Informationsaustausch in der vorliegenden Form sei kartellrechtlich problematisch"). Die Vorinstanz vermag die Bedeutung der fraglichen Telefonnotiz (act. 82) für die Wortwahl in Ziff. 285 aber überzeugend zu relativieren, indem sie sich auf den weiteren Wortlaut des vorstehend erwähnten Schreibens der Verbandssekretärin von ASCOPA beruft (vgl. a.a.O., E. 4.3.3; Vernehmlassung S. 2f.): Dieser Wortlaut zeigt, dass die Vertreter der ASCOPA aus dem Treffen vom 9. September 2008 mit Z.\_\_\_\_\_ namentlich das Fazit gezogen haben, dass keinerlei Preisinformationen ausgetauscht werden dürfen ("[...]"). Vergleichbares hält das in Fussnote 256 des Antrags zitierte und "Suite à ma visite au service de la concurrence et des prix à Berne" verfasste E-Mail des Verbandspräsidenten an die Mitglieder vom 19. September 2008 fest (u.a.: "[...]", vgl. act. 63, eingereicht als Beilage 7 zur Vernehmlassung). Es ist naheliegend

und aus ausstandsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass die Verfasser des Antrags in Ziff. 285 gestützt auf diese eigenen Angaben des betroffenen Verbandes (und weniger aufgrund der Telefonnotiz von Y.\_\_\_\_\_ [act. 82]) zum Schluss gekommen sind, dass Z.\_\_\_\_\_ beim Treffen vom 9. September 2008 unmissverständlich bzw. "klar" auf die fehlende Gesetzeskonformität des Informationsaustauschs hingewiesen haben musste. Mit dem Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA findet die von der Beschwerdeführerin gerügte "Verschärfung" gegenüber der vorsichtigeren Formulierung in der Telefonnotiz von Y.\_\_\_\_\_ (act. 82) durchaus eine, auf die Akten gestützte, sachliche Begründung. Eine Veranlassung zu befürchten, den Sekretariatsmitarbeitern sei es bei der Wortwahl von Ziff. 285 darum gegangen, den Sachverhalt tendenziös oder in einer belastenden Art darzustellen, besteht unter den gegebenen Umständen nicht. Entgegen der Beschwerdeführerin deutet auch im vorliegenden Zusammenhang nichts auf eine voreingenommene Haltung resp. eine vorzeitig gebildete feste Meinung von X.\_\_\_\_\_ oder von Y.\_\_\_\_\_ über das Verfahrensergebnis.

Zu beachten ist insbesondere, dass der Antrag den angeblichen Hinweis von Z.\_\_\_\_\_ auf die fehlende Gesetzeskonformität des Informationsaustauschs im Abschnitt über die "Vorwerfbarkeit" erwähnt. In diesem geht es einzig darum (u.a. mit Hinweis auf die frühen Bemühungen des Branchenverbandes zur Klärung der Legalität des Informationsaustauschs) auszuführen, ob den beteiligten Unternehmen ein objektiver Sorgfaltsmangel anzulasten ist, und die Vorwerfbarkeit des – bereits in den früheren Kapiteln des Antrags als erstellt erachteten – Kartellrechtsverstosses somit als gegeben zu erachten ist (vgl. in diesem Sinne Ziff. 282f. und 287 des Antrags). Die Beschwerdeführerin geht daher auch fehl, wenn sie im Umstand, dass in Ziff. 285 keine weitere Auseinandersetzung mit entlastenden Erwägungen aus der Besprechung vom 9. September 2008 erfolgt, ein Indiz für eine voreingenommene Haltung der Autoren des Antrags erblickt.

**4.4.** Somit erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die beiden betroffenen Sekretariatsangehörigen hätten aufgrund einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis in den Ausstand zu treten, insgesamt als unbegründet.

## 5.

Die Beschwerdeführerin leitet den Anschein einer Befangenheit gegenüber X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ weiter sinngemäss aus einer angeblich übermässigen Häufung von Verfahrensfehlern bzw. Fehlentscheiden in der Sache ab.

**5.1.** Dabei beruft sich die Beschwerdeführerin einerseits auf "irritierende und erhebliche Irregularitäten" im Zusammenhang mit der Telefonnotiz, welche Y.\_\_\_\_\_ nach seinem Telefonat vom 6. Februar 2009 mit Z.\_\_\_\_\_ betreffend dem Treffen vom 9. September 2008 verfasste, und welche als act. 82 Eingang in die Akten gefunden hat (vgl. im Sachverhalt unter A.c). So hätten die zuständigen Mitarbeiter des Sekretariats die Existenz von Akten betreffend die Besprechung vom 9. September 2008 zuerst wahrheitswidrig verneint. Ihre Behauptung im Schreiben vom 28. Juni 2010, bezüglich

der in Ziff. 285 des Antrags genannten Besprechung würde das Sekretariat über keinerlei weitere Akten verfügen (vgl. im Sachverhalt unter A.f), habe sich als Falschangabe herausgestellt. Erst nach Insistieren und durch Zufall sei die Beschwerdeführerin darauf gekommen, dass act. 82 in der Tat eine Beschreibung der fraglichen Besprechung enthalte. Dabei sei act. 82 zunächst als "nicht einsehbar" qualifiziert und den Parteien ohne Rechtsgrundlage vorenthalten worden. Einsicht in das Aktenstück habe erst genommen werden können, nachdem dessen Inhalt zunächst nur rudimentär zusammengefasst worden sei. Die Tatsache, dass Zugang zu den fraglichen Akten gewährt worden sei, belege auch, dass das Sekretariat einen solchen Zugang früher zu Unrecht verweigert habe. Zudem sei act. 82 als einziges Dokument, welches inhaltlich über die Besprechung am 9. September 2008 etwas aussage, von den verantwortlichen Mitarbeitern des Sekretariats im Aktenverzeichnis inhaltlich falsch als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" beschrieben worden, so dass objektiv nicht der Eindruck entstehe, dass sich dieses Dokument auf die Besprechung des damaligen Geschäftsführers der Beschwerdeführerin mit Z. \_\_\_\_\_ vom 9. September 2008 bezieht. Hätte die Beschwerdeführerin nicht zufällig auf Akteneinsicht in die als "nicht einsehbar" qualifizierten Akten des Sekretariats beharrt, wäre die für das Treffen vom 9. September 2008 wesentliche Telefonnotiz (act. 82) wegen der Falschbezeichnung im Aktenverzeichnis untergegangen. Die irregulären Umstände bis zur Offenlegung von act. 82 würden objektiv das Misstrauen verstärken, dass die zuständigen Sachbearbeiter beim Sekretariat ihrer Aufgabe einer unparteiischen Abklärung des Sachverhaltes nicht nachkommen würden. Bei unvoreingenommener Haltung der verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats wäre zumindest eine Auseinandersetzung im Detail mit act. 82 im Antrag zu erwarten gewesen. Die Beschreibung der Besprechung vom 9. September 2008 mit Z. \_\_\_\_\_ in Ziff. 285 des Antrags erwecke den Eindruck, dass die Autoren diese Besprechung als belastendes Sachverhaltselement verwendet hätten. Die sach- und rechtskundigen Mitarbeiter des Sekretariats hätten erkennen und berücksichtigen müssen, dass die Besprechung vom 9. September 2008 mit Z. \_\_\_\_\_ gerade auch entlastend würde wirken können (namentlich im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG). Es entstehe objektiv der Eindruck, dass Tatsachen, welche der Sanktionierung der Beschwerdeführerin im Weg stehen, nur oberflächlich und einseitig wiedergegeben würden. Es handle sich um viele einzelne Irregularitäten, die wiederum zum Gesamtbild beitragen, welches objektiv den Anschein von Befangenheit erwecke. Von einem singulären Fehlverhalten im Zusammenhang mit act. 82 könne nicht die Rede sein. Andererseits werde der Anschein der Befangenheit durch offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen im Antrag bestätigt. Verschiedene der dortigen Sachverhaltsfeststellungen würden einer genauen Überprüfung der Akten nicht standhalten (so: [...]). Sachverhaltsfeststellungen dieser Art vermittelten objektiv den Eindruck, dass die verantwortlichen Personen den Sachverhalt nicht unvoreingenommen abklären würden. Eine Behörde, die bei der Wiedergabe des von ihr angeblich festgestellten Sachverhaltes wie vorliegend krass falsche tatsächliche Feststel-

lungen mache, erwecke nicht den Anschein, objektiv unparteiisch und unvoreingenommen zu sein.

**5.2.** Die Vorinstanz entgegnet zusammenfassend, dass keine objektiven Elemente für eine absichtliche vorübergehende Unterdrückung von act. 82 sprechen würden. Es sei vielmehr von einem Fehler auszugehen. Dafür spreche neben den Aussagen der Sekretariatsmitarbeiter insbesondere auch der Umstand, dass die Bezeichnung des Aktenstücks im Aktenverzeichnis fehlerhaft gewesen sei, so dass glaubhaft erscheine, dass dieses Aktenstück anlässlich der Aufforderung der Beschwerdeführerin, alle Aktenstücke im Zusammenhang mit dem Treffen vom 9. September 2008 herauszugeben, übersehen worden sei. Es liege vorliegend kein krasser und wiederholter Irrtum im Sinne der Rechtsprechung vor, in dem zugleich eine schwere Amtspflichtverletzung zu erblicken sei. Zunächst stehe fest, dass der Fehler keine Konsequenzen gehabt habe, da er durch die Sekretariatsmitarbeiter selbst korrigiert worden sei. Von einem schwerwiegenden Verfahrensfehler könne jedenfalls nicht gesprochen werden. Zudem liege kein systematisches oder wiederholtes Zurückhalten von relevanten Dokumenten vor (vgl. angefochtene Zwischenverfügung Rz. 39 ff.). Weiter bringt die Vorinstanz mit Hinweis auf das bereits mehrfach erwähnte Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA (vgl. a.a.O., E. 4.3.3, E. 4.3.4) vor, dass den von der Beschwerdeführerin behaupteten Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit act. 82 nicht die vorgebrachte Bedeutung zukommen könne. Die nicht sofortige Offenlegung der internen Telefonnotiz von act. 82, welcher kein über die anderen Akten hausausgehender Informationsgehalt zukomme, vermöge keinen objektiven Anhaltspunkt für die Befangenheit der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter zu begründen. In jedem Fall habe die Beschwerdeführerin aus den behaupteten Unregelmässigkeiten keinen Rechtsnachteil erfahren, sei die Offenlegung am 6. August 2010 doch früh genug erfolgt, damit sich die Beschwerdeführerin bis zum 10. September 2010 im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag dazu habe äussern können (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 3).

Was das Vorbringen der Beschwerdeführerin betrifft, die verantwortlichen Sekretariatsmitarbeiter hätten im Antrag die [...] sowie die [...] offensichtlich unrichtig dargestellt, hält die Vorinstanz zusammenfassend dafür, dass die materielle Würdigung des Sachverhaltes durch die Sekretariatsmitarbeiter im Antrag nicht geeignet sei, zu deren Ausstand zu führen. Das Ausstandsverfahren sei nicht dazu konzipiert, materielle Divergenzen zu klären. Diesem Zweck diene zunächst die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Untersuchungsverfahren (Art. 27 KG) bzw. Entscheidverfahren vor der WEKO (Art. 30 Abs. 2 KG) und anschliessend der ordentliche Rechtsmittelweg. Durch dessen ausdrückliche Bezeichnung als "Antragsentwurf" sei die Sachverhaltswürdigung in diesem als noch nicht definitiv deklariert worden. Die Parteien hätten nun die Gelegenheit gehabt, Stellungnahmen einzureichen, welche das Sekretariat und die WEKO berücksichtigen würden. Es erscheine nicht angezeigt, derartige komplexe Sachverhalts- und Würdigungsfragen im vorliegenden Ausstandsverfahren auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Es sei vielmehr noch

die ausstehende Aufgabe der WEKO, die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien und des Sekretariates zu würdigen und einem anfechtbaren Entscheid zuzuführen (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 2 und 4 f.).

**5.3.** Der Verletzung materiellen Rechts oder der Missachtung von Verfahrensvorschriften durch ein Behördenmitglied ist im dafür vorgesehenen Verfahren, d.h. in der Regel durch ein Beschreiten des Rechtsmittelwegs gegen den betreffenden Entscheid, entgegenzutreten. Prozessuale Fehler oder Fehlentscheide einer Amtsperson in der Sache sind daher als solche grundsätzlich nicht geeignet, deren Befangenheit zu bewirken (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29; SCHINDLER, a.a.O., S. 137, mit Hinweisen). Sie können nur ausnahmsweise dann per se zur Annahme eines Ausstandsgrundes führen, wenn es sich um wiederholte und krasse Irrtümer handelt, die zugleich als schwere Amtspflichtverletzungen zu qualifizieren sind (vgl. BGE 125 I 119 E. 3e, BGE 116 Ia 135 E. 3a, BGE 115 Ia 400 E. 3b; ähnlich auch: Urteil des B-7483/2010 Bundesgerichts 5A\_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 2.4; eine Berücksichtigung im Gesamteindruck gemäss vorstehend E. 3.1. ist möglich, vgl. dazu nachfolgend E. 6.2). Einfache Verfahrensfehler reichen nicht, um Besorgnis der Befangenheit zu erregen. Selbst ein einzelnes schweres Versehen genügt hierfür in der Regel nicht (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 138, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 1P.251/2001 vom 4. Juli 2001 E. 3b). Ein Anschein einer Befangenheit kann sich in diesem Sinne höchstens ergeben, wenn der Entscheidungsträger Verfahrensfehler oder besonders gewichtige oder wiederholte Beurteilungsfehler begeht, die als schwere Pflichtverletzungen betrachtet werden müssen und von der Absicht zeugen, der Partei zu schaden (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29, mit Hinweisen). Von einer hinreichenden Schwere der Pflichtverletzung wäre etwa auszugehen, wenn die Amtsperson für den Verfahrensausgang relevante Dokumente systematisch zurückbehält (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29).

**5.4.** Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschreibung von act. 82 im Aktenverzeichnis als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" insofern ungenau bzw. fehlerhaft war, als sie nicht hinlänglich aufzeigt, dass das Aktenstück tatsächlich ein Telefonat zwischen Y. \_\_\_\_\_ mit dem ehemaligen Mitarbeiter des Sekretariats Z. \_\_\_\_\_ über das durch diesen geleitete Treffen vom 9. September 2008 mit ASCOPA betrifft. Zudem hat sich die Aussage des Sekretariats in dessen Antwort vom 28. Juni 2010 auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2010, dass es bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung über keinerlei weitere Akten verfüge und sämtliche Aktenstücke in seinem Besitz der Beschwerdeführerin lückenlos zur Einsicht vorgelegt worden seien, aufgrund der Existenz von act. 82 als falsch herausgestellt (vgl. im Sachverhalt unter A.f). Auch dies ist unbestritten und wird von der Vorinstanz wie von beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeitern eingeräumt.

**5.5.** Das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG) soll den Parteien dazu verhelfen, sich über alle für das Verfahren wesentlichen Unterlagen zu orientieren. Es ge-

hört als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den fundamentalen Verfahrensgrundsätzen (vgl. etwa WALDMANN OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 26 N. 2). Angesichts der in der Regel komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte und der damit verbundenen heiklen Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsfragen sind im Wettbewerbsrecht erhöhte Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht geboten. Die Parteien dürfen insofern erwarten, dass sie die WEKO beziehungsweise ihr Sekretariat über die Entwicklung des Standes der Akten informiert und ihnen insbesondere Gelegenheit gibt, zu beweiserheblichen Akten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen. Dies setzt eine – unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen (Art. 27 f. VwVG) – offengelegte Aktenführung voraus, welche den Parteien erlaubt, in wirksamer Weise an der Erstellung des entscheidenerheblichen Sachverhaltes mitzuwirken (vgl. dazu den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998 i.S. X AG, Bern, E. 3.2.2, publiziert in RPW 1998/4 655 ff.). Die Rechtsprechung verlangt namentlich, dass die WEKO bzw. deren Sekretariat den Parteien gleichzeitig mit der Zustellung des Verfügungsentwurfes ein vollständiges Verzeichnis der zu den Untersuchungsakten gehörenden Schriftstücke übermittelt, und die Parteien des Untersuchungsverfahrens auf diese Weise in die Lage versetzt, mit Bezug auf diejenigen Aktenstücke um Akteneinsicht nachzusuchen, die möglicherweise entscheidenerheblich sein könnten und die auf ihren Beweiswert zu prüfen sind (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998, E. 3.2.2, a.a.O.).

Im Lichte dieser (erhöhten) Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht im Wettbewerbsrecht stellen die ungenaue bzw. fehlerhafte Beschreibung von act. 82 im Aktenverzeichnis als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" sowie die falsche Aussage im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 fraglos nicht leicht zu nehmende Verfahrensfehler dar.

**5.6.** Es deutet aber nichts darauf hin, dass diese Fehler absichtlich erfolgten oder zum Ziel hatten, die Beschwerdeführerin durch eine Vertuschung der Besprechung vom 9. September 2008, respektive deren möglicher Tragweite hinsichtlich einer allfälligen Sanktionsbefreiung/- Reduktion nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG, zu schädigen. Es erweist sich unter den gegebenen Umständen als weitaus naheliegender und glaubwürdig, dass die unpräzise Bezeichnung von act. 82 im Aktenverzeichnis auf einem blossen Versehen bzw. mangelnder Sorgfalt bei der Kontrolle des Aktenverzeichnisses beruht, und die Sekretariatsmitarbeiter das fragliche Aktenstück infolgedessen übersehen haben, als sie das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin am 28. Juni 2010 mit einem negativen Bericht beantworteten.

Wie früher ausgeführt (vgl. vorstehend E. 4.1.4), hatten die beiden Sekretariatsmitarbeiter damals noch nicht erkannt, dass die Beschwerdeführerin der Besprechung vom 9. September 2008 offenbar nicht nur unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes eine Bedeutung zumass, sondern auch prüfte, die Bonusregelung in Anspruch zu nehmen. Die unrichtige Auskunft im Schreiben

vom 28. Juni 2010, über keine weiteren Akten bezüglich der fraglichen Beratung zu verfügen, kann daher nicht im Zusammenhang mit diesem zusätzlich denkbaren Aspekt stehen. Im Übrigen durfte von der Beschwerdeführerin – welcher als Teilnehmerin am Treffen mit Z.\_\_\_\_\_ ihre damaligen Angaben und der Verlauf des Treffens selber bestens bekannt waren – nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie der Wettbewerbsbehörde eine Berufung auf die Bonusregelung gegebenenfalls ausdrücklich und in der dafür gebotenen üblichen Form bekanntgeben und diesen wichtigen Schritt auf diese Weise (zur Vermeidung von späteren Missverständnissen) aktenkundig machen würde. Aus dem Umstand, dass der Antrag das Treffen vom 9. September 2008 einzig im Abschnitt über die Vorwerfbarkeit des angeblich kartellrechtswidrigen Verhaltens erwähnt, ohne sich vom Amtes wegen mit seiner allfälligen Tragweite aufgrund einer möglicherweise formlosen Bonusmeldung und im Detail mit act. 82 auseinanderzusetzen, können keine Zweifel an der Unbefangenheit der Autoren des Antrags abgeleitet werden.

Abgesehen davon betont die Vorinstanz zu Recht, dass kein systematisches oder wiederholtes Zurückhalten von relevanten Dokumenten vorliegt. Nach dem Bekanntwerden der beschriebenen Fehler fassten die beiden Sekretariatsmitarbeiter den wesentlichen Inhalt der fraglichen (gemäss Aktenverzeichnis "nicht einsehbar") Telefonnotiz vielmehr zu Handen der Beschwerdeführerin korrekt zusammen (vgl. im Sachverhalt unter A.f). Darauf wurde mit der Gewährung der vollen Akteneinsicht am 6. August 2010 zusätzlich sichergestellt (vgl. im Sachverhalt unter A.h), dass sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig und umfassend über die sie interessierende Unterlage ins Bild setzen konnte, um bis zum Ablauf der damals noch laufenden Frist wirksam und sachbezogen Stellung nehmen zu können (vgl. im Sachverhalt unter A.i). Das vorhergehende, irrtümliche Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Telefonnotiz wurde damit korrigiert und eine nachteilige Auswirkung im Ergebnis verhindert. Dies ist umso mehr anzuerkennen, als sich zeigt, dass der fraglichen Aktennotiz nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte erhebliche Beweisrelevanz zugeschrieben werden kann (vgl. insbes. Vorstehend E. 4.3.3 f. betr. dem Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA an Z.\_\_\_\_\_). Ob es angezeigt gewesen wäre, der Beschwerdeführerin direkt ohne den Umweg über die Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts volle Einsicht in act. 82 zu gewähren, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt, kann hier offen gelassen werden. Die Vorgehensweise der beiden Sekretariatsmitarbeiter im Zusammenhang mit der Offenlegung der fraglichen Telefonnotiz kann nach dem Gesagten unabhängig davon nicht als schwere Amtspflichtverletzung im Sinne der vorstehend dargelegten Rechtsprechung bezeichnet werden. Namentlich deutet der vorliegende Geschehensablauf weder auf eine Schädigungsabsicht noch eine Haltung, wonach die beiden Sekretariatsmitarbeiter nicht willens gewesen wären, die (bisher noch nicht in Betracht gezogene) allfällige weitere Tragweite der Besprechung vom 9. September 2008 gebührend und unvoreingenommen abzuklären.

5.7. Ebenso wenig vermag zu überzeugen, dass sich aus angeblich offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen im Antrag der Anschein einer Befangenheit ergibt bzw. bestätigt (vgl. E. 5.1). Ergänzend zum bereits genannten Grundsatz, dass auch allfällige Fehlentscheide in der Sache im dafür vorgesehenen Verfahren geltend zu machen sind (vgl. E. 5.3), ist darauf hinzuweisen, dass die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, u.a. mit Hinweis auf BGE 127 I 196 E. 2b; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 10 N. 8 ff.; FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 1):

Die *Funktion* des Sekretariats bei kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27-30 KG ist u.a. dadurch gekennzeichnet, dass es dem Sekretariat und seiner Mitarbeiter obliegt, einmal eröffnete Untersuchungen selbstständig durchzuführen und Entscheidungen zuhanden der WEKO vorzubereiten (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2024). Die Entscheidungsfällung steht indessen nicht in der Kompetenz des Sekretariats. Zuständig hierzu ist die WEKO, welche auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG). Nach der Antragsstellung durch das Sekretariat liegt die Verfahrensherrschaft ausschliesslich bei der WEKO. Art. 30 Abs. 2 KG gibt den am Verfahren Beteiligten im Verfahren vor der WEKO das Recht, zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung zu nehmen, bevor die WEKO ihren Entscheid trifft (erweiterter Anspruch auf rechtliches Gehör, vgl. etwa JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), Zürich 2011, Art. 30 N. 5, mit Hinweisen; sowie die vorstehend in E. 4.2.5 zitierte Rechtsprechung). Die Bestimmung gewährt insbesondere ein umfassendes Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (vgl. JÜRIG BORER, JUHANI KOSTKA, Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 32 N. 60). Dies gewährleistet, dass ein betroffenes Unternehmen als falsch erachtete tatsächliche Feststellungen bzw. aus ihrer Sicht falsche Beweiswürdigungen im Rahmen der Ausübung dieses Anhörungsrechts wirksam vorbringen kann. Im vorliegenden Fall zeigt sich, wie bereits erwähnt zudem (vgl. vorstehend E. 4.2.5), dass das Sekretariat gestützt auf die Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen zum Antrag vom 27. Mai 2010 zusätzliche Untersuchungshandlungen durchführt, bevor der Beschwerdeführerin eine überarbeitete zweite Version des Antrags zur erneuten Stellungnahme zugesandt wird. Erst nach Eingang der zweiten Stellungnahme der Beschwerdeführerin wird der "gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag des Sekretariats" der WEKO zum Entscheid vorgelegt (vgl. Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2010 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin betr. Information über Verfahrensforgang, Beschwerde Beilage 2). Darauf hat die WEKO die Möglichkeit, korrigierend in die Untersuchung des Sekretariats einzugreifen und eine direkte Anhörung der Beteiligten zu beschliessen. Auch kann sie das Sekretariat anhalten, weitere Untersuchungshandlungen vorzukeh-

ren (Art. 30 Abs. 2 KG; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.3.3, mit Hinweis).

Der Antrag vom 27. Mai 2010 stellt somit nur den Ausgangspunkt für die Fortführung des Erkenntnisprozesses dar. Angesichts der weitreichenden Korrekturmöglichkeiten seitens der abschliessend verfügenden WEKO hat es das Bundesgericht abgelehnt, ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Befangenheit bei den einzelnen Instruktionshandlungen des Sekretariats diese auf Vorrat wiederholen zu lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.3.3). Da die WEKO an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden ist, bleibt der Ausgang des Verfahrens unbesehen der jeweiligen Äusserungen offen und kann nicht als ausschlaggebend vorbestimmt betrachtet werden (vgl. in diesem Sinne BGE 134 I 238 E. 2.3, mit Bezug auf das in der Schweiz weitverbreitete Referentensystem).

Die Vorinstanz vertritt insofern zu Recht den Standpunkt, dass die durch die Sekretariatsmitarbeiter im Antrag vom 27. Mai 2010 vorgenommene Sachverhaltswürdigung noch keineswegs als definitiv anzusehen ist. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Ausstandspflicht von Untersuchungsrichtern wegen vorverurteilender Äusserungen im Strafuntersuchungsverfahren darf vorliegend – mangels anders lautenden Anzeichen – durchaus vorausgesetzt werden, dass beide betroffenen Sekretariatsmitarbeiter in der Lage und willens sind, ihre bisherige Beurteilung des Prozessstoffes bei der Überarbeitung des Antrags gestützt auf die eingereichten Stellungnahmen zu überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente gegebenenfalls auch zu revidieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c, vgl. bereits vorstehend E. 4.2.5). Darauf wird es der WEKO obliegen, mit anfechtbarer Verfügung erstinstanzlich zu entscheiden, inwiefern der Beweiswürdigung (und den rechtlichen Einschätzungen) des Sekretariats oder den dagegen vorgebrachten Einwänden der am Verfahren Beteiligten zu folgen ist. Der Vorinstanz ist unter den gegebenen Umständen zuzustimmen, dass das vorliegende Ausstandsverfahren nicht dazu konzipiert sein kann, komplexe Sachverhalts- und Würdigungsfragen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Einen Ausstandsgrund gegenüber X.\_\_\_\_\_ oder Y.\_\_\_\_\_ im Sinne einer Befangenheit "aus anderen Gründen" gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG vermag die Beschwerdeführerin auch mit dieser Argumentation nicht aufzuzeigen.

**5.8.** Zusammenfassend ergibt sich weder aus der bemängelten Häufung von Verfahrensfehlern noch den angeblichen Fehlentscheiden in der Sache eine Ausstandspflicht von X.\_\_\_\_\_ oder von Y.\_\_\_\_\_ .

**6.**

**6.1.** Nachdem sich auch der Vorwurf einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis als unbegründet erwiesen hat (vgl. vorstehend E. 4, E. 4.4), bestehen für das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis keine Zweifel daran, dass die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde vorliegend gewährleistet ist.

**6.2.** Dies gilt auch dann, wenn die von der Beschwerdeführerin gerügten Umstände bzw. "einzelnen Irregularitäten"

statt je für sich allein in ihrem gesamten Zusammenwirken erfasst werden. Auch unter Vornahme einer solchen Gesamtbetrachtung ergibt sich kein den vorstehenden Ausführungen entgegenstehendes Gesamtbild. Dabei ist zu beachten, dass Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende des Sekretariats – d.h. gegen nicht richterliche Personen bzw. Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichtthin gutzuheissen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweisen). Für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) für unabhängige richterliche Behörden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweis u.a. auf BGE 125 I 209 E. 8; BGE 112 Ia 142 E. 2d S. 147). Auch mit Blick darauf scheint das Zusammentreffen der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Umstände insgesamt objektiv nicht geeignet, gegenüber X.\_\_\_\_\_ oder Y.\_\_\_\_\_ den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen.

**6.3.** Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

**7.**

**7.1.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

**7.2.** Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**7.3.** Mit dem vorliegenden Entscheid ist gestützt auf Dispositiv-Ziffer 2 der Zwischenverfügung vom 19. November 2010 (vgl. im Sachverhalt unter B.b) zusätzlich über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung zu befinden. Da die Beschwerdeführerin mit ihren damals beurteilten prozessualen Anträgen unterlegen ist (Abweisung, soweit darauf eingetreten wurde), hat sie auch die dadurch verursachten Kosten zu tragen, ohne dass sie (oder die Vorinstanz) Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten (einschliesslich der Kosten der Zwischenverfügung vom 19. November 2010) von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet.

---

3.  
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)

– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

4.  
Dieses Urteil geht an:

[Rechtsmittelbelehrung]

---

# E Diverses

## Divers

### Diversi

## E 2 Gutachten

### Avis

### Pareri

E 2	<b>1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010 gemäss Art. 47 KG für das Verwaltungsgericht des Kantons Bern betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität</b>
-----	--

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010 gemäss Art. 47 KG für das Verwaltungsgericht des Kantons Bern betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität (Verf. Nr. [...]) in der Beschwerdesache X., [...] (Beschwerdeführerin) gegen Y., [...] (Beschwerdegegnerin) und Regierungsstatthalteramt, [...]*

#### I Sachverhalt

1. Vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern (nachfolgend: Verwaltungsgericht) ist eine Beschwerdesache zwischen X. (nachfolgend: Beschwerdeführerin oder X.) und Y. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin oder Y.) betreffend eine Gebührenforderung für Energielieferungen in den Monaten Februar 2007 bis August 2007 hängig.

2. Die Beschwerdegegnerin ist eine Grosskonsumentin<sup>1</sup> der Beschwerdeführerin und bezieht pro Jahr durchschnittlich 1'100 Megawattstunden (nachfolgend MWh) elektrische Energie.

3. Im Rahmen dieser gebührenrechtlichen Streitigkeit macht die Beschwerdeführerin geltend, der am 24./26. Januar 2001 mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Energielieferungsvertrag (rückwirkend auf den 1. Juli 2000 in Kraft) verstosse gegen das Wettbewerbsrecht und sei deshalb nichtig; die Gebühren für die Energielieferungen seien folglich nicht auf der Basis der Vertragspreise, sondern nach den höheren Ansätzen gemäss Tarif zu berechnen.

4. Das Verwaltungsgericht hat im Gebührenstreit somit als Vorfrage zu prüfen, ob der Energielieferungsvertrag eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) darstellt.

5. Mit Schreiben vom 7. September 2009 legte das Verwaltungsgericht der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Fragen zur Begutachtung im Sinne von Art. 15 KG vor.

6. Mit Schreiben vom 15. September 2009 wies das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) das Verwaltungsgericht darauf hin, dass das Gutachten im Sinne von Art. 47 KG entgegen genommen werde.

#### II. Verfahren gemäss Art. 47 KG

7. Gemäss Art. 47 KG verfasst die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Sie kann das Sekretariat in Fällen von untergeordneter Bedeutung beauftragen, an ihrer Stelle Gutachten zu erstellen.

8. In Bezug auf Gutachten nach Art. 15 KG verabschiedete die WEKO (nach Rücksprache mit dem Bundesgericht und den kantonalen Gerichten) Grundsätze zuhanden der kantonalen Zivilgerichte,<sup>2</sup> weil das Verhältnis zwischen dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren im KG nur in den Grundzügen geregelt ist.

9. Aus diesen Grundsätzen geht hervor, dass das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen zu enthalten hat, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten.<sup>3</sup> Das Gutachten wird einzig und allein aufgrund des vom Gericht vorgelegten Sachverhalts abgegeben. Bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung sind im Gutachten entsprechende Vorbehalte anzubringen.<sup>4</sup>

10. Es rechtfertigt sich vorliegend, diese Grundsätze zu beachten und analog anzuwenden.

#### III. Beantwortung der Fragen

##### 1. Grundsätzliches

##### a) Geltungsbereich

11. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im

<sup>1</sup> Als Grosskonsumenten gelten Konsumenten mit einem Verbrauch von mehr als 100 MWh/Jahr.

<sup>2</sup> Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, RPW 1997/4, S. 593 ff.; Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998/4, S. 621 f.

<sup>3</sup> Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, RPW 1997/4, S. 595, Rz. 9; Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998/4, S. 621, Rz. 2.

Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin sind als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

#### b) Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

12. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

13. Das Verwaltungsgericht ist gemäss Schreiben vom 7. September 2009 vorläufig der Auffassung, dass kein Wettbewerbsausschluss im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt. Dies wurde den Beschwerdeparteien mit Verfügung vom 2. März 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 7) eröffnet.

14. Die Beschwerdegegnerin hat indessen vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG geltend gemacht (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 15. Juni 2009 [Gerichtsdossier grün, pag. 7]). Es rechtfertigt sich somit, auf die Eingaben der Beschwerdegegnerin einzugehen und das Vorhandensein vorbehaltener Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG zu prüfen.

15. In ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 13) hat die Beschwerdegegnerin vorgebracht, dass die Gemeinde [...] von ihrer Autonomie Gebrauch gemacht und mit Art. [...] des Organisations- und Gebührenreglement [...] (nachfolgend: Reglement [...]<sup>5</sup>) die Versorgung des Gemeindegebiets der Stadt [...] als rechtliches Monopol ausgestaltet habe. Es liege aufgrund dessen ein Wettbewerbsausschluss gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vor. Unabhängig davon komme die Anwendung des Kartellrechts auch aus folgendem Grund nicht in Frage: Aufgrund des faktischen Versorgungsmonopols von X. und der technischen Unmöglichkeiten des freien Netzzugangs habe sich ein Wettbewerb im relevanten Markt gar nicht entfalten können. Da der freie Wettbewerb tatsächlich gar nicht möglich gewesen sei, könne der Energielieferungsvertrag auch nicht unter dem Aspekt des Kartellrechts beurteilt werden, da es zum einen am kartellrechtlichen Schutzobjekt fehle und zum anderen eine kartellrechtliche Beurteilung des Elektrizitätslieferungsvertrages der kartellrechtlichen Konzeption widersprechen würde. Erst mit dem Inkrafttreten von Art. 13 StromVG am 1.1.2009 habe sich überhaupt Wettbewerb im relevanten Markt entfalten können und erst seither sei der Elektrizitätslieferungsvertrag, wenn überhaupt, einer kartellrechtlichen Beurteilung zugänglich (S. 4 der Stellungnahme von Y. vom 15. Juni 2009 [Gerichtsdossier grün, pag. 13]).

16. Als Paradebeispiel für einen Eingriff in den Wettbewerb, bei welchem der Gesetzgeber für einzelne Unternehmen eine Sonderregelung trifft, gilt die Einräumung eines rechtlichen Monopols. Insbesondere kommen Unternehmen im Bereich der Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung sowie Spitäler in Frage, sofern ein entsprechender Versorgungsauftrag besteht. Im Bereich der Elektrizitätsversorgung hat das Bundesgericht jedoch unter Hinweis auf eine fehlende Versorgungspflicht

des Staates ein Sonderrecht nach Bundesrecht vereinigt.<sup>6</sup>

17. Vorbehaltene Vorschriften können sich grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben.<sup>7</sup> Es stellt sich somit die Frage, ob auf kantonaler oder allenfalls auf kommunaler Ebene vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen.

18. Gemäss Art. 8 des Energiegesetzes des Kantons Bern vom 14. Mai 1981 (EnG; BSG 741.1) werden, unter dem Titel III. Versorgung mit leitungsgebundener Energie, die Siedlungen von öffentlichen oder privaten Energieverteilern mit leitungsgebundener Energie versorgt (Abs. 1). Soweit kein geeigneter Träger besteht, obliegt die Versorgung mit Elektrizität den Gemeinden. Zur Versorgung mit Gas und Fernwärme sind sie nicht verpflichtet (Abs. 2).

19. Die Gemeinde [...] hat das Reglement [...] erlassen, gemäss welchem die Beschwerdeführerin das Gemeindegebiet der Stadt [...] versorgt (Art. [...] Abs. 1 Reglement [...]). Gemäss Abs. 2 ist sie in diesem Gebiet zur Versorgung ausschliesslich berechtigt. Vorbehalten bleiben anders lautende Vorschriften des übergeordneten Rechts, namentlich über die Selbstversorgung und über den Zugang von Versorgungsmärkten.

20. Gemäss dieser Formulierung hat die Gemeinde [...] der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Versorgung der Gemeinde [...] mit Elektrizität ein rechtliches Monopol eingeräumt. Es stellt sich die Frage, ob die Gemeinde [...] die Kompetenz hatte, der Beschwerdeführerin ein solches rechtliches Monopol zu gewähren.

21. Die Formulierung von Art. 8 EnG lässt nicht darauf schliessen, dass den Gemeinden ein rechtliches Monopol in Bezug auf die Versorgung mit Elektrizität eingeräumt werden sollte. So wird im Handkommentar zum Energiegesetz des Kantons Bern<sup>8</sup> in Hinblick auf das damals neu in Kraft tretende Energiegesetz des Kantons Bern erläutert, dass Gemeinden, welche die Versorgung nicht selbst durchführen, regelmässig Verträge mit Versorgungswerken abgeschlossen haben. Grundlage sei bisher ausschliesslich die Strassenhoheit der Gemeinde gewesen, welche das Strassenterrain für die Energieleitungen zur Verfügung stelle. Die Gemeinde verfüge damit über ein faktisches Monopol zur Verteilung leitungsgebundener Energie. Bei Vertragsabschluss könne sich die Gemeinde die Frage stellen, die Energieversorgung selbst zu übernehmen. Ein Rechtsanspruch darauf bestehe nach dem Energiegesetz nicht, das Monopol der Gemeinde bleibe tatsächlicher Natur, Art. 8 EnG führe kein Rechtsmonopol ein.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998/4, S. 621, Rz. 3.

<sup>5</sup> Abrufbar unter [...] (besucht am 6. Januar 2010).

<sup>6</sup> CARCAGNI ROMINA/TREIS MICHAEL/DURRER ANGELA/HANSELMANN PETRA, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 3 N 5 f. (mit Hinweis auf den Entscheid BGE 129 II 497).

<sup>7</sup> BGE 129 II 497, E. 3.3.4.

<sup>8</sup> KILCHENMANN FRITZ, Handkommentar zum Energiegesetz des Kantons Bern, Bern 1983.

<sup>9</sup> KILCHENMANN FRITZ, a.a.O., Rz. 35.

22. Diese Einschätzung erfolgte aufgrund der Beilage 5, S. 8 des Tagblatt des Grossen Rates 1981, gemäss welchem die Versorgung der Siedlungen mit leitungsggebundener Energie Bestandteil der technischen Infrastruktur ist, also eine öffentliche Aufgabe, unabhängig davon, ob sie von der Gemeinde oder einem privaten Energieverteiler wahrgenommen wird. Die Gemeinden würden kein Rechtsmonopol für die Energieverteilung erhalten. Jedoch würden sowohl die Gemeinden, die selber Energie verteilen, wie die anderen Energieverteiler über ein faktisches Monopol verfügen.

23. Aufgrund der klaren Formulierung im kantonalen Recht sowie der dazugehörigen Materialien verfügen die Gemeinden nicht über ein rechtliches Monopol bei der Stromversorgung, sondern einzig über ein faktisches Monopol. Ein solches ist jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht geeignet, vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zu begründen.<sup>10</sup>

24. Des Weiteren sind keine Gründe ersichtlich, die darauf hinweisen würden, dass die Unterstellung unter das KG die Aufgabe der Versorger, die Abnehmer mit Strom zu versorgen, verunmöglichen würde.

25. Die Argumentation, das KG sei nicht anwendbar, weil sich auf dem betreffenden Markt kein Wettbewerb entfalten konnte, ist nicht stichhaltig. Das KG bezweckt gemäss Art. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Ziel ist es gerade, den Wettbewerb zu fördern, wenn dieser nicht vorhanden ist. Dies geschieht mittels der Kontrolle durch Art. 5 und 7 KG.

26. Es liegen somit keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG vor, weshalb das KG auf den in Frage stehenden Energielieferungsvertrag anwendbar ist und die WEKO die Beantwortung des Gutachtens vornimmt.

## 2. Antwort auf Frage 1

### a) Frage

27. Von welchem Zeitpunkt an besteht ein Anspruch auf freien Zugang zum Elektrizitätsnetz (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7]; BGE 129 II 497)? Bestand im hier interessierenden Zeitraum (Februar bis August 2007) Wettbewerb auf dem Markt der Stromlieferung?

### b) Antwort

28. Von diskriminierungsfreiem Netzzugang im Elektrizitätsnetz zur Belieferung von Grosskonsumenten kann mit Sicherheit seit dem Inkrafttreten von Art. 13 StromVG, d.h. seit dem 1. Januar 2009, gesprochen werden. Der Anspruch bestand rechtlich gestützt auf Kartellrecht bereits vorher und konnte aufgrund des Bundesgerichtsentscheides vom 17. Juni 2003 i.S. Freiburger Elektrizitätswerke (FEW) c. Watt Suisse AG, Migros-Genossenschaftsbund (BGE 129 II 497) einzelfallweise gerichtlich erzwungen werden, sofern die Voraussetzungen gemäss KG erfüllt waren. Folglich bestand

ein Anspruch auf freien Zugang zum Elektrizitätsnetz bereits vor Inkrafttreten des StromVG.

29. Es kann aufgrund der uns vorgelegten Informationen nicht abschliessend beurteilt werden, ob im hier interessierenden Zeitpunkt Wettbewerb auf dem Stromversorgungsmarkt herrschte, wobei dies eher zu verneinen ist.

## c) Begründung

### Freier Netzzugang

30. Gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG, welcher am 1. Januar 2009 in Kraft trat, sind Netzbetreiber verpflichtet, Dritten diskriminierungsfreien Zugang auf ihr Netz zu gewähren. Seit Inkrafttreten dieses Artikels muss die Durchleitung für Dritte, welche Grosskonsumenten mit Strom beliefern wollen, diskriminierungsfrei ermöglicht werden. Hiermit wurde eine spezialgesetzliche Grundlage für eine regulierte Durchleitung geschaffen. Dieser Netznutzungsanspruch ermöglicht es Endverbrauchern, von einem Lieferanten freier Wahl Strom zu beziehen oder umgekehrt in das Stromnetz einzuspeisen, wobei zur Zeit erst Grosskonsumenten einen solchen Anspruch haben.<sup>11</sup> Grosskonsumenten können somit seit dem 1. Januar 2009 ihren Stromlieferanten frei wählen.<sup>12</sup>

31. Das Bundesgericht hat jedoch bereits mit Entscheid vom 17. Juni 2003 i.S. Freiburger Elektrizitätswerke (FEW) c. Watt Suisse AG, Migros-Genossenschaftsbund entschieden und ist somit der Argumentation der WEKO gefolgt, dass die Weigerung eines Elektrizitätswerks, den Strom eines Drittunternehmens durch ihr Netz zu einem in ihrem Versorgungsgebiet domizilierten Endverbraucher zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist.<sup>13</sup>

32. Durch den rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts konnte somit die Durchleitung von Strom durch ein fremdes Netz mit Hilfe des KG erzwungen werden. Gestützt auf dieses Urteil konnten alle Kunden den Stromlieferanten grundsätzlich frei wählen. In der Folge konnte bei Durchleitungsverweigerungen das Gericht angerufen werden, wobei hierzu die Voraussetzungen gemäss Art. 7 KG vorliegen mussten. Bei der Weigerung der Durchleitung musste es sich somit um eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens handeln. Ein Anspruch auf freien Zugang zum Elektrizitätsnetz bestand folglich bereits nach dem Entscheid vom 17. Juni 2003 des Bundesgerichts i.S. Freiburger Elektrizitätswerke (FEW) c. Watt Suisse AG, Migros-Genossenschaftsbund und vor Inkrafttreten von Art. 13 StromVG am 1. Januar 2009.

<sup>10</sup> BGE 129 II 497, E. 5.4.7.

<sup>11</sup> Vgl. auch WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, Rz. 35.

<sup>12</sup> Demgegenüber haben feste Endverbraucher, d.h. solche mit einem Verbrauch von weniger als 100 MWh/Jahr pro Verbrauchsstätte gemäss Art. 6 Abs. 6 StromVG keinen Anspruch auf Netzzugang nach Artikel 13 Abs. 1 StromVG.

<sup>13</sup> BGE 129 II 497, E. 6.

### Wettbewerb auf dem Stromversorgungsmarkt

33. Die Frage, ob im hier interessierenden Zeitraum, also zwischen Februar 2007 bis August 2007 Wettbewerb auf dem Stromversorgungsmarkt geherrscht hat, kann aufgrund der uns vorgelegten Informationen nicht abschliessend beurteilt werden. Es müsste untersucht werden, inwiefern sich X. aufgrund des Entscheides des Bundesgerichts (BGE 129 II 497) noch unabhängig verhalten konnte (Frage der marktbeherrschenden Stellung von X.; vgl. auch nachfolgend Rz. 45 ff.). Dies hängt unter anderem davon ab, ob die Endkunden einzelfallweise eine Durchleitung beantragt haben oder wie hoch die Wahrscheinlichkeit war, dass sie dies zumindest bei einer Erhöhung der Preise (oder sonstiger nachteiligen Änderungen der Geschäftsbedingungen) durch X. getan hätten. Wären potenzielle Durchleitungsgesuche geeignet gewesen das Geschäftsgebaren von X. zu beeinflussen, hätte sich X. nicht mehr unabhängig verhalten können und eine Marktbeherrschung wäre zu verneinen gewesen.

34. Tendenziell ist jedoch davon auszugehen, dass der Wettbewerb im hier interessierenden Zeitraum eher eingeschränkt war. Eine abschliessende Beurteilung würde umfangreiche Befragungen von Marktteilnehmern erfordern. So müsste beispielsweise abgeklärt werden, ob und in welchem Umfang zum fraglichen Zeitpunkt tatsächlich Durchleitungsgesuche gestellt wurden, aus welchen Gründen darauf verzichtet wurde und welches allfällige Verweigerungsgründe waren. Diese Abklärungen sprengen jedoch den Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit.<sup>14</sup>

### **3. Antwort auf Frage 2**

#### **a) Frage**

35. Wie beurteilen Sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht den Energielieferungsvertrag in Bezug auf die vorgesehene Vertragsdauer und die Kündigungsmöglichkeiten? Welche Vertragsdauer gilt nach der Praxis der WEKO als kartellrechtlich unbedenklich?

#### **b) Antwort**

36. Im vorliegend zu beurteilenden Energielieferungsvertrag ist die Kündigungsfrist von einem Jahr nicht zu beanstanden. Die vorgesehene Vertragsdauer hingegen kann durch die WEKO nicht abschliessend beurteilt werden, da der Vertrag im Hinblick auf das Inkrafttreten des EMG abgeschlossen wurde, welches jedoch wegen einer Referendumsabstimmung nicht in Kraft trat. Die Frage, wie lange der Vertrag gedauert hat/hätte, ist aufgrund der allgemeinen Vertragsauslegung durch das Gericht zu bestimmen.

37. Nach Praxis der WEKO wird unterschieden zwischen langfristigen Energielieferverträgen und langfristigen Exklusivenergielieferverträgen. Langfristige Energielieferverträge sind kartellrechtlich unbedenklich. Demgegenüber können exklusive Energielieferverträge kartellrechtlich problematisch sein. Gestützt auf Art. 7 KG kann festgehalten werden, dass Exklusivlieferverträge bis zu fünf Jahren eher unbedenklich sind. Allerdings können auch längere Verträge aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz unbedenklich sein. Dies ist muss im Rahmen

einer Einzelfallprüfung abgeklärt werden (vgl. nachfolgend Rz. 45 ff.).

38. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass die Vertragsdauer weniger als fünf Jahre betrug, war der Vertrag wettbewerbsrechtlich eher unbedenklich und in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht gültig. Käme das Gericht im Rahmen der Vertragsauslegung jedoch zum Schluss, dass der Energieliefervertrag für eine Dauer von mehr als fünf Jahre abgeschlossen wurde, könnte eine Einzelfallprüfung im vorliegenden Fall dennoch unterbleiben, dies aus folgendem Grund: Unseres Erachtens wäre vorliegend von einer einseitigen Unverbindlichkeit des Energieliefervertrages auszugehen, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine allfällige Nichtigkeit des Energieliefervertrages berufen könnte (vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Frage 5, Rz. 90 ff.). Somit kann offenbleiben, ob die Vertragsdauer das Resultat eines missbräuchlichen Verhaltens von X. im Sinne von Art. 7 KG darstellt und der Vertrag kartellrechtlich unzulässig ist.

#### **c) Begründung**

39. Vorliegend handelt es sich um einen Exklusivenergielieferungsvertrag, welcher in Hinblick auf die Marktöffnung gemäss EMG abgeschlossen wurde. Das EMG trat jedoch nicht wie geplant in Kraft und die erwartete Marktöffnung fand nicht statt. Die Beurteilung des vorliegenden Energielieferungsvertrages ist insofern besonders, als er Elemente enthält, die im Hinblick auf die erwartete Marktöffnung beschlossen wurden, diese jedoch auch nach dem gescheiterten Inkrafttreten des EMG befolgt wurden.

40. Punkt 7 des Energielieferungsvertrags regelt die Vertragsdauer sowie die Kündigung: *"Dieser Vertrag tritt rückwirkend auf den 1. Juli 2000 in Kraft und dauert bis 31. Dezember 2006 bzw. dem Zeitpunkt des Marktzutrittes des Kunden gemäss EMG. Er wird für eine feste Vertragsdauer abgeschlossen, welche drei Jahre über den Zeitpunkt der Marktzutrittsberechtigung des Kunden hinausreicht. Wird der Vertrag nicht 1 Jahr vor Ablauf gekündigt, so bleibt er mit der gleichen Kündigungsfrist jeweils ein weiteres Jahr in Kraft. Findet keine Einigung gemäss Pkt. 2.2<sup>15</sup> statt, kann der Vertrag ausserhalb der normalen Kündigungsfrist, innerhalb von 3 Monaten gekündigt werden. Beide Parteien sind berechtigt und verpflichtet, alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Rechtsnachfolger zu übertragen, vorausgesetzt, dass er in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen."*

<sup>14</sup> Vgl. diesbezüglich auch Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998/4, S. 621, Rz. 3.

<sup>15</sup> Pkt. 2.2: *"Nach Marktzutrittsberechtigung des Kunden bietet der Lieferant sogenannte marktfähige Preise an. Marktfähig sind Preise dann, wenn diese in einer Bandbreite von +/- 3 % eines vergleichbaren Angebotes eines Mitbewerbers für gleichwertige Energie liegen. Falls die Preise während der drei Jahre nach Marktzutritt des Kunden ausserhalb von +/- 3 % liegen, muss neu verhandelt werden."*

41. Das EMG sah eine schrittweise Öffnung des Elektrizitätsmarktes vor. In den ersten drei Jahren hätten Grosskonsumenten mit einem Jahresverbrauch von mehr als 20 Gigawattstunden (nachfolgend GWh) ihren Strom bei einem Produzenten ihrer Wahl kaufen können. Gleichzeitig hätten auch die Verteilwerke Zugang zum Markt gehabt, und zwar im Umfang von 20 % ihres Jahresabsatzes an ihre noch nicht zum Markt zugelassenen kleineren Kunden. Nach drei Jahren wäre der Schwellenwert für Grossverbraucher auf 10 GWh gesenkt und der Umfang des Jahresabsatzes der Verteilwerke auf 40 % erhöht worden. Gemäss Art. 27 EMG hätte sechs Jahre nach Inkrafttreten unbeschränkter Anspruch auf Durchleitung bestanden.

42. Das EMG wurde am 22. September 2002 in einer Referendumsabstimmung abgelehnt, die Marktöffnung erfolgte somit nicht.

43. Die Parteien hielten sich jedoch im Anschluss dennoch an den Energielieferungsvertrag. Dieser sieht eine feste Vertragsdauer vor, welche drei Jahre über den Zeitpunkt der Marktzutrittsberechtigung des Kunden hinausreicht. Die Beschwerdegegnerin hat einen Elektrizitätsbedarf von 1'100 MWh und hätte somit die Grenze des EMG nicht erfüllt, weshalb der Marktzutritt für die Beschwerdegegnerin erst nach sechs Jahren erfolgt wäre.<sup>16</sup> Der Zusatz "...bzw. dem Zeitpunkt des Marktzutritts des Kunden gemäss EMG." wurde vermutlich in den Vertrag aufgenommen, da nicht klar war, wann das EMG in Kraft treten wird, somit nicht sicher war, ob ab 31. Dezember 2006 der Marktzutritt für alle galt. Deshalb ist auch nicht klar, wann die drei Jahre nach dem Zeitpunkt der Marktzutrittsberechtigung gewesen wären und ab wann (ein Jahr vor Ablauf der drei Jahre nach dem Zeitpunkt der Marktzutrittsberechtigung) ein Kündigungsrecht bestanden hätte.

44. Die Beantwortung der Fragen, wie lange der vorliegende Energielieferungsvertrag tatsächlich gedauert und ab wann ein Kündigungsrecht bestanden hat, sind Fragen der allgemeinen Vertragsauslegung, welche durch das Gericht zu klären sind. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass Energielieferungsverträge kartellrechtlich unbedenklich sind, wenn sie für eine kurze Dauer abgeschlossen werden und nicht exklusiv sind. Auch langfristige Exklusivverträge lassen sich in Bezug auf Elektrizitätslieferungen sachlich rechtfertigen. Im Elektrizitätsbereich erhöhen sie die Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit des Absatzes.<sup>17</sup>

#### Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

45. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

46. Somit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob X. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren war. Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbie-

tern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Ein Unternehmen wird sich dabei von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht.

47. Um die Marktstellung beurteilen zu können, muss vorab der relevante Markt abgegrenzt werden.

48. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4]). Die WEKO unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxismässig folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung, -übertragung, -verteilung, -versorgung und -handel.<sup>18</sup>

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

50. Im vorliegenden Fall ist der Markt für Stromversorgung von Bedeutung. Der Markt für Stromversorgung umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) mit Elektrizität. Die Anbieter auf dem Stromversorgungsmarkt sind Stromversorger, deren Leistungen von Stromabnehmern (Stromverbraucher, Weiterverteiler wie Stadt- oder Gemeindewerke) nachgefragt werden.<sup>19</sup> Vor Inkrafttreten des StromVG hat die Wettbewerbskommission offengelassen, ob der Markt regional abzugrenzen oder von einem grösseren relevanten Markt auszugehen ist.<sup>20</sup>

51. Wie bereits erwähnt fand eine Marktöffnung erst mit der durch BGE 129 II 497 eingeführten Durchleitungspraxis und somit vor dem Vertragsabschluss statt. Folglich war X. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Markt für Stromversorgung als marktbeherrschend zu qualifizieren. Ob dies nach dem Entscheid des Bundesgerichts betreffend die Durchleitung immer noch der Fall war, bzw. ob X. heute noch marktbeherrschend ist, kann an dieser Stelle offengelassen werden.

<sup>16</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 15. Dezember 2000, abrufbar unter [www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644](http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644).

<sup>17</sup> Axpo-Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 239, Rz. 114.

<sup>18</sup> Axpo-Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 234 f., Rz. 67 ff.; Swissgrid, RPW 2005/2, S. 351, Rz. 41 ff.; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 351 f., Rz. 22 ff.; ewz/Enron, RPW 2001/4, S. 709, Rz. 12; Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 240, Rz. 33.

<sup>19</sup> Axpo-Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 234, Rz. 68; ewz/Enron, RPW 2001/4, S. 709, Rz. 20 f.; Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241, Rz. 40.

<sup>20</sup> Vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen im Schlussbericht i.S. Youtility, RPW 2006/3, S. 460, Rz. 23 ff.

52. Betreffend die einjährige Kündigungsfrist im Energieliefervertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin kann festgehalten werden, dass diese, auch wenn X. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als marktbeherrschend zu qualifizieren war, kein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass langfristige Verträge im Elektrizitätsbereich die Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit des Absatzes erhöhen. Dies ist insbesondere für Branchen mit hohem Fixkostenanteil, wie eben der Elektrizitätswirtschaft, relevant. Deshalb kann auch eine längere Kündigungsfrist gerechtfertigt sein. Zudem sieht heute auch Art. 11 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) vor, dass die grossen Stromkunden ihren Lieferanten nur jährlich wechseln können. Der Aufwand wäre andernfalls zu gross. Gemäss Praxis der WEKO sind langfristige Exklusivverträge mit Endverteilern oder Endverbrauchern im Elektrizitätsbereich kartellrechtlich unbedenklich, wenn sie mit einer Verpflichtung zur vollständigen Versorgung des betreffenden Abnehmers verbunden sind und neben den betreffenden Verträgen den jeweiligen Abnehmern kurzfristige Verträge zur Verfügung stehen bzw. standen.<sup>21</sup>

53. Hinsichtlich der Dauer langfristiger Exklusivlieferverträge ist Folgendes zu bemerken: In der Untersuchung Axpo-Vertriebspartnerschaften lag ein Fünfjahresvertrag vor, wobei die Abnehmer auch die Möglichkeit hatten, kurzfristige Verträge zu vereinbaren. Es kann jedoch nicht pauschal gesagt werden, dass Exklusivliefervereinbarungen bis fünf Jahre zulässig sind und darüber hinaus nicht. Dies muss im Einzelfall beurteilt werden.

54. Wie bereits erwähnt ist nicht ersichtlich, wie lange der Vertrag gedauert hätte bzw. ab wann eine Kündigung möglich gewesen wäre und ob neben dem Energieliefervertrag noch kurzfristige Verträge zu Verfügung gestanden hätten. Insbesondere kann den Akten nicht entnommen werden, ob es sich vorliegend um eine erzwungene lange Vertragsdauer handelt. Aus diesen Gründen ist eine abschliessende Beurteilung nicht möglich.

55. Sollten für die Beschwerdegegnerin neben dem Exklusivliefervertrag noch weitere kurzfristige Verträge zu Verfügung gestanden haben, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Dennoch kann vorliegend darauf verzichtet werden, bezüglich eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung noch weitere Abklärungen zu treffen. Denn selbst wenn der Vertrag gestützt auf Art. 7 KG kartellrechtswidrig wäre, könnte sich die Beschwerdeführerin heute nicht mehr auf dessen Kartellrechtswidrigkeit berufen. Vielmehr wäre vorliegend von einer einseitigen Unverbindlichkeit des Energieliefervertrages auszugehen. Somit könnte sich nur die Beschwerdegegnerin, nicht aber die marktbeherrschende Beschwerdeführerin, auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen (vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Frage 5, Rz. 90 ff.).

#### 4. Antwort auf Frage 3

##### a) Frage

56. Wie beurteilen Sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die Ziff. 2.2 und 2.3 betreffend Preisverhandlungen (sog. last call options) des Energielieferungsvertrages?

##### b) Antwort

57. Last-Call-Rechte sind nach wettbewerbsrechtlicher Einschätzung dann kartellrechtlich unzulässig, wenn der Stromversorger als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert würde. Vorliegend wäre das Last-Call-Recht nach der Marktzutrittsberechtigung der Beschwerdegegnerin zum Tragen gekommen. Ob X. zu diesem Zeitpunkt bzw. zum Zeitpunkt der Ausübung des Last-Call-Rechts noch marktbeherrschend gewesen wäre, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Hierzu wären vertiefte Abklärungen im Markt notwendig. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass das Last-Call-Recht nur dann zu beanstanden gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt dessen Ausübung noch als marktbeherrschend gewesen wäre.

##### c) Begründung

58. Das Last-Call Recht in Punkt 2.2 i.V.m. Punkt 2.3 des Energielieferungsvertrages wurde im Hinblick auf die Marktöffnung vereinbart: *"Nach Marktzutrittsberechtigung des Kunden bietet der Lieferant sogenannte marktfähige Preise an. Marktfähig sind Preise dann, wenn diese in einer Bandbreite von +/- 3 % eines vergleichbaren Angebotes eines Mitbewerbers für gleichwertige Energie liegen. Falls die Preise während der drei Jahre nach Marktzutritt des Kunden ausserhalb der Bandbreite von +/- 3 % liegen, muss neu verhandelt werden (Pkt. 2.2). Der Kunde verpflichtet sich, spätestens 15 Tage vor Marktzutrittsberechtigung beim Lieferanten ein letztes Angebot einzuholen (Pkt. 2.3)."*

59. Last-Call-Rechte dienen dazu, den Lieferanten ein letztes Nachbesserungsrecht einzuräumen um allenfalls dem besten Angebot eines Konkurrenten standzuhalten, wenn nicht sogar dieses zu unterbieten um einen Vertrag abzuschliessen.

60. Nach kartellrechtlicher Einschätzung sind Last-Call-Rechte, auch "englische Klausel" genannt, dann kartellrechtlich unzulässig, wenn der Stromversorger als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert würde. Ein Last-Call-Recht eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens ist kartellrechtlich indes nicht zu beanstanden.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Axpo-Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 227.

<sup>22</sup> Vgl. auch Schlussbericht i.S. Youtility (RPW 2006/3, S. 457 ff.), wonach der BKW erst nach Inkrafttreten einer gesetzlichen Strommarktöffnung und nach Wegfall der marktbeherrschenden Stellung ein Last-Call Recht zugestanden werden sollte. Ein solches Last-Call-Recht eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

61. Vorliegend wäre das Last-Call-Recht nach der Marktzutrittsberechtigung der Beschwerdegegnerin zum Tragen gekommen. Ob die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt noch als marktbeherrschend zu qualifizieren gewesen wäre, kann an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden. Um diese Frage zu klären, wären noch umfangreiche Abklärungen betreffend die damalige (und heutige) Marktsituation notwendig, wie beispielsweise betreffend die Frage der aktuellen und potenziellen Konkurrenz. Diese Abklärungen würden den Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit sprengen (vgl. diesbezüglich auch Rz. 34).

## 5. Antwort auf Frage 4

62. Y. macht geltend, dass X. jedenfalls im hier interessierenden Jahr 2007 nicht über die notwendigen technischen Voraussetzungen (Lastgangmessung) verfügt hat, um auf ihrem lokalen Versorgungsnetz Energie eines andern Stromanbieters als [...] durchzuleiten und Y. damit zu beliefern; Y. macht auch geltend, dass sie einen Elektrizitätsbedarf von ca. 340-600 kW/h hat, der unter der Limite der VSE Empfehlung (1 MW/h) liegt. Am 7. Juni 2007 sei über die technischen Möglichkeiten bzw. Unmöglichkeiten einer Durchleitung von Strom eines andern Anbieters verhandelt worden. Demgegenüber macht X. geltend, dass seitens der Y. kein entsprechendes Durchleitungsgesuch gestellt wurde (vgl. zum Ganzen die Verfügung des Instruktionsrichters vom 2.3.2009 und die Stellungnahmen vom 14.4.2009 und 20.8.2009, bzw. von Y. 15.6.2009 und 31.8.2009, vgl. Gerichtsdossier [grün] pag. 9, 13, 19 und 20).

### a) Frage 4.1

63. Wie beurteilen Sie das Vorliegen einer allfälligen (durch den Energielieferungsvertrag verursachten) Wettbewerbsbeschränkung beim Fehlen der technischen Voraussetzungen zur Durchleitung von Elektrizität eines Lieferanten freier Wahl und mit Blick auf die Branchenempfehlung Marktöffnung des VSE, Empfehlung fallweise Durchleitung, wonach bei Lieferung über Bilanzzonengrenze die kleinste Einheit eine MW/h ist (vgl. Empfehlung S. 22, Ziff. 5.7 [Gerichtsdossier grün, pag 15B])? Kann unter diesen Umständen von einem wirksamen Wettbewerb auf dem Strommarkt gesprochen werden bzw. hat bei diesen Gegebenheiten der Energielieferungsvertrag im hier interessierenden Jahr 2007 zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung geführt?

### b) Antwort 4.1

64. Vorliegend muss zwischen drei verschiedenen allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden werden:

- Einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Energielieferungsvertrag (im Hinblick auf die Dauer des Vertrages). Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Rz. 35 ff. verwiesen.
- Einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität eines Konkurrenten als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.
- Einer Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der Branchenempfehlung VSE. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Rz. 82 ff. verwiesen.

65. Betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität eines Konkurrenten kann grundsätzlich festgehalten werden, dass ein Missbrauch vorliegt, wenn die Durchleitung ohne sachliche Gründe verweigert wird. Mangelnde technische Voraussetzungen, wie sie von der Beschwerdegegnerin vorgebracht werden (vgl. Rz. 29 ff. der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 22. Dezember 2008 [Gerichtsdossier grün, pag. 5]), können solche sachlichen Gründe darstellen. Allerdings war die Beschwerdeführerin gemäss eigener Ausführungen bereit, diese technischen Mängel zu beseitigen (vgl. Rz. 2 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. April 2009 [Gerichtsdossier grün, pag. 9]). Es obliegt dem Gericht diese Aussagen zu würdigen.

66. Die Frage ob im Jahr 2007 im Stromversorgungsmarkt ein funktionierender Wettbewerb geherrscht hat, kann an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden, da dazu weitere umfangreichere Abklärungen nötig wären, die nicht anhand der uns vorgelegten Informationen vorgenommen werden können.

### c) Begründung

67. Um die Frage zu beantworten, ob im interessierenden Jahr 2007 von einem wirksamen Wettbewerb auf dem Strommarkt bzw. auf dem Markt für Stromversorgung gesprochen werden kann, muss einzeln untersucht werden, ob es sich beim Energielieferungsvertrag, bei der Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität und der Branchenempfehlung VSE um eine Wettbewerbsbeschränkung handelt. Betreffend die allfällige Wettbewerbsbeschränkung aufgrund eines Vertrages zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin ist an dieser Stelle auf die Frage 2 zu verweisen (vgl. Rz. 35 ff.). In Bezug auf die Branchenempfehlung VSE sei an dieser Stelle sinngemäss auf Frage 4.3 verwiesen (vgl. Rz. 82 ff.).

68. Die Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität eines Lieferanten freier Wahl kann unter Umständen als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens qualifiziert werden, falls sich dieses Verhalten nicht aus sachlichen (insbesondere wirtschaftlichen) Gründen rechtfertigen lässt (sog. legitimate business reasons).

69. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität eines Konkurrenten starke Ähnlichkeiten mit dem Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) aufweist.<sup>23</sup> Missbräuchlich ist die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung dann, wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt.<sup>24</sup> Als sachlich gerechtfertigte Gründe zur Verweigerung einer Vertragsbeziehung wurden in der Vergangenheit insbesondere Kapazitätsengpässe bei einer Übertragungsinfrastruktur,<sup>25</sup> technische Schwierigkeiten sowie objektiv ungenügende wirtschaftliche Leistungen des Vertragspartners<sup>26</sup> anerkannt.

<sup>23</sup> PALASTHY ANDRAS, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), AJP 3/2000, S. 301.

<sup>24</sup> ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 652 f.

<sup>25</sup> BGE 129 II 497, E. 6.5.4.

<sup>26</sup> Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking, RPW 2006/4, S. 656, Rz. 198.

70. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Verweigerung der Durchleitung unter Umständen auch den Tatbestand der Diskriminierung erfüllen kann, wenn der Netzbetreiber die Durchleitung zugunsten anderer von ihm unabhängiger Unternehmen bereits gewährt hat. Soweit der Netzbetreiber auf dem Infrastrukturmarkt marktbeherrschend ist, hat er die Pflicht, Gesuche um Durchleitung (auch in Bezug auf die Höhe des Durchleitungsentgelts) gleich zu behandeln.<sup>27</sup>

71. Ginge man vorliegend davon aus, dass die Beschwerdeführerin eine marktbeherrschende Stellung innehat und die Durchleitung von Strom eines Konkurrenten verweigert hätte, läge ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn X. keine sachlichen Gründe, wie beispielsweise Kapazitätsengpässe in ihrem Übertragungsnetz oder technische Schwierigkeiten, geltend machen könnte.

72. Die Beschwerdeführerin bringt in Rz. 2 ihrer Stellungnahme vom 14. April 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 9) vor, dass ein allfälliges Durchleitungsgesuch ohne Weiteres gewährt worden wäre. Dies wird von der Beschwerdegegnerin in Rz. 12 ff. ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 13) jedoch bestritten. Es obliegt dem Gericht die Glaubwürdigkeit dieser Ausführungen zu würdigen.

73. Die Beschwerdegegnerin führt in Rz. 29 ff. ihrer Beschwerdeantwort vom 22. Dezember 2008 (Gerichtsdossier grün, pag. 5) aus, dass die Beschwerdeführerin aufgrund mangelnder technischer Voraussetzungen nicht in der Lage war, ein Durchleitungsgesuch zu bewilligen. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass diese Ausführungen glaubhaft sind, könnten diese mangelnden technischen Voraussetzungen einen sachlichen Grund darstellen, aufgrund dessen die Nichtgewährung einer allfälligen Durchleitung gerechtfertigt werden könnte. Gemäss Ausführungen von X. in ihrer Stellungnahme vom 14. April 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 9) hätte die Durchleitung nach der Installation der notwendigen Lastgangmessung erfolgen können. Dies hätte je nach Verfügbarkeit der Zähler und Installationsmöglichkeiten mehrere Wochen beansprucht. Allerdings hätten diverse andere Vorkehrungen, die nötig waren, um eine einzelfallweise Durchleitung zu ermöglichen auch nochmal mehrere Monate benötigt. Wenn das Gericht diese Ausführungen als glaubhaft qualifiziert, ist kein missbräuchliches Verhalten seitens der X. festzustellen.

74. Die Frage, ob die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten technischen Schwierigkeiten geeignet gewesen wären, einen sachlichen Grund darzustellen der die Verweigerung einer Durchleitung gerechtfertigt hätte, kann grundsätzlich bejaht werden. Die technischen Mängel hätten, zumindest für den Zeitraum der für deren Beseitigung benötigt worden wäre, einen sachlichen Grund für die (zeitweise) Verweigerung einer Durchleitung dargestellt. Ein missbräuchliches Verhalten seitens der Beschwerdeführerin hätte diesfalls verneint werden können.

75. Allerdings kann ein missbräuchliches Verhalten von X. vorliegend auf jeden Fall verneint werden, da die Beschwerdeführerin kein Durchleitungsgesuch gestellt hat. Zwar fanden zwischen den Parteien Gespräche betreffend die Durchleitung von Elektrizität statt, ein Durchlei-

tungsgesuch wurde dennoch nicht eingereicht, da ein solches, gemäss Ausführungen der Beschwerdegegnerin, nicht bewilligt worden wäre (vgl. Rz. 30 ff. der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 15. Juni 2009 [Gerichtsdossier grün, pag. 13]).

76. Schliesslich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin den Netzzugang auch nach Inkrafttreten des StromVG verweigern kann, wenn sie nicht genügend Kapazitäten hat um Strom ihrer Konkurrenten durchzuleiten (vgl. Art. 14 Abs. 2 Bst. b StromVG). Dies gestützt auf die Tatsache, dass der Netzbetreiber für ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz zu sorgen hat.<sup>28</sup> Die Verweigerung des Netzzuganges ist innert 10 Arbeitstagen seit Eingang des Gesuches schriftlich zu begründen. Allerdings kann der Zugang aufgrund fehlender Lastgangmessung nur so lange verweigert werden, als dass Zeit benötigt wird, um das entsprechende Gerät zu installieren. Danach ist die Durchleitung zu gewähren.

#### **d) Frage 4.2**

77. Wie beurteilen Sie das Verhalten von Y., wenn diese der X. kein Durchleitungsgesuch gestellt hat?

#### **e) Antwort**

78. Sofern die Beschwerdegegnerin kein Durchleitungsgesuch gestellt hat, kann kein unzulässiges Verhalten der Beschwerdeführerin gemäss Art. 7 KG festgestellt werden.

#### **f) Begründung**

79. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 II 497) konnte einzelfallweise ein Gesuch um Durchleitung von Strom eines anderen Anbieters gestellt werden. So musste auf dem Versorgungsnetz auf Anfrage die Durchleitung ermöglicht werden, sofern es nicht unzumutbar war (vgl. diesbezüglich Rz. 68 ff.).

80. Sofern jedoch keine Durchleitungsgesuche gestellt wurden, waren die Netzbetreiber nicht verpflichtet, die technischen Unmöglichkeiten zu beheben, um den Strom eines anderen Anbieters auf dem Versorgungsnetz durchzuleiten. Erst ab dem 1. Januar 2009 mussten die technischen Voraussetzungen vorliegen, da die Netzbetreiber aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, Art. 13 StromVG, verpflichtet waren, Dritten diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren, sofern keine Verweigerungsgründe gemäss Abs. 2 vorlagen.

81. Die Beschwerdeführerin war somit nur verpflichtet, die technischen Unmöglichkeiten einer Durchleitung des Stroms eines andern Anbieters zu beheben, wenn ein entsprechendes Gesuch gestellt worden wäre und sofern es zumutbar war.

<sup>27</sup> PALASTHY ANDRAS, a.a.O., S. 302.

<sup>28</sup> Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005, S. 1651.

**g) Frage 4.3**

82. Wie beurteilen Sie die Branchenempfehlung des VSE Ziff. 5.7 betreffend Lieferung über Bilanzzonengrenze? Ist darin eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu erblicken?

**h) Antwort**

83. Es kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob es sich bei Ziff. 5.7 bezüglich der Lieferung über Bilanzzonengrenzen der Branchenempfehlung des VSE um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung handelt. Branchenempfehlungen können ihrer Natur nach eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG darstellen, sofern sich eine Vielzahl der Adressaten an diese halten würden. Vorliegend könnten die Bestimmungen betreffend die kleinste Einheit bei einer Lieferung über die Bilanzzonengrenze hinaus sowie die Unmöglichkeit, ein gebündeltes Gesuch zu stellen, problematisch sein. Allerdings kann die Frage, ob es sich bei der Empfehlung des VSE um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung handelt vorliegend offengelassen werden, da die Beschwerdegegnerin, unabhängig von einer Empfehlung des VSE, ein Durchleitungsgesuch hätte stellen können.

**i) Begründung**

84. Branchenempfehlungen können ihrer Natur nach Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG darstellen. Eine Abrede könnte vorliegen, wenn sich eine Vielzahl von Adressaten an die Branchenempfehlung halten und diese im Sinne des KG problematische Punkte beinhaltet. Diesfalls müsste man von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgehen.<sup>29</sup>

85. In der vorliegend zu beurteilenden Branchenempfehlung des VSE könnte Ziff. 5.7 betreffend die Lieferung über die Bilanzzonengrenze problematisch sein, weil die kleinste Einheit auf MW und 1 h, also 1 MW/h festgesetzt wurde. So sollte es nur Konsumenten, welche einen höheren Bedarf als 1 MW/h haben ermöglicht werden, über die Bilanzzonengrenze eine Lieferung über ein "fremdes" Netz zu erreichen. Diese Festsetzung einer kleinsten Einheit als Voraussetzung zur Lieferung von Strom über die Bilanzzonengrenze hinaus, weist Charakteristiken einer Mindestbezugsverpflichtung auf, die unter Umständen problematisch sein könnte. Verschärft wurde diese Anforderung einer Mindestbezugsverpflichtung noch durch den Umstand, dass gemäss Ziff. 5.7 Bündelungen grundsätzlich abgelehnt wurden. Der VSE stützte sich dabei auf BGE 129 II 497, welcher sich nach der Interpretation des VSE nur auf Einzelfälle bezog und keine Bündelung verlangte. Dies führte dazu, dass sich Kunden nicht zusammenschliessen konnten, um die kleinste Einheit zu erreichen.

86. Wenn die Ziff. 5.7 der Branchenempfehlung von ihren Adressaten eingehalten worden wäre, hätte dies zur Folge haben können, dass kaum Durchleitungsgesuche eingereicht wurden und eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG hätte resultieren können. Allerdings wären auch hier allfällige Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen.

87. Ob die Empfehlung insgesamt, bzw. die Ziff. 5.7 als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist, kann nicht abschliessend beurteilt werden, da wiederum weitere, umfassende nachträgliche Abklärungen, unter anderem nach der Umsetzung der Empfehlung durch die Mitglieder des Verbandes, nötig wären, welche im Rahmen eines Gutachtens nicht sinnvoll erscheinen. Allerdings geht aus Rz. 2 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. April 2009 (Gerichtsdossier grün, pag. 9) hervor, dass sich zumindest X. an die Empfehlung des VSE gehalten hat. Dabei bleibt offen, ob sich dies auch auf die Mindestbezugsspflicht bezieht. Denn gemäss eigener Ausführungen hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die Durchleitung angeboten. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht haben soll, dass ihr Bedarf unter 1 MW/h liegt (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 15. Juni 2009 [Gerichtsdossier grün, pag. 13]).

88. Im Übrigen kann die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Branchenempfehlung vorliegend offengelassen werden, da diese Empfehlung im Vertrag keinen Eingang findet und zur Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Vertrages folglich unerheblich ist. Dies gilt umso mehr, als dass sie die Stromkonsumenten, unabhängig von der Frage ob die Branchenempfehlung als Abrede zu qualifizieren ist, nicht daran gehindert hätte, eine Durchleitung gestützt auf das Kartellgesetz und BGE 129 II 497 zu erzwingen.

**6. Antwort auf Frage 5****a) Frage**

89. Soweit der Energielieferungsvertrag eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, welches sind die Rechtsfolgen für den Vertrag? Ist der vorliegende Vertrag nach der Praxis der WEKO nichtig (Ungültigkeit von Anfang an) oder tritt die Ungültigkeit erst nach einer bestimmten Vertragsdauer ein?

**b) Antwort**

90. Bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung war lange umstritten, ob diese zu einer Nichtigkeit des Vertrages ex tunc oder ex nunc führt.<sup>30</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG im Sinne der herrschenden Lehre entschieden, welche von einer Nichtigkeit ex tunc ausgeht.<sup>31</sup> Somit ist ein unzulässiger Vertrag von Anfang an ungültig. Jedoch ist auch eine Teilnichtigkeit möglich, welche wie im vorliegenden Vertrag durch eine salvatorische Klausel eintreten könnte.

<sup>29</sup> ZÄCH ROGER, a.a.O., Rz. 374 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu HAHN ANNE-CATHERINE, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 12 N 21 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>31</sup> BGE 134 III 438, E. 2.

91. Für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 7 KG wurde die Frage durch das Bundesgericht noch nicht abschliessend beantwortet. Eine Nichtigkeit ex tunc könnte jedoch in gewissen Fällen zu stossenden Ergebnissen führen. Dabei ist insbesondere an Konstellationen zu denken, bei denen sich ein Unternehmen auf die Nichtigkeit eines Vertrages beruft, welchen sie durch einen allfälligen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abschliessen konnte. Hier ist unseres Erachtens analog zur Thematik der Folgeverträge bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG davon auszugehen, dass Verträge welche ein Unternehmen durch Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abschliessen konnte, einseitig unverbindlich sind. Folglich könnte sich vorliegend nur die Beschwerdegegnerin auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen.

92. Was die Frage nach der Praxis der WEKO betrifft, ist Folgendes anzumerken: Die WEKO befasst sich nicht mit der Rechtsfolge von Verträgen. Sie stellt die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen fest und verbietet bzw. sanktioniert sie. Die Rechtsfolgen als solche sind von den Gerichten zu beurteilen.

### c) Begründung

93. Bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung war lange umstritten, ob diese zu einer Nichtigkeit des Vertrages ex tunc oder ex nunc führt.<sup>32</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG im Sinne der herrschenden Lehre entschieden, welche von einer Nichtigkeit ex tunc ausgeht.<sup>33</sup> Somit ist ein unzulässiger Vertrag von Anfang an ungültig. Jedoch ist auch eine Teilnichtigkeit möglich, welche wie im vorliegenden Vertrag durch eine salvatorische Klausel eintreten könnte. Für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 7 KG wurde die Frage durch das Bundesgericht noch nicht abschliessend beantwortet.

94. Allerdings könnte eine Nichtigkeit ex tunc dann zu stossenden Ergebnissen führen, wenn sich ein Unternehmen auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen kann, welchen sie durch Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abschliessen konnte. Sinn und Zweck von Art. 7 KG verlangen eben gerade nicht, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zusätzlich zu seinem missbräuchlichen Verhalten auch noch unter Berufung auf eine Nichtigkeit ex tunc seinen vertraglichen Verpflichtungen entziehen kann.<sup>34</sup> Deshalb ist in solchen Fällen, analog zur Thematik der Folgeverträge bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG, von einer einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages auszugehen, auf welche sich nur der Vertragspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens berufen kann.

95. Als Folgeverträge werden Verträge bezeichnet, die von den an einer Abrede im Sinne von Art. 5 KG beteiligten Parteien in Durchführung dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede mit Dritten abgeschlossen werden. Diese Folgeverträge sind zivilrechtlich grundsätzlich gültig.<sup>35</sup> Kartellrechtlich sind solche Folgeverträge unzulässig, wenn sie eine unzulässige Kartellordnung fortsetzen, selbst wenn das Kartell an sich nicht mehr existiert. Im Entscheid Reine Gase und Mischgase kam die WEKO zum Schluss, dass solche Folgeverträge für die betrof-

fenen Dritten unverbindlich seien.<sup>36</sup> Wie Folgeverträge, sind Verträge, die ein Unternehmen unter missbräuchlicher Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung mit anderen Unternehmen abschliesst, das Ergebnis einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung.<sup>37</sup>

96. Unseres Erachtens rechtfertigt es sich deshalb beim vorliegenden Energieliefervertrag, analog zu den Folgeverträgen, von einer einseitigen Unverbindlichkeit auszugehen. Folglich bleibt der Energieliefervertrag für die Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen gültig. Demgegenüber könnte sich die Beschwerdegegnerin auf dessen Ungültigkeit berufen.

97. Es gilt jedoch zu beachten, dass die WEKO in ihren Verfahren die Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen feststellt und diese verbietet. Nach der KG Revision im Jahre 2003 kann sie Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG sanktionieren (Art. 49a KG). Zur Rechtsfolge der Verträge, welche eine solche unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bewirken, äussert sich die WEKO nicht. Diese sind von den Gerichten zu beurteilen.

## 7. Antwort auf Frage 6

### a) Frage

98. Haben Sie weitere Bemerkungen?

### b) Antwort

99. Wir möchten darauf hinweisen, dass eine allfällige Unzulässigkeit des Energielieferungsvertrages nach KG nicht erst seit der Revision des KG im Jahre 2003 bestanden hat. Ab diesem Zeitpunkt konnten die fehlbaren Unternehmen im Falle einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 KG mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden (Art. 49a Abs. 1 KG). Es kann somit nicht gesagt werden, die fraglichen Klauseln im Vertrag seien erst ab diesem Zeitpunkt unzulässig gewesen.

## III. Kosten

[...]

<sup>32</sup> Vgl. hierzu HAHN ANNE-CATHERINE, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 12 N 21 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>33</sup> BGE 134 III 438, E. 2.

<sup>34</sup> BORER JÜRIG, Kartellgesetz, Zürich 2005, S. 258, Rz. 8.; vgl. zum variablen Zeitpunkt der Nichtigkeit HUGUENIN JACOBS CLAIRE, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2003, Rz. 57 ad Art. 19/20.

<sup>35</sup> ZÄCH ROGER, a.a.O., Rz. 869 f. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>36</sup> Reine Gase und Mischgase, RPW 1999/1, S. 72 f., Rz. 36.

<sup>37</sup> ZÄCH ROGER, a.a.O., Rz. 874.

E 2	<b>2. Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie</b>
-----	--

*Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Central- schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie*

## **A Sachverhalt**

1. Infolge des neuen Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 743.7) sind die Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW AG) derzeit daran, die bestehenden Konzessionsverträge mit den Luzerner Gemeinden betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie zu erneuern. Als Muster dient ein zwischen der CKW AG und dem Verband Luzerner Gemeinden (VLG) ausgehandelter Vertragsentwurf. Bis dato hat die CKW AG mit 65 von 79 Gemeinden die Vertragserneuerung bewerkstelligt.

2. Vor dem Hintergrund der anstehenden Erneuerung des Konzessionsvertrages zwischen der CKW AG und der Gemeinde Emmen gelangte die Interessengemeinschaft Glasfaser und Energie Luzern (IGEL) am 26. August 2009 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit dem Hinweis, dass dieses Vorgehen gegen das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02; BGBM) verstosse. Nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM müssten derartige Verträge ausgeschrieben werden.

3. Mit Schreiben vom 31. August 2009 an die Gemeinde Emmen regte das Sekretariat der Wettbewerbskommission an, die Vertragserneuerung bis zur Klärung der Frage nach einer allfälligen Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM einstweilen zu sistieren; verbunden mit dem Hinweis, dass es sich um eine grundsätzliche Frage von erheblicher Tragweite handeln würde.

4. Im Rahmen seiner Abklärungen traf sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 8. Oktober 2009 zu (getrennten) Gesprächen mit der CKW und dem Sekretariat der Elektrizitätskommission.

## **B Beurteilung**

### **B.1 Formelles**

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden.

6. Zu diesem Zweck kann die Wettbewerbskommission u.a. eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten. Die Wettbewerbskommission erstattet ihre Gutachten in der Regel auf ein entsprechendes Gesuch hin. Sie kann sich aber auch ohne Vorliegen eines Gesuchs mittels Gutachten zur Anwendung des

Gesetzes äussern; dies insbesondere dann, wenn Fragen von grundsätzlicher Bedeutung einer Klärung bedürfen.

7. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens geht es um die Beantwortung der Frage, ob die Erneuerung von Konzessionsverträgen betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie Versorgung mit elektrischer Energie der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterliegt.

8. Diese Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung und betrifft darüber hinaus einen (potentiell) grossen Adressatenkreis. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass nebst den Luzerner Gemeinden weitere Gemeinden bzw. öffentlich-rechtliche Körperschaften derartige bzw. gleichartige, periodisch zu erneuernde Konzessionsverträge abgeschlossen haben.

### **B.2 Materielles**

#### **B.2.1 Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag**

9. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM schreibt vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Mit dieser Norm – welche anlässlich der Gesetzesrevision eingefügt wurde und am 1. Juli 2006 in Kraft trat – soll im Sinne der Zielsetzung des BGBM der Wettbewerb gestärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für die entsprechenden Tätigkeiten ermöglicht werden.<sup>1</sup>

10. Was die Modalitäten der Ausschreibung der Nutzungsübertragung derartiger Monopole betrifft, enthält das Gesetz mit Ausnahme der Pflicht zur Beachtung des Diskriminierungsverbots keine Vorgaben. Diese sind von der ausschreibungspflichtigen Behörde festzulegen, wobei eine analoge Anwendung der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge naheliegender erscheint.<sup>2</sup>

11. Mit letzterem Hinweis wird zum Ausdruck gebracht, dass zwar zwischen der Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole und der Vergabe öffentlicher Aufträge eine inhaltliche Nähe besteht, es sich aber dennoch um zwei voneinander zu trennende Tatbestände handelt.

<sup>1</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (Botschaft revBGBM), BBl 2005 483.

<sup>2</sup> Botschaft revBGBM, BBl 2005 486.

12. In den Fällen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erteilt das Gemeinwesen ein (exklusives) Nutzungsrecht gegen Entrichtung eines Entgelts. Bei einem öffentlichen Auftrag hingegen beschafft sich das Gemeinwesen die Mittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegen Entrichtung eines Entgelts, wobei Letzteres jedwede Formen der Entschädigung erfassen kann.<sup>3</sup>

### **B.2.2 Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie**

#### **B.2.2.1 Einleitung**

13. Der den erneuerten Konzessionsverträgen als Muster dienende, zwischen der CKW AG und dem VLG ausgehandelte Vertragsentwurf sieht im Kern vor, dass die betroffene Gemeinde (Konzedent) der CKW AG (Konzessionärin) das ausschliessliche Recht erteilt, den öffentlichen Grund durch ihre elektrischen Verteileranlagen in Anspruch zu nehmen und ihre Stromleitungen im öffentlichen Grund zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten. Vertragsgegenstand bildet mit anderen Worten die Erteilung einer, auf einem faktischen Monopol des Gemeinwesens beruhenden Sondernutzungskonzession zugunsten der CKW AG.

14. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen ist in der Lehre umstritten und bis dato weder gerichtlich noch durch die Wettbewerbskommission bestätigt.<sup>4</sup> Unbestritten ist hingegen die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung rechtlicher Monopole mittels Monopolkonzession.

15. Für die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 ist demnach zu prüfen, ob die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen bzw. die Erteilung der hier interessierenden Sondernutzungskonzessionen zugunsten der CKW AG von der genannten Bestimmung erfasst wird. Sodann gilt es zu beurteilen, ob der Konzessionär, d.h. die CKW AG, als "Privater" qualifiziert werden kann, wie dies für die Begründung einer Ausschreibungspflicht ebenfalls verlangt wird.

16. Im Sinne einer Vorfrage ist jedoch an erster Stelle zu prüfen, ob die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM im zu beurteilenden Fall überhaupt zur Anwendung gelangen kann. Im Rahmen der Abklärungen durch das Sekretariat wurde nämlich seitens der CKW AG geltend gemacht, dass das Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 743.7) als *lex specialis* der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgehe. Würde dies zutreffen, bestünde für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum Vornherein kein Raum.

#### **B.2.2.2 Verhältnis von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum StromVG**

17. Die Regel der *lex specialis* ist dann massgeblich, wenn aus dem Sinnzusammenhang heraus eine Rechtsnorm im Verhältnis zu einer anderen Rechtsnorm als Sonderregelung zu verstehen und zu behandeln ist.<sup>5</sup>

18. Das StromVG verfolgt eine doppelte Zielsetzung: Es soll die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitäts-

versorgung und für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG).

19. Die Verwirklichung des Ziels einer sicheren Elektrizitätsversorgung erfolgt insbesondere mittels Anschluss- und Liefergarantien (Art. 5 f. StromVG) sowie der gesetzlichen Umschreibung der Aufgaben, welche die Netzbetreiber zwecks Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes zu erfüllen haben (Art. 8 StromVG).

20. Ausdruck des Wettbewerbsziels ist die (schrittweise) Öffnung des Strommarktes, welche den Endkunden die freie Wahl des Stromerzeugers bzw. -anbieters einräumt. Das StromVG schafft mit anderen Worten die Rahmenbedingungen für Wettbewerb auf dem Netz.

21. Gestützt auf die Annahme, wonach das Stromnetz ein natürliches Monopol darstellt<sup>6</sup> und der daraus resultierenden Marktmacht der Netzbetreiber enthält das StromVG namentlich Regelungen betreffend die Sicherstellung des diskriminierungsfreien Netzzugangs Dritter (Art. 13 und 22 StromVG) sowie die Netznutzungsentgelte (Art. 14 StromVG).

22. Mit der spezialgesetzlichen Regulierung des Netzzugangs und der Netznutzungsentgelte wurde die Anwendung des Kartellgesetzes (KG) in diesem Bereich verdrängt.<sup>7</sup>

23. Gleiches lässt sich in Bezug auf das BGBM nicht sagen. Das StromVG enthält keine Regulierung, welche im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 7 BGBM als *lex specialis* zu verstehen ist; dies weder im positiven (Regelung des Wettbewerbs um das Netz bzw. *um* die für den Netzbetrieb erforderlichen Sondernutzungskonzessionen) noch im negativen (Ausschluss von Wettbewerb um das Netz bzw. *um* die für den Netzbetrieb erforderlichen Sondernutzungskonzessionen) Sinne.

24. Als allfälliger Ausdruck von Letzterem können insbesondere nicht jene Vorschriften verstanden werden, welche Vorgaben für die Festlegung und die Berechnung der Netznutzungsentgelte enthalten (Art. 14 Abs. 1/3 und Art. 15 StromVG) sowie (kantonale) Massnahmen zur Angleichung unverhältnismässiger Unterschiede der Netznutzungstarife vorschreiben (Art. 14 Abs. 5 StromVG). Diese Vorgaben sollen in erster Linie Netzbetreiber bzw. Endkunden vor der Bezahlung übermässig hoher Netznutzungsentgelte schützen. Von ihrer Wirkung her mögen sie den Wettbewerb um das Netz faktisch beschränken<sup>8</sup>, was aber freilich nicht mit einem (gewollten) Ausschluss von Wettbewerb gleichgesetzt werden kann.

<sup>3</sup> BGE 135 II 49 E. 5.2.

<sup>4</sup> Für die Anwendbarkeit vgl. REY/WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach dem revidierten Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 2007, S. 585 ff.; BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008. Gegen die Anwendbarkeit vgl. RECHSTEINER/WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, in: AJP 2007, S. 1288 ff..

<sup>5</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 220.

<sup>6</sup> Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (Botschaft StromVG), BBl 2005 1619.

<sup>7</sup> Botschaft StromVG, BBl 2005 1675.

<sup>8</sup> Siehe hinten Rz. 59.

25. Zusammenfassend ergibt sich, dass das StromVG im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 7 BGBM keine *lex specialis* darstellt. Das StromVG schliesst mithin die Anwendung der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die hier interessierenden Sondernutzungskonzessionen nicht zum Vornherein aus.

### B.2.2.3 Unterstellung der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen

26. Für die zu beurteilende Frage, ob die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt, ist vorerst auf deren Wortlaut abzustellen. Dieser besagt, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Bestimmung spricht ganz allgemein von "Monopolen". Es ist mithin nicht ersichtlich, inwiefern die Übertragung der Nutzung faktischer Monopole mittels Sondernutzungskonzession von der Ausschreibungspflicht ausgenommen, die Erteilung von auf rechtlichen Monopolen beruhenden Monopolkonzessionen hingegen erfasst sein sollte. Eine derartige Differenzierung widerspräche dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

27. Eine Differenzierung ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 2 Abs. 7 BGBM. Zwar trifft es zu, dass die knapp gehaltenen Erläuterungen in der bundesrätlichen Botschaft die rechtlichen, nicht aber die faktischen Monopole erwähnen. Diese (einseitige) explizite Erwähnung ist jedoch im Zusammenhang mit der in den fraglichen Erläuterungen enthaltenen und aus (föderalismus)politischer Sicht angezeigten Klarstellung zu sehen, wonach die Verankerung einer binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht die verfassungsmässige Kompetenz der Kantone und Gemeinden, rechtliche Monopole zu begründen, nicht tangiert.<sup>9</sup>

28. Nun verhält es sich freilich so, dass die Erteilung einer Sondernutzungskonzession dem Konzessionär "bloss" ein exklusives Nutzungsrecht an einer öffentlichen Sache und nicht, wie im Falle der Monopolkonzession, das exklusive Recht auf eine Wirtschaftstätigkeit einräumt. Führt die Sondernutzungskonzession jedoch dazu, dass Dritte von einer darauf aufbauenden, gleichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen werden (z.B. Verteilung von Strom, Plakataushang auf öffentlichem Grund), liegt im Ergebnis eine vergleichbare Situation vor wie bei der Erteilung einer Monopolkonzession.

29. Die Bejahung der Ausschreibungspflicht für diese Situation entspricht mithin auch dem Gesetzeszweck von Art. 1 Abs. 1 BGBM. Die Gewährleistung des freien und gleichberechtigten Zugangs zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, deren Ausübung ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache voraussetzt, erfordert, dass die Übertragung dieses Rechts im Rahmen eines diskriminierungsfreien und wettbewerbsorientierten Verfahrens erfolgt.

30. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen, welche Dritte von einer darauf aufbauenden wirtschaftlichen Tätigkeit faktisch ausschliessen, unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt.

31. Im hier interessierenden Mustervertrag wird der CKW AG das ausschliessliche Recht erteilt, den öffentli-

chen Grund durch ihre elektrischen Verteileranlagen in Anspruch zu nehmen. Mit der Erteilung dieser Sondernutzungskonzession werden Dritte von der darauf aufbauenden wirtschaftlichen Tätigkeit, nämlich der Erstellung und dem Betrieb solcher Anlagen, ausgeschlossen. Sie unterliegt somit der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

### B.2.2.4 Begriff des "Privaten" und Qualifikation der CKW AG

32. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass es sich beim Konzessionär um einen "Privaten" (französischer Gesetzestext "entreprises privées") im Sinne der Bestimmung handelt.

33. Mit dieser Voraussetzung wollte der Gesetzgeber jene Fälle von der Ausschreibungspflicht ausnehmen, in denen die Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole durch das Gemeinwesen selbst erfolgt, d.h. keine Auslagerung stattfindet.

34. Tatsache ist, dass die Trennlinie zwischen "privaten" und "staatlichen" Akteuren durch das Aufkommen von Mischformen (z.B. gemischtwirtschaftliche Unternehmen) sowie durch die Tendenz, öffentliche Unternehmen und Anstalten in Privatrechtsform zu kleiden (Organisationsprivatisierung), unscharf geworden ist.

35. Dies impliziert, dass ein Begriffsverständnis, das sich ausschliesslich an der Organisationsform orientiert, nur beschränkt zielführend sein kann. Für sich allein genommen vermag das Kriterium der Organisationsform in denjenigen Fällen zu einem klaren Ergebnis führen, wo der Konzessionär eine Organisation derselben Zentralverwaltung ist. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM kann diesfalls keine Anwendung finden.

36. Zusätzlicher Kriterien bedarf es für die Qualifizierung der angesprochenen Mischformen und privatrechtlich organisierten Unternehmen des Gemeinwesens. Eine mögliche Anknüpfung bietet dabei die im öffentlichen Vergaberecht entwickelte Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen bzw. Dienstleistungskonzessionen und sogenannten, von der Ausschreibungspflicht ausgenommenen "In-House-Geschäften". Ein solches Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass die auftrag- bzw. konzessionsnehmende Einrichtung zwar von der auftrag- bzw. konzessionserteilenden<sup>10</sup> Stelle rechtlich getrennt, jedoch aufgrund der engen Beziehung zu dieser mit einer verwaltungsinternen Stelle vergleichbar ist.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Botschaft revBGBM, BBl 2005 485.

<sup>10</sup> Nachfolgend wird der Einfachheit halber nur noch von konzessionserteilender und konzessionsnehmender Stelle bzw. Einrichtung gesprochen.

<sup>11</sup> CLERC, CR concurrence, Art. 5 BGBM, Rz. 58; ZUFFEREY, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf, Rz. 28.

37. Ob im Einzelfall ein "In-House-Geschäft" vorliegt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aufgrund der folgenden zwei Kriterien: Erstens muss die konzessionserteilende Stelle auf die konzessionsnehmende Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens muss diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder Stellen verrichten, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.<sup>12</sup>

38. Ausgangspunkt für die verlangte Kontrolle bildet die Möglichkeit der konzessionserteilenden Stelle sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Dies beurteilt sich unter Einbeziehung sämtlicher Rechtsvorschriften und massgebenden Umstände.<sup>13</sup> Bei Letzteren sind erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse des Verwaltungsrates zu berücksichtigen.<sup>14</sup>

39. Die Beteiligung privater Dritter am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung schliesst eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigenen Dienststelle per se aus. Dabei genügt bereits eine Minderheitsbeteiligung.<sup>15</sup>

40. Diesfalls wird nämlich nach Auffassung des EuGH die Beziehung zwischen den konzessionserteilenden Stelle und der konzessionsnehmenden Einrichtung nicht mehr durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Beteiligung Privater beruht vielmehr auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen und verfolgt somit andersartige Ziele. Zudem würde die ausschreibungslose Konzessionserteilung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere da ein solches Vorgehen dem beteiligten Privaten einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.<sup>16</sup>

41. Die rechtlich vorgeschriebene, baldige Öffnung der konzessionsnehmenden Einrichtung für privates Kapital oder das Bestehen einer konkreten Öffnungsabsicht bewirken zwar nicht automatisch einen Ausschluss der verlangten Kontrolle. Sie haben jedoch (zusätzlichen) Indiziencharakter.<sup>17</sup>

42. In Bezug auf die verlangte Kontrolle unerheblich ist schliesslich, ob die konzessionserteilende Stelle allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Körperschaften die Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung ausübt. Da öffentlichen Körperschaften dem Gemeinwohl verpflichtet sind, wird im letzteren Fall davon ausgegangen, dass ein Interessensgleichklang besteht.<sup>18</sup>

43. Bezüglich des zweiten Kriteriums, wonach die konzessionsnehmende Einrichtung seine Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionserteilende Stelle oder die konzessionserteilenden Stellen verrichten muss, die seine Anteile innehat bzw. innehaben, gilt es folgende Präzisierungen anzubringen:

44. Verlangt wird, dass die konzessionsnehmende Einrichtung hauptsächlich für den bzw. die öffentlichen An-

teilseigner tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlichen Charakter hat. Dabei gilt es alle qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Bezüglich Letzteren steht der Umsatz im Vordergrund. Massgebend ist diesbezüglich der Umsatz, den die konzessionsnehmende Einrichtung aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt und zwar einschliesslich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Ohne Bedeutung ist mit anderen Worten die Person – sei es die konzessionserteilende Stelle selbst oder der Nutzer der Leistungen –, welche die Leistungen der Einrichtung bezieht. Ebenfalls spielt es keine Rolle, wer die fraglichen Leistungen vergütet – sei es die Körperschaft, die seine Anteil innehat, seien es Dritte als Nutzer der Leistung, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden – und in welchem Gebiet diese erbracht werden.<sup>19</sup>

45. Wenn die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung von mehreren Körperschaften gehalten werden, ist auf die Tätigkeit abzustellen, die es für alle diese Körperschaften verrichtet.<sup>20</sup>

46. Angesichts der Nähe zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Konzessionserteilung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche sich insbesondere in Bezug auf deren Zielsetzung manifestiert (Wettbewerb, Gleichbehandlungsgrundsatz), erachtet es die Wettbewerbskommission als gleichermaßen sachgerecht wie zweckmässig, die im Rahmen der europäischen "In-House-Rechtsprechung" entwickelten Kriterien für die Auslegung des Begriffs der "Privaten" analog anzuwenden.

47. Dies bedeutet, dass die Konzessionserteilung durch eine öffentliche Körperschaft an einen von ihr rechtlich getrennten Konzessionär dann nicht ausgeschlossen werden muss, wenn erstens die konzessionserteilende Körperschaft alleine oder mit anderen Körperschaften zusammen über den Konzessionär eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens dieser Konzessionär seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft bzw. Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehat bzw. innehaben. Diesfalls kann der Konzessionär nicht als "Privater" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM betrachtet werden.

<sup>12</sup> Betreffend öffentlichen Aufträge, siehe EuGH, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121 (Rn. 50). Betreffend Dienstleistungskonzessionen, siehe EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 62); EuGH Rs. C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287 (Rn. 25 f.); EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 24); EuGH Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 (Rn. 26)

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 65).

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, 8457 (Rn. 29).

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 30 f.); EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 49).

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 50 f.).

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 72); EuGH, Rs. C-573/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 47 ff.).

<sup>18</sup> FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin/Heidelberg, Rz. 2370 ff. mit Hinweisen.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 63 ff.).

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 70 f.); Kommission/Italien, C-371/05, vom 17.07.2008, nicht veröffentlicht (Rn. 32).

48. Für die Qualifikation der CKW AG ergibt sich im Lichte der vorstehenden Ausführungen folgender Befund: Die CKW AG ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und versorgt insgesamt 79 Luzerner Gemeinden mit elektrischer Energie. Mehrheitsaktionärin ist mit einem Aktienanteil von 74,8 % die Axpo Holding AG. Der Kanton Luzern verfügt über einen Anteil von 9,9 Prozent. Die restlichen 15,3 % befinden sich nach Auskunft der CKW AG in überwiegend privatem Streubesitz.

49. Die Tatsache, dass Private an der CKW AG beteiligt sind, schliesst die Erfüllung des Kontrollkriteriums zum Vornherein aus. Die CKW AG ist mithin als "Private" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren.

#### B.2.2.5 Fazit

50. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der zwischen der CKW AG und den Luzerner Gemeinden bestehenden Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie zu bejahen ist.

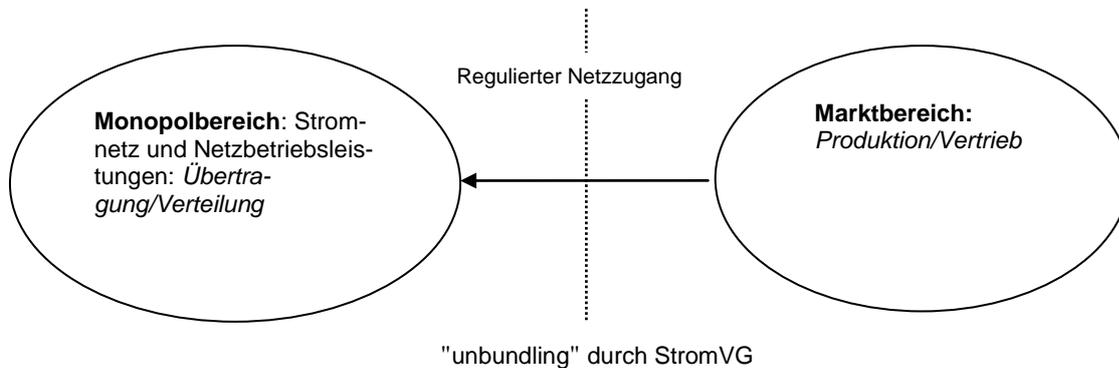
51. Unbeschadet des Ergebnisses der binnenmarktrechtlichen Prüfung erachtet es die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall als geboten, auf die Besonderheiten und den ökonomischen Nutzen einer Ausschreibung einzugehen.

### B.2.3 Ökonomische Beurteilung und Besonderheiten der Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen

52. Als typische Netzwerkindustrie weist der Strommarkt Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf. Aufgrund hoher Fixkosten für den Aufbau eines Stromnetzes und vergleichsweise tiefer variablen Kosten für die Durchleitung von Strom kann ein einzelner Anbieter die gesamte Stromversorgung kostengünstiger anbieten als mehrere Anbieter zusammen. Ohne regulatorischen Eingriff wird daher nur ein einziger Anbieter als Monopolist auf dem Markt tätig sein. Da aufgrund der Eigenschaften des natürlichen Monopols ein sogenanntes Marktversagen vorliegt, kann ein regulatorischer Eingriff gerechtfertigt sein.

53. In der Schweiz bestimmt das StromVG den sektorspezifischen Regulierungsrahmen für den Strommarkt. Dabei werden durch ein sogenanntes „unbundling“ Stromproduktion- und vertrieb vom Stromnetz entflochten. Den auf dem Markt tätigen Stromproduzenten und -verteilern wird ein regulierter Netzzugang gewährt. Zum Monopolbereich gehören weiterhin das Stromnetz zur Übertragung und Verteilung von Strom sowie die notwendigen Netzbetriebsleistungen.<sup>21</sup> In der Schweiz wird im Zuge der Öffnung des Strommarkts das Eigentum am Übertragungsnetz an die nationale Netzgesellschaft "swissgrid" übergehen. Hingegen sind bei den Verteilnetzen neben öffentlichen auch private Unternehmen tätig.

54. Die folgende Grafik verdeutlicht die heutige Marktstruktur im Strombereich:



55. Im Zusammenhang mit der in Art. 2 Abs. 7 BGBM statuierten Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopoleleistungen auf "Private" stellt sich vorliegend die Frage, ob es ökonomisch sinnvoll wäre, via Ausschreibung einen Wettbewerb um das Netz einzuführen. Eine mögliche Übertragung einer Sondernutzungskonzession im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM kann sich vorliegend jedoch nur auf die Verteilnetze sowie auf die Netzbetriebsleistungen beziehen, da die Stromversorgungsgesetzgebung vorsieht, das Eigentum am Übertragungsnetz an die staatliche Netzgesellschaft "swissgrid" zu übergeben.

<sup>21</sup> Zu den Netzbetriebsleistungen gehören neben Unterhaltsleistungen am Stromnetz auch die Abrechnung und die Garantie eines 24h-Service.

56. Mit einer Ausschreibung vom Verteilnetz und den damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten (Netzbetriebsleistungen, Verteilung) können folgende ökonomische Ziele verfolgt werden:<sup>22</sup>

- (1) Eine Ausschreibung des Verteilnetzes kann dazu führen, dass das Gemeinwesen mit seiner Hoheitsgewalt über öffentliche Sachen für das Netz den effizienten Preis (Konzessionspreis) erzielt. Dieser ergibt sich aus dem Preis, welchen ein potentieller Konzessionär bei einer Ausschreibung des Netzes höchstens zu zahlen bereit wäre, also der Differenz aus den diskontierten zukünftigen Erträgen und Kosten des Konzessionärs.
- (2) Durch eine Ausschreibung des Monopolbereichs werden für den Konzessionär Anreize geschaffen, die mit dem Netz verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten effizient anzubieten. Insbesondere kann – solange auf Stufe der Ausschreibung genügend Wettbewerb vorherrscht – durch eine Ausschreibung erreicht werden, dass der Konzessionär denjenigen Gewinn erzielt, welcher sich in einem kompetitiven Markt ergeben würde.

57. Für die Behörde liegt der Hauptvorteil einer Ausschreibung gegenüber einem direkten regulatorischen Eingriff darin, dass eine Preis- oder Kostenregulierung Kenntnisse der regulierenden Behörde hinsichtlich der Kosten- und Nachfragestruktur erfordert. Bei einer Ausschreibung ist diese Information nicht erforderlich, da sich der Preis und die Kosten einer bestimmten Leistung aus der Ausschreibung ergeben und nicht vom Regulator bestimmt werden müssen.

58. Den mit einer Ausschreibung theoretisch zu erzielenden Effizienzvorteilen stehen jedoch mehrere den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren und Schwierigkeiten bei der Umsetzung gegenüber, welche den ökonomischen Nutzen einer Ausschreibung schmälern und die ausschreibungsbedingten Kosten erhöhen:<sup>23</sup>

- (a) Den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren

59. In der Schweiz sind die Netzzugangsgebühren vom Regulator festgelegt (Art. 14 f. StromVG) und damit die Einnahmen des Konzessionärs weitgehend vorgegeben. Daher beziehen sich die mit einer Ausschreibung erzielbaren Effizienzvorteile vor allem auf die Kosteneffizienz bei den wirtschaftlichen Tätigkeiten "Verteilung" und "Netzbetriebsleistungen". Die Vorteile einer Ausschreibung dürften aufgrund des beschränkten wirtschaftlichen Umfangs der mit dem Netzbetrieb verbundenen Leistungen eher gering ausfallen.<sup>24</sup>

60. Eine zusätzliche Reduzierung der erzielbaren Effizienzgewinne ergibt sich dadurch, dass kraft Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Ausschreibung nur dann durchgeführt werden muss, wenn es sich beim konzessionierten Netzbetreiber um einen "Privaten" handelt.<sup>25</sup> Diese Beschränkung dürfte hier besonders ins Gewicht fallen, da zahlreiche Verteilnetze nach wie vor im Besitz der öffentlichen Hand sind und gleichzeitig die Stromverteilung als Tätigkeit für das Gemeinwesen zu betrachten ist. Kommt

ebenfalls einschränkend dazu, dass gewisse (staatliche) Netzbetreiber keine Sondernutzungskonzession für ihre Tätigkeit benötigen.<sup>26</sup>

- (b) Schwierigkeiten bei der Umsetzung

61. Ein Ausschreibungswettbewerb im Strombereich stellt hohe Anforderungen an die Ausschreibung, wie zum Beispiel die richtige Wahl und Ausgestaltung des Auktionsmechanismus. Bei der Durchführung einer Auktion ist beispielsweise (vorab) zu klären, ob die Konzession dem Bieter mit dem höchsten Gebot oder demjenigen erteilt werden soll, der eine im Voraus definierte Leistung zum tiefsten Preis anbietet. Der Erfolg einer Ausschreibung wird entscheidend davon abhängen, welcher Auktionsmechanismus ausgewählt wird bzw. ob dieser unter dem gegebenen Kontext der passende ist.<sup>27</sup>

62. Von besonderer Bedeutung bei Ausschreibungen von Stromnetzen sind Probleme im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentums an der Netzinfrastruktur. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei natürlichen Monopolen Investitionen in die Netzinfrastruktur einen bedeutenden Teil der Gesamtkosten ausmachen.<sup>28</sup> Im Zusammenhang mit einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur ergeben sich verschiedene Anreiz- und Informationsprobleme. Zum einen hängt der Wert von Investitionen in die Infrastruktur von der Erneuerung der Konzession ab. Dies kann dazu führen, dass gegen

<sup>22</sup> Die Idee, bei einem natürlichen Monopol Ausschreibungswettbewerb einzuführen, geht zurück auf HAROLD DEMSETZ (1968), "Why Regulate Utilities", *Journal of Law and Economics* 11, S. 55-65. Für einen Überblick zu Ausschreibungswettbewerb im Bereich natürlicher Monopole vgl. J. J. LAFFONT UND J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, S. 305 ff. oder W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 395 ff.

<sup>23</sup> Für eine ausführliche Diskussion der mit einer Ausschreibung verbundenen Probleme vgl. P. KLEMPERER (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press, S. 101 ff. oder W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 399 ff.

<sup>24</sup> Die Sekretariat der ELCOM hat auf Anfrage des Sekretariates der Wettbewerbskommission versucht, den Anteil der Netzbetriebskosten an den Gesamtkosten eines Netzbetreibers zu schätzen. Die ausgewiesenen Werte sind dabei als grobe Richtwerte zu betrachten, die im Einzelfall stark abweichen können. Gemäss ELCOM setzen sich die Gesamtkosten eines Netzbetreibers zu ca. 50 % aus den Kosten für die "Verteilung" (Netzebenen 6 und 7) zusammen. Weiter sind die Kosten des Netzbetreibers für der End-Verteilung (Netzebene 7) zu 50-60 % Kapitalkosten und somit der kleinere Anteil (Netzbetriebskosten).

<sup>25</sup> Vgl. Rz. 32 oben.

<sup>26</sup> Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe Parallelleitungen vom 28.11.2006, S. 53 mit Hinweisen.

<sup>27</sup> Zur Ausgestaltung einer Auktion in der Praxis vgl. allgemein u.a. P. KLEMPERER (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press oder P. MILGROM (2004), *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu Ausführungen in Fn. 24.

Ende der Laufzeit der Konzession wichtige Unterhaltsinvestitionen ins Stromnetz ausbleiben, vor allem wenn Unsicherheit über die Entschädigung für getätigte Investitionen bei Ablauf der Konzessionslaufzeit besteht (sog. hold-up Problem).<sup>29</sup> Zum anderen hat der Konzessionär in einer neuen Ausschreibung gegenüber den Mitbewerbern einen Informationsvorsprung (z.B. bezüglich Zustand der Infrastruktur und Höhe der Unterhaltskosten, Nachfragekenntnissen, Technologiestand, Kenntnissen des Konzessionsverfahrens), welchen er bei der Vergabe einer neuen Konzession zu seinem Vorteil ausnützen kann.

63. Bei einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur stellt sich zudem die Frage, was mit der noch einsatzfähigen (oft ortsspezifischen) Infrastruktur bei einer (neuen) Ausschreibung geschieht. Es sind zwei unterschiedliche Ansatzpunkte denkbar: (a) entweder geht die Infrastruktur nach Ablauf oder Kündigung der Laufzeit automatisch (un- oder entgeltlich) in das Eigentum der öffentlichen Hand über (sog. Heimfallrecht) oder (b) sie bleibt im Eigentum des bisherigen Anbieters und muss von diesem entweder entsorgt (d.h. abmontiert) oder bei spezifischen Investitionen an den neuen Anbieter weiterverkauft werden. Wichtig ist dabei, wie der Wert der Netzinfrastruktur bei Ablauf der Konzession zu bestimmen ist. In der neueren ökonomischen Literatur wurden hierfür verschiedene Ansätze entwickelt.<sup>30</sup> Gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass es schwierig bleibt, die Übertragung der Infrastruktur so auszugestalten, dass der bisherige Konzessionär bei der Eigentumsübertragung weder einen Schaden erleidet (weil er für seine Infrastruktur ungenügend entschädigt wird) noch sich durch die Übertragung bereichern kann.<sup>31</sup> Zusammenfassend muss davon ausgegangen werden, dass die Übergabe der Netzwerkinfrastruktur in der Praxis mit diversen Schwierigkeiten verbunden ist.

64. Generell muss bei einer Ausschreibung berücksichtigt werden, dass sich das Ergebnis jeweils aus den zum Ausschreibungszeitpunkt verfügbaren Informationen ergibt. Sollten sich die Rahmenbedingungen (z.B. in Bezug auf die Technologie oder die Nachfrage) im Laufe der Zeit wesentlich verändern, würde dies auch Anpassungen in den Kosten des Konzessionärs nach sich ziehen. Der Umgang mit veränderten Rahmenbedingungen müsste im Konzessionsvertrag geregelt werden.<sup>32</sup> Dies gilt insbesondere bei einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur, zumal in diesem Bereich Konzessionen typischerweise langfristig, d.h. mit einer Laufzeit über 20 Jahre, vergeben werden.

65. Wird bei einer Ausschreibung für die Vergabe nicht nur der Konzessionspreis, sondern auch die Qualität der angebotenen Leistung berücksichtigt, muss die ausschreibende Behörde die von den Konsumenten gewünschte Qualität bestimmen<sup>33</sup> bzw. verschiedene Preis-Qualitäts-Kombinationen gegeneinander abwägen.<sup>34</sup> Dies stellt hohe Anforderungen an den Informationsstand der Behörde. Zudem ist für einen potenziellen Konzessionär ein hohes Qualitätsniveau mit Kosten verbunden. Ausgehend davon, dass die Qualität der Netzbetriebsleistungen in der Praxis nur schwer überprüfbar und damit vertraglich kaum durchsetzbar ist, besteht daher die Gefahr, dass die durch die Ausschrei-

bung implementierten Anreize zur Kostensenkung (vgl. Rz. 59) in der Praxis zu Lasten der Qualität gehen.<sup>35</sup>

66. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen theoretisch mit Vorteilen in Bezug auf einen kosteneffizienten Netzbetrieb verbunden ist. Diesen Vorteilen stehen jedoch mehrere den Umfang des Wettbewerbs beschränkende Faktoren sowie Schwierigkeiten bei der Umsetzung gegenüber, welche den mit der Ausschreibung erzielbaren ökonomischen Nutzen schmälern und die ausschreibungsbedingten Kosten erhöhen.

#### **B.2.4 Ergebnis der Beurteilung und daraus abgeleiteter Handlungsbedarf**

67. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach Auffassung der Wettbewerbskommission die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Unterhalt

<sup>29</sup> Anreizprobleme im Zusammenhang mit zu niedrigen Investitionen gegen Ende der Laufzeit werden dadurch verstärkt, dass aus Sicht des Netzbetreibers Betriebs- und Kapitalkosten letztendlich austauschbar sind. Denn werden Investitionen hinausgeschoben, steigen die Unterhaltskosten in Zukunft. Somit können bei einem möglichen Konzessionswechsel am Ende der Laufzeit Kosteneinsparungen durch unterlassene Investitionen des aktuellen Netzbetreibers zu Lasten von steigenden Unterhaltskosten eines potenziellen neuen Anbieters führen (gemäss Auskunft des Sekretariates der ELCom). Zu den Anreizen des Konzessionärs in Bezug auf den Unterhalt vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15: S. 154 ff. Dabei wird davon ausgegangen, dass im Vorfeld der Ausschreibung potentielle Konzessionäre die Infrastruktur des bisherigen Konzessionärs begutachten. Unter dem vorgeschlagenen Auktionsmechanismus erhält der bisherige Konzessionär eine umso tiefere Entschädigung für seine Assets, je geringer deren Qualität von den Mitbewerbern um die Konzession eingeschätzt wird.

<sup>30</sup> Vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15, S. 141-163. Konkret wird vorgeschlagen, dass der Regulator im Vorfeld der Ausschreibung das Entgelt für die übernommene Infrastruktur an die Höhe des Gebots bindet. Ein Bieter, welcher eine Leistung zu einem tiefen (besseren) Preis offeriert, bringt dadurch eine höhere Bewertung der Infrastruktur zum Ausdruck und muss dem bisherigen Konzessionär entsprechend mehr dafür bezahlen.

<sup>31</sup> Vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15, S. 154.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu OLIVER E. WILLIAMSON (1976), "Franchise Bidding for Natural Monopolies – In General and with Respect to CATV", *Bell Journal of Economics* 7, S. 73-104.

<sup>33</sup> Zur Rolle der Qualität bei Ausschreibungsverfahren vgl. W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 402 f.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu S. BUEHLER, D. GÄRTNER UND D. HALBHEER (2006), "Deregulating network industries: dealing with price-quality tradeoffs", *Journal of Regulatory Economics* 30, S. 99-115.

<sup>35</sup> Für eine Diskussion der Anreize, in einem regulierten Umfeld Qualität anzubieten vgl. J. J. LAFFONT UND J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, S. 211 ff.

und Betrieb elektrischer Verteileranlagen an einen Privaten der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Gleichzeitig gilt es jedoch zu veranschlagen, dass mehrere den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren sowie Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung zu einer Schmälerung des durch eine Ausschreibung erzielbaren Nutzens und einer Erhöhung der ausschreibungsbedingten Kosten führen.

68. Letzteres bedeutet freilich nicht, dass von Ausschreibungswettbewerb im fraglichen Bereich Abstand genommen werden sollte. Erforderlich sind jedoch nach Auffassung der Wettbewerbskommission zumindest gleichermassen klare wie sachgerechte Bedingungen, welche eine adäquate Antwort auf die nutzenmindernden Faktoren liefern sowie für hinreichende Rechtssicherheit sorgen und damit Gewähr für sinnvollen, funktionierenden Wettbewerb bieten.

69. Die Bedeutung solcher Bedingungen lässt sich mit einem Blick ins benachbarte Ausland verdeutlichen. Gemäss § 46 Abs. 2 des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (EnWG) hat das Gemeinwesen die Möglichkeit, Konzessionen zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, nach deren Ablauf mittels Abschluss eines entsprechenden Konzessionsvertrags auf einen neuen Netzbetreiber zu übertragen. Dies soll im Wettbewerb geschehen. Zu diesem Zweck enthält die Regelung von § 46 mehrere wettbewerbsrelevante Vorgaben.

70. So beschränkt § 46 Abs. 2 EnWG die Gültigkeitsdauer der Konzessionsverträge auf 20 Jahre. Im Fall eines Wechsels wird der bisherige Netzbetreiber verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Betreiber gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen (§ 46 Abs. 2 EnWG). Ferner muss das Vertragsende spätestens 2 Jahre vor Ablauf des Vertrages öffentlich bekannt gemacht werden (§ 46 Abs. 3 EnWG).

71. Bewerben sich mehrere Unternehmen für den Netzbetrieb, ist das Gemeinwesen zur Bekanntgabe ihrer Entscheidung unter Angabe der massgeblichen Gründe verpflichtet (§ 46 Abs. 3 EnWG). Diese verfahrensrechtliche Vorgabe soll das Gemeinwesen dazu veranlassen, seine Auswahl auf der Grundlage von begründeten, nachvollziehbaren, rationalen und wettbewerbsorientierten Kriterien zu treffen.<sup>36</sup>

72. Für die Schaffung der erforderlichen Bedingungen fallen zwei Ansätze in Betracht:

(a) Schaffung von Bedingungen durch die konzessionserteilenden Behörden

73. Dieser Ansatz folgt der (Vollzugs)Logik von Art. 2 Abs. 7 BGBM, wonach es Sache des ausschreibungspflichtigen Gemeinwesens ist, die Modalitäten der Ausschreibung festzulegen (vgl. Rz. 9 oben).

(b) Schaffung von Bedingungen im StromVG

74. Der Vorteil dieses Ansatzes liegt einerseits in der Möglichkeit, die durch Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgegebene und den Umfang des Ausschreibungswettbewerbs beschränkende Unterscheidung zwischen "privaten" und

"nicht-privaten" Konzessionären zu überdenken. Andererseits könnten die Wechselwirkung zwischen der bestehenden Regulierung der Netznutzungsgebühren und der Ausschreibungspflicht geklärt und, sofern angezeigt, Optimierungen vorgenommen werden.

### C Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

75. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Erneuerung der zwischen der CKW AG und den Luzerner Gemeinden bestehenden Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie ein ausschreibungspflichtiger Tatbestand im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM darstellt.

76. Im vorliegenden Fall würde jedoch eine Ausschreibung ohne Vorliegen klarer Bedingungen den mit ihr verfolgten Zweck nicht oder nur unzureichend erfüllen und zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen.

77. Vor diesem Hintergrund ist es nach Auffassung der Wettbewerbskommission geboten, den ausschreibungspflichtigen Luzerner Gemeinden – wie auch sämtlichen anderen ausschreibungspflichtigen Gemeinwesen in der Schweiz – für die Festlegung der entsprechenden Bedingungen hinreichend Zeit einzuräumen. Die Wettbewerbskommission erachtet eine diesbezüglich Frist von maximal 3 Jahren als angemessen.

78. Dies impliziert, dass die Wettbewerbskommission bei der Erneuerung zwischenzeitlich ablaufender Konzessionsverträge darauf verzichtet, die Durchführung einer Ausschreibung einzufordern bzw. auf dem Gerichtsweg durchzusetzen, sofern die Erneuerung zeitlich befristet wird. Unter Berücksichtigung der auf dem Spiel stehenden Interessen erachtet die Wettbewerbskommission eine zeitliche Befristung von maximal 5 Jahren als angemessen.

79. Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen wird die Wettbewerbskommission dem Bundesrat gestützt auf Art. 8 BGBM empfehlen, die für eine Ausschreibung erforderlichen Bedingungen mittels Schaffung einer spezialgesetzlichen Regelung im StromVG festzulegen.

<sup>36</sup> HELLERMANN, Kommentar zu § 46, in: Britz/Hellermann/Hermes [Hrsg.], Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, München 2008, Rz. 68.

E 2	<b>3. Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG</b>
-----	---

*Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG*

## A Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 28. August 2009 ersucht der Bezirksrat Schwyz die Wettbewerbskommission um Beantwortung der Frage, ob die Erneuerung der bestehenden Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG (nachfolgend EBS AG) der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) unterliegt.

2. Im seinem Gesuch macht der Bezirksrat geltend, dass es sich beim genannten Elektrizitätswerk um ein bezirkseigenes Unternehmen handle, weshalb die Erneuerung der bestehenden Konzessionen von der Ausschreibungspflicht ausgenommen sei.

## B Beurteilung

### B.1 Formelles

3. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden.

4. Zu diesem Zweck kann die Wettbewerbskommission u.a. eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten; dies insbesondere dann, wenn sie mittels eines entsprechenden Gesuchs darum ersucht wird.

5. Im vorliegenden Fall ersucht der Bezirksrat Schwyz die Wettbewerbskommission um Beantwortung einer binnenmarktrechtlichen Frage bezüglich der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Die Voraussetzungen für die Erstellung eines Gutachtens sind somit erfüllt.

### B.2 Materielles

#### B.2.1 Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag

6. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM schreibt vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Mit dieser Norm – welche anlässlich der Gesetzesrevision eingefügt wurde und am 1. Juli 2006 in Kraft trat – soll im Sinne der Zielsetzung des BGBM der Wettbewerb gestärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für die entsprechenden Tätigkeiten ermöglicht werden.<sup>1</sup>

7. Was die Modalitäten der Ausschreibung der Nutzungsübertragung derartiger Monopole betrifft, enthält das Gesetz mit Ausnahme der Pflicht zur Beachtung des Diskriminierungsverbots keine Vorgaben. Diese sind von

der ausschreibungspflichtigen Behörde festzulegen, wobei eine analoge Anwendung der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge naheliegender erscheint.<sup>2</sup>

8. Mit letzterem Hinweis wird zum Ausdruck gebracht, dass zwar zwischen der Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole und der Vergabe öffentlicher Aufträge eine inhaltliche Nähe besteht, es sich aber dennoch um zwei voneinander zu trennende Tatbestände handelt. Gemäss dem Grundsatz der *lex specialis derogat generali* ist die gleichzeitige Anwendung der Bestimmungen des Vergaberechts und des Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeschlossen.<sup>3</sup>

9. In den Fällen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erteilt das Gemeinwesen dem Konzessionär ein (exklusives) Nutzungsrecht, wofür dieser in der Regel eine Gebühr entrichtet. Die Inanspruchnahme und Bezahlung der gestützt auf das Nutzungsrecht vom Konzessionär erbrachten Leistung erfolgen jedoch durch Dritte.<sup>4</sup> Damit einhergeht auch, dass der Konzessionär auf eigene Rechnung und Gefahr handelt.<sup>5</sup>

10. Bei einem öffentlichen Auftrag hingegen beschafft sich das Gemeinwesen die Mittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Als Gegenleistung für die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung entrichtet das Gemeinwesen diesem ein Entgelt, wobei Letzteres nach neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedwelche Formen der Entschädigung umfassen kann.<sup>6</sup>

11. Die vorstehende Abgrenzung entspricht im Übrigen auch der im europäischen Recht vorgenommenen Unterscheidung zwischen öffentlichem Dienstleistungsauftrag und öffentlicher Dienstleistungskonzession. Demnach liegt der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen. Die Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung im Recht zur Nutzung

<sup>1</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (Botschaft revBGBM), BBI 2005 483.

<sup>2</sup> Botschaft revBGBM, BBI 2005 486.

<sup>3</sup> BGE 135 II 49 E. 4.1; ESSEIVA, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI*, BR/DC 3/2006, S. 206.

<sup>4</sup> So wird beispielsweise die Leistung "Zurverfügungstellung öffentlicher Plakataushangflächen", welche vom Konzessionär gestützt auf ein entsprechendes Nutzungsrecht erbracht wird, durch Dritte in Anspruch genommen und bezahlt.

<sup>5</sup> BGE 125 I 209 E. 6b.

<sup>6</sup> BGE 135 II 49 E. 5.2.

der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises.<sup>7</sup> Kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession ist ferner, dass der Leistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt, da die Bezahlung durch Dritte, d.h. die Nutzer der Dienstleistungen erfolgt.<sup>8</sup>

## **B.2.2 Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen**

### **B.2.2.1 Begriff des "Privaten" nach Art. 2 Abs. 7 BGBM**

12. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass es sich beim Konzessionär um einen "Privaten" (französischer Gesetzestext "entreprises privées") im Sinne der Bestimmung handelt. Nach Auffassung des Bezirksrates Schwyz trifft dies für die EBS AG nicht zu.

13. Mit dieser Voraussetzung wollte der Gesetzgeber jene Fälle von der Ausschreibungspflicht ausnehmen, in denen die Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole durch das Gemeinwesen selbst erfolgt, d.h. keine Auslagerung an eine rechtlich getrennte Einheit stattfindet.

14. Tatsache ist, dass die Trennlinie zwischen "privaten" und "staatlichen" Akteuren durch das Aufkommen von Mischformen (z.B. gemischtwirtschaftliche Unternehmen) sowie durch die Tendenz, öffentliche Unternehmen und Anstalten in Privatrechtsform zu kleiden (Organisationsprivatisierung), unscharf geworden ist.

15. Dies impliziert, dass ein Begriffsverständnis, das sich ausschliesslich an der Organisationsform orientiert, nur beschränkt zielführend sein kann. Für sich allein genommen vermag das Kriterium der Organisationsform in denjenigen Fällen zu einem klaren Ergebnis führen, wo der Konzessionär eine Organisation derselben Zentralverwaltung ist. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM kann diesfalls keine Anwendung finden.

16. Zusätzlicher Kriterien bedarf es für die Qualifizierung der angesprochenen Mischformen und privatrechtlich organisierten Unternehmen des Gemeinwesens. Eine mögliche Anknüpfung bietet dabei die im öffentlichen Vergaberecht entwickelte Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen bzw. Dienstleistungskonzessionen und sogenannten, von der Ausschreibungspflicht ausgenommenen "In-House-Geschäften". Ein solches Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass die auftrag- bzw. konzessionsnehmende Einrichtung zwar von der auftrag- bzw. konzessionserteilenden<sup>9</sup> Stelle rechtlich getrennt, jedoch aufgrund der engen Beziehung zu dieser mit einer verwaltungsinernen Stelle vergleichbar ist.<sup>10</sup> Alle anderen Fälle der Auslagerung auf eine rechtliche getrennte Einrichtung haben auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen.

17. Ob im Einzelfall ein "In-House-Geschäft" vorliegt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aufgrund der folgenden zwei Kriterien: Erstens muss die konzessionserteilende Stelle auf die konzessionsnehmende Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens muss diese Einrichtung ihre Tätigkeit im

Wesentlichen für die Stelle oder Stellen verrichten, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.<sup>11</sup>

18. Ausgangspunkt für die verlangte Kontrolle bildet die Möglichkeit der konzessionserteilenden Stelle sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Dies beurteilt sich unter Einbeziehung sämtlicher Rechtsvorschriften und massgebenden Umstände.<sup>12</sup> Bei Letzteren sind erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse des Verwaltungsrates zu berücksichtigen.<sup>13</sup>

19. Die Beteiligung privater Dritter am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung schliesst eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigenen Dienststelle aus. Dabei genügt bereits eine Minderheitsbeteiligung.<sup>14</sup>

20. Diesfalls wird nämlich nach Auffassung des EuGH die Beziehung zwischen den konzessionserteilenden Stelle und der konzessionsnehmenden Einrichtung nicht mehr durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Beteiligung Privater beruht vielmehr auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen und verfolgt somit andersartige Ziele. Zudem würde die ausschreibungslose Konzessionserteilung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere da ein solches Vorgehen dem beteiligten Privaten einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 39; Rs. C-206/08, Eurawasser, vom 10.09.2009, noch nicht veröffentlicht, Rn 51.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 40; Rs. C-382/05, Kommission/Italien, Slg. 2007, I-6657, Rn. 34; Rs. C-206/08, Eurawasser, vom 10.09.2009, noch nicht veröffentlicht, Rn 51.

<sup>9</sup> Nachfolgend wird der Einfachheit halber nur noch von konzessionserteilender und konzessionsnehmender Stelle bzw. Einrichtung gesprochen.

<sup>10</sup> CLERC, CR concurrence, Art. 5 BGBM, Rz. 58; Zufferey, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf, Rz. 28.

<sup>11</sup> Betreffend öffentlichen Aufträge, siehe EuGH, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121 (Rn. 50). Betreffend Dienstleistungskonzessionen, siehe EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 62); EuGH Rs. C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287 (Rn. 25 f.); EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 24); EuGH Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 (Rn. 26); EuGH, Rs. C-196/08, Acoset, vom 15.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 51 ff.).

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 65).

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, 8457 (Rn. 29).

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 31); EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 49); EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 67); EuGH, Rs. C-573-03/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 46).

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 50 f.).

21. Ob tatsächlich eine Beteiligung Privater am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung vorliegt, ist in der Regel zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung zu prüfen. Dabei gilt es auch den Fall zu berücksichtigen, bei dem eine Kapitalöffnung der konzessionsnehmenden Einrichtung noch nicht stattgefunden hat, jedoch bevorsteht; sei es, weil diese rechtlich vorgeschrieben oder konkret beabsichtigt ist.<sup>16</sup>

22. In Bezug auf die verlangte Kontrolle unerheblich ist schliesslich, ob die konzessionserteilende Stelle allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Körperschaften die Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung ausübt. Da öffentlichen Körperschaften dem Gemeinwohl verpflichtet sind, wird im letzteren Fall davon ausgegangen, dass ein Interessensgleichklang besteht.<sup>17</sup>

23. Bezüglich des zweiten Kriteriums, wonach die konzessionsnehmende Einrichtung seine Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionserteilende Stelle oder die konzessionserteilenden Stellen verrichten muss, die seine Anteile innehat bzw. innehaben, gilt es folgende Präzisierungen anzubringen:

24. Verlangt wird, dass die konzessionsnehmende Einrichtung hauptsächlich für den bzw. die öffentlichen Anteilseigner tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlichen Charakter hat. Dabei gilt es alle qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Bezüglich Letzteren steht der Umsatz im Vordergrund. Massgebend ist diesbezüglich der Umsatz, den die konzessionsnehmende Einrichtung aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt und zwar einschliesslich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Ohne Bedeutung ist mit anderen Worten die Person – sei es die konzessionserteilende Stelle selbst oder der Nutzer der Leistungen –, welche die Leistungen der Einrichtung bezieht. Ebenfalls spielt es keine Rolle, wer die fraglichen Leistungen vergütet – sei es die Körperschaft, die seine Anteil innehat, seien es Dritte als Nutzer der Leistung, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden – und in welchem Gebiet diese erbracht werden.<sup>18</sup>

25. Werden die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung von mehreren Körperschaften gehalten, ist auf die Tätigkeit abzustellen, die es für alle diese Körperschaften verrichtet.<sup>19</sup>

26. Angesichts der Nähe zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Konzessionserteilung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche sich insbesondere in Bezug auf deren Zielsetzung manifestiert (Wettbewerb, Gleichbehandlungsgrundsatz), erachtet es die Wettbewerbskommission als gleichermassen sachgerecht wie zweckmässig, die im Rahmen der europäischen "In-House-Rechtsprechung" entwickelten Kriterien für die Auslegung des Begriffs der "Privaten" analog anzuwenden.

27. Dies bedeutet, dass die Konzessionserteilung durch eine öffentliche Körperschaft an einen von ihr rechtlich getrennten Konzessionär dann nicht ausgeschrieben werden muss, wenn erstens die konzessionserteilende

Körperschaft alleine oder mit anderen Körperschaften zusammen über den Konzessionär eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens dieser Konzessionär seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft bzw. Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehat bzw. innehaben. Diesfalls kann der Konzessionär nicht als "Privater" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM betrachtet werden.

### **B.2.2.2 Qualifizierung des Elektrizitätswerke des Bezirks Schwyz AG (EBS AG)**

28. Für die in einem ersten Schritt vorzunehmende Beurteilung der Kontrollverhältnisse sind der EBS AG-Gründungsvertrag vom 6. Mai 1951 sowie die Statuten desselben Datums bzw. die aktualisierten Statuten vom 18. April 2009 massgebend.

29. Die EBS AG wurde durch den Bezirk Schwyz, den Kanton Schwyz, die Gemeinden des Bezirks Schwyz sowie der Oberallmeindkorporation Schwyz gegründet. Die Gründung der AG erfolgte, um dem öffentlichen und gemeinnützigen Werk der Nutzbarmachung der Muota-Wasserkräfte eine zweckentsprechende Rechtsform zu geben (§ 1 des Gründungsvertrags).

30. Gemäss § 2 der Statuten bezweckt die EBS AG die Nutzbarmachung und Nutzung der Wasserkräfte der Muota und anderer Gewässer und Primärenergien sowie die Energieversorgung im Bezirk Schwyz und anderer Gebiete, das im Interesse von Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihren Gebietsangehörigen Energie zu günstigen Bedingungen zu verschaffen haben. Zur Erreichung des Gesellschaftszwecks kann die EBS Tochtergesellschaften gründen und Beteiligungen erwerben.

31. In Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck ist die EBS AG im Besitz mehrerer, vom Bezirk Schwyz erteilter Wasserrechtskonzessionen.

32. Aktionäre der EBS AG sind die Gesellschaftsgründer. Zwischen den Gründern können die Aktien frei übertragen werden (§ 5 Abs. 1 der Statuten). Eine Übertragung auf Körperschaften des öffentlichen Rechts ausserhalb des Bezirks Schwyz ist möglich, wenn diese ihr Versorgungsgebiet zur Belieferung von Energie zur Verfügung stellen (§ 5 Abs. 2 der Statuten). Nicht statthaft ist hingegen die Übertragung von Aktien auf natürliche und juristische Personen des Privatrechts (§ 5 Abs. 3 der Statuten).

33. Oberstes Organ der EBS AG ist die Generalversammlung. Diese setzt sich aus einem bis drei Vertretern pro Aktionär zusammen (§ 7 Abs. 1 des Gründungsvertrags). Den Aktionären steht es frei, ihren Vertretern Instruktion mitzugeben oder sie frei entschieden zu lassen (§ 7 Abs. 2 des Gründungsvertrags).

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 30); EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 67); EuGH, Rs. C-573-03/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 47).

<sup>17</sup> FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin/Heidelberg, Rz. 2370 ff. mit Hinweisen.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 63 ff.).

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 70 f.); Kommission/Italien, C-371/05, vom 17.07.2008, nicht veröffentlicht (Rn. 32).

34. Zu den Befugnissen der Generalversammlung gehören insbesondere die Wahl des Verwaltungsrates und die Entlastung dessen Mitglieder, die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Erstellung neuer Kraftwerke (§ 8 der Statuten).

35. Der Verwaltungsrat schliesslich umfasst mindestens 13, auf vier Jahre gewählte Mitglieder (§ 17 Abs. 1 der Statuten). Wählbar sind nur Kandidaten, welche von Aktionären, die sie vertreten sollen, zuhanden der Generalversammlung vorgeschlagen werden (§ 7 Abs. 4 der Statuten).

36. Aufgaben und Befugnisse des Verwaltungsrates werden in § 21 der Statuten umschrieben. Diesbezüglich hervorzuheben gilt es insbesondere seine Befugnis, über die Erweiterung des Versorgungsgebietes, die Gründung von Tochtergesellschaften sowie Beteiligungen und Unterbeteiligungen zu beschliessen (§ 22 Abs. 3 der Statuten).

37. Aufgrund des vorstehend erläuterten Vertrags- und Statuteninhalts kann im Hinblick auf Kontrollverhältnisse Folgendes festgehalten werden:

38. Für eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle spricht die fehlende Möglichkeit einer Beteiligung privater Dritter.

39. Ebenfalls dafür spricht die Möglichkeit der Aktionäre, ihre an der Generalversammlung teilnehmenden Vertreter zu instruieren. Mit diesem Steuerungsinstrument können die Aktionäre die Entscheidungen der Generalversammlung ausschlaggebend beeinflussen.

40. Was die Kontrollmöglichkeit der Aktionäre in Bezug auf die Mitglieder des Verwaltungsrates betrifft, ist eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt. So erlaubt das exklusive Vorschlagsrecht die Ausübung einer zumindest mittelbaren Kontrolle. Umgekehrt verfügt der Verwaltungsrat über bestimmte, aus strategischer Sicht bedeutsame Befugnisse, die der unmittelbaren Kontrolle der Aktionäre entzogen sind und für welche die Verwaltungsräte auch persönlich haften (Art. 716a und 754 OR).

41. Insgesamt betrachtet übt der Konzudent (Bezirk Schwyz) zusammen mit den anderen anteilhabenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften über die Konzessionärin eine Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststelle. Demnach gilt es für die Qualifikation der EBS AG in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie im Wesentlichen für die anteilhabenden Körperschaften tätig ist.

42. Die EBS AG ist im Stromgeschäft tätig. Dieses besteht aus der Stromproduktion, der Stromversorgung der anteilhabenden Körperschaften und dem Stromhandel (Beschaffung und Verkauf von Strom von Dritten bzw. an Dritte).<sup>20</sup>

43. Der Nettoerlös aus dem Stromgeschäft belief sich auf 40,81 Mio. CHF<sup>21</sup>. Davon entfielen – gestützt auf die zusätzlich bei der EBS AG eingeholten Angaben – 27,03 Mio. CHF auf die Stromversorgung der anteilhabenden Körperschaften und 13,78 Mio. CHF auf den Verkauf von Strom an Dritte (insbesondere CKW AG, BKW AG und Alpiq AG). Demgegenüber steht ein Aufwand von 13,82 Mio. CHF aus der für die Versorgung der anteilha-

benden Körperschaften getätigten Strombeschaffung bei Dritten.<sup>22</sup>

44. Ausgehend von den genannten Zahlen ergibt sich, dass die für die anteilhabenden Körperschaften im Jahre 2009 ausgeübten Tätigkeiten mit 40,85 Mio. CHF zu Buche schlagen (Erlös aus Stromversorgung + Aufwand für Strombeschaffung bei Dritten). Demgegenüber stehen 13,78 Mio. CHF, welche aus der Tätigkeit für Dritte resultieren (Erlös aus Stromverkauf an Dritte).

45. Im Rahmen der Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums stellt sich ferner die Frage, ob die Tätigkeiten der KFA Kabelfernsehanlage Schwyz GmbH und der Erdgas Innerschwyz AG, welche zu 100 % bzw. 92.2 % der EBS AG gehören, mitberücksichtigt werden können.

46. Die KFA Kabelfernsehanlage Schwyz GmbH versorgt das Gebiet der Gemeinde Schwyz mit Kabelfernsignalen und bietet Internetdienstleistungen an. Grundlage ihrer Tätigkeit, mit der sie im Jahr 2009 einen Erlös von 1,61 Mio. CHF erzielte, bildet ein mit der Gemeinde Schwyz abgeschlossener Konzessionsvertrag.<sup>23</sup>

47. Die Erdgas Innerschwyz AG ihrerseits beliefert die Gemeinden Schwyz, Ingenbohl, Steinen, Lauerz, Arth und den Bezirk Küssnacht mit Erdgas zu Heizzwecken und für Prozesswärme. Grundlage ihrer Tätigkeit bilden zwischen ihr und den Versorgungsgemeinden abgeschlossene Konzessionsverträge. Die Erlöse aus der Gasversorgung beliefen sich im Jahre 2009 auf 2,6 Mio. CHF.<sup>24</sup>

48. Die Tätigkeiten der beiden Gesellschaften stützen sich mithin auf Konzessionen, die ihnen von gewissen, an der EBS AG anteilhabenden Körperschaften erteilt worden sind. Und da die Tätigkeiten für die fraglichen Körperschaften erbracht werden, rechtfertigt es sich nach Auffassung der Wettbewerbskommission, die damit erzielten Erlöse von insgesamt 4,21 Mio. CHF mit zu berücksichtigen und dem vorstehend ermittelten Betrag von 40,85 Mio. CHF hinzu zu rechnen.

49. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Tätigkeiten, welche die EBS AG für die anteilhabenden Körperschaften erbringt, mit 45,06 Mio. CHF zu Buche schlagen, während sich die Tätigkeiten für Dritte, wie vorstehend ermittelt, auf 13,78 Mio. CHF belaufen. Gemessen an diesen Zahlen ist die EBS AG folglich zu gut 76 % für die anteilhabenden Körperschaften tätig.

50. Aus rein quantitativer Sicht erscheint die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums zumindest fraglich. Hingegen gilt es für die Beurteilung auch die qualitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Grund für den Stromhandel bildet die unausgeglichene Produktionssituation (Produktionsüberschuss im Sommer und Produktionsdefizit im Winter), kombiniert mit der schwankenden Verbrauchssituation im Versorgungsgebiet (hoher Verbrauch im Winter, tiefer Verbrauch im Sommer).

<sup>21</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 18.

<sup>22</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 18.

<sup>23</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 26.

<sup>24</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 26.

<sup>25</sup> Vgl. oben, Rz. 24.

51. Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass der von der EBS AG getätigte Stromhandel in den saisonal bedingten Produktions- und Verbrauchschwankungen gründet. So dient der Stromverkauf an Dritte der Verwertung von Produktionsüberschüssen, währenddem der Stromeinkauf bei Dritten zur Ausgleichung von Produktionsdefiziten dient. Der Stromhandel ist mithin das (notwendige) Vehikel, um den Hauptzweck der EBS AG, nämlich die Versorgung der anteilhabenden Körperschaften, sicherzustellen.

52. Aufgrund dieser Überlegungen erachtet es die Wettbewerbskommission als gerechtfertigt, das Wesentlichkeitskriterium als erfüllt zu betrachten. Dies verbunden mit dem Hinweis, dass eine allfällige – durch die Strommarktliberalisierung bedingte – Verlagerung der Geschäftstätigkeit hin zu Dritten eine Neubeurteilung nötig machen könnte.

53. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und der bereits unter Randziffer 41 festgestellten Erfüllung des Kontrollkriteriums ist die EBS AG nicht als „Private“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren.

### **C Schlussfolgerung**

54. Zusammenfassend ergibt sich, dass die EBS AG im Lichte der bestehenden Verhältnisse nicht als „Private“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren ist, da die anteilhabenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften eine Kontrolle über die EBS AG ausüben wie über eine eigenen Dienststelle und das Unternehmen im Wesentlichen für diese Körperschaften tätig ist.

55. Die Erneuerung der derzeit laufenden Wasserrrechtskonzessionen zugunsten der EBS AG untersteht somit nach Massgabe der bestehenden Verhältnisse nicht der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

E 2	<b>4. Schlussbemerkungen betreffend Gutachten vom 22. Februar 2010 und 28. Juni 2010 (deutsch/français e italiano)</b>
-----	--

### *Schlussbemerkungen*

Infolge der WEKO-Gutachten reichte die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) am 29. Juni 2010 die parlamentarische Initiative "Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze" ein (Pa.lv. 10.480). Sie verlangt, im Stromversorgungsgesetz vom 23.3.2007 (StromVG; SR 734.7) und im Wasserrechtsgesetz vom 22.12.1916 (WRG; SR 721.80) explizit festzuschreiben, dass Konzessionen zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden für die Verteilung elektrischer Energie und Wasserrechtskonzessionen ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erteilt bzw. verliehen werden können. Die von der UREK-N ausgearbeitete Gesetzesvorlage ist vom Bundesrat am 20.4.2011 gutgeheissen und vom erstbehandelnden Nationalrat am 31.5.2011 einstimmig angenommen worden. Die Behandlung der Vorlage durch den Ständerat ist für die Herbstsession 2011 vorgesehen.

Mit der absehbaren Teilrevision des StromVG (neue Bestimmungen von Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 62 Abs. 2<sup>bis</sup>)

### *Remarque finale*

Suite à l'avis de la COMCO, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) a déposé le 29 juin 2010 l'initiative parlementaire "pas de bureaucratie inutile dans le domaine de l'électricité" (lv.pa. 10.480). Dans cette initiative, il est demandé qu'il soit explicitement prévu dans la Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23.3.2007 (LApEI); RS 734.7) et dans la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22.12.1916 (LFH; RS 721.80) que les concessions sur le domaine public pour la distribution d'électricité et les concessions d'eau soient octroyées sans avoir recours à un appel d'offres. Le projet de loi de la CEATE-N a été approuvé par le Conseil fédéral le 20.4.2011 et a été adopté à l'unanimité par le Conseil national en tant que première chambre. Les débats au Conseil des Etats sont prévus pour la session d'automne 2011.

### *Osservazione finale*

A seguito della perizia della COMCO, la Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale (CAPTE-N) ha deposto il 29 giugno 2010 l'iniziativa parlamentare "evitare inutile burocrazia nel settore delle reti elettriche" (10.480 – Iniziativa parlamentare). In questa iniziativa viene chiesto che sia esplicitamente previsto nella Legge sull'approvvigionamento elettrico del 23.03.2007 (LAEI; RS 734.7) e nella Legge federale sull'utilizzazione delle

und des WRG (neue Bestimmung von Art. 3a) wird die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung bzw. Verleihung von Konzessionen der beschriebenen Art ausgeschlossen. Aus wettbewerbsspolitischer Sicht positiv zu bewerten ist allerdings die Tatsache, dass die betroffenen Behörden trotz fehlender Ausschreibungspflicht für ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu sorgen haben. Damit wird einem zentralen Anliegen von Art. 2 Abs. 7 BGBM Rechnung getragen.

Schliesslich gilt es zu unterstreichen, dass die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Konzessionsvergaben in anderen Sektoren uneingeschränkt Anwendung findet. Als Rahmen dienen die im WEKO-Gutachten gemachten grundsätzlichen Aussagen zum Inhalt von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

Avec la révision partielle probable de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (nouvelles dispositions de l'art. 60 al. 3<sup>bis</sup> et de l'art. 62 al. 2<sup>bis</sup>) et de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques (nouvelle disposition de l'art. 3a), l'application de l'art. 2 al. 7 LMI à l'octroi de telles concessions sera exclue. Du point de vue du droit de la concurrence, il reste néanmoins positif que malgré l'absence d'obligation de procéder à un appel d'offres pour ces concessions, les autorités concernées doivent garantir une procédure transparente et sans discrimination. Ainsi, le but central de l'art. 2 al. 7 LMI est pris en compte.

Enfin, il faut souligner que la disposition de l'art. 2 al. 7 LMI s'applique sans restrictions dans tous les autres secteurs. Les principes d'application dégagés dans l'avis de la COMCO sur l'art. 2 al. 7 LMI peuvent servir d'aide d'interprétation à cet égard.

forze idriche del 22.12.1916 (LUFH; RS 721.80) che le concessioni sul demanio pubblico per la distribuzione di elettricità e le concessioni di acqua siano trasmesse o accordate senza dover ricorrere ad una messa al bando (di concorso). Il progetto di legge della CAPTE-N è stato approvato dal Consiglio federale il 20.04.2011 ed è stato adottato all'unanimità dal Consiglio nazionale quale prima camera. I dibattiti al Consiglio degli Stati sono previsti per la sessione autunnale del 2011.

---

Con la probabile revisione parziale della LAEI (nuove disposizioni agli art. 60 cpv. 3<sup>bis</sup> e 62 cpv. 2<sup>bis</sup>) e della LUF1 (nuova disposizione dell'art. 3a), l'applicazione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI per la trasmissione o l'accordo di tali concessioni sarà esclusa. Dal punto di vista del diritto della concorrenza, sarà tuttavia positivo il fatto che le autorità interessate dovranno garantire una procedura trasparente e non discriminatoria, malgrado la messa al bando delle concessioni non sia obbligatoria.

In questo modo, si terrà conto dell'obiettivo centrale dell'articolo 2 capoverso 7 LMI.

Infine, bisogna sottolineare che la disposizione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI si applica senza restrizioni a tutti gli altri settori. Le considerazioni di fondo fatte nell'ambito della perizia della COMCO sul contenuto dell'articolo 2 capoverso 7 LMI servono a definirne i limiti d'applicazione.

---

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	<b>H</b>	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>Q</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>R</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	<b>V</b>	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>X</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Y</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Z</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 243, 258, 262, 267 ff.
- Abrede 230 ff., 243 ff., 248, 258, 261 ff., 267, 269, 271 ff.,  
285, 289 f., 294, 298, 300 f., 306, 318, 325 f., 335, 343 f.
- Acquiring -
- Anhörung 306, 315 f., 326 f., 332
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 236, 245, 272
- Effizienzprüfung 272
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung -
- Erheblichkeit 245
- 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 241 f.
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 233, 270,  
283, 286, 291 f., 294, 339
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 341
- M**
- Marktaufteilung 299
- marktbeherrschende Stellung 232 f., 239 ff., 286, 290 ff., 296,  
301, 342
- Marktgegenseite 233, 236 ff., 245, 270, 286, 296 f., 339
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 234, 258 f., 262, 349
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 286, 295
- Missbrauch 232 f., 239, 243, 337, 339 ff.
- N**
- Netzwerk 349, 351
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 258, 262
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 258, 261 f., 271, 275
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 259 f., 300
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 308, 316, 318
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 251 ff., 264 f., 273, 346
- Tarifvertrag 249 ff., 258, 263, 265 ff., 271, 273 ff.
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -
- U**

---

Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -	
Untersuchung 264, 269 f., 274 f., 306 ff., 314 ff., 318 ff., 340		
unzulässige Wettbewerbsabrede 231 f., 243, 246, 262, 318, 343		<b>W</b>
	Wettbewerb um den Markt -	
<b>V</b>		<b>X</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		<b>Y</b>
Veröffentlichung -		<b>Z</b>
Verschulden -	Zahlungsmittel -	
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -	
vorbehaltene Vorschriften 233, 255, 295, 336 f.		

---