



<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>

**2013/4**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 120.- Ausland (portofrei)  
(Form: 727.000.13/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:  
CHF 30.-  
Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 120.- Suisse  
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 120.- Svizzera  
CHF 120.- estero (porto franco)

---

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

2013/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2014

---

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

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

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

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
<b>B 1</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>1.</b>	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Costa Kreuzfahrten	476
	2. Nichtweitergabe von Währungsvorteilen	488
<b>5.</b>	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Interkantonaler Marktzugang für Zahnprothetiker	522
<b>B 2</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich	524
	2. Décision incidente du 1 <sup>er</sup> juillet 2013 dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR (voir aussi B 3, chiffre 1., arrêt du 2 septembre 2013, recours de [...] contre la décision incidente de la Commission de la concurrence)	653
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA	657
	2. Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa	662
	3. BLS AG/BLS Cargo AG	675
	4. Ineos AG/Solvay SA	686
<b>B 3</b>	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Arrêt du 2 septembre 2013, recours de [...] contre la décision incidente de la Commission de la concurrence (voir aussi B 2.2, chiffre 2., décision incidente du 1er juillet 2013 dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR)	697
	2. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013, Pfizer AG/Eli Lilly (Suisse) AG/Bayer (Schweiz) AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)	704
	3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013, e-mediat AG, Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)	740
	4. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gegen WEKO – Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG	750
	5. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gegen WEKO – Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG	808
<b>B 5</b>	<b>Bundesrat</b> Conseil fédéral Consiglio federale	
	1. Etivaz: Refus de mesures provisionnelles – Décision incidente du DEFR	843
<b>B 7</b>	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste	848
	2. Öffentliche Ausschreibung von Schürfkonzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM)	860

---

<b>B 8 Bundesstrafgericht</b>	
Tribunal pénal fédéral	
Tribunale penale federale	
1. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 24. Oktober 2013 (Beschwerdekammer) - Entsiegelung	867
<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	873
<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	875

---



## B Verwaltungsverfahrenliche 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 préliminaires Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Costa Kreuzfahrten</b>

*Schlussbericht vom 27. August 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Costa Kreuzfahrten wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG*

#### A Sachverhalt

1. Der Ausgabe Nummer 11 der wöchentlich erscheinenden Fachzeitung „Travel Inside“ vom 17. März 2011 lässt sich folgende Information entnehmen: „Costa Deutschland hat nun ihren Vertriebspartnern schriftlich mitgeteilt, dass nur noch Buchungen für Personen mit ständigem Wohnsitz in Deutschland akzeptiert werden; andernfalls werde die Buchung nicht kommissioniert. Costa Deutschland warnt auch vor Unterbuchungen (Buchungen von anderen Reisebüros über Costa-Agenturen), die zu einer fristlosen Kündigung des Agenturvertrages führen könnten.“ Im selben Artikel mit der Überschrift „Costa schiebt Crossborder-Geschäft Riegel vor“ wird die Geschäftsführerin von Costa Schweiz mit folgender Aussage zitiert: „Die neue Regelung ist sicher positiv für den Markt Schweiz, denn so wird er besser geschützt.“

2. In der Folge hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 31. März 2011 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) wegen möglicherweise unzulässiger Gebietszuweisung eröffnet und mit Schreiben vom gleichen Datum von der Costa Kreuzfahrten GmbH (nachfolgend: Costa Schweiz), einer Tochtergesellschaft der italienischen Gesellschaft Costa Crociere S.p.A. (nachfolgend: Costa), verschiedene Informationen verlangt. Die im Auskunftsbegehren gestellten Fragen wurden von Costa via Costa Schweiz mit Schreiben vom 18. April 2011 beantwortet. Im Folgenden ist daher in Zusammenhang mit den entsprechenden Auskünften in der Regel von Costa die Rede, sofern die Aussagen nicht spezifisch eine der Niederlassungen betreffen.

3. Seit Eröffnung der Vorabklärung gingen beim Sekretariat zudem mehrere Anfragen von Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz ein, die einerseits auf grosse Preisunterschiede für (identische) Kreuzfahrten der Reederei Costa bei Buchung in der Schweiz im Vergleich zu einer Buchung in Deutschland hinwiesen und andererseits darlegten, dass ihnen die Buchung einer Costa-Kreuzfahrt bei einem Reisebüro in Deutschland verunmöglicht worden sei.<sup>1</sup>

4. Weiter fanden am 17. April 2012 sowie 7. Juni 2012 Gespräche zwischen dem Sekretariat und Costa statt, anlässlich derselben sowie mittels zwischenzeitlicher Korrespondenz weitere Informationen erhoben werden konnten. Costa hat anlässlich dieser Gespräche zudem Bereitschaft zu einer Anpassung ihrer Verträge und einvernehmlichen Beilegung des Verfahrens signalisiert.

5. Mit Schreiben vom 22. Juni 2012, 16. Juli 2012 und 24. Juli 2012 hat Costa sodann ihre Verpflichtungszusagen ausgearbeitet und konkretisiert. Deren Inhalt ist in Rz 68 wiedergegeben. Die Verpflichtungszusagen sollen die Bedenken des Sekretariates in Bezug auf das Vertriebssystem von Costa beseitigen und es diesem erlauben, bei Einhaltung derselben [...] die vorliegende Vorabklärung zu schliessen (Art. 26 Abs. 2 KG).

6. Costa ist in den verschiedenen Ländern in der Regel via Zweigniederlassungen tätig (Ausnahme Schweiz). [...].<sup>2</sup>

7. In ihrer Stellungnahme vom 18. April 2011 bestätigte Costa, dass Costa Deutschland den in Deutschland ansässigen Reisebüros (also den Vermittlern ihrer Kreuzfahrten) schriftlich mitgeteilt hat, dass zukünftig Costa Kreuzfahrten in Deutschland nur noch Buchungen

<sup>1</sup> Vgl. Anfragen vom 16. und 19.7.2011 respektive vom 17.8.2011.

<sup>2</sup> Vgl. Stellungnahme vom 18.4.2011, S. 3.

für Personen mit einem ständigen Wohnsitz in Deutschland akzeptieren werde.<sup>3</sup> Damit beschränkt der Kreuzfahrtveranstalter den Kundenkreis der Reisebüros in Deutschland sowie das an diesen gerichtete Angebot.<sup>4</sup> Möglich ist es den Reisebüros in Deutschland gemäss Costa hingegen, einen separaten Vertrag mit Costa Schweiz abzuschliessen und sodann das Schweizer Angebot (zu Schweizer Preisen) an Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zu verkaufen.<sup>5</sup> Dies führt dazu, dass Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz ausschliesslich aus dem Angebot des auf die Schweiz ausgerichteten Kataloges wählen und bei denjenigen Kreuzfahrten, die (identisch) in Deutschland wie auch in der Schweiz vermarktet werden, nicht mehr wie bis anhin von einem allenfalls günstigeren Preis<sup>6</sup> in Deutschland profitieren können. Die Möglichkeit zur angesichts des schwachen Euro-Währungskurses momentan für Schweizer Kunden sehr attraktiven Preisarbitrage wird dadurch verunmöglicht.<sup>7</sup>

8. Selbiges gilt wohl dem ersten Anschein nach auch für die Online-Vertriebspolitik der Reederei Costa, welche im Rahmen der Vorabklärung keinen separaten Abklärungen unterlag. Costa vertreibt Kreuzfahrten nicht nur über ihre eigenen Länderseiten „www.costa-kreuzfahrten.länderkürzel“, sondern auch über weitere von ihr als „nicht-stationäre“ Agenturen bezeichnete Anbieter wie beispielsweise www.e-hoi.länderkürzel (e-hoi).<sup>8</sup> Als nicht-stationäre Anbieter werden von Costa grundsätzlich alle Anbieter bezeichnet, [...]. Demnach wird bei Online-Buchungen zwischen Buchungen über die unternehmenseigene Webpage „www.costa-kreuzfahrten.länderkürzel“ und solchen über Webseiten von Vertriebspartnern von Costa wie beispielsweise e-hoi zu differenzieren sein.

9. Costa selbst äusserte sich im Verlauf der Ermittlungen dahingehend, dass über „www.costa-kreuzfahrten.länderkürzel“ lediglich Buchungen von Anwohnern des jeweiligen Landes möglich sein sollten. Indes seien „Umgehungen“ möglich und in der Praxis häufig, könne doch [...].<sup>9</sup> Daneben vertreibt Costa ihre Kreuzfahrten, wie erwähnt, über dritte Online-Anbieter wie beispielsweise e-hoi. Gerade in Bezug auf die Internetseite des genannten Anbieters wurde im Verlauf der Ermittlungen festgestellt, dass diese eine Anpassung dergestalt erfahren hat, als zwischen dem 14. Mai und dem 6. Juni 2012 ein Hinweis auf deren Tätigkeit als Agent sowie die Bestimmung der Angebote für Kunden mit Wohnsitz in Deutschland aufgenommen wurde. Aus dem Gesagten lässt sich schliessen, dass auch über andere Anbieter online keine Buchungen von Kunden mit Wohnsitz ausserhalb Deutschlands erfolgen sollten.<sup>10</sup> In diese Richtung deuten auch zwei Bürgeranfragen, welche sich auf die nun verschlossene Möglichkeit der Buchung über deutsche Reiseportale (Travel-shop.de/e-hoi.de) beziehen. Die letzte dahingehende Meldung datiert von Anfangs Oktober 2012.

10. Costa macht demgegenüber geltend, dass jährliche Buchungen [...] über die Grenze erfolgen würden.<sup>11</sup> Aus diesem Umstand schliesst Costa, dass die von Costa Deutschland mit ihren Vertriebspartnern abgeschlossenen Verträge zu keiner Abschottung und Benachteiligung der Schweizer Kunden führen. Weiter bestünden aus ihrer Sicht sachliche Gründe für die praktizierte Dif-

ferenzierung des Angebots wie u.a. die mit den Kreuzfahrten regelmässig angebotene und seitens Costa weit im Voraus zu organisierende Logistik (Anreisen zum Abfahrtschiff, entsprechende Reservation von Kontingenten etc.<sup>12</sup>), unterschiedliche Kundenbedürfnisse (betreffend u.a. Ausstattung, Kulinarik, Sprachfähigkeiten des Personals an Board) etc. Darüber hinaus müsse Costa für die verschiedenen Märkte unterschiedliche Preis- und Rabattpolitiken entwickeln.<sup>13</sup>

11. Im Rahmen dieses Schlussberichts wird nachfolgend nicht zwischen Reisebüros und Online-Anbietern differenziert, sondern allgemein der Begriff „Reisebüros“ verwendet und dafür primär auf die physischen Verkaufspunkte abgestellt. Im Rahmen allfälliger weiterer Ermittlungen wären die Vorgehensweise Costas in Bezug auf Online-Verkäufe sowie allfällige Unterschiede in der Vertriebspolitik gegenüber dem stationären Verkauf vertieft zu analysieren. In den bisherigen Auskunftsersuchen an Costa wurde eine entsprechende Differenzierung nicht systematisch vorgenommen.

12. Weiter nicht Gegenstand der im Rahmen der Vorabklärung getätigten Abklärungen und Erhebungen waren die Vertriebspraktiken anderer zur Carnival Corporation gehörender Reedereien sowie mit dieser Gruppe konkurrierender Anbieter. Weltweit haben Reedereien

<sup>3</sup> Vgl. dazu insbesondere beiliegendes Schreiben zur Stellungnahme vom 18.4.2011.

<sup>4</sup> Es bestehen u.a. unterschiedliche Kataloge für die verschiedenen Länder sowie länderspezifische Webseiten von Costa.

<sup>5</sup> Vgl. Ziff. 2 und 5.2. des von Costa eingereichten Vertrages zwischen Costa Schweiz und einem Reisebüro in [...].

<sup>6</sup> Im eingereichten Vertrag eines Reisebüros in [...] mit Costa Deutschland werden von Costa Deutschland die Verkaufspreise fix vorgegeben (vgl. § 3 Strich 1 und 3).

<sup>7</sup> Vgl. dahingehend auch die in diesem Zusammenhang eingegangenen Bürgeranfragen.

<sup>8</sup> Bei e-hoi, dem führenden Schweizer Online-Anbieter von Kreuzfahrten mit Sitz in Herisau, können über 23'400 Kreuzfahrten auf mehr als 400 Schiffen von den wichtigsten Reedereien gebucht werden. Zu den zahlreichen Reedereien, die e-hoi im Programm führt, zählen neben Costa Kreuzfahrten auch die anderen grossen Anbieter wie MSC, Royal Caribbean, Celebrity Cruises, Princess Cruises, Norwegian Cruise Lines, Cunard und AIDA Cruises. e-hoi hat das grösste Angebot im Schweizer Markt und bietet eine Tiefpreisgarantie und die Reiseversicherung des Reisebüroverbandes an. Das Onlineportal e-hoi bietet dem Kunden die Möglichkeit, die Preise von verschiedenen Kreuzfahrtanbietern zu vergleichen und das passende Angebot direkt zu buchen. e-hoi bietet zudem schweizweit die erste Bewertungsplattform für Kreuzfahrten an, bei welcher Kunden die Meinungen anderer Kreuzfahrtsreisender einholen können (vgl. www.e-hoi.ch [14.12.2012]). Costa.click ist demgegenüber eine Buchungsplattform, über die ausschliesslich die Vertriebspartner von Costa Buchungen vornehmen können. Zwecks Zugang ist die Angabe der Agenturnummer vonnöten.

<sup>9</sup> Vgl. Stellungnahme vom 4.6.2013, E.4.

<sup>10</sup> Im Rahmen der Vorabklärung wurde abschliessend nicht überprüft, ob es möglich ist, mit Wohnsitz in der Schweiz direkt über die deutsche Webseite von Costa respektive die deutschen Webseiten anderer, mit Costa Deutschland zusammenarbeitender Buchungsportale eine Kreuzfahrt zu buchen.

<sup>11</sup> Vgl. Stellungnahme vom 4.6.2012, E.2: circa [...] der 2011 an in der Schweiz wohnhafte Personen verkauften Kreuzfahrten seien von ausländischen Agenten bezogen worden.

<sup>12</sup> Neben den Kreuzfahrten an sich organisiert Costa auch die An- und Abreise vom Wohnort des Kunden bis zum Kreuzfahrtschiff. Die Kunden können dabei aus verschiedenen Optionen wählen: An- und Rückreise mit Flug, An- und Rückreise mit Bus oder Eigenanreise mit dem Auto (Costa-Katalog „Kreuzfahrten 2012“, S. 312 ff.). [...] (vgl. Stellungnahme 4.6.2013, E.7).

<sup>13</sup> Vgl. Stellungnahme vom 4.6.2013, E.7.

rund 400'000 Kreuzfahrt-Betten im Angebot. Dabei decken drei Grosskonzerne mit ihren Tochterfirmen sowie ein unabhängiges Unternehmen rund 90 % des weltweiten Angebotes an Hochseekreuzfahrten ab.<sup>14</sup>

13. Der weltweit mit Abstand grösste Anbieter von Kreuzfahrten ist die Carnival Corporation mit Sitz in Miami, USA. Zum britisch-amerikanischen Unternehmen gehören neben der Reederei Carnival Cruise Line u.a. die Reedereien Costa, deren oben umrissene Vertriebspolitik im Rahmen vorliegender Vorabklärung interessiert, Cunard, Seabourn, Princess Cruises, P&O Australia sowie AIDA Cruises.

14. Der weltweit zweitgrösste Anbieter von Kreuzfahrten ist das amerikanisch-norwegische Unternehmen Royal Caribbean Cruises. Dazu gehören folgende Reedereien: Royal Caribbean International, Celebrity Cruises, Pullmantour Cruises, Croisières de France sowie Azamara. Seit 2009 hält Royal Caribbean Cruises ausserdem in einem Joint Venture 50 % der Anteile an TUI Cruises.

15. Gefolgt werden diese beiden Anbieter von Kreuzfahrten von der Genting Hong Kong, wozu die Reederei Star Cruises gehört. Genting Hong Kong ist zu 50 % an der Norwegian Cruise Line beteiligt.

16. Der weltweit viertgrösste Anbieter von Kreuzfahrten ist die italienische Reederei MSC Crociere. MSC Crociere mit Sitz in Genf ist das weltweit grösste eigenständige Kreuzfahrtunternehmen.

## B Erwägungen

### B.1 Vorbemerkungen

17. Im Rahmen der Vorabklärung stellte sich die Frage, ob gestützt auf diese Ausgangslage Anhaltspunkte für kartellrechtlich unzulässige vertikale Abreden (allenfalls gemäss Art. 5 Abs. 4 KG) zwischen Costa Deutschland und ihren deutschen Reisevermittlern<sup>15</sup> vorliegen, die sich auf den schweizerischen Markt auswirken. Dabei gilt es vorliegend insbesondere auch die Frage zu klären, welche Bedeutung für die Schweiz dem (von Costa unter Verweis auf die Rechtslage in der Europäischen Union [nachfolgend: EU] geltend gemachten<sup>16</sup>) Umstand zukommt, dass die Vertragspartner von Costa Deutschland zu dieser angeblich in einem Handelsvertreterverhältnis gemäss den Randziffern 12 ff. der Leitlinien für vertikale Beschränkungen<sup>17</sup> stünden, welches gegen das Vorliegen einer an Art. 101 AEUV<sup>18</sup> zu messenden vertikalen Abrede spreche. Zu diesem Zweck gilt es nicht nur die Relevanz der entsprechenden Bestimmungen in Zusammenhang mit der schweizerischen Konzeption abzuklären, sondern auch die europäische Lehre und Praxis auf für die Schweiz fruchtbar zu machende und damit in Analogie handhabbare Elemente zu analysieren. Dies, da die Anwendung der besagten Randziffern der EU-Vertikalleitlinien in der EU selbst uneinheitlich ist und die entsprechende Praxis seit jeher zu Diskussionen Anlass gibt. Die kritische Literatur ist reichhaltig, die Kommissions- und Gerichtspraxis (noch) nicht gefestigt. Die wesentlichen Elemente derselben werden deshalb nachfolgend überblickartig dargelegt, bevor mit der Beurteilung des vorliegenden Falles begonnen wird.

### B.1.1 Die Behandlung von „Handelsvertreterverträgen“ im europäischen Recht

18. Der „Handelsvertreter“ ist eine in der europäischen Rechtspraxis von Kommission und Gerichten konkret berücksichtigte Form des Absatzmittlers (beim Warenvertrieb zwischengeschaltete Person), welcher selbständig und dauerhaft in fremdem Namen und auf fremde Rechnung Geschäfte vermittelt oder abschliesst. Er wird typischerweise auf zwei verschiedenen Märkten tätig.<sup>19</sup> Einerseits auf dem sogenannten Produktmarkt, auf welchem die Handelsvertreter die Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn betreffend dessen Waren- und Dienstleistungen erledigen (*in casu* gegebenenfalls den Verkauf von Kreuzfahrten an Endkunden), andererseits auf dem Markt für Vermittlerdienste (*in casu* gegebenenfalls das Anbieten von Vermittlerdienstleistungen gegenüber dem Reiseveranstalter). Wettbewerbsbeschränkungen sind auf beiden Märkten denkbar, dem Markt für Vermittlerdienste ebenso wie dem Produktmarkt.<sup>20</sup>

19. In der EU **kann** eine Handelsvertretung von der strikten Anwendung des Kartellverbots befreit und insofern „privilegiert“ behandelt werden, wenn sie bestimmte Kriterien der EU-Vertikalleitlinien erfüllt. Diese Bestimmungen gehen zurück auf die Handelsvertreterbekanntmachung der Kommission<sup>21</sup> und die Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter.<sup>22</sup> Diese charakterisieren den heute von den EU-Vertikalleitlinien als Handelsvertreter definierten Typ Vertriebspartner (Privilegierungs-subjekt), welcher zu einer Ausnahme der Handelsvertretervereinbarung von der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV führt, wie folgt:

<sup>14</sup> Für diese sowie weitere Angaben zu den verfügbaren Kapazitäten vgl. UWE BAHN/JOHANNES BOHMANN, Kreuzfahrt Guide 2012, 2011 S. 92 ff.

<sup>15</sup> Reisebüros wie über Internet verkaufende Vertriebspartner, nachfolgend gemeinsam als Reisebüros bezeichnet. Für die von Costa Deutschland angewandte Unterscheidung in stationäre und nicht-stationäre Anbieter vergleiche Rz 8.

<sup>16</sup> Stellungnahme vom 18.4.2011, S. 4, sowie vom 4.6.2012, S. 2 unter Verweis auf eine allgemeine Erklärung von Herrn Barnier gegenüber der Europäischen Kommission in Zusammenhang mit vergleichbarem Vorgehen und preislichen Differenzen zwischen Mitgliedstaaten von 2006.

<sup>17</sup> Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien).

<sup>18</sup> Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008 S. 47 (nachfolgend: AEUV).

<sup>19</sup> Vgl. VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2011, 5. Auflage, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 186.

<sup>20</sup> Vgl. dazu bspw. VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, Band 1 EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2007, 4. Auflage, Art. 81 Abs. 1 EGV N 251 ff.

<sup>21</sup> Bekanntmachung über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern der Kommission ABl. 1962 vom 24.12.1962 S. 2921/62 (nachfolgend: Bekanntmachung).

<sup>22</sup> Vgl. Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 382 vom 31.12.1986 S. 17 (nachfolgend: Richtlinie).

20. Handelsvertreter im Sinne der Richtlinie von 1986 ist, wer

- als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist,
- für eine andere Person den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung desselben abzuschliessen.<sup>23</sup>

21. Bekanntmachung und Richtlinie gehen dabei vom idealtypischen Bild eines in einem fest abgegrenzten, zur Alleinvertretung zugewiesenen Verkaufsbezirkes für mehrere Firmen, typischerweise auf Grosshandelsstufe, tätigen Handelsvertreters aus. Dieser übernimmt die Abstimmungsfunktionen, d.h. einerseits die Markterschliessung, -bearbeitung und -pflege sowie die Betriebsbetreuung, idealtypischerweise aber nicht Warenumschlagfunktionen für den Hersteller.<sup>24</sup> Von den mit diesen Tätigkeiten verbundenen finanziellen Risiken ist er vollständig befreit. Mit dieser Risikoverteilung korrespondiert das Weisungsrecht des Unternehmers, welches ihm zur Vertriebssteuerung zusteht.<sup>25</sup> Der Handelsvertreter hat die Interessen des Unternehmers zu wahren und daraus folgend eine Treuepflicht.<sup>26</sup> Damit beinhalten die Vertretungsverträge in der Regel Absprachen, die den Gegenstand des zu vermittelnden Geschäfts betreffen, wie Konditionen- oder Preisbindungen.<sup>27</sup> Darüber hinaus kann der Vermittlungsauftrag in Bezug auf den zu bearbeitenden Kundenkreis sowie nach räumlichen Aspekten begrenzt werden, indem dem Vertreter ein bestimmtes Gebiet zur Bearbeitung zugewiesen wird und er in demselben die ansässige Kundschaft intensiv und kontinuierlich zu pflegen hat.<sup>28</sup>

22. Die heute geltenden EU-Vertikalleitlinien stellen (wie im Übrigen bereits die Bekanntmachung der Kommission<sup>29</sup>) für die Differenzierung zwischen Händler und Handelsvertreter und damit für die Bestimmung von Handelsvertretervereinbarungen, welche vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden können, auf die Risikoverteilung ab. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien sind „bei Handelsvertretern, die der Definition in deren Abschnitt 2.1 entsprechen, die Ankaufs- und die Verkaufsfunktionen des Vertreters Teil der Tätigkeiten des Auftraggebers.“<sup>30</sup> Da der Auftraggeber die geschäftlichen und finanziellen Risiken trägt, die mit dem Verkauf und Ankauf der Vertragswaren und -dienstleistungen verbunden sind, fallen sämtliche dem Vertreter auferlegten Verpflichtungen bezüglich der im Namen des Auftraggebers geschlossenen und/oder ausgehandelten Verträge nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV. Folgende Verpflichtungen des Handelsvertreters werden grundsätzlich als untrennbarer Bestandteil eines Handelsvertretervertrags angesehen, da jede für sich die Befugnis des Auftraggebers betrifft, die Tätigkeiten des Vertreters in Bezug auf die Vertragswaren bzw. Vertragsdienstleistungen festzulegen, was unerlässlich ist, wenn der Auftraggeber die Risiken übernehmen und in der Lage sein soll, die Geschäftsstrategie festzulegen:

- a) Beschränkungen hinsichtlich des Gebiets, in dem der Vertreter die fraglichen Waren oder Dienstleistungen verkaufen darf;

b) Beschränkungen hinsichtlich der Kunden, an die der Vertreter die fraglichen Waren oder Dienstleistungen verkaufen darf;

c) die Preise und die Bedingungen, zu denen der Vertreter die fraglichen Waren oder Dienstleistungen verkaufen oder ankaufen muss.<sup>31</sup>

23. Die EU-Vertikalleitlinien stipulieren somit, dass, sofern die nicht abschliessend genannten Voraussetzungen gemäss den Randziffern 12-17 derselben erfüllt sind, diejenigen Verpflichtungen, die einem solchen Handelsvertreter in Zusammenhang mit den von ihm abzuschliessenden Verträgen auferlegt werden, nicht unter das Kartellverbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen und somit nach EU-Recht zulässig sind („Privilegierungsumfang“).<sup>32</sup> Dies gilt indes nur im Grundsatz, kann doch selbst bei vollständiger Befreiung von den Risiken der Vertretervertrag im Einzelfall von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden.<sup>33</sup>

24. Entgegen dem damit an sich klar scheinenden Wortlaut der EU-Vertikalleitlinien ergibt sich aus diesem keineswegs eine als einheitlich zu bezeichnende Kommissions- und Gerichtspraxis. Letztere scheinen sich in den letzten Jahren indes zunehmend einander anzunähern.<sup>34</sup>

<sup>23</sup> Vgl. Richtlinie (Fn 22), Art. 1 Abs. 2.

<sup>24</sup> Darin sieht HORSCH einen wesentlichen Unterschied zu Agentensystemen respektive Handelsvertretern mit Eigengeschäft, welche regelmässig anderen Distributionszielen dienen als typische Handelsvertreterssysteme. Im Vordergrund des absatzpolitischen Interesses des Herstellers beim Einsatz derartiger Absatzsysteme stehen ihr zufolge weniger ein erleichterter Marktzutritt und die Senkung der Distributionskosten, als die Möglichkeit, kartellrechtlich u.U. unbedenkliche Vertriebsbeschränkungen durchsetzen zu können. Die typischen Aufgaben des „Handelsvertreters“, die Übernahme der Abstimmungsfunktion und die Markterschliessung durch Kundensuche, nehmen Agenten nicht wahr. Agenturen sind deshalb unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten Eigenhändlern angenähert (vgl. SASKIA HORSCH, Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der EU-Vertikalleitlinien, in: Kölner Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Band 9, Hobe [Hrsg.], 2005, S. 109).

<sup>25</sup> Vgl. HORSCH (Fn 24), S. 98 f.

<sup>26</sup> Vgl. Richtlinie (Fn 22), Art. 3 und 4.

<sup>27</sup> HORSCH (Fn 24), S. 128.

<sup>28</sup> HORSCH (Fn 24), S. 131.

<sup>29</sup> Vgl. Bekanntmachung (Fn 21), I 2. Abschnitt, in welchem auf vom Handelsvertreter funktionsmässig übernommene Risiken abgestellt wird.

<sup>30</sup> Die Vorgängerleitlinien sprachen in einem solchen Fall von einem „echten“ gegenüber einem „unechten“, d.h. regulär an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messenden Handelsvertretervertrag. Diese Unterscheidung wirkt in der Literatur fort und ist in den EU-Vertikalleitlinien, auch ohne explizite Verwendung des Begriffes, nach wie vor angelegt.

<sup>31</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 18.

<sup>32</sup> Dies gilt nicht für den Markt für die Vermittlungsleistungen und damit das Innenverhältnis von Auftraggeber und Vertreter. Dieses ist gemäss den EU-Vertikalleitlinien grundsätzlich an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen (vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 19).

<sup>33</sup> Vgl. u.a. EU-Vertikalleitlinien, Rz 20, sowie nachfolgend, Rz 20 ff. betreffend von der Praxis entwickelte Fälle. S.a. HORSCH (Fn 24), S. 264. Weiter für eine Darlegung verschiedener Begründungsansätze EMMERICH (Fn 19), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 185 ff., insbesondere N 189.

<sup>34</sup> Vgl. die umfangreiche Analyse diverser Entscheide bei HORSCH (Fn 24), S. 209 ff. Weiter EMMERICH (Fn 19), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 190.

25. Die Kommission folgt in ihrem Ansatz dem Prinzip der Risikoverteilung, wobei sie eine Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände und wettbewerblichen Auswirkungen vornimmt. Damit einem Vertreter Verpflichtungen im genannten Sinne auferlegt werden können, welche nicht an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen sind, darf sich dieser funktionsmässig nicht einem Händler annähern. Die EU-Vertikalleitlinien enthalten eine Reihe nicht abschliessender Kriterien zur Abgrenzung.<sup>35</sup> Weitere hat die Kommission insbesondere in Zusammenhang mit Fällen der Mehrfirmenvertretung und solchen mit Doppelprägung entwickelt.<sup>36</sup> Übernimmt der Vertreter bloss „Hilfsfunktionen“ für den Geschäftsherrn und trägt letzterer die geschäftlichen und finanziellen Risiken,<sup>37</sup> so werden die An- und Verkaufsfunktionen des Vertreters dem Auftraggeber zugerechnet, mit welchem der für diesen agierende Vertreter eine „wirtschaftliche Einheit“ betreffend das fremde Geschäft bildet.<sup>38</sup>

26. Der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) hat demgegenüber einen anderen Erklärungsansatz bemüht und zur Abgrenzung des Handelsvertreters vom Händler das sogenannte „Eingliederungskonzept“ (Integrationsansatz) entwickelt. Er stellte kartellrechtlich die Unterscheidung zwischen der in den Geschäftsbetrieb des Herstellers integrierten (Arbeitnehmern angenäherten) und nicht integrierten Vertriebsorganisation in den Vordergrund. Schien der Vertreter in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn derart (organisatorisch) eingegliedert, dass er mit diesem quasi eine „wirtschaftliche Einheit“ bildete, so rechnete er die Vereinbarung der Innensphäre des Herstellers zu und sprach dem Handelsvertreter die Qualität eines eigenständigen Unternehmens ab. Den Risikoansatz bemühte er – zumindest ursprünglich – nicht respektive verband ihn sodann mit seinem ursprünglichen Ansatz.<sup>39</sup>

27. Gemäss neuerer Rechtsprechung sei das in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellte Kartellverbot dann nicht auf die Beziehungen zwischen einem Absatzmittler und seinem Geschäftsherrn anwendbar, wenn der Absatzmittler, „selbst wenn er eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, sein Verhalten auf dem Markt nicht eigenständig bestimmt, weil er vollständig von seinem Geschäftsherrn [...] aufgrund der Tatsache abhängig ist, dass dieser die finanziellen und kommerziellen Risiken in Bezug auf die wirtschaftliche Tätigkeit trägt“. Diese Ausführungen im Fall CEEES<sup>40</sup> folgen aus der Überlegung, dass vertikale Vereinbarungen nur dann unter das Kartellverbot von Artikel 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn der Absatzmittler als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer angesehen wird und folglich eine Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen vorliegt, und dass Absatzmittler ihre Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsteilnehmer nur dann verlieren können, „wenn sie keines der Risiken aus den für den Geschäftsherrn vermittelten Geschäften tragen und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert sind“.

28. Das zuletzt genannte Kriterium der Eingliederung, stammend aus der früheren Rechtsprechung, wurde im Urteil CEEES neben der Risikoverteilung, wie eben erwähnt, zwar noch genannt, aber nicht mehr eigenständig geprüft.<sup>41</sup> Es erscheint daher unklar, ob ihm neben der Risikoverteilung noch eigenständige Bedeutung zu-

kommt. Zur Konkretisierung des Eingliederungskonzeptes greift der EuGH jedenfalls zunehmend auf eine Risikoprüfung zurück. Im Ergebnis könnte somit auch der blossen Hilfsfunktionen ausübende und von jeglichem Risiko entlastete Vertreter gemäss dem Ansatz der Kommission als in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn eingegliedert und die Vereinbarung damit als von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen betrachtet werden.<sup>42</sup> Insofern decken sich die Ansätze von Kommission und Gericht.

29. Schwierigkeiten für Kommission und Judikatur bereitete (und bereitete, bei Festhalten am Begriff und Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit) vor diesem Hintergrund insbesondere die Beurteilung von Verhältnissen mit Doppelprägung (gleichzeitige Eigentätigkeit des Vertreters) sowie die Mehrfirmenvertretung, lag doch in diesen Fällen regelmässig – und an sich unabhängig von der konkreten Risikoverteilung – keine „wirtschaftliche Einheit“ respektive Eingliederung mehr vor. So führte gemäss der (wenn auch älteren) europäischen Rechtsprechung<sup>43</sup> gerade die Tätigkeit eines Reisevermittlers

<sup>35</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 12 ff.

<sup>36</sup> HORSCH (Fn 24), S. 209, 245 und 297 f. So bspw. Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit, statt vieler, KOMM, ABl. 1972 L 272/35 *Pittsburgh Corning Europe (PCE)*, sowie der Ausübung etwaige Fremdkontrollen wie insbesondere einer parallelen Eigenhändlerstätigkeit („Handelsvertreter mit Doppelprägung“), statt vieler, Urteil des Gerichtshofes vom 24.10.1995 C-266/93 *Volkswagen AG und VAG Leasing GmbH*, Slg. 1995 I-03477.

<sup>37</sup> Die EU-Vertikalleitlinien stipulieren in Rz 15, dass eine Vereinbarung als Handelsvertretervertrag gilt, wenn der Handelsvertreter bezüglich der auf den Gütermarkt bezogenen Tätigkeiten, die er für den Auftraggeber erbringt, keine oder nur unbedeutende Risiken trägt.

<sup>38</sup> Das Merkmal der Hilfsfunktion war gemäss der Bekanntmachung (Fn 21) ursprünglich als Rechtfertigungsgrund konzipiert, bei dessen Vorliegen die sich auf den Gütermarkt auswirkenden Bestimmungen nicht als Wettbewerbsbeschränkung erachtet wurden. Gemäss HORSCH vermischte die Kommission indes in ihrer Praxis beides, statt zunächst anhand der Risikoverteilung den Status des Absatzmittlers zu bestimmen und dann die Ausübung von Hilfsfunktionen in Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Bindung zu prüfen (HORSCH [Fn 24], S. 235).

<sup>39</sup> Dazu sowie der Entwicklung des Eingliederungskonzeptes des EuGH allgemein vgl. HORSCH (Fn 24), S. 204 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 14.12.2006 C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Slg. 2006 I-11987 Rz 44 (nachfolgend: CEEES).

<sup>41</sup> WULF-HENNING ROTH/THOMAS ACKERMANN, in: Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Jaeger/Pohlmann/Schroeder (Hrsg.), Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG N 76, gehen von der Aufgabe dieses Kriteriums aus, zumal der EuGH dieses Kriterium im Urteil CESPAS (Urteil des Gerichtshofes vom 11.9.2008 C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA gegen LV Tobare Hijos SL*, Slg. 2008 I-6681) nicht mehr erwähnt hatte. Entscheidend sei seitdem nur noch, wer „die finanziellen und kommerziellen Risiken des Warenabsatzes an Dritte“ trägt (EMMERICH [Fn 19], Art. 101 Abs. 1 AEUV N 193).

<sup>42</sup> Vgl. die entsprechende Überlegung bereits in Bezug auf die ältere Rechtsprechung bei HORSCH (Fn 24), S. 208.

<sup>43</sup> Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 1.10.1987 C-311/85 *Vlaamse Reishureaus*, Slg. 1987 03801. Anders der Bundesgerichtshof, nach dem die zwingende Pflicht des Handelsvertreters zur Interessenwahrung das Verbot des Vertriebs von Konkurrenzprodukten nicht zwingend einschliesst. Nach seiner Auffassung ging ein Reisebüro auferlegtes Wettbewerbsverbot über die Erfordernisse einer üblichen, sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn hinaus, weil es branchenüblich sei, dass Reisebüros mehrere Pauschalreiseveranstalter vertreten (BGH, WuW/E 2668, 2670 f.). Die Literatur begründet teilweise die Unbedenklichkeit gewisser Klauseln mit der besonderen Pflicht zur wechselseitigen Interessenwahrung zwischen Handelsvertreter und Geschäftsherrn, soweit sich diese immanant aus letzterer ergeben (vgl. beispielhaft die Ausführungen von WOLFGANG KIRCHHOFF, Handbuch des Kartellrecht, Wiedemann [Hrsg.], § 10, Rz 4 ff., konkret Rz 10).

mit Mehrfirmenvertretung zur Verneinung der Handelsvertretereigenschaft und folglich zur Anwendbarkeit des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Der EuGH tendierte sodann in der weiteren Praxis entgegen der Kommission dazu, das Kartellverbot nicht im Grundsatz, sondern nur dann auf einen Mehrfirmenvertreter anzuwenden, wenn dieser für eine Vielzahl konkurrierender Unternehmen tätig wird, wohingegen für die Kommission bereits eine Mehrzahl konkurrierender Hersteller ausreichend zu sein schien.<sup>44</sup> Entgegen dieser Praxis sehen aber die EU-Vertikalleitlinien seit deren Revision 2010 explizit vor, dass eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber der Handelsvertretereigenschaft unschädlich ist.<sup>45</sup> Daraus lässt sich folgern, dass, zumindest gemäss den EU-Vertikalleitlinien, die Eingliederung keine Rolle mehr spielen soll. Eine neuere Rechtspraxis bezüglich Mehrfirmenvertretungen fehlt bislang.

### B.1.2 Zwischenfazit EU

30. Die EU-Vertikalleitlinien dienen mit Ihren Randziffern 12 – 21 als Richtschnur und Orientierungshilfe bei der Beurteilung und Selbstprüfung von Vertretungsverhältnissen nach den EU-Wettbewerbsvorschriften. Anhand der Risikoverteilung als funktionales Abgrenzungskriterium erfolgt die im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung von Rechtsverhältnissen, in denen ein Unternehmen seine Produkte (oder auch Dienstleistungen) über Vertragspartner vertreibt, die zu ihm in einem bestimmt gearteten Vertretungsverhältnis agieren.

31. Liegt ein Handelsvertreter gemäss den EU-Vertikalleitlinien vor (Ergebnis der Risikoprüfung gemäss den Randziffern 12-17<sup>46</sup>), ist der Freistellungsumfang zu ermitteln (Randziffern 18-21). Dabei können trotz entsprechender Risikoverteilung besondere Umstände zu einer Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV führen. Es wird eine Gesamtbetrachtung angestellt, bei der sämtliche wettbewerblichen Auswirkungen berücksichtigt werden und u.a. darauf geachtet wird, dass das Instrument nicht missbräuchlich eingesetzt wird.<sup>47</sup> Darüber hinaus sind viele Fragen in Zusammenhang mit der inskünftigen Anwendung der EU-Vertikalleitlinien noch offen und es besteht nur begrenzt Rechtssicherheit. Insbesondere in Zusammenhang mit der Handhabung von Mehrfirmenvertretungen fehlt neuere Praxis und haben Kommission und Gerichte bisher einen restriktiven Ansatz vertreten.

### B.1.3 Der Handelsvertreter im Schweizer Recht?

32. In der Schweiz gibt es keine spezifischen Bestimmungen, welche wie in der EU das Rechtsinstitut des Handelsvertreters regeln, auch wenn sich im Schuldrecht in Art. 418a Abs. 1 OR<sup>48</sup> mit dem Agenturvertrag eine ähnliche Umschreibung findet. Die Frage, welche Regeln gerade im Bereich von vertikalen Abreden für Agenten oder Kommissionäre nach schweizerischem Kartellrecht gelten, wird weiter weder vom Kartellgesetz noch der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (Vertikalbekanntmachung, VertBek) beantwortet. Agenten sind demnach grundsätzlich wie andere Unternehmen und Vertriebsbindungen auch am Kartellrecht zu messen. Dies entspricht dem Vorgehen und der, wenn gleich in vielen Punkten ansonsten noch offenen, Praxis der EU.<sup>49</sup>

33. Indes ist auch für die Schweiz davon auszugehen, dass, wählt ein Geschäftsherr eine Vertriebsart, bei der die wesentlichen Risiken des Geschäfts bei ihm verbleiben, er aus ökonomischer und juristischer Sicht grundsätzlich die Befugnis haben muss, die Geschäftsstrategie und damit auch die Tätigkeiten des Vertreters in Bezug auf die Vertragswaren bzw. -dienstleistungen festzulegen. Gewisse Entscheide/Bestimmungen, welche im Rahmen der Geschäftsstrategie zentral sind, obliegen dem Geschäftsherrn.<sup>50</sup>

34. Der Risikoansatz und die hinter der kartellrechtlichen „Privilegierung“ in der EU stehende Idee, dass gewisse, für einen Geschäftsherrn im Vertretungsverhältnis agierende Vertriebspartner unter Umständen kartellrechtlich anders als eigenverantwortlich agierende Händler zu

<sup>44</sup> HORSCH (Fn 24), S. 249; KIRCHHOFF (Fn 43), Rz 24 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Urteil des Gerichtshofes vom 3.7.1985 C-243/83 *SA Binon & Cie gegen SA Agence et messageries de la presse (Binon/AMP)*, Slg. 1985 02015.

<sup>45</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 13.

<sup>46</sup> Gemäss den EU-Vertikalleitlinien ist für die Qualifikation als Handelsvertreter zunächst ausschliesslich auf die Risikoverteilung abzustellen (vgl. demgegenüber zur Rechtspraxis vorne, Rz 25 ff.). Die Erfüllung der zivilrechtlichen Voraussetzungen reicht folglich jedenfalls nicht aus, damit die kartellrechtliche „Privilegierung“ einer „Handelsvertretervereinbarung“ bejaht werden kann (HORSCH [Fn 24], S. 259). Letztere erfolgt wenn, dann nur betreffend den Markt, auf dem der Vertreter für den Geschäftsherrn tätig ist. Keinerlei Sonderbehandlung erfahren hingegen auch derartige Vereinbarungen in Bezug auf die Vermittlungsdienstleistungen, welche der Vertreter dem Geschäftsherrn und weiteren (potentiellen) Geschäftsherren anbietet (siehe auch Fn 50). Auf diesen Märkten – bspw. in Bezug auf Wettbewerbsverbote, Bezugs- und Absatzbindungen sowie ein Verbot der Provisionsweitergabe – kommt lediglich in Einzelfällen eine Rechtfertigung auf Grund einer Interessenabwägung in Betracht (vgl. EMMERICH [Fn 20], Art. 81 Abs. 1 EGV N 261, sowie EMMERICH [Fn 19], Art. 101 Abs. 1 AEUV N 193).

<sup>47</sup> Vgl. bspw. KOMM, ABI. 1972 L 272/35 *Pittsburgh Corning Europe* (PCE; PCE hatte versucht, einen normalen Vertriebsvertrag als Handelsvertretervertrag zu tarnen). Weiter betreffend ein Bündel entsprechender Vertriebsverträge vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 20.

<sup>48</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

<sup>49</sup> Auch in der EU liegen Handelsvertreterverträge, welche gemäss den EU-Vertikalleitlinien für die Zwecke von Art. 101 Abs. 1 AEUV privilegiert behandelt werden, nur in bestimmten Fällen und unter strengen Voraussetzungen vor. Am nächsten käme einem solchen freizustellenden Handelsvertreter unter Berücksichtigung der EU-Vertikalleitlinien und der bisherigen (teils widersprüchlichen) Praxis in der Schweiz wohl ein bestimmter, spezifisch gearteter Untertypus der Agentur, bei welchem a) eine entsprechende Risikoverteilung vorliegt und b) die Tätigkeit für den Geschäftsherrn mit einer gewissen Treue- und Interessenwahrungspflicht einher geht, welche eine Tätigkeit für zumindest direkt konkurrierende Geschäftsherren ohne dessen Einverständnis regelmässig nicht zulässt.

<sup>50</sup> Dies trifft beispielsweise auf die Bestimmung des Preises für das im Eigentum des Geschäftsherrn verbleibende Produkt zu (davon zu unterscheiden ist die Frage, ob dem Vertreter die Provisionsweitergabe untersagt werden darf). Auch die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen hinsichtlich anderer Bedingungen und des Gebietes, in welchem der Vertreter tätig werden darf, sind grundsätzlich denkbar. Diese begegnen indes aus Sicht der Schweiz unter Berücksichtigung der hiesigen spezifischen wirtschaftlichen Gegebenheiten grundsätzlich grosserer Skepsis. Werden Gebiete entlang der Grenzen anstatt aufgrund sachlicher Gründe abgegrenzt, so liegt der Verdacht eines missbräuchlichen Einsatzes dieses Instrumentes nahe und sind die entsprechenden Bestimmungen einer detaillierten Analyse zuzuführen. Keinerlei Sonderbehandlung erfahren Vertretungsverhältnisse sodann in Bezug auf die Vermittlungsdienstleistungen, welche der Vertreter dem Geschäftsherrn und weiteren (potentiellen) Geschäftsherren anbietet (vgl. EU-Vertikalleitlinien, insbesondere Rz 19, sowie vorne, Fn 46).

behandeln sind, können damit entsprechend VII. der Erwägungen zur Vertikalbekanntmachung, welche eine analoge Anwendung der europäischen Regeln vorsieht<sup>51</sup>, im Grundsatz übernommen werden. Dabei sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen in der Schweiz zu berücksichtigen. Zu den zivilrechtlichen Anforderungen treten in der kartellrechtlichen Analyse funktionale Elemente.

35. Damit ist, wie in der EU, im Einzelfall eine flexible Würdigung der wettbewerblichen Auswirkungen der jeweiligen Vertriebsbindungen in Zusammenhang mit der Gesamtabrede vorzunehmen.<sup>52</sup> Beschränkungen, welche einem entsprechenden Vertretungsvertrag inhärent sind, sollten, sofern sie nicht im Einzelfall mit spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein, damit im Ergebnis einer kartellrechtlichen Überprüfung stand halten. Neben den einzelnen vertragsrechtlichen Aspekten spielen in dieser auch Marktanteile, Marktstruktur etc. und damit besondere Umstände, welche hinzutreten können, eine Rolle. Im Ergebnis sind damit bei entsprechenden Vertretungsverhältnissen Beschränkungen hinsichtlich der Preise und Bedingungen, des Gebiets und der Kunden, an welche der Vertreter die fraglichen Waren oder Dienstleistungen verkaufen darf, unter Umständen nicht gemäss Art. 5 KG untersagt.<sup>53</sup>

36. Offen bleibt, wie bei Übernahme eines entsprechenden Ansatzes eine „Übernahme“ auch der entsprechenden Schwierigkeiten und Inkonsistenzen, welche im Ansatz der EU selbst begründet zu sein scheinen, verhindert werden kann. Daneben ergeben sich für die Schweiz dogmatische Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Prüfung derartiger Vertretungsverhältnisse, auf welche nachfolgend nur noch am Rande verwiesen wird:

37. Gemäss schweizerischem Recht wird der Tatbestand der Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 KG umschrieben als erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Der Begriff des Unternehmens wird nach Schweizer Konzeption im Rahmen des Geltungsbereichs vorab geprüft und ist in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG definiert, wohingegen gemäss europäischem Recht alle Elemente inklusive der Unzulässigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV abzuhandeln sind.

38. Aus der Praxis und den Lehrmeinungen zum europäischen Recht geht insbesondere vor dem Hintergrund neuerer Entwicklungen wie erwähnt nicht eindeutig hervor, ob die Qualifikation als Handelsvertretervertrag gemäss den Randziffern 12 ff. der EU-Vertikalleitlinien, auf welchen Art. 101 Abs. 1 AEUV keine Anwendung finden soll, die unternehmerische Selbstständigkeit des „Handelsvertreter“ ausschliesst (und damit die „Unternehmenseigenschaft“ beschlägt) oder aber „lediglich“ oder erst dazu führt, dass die entsprechenden, den Vertrieb/Verkauf der Produkte des Auftraggebers betreffenden Verpflichtungen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen (also keine relevante, den Wettbewerb beschränkende Abrede gegeben ist). Für die vornehmlich dogmatische Frage, an welcher Stelle die Problematik in der

Schweiz abzuhandeln ist, ist damit noch nichts gewonnen.

## B.2 Geltungsbereich

### B.2.1 Persönlicher Geltungsbereich

39. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.<sup>54</sup> Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, 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 Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

40. An der fraglichen Vereinbarung sind vorliegend Costa Deutschland (als Herausgeberin der entsprechenden Anweisungen) sowie deren Reisen im Sortiment führende Reisebüros (als Reisevermittler) in Deutschland beteiligt. Costa Deutschland ist Anbieterin von Kreuzfahrten und als solche als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Die allfällige Konzerneinbettung von Costa Deutschland ist im Rahmen der Prüfung des Geltungsbereichs und mit Blick auf allenfalls unzulässige Absprachen zwischen den Reisevermittlern und Costa Deutschland noch nicht von Belang.<sup>55</sup>

41. Es stellt sich weiter die Frage, ob es sich bei den Reisebüros, die Verträge mit Costa Deutschland betreffend die Vermittlung von Kreuzfahrten der Marke „Costa Kreuzfahrten“ abgeschlossen haben, um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG handelt. Costa macht in ihrer Antwort geltend, dass auf ihr Verhältnis zu den Reisebüros in der EU die Bestimmungen betreffend Handelsvertreter anwendbar seien und demzufolge die fragliche Vereinbarung nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV falle. Charakteristisch für ein solches Handelsvertreterverhältnis gemäss EU-Vertikalleitlinien ist, dass Risiken, die typischerweise mit wirtschaftlich selbständiger Tätigkeit verbunden sind, nicht vom Vertreter, sondern dem

<sup>51</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2010 L 102/1) und die entsprechenden Leitlinien (ABl. 2010 C 130/1).

<sup>52</sup> HORSCH (Fn 24), S. 261.

<sup>53</sup> Dies wohl am zweckmässigsten infolge Wegfalls des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung, wobei sich dies in der zukünftigen Praxis noch wird weisen müssen. Vgl. FRITZ RITTNER, Irrungen und Wirrungen im europäischen Handelsvertreter-Kartellrecht, in: ZWeR 4/2006, 331 ff., II E. 4.2 sowie vorne, Fn 38.

<sup>54</sup> JENS LEHNE, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 2 N 7.

<sup>55</sup> Konzerngesellschaften treten im Geschäftsverkehr mit Dritten (und damit im Aussenverhältnis) als Unternehmen auf. In Bezug auf die länderspezifischen, von Costa betriebenen Webseiten ist davon auszugehen, dass diese als konzerninterne Regelungen einer Anwendung und Überprüfung durch Kartellgesetz entzogen sind.



Auftraggeber übernommen werden.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich folglich *in casu* die Frage, ob – Voraussetzungen gegeben – den Reisebüros aufgrund der Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse die Unternehmenseigenschaft (zumindest hinsichtlich Costa-Kreuzfahrten) abzusprechen ist.<sup>57</sup>

42. Der Unternehmensbegriff umfasst die beiden Elemente Teilnahme am Wirtschaftsprozess und wirtschaftliche Selbstständigkeit. Ob ein einzelnes Gebilde als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gilt, ist jeweils mit Bezug auf die konkret in Frage stehende Tätigkeit zu beurteilen. Nur wenn, wie bei Bejahung eines Konzernverhältnisses, eine wirtschaftliche Abhängigkeit – hier der Reisebüros von Costa – sowie eine effektive Kontrollmöglichkeit dergestalt vorliegen sollte, dass die Reisebüros nicht mehr in der Lage wären, sich von Costa unabhängig zu verhalten, so wären diese wirtschaftlich nicht als selbständig zu betrachten und vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes (in Bezug auf die in Frage stehende Tätigkeit) ausgenommen. Ziel dieser weiten Begriffsbeschreibung ist es, sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit zu erfassen, aus welchen sich eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann.<sup>58</sup>

43. Die konkrete Tätigkeit, in Bezug auf welche sich die Selbstständigkeit der in Frage stehenden wirtschaftlichen Einheiten, der Reisebüros in Deutschland als solcher, beurteilt, ist grundsätzlich das Anbieten und Vermitteln von Reisen und damit zusammenhängenden Beratungs- und Buchungsdienstleistungen. Dabei entscheiden die Reisebüros selbständig, wessen Reisen sie (auf vertraglich wechselnder Basis) im Sortiment führen und wie ihre Rechtsstellung in Bezug auf die Vermittlung der entsprechenden Leistungen ist. Ein Reisebüro, welches Reisen für viele Reiseveranstalter (welcher seinerseits wieder mit zahlreichen Reisebüros zusammenarbeitet) vermittelt, gestaltet infolge Vertretung mehrerer Firmen das Sortiment gegenüber den Endkunden und ist in der Regel lediglich vergleichsweise lose mit den einzelnen Reiseveranstaltern verbunden. Der Reiseveranstalter kann die Reisebüros nicht effektiv kontrollieren, sondern nur auf die Vermarktung und den Verkauf eines einzelnen Produktes (welches in der Regel nach wie vor sein eigenes ist<sup>59</sup>) Einfluss nehmen. Vor diesem Hintergrund können die Reisebüros selbst bei weitgehendem vertraglichen Abschluss eigener unternehmerischer Risiken bezüglich des Produktes grundsätzlich nicht als wirtschaftlich abhängige Unternehmen angesehen werden.

44. Eine effektive Kontrolle durch den Reiseveranstalter wäre hingegen lediglich, aber grundsätzlich, dann denkbar, wenn einzelne Reisebüros auf die Vermittlung von Reisen bestimmter Anbieter (d.h. auf einen relativ kleinen Markt) spezialisiert sind und zudem exklusiv<sup>60</sup> oder zumindest zu einem überwiegenden Teil mit einem bestimmten oder einzelnen wenigen Reiseanbietern dergestalt zusammenarbeiten würden, dass zufolge der konkreten Ausgestaltungen der Verträge von einer gewissen (längerfristigen) Abhängigkeit von dem/den Anbietern und Kontrolle durch den-/dieselben und folglich unter Umständen von einer wirtschaftlichen Einheit (Reisebüro/Reiseveranstalter) ausgegangen werden könnte, welche als solche unter Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu subsumieren wäre.<sup>61</sup> Bieten die Reisebüros aber die entsprechen-

den Reisen neben anderen an oder arbeiten sie mit einer Vielzahl von Anbietern auf entsprechender vertraglicher Basis, so kann von einer wirtschaftlichen Kontrolle durch den jeweiligen Anbieter, wie erwähnt, ebenso wenig die Rede sein wie von der Aufgabe der wirtschaftlichen Selbstständigkeit in Bezug auf das Anbieten und Vermitteln von Reisen und anderen dazugehörigen Dienstleistungen an sich. Diesfalls hat das Reisebüro grundsätzlich als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> des Kartellgesetzes zu gelten.

45. Dem entspricht, dass EuGH und Kommission bei einer Viel- (Mehr-)zahl von zumindest konkurrierenden Auftraggebern bislang regelmässig die Handelsvertretereigenschaft verneint haben respektive verneinen mussten, lag doch diesfalls (an sich unabhängig von der konkreten Risikoverteilung) keine „wirtschaftliche Einheit“ mehr vor.<sup>62</sup> Derartige Konstellationen wurden u.a. unter dem Begriff des „unechten Handelsvertreter“<sup>63</sup> kartellrechtlich erfasst und einer uneingeschränkten Prüfung gemäss Art. 101 AEUV zugeführt.

<sup>56</sup> Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 15 ff.

<sup>57</sup> Siehe dazu auch die allgemeinen Überlegungen zu Wortlaut der EU-Vertikalleitlinien und der Rechtspraxis von Kommission und Gerichten in Rz 23 ff.

<sup>58</sup> RUDOLF RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, S. 115 unter Verweis auf Botschaft 1994, S. 66.

<sup>59</sup> Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 16.

<sup>60</sup> Der Einfirmenvertreter ist stärker wirtschaftlich vom Geschäftsherrn abhängig als der Mehrfirmenvertreter (vgl. HANS JOACHIM MEYER-MARSILIUS, *Die wirtschaftliche Funktion des Handelsvertreter*, S. 24 unten). Sie verlieren aber selbst dann nicht ihre persönliche Unabhängigkeit im Sinne einer eigenverantwortlichen Planungs- und Entscheidungsfreiheit bei der ausgeübten Tätigkeit, auf welche es bei der Selbstständigkeit ankommt (vgl. HORSCH [Fn 24], S. 100). Siehe dahingehend auch EMMERICH (Fn 20), Art. 81 Abs. 1 EGV N 29 f., sowie EMMERICH (Fn 19), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 22.

<sup>61</sup> Der Gedanke der wirtschaftlichen Einheit stammt aus dem Konzernrecht, allein deswegen er gemäss RITTNER im Handelsvertreterrecht, das nun einmal Vertragsrecht ist, an sich bereits nichts zu suchen hat (RITTNER [Fn 53], E. 3.2).

<sup>62</sup> Letztere wurde in Anlehnung an das Konzernprivileg angenommen, wenn der Vertreter in den Geschäftsbetrieb des Prinzipals vollständig eingegliedert war (vgl. DANIEL ZIMMER, in: *Wettbewerbsrecht*, *GW/Band 2*, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 4. Auflage, § 1 N 360; explizit in Bezug auf Reisebüros: Urteil *Vlaamse Reisbureaus* [Fn 43]). Neuere Tendenzen lassen auf eine Aufgabe des Kriteriums der Eingliederung schliessen, dessen Bedeutung als blosses Ergebnis der Risikoverteilung oder zusätzliches Prüfkriterium stets umstritten war. Die neuen EU-Vertikalleitlinien stellen unverändert ausschliesslich auf die Risikoverteilung ab. Dabei ist noch unklar, wie Mehrparteienvertreter gewürdigt werden. Die EU-Vertikalleitlinien sehen seit 2010 neu explizit – und entgegen der bisherigen Praxis der Europäischen Kommission – vor, dass eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber der Handelsvertretereigenschaft unschädlich ist. Fraglich ist jedoch, ob die Auffassung der EU-Kommission, dass die Mehrfirmenvertretung für die Bestimmung des Privilegierungsobjekts irrelevant sei, der Überprüfung des EuGHs stand halten wird (vgl. HORSCH [Fn 24], S. 287; vgl. auch vorne, Rz 24 ff.).

<sup>63</sup> Die Bezeichnung „unechter Handelsvertreter“ diene gemäss den EU-Vertikalleitlinien 2000 zur Kennzeichnung jenes Absatzmittlers, der unter rechtlichen Gesichtspunkten zwar Handelsvertreter ist, funktionell aber einem Eigenhändler angenähert und daher nicht als ein unter EG-kartellrechtlichen Aspekten privilegierungswerter Handelsvertreter einzustufen war. In Abgrenzung zum „echten Handelsvertreter“ führte dieser dazu, dass die Handelsvertretervereinbarung regulär an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messend war.



46. Bezogen auf den vorliegenden Fall kann demnach, ohne die Rechtsstellung der einzelnen Reisebüros gegenüber Costa im Detail zu beleuchten, vermutungsweise davon ausgegangen werden, dass die Reisebüros in der Regel allgemein Reisen verschiedener Reiseveranstalter vermitteln.<sup>64</sup> Als Vermittler von Reisen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen verschiedener Anbieter treten die Reisebüros grundsätzlich selbständig auf dem Markt auf und sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes. Ein Abhängigkeitsverhältnis, wie dies regelmässig beispielsweise bei Konzernen vorliegt, ist nicht gegeben.

47. Die Bejahung der Unternehmenseigenschaft erscheint auch insofern konsistent, als eine Verneinung derselben die „Kartellrechtsimmunität“ des Vertrages zur Folge haben müsste, womit beispielsweise allfällige über das Notwendige hinausgehende Bestimmungen desselben der Anwendung und Prüfung anhand des Kartellgesetzes entzogen wären. Diese Rechtsfolge, *nota bene* der fraglichen Vertragsklauseln an sich, verhindern zu wollen würde bedeuten, diese – zumindest ansatzweise – bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG auf ihre Kartellrechtskonformität analysieren zu müssen und in Abhängigkeit vom Ergebnis derselben einzelfallweise die Unternehmenseigenschaft zu bejahen. Die Exemption würde folglich durch die fragliche, möglicherweise wettbewerbswidrige Abrede selbst bewirkt.<sup>65</sup> Demgegenüber stipuliert Rz 20 der EU-Vertikalleitlinien zu Recht, dass ein Handelsvertretervertrag selbst in Fällen, in denen der Auftraggeber alle damit verbundenen finanziellen und geschäftlichen Risiken übernimmt, unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen kann, wenn er kollusive Verhaltensweisen fördert. Eine Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist diesfalls nur im Grundsatz ausgeschlossen.

48. Im Rahmen vorliegender Vorabklärung ist folglich davon auszugehen, dass Costa Deutschland sowie die für diese tätigen Reisvermittler (Reisebüros in Deutschland) grundsätzlich als separate Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Dies hat auch für Online-Anbieter zu gelten.<sup>66</sup>

### B.2.2 Sachlicher Geltungsbereich

49. In den sachlichen Geltungsbereich fallen alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>67</sup> Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

50. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend im Rahmen der Beurteilung, ob unzulässige Abreden gemäss Art. 5 KG vorliegen (Rz 55 ff.) eingegangen. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

### B.2.3 Räumlicher Geltungsbereich

51. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sogenanntes Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Es ist mit anderen Worten unerheblich, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Massgebend ist stattdessen, ob sich diese im schweizerischen Markt erheblich auswirkt.<sup>68</sup>

52. Vorliegend bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Costa im Ausland (konkret in Deutschland) über die Verträge mit ihren ausländischen Reisevermittlern Direktimporte<sup>69</sup> (durch Verbot von Unterbuchungen allenfalls auch Parallelimporte<sup>70</sup> oder Querlieferungen<sup>71</sup>) in die Schweiz verhindert. Dieses Vorgehen hat Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

### B.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

54. 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 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten

55. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

<sup>64</sup> Gemäss HORSCH finden sich „Mehrfirmenvertreter vor allem in der Reisebranche. Reisebüros sind als Buchungsstelle für Reiseveranstalter damit betraut, Reisen als Bündel diverser touristischer Leistungen anzubieten“ (HORSCH [Fn 24], S. 108).

<sup>65</sup> Vgl. auf diesen inneren Widerspruch des Eingliederungsansatzes hinweisend auch HORSCH (Fn 24), S. 262 mit weiteren Verweisen, sowie S. 298. Weiter ZIMMER (Fn 62), § 1 Fn 984.

<sup>66</sup> Vgl. Rz 8 ff.

<sup>67</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468 ff., 534.

<sup>68</sup> Botschaft KG 1994 (Fn 67), 535.

<sup>69</sup> Als Direktimporte gelten vorliegend Buchungen von Kreuzfahrten durch Endkunden im Ausland.

<sup>70</sup> Als Parallelimporte gelten vorliegend Einkäufe durch Händler im Ausland. D.h. die Produkte eines bestimmten Herstellers werden über den inoffiziellen Kanal – nicht über die Ländergesellschaft des Herstellers bzw. dessen offiziellen Generalimporteure – im Ausland beschafft. In Zusammenhang mit Rechten geistigen Eigentums wird mit Parallelimporten die gewerbsmässige Einfuhr immaterialgüterrechtlich geschützter Güter aus einem Drittland bezeichnet, wenn sie ohne Zustimmung des Rechteinhabers im Inland erfolgt, die Güter aber im Drittland vom Schutzrechteinhaber oder mit dessen Zustimmung rechtmässig in Verkehr gesetzt worden sind (FREDY GUJER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechteinhabers, Zürich 2005, 4, m.w.N.). Vorliegend wird von einer weiteren, nicht auf immaterialgüterrechtlich geschützte Güter beschränkten, Definition ausgegangen.

<sup>71</sup> Darunter ist die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zu verstehen (VertBek Ziff. 5).

56. 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).

57. 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.<sup>72</sup>

#### B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

58. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.<sup>73</sup> Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.<sup>74</sup>

59. Vorliegend steht insbesondere die von Costa Deutschland den Vermittlern ihrer Kreuzfahrten (Reisebüros in Deutschland) auferlegte Beschränkung, Reisen nur an Kunden mit ständigem Wohnsitz in Deutschland zu verkaufen, zur Diskussion. Diese von Costa Deutschland herausgegebene Weisung kann als Teil des zwischen ihr und den Reisevermittlern bestehenden Vertragsverhältnisses angesehen werden<sup>75</sup>, welches Costa Deutschland als ein von der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommenes Handelsvertreterverhältnis betrachtet. Ein entsprechender Vertrag liegt dem Sekretariat beispielhaft vor.<sup>76</sup> Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ist in einem solchen Fall zweifelsfrei gegeben.

#### B.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

60. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Zentrales Tatbestandselement ist die Wettbewerbsbeschränkung.<sup>77</sup> Es genügt, wenn den fraglichen Klauseln eine objektive Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, zukommt.

61. Während mit Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sichergestellt werden soll, dass u.a. Kartell- und Wettbewerbsabreden überhaupt untersucht werden können<sup>78</sup>, hat Art. 4 KG die Funktion, alle möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Klauseln einer vertieften Prüfung gemäss Art. 5 KG zuzuführen.<sup>79</sup> Klauseln betreffend Preise sowie Verbote von aktiven und passiven Verkäufen an gebietsfremde Abnehmer bergen grundsätzlich ein solches Potential und werden vom Gesetzgeber gar als harte Kartelle gewürdigt. Verträge mit entsprechenden Klauseln sind demnach im Prinzip in jedem Fall einer fundierten Analyse zuzuführen.

62. Costa Deutschland schliesst „Agenturverträge“ mit den mit ihr zusammenarbeitenden Reisebüros ab. Gemäss dem den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Vertrag wird letzteren der Verkauf von Costa Kreuzfahrten an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb Deutschlands

untersagt.<sup>80</sup> Dies führt dazu, dass Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz ausschliesslich aus dem Angebot des auf die Schweiz ausgerichteten Kataloges wählen und bei denjenigen Kreuzfahrten, die (identisch) in Deutschland wie auch in der Schweiz vermarktet werden, nicht mehr wie bis anhin von einem allenfalls günstigeren Preis<sup>81</sup> in Deutschland profitieren können. Eine solche Verpflichtung ist als solche grundsätzlich dazu geeignet, den Wettbewerb zu beschränken, indem ein absoluter Gebietschutz entlang der Schweizer Grenze bezweckt respektive bewirkt wird.

63. Gleichzeitig werden allen Reisebüros via Katalog die Preise für Costa Kreuzfahrten und damit einheitliche Preise vorgegeben. Preisliche Abweichungen wären wenn, dann u.U. in beschränktem Rahmen zulasten der Kommissionen der Reisebüros möglich, was im Ergebnis zu einem Preisband, wenn nicht gar Fixpreis für Costa Kreuzfahrten in den jeweiligen Ländern sowie einer Preisdifferenzierung zum Umland führt.

<sup>72</sup> Darüber hinaus statuiert Ziff. 1 VertBek für vertikale Wettbewerbsabreden, dass diese Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

<sup>73</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

<sup>74</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 73), Art. 4 Abs. 1 N 82.

<sup>75</sup> Vgl. Entscheid der Kommission i.S. Mercedes Benz, in dem festgehalten wurde, dass Vertreterverträge häufig Teil eines Vertriebssystems sind, die als Dauerschuldverhältnisse oft über mehrere Jahrzehnte bestehen. Die Zulassung eines Händlers als Vertriebspartner setzt voraus, dass dieser der sich im Laufe der Zeit ändernden Vertriebspolitik des Herstellers zustimmt, um im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses regelmässig nicht vorhersehbare Änderungen/Entwicklungen des Produktes respektive der Strategie des Herstellers berücksichtigen zu können. Derartige Änderungen werden üblicherweise durch Hersteller-Rundschreiben oder -Anordnungen den Vertriebspartnern mitgeteilt und von diesen ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert. Die Rundschreiben und Anordnungen werden deshalb Teil der Vereinbarung des Herstellers/Prinzipals und der Vertreter (KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 125, Mercedes Benz). In casu bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die entsprechende Vorgabe, keine Kreuzfahrten an Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zu verkaufen, ausserhalb des bestehenden Vertragsverhältnisses erging. Selbst wenn diese hingegen nicht Bestandteil des Handelsvertretervertrages sein sollte, so bestehen doch Anhaltspunkte dafür, dass die Weisung von den Reisebüros als bindend empfunden wird, da gemäss diversen Bürgeranfragen (-meldungen) eine Buchung für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz bei deutschen Reisebüros nicht möglich ist.

<sup>76</sup> Vgl. Vertrag eines Reisebüros in [...] mit Costa Deutschland.

<sup>77</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 73), Art. 4 Abs. 1 N 40.

<sup>78</sup> Entsprechend führt EMMERICH aus, dass vermieden werden muss, durch eine vorschnelle Verengung des Unternehmensbegriffs im Wege der Ausklammerung bestimmter Unternehmen neue Ausnahmereiche von den Wettbewerbsregeln zu schaffen. Mit Bejahung der Unternehmenseigenschaft ist noch nicht entschieden, ob im Einzelfall tatsächlich auch Raum für eine uneingeschränkte oder modifizierte Anwendung der Wettbewerbsregeln ist. In der Folge geht er von der prinzipiellen Unternehmenseigenschaft des Handelsvertreters aus (vgl. EMMERICH [Fn 20], Art. 81 Abs. 1 EGv N 29 f.).

<sup>79</sup> Vgl. für die EU entsprechend RITTNER (Fn 53), II E. 1.

<sup>80</sup> Die bislang vorgebrachten, angeblich sachlichen Gründe (Anreisewege, unterschiedliche Kundenbedürfnisse etc.) überzeugen prima vista (aus wirtschaftlicher Sicht) nicht.

<sup>81</sup> Gemäss dem vorliegenden Vertrag eines Reisebüros in [...] mit Costa Deutschland werden von Costa Deutschland die Verkaufspreise fix vorgegeben (vgl. § 3 Strich 1 und 3).

64. Damit scheint den Klauseln eine Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung zuzukommen und müsste geprüft werden, ob die sodann greifende Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Offen ist und kann u.a. infolge Anpassung des Verhaltens durch Costa bleiben, wo der Umstand, dass die Reisebüros als Vertreter für Costa Deutschland tätig sind, Berücksichtigung findet – ob noch im Rahmen von Art. 4 KG oder aber erst im Rahmen der späteren materiellen Prüfung, wofür die Funktion von Art. 4 KG sprechen würde.

65. Die Reisebüros agieren zu Costa Deutschland in einem Vertretungsverhältnis und verkaufen Costa Kreuzfahrten im Namen und auf Rechnung von Costa Deutschland. Ein Eigentumsübergang findet bei Dienstleistungen nicht statt, das Reisebüro vermittelt lediglich Vertragsabschlüsse zwischen Costa Deutschland und den Abnehmern, welche folglich grundsätzlich den von Costa festgelegten Preis für das Produkt/die Dienstleistung bezahlen müssen. Dass ein Geschäftsherr die Preise und Konditionen betreffend den Verkauf der in seinem Eigentum verbleibenden Produkte oder Dienstleistungen bestimmt, erscheint grundsätzlich sachgerecht.<sup>82</sup>

66. Die in den EU-Vertikalleitlinien enthaltene Idee der kartellrechtlichen Differenzierung zwischen einem Vertriebspartner, der in einem Vertretungsverhältnis zum Geschäftsherrn steht, und einem solchen, der eigenverantwortlich agiert, ist aufzugreifen.<sup>83</sup> Zwischen Costa Deutschland und ihren Vertriebspartnern liegt ein Vertretungsverhältnis<sup>84</sup> vor. Dieses ist vom Gesetzgeber so vorgesehen und führt u.U. dazu, dass der Geschäftsherr die wesentlichen Risiken des Geschäfts trägt und entsprechend die Geschäftsstrategie wählt. Vorausgesetzt, es handelt sich um eine kartellfreie Vereinbarungen und die Umstände und Umsetzung im Einzelfall lassen keine anderweitigen Schlüsse (u.a. auf Umgehungstatbestände) zu<sup>85</sup>, ist in dieser speziellen Konstellation aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass der Geschäftsherr die Preise seiner Produkte, welche in seinem Eigentum verblieben und letztlich er verkauft, festlegt sowie seine Geschäftspartner bestimmt. Entsprechende Vorgaben führen, sofern sie nicht im Einzelfall missbräuchlich eingesetzt werden oder andere qualifizierende Elemente vorliegen, zu keiner Beschränkung des Wettbewerbs.<sup>86</sup> Neben vertragsrechtlichen Aspekten spielen dabei auch Marktanteile, Marktstruktur etc. und damit besondere Umstände, welche hinzutreten können, eine Rolle.<sup>87</sup>

67. Auch die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen hinsichtlich anderer Bedingungen und des Gebietes, in welchem der Vertreter tätig werden darf, ist grundsätzlich denkbar. Diese begegnen indes aus Sicht der Schweiz unter Berücksichtigung der hiesigen spezifischen wirtschaftlichen Gegebenheiten grundsätzlich grösserer Skepsis. Werden Gebiete entlang der Grenzen anstatt nach sachlichen und einheitlich angewandten Kriterien abgegrenzt<sup>88</sup>, so liegt der Verdacht eines (potentiell) wettbewerbswidrigen Einsatzes dieses Instrumentes nahe, was auch in der EU zum Verlust der Freistellung führen würde, und sind die entsprechenden Bestimmungen einer detaillierten Analyse zuzuführen.

#### B.4.1.3 Verpflichtungserklärung von Costa Crociere S.p.A. (Costa)

68. Mit Schreiben vom 16. und 24. Juli 2012 hat sich Costa gegenüber dem Sekretariat gemäss Art. 26 Abs. 2 KG zu folgenden Massnahmen verpflichtet, welche mit Schreiben vom 28. Oktober 2012 angekündigt und per Ende Jahr umgesetzt werden sollen<sup>89</sup>:

- Den Vertriebspartnern von Costa müssen passive Verkäufe uneingeschränkt erlaubt und möglich sein, d.h. diese dürfen auf Anfrage hin an Personen ausserhalb des ihnen zugewiesenen Kundenkreises verkaufen und erhalten dafür jeweils eine Kommission seitens Costa. Es dürfen keine (weder direkte, noch indirekte) Massnahmen seitens Costa ergriffen werden, welche zu einem Absehen von passiven Verkäufen seitens der Vertriebspartner führen könnten. Costa hat diese Haltung gegenüber ihren Vertriebspartnern transparent zu vertreten.
- Gleiches hat insbesondere auch für Verkäufe über Internet zu gelten. Auch über diese Kanäle verkaufenden Vertriebspartnern müssen passive Verkäufe uneingeschränkt erlaubt sein und sie auf keinerlei Weise von solchen abgehalten werden. Aus Sicht des Sekretariates dürfen insbesondere weder ein ausländischer Wohnsitz noch eine entsprechende Kreditkarte ein Buchungshindernis sein. Auf entsprechende Hinweise auf den Webseiten, welche Interessenten von einer Buchung abhalten könnten, ist zu verzichten.
- Auf die Preispolitik der Vertriebspartner und damit deren Entscheid in Sachen Buchungsgebühren („booking fees“) ist seitens Costas keinerlei Einfluss zu nehmen.
- Costa hat eine entsprechende Regelung auch in ihren Verträgen mit Vertriebspartnern der anderen Anrainerstaaten (insbesondere Frankreich, Italien und Österreich) umzusetzen.

<sup>82</sup> Vgl. auch Rz 33.

<sup>83</sup> Vgl. Rz 22.

<sup>84</sup> Dies gilt sowohl für das Institut des Handelsvertreters nach deutschem Recht (§§ 84 ff. Handelsgesetzbuch) sowie des Agenturvertrags nach Art. 418a ff. OR.

<sup>85</sup> RITTNER (Fn 53), E 2.2. Vgl. auch vorne, Fn 47.

<sup>86</sup> Vgl. dazu auch vorne, Rz 33 bis und mit insbesondere Rz 35. Für eine Prüfung der Frage der vertraglichen Beschränkungen des Handelsvertreters bei der „Wettbewerbsbeschränkung“ spricht auch die Abschnittsüberschrift der EU-Vertikalleitlinien (RITTNER [Fn 53], II E.2.). Siehe auch HABERMEIER/EHLERS, die dem dazumal noch „echten“ Handelsvertreter (vgl. Rz 45 und Fn 30) die Wettbewerbsstellung absprechen, weshalb die Vorgaben des Anbieters nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen (vgl. STEFAN HABERMEIER/JOCHEN EHLERS, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht [Kartellrecht], Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, Hirsch/Montag/Säcker [Hrsg.], 2007, VGO Nr. 2790/1999 Einl. N 7).

<sup>87</sup> Siehe dazu auch vorne, Rz 35.

<sup>88</sup> Dem entspricht in der Wirkung grundsätzlich eine Kundenzuteilung nach Wohnsitz.

<sup>89</sup> Vgl. Schreiben Costa vom 8.10.2012, S. 2.

69. Costa hat sich damit vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtsunsicherheiten in Bezug auf „Handelsvertreter“ in der Schweiz wie der EU für eine Anpassungen ihrer Verträge und ein Ausräumen der Bedenken des Sekretariates in Bezug auf die bestehende Regelung entschieden. Gemäss ihren Anpassungsvorschlägen werden inskünftig passive Verkäufe insbesondere von Costa Deutschland an Kunden mit Wohnsitz im EWR und/oder der Schweiz möglich sein. Costa hat sich zudem verpflichtet, keinerlei Massnahmen zwecks mittelbarer oder unmittelbarer Unterbindung derartiger passiver Verkäufe zu ergreifen.

#### **B.4.1.4 Fazit**

70. Im Rahmen der Vorabklärung wurde ein Grossteil des Aufwands darauf verwendet, die Bedeutung der Bestimmungen der EU-Vertikalleitlinien betreffend Handelsvertreter für die EU und in der Folge die Schweiz zu evaluieren, welche Einfluss darauf hat, ob in einem Verfahren Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden von Unternehmen vorliegen können. Letzteres wurde *in casu* darüber hinaus noch nicht abschliessend beurteilt und hätte weitergehender aufwändiger Ermitt-

lungsmassnahmen im Rahmen der Vorabklärung bedingt.

71. Vor diesem Hintergrund, der [...] sowie der umgehenden Anpassung des Verhaltens seitens Costas verzichtet das Sekretariat im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip vorliegend darauf, weitere aufwändige Abklärungen vorzunehmen und beschliesst, die vorliegende Untersuchung einzustellen. Auch auf eine Prüfung unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG wird unter diesen Umständen verzichtet.

#### **C Schlussfolgerungen**

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

1. die Vorabklärung einzustellen,
2. den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mitzuteilen und
3. den vorliegenden Schlussbericht zu veröffentlichen.

*Gekürzte Fassung des Schlussberichts vom 7. November 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Nichtweitergabe von Währungsvorteilen wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und Art. 7 KG*

## A Sachverhalt

### A. 1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Im Laufe des Jahres 2011 erreichte die Diskussion um die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen im Zusammenhang mit der Frankenstärke in der Schweiz einen Höhepunkt. Vor dem Hintergrund der anhaltenden Diskussion um die Fragen, auf welcher Handelsstufe Währungsgewinne allenfalls zurückgehalten werden und ob dies mit unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen erklärt werden kann, eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 5. Juni 2012 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Das Ziel der Vorabklärung ist zu prüfen, ob eine allfällige fehlende oder verzögerte Weitergabe von Währungsvorteilen bei Markenprodukten des täglichen Bedarfs durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verursacht wird bzw. wurde. Die zeitlich verzögerte Vorabklärung sollte erlauben, den Sachverhalt auf Basis von zeitlich umfassenderen Marktdaten zu analysieren.

2. Das Sekretariat konzentrierte sich in der Analyse auf eine Auswahl wichtiger Markenartikellieferanten und Lebensmitteldetailhändler in der Schweiz, da insbesondere die Preise bekannter Markenartikel des täglichen Bedarfs seit Mitte 2011 im Fokus der Öffentlichkeit standen. Befragt wurden 22 Markenartikellieferanten, deren Marken und Produkte in (internationalen) Preisvergleichen häufig genannt werden, sowie die drei umsatzstärksten Lebensmitteldetailhändler der Schweiz, nämlich die Coop Genossenschaft [nachfolgend: Coop], die Denner AG [nachfolgend: Denner] und der Migros-Genossenschafts-Bund [nachfolgend: Migros]. Konkret wurde untersucht, in welchem Umfang diese Markenartikellieferanten und Lebensmitteldetailhändler Währungsgewinne bei den drei umsatzstärksten Produkten der fünf wichtigsten Marken des jeweiligen Lieferanten an die nächste Handelsstufe bzw. an die Schweizer Endkonsumenten weitergaben und ob bei einer Nichtweitergabe allenfalls Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 und/oder Artikel 7 KG vorliegen.

3. Bei einer allfälligen Nichtweitergabe von Währungsvorteilen sind primär die folgenden vier kartellrechtlichen Probleme denkbar: Erstens könnte eine unzulässige absolute Gebietsschutzabrede<sup>1</sup> zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vorliegen (Art. 5 Abs. 4 KG), welche die Weitergabe von Währungsvorteilen verhindert. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn ein Lieferant/Produzent seinen Abnehmern im Ausland ver-

bietet, unaufgeforderte Bestellungen von Unternehmen in der Schweiz (zu günstigeren Preisen) zu bedienen (Verhinderung/Behinderung von Parallelimporten). Zweitens könnte eine Absprache zwischen Lieferant und Abnehmer über Mindest- oder Festpreise vorliegen, welche auch die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen umfasst (Art. 5 Abs. 4 KG). Drittens könnten horizontale Preisabsprachen zwischen Konkurrenten dazu führen, dass trotz Aufwertung des Schweizer Frankens im Ausland produzierte Güter in der Schweiz nicht oder kaum günstiger angeboten werden (Art. 5 Abs. 3 KG). Schliesslich ist viertens denkbar, dass die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zurückzuführen ist (Art. 7 KG), wobei insbesondere eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) oder eine Erzwingung unangemessener Preise in Betracht kommen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).<sup>2</sup>

4. Im Gegensatz zur vorliegenden Vorabklärung, welche prüft, ob eine allfällige fehlende oder verzögerte Weitergabe von Währungsvorteilen bei Markenprodukten des täglichen Bedarfs durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verursacht wird bzw. wurde, legte die Studie des Preisüberwachers „Frankenstärke und Preise“ vom September 2012<sup>3</sup> weder den Fokus auf Güter des täglichen Bedarfs – sie untersuchte das Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen durch ausgewählte Unternehmen aus dem Lebensmittelhandel (2 Händler), der Konsumgüterindustrie (6 Hersteller), dem Sportartikelbereich (1 Unternehmen) und dem Bereich der Elektro-, Landwirtschafts- und Gartengeräte (2 Unternehmen) – noch ging sie der Frage nach, ob eine allfällige fehlende oder verzögerte Weitergabe von Währungsvorteilen bei den untersuchten Produkten durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verursacht wurde. Nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist die Frage nach allenfalls bestehenden internationalen Preisunterschieden der Einstandspreise des Detailhandels (Stichwort: Zuschlag Schweiz).

<sup>1</sup> Bei einer absoluten Gebietsschutzabrede darf ein Lieferant infolge der Abrede auch auf Anfrage hin nicht an einen Kunden (Händler oder Konsument) ausserhalb seines Gebietes liefern (sog. Verbot von passiven Verkäufen).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch RPW 2011/1, 16 ff., *Anhang zum Jahresbericht der WEKO 2010: Problematik der unvollständigen Weitergabe von Währungsvorteilen und kartellrechtliche Eingriffsmöglichkeiten*.

<sup>3</sup> PREISÜBERWACHUNG, Frankenstärke und Preise, Bern, September 2012, abrufbar unter <<http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/00215/index.html?lang=de>> (20.06.2013).

5. Anzumerken bleibt, dass ein Grossteil der bei Lieferanten und Detailhändlern erhobenen Daten und daraus abgeleiteten Resultaten zum Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen im vorliegenden Schlussbericht lediglich summarisch und/oder anonymisiert wiedergegeben werden können, da es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse der befragten Marktteilnehmer handelt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat in Vorabklärungen nach Art. 26 KG praxisgemäss lediglich prüft, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen. Liegen solche vor, eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung nach Art. 27 KG. Im Untersuchungsverfahren wird sodann unter Wahrung der Parteirechte (rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Beschwerdemöglichkeiten etc.) abschliessend beurteilt, ob die möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlich unzulässig sind. Dies hat zur Folge, dass der personelle und zeitliche Aufwand im Vorabklärungsverfahren in der Regel beträchtlich geringer ausfällt als im Untersuchungsverfahren.

6. Hinsichtlich der Resultate der Vorabklärung sei zudem vorab festgehalten, dass sich im Laufe des Verfahrens keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 oder 7 KG als Ur-

sache für die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen ergaben.

## A.2 Hintergrund: Hochpreisinsel Schweiz

7. Hintergrund der vorliegenden Vorabklärung ist die anhaltende Diskussion über die Hochpreisinsel Schweiz, welche im Zuge der starken Frankenaufwertung im Sommer 2011 einen Höhepunkt erreichte. Die Preise in der Schweiz sind generell deutlich höher als im Ausland. Laut Schätzung von Eurostat zahlen Schweizer Konsumenten, gemessen an den Konsumausgaben der privaten Haushalte, trotz der moderaten Schweizer Mehrwertsteuer 57 % mehr für ihren Konsum als Konsumenten in den EU-15 Staaten<sup>4</sup> (vgl. Tabelle 1).<sup>5</sup>

8. Die zu beobachtenden Preisunterschiede variieren je nach Produktgruppe, wie die nachfolgende Tabelle 1 verdeutlicht. Besonders teuer in der Schweiz sind Nahrungsmittel, auch wenn die Preise für Nahrungsmittel in der Schweiz in den letzten Jahren gesunken sind und sich im Jahr 2012 unter dem Niveau von 2004 befanden, wie Abbildung 1 illustriert. In dieser Vorabklärung werden Markenprodukte des täglichen Bedarfs, zu welchen insbesondere Nahrungsmittel gehören, eingehend betrachtet. Zu beachten ist, dass die in Tabelle 1 angegebene Rubrik „Nahrungsmittel“ nebst (importierten) Markenartikeln zahlreiche weitere Produkte enthält (z.B. Agrarprodukte<sup>6</sup>).

Tabelle 1: Internationale Preisunterschiede (EU-15=100), 2011

Produktgruppe	Schweiz	Deutschland	Italien	Österreich	Frankreich
Konsum der privaten Haushalte	157.0	98.4	98.1	101.6	105.4
davon: Nahrungsmittel	151.3	104.6	101.4	110.9	103.6
- Fleisch	203.5	114.7	100.9	116.0	110.1
- Milch, Käse, Eier	133.1	88.9	119.4	96.5	96.0
- Speisefette und Öle	181.8	106.0	106.1	118.0	99.2
- Obst, Gemüse, Kartoffeln	128.2	117.2	84.1	120.0	109.0
- Alkoholfreie Getränke	120.5	102.2	88.5	105.1	91.4

Lesebeispiel: Die Preise für Nahrungsmittel waren im Jahr 2011 in der Schweiz 51,3 % höher verglichen mit dem durchschnittlichen Preisniveau in den EU-15 Staaten. In Deutschland betrug dieser Preisunterschied lediglich 4,6 %.

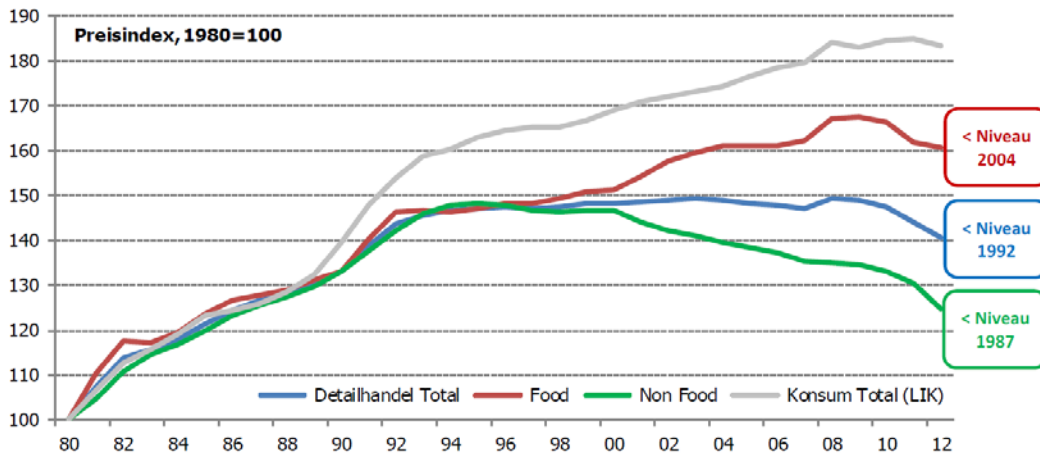
Quelle: ECONOMIESUISSE (Fn 5), 2, basierend auf Eurostat.

<sup>4</sup> Zu den EU-15 gehören alle Mitgliedstaaten der EU vor der sogenannten Osterweiterung.

<sup>5</sup> Vgl. ECONOMIESUISSE, Eine «Lex Nivea» für «gerechte» Preise? in: dossierpolitik, 26.11.2012, Nr. 24, 1.

<sup>6</sup> Agrarprodukte sind Produkte, welche von einem landwirtschaftlichen Betrieb produziert werden.

Abbildung 1: Preisentwicklung im Schweizer Detailhandel seit 1980



Quelle: Medienmitteilung BAKBASEL vom 06.02.2013, Perspektiven und Prognosen für den Schweizer Detailhandel, basierend auf Daten des Bundesamts für Statistik (BfS) und von BAKBASEL.

9. Schweizer Konsumentenorganisationen haben im Herbst 2012 eine Plattform aufgeschaltet, auf welcher Endverkaufspreise (inkl. MwSt.) von Produkten der Kategorien Elektronik, Kleider, Kosmetik, Nahrungsmittel, Schuhe, Spielzeuge, Sportartikel und Zeitschriften im In- und Ausland zweimal pro Jahr verglichen werden.<sup>7</sup> Erklärtes Ziel dieses sogenannten Preisbarometers ist die Erhöhung der Preistransparenz, welche zur Angleichung der Preise beitragen soll. Die folgende Tabelle 2 zeigt die in den verschiedenen Kategorien aufgelisteten durchschnittlichen Preisunterschiede zwischen dem jeweils günstigsten Anbieter in Deutschland und jenem in der Schweiz per 4. November 2013.<sup>8</sup> Anzumerken ist,

dass es sich bei den vorgenommenen Preisvergleichen um Momentaufnahmen in einem bestimmten Zeitintervall (Erhebungszeitraum) handelt, wobei weder Sonderangebote noch Aktionen berücksichtigt sind, selbst wenn solche am Stichtag galten.<sup>9</sup> Solche Momentaufnahmen berücksichtigen nicht, dass sich Preise häufig ändern können. Weiter basieren die Preisvergleiche namentlich auf zahlreichen Publikumsmeldungen bei den Konsumentenorganisationen. Insofern dürften insbesondere solche Produkte in den Preisvergleich miteinbezogen werden, bei welchen hohe Preisaufläge im Vergleich zum Ausland vermutet werden.

Tabelle 2: Preisunterschiede zum jeweils günstigsten Anbieter in Deutschland

Produktkategorie	Preisunterschied	Erhebungszeitraum
Elektronik	-11 %	06.07.2013–15.07.2013
Kleider	+26 %	30.04.2013–13.05.2013
Kosmetik	+76 %	19.08.2013–28.08.2013
Nahrungsmittel	+36 %	03.09.2013–16.09.2013
Spielzeuge	+13 %	05.11.2012–10.11.2012
Sportartikel	+14 %	15.04.2013–29.04.2013
Zeitschriften	+53 %	21.10.2013–23.10.2013

Quelle: www.preisbarometer.ch (04.11.13). Der Preisunterschied in der Kategorie Schuhe war zum Erhebungszeitpunkt des Sekretariats (04.11.13) auf der Internetseite des Preisbarometers aufgrund einer Aktualisierung der Daten nicht angegeben und fehlt deshalb in Tabelle 2.

<sup>7</sup> Siehe <www.preisbarometer.ch>.

<sup>8</sup> Preisbarometer.ch aktualisiert automatisch jeden Tag den Euro-Franken-Kurs. Deshalb können die Preisunterschiede über die Zeit variieren.

<sup>9</sup> Vgl. Standpunkt der Swiss Retail Federation, abrufbar unter <www.preisbarometer.ch>, Link: Standpunkte, Swiss Retail Federation, <http://konsumentenschutz.clients.liip.ch/files/pdfs/13\_03-swiss-retail-federation\_deu.pdf> (18.09.2013).

10. Die Gründe für die zu beobachtenden internationalen Preisdifferenzen sind vielfältiger Natur.<sup>10</sup> Eine Studie von BAKBASEL identifiziert die höheren Warenbeschaffungskosten des Schweizer Detailhandels als wichtigsten Erklärungsfaktor für die in diesem Sektor zu beobachtenden internationalen Preisunterschiede.<sup>11</sup> Ein weiterer Grund sind gemäss BAKBASEL höhere Vorleistungskosten der eingekauften Waren, welche die Kosten für Transport, Lagerung, Sortierung, Verarbeitung, Verpackung, Werbung und den Verkauf umfassen. Interessanterweise führt BAKBASEL die sonst häufig genannten Lohnkosten in der Schweiz nicht als Erklärungsfaktor der höheren Preise im Schweizer Detailhandel auf. Die Schweiz hat gemäss der Studie bezüglich der Lohnstückkosten dank der überdurchschnittlichen Produktivität des Schweizer Detailhandels in der Schweiz sogar einen Kostenvorteil von knapp 5 %.<sup>12</sup>

### A.3 Verfahren

11. Nach Eröffnung der Vorabklärung am 5. Juni 2012 führte das Sekretariat am 12. Juli 2012 zunächst Gespräche mit Vertretern der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und der Fédération Romande des Consommateurs (FRC), um zu eruiieren, ob diese Konsumentenschutzorganisationen basierend auf Mitteilungen von Marktteilnehmern über Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bei einer Nichtweitergabe von Währungsvorteilen verfügten. Für den hier untersuchten Bereich – Konsumgüter des täglichen Bedarfs – verfügten die Konsumentenschutzorganisationen über keine solchen Anhaltspunkte.

12. Am 17. Juli 2012 sowie am 13. August 2012 wurden umfangreiche Fragebögen an insgesamt 22 namhafte Lieferanten von Markenartikeln gesandt, wovon – innerhalb der erstreckten Fristen – bis zum 25. Oktober 2012 sämtliche antworteten.<sup>13</sup>

13. Basierend auf den Antworten der befragten Lieferanten erarbeitete das Sekretariat Fragebögen für die drei umsatzstärksten Lebensmitteldetailhändler in der Schweiz, nämlich Coop, Denner und Migros. Diese Fragebögen wurden am 24. Oktober 2012 versandt. Die Antworten der Lebensmitteldetailhändler gingen innerhalb der bis am 15. Januar 2013 erstreckten Fristen beim Sekretariat ein.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

15. 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 befragten Markenartikellieferanten und Lebensmitteldetailhändler sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

## B.2 Keine Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsabreden über die Zuweisung von Gebieten

### Vorbemerkung

16. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietschutz; Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek<sup>14</sup>).

17. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

18. Im Rahmen der Vorabklärung und bei der Frage nach der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen wurden von den befragten Marktteilnehmern umfangreiche Informationen zu Parallelimporttätigkeiten im Schweizer Lebensmitteldetailhandel und allfälligen Behinderungen eingefordert. Wie bereits einleitend erwähnt (vgl. oben, Rz 5), ergab die Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für eine Behinderung von Parallelimporten bzw. unzulässige Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. Im Folgenden werden die Erkenntnisse aus dieser Marktbefragung dennoch dargelegt.

19. Vorab sei darauf hingewiesen, dass Parallelimporte in der Regel nur dann zu beobachten sind, wenn eine internationale Preisdifferenz – mit anderen Worten ein Arbitragepotenzial – besteht.<sup>15</sup> Um das Arbitragepotenzial zu bestimmen, müssen sämtliche Konditionen (Aktionsbeiträge, Listungsgebühren<sup>16</sup>, Werbekostenbeiträge etc.), welche die Detailhändler im In- und Ausland von

<sup>10</sup> Vgl. z.B. ECONOMIESUISSE (Fn 5), 5 ff.; IWSB Basel, Hochpreisinsel und Wettbewerbspolitik, IWSB-Kommentar Mai 2013, abrufbar unter <[http://www.economiesuisse.ch/de/themen/wb/kartellrecht/seiten/\\_detail.aspx?artID=WN\\_Wettbewerbspolitik](http://www.economiesuisse.ch/de/themen/wb/kartellrecht/seiten/_detail.aspx?artID=WN_Wettbewerbspolitik)> (17.06.13).

<sup>11</sup> Vgl. BAKBASEL, Kosten, Preise und Performance – Der Schweizer Detailhandel im internationalen Vergleich, Oktober 2010.

<sup>12</sup> Vgl. BAKBASEL (Fn 10), 38.

<sup>13</sup> 2011 erzielten diese 22 Lieferanten mit Coop, Denner und Migros im schweizerischen Lebensmitteldetailhandel (ohne Grosshandel, Convenience etc.) zusammen schätzungsgemäss einen Umsatz von CHF 1,97 Mia. Sechs dieser Lieferanten erreichten mit diesen drei Detailhändlern im Jahr 2011 ein geschätztes Umsatztotal von über CHF 100 Mio., sechs weitere ein solches von CHF 50–100 Mio., fünf ein solches von CHF 25–50 Mio. und die restlichen fünf ein solches von weniger als CHF 25 Mio. Dabei decken diese 22 Lieferanten ein breites Sortiment an Markenartikeln im Food- und Near-Food-Bereich ab. Die meisten der befragten Detailhändler produzieren ihre Produkte überwiegend, wenn nicht sogar ausschliesslich, im Ausland. Folgende Lieferanten wurden befragt: [...].

<sup>14</sup> Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekenntmachung, VertBek).

<sup>15</sup> Parallelimporte können auch in Abwesenheit von internationalen Preisunterschieden stattfinden, wenn gewisse Produkte in der Schweiz über den offiziellen Kanal (vorübergehend) nicht verfügbar sind.

<sup>16</sup> Hierbei handelt es sich um Pauschalgebühren, die Hersteller an Detailhändler für den Regalplatz zahlen.



den Lieferanten erhalten, in den Preisvergleich miteinbezogen werden. Unterschiedliche Belieferungskonditionen im In- und Ausland machen solche Preisvergleiche nicht einfacher. Mehrere Lieferanten gaben auf Nachfrage des Sekretariats hin an, dass zwischen Deutschland und der Schweiz generelle Unterschiede hinsichtlich der Belieferungskonditionen der Detailhändler bestehen würden. So seien die Werbe- und Listungsgebühren in der Schweiz ein Mehrfaches höher als in Deutschland. Im Gegensatz dazu würde in Deutschland insbesondere um die Nettoeinstandspreise verhandelt. Insofern kann eine nationale Beschaffung insgesamt betrachtet durchaus vorteilhafter sein als ein Einkauf im Ausland, auch wenn die Nettoeinstandspreise des Handels im Ausland tiefer sind als in der Schweiz.

#### *Importmöglichkeiten und Importtätigkeiten der Schweizer Detailhändler*

20. Das Sekretariat befragte sowohl Lieferanten von Markenartikeln als auch Schweizer Lebensmittel- und Detailhändler nach den Importmöglichkeiten und Importtätigkeiten des Schweizer Detailhandels. Die Lieferanten wurden einerseits gefragt, ob für in der Schweiz tätige Detailhändler ein Bezug bei einem ausländischen Ab-

nehmer des Markenartikellieferanten möglich ist, wobei solche Bezüge durch konkrete Beispiele illustriert werden sollten. Andererseits wurden die Lieferanten gefragt, ob diese Detailhändler auch bei einem im Ausland ansässigen, zum gleichen Konzern gehörenden Unternehmen beziehen könnten, wobei solche Bezüge durch konkrete Beispiele illustriert werden sollten.

21. In Zusammenhang mit der zweiten Frage sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass allfällige konzerninterne Abreden über die Zuweisung von Gebieten mangels Vorhandensein von mindestens zwei voneinander unabhängigen Abredepartnern nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fallen können, sofern sie keine Aussenwirkung entfalten. Das Sekretariat ist der Frage nach den Bezugsmöglichkeiten des Schweizer Detailhandels bei ausländischen Vertriebsgesellschaften eines Markenartikellieferanten dennoch nachgegangen, um zu eruieren, inwieweit von dieser kartellrechtlich zulässigen Möglichkeit der Gebietsabschottung in der Praxis Gebrauch gemacht wird.

22. Tabelle 3 fasst ausgewählte Antworten der befragten Marktteilnehmer zu den Importmöglichkeiten und Importtätigkeiten der Schweizer Detailhändler zusammen.

Tabelle 3: Importmöglichkeiten und Importtätigkeiten von Coop, Denner und Migros

Fragen und Antworten Markenartikellieferanten			Fragen und Antworten Detailhändler	
Frage	Antwort [Anzahl]		Frage	Antwort
	Ja	Nein, weil ...		
Können Schweizer Detailhändler die von Ihnen vertriebenen Produkte im Ausland über von Ihnen unabhängige Gross- oder Detailhändler beziehen?	20	1: Produkt im Ausland nicht verfügbar	Anteil parallel importierter Markenartikel vom 01.01.2011 – 30.09.2012	[0-10] %
			Wie viel Prozent der parallel importierten Markenprodukte beziehen Sie über unabhängige Vertriebspartner im Ausland?	100%
Können Schweizer Detailhändler die drei umsatzstärksten Produkte Ihrer fünf wichtigsten Marken im Ausland über Ihre ausländischen Konzerngesellschaften beziehen?	12	7: kurze Verfallsdaten, Produktedeklarationsvorschriften, Probleme im Logistikbereich, nationale Zuständigkeiten der Ländergesellschaften	Wie viel Prozent der parallel importierten Markenprodukte beziehen Sie über ausländische Vertriebsgesellschaften der Hersteller?	0 %
			Wichtigste Importländer für parallel importierte Markenartikel	BE, DE, GB, IT, NL

Quelle: Erhebungen des Sekretariats basierend auf Antworten der 22 befragten Lieferanten sowie der drei befragten Detailhändler.

23. Die Frage, ob Schweizer Detailhändler die vom befragten Markenartikellieferanten vertriebenen Produkte im Ausland über von ihnen unabhängige Gross- oder Detailhändler beziehen können, wurde von 20 der 22 Befragten bejaht und nur von einem einzigen ([...]) mit Verweis auf die Nicht-Erhältlichkeit des Produkts im Ausland verneint (vgl. Tabelle 3).<sup>17</sup> 16 Markenartikellieferanten belegten ihre Aussage mit Beispielen für Importe über unabhängige Vertriebspartner im Ausland; meist wurde mehr als ein Detailhändler aufgeführt, der Produkte des fraglichen Lieferanten parallel importiere, darunter

Casino<sup>18</sup>, Coop, Denner, die Drogeriekette Müller, Lidl und Migros.

<sup>17</sup> Ein Lieferant liess die Frage unbeantwortet.

<sup>18</sup> Casino hat sich mittlerweile aus dem Schweizer Markt zurückgezogen. Vgl. RTS Info, Le dernier magasin Magro-Casino de Suisse Romande a fermé, 06.04.2013, abrufbar unter <<http://www.rts.ch/info/regions/valais/4798970-le-dernier-magasin-magro-casino-de-suisse-romande-a-ferme.html>> (08.10.2013).

24. 12 von 22 befragten Lieferanten gaben an, dass Schweizer Detailhändler bei ausländischen konzern-eigenen Gesellschaften bestellen könnten, 7 verneinten dies (vgl. Tabelle 3).<sup>19</sup> Ein Lieferant, der die Bezugsmöglichkeit von Schweizer Detailhändlern bei ausländischen Konzerngesellschaften bejahte, führte aus, dass dieser Bezugsweg in der Praxis eher unüblich sei bzw. nicht zur Anwendung käme ([...]). Dies könnte dadurch zu begründen sein, dass die hiesigen Detailhändler von den ausländischen Konzerngesellschaften möglicherweise keine attraktiven Angebote erhalten. Folgende Aussage eines Lieferanten suggeriert jedoch, dass dies zumindest im Einzelfall nicht zutreffen muss: Der Lieferant führte aus, Schweizer Händler könnten seine Produkte jederzeit ausserhalb der Schweiz bei konzernzugehörigen Gesellschaften kaufen. Soweit die Produkte nicht den Schweizer Deklarationsanforderungen oder sonstigen Gesetzen und Vorschriften entsprechen würden, sei der Importeur selbst für die Verkehrsfähigkeit in der Schweiz verantwortlich. Die Einkaufsmöglichkeit bestehe zu den Preisen, zu denen auch ein nationaler Händler einkaufen würde. Sämtliche Rabatte, die sich ein Händler wie ein nationaler Käufer verdiene, wie z.B. Mengenrabatte, Effizienzrabatte für elektronische Bestellung, Skonti und sonstige Rabatte, würden auch dem Schweizer Händler gewährt. Diese Bezugsmöglichkeit im Ausland sei den verantwortlichen Personen eines grossen Schweizer Lebensmitteldetailhändlers Ende 2011 sogar direkt angeboten worden ([...]). Dieser Bezugsweg wurde vom fraglichen Detailhändler nach Kenntnissen des Sekretariats jedoch nie in Anspruch genommen. Denkbar ist somit auch, dass der Bezug bei ausländischen Vertriebsgesellschaften in gewissen Fällen deshalb nicht in Anspruch genommen wird, weil die Konditionen (inkl. Listungs-, Werbekosten- und Aktionsbeiträge) der Schweizer Vertriebsgesellschaften vergleichbar oder besser sind als jene von ausländischen Vertriebsgesellschaften (vgl. hierzu auch Rz 19). Ein Lieferant hat denn auch hervorgehoben, dass [...].

25. Konkrete Beispiele für eine Belieferung von Händlern in der Schweiz durch ausländische Vertriebsgesellschaften des jeweiligen Lieferanten machten lediglich drei Lieferanten. [...] führte aus, dass ihre [...] Produkte von Casino bei einer ausländischen konzern-eigenen Gesellschaft bezogen würden. [...] nannte eine Reihe von Detailhändlern, die so importierten – nämlich Toys“R“Us, Drogerie Müller und Casino –, sagte aber auch, dass dies Ausnahmen seien und normalerweise die jeweiligen Ländergesellschaften (für die Belieferung) zuständig seien. Schliesslich nannte [...] Spar, Drogerie Müller und Lidl. Auffallend ist, dass sämtliche genannten Händler, die in der Vergangenheit bei ausländischen Vertriebsgesellschaften von Markenartikelherstellern Produkte bezogen haben, im Ausland konzernzugehörige Gesellschaften haben, über welche sie die Importe abwickeln können. Keiner der befragten Lieferanten führte Bezüge durch Coop, Denner oder Migros bei ausländischen Konzerngesellschaften auf. Dies wird durch die Angaben der befragten Lebensmitteldetailhändler bestätigt: Alle drei befragten Händler gaben an, sämtliche Parallelimporte über unabhängige Vertriebspartner im Ausland zu beziehen (vgl. Tabelle 3).

26. Jene 7 Lieferanten, die angaben, dass Schweizer Detailhändler nicht über ihre ausländischen Konzerngesellschaften beziehen könnten (vgl. Tabelle 3), begründeten dies mit der Notwendigkeit der Prüfung von allenfalls bestehenden unterschiedlichen Produktedeklarationsvorschriften, kurzen Verfallsdaten der Produkte, Problemen im Logistikbereich, beispielsweise betreffend Rückrufen ([...]), und der Zuständigkeit der jeweiligen Ländergesellschaft für die Vermarktung (z.B. Werbung, Verkaufsförderungsmassnahmen) im jeweiligen Land ([...]).

27. Der Tabelle 3 ist auch zu entnehmen, dass der Anteil der im Ausland produzierten und durch Coop, Denner und Migros parallel importierten Markenprodukte bescheiden ist.<sup>20</sup> Importiert wird insbesondere aus Belgien, Deutschland, Grossbritannien, Italien und den Niederlanden.

28. Eine Betrachtung der Parallelimporttätigkeiten von Coop, Denner und Migros bei den 22 befragten Markenartikellieferanten zeigt ein ähnliches Bild hinsichtlich des Ausmasses an Parallelimporten: Während des Untersuchungszeitraums 2009 bis 2012 importierten Denner, Coop und/oder Migros Produkte von 13 der 22 befragten Lieferanten parallel. Der Anteil der Parallelimporte am gesamten Beschaffungsvolumen der drei Lebensmittel-detailhändler bei diesen Lieferanten bewegte sich in der Regel im tiefen einstelligen Bereich ([0–10] %).<sup>21</sup> Deutlich ist dabei bei allen drei Detailhändlern ein Anstieg des Parallelimports zu erkennen: Bei Coop von [...] % im Jahr 2009 über [...] % im Jahr 2010 auf [...] % im Jahr 2011, bei Denner von [...] % im Jahr 2009 über [...] % im Jahr 2010 auf [...] % im Jahr 2011<sup>22</sup> und bei Migros von [...] % im Jahr 2010 auf [...] % im Jahr 2011. Gewisse Ausnahmen sind insbesondere im Jahr 2011 zu beobachten – dem Höhepunkt der Diskussion um die Frankenstärke und um die Hochpreisinsel Schweiz. In diesem Jahr sind bei den drei befragten Detailhändlern bezüglich einzelner Lieferanten Importquoten von bis zu 50 % zu beobachten.

#### *Gründe für tiefe Importquoten / Handelshemmnisse*

29. Von 9 der 22 befragten Markenartikellieferanten importierten während des Untersuchungszeitraums 2009 bis 2012 weder Denner, Coop noch Migros Produkte

<sup>19</sup> Drei Lieferanten liessen die Frage unbeantwortet, gaben keine klare Antwort oder gaben an, keine konzernzugehörigen Gesellschaften im Ausland zu haben.

<sup>20</sup> Für sämtliche Markenartikel des Lebensmitteldetailhandels, welche im Ausland produziert werden, schätzte Coop seinen Bezug via Parallelimport für 2011 auf [...] %, für die ersten drei Quartale 2012 mit [...] % auf einen [...]. Denner schätzte den Anteil des Parallelimports bei diesen Markenartikeln für 2011 und die ersten drei Quartale 2012 auf [...]. Migros schätzte die Höhe des Parallelimports über sämtliche dieser Markenartikel für 2011 und die ersten drei Quartale 2012 auf [...].

<sup>21</sup> Anzumerken ist, dass Migros für 2009 diesbezüglich keine Daten einreichte.

<sup>22</sup> Damit lag der Parallelimportanteil von Denner in den Jahren 2010 und 2011 bei der Stichprobe des Sekretariats, welche die drei umsatzstärksten Produkte der fünf wichtigsten Marken in der Schweiz pro Lieferant umfasste, [...] dem von Denner genannten Parallelimportanteil bei Berücksichtigung aller Markenprodukte der 22 befragten Lieferanten (vgl. Fn 20).

parallel. Die befragten Lebensmitteldetailhändler begründeten die ausschliesslich nationale Beschaffung gewisser Produkte u.a. mit mangelndem Arbitragepotenzial. Oftmals wurden jedoch Faktoren genannt, welche einen Parallelimport trotz bestehenden Arbitragepotenzialen unattraktiv machen:

- Warnhinweise müssen in der Schweiz in drei Sprachen angebracht werden. Zudem bestünden in der Schweiz und der EU unterschiedliche Produktedeklarationsvorschriften (z.B. hinsichtlich minimaler Schriftgrösse, Herkunftskennzeichnung, Angaben in mindestens einer Landessprache). Die notwendige Zusatzetikettierung mache die Preisdifferenz im Ankaufspreis oft zunichte. Insbesondere bei Kosmetika würde der Parallelimport durch eine Vielzahl von gesetzlichen Deklarationspflichten meist so stark behindert, dass er bei abweichenden Deklarationen zwischen der EU und der Schweiz ökonomisch gesehen nicht mehr sinnvoll sei, auch wenn eine erhebliche Preisdifferenz gegenüber dem EU-Markt vorhanden sei.
- Teilweise gelten Produkte im Ausland als Lebensmittel, in der Schweiz hingegen als Heilmittel, was den Import faktisch verunmögliche (z.B. Fisherman's Friend<sup>23</sup>).
- Parallelimporte seien oft nur dann betriebswirtschaftlich lohnenswert, wenn der Schweizer Importeur bzw. der Parallelexporteur vom Hersteller die entsprechende Ursprungsbestätigung zur Erstellung der Warenverkehrsbescheinigung EUR.1 erhalte. Mit diesem Dokument kann die Ware zu einem tieferen Zollansatz in die Schweiz importiert werden.<sup>24</sup>
- Produkte, die mit landesspezifischen Wettbewerben versehen sind, seien für den Parallelimport nicht geeignet.
- Beim Parallelimport handle es sich um punktuelle, opportunistische Möglichkeiten, bei ganz unterschiedlichen Bezugsquellen Produkte zu beschaffen. Eine kontinuierliche Warenverfügbarkeit sei unmöglich; eine solche werde von den Kunden in den Verkaufsstellen jedoch erwartet.
- Parallelangebote würden oft als „take it or leave it“ gelten. Spezifische Logistikanforderungen könnten dabei nicht gestellt werden, was wiederum die Prozesskosten in der Beschaffung erhöhe (erschwerter Wareneingang, evtl. Umpacken, Umetikettieren etc.).

30. Laut Aussagen der befragten Marktteilnehmer erschweren die folgenden Faktoren Parallelimporte im Bereich Lebensmittel zusätzlich:

- Die Zusammensetzung der Produkte sei in den Ländern oft unterschiedlich (z.B. können sich Geschmack und die physischen Eigenschaften des Produkts unterscheiden) oder die Produkte trügen in verschiedenen Ländern nicht denselben Namen (z.B. Caprice des Dieux), womit die Akzeptanz der importierten Produkte bei den Kunden fraglich sei.
- Die beschränkte Haltbarkeit von Food-Produkten und Anforderungen an die Lagerung (z.B. Küh-

lung) schränke die Lagerfähigkeit und damit die Möglichkeit für Parallelimporte ein.

- Tägliche Lieferungen in die Verteilzentralen in kleinen Losgrössen könnten nicht rentabel abgewickelt werden. Dies gelte insbesondere für gekühlte Artikel.
- Zölle, insbesondere bei gewissen Milchprodukten (z.B. Joghurt). In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Schweiz im Gegensatz zu anderen Ländern den Einfuhrzoll auf das Bruttogewicht und nicht auf den Warenwert erhebt. Folglich bleibt die Zollbelastung eines Produkts bei sinkenden Warenpreisen – etwa infolge von Wechselkursvorteilen – gleich hoch.<sup>25</sup>
- Im Getränkebereich werde ein Import (z.B. aus Deutschland) durch das nicht rückerstattete Pfand verteuert. Bei Wasser sei der Logistikkostenanteil zudem überdurchschnittlich hoch. Jeder zusätzliche Transport erhöhe den Einkaufspreis, weshalb sich der Parallelimport betriebswirtschaftlich nicht lohne.

31. Die genannten Gründe für einen Verzicht auf Parallelimporte enthalten keine Hinweise auf eine kartellrechtlich problematische Behinderung von Parallelimporten. Während gewisse Faktoren, welche einen Parallelimport unattraktiv machen, nicht geändert werden können (z.B. Geschmack und Gewohnheiten der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten, beschränkte Haltbarkeit von Frischprodukten), besteht bei den gesetzlich verursachten Handelshemmnissen (z.B. Produktedeklarationsvorschriften, Zölle) politischer Handlungsspielraum, den es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu nutzen gälte.<sup>26</sup>

*Keine genügenden Anhaltspunkte für Behinderung von Parallelimporten*

32. Das Sekretariat befragte die Lieferanten explizit nach allenfalls bestehenden Gebietsklauseln, welche Lieferungen in die Schweiz oder ausserhalb des EWR betreffen, und nach Bezugspflichten ihrer Schweizer Vertragspartner im Inland. Die Lieferanten verneinten die Existenz solcher Gebietsklauseln oder von Bezugspflichten der Schweizer Vertragshändler im Inland.

<sup>23</sup> Vgl. auch PREISÜBERWACHUNG (Fn 3), 34 f.

<sup>24</sup> Vgl. Verordnung vom 23. Mai 2012 über das Ausstellen von Ursprungsnachweisen (VAU; SR 946.32), Art. 5 der Verordnung vom 18. Juni 2008 über die Zollansätze für Waren im Verkehr mit EU- und EFTA-Mitgliedstaaten (Freihandelsverordnung 1; SR 632.421.0) und Art. 5 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Zollansätze für Waren im Verkehr mit Freihandelspartnern (ausgenommen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten) (Freihandelsverordnung 2; SR 632.319).

<sup>25</sup> K-TIPP, Importe: Der Bund kassiert kräftig mit, 13.03.2013, Nr. 5, 6.

<sup>26</sup> Eine Übersicht über aktuelle Handelshemmnisse ist zu finden im Bericht der Preisüberwachung (Fn 3), 17 ff.

33. Die Frage nach allenfalls bestehenden Anhaltspunkten für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Schweizer Detailhändler verneinten die befragten Lieferanten. Einige wiesen in diesem Zusammenhang auf die hohe Marktkonzentration im Schweizer Lebensmittelhandel hin, welche die Markenartikelhersteller bei ihren Verhandlungen mit den Schweizer Lebensmitteldetailhändlern zu spüren bekämen ([...], vgl. hierzu unten, Rz 115 ff.).

34. Gefragt nach Anhaltspunkten für ein wettbewerbswidriges Verhalten von Markenartikellieferanten, wobei die Behinderung von Parallelimporten als Beispiel angegeben wurde, erwähnte ein Lebensmitteldetailhändler, dass ein Lieferant offensichtlich Druck auf den Parallelhändler ausgeübt habe, so dass dieser den Detailhändler nicht mehr bedienen könne. Auf Nachfrage des Sekretariats präzisierte der Detailhändler, es gäbe diesbezüglich keine schriftlichen Unterlagen. Zwischenzeitlich sei jedoch ein weiterer möglicher Parallelhändler für die Produkte des fraglichen Lieferanten ausfindig gemacht worden. Weitere Informationen zur geltend gemachten Druckausübung auf den Parallelhändler erhielt das Sekretariat vom Detailhändler nicht.

35. Ein weiterer Detailhändler gab an, dass in Gesprächen mit Lieferanten vereinzelt Anhaltspunkte erkennbar seien, dass Parallelimporte im grossen Stil möglicherweise verhindert würden. Auf Nachfrage des Sekretariats hin hat der Detailhändler ausgeführt, es habe von einzelnen Markenartikellieferanten nur generell in Gesprächen Andeutungen in diese Richtung gegeben. Diese Andeutungen konnte der Detailhändler nicht weiter substantiieren, da sie schon länger zurückliegen würden und lediglich mündlich gemacht worden seien. Weitere Informationen zur allfälligen Behinderung von Parallelimporten erhielt das Sekretariat vom Detailhändler nicht.

#### Fazit

36. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Schweizer Detailhändler zum Zeitpunkt der Befragung gemäss den Angaben der Marktteilnehmer die Möglichkeit hatten, viele Markenprodukte – insbesondere über ausländische unabhängige Vertriebshändler – parallel zu importieren. Diese Möglichkeit wurde auch genutzt, jedoch in einem bescheidenen Umfang.

37. Das geringe Ausmass an Parallelimporten kann zumindest teilweise durch bestehende Handelshemmnisse erklärt werden, welche den Parallelhandel unattraktiv machen. Ein weiterer wichtiger Erklärungsfaktor ist die fehlende kontinuierliche Warenverfügbarkeit. Genügende Anhaltspunkte für kartellrechtlich problematische Behinderungen von Parallelimporten wurden in der Vorabklärung gemäss den Angaben der befragten Marktteilnehmer nicht gefunden.

38. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass auch ein geringes Ausmass an Parallelimporten zu spürbar tieferen Preisen für Konsumenten in der Schweiz führen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Detailhändler durchgeführte und/oder angedrohte Parallelimporte erfolgreich dazu benutzen, um von den Lieferanten in der Schweiz dauerhaft tiefere Preise zu erhalten und die erhaltenen Preisvorteile den Konsumenten weiterzugeben.<sup>27</sup> Ob und in welchem Ausmass eine Weitergabe

von Preisnachlässen in Zusammenhang mit dem Frankenhoch durch die befragten Markenartikellieferanten und Lebensmitteldetailhändler stattgefunden hat, wird im nächsten Abschnitt eruiert.

### B.3 Keine Hinweise auf unzulässige vertikale oder horizontale Preisabreden

#### B.3.1 Keine konkreten Hinweise auf Preisabreden

39. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

40. 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).

41. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden zwischen Konkurrenten über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG), d.h. bei horizontalen Preisabreden. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise (Art. 5 Abs. 4 KG, zudem Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek), sogenannten vertikalen Preisabreden oder Preisbindungen zweiter Hand.

42. Im Rahmen der Vorabklärung wurden 22 Lieferanten von Markenartikeln gefragt, ob sie Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Schweizer Detailhändler hätten. Unter wettbewerbswidrige Verhaltensweisen fallen auch horizontale und vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Keiner der 22 befragten Markenartikellieferanten gab an, Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Schweizer Detailhändler zu haben, weder bezüglich Preisabreden noch anderer Abreden.<sup>28</sup>

43. Die drei Detailhändler Coop, Denner und Migros machten auf die Frage des Sekretariats, ob sie Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten von Markenartikellieferanten hätten, keine konkreten Hinweise bezüglich einer möglichen horizontalen oder vertikalen Preisbindung (vgl. oben, Rz 34 ff.).

<sup>27</sup> So bezeichnet der Vorsitzende der Geschäftsleitung von Coop Parallelimportpreise als „wichtige taktische Massnahme“ bei Verhandlungen. Vgl. 20 Minuten, Coop-Chef: „Vor Skandalen sind wir nicht gefeit“, 27.02.2013, 16. Vgl. in diesem Zusammenhang auch U. ROTZINGER, So macht Coop Druck auf Lieferanten, blick.ch vom 20.02.2013, abrufbar unter <[http://www.blick.ch/news/wirtschaft/so-macht-coop-druck-auf-lieferanten-id2211178.html#community\\_article\\_comments\\_default](http://www.blick.ch/news/wirtschaft/so-macht-coop-druck-auf-lieferanten-id2211178.html#community_article_comments_default)> (20.02.2013). Ähnlich tönt es bei Denner: Denner wähle gezielt den Weg über Parallelimporte, wenn die Hersteller bei den Verhandlungen nicht einlenken. Gemäss dem CEO von Denner zeige dieses Vorgehen durchaus Wirkung. Vgl. P. KELLER, Denner eröffnet 50 neue Läden, NZZ am Sonntag, 31.03.2013, 27.

<sup>28</sup> 21 der 22 befragten Lieferanten von Markenartikeln gaben an, keine Anhaltspunkte für ein solches Verhalten zu haben. Einer der befragten Lieferanten beantwortete diese Frage nicht.

44. Des Weiteren fragte das Sekretariat die drei Detailhändler, ob sie von Markenartikellieferanten Preisempfehlungen erhalten, welche mit Druck oder Anreizen verbunden sind, damit die Preisempfehlungen eingehalten werden. Preisempfehlungen können unter Umständen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m Abs. 1 KG darstellen. Dabei werden sie gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a und Ziff. 15 Abs. 2 VertBek dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich die Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

45. Alle drei Detailhändler verneinten, sich an Preisempfehlungen zu halten. Einer der drei Detailhändler (...) verwies darauf, von fast allen Lieferanten unverbindliche Preisempfehlungen zu erhalten. Während [...] sagte, dass weder Druck eingesetzt noch Anreize gewährt würden, um Preisempfehlungen einzuhalten, hielt [...] fest, dass ein gewisser Druck zur Einhaltung verspürt würde. [...] sagte aber auch, dass [...] konsequent eine eigene Preispolitik führe und sich nicht an Preisempfehlungen halte.

46. Somit liegen dem Sekretariat der WEKO basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer keine konkreten Hinweise auf unzulässige horizontale oder vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor.

### **B.3.2 Weitergabe von Währungsvorteilen**

47. Wie vorhergehend (vgl. oben, Rz 32 ff., 39 ff.) aufgezeigt, fand das Sekretariat keine Hinweise für unzulässige Gebiets- oder Preisabsprachen bezüglich Markenprodukte, welche durch Lebensmitteldetailhändler verkauft werden. Somit lassen sich allfällige nicht gewährte Währungsvorteile auch nicht als Auswirkungen solcher Absprachen gemäss Art. 5 KG erklären. Die in der vorliegenden Vorabklärung erlangten Erkenntnisse hinsichtlich der Frage, auf welcher Stufe der Wertschöpfungskette welches Ausmass an Währungsvorteilen weitergegeben wurde, werden nachfolgend dennoch dargelegt.

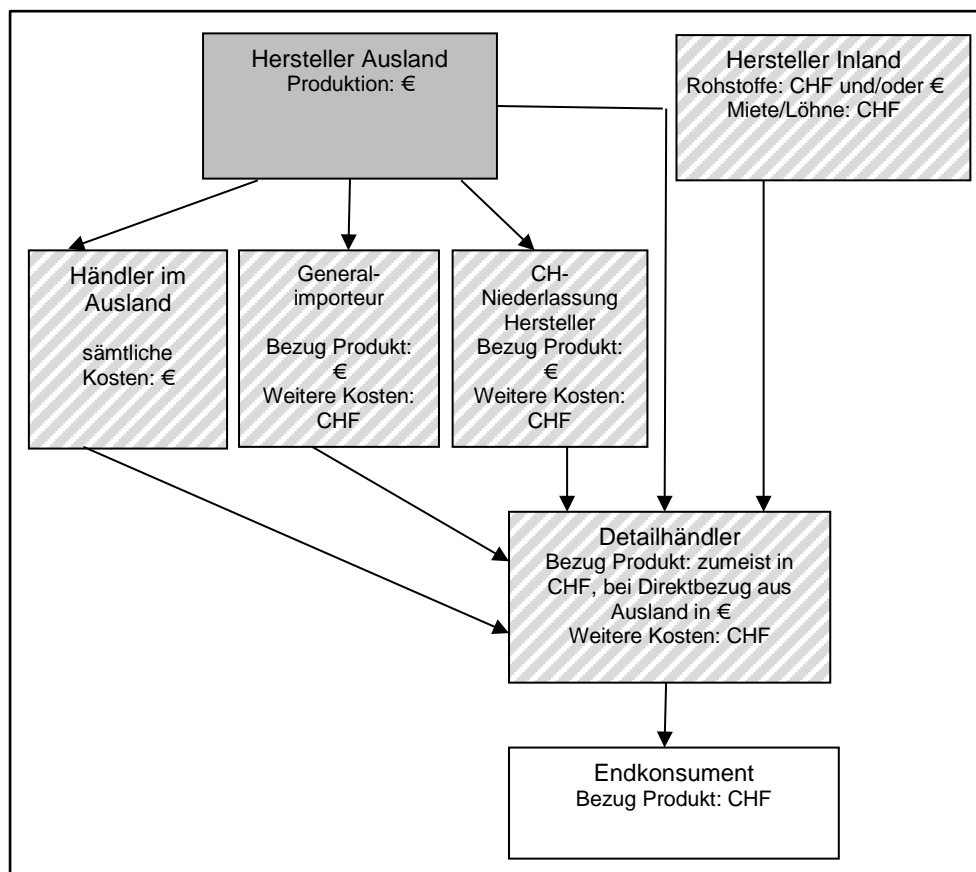
48. In einem ersten Schritt werden in Abschnitt B.3.2.1 die Methode und die Daten zur Überprüfung des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen dargelegt. In Abschnitt B.3.2.2 wird sodann die Weitergabe von Währungsvorteilen durch die Markenartikellieferan-

ten diskutiert. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, welcher Anteil der Kosten der Markenartikellieferanten in ausländischen Währungen anfällt und somit von der Frankenstärke beeinflusst wird. In einem dritten Schritt wird in Abschnitt B.3.2.3 die Weitergabe der Währungsvorteile durch den nachgelagerten Markt, d.h. von den Detailhändlern an die Endkunden, anhand zweier Blickwinkel analysiert: erstens anhand der Angaben der drei befragten Detailhändler zu den von ihnen erhaltenen und weitergegebenen Konditionenverbesserungen und zweitens anhand eines Vergleichs der zeitlichen Entwicklung der Margen der einzelnen Detailhändler. Schliesslich wird in einem vierten Schritt (B.3.2.4) ein Fazit aus den ersten beiden Schritten gezogen und aufgezeigt, inwieweit sich die Resultate des Sekretariats mit jenen anderer Studien decken.

#### **B.3.2.1 Methode und Daten**

49. Zum besseren Verständnis der durchgeführten Analyse wird in Abbildung 2 vorab die Vertriebsstruktur von Markenartikeln des täglichen Bedarfs illustriert und aufgezeigt, an welchen Stellen in der Vertriebskette Währungsvorteile anfallen können. Markenartikel des täglichen Bedarfs werden sowohl im Inland als auch im Ausland produziert. Vor allem Markenartikel, die im Ausland produziert und somit von Kosten bestimmt werden, die in einer ausländischen Währung anfallen, werden durch Wechselkursveränderungen beeinflusst. Jedoch können Wechselkursvorteile auch bei Markenartikeln, die im Inland produziert werden, kostensenkend wirken. Dies ist dann der Fall, wenn (bedeutende) Inputkosten, insbesondere für Rohstoffe, in einer anderen Währung anfallen. Im Ausland hergestellte Markenartikel werden in der Regel entweder über einen Generalimporteur oder eine nationale Niederlassung des Produzenten in der Schweiz vertrieben, in gewissen Fällen aber auch direkt beim Produzenten im Ausland oder bei einem anderen Lieferanten im Ausland bezogen. Werden die Produkte über eine schweizerische Niederlassung erworben, fallen die Einstandskosten für die Detailhändler in der Regel in Schweizer Franken an. Der zentrale Absatzkanal von Markenartikeln des täglichen Bedarfs sind die Lebensmitteldetailhändler, welche die Produkte den Endkonsumenten in Supermärkten zum Verkauf anbieten.

Abbildung 2: Vertriebsstruktur und Währungsvorteile bei Markenartikeln des täglichen Bedarfs



Quelle: Eigene Darstellung.

Bemerkungen: Die Grafik zeigt auf, bei welchen Akteuren die Kosten in der Regel nur in Euro (grau eingefärbt), in Euro und in Schweizer Franken (grau schraffiert) und in Schweizer Franken (ohne Einfärbung) anfallen. Stellvertretend für sämtliche ausländischen Währungen wird in der Grafik der Übersichtlichkeit halber nur der Euro aufgeführt.

50. Wichtige Grössen, welche das Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen bestimmen, sind am Markt nicht beobachtbar (vgl. Tabelle 4). Es handelt sich hierbei insbesondere um die Produktionskosten der Lieferanten und um die Einstandspreise und Konditionen (Aktionsbeiträge, Listungsgebühren, Werbekostenbeiträge etc.), welche zwischen Lieferanten und Detailhändlern vereinbart werden.<sup>29</sup> Einzig Konsumentenpreise sind am Markt beobachtbar. Diese stellen jedoch lediglich eine Momentaufnahme dar, da sie sich jederzeit ändern können. Um eine zuverlässige Aussage darüber machen zu können, in welchem Umfang Währungsvorteile dem Endkunden weitergegeben wurden, genügen Preiserhebungen zu gewissen Stichdaten nicht; auch Aktionen sowie die abgesetzten Mengen zu Normal- und Aktionsverkaufspreisen – welche am Markt nicht beobachtbar sind – müssen über eine gewisse Zeitperiode in die Analyse miteinbezogen werden. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die Detailhändler Konditionenverbesserungen, welche sie für ein bestimmtes Produkt erhalten, für die Preisreduktion anderer Produkte des Lieferanten verwenden (vgl. unten, Rz 79, 82). Deshalb konnte das Sekretariat diese Daten am Markt nicht selbst erheben, sondern war zur Überprüfung des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen entlang der Wertschöpfungskette von Markenartikeln des tägli-

chen Bedarfs auf Auskünfte der befragten Marktteilnehmer angewiesen. Diese waren gesetzlich verpflichtet, die Fragen des Sekretariats korrekt zu beantworten (Art. 40 und 52 KG).

<sup>29</sup> Bei den Einstandspreisen der Lebensmittel-detailhändler handelt es sich im Allgemeinen um nichtlineare Tarife, weil die Einstandspreise in aller Regel von der bezogenen Menge und den Zahlungskonditionen abhängig sind und von den Lieferanten an den Detailhandel oft Pauschalzahlungen in Form von Werbekostenbeiträgen, Aktionsbeiträgen und Listungsgebühren fließen. Dies impliziert, dass für die Bestimmung des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen detaillierte Angaben der Detailhändler nötig sind.

Tabelle 4: Beobachtbare Einflussfaktoren der Weitergabe von Währungsvorteilen bei Markenartikeln

Distributionsebene	Grösse	Beobachtbar durch		
		Lieferant	Detailhändler	Endkonsument/ Öffentlichkeit
Hersteller	Kosten	Ja	Nein	Nein
Detailhändler	Einstandspreis / Konditionen	Ja	Ja	Nein
	Weitere Kosten	Nein	Ja	Nein
Endkonsument	Endverkaufspreis	Ja	Ja	Ja
	Verkaufte Menge	Ja	Ja	Nein
	Welche Menge zu welchem Preis	Nein	Ja	Nein

Quelle: Eigene Darstellung.

51. Zur Überprüfung des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen auf Stufe der Lieferanten wurden die Lieferanten nach den jeweils drei umsatzstärksten Produkten ihrer fünf wichtigsten Marken (Leadermarken) in der Schweiz<sup>30</sup> sowie nach deren Produktionsorten und dem Einfluss von Wechselkursveränderungen auf die Kosten für diese Produkte gefragt (vgl. Fragebogen an die Lieferanten in Anhang A.1). Zudem gaben die Lieferanten an, zu welchen Zeitpunkten und mit welcher zeitlichen Verzögerung sie Coop, Denner und Migros währungsbedingt bessere Konditionen gewährten, um welche Art von Konditionenverbesserungen (z.B. Reduktion des Einstandspreises, Pauschalzahlung) es sich dabei handelte und in welchem prozentualen Umfang sie die jeweiligen Einstandspreise gesenkt haben und/oder in welchem Umfang Zahlungen geleistet wurden.

52. Zur Überprüfung des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen auf Stufe des Detailhandels stützte sich das Sekretariat ebenfalls auf diese Auskünfte der Lieferanten zur Weitergabe von Währungsvorteilen an den Handel. Zudem wurden die Lieferanten gefragt, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang der jeweilige Detailhändler die gewährten Konditionenverbesserungen an die Schweizer Endkunden weitergegeben hatte. Darüber hinaus wurden die Lieferanten generell nach Beispielen gefragt, bei denen Schweizer Lebensmittel-detailhändler seit dem 1. Januar 2011 von ihnen gewährte Preisnachlässe – insbesondere Währungsvorteile – nicht oder nur zu einem sehr geringen Teil weitergegeben hatten.

53. Das Sekretariat stützte sich bei der Analyse des Ausmasses der Weitergabe von Währungsvorteilen auf Stufe des Detailhandels auch auf Auskünfte der Detailhändler (vgl. Fragebogen an die Detailhändler in Anhang A.2). So bat das Sekretariat die Detailhändler um Angabe der aus ihrer Sicht jeweils drei umsatzstärksten Produkte der fünf wichtigsten Marken (Leadermarken) für 19 der 22 vom Sekretariat befragten Lieferanten. Für diese Produkte gaben die Detailhändler die Zeitpunkte sowie die Art und den Umfang der Konditionenverbesserungen an, welche sie seit dem 1. Januar 2011 von den Lieferanten erhalten hatten. Weiter fragte das Sekretariat die

Detailhändler, zu welchen Zeitpunkten, in welcher Art und in welchem Umfang sie die vom jeweiligen Markenartikellieferanten gewährten Konditionenverbesserungen an die Konsumenten weitergegeben hatten. Die Angaben der wertmässigen jährlichen Bezugsvolumina bei den 22 Lieferanten und der damit erzielten Umsätze durch die Detailhändler für die Jahre 2009–2011 erlaubte es zudem, die zeitliche Entwicklung der Margen der Detailhändler zu untersuchen. Diese Margenentwicklung gab ebenfalls Hinweise auf das Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen durch den Detailhandel und erlaubte es dem Sekretariat, die Angaben der Marktteilnehmer zu den drei umsatzstärksten Produkten der fünf wichtigsten Marken jedes Lieferanten zu plausibilisieren.

54. Während also gewisse Informationen und Daten mangels Verfügbarkeit auf beiden Marktseiten nur entweder bei den Lieferanten oder den Detailhändlern erhoben wurden, forderte das Sekretariat andere Daten sowohl bei den Lieferanten als auch bei den Detailhändlern an. Dies aus folgenden Gründen: Zum einen waren Informationen von beiden Marktseiten notwendig, um ein möglichst vollständiges Bild über das Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen zu erhalten. So kennen etwa die Detailhändler die Kostenstrukturen der Lieferanten nicht, während die Lieferanten nicht wissen, welche Mengen ihrer Produkte vom Detailhandel zu welchem Preis verkauft worden sind. Zum anderen sollte die beidseitige Befragung erlauben zu verifizieren, ob die Angaben der beiden Marktseiten übereinstimmen. Hierzu bleibt zu präzisieren, dass die von den Lieferanten genannten drei umsatzstärksten Produkte der fünf wichtigsten Marken teilweise nicht deckungsgleich waren mit

<sup>30</sup> Dies bedeutet, dass die Unternehmen nicht selbst bestimmen konnten, für welche Produkte sie die geforderten Informationen abgaben.

den von den Detailhändlern genannten Produkten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Sekretariat den Detailhändlern die aus Sicht der Lieferanten wichtigsten Produkte aus Vertraulichkeitsgründen nicht preisgeben durfte und die Detailhändler im Fragebogen somit nicht konkret nach den durch die Lieferanten genannten Produkten befragen konnte. Die Ergebnisse der Auswertung der von den befragten Marktteilnehmern zur Verfügung gestellten Daten werden in den folgenden Abschnitten B.3.2.2 bis B.3.2.4 dargestellt.

55. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass die Beantwortung der Fragebögen für die Marktteilnehmer in der Regel mit grossem Aufwand verbunden war, insbesondere für die Detailhändler, welche zu einer Vielzahl von Produkten befragt wurden. Diese mussten die erfragten Daten aus ihren IT-Systemen ziehen und aufbereiten. Teilweise wurden die Daten nicht identisch aufbereitet. Zudem waren gewisse Daten laut Angaben der Marktteilnehmer gar nicht verfügbar. Dies führte dazu, dass gewisse Daten, welche die Marktteilnehmer dem Sekretariat zustellten, unvollständig waren, auch wenn insgesamt gesehen der Grossteil der erfragten Informationen eingereicht wurde.

56. In Anbetracht dessen, dass die Erkenntnisse der Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergaben, die eine Weitergabe von Währungsvorteilen verhinderten (vgl. unten, Rz 133), und da zudem die Währungsvorteile bei den betrachteten Markenartikeln des täglichen Bedarfs mehrheitlich weitergegeben wurden (vgl. unten, Rz 106), wäre es im Rahmen einer Vorabklärung unverhältnismässig gewesen, für einzelne Produkte Zusatzinformationen bei Lieferanten und Detailhändlern einzuholen. Am Resultat der Vorabklärung – keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, die eine Weitergabe von Währungsvorteilen verhindert haben – hätte sich durch solche zusätzlichen Abklärungen, die sowohl bei den Unternehmen als auch bei den Behörden zusätzliche Ressourcen beansprucht hätten, nichts geändert.

### **B.3.2.2 Weitergabe von Währungsvorteilen durch Markenartikellieferanten**

57. Nachfolgend wird zuerst dargelegt, welchen Einfluss Wechselkursänderungen auf die Kosten der befragten Lieferanten haben und danach der Frage nachgegangen, ob und in welcher Art derart entstandene Wechselkursvorteile an die Detailhändler in der Schweiz weitergegeben wurden.

#### *Einfluss der Frankenstärke auf die Kosten der Markenartikellieferanten*

58. Da der Grossteil der befragten Lieferanten ihre umsatzstärksten Produkte ausschliesslich oder mehrheitlich im Ausland bezieht, wirkt sich der starke Franken insbesondere auf die Beschaffungskosten aus. Auch Produkte, welche in der Schweiz produziert werden, können von der Frankenstärke profitieren, wenn z.B. benötigte Rohstoffe im Ausland beschafft werden. Allerdings fallen viele Kosten der Lieferanten auch bei einem Import des Produkts in der Schweiz an, wie unten (vgl. Rz 60) aufgezeigt wird.

59. Von den 22 befragten Markenartikellieferanten machten deren zwölf konkrete Angaben über den prozentualen Einfluss von Wechselkursveränderungen auf ihre Kosten, und zwar entweder bezüglich ihrer jeweils drei umsatzstärksten Produkte ihrer fünf wichtigsten Marken oder bezüglich ihrer Kosten insgesamt. Der Lieferant mit der höchsten Schätzung ging davon aus, dass seine wichtigsten Marken im Jahr 2011 zu rund 68–79 % von Wechselkursveränderungen beeinflusst worden waren. Sechs weitere Schätzungen beliefen sich auf einen Prozentsatz von je etwa 30–50 %, vier der fünf verbleibenden Schätzungen lagen unter diesem Wert. Einer der Lieferanten schliesslich lieferte je nach Marke sehr unterschiedliche Werte und wies darauf hin, dass seine Produkte teilweise in der Schweiz hergestellt werden. Gefragt wurden die Markenartikellieferanten auch, auf welcher Stufe ihrer Wertschöpfungskette diese Wechselkursänderungen Einfluss auf ihre Kosten haben. Diesbezüglich wurden insbesondere die Kosten für den Einkauf der Produkte, für Rohmaterialien und für Verpackungsmaterial genannt.

60. Zu den wichtigsten Kosten, die bei einem Import der Produkte üblicherweise in Schweizer Franken anfallen, dürften Werbe- resp. Marketingkosten gehören. Gemäss Auskunft eines Lieferanten sind beispielsweise die Mediakosten bis zu 7-mal so hoch wie beispielsweise in Deutschland. Als weitere Kosten, die in Schweizer Franken fakturiert werden, wurden u.a. Lohnkosten, Listungs- und Aktionsbeiträge, Logistik- und Transportkosten in der Schweiz und Mietkosten genannt.

61. Zwei Lieferanten erwähnten, dass sie sämtliche ihrer umsatzstärksten Produkte in der Schweiz herstellen. Zudem wies einer dieser Lieferanten darauf hin, dass er auch die zur Produktion benötigten Rohmaterialien grossmehrheitlich direkt von Schweizer Produzenten beziehen würde. Auch fünf weitere Lieferanten gaben an, mindestens einen Teil ihrer umsatzstärksten Produkte in der Schweiz zu produzieren.

62. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht nur Lieferanten, welche überwiegend in der Schweiz herstellen, sondern auch diejenigen, welche hauptsächlich oder ausschliesslich Produkte aus dem Ausland beziehen, in der grossen Mehrheit angaben, ihre Kosten würden zu weniger als 50 % vom Wechselkurs beeinflusst.<sup>31</sup> Dies bedeutet, dass beispielsweise die Abwertung des Euro von CHF/€ 1.50 im Dezember 2009 auf CHF/€ 1.23 im Dezember 2012<sup>32</sup>, also um rund 18 %, zu Kostenersparnissen bei den Lieferanten von zumeist weniger als 9 % führte. Wichtige in Schweizer Franken anfallende Kosten dürften für die befragten

<sup>31</sup> Dieser hohe Anteil an in Schweizer Franken anfallenden Kosten wird auch durch Produzenten und Importeure bestätigt, die angeben, dass im Schweizer Verkaufspreis eines im Ausland hergestellten Produktes oft 50–70 % schweizerische Kosten bzw. Wertschöpfung steckten (H. SCHÖCHLI, Kosteninsel Schweiz im Visier: Markenartikler legen Daten zu den hohen Schweizer Aufwendungen offen, NZZ, 24.09.2013).

<sup>32</sup> Monatsmittel gemäss Angaben der Schweizerischen Nationalbank (SNB), zu finden auf <www.snb.ch>, Link: Statistiken, Statistische Publikationen, Zinssätze und Devisenkurse (monatlich).



Markenartikellieferanten dabei insbesondere solche für Marketingaktivitäten sein. Auch bei den Detailhändlern fallen bedeutende Kosten in Schweizer Franken an, was den Einfluss der Frankenstärke auf den Endkonsumentenpreis zusätzlich schmälert.

#### *Weitergabe von Währungsvorteilen durch Markenartikellieferanten*

63. Die Lieferanten wurden gefragt, zu welchen Zeitpunkten, in welcher Art und in welchem Umfang sie bezüglich den von ihnen genannten wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkten seit 2011 Coop, Denner und Migros währungsbedingt bessere Konditionen gewährt hatten. 20 der 22 Lieferanten gaben an, seit 2011 mindestens bezüglich eines oder eines Teils ihrer wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte bessere Konditionen gewährt zu haben. Einige hiervon beantworteten diese Frage bezüglich sämtlicher von ihnen gewährten Konditionenverbesserungen, unabhängig davon, ob diese währungsbedingt waren oder nicht.

64. Ein Grund hierfür könnte sein, dass es für einen Lieferanten unter Umständen schwierig ist, zwischen währungsbedingten und anderweitigen Konditionenverbesserungen zu unterscheiden. So wies beispielsweise ein Lieferant darauf hin, dass die Währungsentwicklung nur einer von mehreren Faktoren ist, welche die Preisgestaltung beeinflussen. Auch zwei der drei befragten Detailhändler wiesen darauf hin, dass viele Faktoren in die Preisverhandlung zwischen Lieferant und Detailhändler einfließen. So bemerkte Migros, dass eine Aufschlüsselung nach währungsbedingten und übrigen Preissenkungen unmöglich sei, da die Preise als Ganzes in Verhandlungsrunden festgelegt würden. Als Faktoren, welche die Preise im Einkauf beeinflussen, nannte sie namentlich das Umsatzwachstum, Produktivitätssteigerungen, Rohstoffpreisentwicklungen, Logistik-Optimierung, Währungsvorteile und Preisdiskriminierung gegenüber dem Ausland. Auch Coop zeigte auf, dass sich der Einkaufspreis aufgrund einer Vielzahl von Faktoren verändert, wie Währungsvorteile, Veränderungen bei den Logistik- oder Transportkonditionen, Rohstoffpreisveränderungen, sich verändernden Aktionstätigkeiten und Veränderungen der Zolltarife.

65. Nur zwei Lieferanten verneinten jegliche Weitergabe von Währungsvorteilen bezüglich ihrer wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte, beide mit der Begründung, dass diese in der Schweiz produziert werden und somit keine Währungsvorteile angefallen waren (vgl. hierzu oben, Rz 61).

66. Konditionenverbesserungen wurden von den Lieferanten gestützt auf deren Antworten insbesondere mittels einer Senkung der Einstandspreise gewährt, aber auch mittels Pauschalzahlungen – etwa aufgrund des währungsbedingten Preisdrucks oder als Werbekostenzuschüsse – sowie mittels Verzicht von Preiserhöhungen aufgrund gestiegener Rohstoffpreise. Zudem gaben mehrere Lieferanten an, dass Wechselkursveränderungen, die vor der starken Aufwertung des Schweizer Frankens zu ihren Ungunsten ausgefallen waren, bei Preisverhandlungen mit dem Detailhandel nicht berücksichtigt wurden.

67. Nicht nur die Lieferanten, sondern auch die Detailhändler wurden zu gewährten Konditionenverbesserungen der Lieferanten an die Detailhändler befragt. Eine Auswertung der diesbezüglichen Antworten der drei Detailhändler ist in Rz 78 ff. zusammen mit deren Angaben zur Weitergabe erhaltener Konditionenverbesserungen an ihre Kunden zu finden.<sup>33</sup>

68. Informationen über die Gewährung von Währungsvorteilen liefert auch die Auswertung der Frage an die Markenartikellieferanten, ob sie mit dem Schweizer Lebensmitteldetailhandel Verträge oder Konditionenvereinbarungen abgeschlossen haben betreffend die Weitergabe von Währungsvorteilen. Die grosse Mehrheit der befragten Lieferanten verneinte diese Frage, zwei Lieferanten beantworteten sie nicht. Bezüglich der Weitergabe von Währungsvorteilen vom Lieferanten zum Detailhändler schilderten mehrere Lieferanten, dass sie Detailhändlern aufgrund des starken Frankens Sonderrabatte gewährten. Teilweise ist die Höhe dieser Vergütungen an den Euro-Kurs gekoppelt. Hinsichtlich der Weitergabe von Währungsvorteilen vom Detailhandel an die Endkunden schilderte ein Lieferant zudem, dass seine Kunden die von ihm gewährten Preissenkungen auf sämtlichen Produkten mindestens in demselben Umfang an die Konsumenten weiterzugeben haben. Diese Vorgabe ist kartellrechtlich unproblematisch, solange der Detailhändler frei bleibt, den Konsumenten zusätzliche Preisnachlässe auf eigene Kosten zu gewähren; denn es handelt sich hierbei um eine abgeschwächte Version eines Höchstverkaufspreises. Höchstverkaufspreise stellen keine qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsabreden dar, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek). Hierfür bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

69. Die Befragung der Detailhändler bestätigte im Wesentlichen das durch die Aussagen der Lieferanten gewonnene Bild (vgl. oben, Rz 68). Alle drei befragten Detailhändler bejahten, mit gewissen Markenartikellieferanten, mit welchen sie Preise in Schweizer Franken vereinbart haben, Verträge abgeschlossen zu haben, welche an einen konkreten Euro-Kurs resp. einen anderen Wechselkurs gekoppelt sind. Solche Verträge sind gemäss Auskunft zweier Detailhändler aber eher die Ausnahme als die Regel. Ein Detailhändler erklärte, dass in der Regel keine fixe Koppelung an den Wechselkurs vereinbart wird, sondern ein Wechselkursband definiert wird, in welchem der Preis unverändert bleibt. Erst wenn der Wechselkurs während einer gewissen Zeit, [...], ausserhalb dieser Bandbreite liege, würden die Einstandspreise angepasst oder neu verhandelt. Es gibt also auch in diesem System keine sofortige Anpassung

<sup>33</sup> Auch die Detailhändler wurden um die Beantwortung dieser Frage bezüglich der jeweils für sie wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte gebeten. Die genannten Marken und Produkte stimmen oftmals nur zum Teil miteinander überein. Deshalb stützt sich das Sekretariat bei der Berechnung des Ausmasses der Weitergabe von Konditionenverbesserungen durch den Detailhandel im Wesentlichen auf die Angaben des Detailhandels.

an den veränderten Wechselkurs. Allerdings dürfte dieses System – verglichen mit lediglich jährlichen Preis Anpassungen – zu einer schnelleren Anpassung der Einstandspreise infolge von Wechselkursveränderungen führen.

70. Die Lieferanten wurden zudem um eine Beschreibung ihrer Preispolitik in Zusammenhang mit Wechselkursänderungen vor und nach der starken Aufwertung des Schweizer Frankens im Jahr 2011 gebeten (z.B. jährliche Anpassung, kontinuierliche Anpassung). Mehrere Lieferanten schilderten, dass es üblicherweise jährliche Konditionenverhandlungen mit dem Detailhandel gibt, bei ausserordentlichen Veränderungen der Kosten resp. speziellen Situationen aber auch unterjährige Verhandlungen.

71. Etwa ein Drittel der befragten Lieferanten sagte aus, dass sie die Einstandspreise und Konditionen von Coop, Denner und Migros infolge der Frankenaufwertung seit Anfang 2011 häufiger angepasst hatten als dies üblicherweise in früheren Jahren der Fall war, während die übrigen diese Frage verneinten oder keine oder keine genauen Angaben hierzu machten.

72. Viele Lieferanten gaben an, im Herbst 2011 einen Eurobonus resp. eine Preis Anpassung aufgrund der Wechselkursänderung gewährt zu haben. Weitere Lieferanten zeigten Preis Anpassungen auf Ende 2011 resp. Anfang 2012 auf. Schon Anfang 2011 hatten mehrere der befragten Lieferanten Konditionenverbesserungen aufgrund der Aufwertung des Schweizer Frankens durchgeführt; ein Lieferant führte schon 2010 in einigen Kategorien kursbedingte Preisreduktionen ein.

73. Nur für wenige der befragten Lieferanten haben Wechselkursänderungen keinen oder kaum Einfluss auf deren Preispolitik, sei es, weil sich letztere an der Kaufkraft des Marktes oder der Weltnachfrage orientiert oder weil der Wechselkurs kaum Einfluss auf die Kostenstruktur hat (siehe auch oben, Rz 61).

74. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Die meisten der befragten Markenartikellieferanten gewährten Coop, Denner und/oder Migros seit 2011 Konditionenverbesserungen. Eine Unterscheidung in währungsbedingte und anderweitige Konditionenverbesserungen ist dabei nicht immer möglich. Sowohl die drei befragten Detailhändler als auch mehrere Lieferanten gaben an, Verträge abgeschlossen zu haben, welche die Wechselkursentwicklung berücksichtigen. Über einen solchen Vertrag verfügt aber nur eine Minderheit der Markenartikellieferanten. Rund ein Drittel der befragten Lieferanten gab an, die Einstandspreise und Konditionen für Coop, Denner und/oder Migros seit Anfang 2011 häufiger angepasst zu haben als zuvor. Auffallend viele Preissenkungen gab es dabei – gestützt auf die Angaben der befragten Lieferanten – im Herbst 2011.

#### *Fazit*

75. Viele der befragten Lieferanten erzielten aufgrund der Frankenstärke Kostenvorteile. Die grosse Mehrheit der befragten Lieferanten gewährte den Detailhändlern in der Schweiz 2011 und/oder 2012 denn auch Konditionenverbesserungen. Gestützt auf die dem Sekretariat vorliegenden Daten lässt sich aber weder zur Höhe der durch Währungsvorteile entstandenen Kostenersparnis-

se der befragten Lieferanten noch zur Höhe der von diesen Lieferanten gewährten Konditionenverbesserungen eine konkrete Aussage machen. Deshalb ist es dem Sekretariat nicht möglich abzuschätzen, zu welchem Prozentsatz die befragten Markenartikellieferanten Währungsvorteile an den Detailhandel weitergegeben haben.

#### **B.3.2.3 Weitergabe von Währungsvorteilen durch Detailhändler**

76. Im vorhergehenden Abschnitt wurde gezeigt, dass ein Grossteil der befragten Lieferanten angab, den drei grossen Detailhändlern in der Schweiz im Zeitraum 2011–2012 bessere Konditionen gewährt zu haben und dass diese oftmals (auch) mit einer Weitergabe von Währungsvorteilen begründet wurden.

77. Nachfolgend wird anhand der Angaben der Detailhändler Coop, Denner und Migros bezüglich der für sie wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte von 19 Markenartikellieferanten aufgezeigt, ob und wenn ja, in welchem Ausmass Währungsvorteile durch diese drei Detailhändler in den Jahren 2011 und 2012 an die Endkunden weitergegeben worden sind. Anschliessend werden die Angaben der Detailhändler mit den Aussagen der Lieferanten bezüglich der Weitergabe von Währungsvorteilen auf Detailhandelsstufe verglichen. Weiter wird aufgezeigt, wie rasch die befragten Detailhändler auf Konditionenverbesserungen mittels Preissenkungen reagiert haben und ob die Detailhändler allenfalls sogar von Lieferanten erhaltene Preissenkungen vorweggenommen haben. Schliesslich soll die zeitliche Entwicklung der Margen der Detailhändler bezüglich der von den 22 befragten Lieferanten insgesamt bezogenen Produkte einen weiteren Hinweis dazu liefern, inwiefern Währungsvorteile durch den Detailhandel weitergegeben worden sein könnten. Mit anderen Worten dient die Analyse der Margenentwicklung der Detailhändler auch der Plausibilisierung der Daten, welche von den Lieferanten und den Detailhändlern zur Verfügung gestellt wurden.

#### *Weitergabe von erhaltenen Konditionenverbesserungen durch den Detailhandel*

78. Nachdem das Sekretariat bereits die Markenartikellieferanten zu den währungsbedingt gewährten Konditionenverbesserungen für ihre Kunden Coop, Denner und Migros befragt hatte (vgl. oben, Rz 63 ff.), stellte das Sekretariat im Anschluss auch eine entsprechende Frage an die drei Detailhändler. Diese wurden gefragt, zu welchen Zeitpunkten, in welcher Art und in welchem Umfang sie von 19 der 22 befragten Markenartikellieferanten<sup>34</sup> seit 2011 bessere Konditionen hinsichtlich der für sie wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte erhalten hatten. Zudem wurden Coop, Denner und Migros gefragt, in welchem Umfang sie die erhaltenen Konditionenverbesserungen an ihre Kunden weitergegeben hatten. Ein Vergleich der jeweils erhaltenen und gewährten Konditionenverbesserungen soll aufzeigen, in welchem Ausmass Währungsvorteile von den Detailhändlern an ihre Kunden weitergegeben worden sind.

<sup>34</sup> Nicht befragt wurden die Detailhändler zu drei Lieferanten, welche einen bedeutenden Teil ihrer wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte in der Schweiz produzieren.

79. Vorab sei darauf hingewiesen, dass die von den drei Detailhändlern gelieferten Daten teilweise lückenhaft sind. Zudem beziehen sie sich teilweise nicht oder nicht nur auf die für sie wichtigsten Marken und umsatzstärksten Produkte oder auf sämtliche Produkte eines Lieferanten und nicht nur auf dessen wichtigsten Marken und Produkte. Deshalb sind diese Daten mit einem gewissen Vorbehalt zu interpretieren. Zudem machten Detailhändler darauf aufmerksam, dass Preissenkungen, die vom Lieferanten für ein Produkt gewährt wurden, teilweise für Preissenkungen eines oder mehrerer anderer Produkte des gleichen Lieferanten verwendet wurden.

80. Die von den Detailhändlern eingereichten Daten deuten darauf hin, dass diese die seit 2011 erhaltenden Konditionenverbesserungen von den vom Sekretariat genannten Lieferanten zumeist vollständig und oft sogar zu mehr als 100 % weitergegeben haben. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war. Einen weiteren Hinweis auf die Höhe der Weitergabe soll deshalb die nachfolgende Auswertung der Befragung der Lieferanten liefern.

81. Nicht nur die Detailhändler selbst, sondern auch die 22 Markenartikellieferanten wurden dazu befragt, wann und in welchem Umfang Coop, Denner und Migros die vom Lieferanten seit Januar 2011 gewährten (währungsbedingten) Konditionenverbesserungen für seine umsatzstärksten Produkte an die Endkonsumenten weitergegeben hatten.

82. Rund zwei Drittel der Lieferanten zeigte auf, dass von ihnen gewährte Konditionenverbesserungen für ihre umsatzstärksten Produkte zumindest teilweise von einem oder mehreren der vorgenannten Detailhändler weitergegeben wurden. Es ist allerdings gestützt auf deren Antworten schwierig zu schätzen, in welchem Ausmass die von diesen Lieferanten gewährten Währungs- und allfälligen sonstigen Konditionenverbesserungen von den drei Detailhändlern insgesamt weitergegeben wurden. Insbesondere verfügten mehrere Lieferanten nur über lückenhafte Kenntnisse bezüglich der Endverkaufspreise der Detailhändler. Weiter gewährten mehrere Lieferanten Preisnachlässe, die nicht einem einzelnen Produkt zugeordnet werden können, während Detailhändler teilweise ihrerseits Preissenkungen von Lieferanten auf einzelne Produkte dazu verwendeten, die Preise eines resp. mehrerer anderer Produkte des gleichen Lieferanten verstärkt zu senken (vgl. oben, Rz 79). Zudem wurden gewährte Preissenkungen von Lieferanten teilweise für eine verstärkte Aktionstätigkeit verwendet.

83. Ein einziger der befragten Lieferanten verneinte jegliche Weitergabe der von ihm gewährten Konditionenverbesserungen im genannten Zeitraum. Das Sekretariat hat die Aussagen dieses Lieferanten mit den verfügbaren Aussagen der betroffenen Detailhändler verglichen und stellte dabei gewisse Widersprüche fest. Aufgrund ungenügender Anhaltspunkte unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen verzichtete es aber auf weitere Abklärungen bei den betroffenen Unternehmen (vgl. Rz 56). Die übrigen Lieferanten beantworteten die Frage nach der Weitergabe von (währungsbedingt) gewährten

Konditionenverbesserungen für ihre umsatzstärksten Produkte nicht; zum Teil mit der Begründung, keine ausreichenden Kenntnisse zur Preisgestaltung der vorgenannten Detailhändler zu haben, zum Teil weil sie selbst keine Währungsvorteile gewährt hatten.

84. Eine zusätzliche Frage an die Lieferanten dazu, ob diese über weitere Beispiele bezüglich von ihnen gewährten, aber von den Schweizer Lebensmittel- und Detailhändlern seit dem Jahr 2011 nicht oder nur zu einem geringen Teil weitergegebenen Preisnachlässen verfügten, bestätigte im Wesentlichen die Ausführungen in Rz 80 ff.

85. Mit anderen Worten machten die befragten Markenartikellieferanten auf Nachfrage des Sekretariats mit einer Ausnahme keine substantiierten Angaben, dass die Detailhändler die gewährten Währungsvorteile gar nicht oder nur zu einem geringen Teil weitergegeben hätten; dies im Gegensatz zu der gelegentlich in der Öffentlichkeit geäusserten Ansicht.<sup>35</sup> Viele Lieferanten machten allerdings keine resp. keine genaueren Angaben zum Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen durch die Detailhändler. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Grund hierfür beim einen oder anderen Lieferanten die Angst vor Retorsionsmassnahmen war.

86. Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten: Die von den drei Detailhändlern eingereichten Daten weisen darauf hin, dass sie die Konditionen- und somit auch Währungsvorteile, welche ihnen von den Lieferanten in den Jahren 2011 und 2012 gewährt wurden, mehrheitlich vollständig an ihre Kunden weitergegeben haben. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war. Eine Weitergabe von Währungsvorteilen durch die Detailhändler – sei diese teilweise oder vollständig – wird von vielen Lieferanten bestätigt, allerdings konnten viele von ihnen aufgrund fehlender Informationen bezüglich des Endverkaufspreises zum genauen Ausmass der Weitergabe keine Angaben machen.

#### *Zeitpunkt der Weitergabe von Konditionenverbesserungen durch den Detailhandel*

87. Nachfolgend wird aufgezeigt, wann und wie rasch Detailhändler Konditionenverbesserungen seitens ihrer Lieferanten, insbesondere solche, welche aufgrund von Währungsvorteilen gewährt wurden, weitergegeben haben.

<sup>35</sup> Z.B. LE TEMPS, La baisse des prix chez Migros et Coop ne convainc pas tous les consommateurs, 29.12.2010, 15; NZZ AM SONNTAG, Konsumenten im Regen, 20.6.2010, 28; Medienmitteilung Promarca vom 15.08.2011, Detailhändler spielen Marktmacht aus – Promarca fordert Untersuchung, abrufbar unter <[http://www.promarca.ch/images/Presse/Pressemitteilung\\_Waehrungsdifferenzen\\_Promarca\\_d.pdf](http://www.promarca.ch/images/Presse/Pressemitteilung_Waehrungsdifferenzen_Promarca_d.pdf)> (29.05.13).

88. Die dem Sekretariat aufgrund der Fragebögen vorliegenden Daten zeigen, dass die drei Detailhändler Coop, Denner und Migros im Zeitraum 2011–2012 insbesondere im Spätsommer und Herbst 2011 von verschiedenen Markenartikellieferanten Konditionenverbesserungen erhielten.<sup>36</sup> Die diesbezüglichen Konditionenverhandlungen dürften stark von der rapiden Abwertung des Euro geprägt worden sein. Betrug der Euro-Franken-Kurs im April 2011 im Monatsmittel noch 1.30, so sank dieser bis im August 2011 auf das tiefste Monatsmittel von 1.12. Doch auch zu anderen Zeitpunkten, beispielsweise zu Jahresbeginn 2011 und 2012, erhielten Detailhändler von gewissen Lieferanten Konditionenverbesserungen.

89. Denner wies das Sekretariat darauf hin, dass sie Einsparungen bei Einkaufspreisen in aller Regel unverzüglich, oft sogar im Voraus, weitergibt. Auch in einer Medienmitteilung zu den am 12. August 2011 erfolgten Preissenkungen bei rund 50 Markenprodukten bemerkte Denner, dass diese teilweise auf Währungsvorteilen basierten, welche Denner umgehend seinen Kunden weitergeben würde. Die Preissenkungen würden teilweise aber auch von Denner selbst getragen, um Druck auf Markenkonzerne und Importeure auszuüben, welche Währungsvorteile nicht weitergeben würden.<sup>37</sup>

90. Die Migros führte im Zeitraum 2010–2011 mehrere Preissenkungsrunden durch, so z.B. am 11. Oktober 2010, als Migros die Preise von über 275 Artikeln senkte,<sup>38</sup> am 29. Dezember 2010 mit Preissenkungen auf 2'247 Artikeln<sup>39</sup> und Ende August 2011 mit der Senkung der Preise von über 1'100 Markenartikeln.<sup>40</sup>

91. Auch Coop reduzierte 2010 und 2011 die Preise einer Vielzahl von Artikeln. So senkte er am 7. Juni 2010 die Preise einer breiten Palette von Produkten und verwies darauf, dass es ihm gelungen war, bei seinen Lieferanten die Vorteile des schwachen Euro geltend zu machen.<sup>41</sup> Zwei weitere Preissenkungsrunden, welche Coop ebenfalls mit dem schwachen Euro begründete, fanden im Juli 2010 statt.<sup>42</sup> Auch im Sommer des Folgejahrs, nämlich am 20. und 29. August 2011, gab es eine grosse Anzahl weiterer Preissenkungen bei Coop, wobei Coop in einer seiner Medienmitteilungen hierzu insbesondere auf die kurz zuvor erfolgten Auslistungsmassnahmen hinwies, welche die betreffenden Lieferanten veranlasst hatte, Preisnachlässe zu gewähren.<sup>43</sup>

92. Die Auswertung der von den drei Detailhändlern eingereichten Daten bezüglich Erhalt und Weitergabe von Konditionenverbesserungen in den Jahren 2011 und 2012 ergab, dass diese viele, wenn nicht den Grossteil der erhaltenen Konditionenverbesserungen zeitnah an ihre Kunden weitergegeben hatten. Alle drei Detailhändler zeigten zudem auf, dass sie Preissenkungen gewisser Produkte vorfinanziert hatten. Zudem lassen sich verhältnismässig wenige Beispiele dafür finden, dass Konditionenvorteile nur deutlich verzögert weitergegeben wurden. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war.

### Margenentwicklung der Detailhändler

93. Einen Hinweis darauf, ob Preisnachlässe seitens der Lieferanten – seien diese aufgrund von Währungsvorteilen oder anderer Gründe gewährt worden – durch den Detailhandel weitergegeben worden sind, liefert die zeitliche Entwicklung der Margen<sup>44</sup> der Detailhändler: Nehmen die Margen der Detailhändler nach einer Preissenkung seitens der Lieferanten nicht zu, bedeutet dies, dass sie diese Preisnachlässe vollständig in Form tieferer Preise an die Endkunden weitergegeben haben und

<sup>36</sup> Diese Auswertung stützt sich sowohl auf die Antworten der drei Detailhändler (vgl. oben, Rz 78) als auch auf Antworten verschiedener Lieferanten.

<sup>37</sup> Medienmitteilung Denner vom 11.08.2011, Schwacher Euro: Denner handelt und senkt Preise, <<http://www.denner.ch/de/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/news-detail/article/2011/08/11/schwacher-euro-denner-handelt-und-senkt-preise/>> (28.08.2013).

<sup>38</sup> Vgl. Medienmitteilung Migros vom 10.10.2010, Migros gibt Kosteneinsparungen an die Kunden weiter, <[http://www.migros.ch/media/Object/migros\\_ch/Download-Dokumente/Meldungen/Communiqu-Preissenkung\\_de/original/Communiqu-Preissenkung\\_de.pdf](http://www.migros.ch/media/Object/migros_ch/Download-Dokumente/Meldungen/Communiqu-Preissenkung_de/original/Communiqu-Preissenkung_de.pdf)> (08.08.2013). Als Gründe für diese Preissenkungen nannte die Migros in der Mitteilung insbesondere verbesserte Beschaffungspreise sowie optimierte Transport- und Logistikkosten. Sie erwähnte zudem, dass einige Einsparungen tieferen Wechselkursen zu verdanken waren.

<sup>39</sup> Vgl. MIGROS-MAGAZIN, 2247 auf einen Streich, 27.12.2010, Nr. 52, 6 f.

<sup>40</sup> Vgl. TAGESANZEIGER, Migros senkt die Preise von über 500 Artikeln, 16.08.2011, <<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Migros-senkt-die-Preise-von-ueber-500-Artikeln/story/19463995>> (29.05.2013); NZZ ONLINE, Migros senkt Preise von über 500 Markenartikeln, 17.08.2011, <<http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/uebersicht/migros-senkt-preise-von-ueber-500-markenartikeln-1.11943067>> (08.08.2013); Migros-Magazin, Wieder über 600 Markenartikel günstiger, Nr. 35, 29.08.2011, 52 f.

<sup>41</sup> Medienmitteilung Coop vom 07.06.2011, Preisabschläge: Coop-Kunden profitieren vom schwachen Euro, <<http://www.coop.ch/pb/site/medien/node/64731530/Lde/index.html>> (08.08.2011).

<sup>42</sup> Dabei wurden die Preise von 250 Produkten reduziert. Vgl. Medienmitteilung Coop vom 12.07.2010, Coop-Kundinnen und -Kunden profitieren weiter, <<http://www.coop.ch/pb/site/medien/node/64911731/Lde/index.html>> (08.08.2013); Medienmitteilung Coop vom 26.07.2010, Europreisabschluss geht in die nächste Runde!, <<http://www.coop.ch/pb/site/medien/node/64965360/Lde/index.html>> (08.08.2013).

<sup>43</sup> Am 20. August 2011 reduzierte Coop die Preise von rund 700 Produkten von 55 internationalen Marken, am 29. August 2011 wurden nebst anderen Artikeln rund 800 Artikel aus dem Supermarktsortiment günstiger. Vgl. Medienmitteilung Coop vom 18.08.2011, Die Coop Auslistungsmassnahmen zeigen Wirkung, <<http://www.coop.ch/pb/site/medien/node/69959982/Lde/index.html>> (08.08.2013); Medienmitteilung Coop vom 26.08.2011, Weitere Verhandlungserfolge für Coop: 1500 Markenartikel werden günstiger, <<http://www.coop.ch/pb/site/medien/node/70067729/Lde/index.html>> (08.08.2013).

<sup>44</sup> Marge = (Verkaufspreis – Einstandspreis)/Verkaufspreis. Da teilweise unklar ist, ob die Detailhändler bei den angegebenen Einstandspreisen den Netto-Einkaufspreis (nach Abzug ihrer Skonti, Boni etc.) oder den Bruttoeinkaufspreis resp. beim Verkaufspreis den Nettoerlös (nach Abzug von Erlösreduktionen) oder den Bruttoerlös angegeben haben und somit nicht bestimmt werden kann, ob basierend auf den Angaben der Detailhändler die Brutto- oder die Nettomarge ausgewiesen wird, wird für die folgenden Ausführungen der Begriff „Marge“ verwendet.

die Endverkaufspreise darüber hinaus zusätzlich auf eigene Kosten gesenkt haben. Nehmen die Margen der Detailhändler dagegen zu, kann es sein, dass Preisnachlässe seitens der Lieferanten nicht oder nur zum Teil vom Detailhandel weitergegeben wurden. Es ist aber auch möglich, dass die Margen zunehmen, obwohl Preisnachlässe der Lieferanten vollständig an die Endkunden weitergegeben wurden.<sup>45</sup>

94. Werden von Lieferanten erhaltene Konditionenverbesserungen durch den Detailhändler zu exakt 100 Pro-

zent an seine Endkunden weitergegeben, so wird der Margenanstieg<sup>46</sup> des Detailhändlers umso höher ausfallen, je stärker der Einkaufspreis sinkt. Mit nachfolgender Formel lässt sich berechnen, wie stark bei einem beobachteten (vorgegebenen) Margenanstieg der Einkaufspreis gesunken sein muss, wenn der Detailhändler den vom Lieferanten erhaltenen Preisvorteil in der gleichen Periode zu genau 100 Prozent an seine Kunden weitergegeben hat und die sonstigen Bedingungen gleich bleiben (*ceteris paribus*):<sup>47</sup>

$$\frac{\Delta EP}{EP_{alt}} = \frac{1}{M_{neu}} * \left( \frac{1 - M_{neu}}{1 - M_{alt}} - 1 \right)$$

Legende:

Einkaufspreis:  $EP$

Veränderung des Einkaufspreises:  $\Delta EP = EP_{neu} - EP_{alt}$

Marge:  $M$

95. Ein Beispiel: Die Marge eines Detailhändlers bezüglich eines bestimmten Produkts steigt von 20 % auf 25 %. Gemäss nachfolgender Rechnung muss der rela-

tive Einkaufspreis bei einer exakt vollständigen Weitergabe des Detailhändlers somit um 25 % gesunken sein:

$$\frac{\Delta EP}{EP_{alt}} = \frac{1}{0.25} * \left( \frac{1 - 0.25}{1 - 0.20} - 1 \right) = -0.25.$$

<sup>45</sup> Ein Rechenbeispiel hierzu: Für ein Produkt bezahlt ein Detailhändler im Einkauf CHF 1.00 und verkauft dieses für CHF 1.50 an seine Kunden (jeweils ohne MwSt.). Die Marge beträgt somit  $(CHF 1.50 - CHF 1.00) / CHF 1.50 = 33,3\%$ . Neu gewährt ihm der Lieferant einen Rabatt von 10 % auf den Einkaufspreis, womit das Produkt im Einkauf neu CHF 0.90 kostet. Bei gleichbleibendem absolutem Aufschlag von CHF 0.50 und vollständiger Weitergabe des vom Lieferanten gewährten Rabatts bietet der Detailhändler das Produkt dem Endkunden neu zu CHF 1.40 an. Die Marge beträgt neu somit  $(CHF 1.40 - CHF 0.90) / CHF 1.40 = 35,7\%$  und hat somit – trotz vollständiger Weitergabe des gewährten Preisabschlags – zugenommen.

<sup>46</sup> Marge gemäss Fn 44.

<sup>47</sup> Die Formel lässt sich wie folgt herleiten:

$$M = \frac{VP - EP}{VP} \text{ und } \Delta EP = EP_{neu} - EP_{alt}$$

$$M_{neu} = 1 - \frac{EP_{neu}}{VP_{neu}}$$

Wenn der Verkaufspreis um die gleiche Höhe wie der Einkaufspreis sinkt oder steigt, gilt:

$$M_{neu} = 1 - \frac{EP_{neu}}{VP_{neu}} = 1 - \frac{EP_{alt} + \Delta EP}{VP_{alt} + \Delta EP}$$

$$(1 - M_{neu})(VP_{alt} + \Delta EP) = EP_{alt} + \Delta EP$$

$$VP_{alt} + \Delta EP - M_{neu} * VP_{alt} - M_{neu} * \Delta EP = EP_{alt} + \Delta EP$$

$$-M_{neu} * \Delta EP = EP_{alt} - VP_{alt}(1 - M_{neu})$$

$VP_{alt}$  in vorhergehender Zeile durch  $VP_{alt} = \frac{EP_{alt}}{1 - M_{alt}}$  ersetzen:

$$-M_{neu} * \Delta EP = EP_{alt} - EP_{alt} * \frac{1 - M_{neu}}{1 - M_{alt}}$$

$$\frac{\Delta EP}{EP_{alt}} = \frac{1}{M_{neu}} * \left( \frac{1 - M_{neu}}{1 - M_{alt}} - 1 \right).$$

96. Anhand vom Sekretariat erhobener Daten lassen sich die durchschnittlichen Margen der Detailhändler für die Jahre 2009, 2010 und 2011 bezüglich der Produkte der 22 vom Sekretariat befragten Lieferanten berechnen, und zwar sowohl bei einem Bezug der Produkte über den offiziellen Vertriebskanal, also entweder bei der schweizerischen Niederlassung oder dem offiziellen Importeur, als auch bei einem Bezug über den Parallelimportkanal.<sup>48</sup> Von diesen 22 Lieferanten belieferten je 21 Coop und Denner und 19 die Migros. Während für Coop und Denner für die Berechnung der Margen die Daten für 2009, 2010 und 2011 vorlagen, lieferte Migros diesbezüglich nur Daten für 2010 und 2011.<sup>49</sup> Vorab ist anzumerken, dass auch Preisnachlässe, welche bereits im Kalenderjahr vor Erhalt von Konditionenverbesserungen weitergegeben wurden und solche, welche erst im Kalenderjahr nach Erhalt weitergegeben werden, dazu führen resp. beitragen, dass eine Margenveränderung beobachtet wird. Sofern die eingereichten Daten nicht um Lagerbestandsänderungen korrigiert wurden, könnte auch ein Lagerabbau zu einem beobachteten Margenanstieg beitragen.

97. Mit einer Ausnahme deuten die Margenentwicklungen der drei Detailhändler darauf hin, dass die gewährten Konditionenverbesserungen insgesamt gesehen – d.h. unter Einbezug aller befragten Lieferanten des jeweiligen Detailhändlers – 2010 und 2011 vollständig an die Endkunden weitergegeben wurden. Da Konditionenverbesserungen – wie oben erwähnt – aber auch bereits im vorangehenden Kalenderjahr oder erst nach Ablauf des entsprechenden Kalenderjahrs weitergegeben werden können, kann aus der Margenentwicklung keine gesicherte Aussage bezüglich des Ausmasses der Weitergabe getroffen werden. Zudem bleibt darauf hinzuweisen, dass die auf die Margenentwicklungen abgestützten Schlussfolgerungen auf wenige Beobachtungsjahre basieren und daher mit Vorsicht zu interpretieren sind.

98. Aufschlussreich ist ein Vergleich der Margen, welche die Detailhändler bei einem Bezug über den offiziellen Vertriebskanal – sprich bei der jeweiligen schweizerischen Niederlassung oder dem jeweiligen offiziellen Importeur – verglichen mit einem Bezug via Parallelimport erzielt haben. Die Auswertung der Angaben der drei Detailhändler zu den Bezügen bei den 22 Markenartikel-lieferanten zeigt deutlich, dass die einzelnen Detailhändler in den einzelnen Jahren 2009, 2010 und 2011 bei diesen Markenprodukten insgesamt – bis auf eine Ausnahme – mittels Parallelimport [...] durchschnittliche Margen erzielten als mittels Bezug via offiziellem Kanal.<sup>50</sup>

99. Anzumerken ist, dass Parallelimporte verglichen mit einem Bezug beim offiziellen Vertriebspartner nicht unbedeutende Zusatzkosten verursachen können. So wies Denner darauf hin, dass der Parallelimport deutlich kostenintensiver und schwieriger ist. Zu den konkreten allfälligen Zusatzkosten liegen dem Sekretariat keine Informationen vor. Deshalb kann das Sekretariat auch nicht beurteilen, ob die Detailhändler insgesamt gesehen allfällige Einsparungen, welche sie durch tiefere Einstandspreise über den Parallelimport realisierten, an ihre Endkunden weitergegeben haben.

### Fazit

100. Die Auswertung der Angaben der drei Detailhändler dazu, in welchem Umfang sie seit 2011 Konditionenverbesserungen von 19 Markenartikellieferanten erhalten und weitergegeben haben (vgl. oben, Rz 78 ff.), ergab, dass diese Detailhändler Konditionenverbesserungen mehrheitlich vollständig an ihre Kunden weitergegeben haben. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war. Eine teilweise oder vollständige Weitergabe durch die Detailhändler wurde von vielen Lieferanten bestätigt, da die Endverkaufspreise von vielen Lieferanten aber nicht systematisch nachverfolgt wurden, konnten letztere zum Ausmass und auch zum Zeitpunkt der Weitergabe oftmals keine Angaben machen. Somit lässt sich gestützt auf die Angaben der Detailhändler und der Lieferanten feststellen, dass Detailhändler Währungsvorteile weitergegeben haben, das genaue Ausmass lässt sich aus diesen Angaben aber nicht ableiten.

101. Eine Analyse der Margen der drei Detailhändler bezüglich der bei den befragten Lieferanten bezogenen Produkte für die Jahre 2009–2011 (vgl. oben, Rz 97 f.) lässt vermuten, dass die gewährten Konditionenverbesserungen insgesamt gesehen – d.h. über alle befragten Lieferanten hinweg – mit einer Ausnahme vollständig an die Endkunden weitergegeben wurden. Somit stimmen die Ergebnisse der Marktbefragung und der Margenanalyse nicht gänzlich, jedoch weitgehend überein. Es ist aber auch anzumerken, dass beide Auswertungen auf unvollständigen Daten beruhen. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Angaben, welche die Marktteilnehmer gemacht haben, als durchaus plausibel.

102. Bezüglich der zeitlichen Dimension der Weitergabe zeigten die befragten Detailhändler auf, dass sie viele der von ihren Markenartikellieferanten 2011 und 2012 erhaltenen Preissenkungen zeitnah an ihre Endkunden weitergegeben haben (vgl. oben, Rz 92). Alle drei Detailhändler legten zudem dar, dass sie gewisse Endverkaufspreissenkungen vorfinanzierten. Das Sekretariat erhielt aber auch Beispiele von nachträglich erfolgten Preissenkungen.

<sup>48</sup> Das Sekretariat bat die Detailhändler zu schätzen, in welchem Umfang sie für den Lebensmitteldetailhandel in den Jahren 2009, 2010 und 2011 Produkte bei der jeweiligen schweizerischen Niederlassung resp. dem jeweiligen offiziellen Importeur von 22 aufgeführten Lieferanten bezogen hatten und welche Umsätze sie damit erzielt hatten. Zudem fragte das Sekretariat in analoger Weise nach dem Umfang bezogener Produkte und damit erzielter Umsätze bezüglich der Produkte der 22 aufgeführten Lieferanten, die parallel importiert wurden.

<sup>49</sup> Für die Berechnung der durchschnittlichen Margen wurden sämtliche Bezüge pro Detailhändler sowie sämtliche Umsätze, die ein Detailhändler mit diesen Bezügen erwirtschaftete, aufsummiert und daraus eine alle Lieferanten umfassende Marge bestimmt (je für den offiziellen Bezugskanal und für Parallelimporte). Somit sind Lieferanten, von welchen die Detailhändler wertmässig mehr beziehen und absetzen, stärker gewichtet als Lieferanten, von welchen weniger bezogen wird.

<sup>50</sup> Allerdings ist die Höhe des Bezugs parallel importierter Güter, wie in Rz 27 gezeigt, ein Vielfaches tiefer als mittels Bezug über den offiziellen Vertriebskanal.

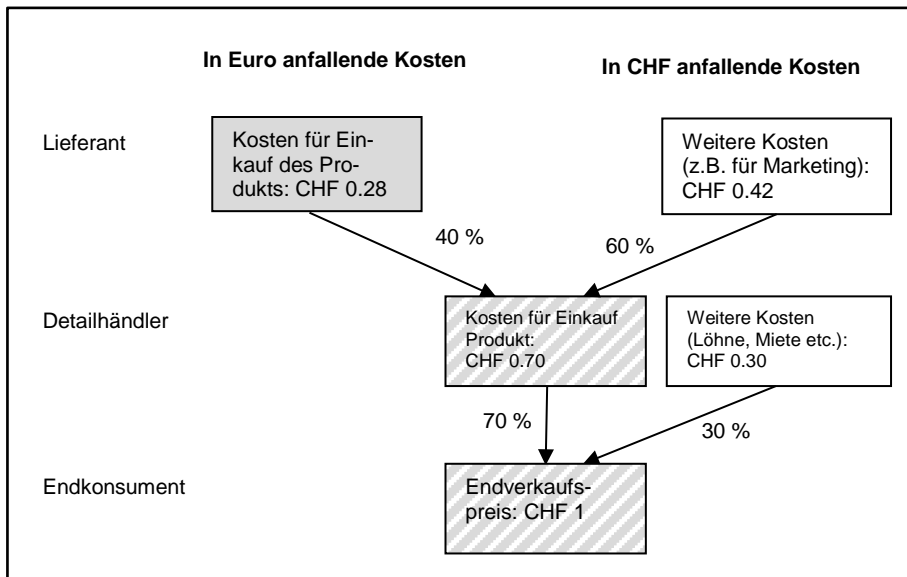
### B.2.3.4 Fazit, Würdigung und Vergleich mit anderen Studien

103. Zusammenfassend kann zunächst festgehalten werden, dass der Einfluss von Wechselkursveränderungen auf die Endverkaufspreise zu relativieren ist: Auch bei im Ausland hergestellten Markenartikeln, welche von den Detailhändlern in der Schweiz verkauft werden, fällt in der Regel ein bedeutender Teil der Kosten in Schweizer Franken an und wird so nicht direkt vom Wechselkurs beeinflusst. So gab die grosse Mehrheit der befragten Markenartikellieferanten, welche eine Aussage zum Ausmass von Wechselkursveränderungen auf ihre Kosten machten, an, dass weniger als die Hälfte ihrer Kosten durch den Wechselkurs beeinflusst werden (vgl. oben, Rz 59). Hinzu kommt, dass die Kosten für den

Vertrieb von Markenartikeln auf Detailhandelsstufe hauptsächlich in Schweizer Franken anfallen dürften.

104. Dies illustriert folgendes Rechenbeispiel eines Lieferanten, dessen Kosten zu 40 % in Euro und zu 60 % in Schweizer Franken anfallen (vgl. nachfolgende Abbildung 3).<sup>51</sup> Der Einfachheit halber wird angenommen, dass der Lieferant keinen Gewinn erzielt. Der Detailhändler bezahlt in diesem Beispiel 70 % des Verkaufspreises für den Einkauf des Produkts. Die übrigen Kosten des Detailhändlers fallen annahmegemäss in Schweizer Franken an und auch der Detailhändler erzielt keinen Gewinn. In diesem Fall führt eine Abwertung des Euro gegenüber dem Schweizer Franken um 10 % lediglich zu einer Senkung des Endverkaufspreises um 2,8 % (= 40 % \* 10 % \* 70 %), selbst wenn die Währungsgewinne vollumfänglich weitergegeben werden.

Abbildung 3: Rechenbeispiel: Teil des Endverkaufspreises, der durch den Euro-Franken-Kurs beeinflusst wird



Interpretation: Nur die grau eingefärbten und grau schraffierten Kosten werden durch den Euro-Franken-Kurs beeinflusst, die grau eingefärbten Kosten vollständig, die grau schraffierten Kosten teilweise. Eine Abwertung um 10 % bewirkt eine Senkung des Endpreises eines Produkts, welches ursprünglich einen Franken kostete, um 2,8 Rappen.

Quelle: Eigene Darstellung.

105. Der relativ grosse Anteil an Kosten, der sowohl bei den Lieferanten als auch bei den Detailhändlern in Schweizer Franken anfällt, könnte also ein wichtiger Grund sein, weshalb die Preise bei den Detailhändlern weniger stark gefallen sind, als man dies auf den ersten Blick vermuten könnte. Ein weiterer Grund, dass die Endverkaufspreise gewisser Güter weniger stark sinken als erwartet, könnte darin liegen, dass Detailhändler Kostenersparnisse (z.B. aufgrund gesunkener Einkaufspreise) bei gewissen Gütern nicht für die Reduktion des Endpreises dieser Güter einsetzen, sondern für die (über-)proportionale Senkung der Preise anderer Güter (vgl. oben, Rz 79). Festzuhalten ist zudem, dass Währungsschwankungen lediglich einen Faktor darstellen, welcher die Endverkaufspreise beeinflusst. Weitere wichtige Einflussfaktoren sind Veränderungen der Rohstoffpreise oder Investitionen seitens der Lieferanten und

Detailhändler, welche Preissenkungen infolge Produktivitäts- und Effizienzsteigerung ermöglichen.

<sup>51</sup> Zum effektiven Anteil der Kosten, welcher nicht in Schweizer Franken anfällt bei den durch die Lieferanten angegebenen Produkten, siehe Rz 59.

106. Die Auswertungen insbesondere der von den Detailhändlern aber auch der von den Lieferanten gelieferten Daten ergaben, dass die drei Detailhändler ihren Endkunden im Zeitraum 2010–2012 viele Währungs- und weitere Konditionenvorteile zeitnah oder sogar vorab weitergegeben haben. Auch lassen sich Beispiele finden, bei denen die Detailhändler Preissenkungen von Produkten (auch) mit eigenen Mitteln finanziert haben. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war. Es gibt denn auch Beispiele von Vorteilen, die von den Detailhändlern nicht, nur teilweise oder erst verzögert weitergegeben wurden. Viele Lieferanten machten zudem keine Aussage darüber, in welchem Ausmass die drei Detailhändler die von ihnen gewährten Währungsvorteile an die Endkonsumenten weitergegeben haben. Deshalb kann das Sekretariat zwar festhalten, dass die drei Detailhändler Währungsvorteile oftmals weitergegeben haben, eine Aussage zum genauen Ausmass ist aber nicht möglich.

107. Die generellen Resultate der Analyse des Sekretariats decken sich weitgehend mit den Erkenntnissen einer diesbezüglichen Studie des Preisüberwachers.<sup>52</sup> Der Preisüberwacher wertete Preisdaten einer Reihe von Herstellern und Importeuren bekannter Markenartikel sowie von Grossverteilern aus (vgl. oben, Rz 4) und kam „zu einem verhältnismässig positiven Befund bezüglich die Weitergabe der Wechselkursvorteile“.<sup>53</sup> So seien die Preise bei den untersuchten Produkten in den meisten Fällen gesenkt worden, wenn auch nicht immer sofort.

108. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Resultate der Analyse des Sekretariats zum Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen für ausgewählte wichtige Markenartikel des täglichen Bedarfs gelten und auf den Daten basieren, welche bei den befragten Marktteilnehmern erhoben wurden. Die Resultate dürfen nicht verallgemeinert oder auf andere Güterkategorien ausgedehnt werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei den betrachteten Markenartikeln des täglichen Bedarfs um bekannte Markenartikel und damit um Produkte handelt, deren Preise seit Mitte 2011 im Fokus der Öffentlichkeit standen. Damit dürfte der Druck zur Weitergabe von Währungsvorteilen bei diesen Produkten höher gewesen sein als bei anderen Produkten und Güterkategorien, deren internationale Preisunterschiede weniger im Bewusstsein der Schweizer Kunden lagen.

109. Verschiedene empirische Studien zeigen denn auch, dass sich Wechselkursveränderungen nur unvollständig in den Preisen niederschlagen. Das Ausmass der Weitergabe wird üblicherweise mit dem sogenannten *Exchange Rate Pass-Through* (ERPT) gemessen, der die prozentuale Veränderung inländischer Preise bei einer Veränderung des Wechselkurses von einem Prozent wiedergibt. Gemäss einer Studie der Schweizerischen Nationalbank (SNB) beträgt der langfristige Anteil der Weitergabe von Wechselkursveränderungen an die Importpreise in der Schweiz etwa 37 %, der kurzfristige Anteil 35 %.<sup>54</sup> Damit liege die Weitergabe von Wechselkursveränderungen in der Schweiz ungefähr im gleichen Rahmen wie jene in Europa oder den USA.<sup>55</sup> Das

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) identifizierte in einer Studie zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen eine Wechselkursweitergabe auf Importpreisen zu 40 % nach 3 bis 4 Quartalen. Die Einkaufsvorteile würden allerdings je nach Güterkategorie unterschiedlich und zum Teil ungenügend weitergegeben.<sup>56</sup> Laut einer Analyse der Universität Bern im Auftrag des SECO liegt die Wechselkursweitergabe auf Importpreisen je nach untersuchter Produktkategorie (Nahrungsmittel, Bekleidung etc.) in der Regel zwischen 0 % und 65 % und bei den Konsumentenpreisen zwischen 0 % und 25 %. Die Ausnahme bildet die Kategorie Mineralölprodukte, bei welcher sich Wechselkursveränderungen zu 100 % auf die Import- und Konsumentenpreise durchschlagen.<sup>57</sup> Eine weitere Studie des SECO, in welcher die Entwicklung der harmonisierten Verbraucherpreisindizes<sup>58</sup> von Eurostat für Deutschland und die Schweiz verglichen werden, zeigte zudem auf, dass sich die Weitergabe der Einkaufsvorteile im Euroraum in den eineinhalb Jahren nach dem Sommer 2011, als die Diskussion um die Weitergabe der Einkaufsvorteile ihren Höhepunkt erreicht hatte, deutlich verbesserte.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Vgl. Fn 3.

<sup>53</sup> RPW 2012/5, *Jahresbericht des Preisüberwachers*, 897.

<sup>54</sup> J. STULZ, Exchange Rate Pass-Through in Switzerland: Evidence from Vector Autoregressions, *Swiss National Bank Economic Studies*, 2007, No. 4.

<sup>55</sup> Es existiert eine Vielzahl von internationalen Studien, welche das Thema der Weitergabe von Wechselkursveränderungen empirisch untersuchen. Vgl. z.B. L. BRUN-AGUERRE et al., Exchange Rate Pass-Through into Import Prices Revisited: What Drives it?, *Journal of International Money and Finance*, 2012, 31(4), 818–844; A.-L. DELATTE/A.LÓPEZ-VILLAVICENCIO, Asymmetric Exchange Rate Pass-Through: Evidence from Major Countries, *Journal of Macroeconomics*, 2012, 34(3), 833–844; J. M. CAMPA/L. S. GOLDBERG, The Sensitivity of the CPI to Exchange Rates: Distribution Margins, Imported Inputs, and Trade Exposure, *The Review of Economics and Statistics*, 2010, 87(4), 679–690; G. GOPINATH ET AL., Currency Choice and Exchange Rate Pass-Through, *American Economic Review*, 2010, 100(1), 304–336; G. GOPINATH/O. ITSKHOKI, Frequency of Price Adjustment and Pass-Through, *Quarterly Journal of Economics*, 2010, 125(2), 675–727; E. Hahn, Pass-Through of External Shocks to Euro Area Inflation, *European Central Bank Working Paper*, 2003, No. 243; P.K. GOLDBERG/M.M. KNETTER, Goods Prices and Exchange Rates: What have we Learned?, *Journal of Economic Literature*, 1997, 35(3), 1243–1272; J. MCCARTHY, Pass-Through of Exchange Rates and Import Prices to Domestic Inflation in Some Industrialized Economies, *BIS Working Papers*, 1999, No. 79, zeigt auf, dass die Weitergabe von Wechselkursveränderungen in der Schweiz eher gering ist im Vergleich zu anderen industrialisierten Ländern, während J.M. CAMPA/L.S. GOLDBERG, Exchange Rate Pass-Through into Import Prices, *Review of Economics and Statistics*, 2005, 87(4), 679–690, der Meinung sind, dass die Weitergabe in der Schweiz höher ist als in den meisten OECD-Ländern.

<sup>56</sup> SECO, Weitergabe von Einkaufsvorteilen aufgrund der Frankenstärke, Working Paper, 08.11.11, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24796.pdf>> (30.05.13); Medienmitteilung SECO vom 09.11.2011, Frankenstärke: Weitergabe von Einkaufsvorteilen teilweise ungenügend, abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/?lang=de&msgid=42135>> (30.05.13).

<sup>57</sup> Vgl. S. FISCHER, Das Preissetzungsverhalten in- und ausländischer Produzenten, *Die Volkswirtschaft*, 2013, Nr. 3, 11–14.

<sup>58</sup> Der harmonisierte Verbraucherpreisindex (HVPI) misst die Preisentwicklung der in der Schweiz konsumierten Waren und Dienstleistungen. Mit Hilfe dieses Indikators lässt sich die Teuerung international vergleichen, da er – im Gegensatz zu den nationalen Konsumentenpreisindizes – anhand einer harmonisierten Methode berechnet wird. Vgl. <[www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)> (10.06.13).

<sup>59</sup> I. SCHLUEP, Entwicklung der preislichen Konkurrenzsituation an der Grenze zu Deutschland, *Die Volkswirtschaft*, 2013, Nr. 3, 7–10.



110. In der vorliegenden Vorabklärung wurden keine Hinweise gefunden, wonach eine unvollständige Weitergabe von Währungsvorteilen im Bereich von Markenartikeln des täglichen Bedarfs auf unzulässige horizontale oder vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beruhen würde. Die Gründe, weshalb Wechselkursvorteile unter Umständen nicht sofort und vollumfänglich an inländische Abnehmer bzw. Konsumenten weitergegeben werden, können – unabhängig von allenfalls unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen – vielfältiger Natur sein.<sup>60</sup> Dazu gehören namentlich langfristige Vereinbarungen, der Einkauf ausländischer Güter in Schweizer Franken, die Absicherung von Fremdwährungsrisiken, der Abbau von Lagerbestand, welcher noch zum „alten“ Wechselkurs gekauft wurde und verzögerte Preislistenanpassungen. Auch zeigen ökonomische Studien, dass das Wettbewerbsumfeld einen wichtigen Einfluss auf die Weitergabe von Wechselkursvorteilen hat. KRUGMAN zeigt auf, dass eine unvollständige Weitergabe von Wechselkursänderungen auf einen unvollkommenen Wettbewerb zurückgeführt werden kann.<sup>61</sup> In diesem Sinne profitieren Kunden gemäss FEINBERG<sup>62</sup> umso eher von Wechselkursvorteilen, je tiefer die Marktkonzentration ist und je bedeutender die Importe sind. Letztere sind Indikatoren für einen bedeutenden Wettbewerbsdruck und offene Märkte.<sup>63</sup> Die Bedeutung des Ausmasses an Importen bei der Weitergabe von Währungsvorteilen wird auch durch die Resultate der erwähnten Studie der Universität Bern (vgl. oben, Rz 109) hervorgehoben: Laut dieser Studie schlagen sich Wechselkursveränderungen stärker in inländischen Preisen nieder, je grösser der Marktanteil ausländischer Produzenten in der jeweiligen Produktkategorie ist. Bei einem Marktanteil der ausländischen Produzenten unter 50 % in einer Produktkategorie passen sich die ausländischen Produzenten vermehrt dem Preissetzungsverhalten der inländischen Produzenten an.<sup>64</sup>

#### B.4 Keine Hinweise auf unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

##### Vorbemerkungen

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

112. 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).

##### Relevante Märkte

113. Zur Beantwortung der Frage, ob das Verhalten eines Marktteilnehmers als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren ist, gilt es vorab festzustellen, ob das fragliche Unternehmen marktbeherrschend ist. Dies wiederum erfordert eine Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte.

114. In der vorliegenden Vorabklärung wurden Markenartikellieferanten befragt, welche zahlreiche unterschiedliche Produktgruppen anbieten (z.B. Cerealien, Getränke, Hygieneprodukte, Körperpflege, Milchprodukte, Sü-

sigkeiten). Dies bedeutet, dass auf der Beschaffungsseite der Lebensmitteldetailhändler eine Vielzahl von Märkten abzugrenzen wären. Dasselbe gilt für die Absatzseite der Lieferanten. Mit Verweis auf die bisherige Praxis der WEKO zu diesen Marktabgrenzungsfragen<sup>65</sup> wird an dieser Stelle auf weitere Ausführungen zur Marktabgrenzung verzichtet, da sich im vorliegenden Verfahren keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen der betrachteten Markenartikellieferanten oder der Lebensmitteldetailhändler ergaben. Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass einzelne Markenartikel in der Regel keine eigenen sachlich relevanten Märkte bilden, sondern sowohl mit anderen Markenprodukten als auch mit Handelsmarken konkurrieren.

##### Marktstellung Lebensmitteldetailhandel

115. Die Schweiz ist charakterisiert durch eine international einmalig hohe Konzentration im Lebensmitteldetailhandel.<sup>66</sup> Dies hat u.a. Konsequenzen auf die Verhandlungsposition der Detailhändler gegenüber Lieferanten. Einen Hinweis auf die Verhandlungsposition der grossen Schweizer Lebensmitteldetailhändler gegenüber bekannten Markenartikellieferanten geben die Konsequenzen der Auslistungen von bekannten Markenartikeln (u.a. Produkte der Marken Uncle Ben's, Ferrero, Wella, Lenor, Studio Line), welche die grossen Lebensmitteldetailhändler im Sommer 2011 vorgenommen haben, weil ihnen die Lieferanten Währungsgewinne nicht wie erwartet weitergegeben hatten. Laut Angaben von [...] habe diese Massnahme bereits wenige Tage nach den ersten Auslistungen Wirkung gezeigt. So hätten die internationalen Lieferanten nach und nach deutliche Preisnachlässe gewährt. [...] habe diese Artikel anschliessend zu günstigeren Preisen wieder einführen können. Bei [...]

<sup>60</sup> PREISÜBERWACHUNG (Fn 3), 5 ff.; RPW 2011/1, Jahresbericht 2010 der WEKO, 17 f.; FISCHER (Fn 57) mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>61</sup> Vgl. P. KRUGMAN, Pricing to Market When the Exchange Rate Changes, NBER Working Paper Series, 1986, Working Paper Nr. 1926, National Bureau of Economic Research. Siehe in diesem Zusammenhang auch P. BENIGNO/E. FAIA, Globalization, Pass-Through and Inflation Dynamic, NBER Working Paper Series, 2010, Working Paper Nr. 15842, National Bureau of Economic Research.

<sup>62</sup> Vgl. R. M. FEINBERG, The Interaction of Foreign Exchange and Market Power Effects on German Domestic Prices, Journal of Industrial Economics, 1986, 35(1): 61–70; R. M. Feinberg, The Effects of Foreign Exchange Movements on U.S. Domestic Prices, Review of Economics and Statistics, 1989, 71(3), 505–511.

<sup>63</sup> Weitere Hinweise auf ökonomische Studien sind zu finden in RPW 2011/1, Jahresbericht 2010 der WEKO, 17 f.; FISCHER (Fn 57).

<sup>64</sup> Vgl. FISCHER (Fn 57).

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2010/3, 573 ff., Emmi/Fromalp; RPW 2009/4, 453 ff., Emmi Interfruits SA/Kellenberger Frisch Service SA; RPW 2009/3, 228 ff., Emmi AG/Nutrifrais SA; RPW 2009/2, 170 f., Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG; RPW 2008/4, 601 ff., Coop/Carrefour; RPW 2008/4, 664 f.; Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG; RPW 2008/3, 427 ff., Heineken/Eichhof; RPW 2008/2, 270 ff., fenaco/Kellenberger Frisch Service AG; RPW 2007/4, 528 ff., Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA; RPW 2007/3, 468 f., fenaco/Granador; RPW 2006/2, 263 ff., Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM; RPW 2005/4, 612 ff., Procter & Gamble/Gillette; RPW 2005/1, 118 f.; Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2008/4, 610 f., Coop/Carrefour.

sind die ausgelisteten Marken bis Ende 2012 nicht wieder ins Sortiment aufgenommen worden ([...]). Die Effektivität der Auslistungen von Coop ist umso bemerkenswerter, als internationale Markenartikelhersteller – im Gegensatz zu Lieferanten, welche ausschliesslich oder primär den Schweizer Markt bedienen – nebst der Schweiz noch zahlreiche weitere Absatzländer haben und infolge des Wegfalls eines oder der beiden bedeutendsten Kunden in der Schweiz ihre Existenz nicht verlieren würden.

116. Mehrere Lieferanten wiesen in ihren Antworten auf die Fragebögen des Sekretariats auf das in der Schweiz einmalige Handelsduopol von Coop und Migros/Denner hin ([...]). Ein Lieferant präziserte, dass eine Auslistung einer Marke durch einen der beiden Duopolisten eine erhebliche Beschränkung des Marktzutritts in den Schweizer Markt darstelle. Mangels alternativer Vertriebskanäle sei ein solcher Verlust nicht zu kompensieren ([...]). Konkrete angebliche Missbräuche wurden seitens der Lieferanten jedoch nicht geltend gemacht.

117. In der vorliegenden Vorabklärung ergaben sich basierend auf den Angaben der befragten Marktteilnehmer keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise nach Art. 7 KG durch die beiden grossen Lebensmitteldetailhändler in der Schweiz. Deshalb wird die Frage nach einer allfälligen alleinigen oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop und Migros/Denner auf den einzelnen Beschaffungsmärkten vorliegend offen gelassen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass das Sekretariat nach einer umfangreichen Abklärung in Zusammenhang mit der Nichtbelieferung von Lidl durch gewisse Markenartikelhersteller im Jahr 2009 zum Schluss kam, dass Coop beim Vertrieb von Markenartikeln wohl marktbeherrschend ist.<sup>67</sup> Dies liegt v.a. darin begründet, dass Migros als wichtigste Konkurrentin vor allem Handelsmarken im Sortiment führt (über 90 % des Sortiments).<sup>68</sup> Damit ist der Regalplatz bei Migros für zahlreiche Marken nicht oder nur sehr schwer zugänglich.

#### *Marktstellung Markenartikellieferanten*

118. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurde die Vertriebs- und Preispolitik für ausgewählte Leadermarken analysiert. Bei Leadermarken wie z.B. Coca-Cola und Pampers<sup>69</sup> ist es durchaus denkbar und wohl auch plausibel, dass eine (zeitweise) Nichtverfügbarkeit der Produkte bei einem Lebensmitteldetailhändler zu einer gewissen Umsatzverlagerung zu anderen Lebensmitteldetailhändlern, welche das Produkt im Angebot haben, führt. Finden die Konsumenten z.B. Pampers nicht in Migros-Verkaufsstellen, werden diejenigen Konsumenten, die nicht bereit sind, auf andere Windelmarken zu wechseln, ihren Bedarf in Coop-Verkaufsstellen decken. Es ist davon auszugehen, dass sie bei diesem Einkauf in einer Coop-Verkaufsstelle nicht nur Pampers kaufen, sondern auch noch Ergänzungs Käufe tätigen – vielleicht sogar ihren Wocheneinkauf.

119. Aus diesem Kanalwechselverhalten gewisser Konsumenten und dem damit verbundenen Umsatzverlust der Detailhändler allein kann jedoch nicht direkt auf eine marktbeherrschende Stellung des Lieferanten der fraglichen Marke geschlossen werden. Hierzu bedarf es für jede Marke umfassender Marktanalysen zur Bestim-

mung der sachlich und räumlich relevanten Märkte und der Wettbewerbssituation. Zudem gilt in diesem Zusammenhang, dass der Umsatzanteil einer Marke am Gesamtumsatz eines Lebensmitteldetailhändlers in aller Regel bedeutend kleiner ist als der Umsatzanteil, welche der Markenartikellieferant mit dem fraglichen Lebensmitteldetailhändler erzielt. So sind die Auswirkungen eines Geschäftsabbruchs für einen Detailhändler in aller Regel gesamthaft gesehen weniger gravierend als für einen Lieferanten.<sup>70</sup>

120. Selbst wenn ein Lieferant einer Marke auf einem bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnehmen würde, müssten die Wettbewerbsbehörden eine missbräuchliche, nicht rechtfertigbare Verhaltensweise des Lieferanten dieser Marke nachweisen, um eingreifen zu können. Im vorliegenden Verfahren ergaben sich basierend auf den Angaben der befragten Marktteilnehmer keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise der Markenartikellieferanten im Sinne von Art. 7 KG.

#### *Fazit*

121. Die Schweiz ist geprägt durch eine ausserordentlich hohe Konzentration im Lebensmitteldetailhandel. Es ist davon auszugehen, dass Coop beim Vertrieb von Markenartikeln marktbeherrschend ist.

122. Weiter ist davon auszugehen, dass gewisse Konsumenten den Einkauf bei einem anderen Lebensmitteldetailhändler tätigen, wenn die gewünschte Marke bei einem Lebensmitteldetailhändler nicht im Angebot ist. Dieses Kanalwechselverhalten alleine begründet jedoch noch keine marktbeherrschende Stellung des Lieferanten der fraglichen Marke.

123. Die Frage nach allenfalls bestehenden marktbeherrschenden Stellungen von Detailhändlern und Markenartikellieferanten kann letztlich offen gelassen werden, da in der vorliegenden Vorabklärung gestützt auf die Angaben der Marktteilnehmer keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG identifiziert wurden.

## **B. 5 Ergebnis**

### *Keine Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsabreden über die Zuweisung von Gebieten*

124. Schweizer Detailhändlern stand zum Zeitpunkt der Befragung basierend auf den Angaben der Marktteilnehmern die Möglichkeit offen, viele Markenprodukte – insbesondere über ausländische unabhängige Vertriebshändler – parallel zu importieren. Diese Möglichkeit wird auch genutzt, jedoch in einem bescheidenen Umfang.

<sup>67</sup> Vgl. Medienmitteilung WEKO vom 02.04.2009, WEKO-Jahrespressekonferenz, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=26225>> (07.02.13).

<sup>68</sup> Vgl. Medienmitteilung Migros vom 28.01.2013, Neue Markenartikel im Migros-Sortiment, abrufbar unter <<http://www.migros.ch/de/medien/aktuelle-meldungen-2013/neue-markenartikel.html>> (11.02.13).

<sup>69</sup> Es handelt sich hierbei um Marken, welche die Migros im Januar 2010 neu in ihr Sortiment aufgenommen hat. Vgl. Medienmitteilung Migros vom 15.01.2010, Migros nimmt vier Topmarken ins Sortiment, abrufbar unter <<http://www.migros.ch/de/medien/aktuelle-meldungen-2010/15-01-2010-2.html>> (07.02.13).

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2008/4, 656 Rz 461, Coop/Carrefour.

125. Das geringe Ausmass an Parallelimporten kann zumindest teilweise durch bestehende Handelshemmnisse erklärt werden, welche den Parallelhandel unattraktiv machen. Ein weiterer wichtiger Erklärungsfaktor ist die fehlende kontinuierliche Warenverfügbarkeit. Genügende Anhaltspunkte für kartellrechtlich problematische Behinderungen von Parallelimporten nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG wurden in der Vorabklärung basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer nicht gefunden.

126. Allerdings kann auch ein geringes Ausmass an Parallelimporten in der Schweiz zu spürbar tieferen Preisen für Konsumenten führen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Detailhändler durchgeführte und/oder angedrohte Parallelimporte erfolgreich dazu benutzen, um von den Lieferanten in der Schweiz dauerhaft tiefere Preise zu erhalten und die erhaltenen Preisvorteile den Konsumenten weitergeben.

*Keine Hinweise auf unzulässige horizontale oder vertikale Preisabreden*

127. Keiner der 22 befragten Markenartikellieferanten lieferte dem Sekretariat auf Nachfrage Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Schweizer Detailhändler hinsichtlich horizontaler oder vertikaler Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Auch die drei befragten Detailhändler machten auf die Frage des Sekretariats bezüglich allfälliger Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten von Markenartikellieferanten keine konkreten Hinweise bezüglich einer möglichen horizontalen oder vertikalen Preisbindung. Schliesslich fand das Sekretariat keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Preisempfehlungen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. So verneinten alle drei Detailhändler, sich an Preisempfehlungen zu halten.

128. Die Analyse der Weitergabe von Währungsvorteilen ergab folgendes Bild: Die Auswertungen insbesondere der von den Detailhändlern aber auch der von den Lieferanten gelieferten Daten führten zum Resultat, dass die drei Detailhändler ihren Endkunden im Zeitraum 2010–2012 viele Währungs- und weitere Konditionenvorteile zeitnah oder sogar vorab weitergegeben haben. Auch lassen sich Beispiele finden, bei denen Detailhändler Preissenkungen von Produkten (auch) mit eigenen Mitteln finanziert haben. Mangels Verfügbarkeit gewisser Daten bei zwei Detailhändlern kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass das Ausmass der Weitergabe tatsächlich weniger ausgeprägt war. Es gibt denn auch Beispiele von Vorteilen, die von den Detailhändlern nicht, nur teilweise oder erst verzögert weitergegeben wurden. Viele Lieferanten machten zudem keine Aussage darüber, in welchem Ausmass die drei Detailhändler die von ihnen gewährten Währungsvorteile an die Endkonsumenten weitergegeben haben. Deshalb kann das Sekretariat zwar festhalten, dass die drei Detailhändler Währungsvorteile oftmals weitergegeben haben, eine Aussage zum genauen Ausmass ist aber nicht möglich. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Resultate der Analyse des Sekretariats zum Ausmass der Weitergabe von Währungsvorteilen für ausgewählte wichtige Markenartikel des täglichen Bedarfs gelten und auf den Daten basieren, welche bei den befragten Marktteilneh-

mern erhoben wurden. Die Resultate dürfen nicht verallgemeinert oder auf andere Güterkategorien ausgedehnt werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei den betrachteten Markenartikeln des täglichen Bedarfs um bekannte Markenartikel und damit um Produkte handelt, deren Preise seit Mitte 2011 im Fokus der Öffentlichkeit standen. Damit dürfte der Druck zur Weitergabe von Währungsvorteilen bei diesen Produkten höher gewesen sein als bei anderen Produkten und Güterkategorien, deren internationale Preisunterschiede weniger im Bewusstsein der Schweizer Kunden lagen.

129. Anzumerken ist schliesslich, dass der Einfluss von Wechselkursveränderungen auf die Endverkaufspreise zu relativieren ist, da in der Regel ein bedeutender Teil der Kosten der Lieferanten von Markenartikeln in Schweizer Franken anfällt; dies auch bei Markenartikeln, die im Ausland hergestellt werden. Auch die Kosten der Detailhändler, die nicht durch den Einkauf der Markenprodukte beeinflusst werden, werden zu einem wichtigen Teil durch den Schweizer Franken bestimmt. Zudem werden die Endverkaufspreise von wichtigen anderen Faktoren beeinflusst, wie Veränderungen der Rohstoffpreise oder Investitionen seitens der Lieferanten und Detailhändler, welche Preissenkungen infolge Produktivitäts- und Effizienzsteigerungen ermöglichen.

*Keine Hinweise auf unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen*

130. Die Schweiz ist geprägt durch eine ausserordentlich hohe Konzentration im Lebensmitteldetailhandel. Es ist davon auszugehen, dass Coop beim Vertrieb von Markenartikeln wohl marktbeherrschend ist.

131. Weiter ist davon auszugehen, dass gewisse Konsumenten den Einkauf bei einem anderen Lebensmitteldetailhändler tätigen, wenn die gewünschte Marke bei einem Lebensmitteldetailhändler nicht im Angebot ist. Dieses Kanalwechselverhalten alleine begründet jedoch noch keine marktbeherrschende Stellung des Lieferanten der fraglichen Marke.

132. Die Frage nach allenfalls bestehenden marktbeherrschenden Stellungen von Detailhändlern und Markenartikellieferanten kann letztlich offen gelassen werden, da in der vorliegenden Vorabklärung basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG identifiziert wurden.

### **C. Schlussfolgerungen**

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

- stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 oder Art. 7 KG vorliegt;
- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- teilt den befragten Marktteilnehmern die Einstellung der Vorabklärung mit.

**Anhänge: Fragebögen an die Marktteilnehmer****ANHANG A.1 Fragebogen an Markenartikellieferanten vom 17. Juli 2012****Angaben zum Unternehmen**

1. Bitte nennen Sie:

Firma .....

Rechtsform .....

Adresse .....

Ort .....

Kontaktperson .....

E-Mail .....

Tel. Nr. ....

Fax. Nr. ....

2. Bitte vervollständigen Sie die nachfolgende Tabelle, indem Sie Ihre schweizweiten Umsätze mit Coop, Denner und Migros im Lebensmittelhandel (ohne Grosshandel, Convenience etc.) in den Jahren 2009, 2010 und 2011 (schätzungsgemäss) angeben.

Jahr	Umsätze in CHF		
	Coop	Denner	Migros
2009			
2010			
2011			

3. Bitte tragen Sie in unten stehende Tabelle

a. Ihre hinsichtlich Bekanntheitsgrad und Image 5 wichtigsten Marken (Leadermarken) in der Schweiz ein und

b. führen Sie pro Marke Ihre 3 in der Schweiz umsatzmässig wichtigsten Produkte auf.

Wenn Sie weniger als 5 starke und bekannte Marken (Leadermarken) in Ihrem Angebot haben, können Sie Ihre Antwort auf die angebotenen Leadermarken beschränken.

a. Namen der 5 wichtigsten Marken in der Schweiz	b. Namen der umsatzmässig wichtigsten Produkte der Marke in der Schweiz		

**Angaben zur Weitergabe von Währungsvorteilen durch den Schweizer Detailhandel**

4. Bitte geben Sie in der nachfolgenden Tabelle oder in einer selbst erstellten Liste für sämtliche der in Frage 3 genannten Produkte für den Zeitraum seit 1.1.11 an,

a. zu welchen Zeitpunkten Sie Coop, Denner und Migros währungsbedingt bessere Konditionen gewährt haben und beschreiben Sie die Art der Konditionenverbesserung (z.B. Reduktion des Einstandspreises, Pauschalzahlung etc.);

b. in welchem Umfang (in CHF) der betreffende Einstandspreis gesenkt wurde und/oder in welchem Umfang (in CHF) Zahlungen geleistet wurden. Wenn immer möglich bitten wir Sie, allfällige Pauschalzahlungen auf die Einstandspreise umzurechnen (z.B. Pauschalzahlung von x CHF, was zu einer Reduktion des Einstandspreises von x CHF führte);

- c. zu welchem Zeitpunkt der jeweilige Detailhändler die gewährte Konditionenverbesserung an die Schweizer Endkunden weitergegeben hat;
- d. in welchem Umfang (in CHF oder Prozent) der jeweilige Detailhändler die Konditionenverbesserung weitergegeben hat.

Falls Sie für ein bestimmtes Produkt die Konditionen seit 1.1.11 mehrere Male verbessert haben, füllen Sie die Tabelle bitte für sämtliche Zeitpunkte aus. Bitte erweitern Sie die Tabelle bei Bedarf.

Marke	Artikel	a./b. Zeitpunkte, Art und Umfang der Konditionenverbesserung in CHF an Detailhandel seit 1.1.11			c./d. Zeitpunkte und Umfang der Weitergabe in CHF oder in % durch Detailhandel seit 1.1.11		
		Coop (Datum/Art/CHF)	Denner (Datum/Art/CHF)	Migros (Datum/Art/CHF)	Coop (Datum/CHF oder %)	Denner (Datum/CHF oder %)	Migros (Datum/CHF oder %)

5. Verfügen Sie über weitere Beispiele, bei denen der Schweizer Lebensmitteldetailhändler seit 1.1.11 von Ihnen gewährte Preisnachlässe – insbesondere Währungsnachlässe – nicht oder nur zu einem sehr geringen Teil weitergegeben hat? Wenn ja, bitte erstellen Sie eine Tabelle mit diesen Beispielen analog der Tabelle in Frage 4 oder erweitern Sie die Tabelle in Frage 4 um diese Beispiele.

#### Angaben zur Weitergabe von Währungsvorteilen durch Ihr Unternehmen

6. Bitte geben Sie an, in welchem Land resp. in welchen Ländern Sie die in Ihrer Antwort auf Frage 3 genannten Produkte für den Schweizer Markt jeweils produzieren.
7. Auf welcher Stufe Ihrer Wertschöpfungskette haben Wechselkursveränderungen (in Bezug auf den Schweizer Franken) Einfluss auf Ihre Kosten bei den in Ihrer Antwort auf Frage 3 genannten Produkten und in welchem prozentualen Ausmass? Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort wenn nötig nach Produkten.
8. Bitte beschreiben Sie Ihre Preispolitik in Zusammenhang mit Wechselkursänderungen vor und nach der starken Aufwertung des Schweizer Frankens im Jahr 2011 (z.B. jährliche Anpassung, kontinuierliche Anpassung etc.). Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort wenn nötig nach den verschiedenen Produkten, die Sie in Ihrer Antwort auf Frage 3 erwähnt haben.
9. Haben Sie die Einstandspreise und Konditionen (Rabatte etc.) von Coop, Denner und Migros infolge der Frankenaufwertung seit Anfang 2011 häufiger angepasst als dies üblicherweise in früheren Jahren (ohne bedeutende Wechselkursschwankungen) der Fall war? Wenn ja, bitte
- quantifizieren Sie die Zunahme der Häufigkeit seit dem Jahr 2011;
  - erläutern und belegen Sie Ihre Antwort soweit möglich;
  - differenzieren Sie Ihre Antwort wenn nötig nach Detailhändler.
10. Bitte geben Sie in der nachfolgenden Tabelle für sämtliche in Frage 3 genannten Produkte für den Zeitraum seit 1.1.11 an,
- a. mit welcher zeitlicher Verzögerung (z.B. x Wochen) Sie Währungsvorteile an den Handel weitergegeben haben;
  - b. in welchem prozentualen Umfang Sie die Währungsvorteile an den Handel weitergegeben haben;
  - c. Bitte konkretisieren Sie Ihre Antworten soweit möglich (z.B. Senkung des Einstandspreises bei Händler x am x. August 2011 um x CHF infolge einer Abwertung des Euros um x % in der Zeitperiode vom x. August bis x. August 2011).

Bitte erweitern Sie die Tabelle bei Bedarf.

Marke	Artikel	a. Zeitliche Verzögerung			b. Umfang Weitergabe in %			c. Konkretisierung		
		Coop	Denner	Migros	Coop	Denner	Migros	Coop	Denner	Migros

11. Bitte nennen Sie die Gründe für die in der Tabelle zu Frage 10 angegebenen zeitlichen Verzögerungen der Weitergabe von Währungsvorteilen oder für allfällige Nichtweitergaben von Währungsvorteilen (z.B. Lieferverträge, welche für den Zeitraum x an einen bestimmten Frankenkurs gekoppelt waren etc.). Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort soweit nötig nach den unterschiedlichen Produkten und Händlern.
12. Haben Sie mit dem Schweizer Lebensmitteldetailhandel Verträge oder Konditionenvereinbarungen abgeschlossen betreffend die Weitergabe von Währungsvorteilen? Wenn ja, bitten wir Sie, uns jeweils eine Kopie zuzustellen.

### Angaben zu Importen

13. Gibt es Handelshemmnisse (beispielsweise betreffend die Produktdeklaration auf der Packung) bei der Einfuhr in die Schweiz von den in Frage 3 genannten Produkten? Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort wenn nötig nach Produkten.
14. Können Schweizer Detailhändler die von Ihnen vertriebenen Produkte im Ausland über von Ihnen unabhängige Gross- und Detailhändler (d.h. keine Ihrer Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften, vgl. hierzu Frage 15) beziehen?
- Wenn nein, weshalb nicht?
  - Wenn ja, ist Ihnen bekannt, dass Schweizer Lebensmitteldetailhändler in den letzten drei Jahren von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben? Wenn ja, bitte vervollständigen Sie die nachfolgende Tabelle mit folgenden Informationen:
    - a. Welche Schweizer Lebensmitteldetailhändler haben in den letzten drei Jahren von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht?
    - b. Welche Produkte wurden vom jeweiligen Händler im Ausland bezogen und in welchem geschätzten prozentualen Umfang (z.B. punktueller Bezug oder vollumfängliche Verlagerung auf Einkauf im Ausland)?
    - c. In welchem Land bzw. in welchen Ländern wurde überwiegend eingekauft?
- Bitte erweitern Sie die Tabelle bei Bedarf.

a. Detailhändler	b. Produkt	b. Umfang Import	c. Importländer

15. Können Schweizer Detailhändler die in Frage 3 genannten Produkte auch bei Ihren ausländischen Mutter-, Tochter- und/oder Schwestergesellschaften beziehen?
- Wenn nein, weshalb nicht?
  - Wenn ja, zu welchen Konditionen (z.B. zu gleichen Konditionen wie andere Detailhändler im entsprechenden Land, aber x % billiger als in der Schweiz und ohne die Gegenleistung x, y und z)? Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort wenn nötig nach Produkt, Detailhändler und Land.

- Wenn ja, ist Ihnen bekannt, dass Schweizer Lebensmitteldetailhändler in den letzten drei Jahren von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben? Wenn ja, bitte vervollständigen Sie die nachfolgende Tabelle mit folgenden Informationen:
- Welche Schweizer Lebensmitteldetailhändler haben in den letzten drei Jahren von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht?
  - Welche Produkte wurden vom jeweiligen Händler im Ausland bezogen und in welchem geschätzten prozentualen Umfang (z.B. punktueller Bezug oder vollumfängliche Verlagerung auf Einkauf im Ausland)?
  - In welchem Land bzw. in welchen Ländern wurde überwiegend eingekauft?
- Bitte erweitern Sie die Tabelle bei Bedarf.

a. Detailhändler	b. Produkt	b. Umfang Import	c. Importländer

- Gibt es zwischen Deutschland und der Schweiz generelle Unterschiede in den Belieferungskonditionen der Detailhändler (z.B. Dauertiefpreis in Deutschland versus Finanzierung von Aktionen, Werbekosten und Regalgebühren in der Schweiz)? Wenn ja, bitte erläutern und begründen Sie diese Unterschiede.
- Sind die von Ihnen belieferten Detaillisten resp. Grosshändler
  - in Deutschland
  - in anderen europäischen Ländern
 frei, die in Frage 3 genannten Produkte an Schweizer Detailhändler weiter zu verkaufen? Wenn nein, welche Einschränkungen bestehen?
- Bestehen zwischen Ihrem Unternehmen und ausländischen Vertriebspartnern in Europa Gebietsklauseln, die Lieferungen in die Schweiz oder Lieferungen ausserhalb des EWR betreffen? Wenn ja, bitte lassen Sie uns Kopien dieser Verträge zukommen oder geben Sie den genauen Wortlaut der Gebietsklauseln an.
- Haben Ihre Schweizer Vertragshändler eine Bezugspflicht im Inland? Wenn ja, bitte geben Sie den genauen Wortlaut der Bezugspflicht wieder und begründen Sie, weshalb diese besteht.

#### Weitere Angaben

- Haben Sie Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Schweizer Detailhändler? Wenn ja, bitten wir Sie, diese zu nennen und Ihre Angaben soweit möglich zu belegen. Falls gewünscht, werden wir Ihre Angaben anonym behandeln.
- Verfügen Sie über Studien, die angeben, wie viele Konsumenten wegen fehlender Verfügbarkeit von gewissen Produkten/Marken bei einem Detailhändler den Detailhändler wechseln (Kanalwechselverhalten der Konsumenten: z.B. gesamter Einkauf bei Coop anstelle eines Einkaufs bei Migros infolge fehlender Verfügbarkeit des Produkts bei Migros)? Wenn ja, bitten wir Sie, uns jeweils eine Kopie der Studien zuzustellen.
- Haben Sie weitere Bemerkungen oder Informationen, die im Zusammenhang mit diesem Verfahren von Bedeutung sein könnten?

## ANHANG A.2

## Fragebogen an Detailhändler vom 24. Oktober 2012

## Angaben zu Ihrem Unternehmen

1. Bitte nennen Sie:

Firma .....

Rechtsform .....

Adresse .....

Ort .....

Kontaktperson .....

E-Mail .....

Tel. Nr. ....

Fax. Nr. ....

## Angaben zu Beschaffungs- und Absatzvolumina sowie von Parallelimporten von Produkten ausgewählter Markenartikellieferanten

2. Bitte schätzen Sie, a) in welchem Umfang [in CHF Mio.] Sie für den Lebensmitteldetailhandel (ohne Grosshandel, Convenience etc.) 2009, 2010 und 2011 Produkte **bei der jeweiligen schweizerischen Niederlassung resp. dem jeweiligen offiziellen Importeur** der in nachfolgender Tabelle aufgeführten Unternehmen **bezogen haben** und b) welche Umsätze [in CHF Mio.] Sie damit **erzielt haben**.

a) Bezug bei schweizerischer Niederlassung resp. offiziellem Importeur

Unternehmen	Bezug für Lebensmitteldetailhandel bei schweizerischer Niederlassung/ offiziellem Importeur [in CHF Mio.]		
	2009	2010	2011
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			

b) Erzielter Umsatz mit Produkten, die bei schweizerischer Niederlassung/offiziellem Importeur bezogen wurden

Unternehmen	Erzielter Umsatz aus Bezug für Lebensmitteldetailhandel bei schweizerischer Niederlassung/ offiziellem Importeur [in CHF Mio.]		
	2009	2010	2011
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			



[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			

3. Bitte geben Sie in nachfolgender Tabelle an, ob Sie seit 2009 Produkte nachfolgender Unternehmen für den Lebensmitteldetailhandel (ohne Grosshandel, Convenience etc.) **parallel importiert** haben.
- a) Für diejenigen Unternehmen, für welche Sie mit einem „Ja“ geantwortet haben:  
Fahren Sie bitte mit Frage 4 fort.
- b) Für diejenigen Unternehmen, für welche Sie mit einem „Nein“ geantwortet haben:  
Bitte begründen Sie in untenstehender Tabelle, weshalb Sie seit 2009 keine Produkte parallel importiert haben. Bitte gehen Sie in Ihrer Antwort insbesondere darauf ein,
- ob Sie seit 2009 versucht haben, parallel zu importieren unter Angabe der (i) betroffenen Produkte, (ii) prozentualen Preisunterschiede und (iii) Importländer und
  - erläutern Sie die Gründe, die Sie schliesslich von einem Parallelimport abgehalten haben.

Bitte fahren Sie nach Beantwortung dieser Frage mit Frage 5 fort.

Unternehmen	Seit 2009 parallel importiert		Wenn nein, weshalb nicht (Schwierigkeiten etc.)
	JA	NEIN	
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			
[...]			

4. Bitte schätzen Sie,
- a) in welchem Umfang [in CHF Mio.] Sie für den Lebensmitteldetailhandel (ohne Grosshandel, Convenience etc.) 2009, 2010 und 2011 Produkte der in nachfolgender Tabelle aufgeführten Unternehmen **parallel importiert haben** (Bezug z.B. über einen ausländischen Grosshändler oder über eine im Ausland ansässige Tochtergesellschaft des Herstellers) und ob Sie Produkte dieser Unternehmen (auch) 2012 parallel importiert haben (vgl. Tabelle a) unten).
- b) welche Umsätze [in CHF Mio.] Sie mit diesen derart bezogenen Produkten 2009, 2010 und 2011 **erzielt haben** (vgl. Tabelle b) unten).
- c) Bitte nennen Sie zudem, in welchem Zeitraum Sie über wen (Name Unternehmen und Land) parallel importiert haben (vgl. Tabelle c) unten).
- a) Parallelimport



### Angaben zur Weitergabe von Währungsvorteilen bei den wichtigsten Produkten ausgewählter Markenartikellieferanten

5. Bitte tragen Sie in unten stehender Tabelle für jeden der genannten Markenartikellieferanten
- die **für Ihr Unternehmen** bezüglich Lebensmitteldetailhandelskanal hinsichtlich Bekanntheitsgrad und Image 5 wichtigsten Marken (Leadermarken) ein und
  - führen Sie pro **Marke Ihre 3 umsatzstärksten Produkte** im Lebensmitteldetailhandelskanal auf.

Wenn Sie von einem Markenartikelhersteller weniger als 5 starke und bekannte Marken (Leadermarken) in Ihrem Angebot haben, können Sie Ihre Antwort auf die angebotenen Leadermarken beschränken.

a. Namen der für Sie 5 wichtigsten Marken pro Lieferant	b. Namen der umsatzmässig drei wichtigsten Produkte der Marke		
[...]			
[...]			

6. Bitte geben Sie für sämtliche der in Frage 5 genannten Produkte für den Zeitraum seit dem 1. Januar 2011 an,
- zu welchen **Zeitpunkten** Sie von den jeweiligen Markenartikellieferanten bessere Konditionen **erhalten haben** und beschreiben Sie die **Art** der Konditionenverbesserung (z.B. Reduktion des Einstandspreises, Pauschalzahlung etc.). Bitte geben Sie zudem an, **in welchem Umfang** (in CHF) der betreffende Einstandspreis gesenkt wurde und/oder in welchem Umfang (in CHF) Zahlungen seitens der Lieferanten geleistet wurden.  
  
Wann immer möglich bitten wir Sie, allfällige Pauschalzahlungen auf die Einstandspreise umzurechnen (z.B. Pauschalzahlung von x CHF, was zu einer Reduktion des Einstandspreises von x CHF führte).
  - zu welchen **Zeitpunkten**, in welcher **Art** (temporäre Aktionen, dauerhafte Preissenkung) und in welchem **Umfang** (in CHF oder Prozent der gewährten Konditionenverbesserung) Sie die vom Markenartikellieferanten gewährten Konditionenverbesserungen jeweils an Ihre Kunden **weitergegeben** haben.  
  
Bitte konkretisieren Sie Ihre Antworten soweit möglich (z.B. Senkung des Endverkaufspreises am Tag.Monat.Jahr. um x CHF infolge einer Senkung des Einstandspreises um x CHF am Tag.Monat.Jahr).
- Bitte verwenden Sie für Ihre Antwort eine Tabelle gemäss nachfolgendem Muster oder erstellen Sie eine eigene Tabelle.

Marke	Artikel	a. Zeitpunkte, Art und Umfang der Konditionenverbesserung in CHF von Markenartikellieferanten an Detailhandel seit 01.01.11 (Datum/Art/CHF);	b. Zeitpunkte, Art und Umfang der Weitergabe an Endkunden in CHF oder in % seit 01.01.11 (Datum/CHF oder %)
<b>Markenartikellieferant:</b>			

7. Bitte schätzen Sie für den Lebensmitteldetailhandelskanal, in welchem prozentualen Ausmass die vorgenannten 22 Markenartikellieferanten (vgl. Frage 2) die seit 2009 entstandenen Währungsvorteile durchschnittlich an Sie weitergegeben haben [in % des entstandenen Vorteils der Lieferanten]. Bitte unterscheiden Sie bei Bedarf nach einzelnen Lieferanten, Produkten und Zeiträumen.
8. Bitte nennen Sie die Gründe für den in der Antwort zu Frage 6 angegebenen allfälligen zeitlichen Verzögerungen der Weitergabe von Währungsvorteilen oder für allfällige Nichtweitergaben von Währungsvorteilen (z.B. Preisauszeichnung im Regal etc.) durch Ihr Unternehmen. Bitte unterscheiden Sie Ihre Antwort soweit nötig nach den unterschiedlichen Produkten.

#### Angaben zur Weitergabe von Preissenkungen im Allgemeinen und zu ausgelisteten Produkten

9. Inwieweit gelten die Angaben, welche Sie in Ihrer Antwort zur Frage 6 für ausgewählte Markenartikellieferanten gemacht haben, im Wesentlichen auch für die übrigen Markenartikellieferanten, von welchen Sie Produkte beziehen, die (überwiegend) im Ausland produziert werden (d.h. für welche Währungsgewinne anfallen können)? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort und unterscheiden Sie wenn nötig nach verschiedenen Gruppen von Lieferanten oder Produktgruppen.
10. Inwieweit gelten die Angaben, welche Sie in Ihrer Antwort zur Frage 6 für ausgewählte Markenartikellieferanten gemacht haben, im Wesentlichen auch für (überwiegend) im Ausland produzierte Eigenmarken? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort und unterscheiden Sie wenn nötig nach verschiedenen Gruppen von Lieferanten oder Produktgruppen.
11. In Ihren Antworten auf die Fragen 6, 9 und 10 haben Sie ausgeführt, wie stark (Ausmass der Weitergabe von Preisvor- oder -nachteilen) und wie schnell (Zeitpunkt, bis eine allfällige Anpassung erfolgt) Sie Ihre Endverkaufspreise im Lebensmitteldetailhandel seit dem 1. Januar 2011 infolge von Änderungen ihrer jeweiligen Einstandspreise angepasst haben.

Inwieweit gelten diese Angaben im Wesentlichen auch für die Zeitperiode zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 1. Januar 2011 (als der Schweizer Franken noch weniger stark war)? Wenn nein, bitte erläutern Sie Ihre Antwort und unterscheiden Sie diese soweit nötig nach verschiedenen Gruppen von Lieferanten, nach Produktgruppen und nach Marken/Eigenmarken.

12. Haben Sie Produkte von Markenartikelherstellern seit dem 1. Januar 2011 temporär oder bis heute ausgelistet, weil diese Währungsvorteile nicht oder nur zu einem geringen Teil weitergegeben haben?

Wenn ja, bitte nennen Sie a) die von der Auslistung betroffenen Marken und Produktlinien sowie b) jeweils den Zeitpunkt der Auslistung, ob c) eine Wiederaufnahme ins Sortiment stattfand und d) den jeweiligen Zeitpunkt der allfälligen Wiederaufnahme ins Sortiment. Bitte beschreiben Sie zudem, e) ob der Ihnen gewährte Preisnachlass gemäss Ihrer Einschätzung gleich hoch, höher oder tiefer war als der Währungsgewinn des Produzenten, f) in welchem Ausmass Sie die Preisreduktion dem Endkonsumenten weiter gegeben haben g) mit welcher zeitlichen Verzögerung.

Bitte erweitern Sie nachfolgende Tabelle bei Bedarf oder erstellen Sie eine eigene Tabelle.

a) Ausgelistete Marken und Produktlinien	b) Zeitpunkt Auslistung	c) Wieder- aufnahme		d) Zeitpunkt Wiederaufnahme, e) Preisnachlass verglichen mit Währungsgewinn f) Ausmass Weitergabe an Endkonsumenten g) Verzögerung bei Weitergabe an Endkonsumenten
		JA	NEIN	

### Angaben zu Ihrem Einkauf von Markenartikeln und Verhandlungen mit Markenartikelherstellern

13. Haben Sie mit Markenartikellieferanten für den Lebensmitteldetailhandel, mit welchen Sie Preise in Schweizer Franken vereinbart haben, Verträge abgeschlossen, welche an einen konkreten €-Kurs resp. einen anderen Wechselkurs gekoppelt sind? Wenn ja, bitte schätzen Sie, mit prozentual wie vielen dieser Markenartikellieferanten solche Verträge bestehen und nennen Sie konkrete Beispiele zur Ausgestaltung solcher Verträge.
14. Bitte schätzen Sie, welchen Anteil an Markenartikeln für den Lebensmitteldetailhandel, welche im Ausland produziert werden, Sie 2011 und in den ersten drei Quartalen 2012 a) parallel importiert haben. b) Bitte schätzen Sie dabei, welcher Anteil davon auf ausländische Vertriebsgesellschaften der Hersteller und auf unabhängige Vertriebspartner entfällt. c) Bitte schätzen Sie weiter, aus welchen drei Ländern Sie umsatzmässig am meisten Parallelimporte von Markenartikeln für den Lebensmitteldetailhandel getätigt haben und schätzen Sie den jeweiligen Anteil, den diese Länder an ihrem gesamten Parallelimport-Volumen bezüglich Markenartikel für den Lebensmitteldetailhandel haben.

	Im Jahr 2011	1. Jan.–30. Sept. 2012
a) Anteil im Ausland produzierter Markenartikel, welche parallel importiert wurden		
b) Davon Anteil, welcher auf folgende Lieferanten entfällt:		
- ausländische Vertriebsgesellschaften der Hersteller		
- unabhängige Vertriebspartner		
c) Anteil, den wichtigste Länder an Parallelimport haben		
- Land 1:		
- Land 2:		
- Land 3:		

15. Haben Ihre Markenartikellieferanten die mit Ihnen vereinbarten Einstandspreise und Konditionen (Rabatte etc.) infolge der Frankenaufwertung seit Anfang 2011 durchschnittlich häufiger angepasst als dies üblicherweise in früheren Jahren (ohne bedeutende Wechselkursschwankungen) der Fall war? Wenn ja, bitte
- schätzen Sie die Zunahme der Häufigkeit seit dem Jahr 2011;
  - erläutern und belegen Sie Ihre Antwort soweit möglich;
  - differenzieren Sie Ihre Antwort wenn nötig nach verschiedenen Gruppen von Markenartikellieferanten.

### Angaben zu möglichen Preisempfehlungen

16. Erhalten Sie von Markenartikellieferanten Preisempfehlungen, welche verbunden sind mit Druck oder Anreizen, damit Sie die Preisempfehlungen einhalten? Wenn ja, bitte nennen Sie die einzelnen Lieferanten und Produkte und ob Sie sich jeweils an die Preisempfehlungen halten.

### Weitere Angaben

- 
17. Haben Sie Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten von Markenartikellieferanten (z.B. Behinderung von Parallelimporten)? Wenn ja, bitten wir Sie, diese zu nennen und Ihre Angaben soweit möglich zu belegen. Falls gewünscht, werden wir Ihre Angaben anonym behandeln.
  18. Verfügen Sie über Studien, die angeben, wie viele Konsumenten wegen fehlender Verfügbarkeit von gewissen Produkten/Marken bei einem Detailhändler den Detailhändler wechseln (Kanalwechselverhalten der Konsumenten: z.B. gesamter Einkauf bei Coop anstelle eines Einkaufs bei Migros infolge fehlender Verfügbarkeit des Produkts bei Migros)? Wenn ja, bitten wir Sie, uns jeweils eine Kopie der Studien zuzustellen.
  19. Haben Sie weitere Bemerkungen oder Informationen, die im Zusammenhang mit diesem Verfahren von Bedeutung sein könnten?
-

B 1	<b>5. BGBM</b> LMI LMI
B 1.5	<b>1. Interkantonaler Marktzugang für Zahnprothetiker</b>

*Publikation von Verfügungen, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen sind (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Anmerkungen von Dr. Nicolas Diebold, Leiter Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission*

1. Beim Beruf des Zahnprothetikers handelt es sich um eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit, die beispielsweise im Kanton Zürich vorgesehen ist (§§ 31 ff. Gesundheitsgesetz Kanton Zürich). Viele andere Kantone kennen diesen Beruf nicht bzw. behalten diese Tätigkeit den Zahnärzten vor. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht stellt sich daher die Frage, ob eine im Kanton Zürich zugelassene Zahnprothetikerin gestützt auf das Binnenmarktgesetz einen Anspruch auf Zulassung und Niederlassung in anderen Kantonen hat.<sup>1</sup>

2. Unter dem Binnenmarktgesetz in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 war es dem Inhaber einer kantonalen Berufsausübungsbewilligung nicht möglich, über das Binnenmarktgesetz eine Bewilligung in einem anderen Kanton zu erlangen, wenn die entsprechende Erwerbstätigkeit im Bestimmungskanton gar nicht vorgesehen oder einer anderen Berufsgruppe vorbehalten war. Entsprechend blieb es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beispielsweise einem Heilpraktiker aus dem Kanton Appenzell Ausserrhoden verwehrt, eine Naturheilpraxis im Kanton Zürich zu eröffnen, und ein im Kanton Zürich zugelassener Zahnprothetiker hatte keinen Anspruch darauf, diesen Beruf im Kanton Graubünden auszuüben; in beiden Fällen war die entsprechende Tätigkeit in der Gesetzgebung des Bestimmungskantons nicht vorgesehen.<sup>2</sup>

3. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts gründete auf dem Argument, dass im Binnenmarktgesetz gemäss seiner ursprünglichen Fassung von 1995 nur die Dienstleistungsfreiheit, nicht aber die Niederlassungsfreiheit garantiert war. Gemäss Bundesgericht kommt die ausserkantonale Eröffnung einer Praxis, eines Geschäfts oder Lokals einer Niederlassung gleich. Diese Konstellation ist somit nicht eine Frage des interkantonalen Dienstleistungsverkehrs, sondern vielmehr Gegenstand der innerkantonalen Niederlassungsbestimmungen. Entsprechend konnten sich Personen, die sich in einem anderen Kanton niederlassen wollten, nicht auf die in Art. 2 Abs. 1-3 BGBM verankerten Marktzugangsrechte berufen.

4. Diese restriktive Auslegung des Art. 2 BGBM in seiner ursprünglichen Fassung und die damit verbundene Ausklammerung der Niederlassungsfreiheit durch das Bundesgericht war ein gewichtiger Grund für die Teilrevision des Binnenmarktgesetzes vom 16. Dezember 2005 (in

Kraft seit 1.7.2006). Verschiedene Studien zeigten auf, dass die föderalismusfreundliche Auslegung dem Binnenmarktgesetz die Zähne gezogen und dessen Wirkung geschwächt hatte.<sup>3</sup>

5. Kern der Revision bildete denn auch die Ausdehnung des Herkunftsprinzips auf die Niederlassungsfreiheit.<sup>4</sup> Art. 2 BGBM wurde neu mit einem Abs. 4 versehen, wonach jede eine Erwerbstätigkeit ausübende Person das Recht hat, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz *niederzulassen* und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM nach den Vorschriften des Ortes der Erstiniederlassung auszuüben. Mit dieser Bestimmung sollte primär die Eröffnung einer ausserkantonalen Zweitniederlassung vereinfacht werden,<sup>5</sup> wobei der Grundsatz aber auch dann gilt, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstiniederlassung aufgegeben wird (Art. 2 Abs. 4, Satz 2 BGBM).

6. Mit der Verankerung der Niederlassungsfreiheit in Art. 2 Abs. 4 BGBM ist es Inhabern von kantonalen Berufsausübungsbewilligungen möglich, selbst dann eine Niederlassung in einem anderen Kanton zu begründen, wenn der Bestimmungskanton die Tätigkeit gar nicht vorsieht oder diese einer anderen Berufsgruppe vorbehalten. Die Kantone setzen diese Bestimmung des Binnenmarktgesetzes immer mehr um, wie die nachfolgende Zulassungsverfügung des Kantons Aargau für eine Zahnprothetikerin aus dem Kanton Zürich zeigt:

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen lehnen an am Aufsatz von NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 3/2010, 129 ff.

<sup>2</sup> BGE 125 I 276 E. 4 (Zahnprothetiker); 125 I 322 E. 2 (Heilpraktiker); Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt, Schlussbericht vom 11. Februar 2000 z.H. GPK-N, BBI 2000 6040 ff., 6045 f.

<sup>3</sup> Parlamentarische Verwaltungskontrolle (Fn 2); GPK-N, Bericht vom 27. Juni 2000 über die Auswirkungen des Binnenmarktgesetzes auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr in der Schweiz, BBI 2000 6027 ff.; Jahresbericht 2005 der WEKO, RPW 2006, 10 ff.; Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 472 ff.

<sup>4</sup> Botschaft Änderung BGBM (Fn 3), 484.

<sup>5</sup> Ibid., 484 f.

**KANTON AARGAU**

Departement  
Gesundheit und Soziales  
Generalsekretariat

Rechtsdienst  
[...]

18. Juli 2013

**Tätigkeit als Zahnprothetikerin im Kanton Aargau;  
Bestätigung**

Sehr geehrte Frau A. \_\_\_\_\_

Wir nehmen Bezug auf Ihr Gesuch vom 27. Mai 2013, den geführten Briefwechsel, Ihre Eingabe vom 12. Juli 2013 sowie die eingereichten Unterlagen.

Sie sind seit dem 28. Februar 2013 im Besitz einer Bewilligung des Kantons Zürich zur selbständigen Berufsausübung als Zahnprothetikerin. Es liegt uns, datiert vom 06. Juni 2013, eine Unbedenklichkeitsbestätigung des Kantons Zürich vor. Gestützt auf die zürcherische Berufsausübungsbewilligung und die aktuelle Unbedenklichkeitsbestätigung des Kantons Zürich nehmen wir in Anwendung des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 Kenntnis von Ihrer Tätigkeit im Kanton Aargau. Sie werden uns sobald bekannt, Ihre Geschäftsadresse im Kanton Aargau mitteilen.

Umfang und Inhalt Ihrer Tätigkeit als Zahnprothetikerin im Kanton Aargau richten sich grundsätzlich nach der vom Kanton Zürich erteilten Berufsausübungsbewilligung. Bezüglich der Berufszulassung gelten die Bestimmungen des Kantons Zürich als Ort Ihrer Erstniederlassung.

Veränderungen in den Verhältnissen wie Beendigung oder Verlegung der Tätigkeit, Änderung der Personalien, der Geschäfts- und Privatadressen, müssen uns umgehend schriftlich gemeldet werden.

Massgebende kantonale Bestimmungen finden Sie unter [www.ag.ch/dgs](http://www.ag.ch/dgs) → Bewilligungen und Gesuche.

Bei allfälligen Fragen stehen Ihnen folgende Dienste zur Verfügung:

- **Administration/Mutationen:**  
[...]
- **Fachtechnische Fragen:**  
[...]
- **Rechtsfragen:**  
[...]

Freundliche Grüsse

DEPARTEMENT  
GESUNDHEIT UND SOZIALES  
Leiterin Fachstelle Bewilligungen

[Sig.]



B 2

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich</b>

Rechtskräftige Verfügung vom 22. April 2013 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. Aktiengesellschaft Cellere in St. Gallen
2. Cellere AG Zürich, Bauunternehmung in Zürich  
beide vertreten durch [...]
3. Brebau Holding AG, c/o Bretscher AG in Wallisellen
4. Egli Bau AG in Zürich
5. Brunner Erben Holding AG in Glattbrugg
6. Brunner Erben AG in Glattbrugg  
beide vertreten durch [...]
7. Chr. Müller + Co AG in Zürich
8. Flexbelag-Bau AG Zürich in Zürich  
vertreten durch [...]
9. Gewerbezentrum Unterfeld AG in Döttingen
10. Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG in Döttingen  
beide vertreten durch [...]
11. Hagedorn AG in Meilen  
vertreten durch [...]
12. Hüppi AG in Wallisellen  
vertreten durch [...]
13. Keller-Frei AG in Wallisellen  
vertreten durch [...]
14. Kern Strassenbau AG in Bülach  
vertreten durch [...]
15. KIBAG Bauleistungen AG in Zürich
16. Marti AG, Bauunternehmung in Zürich
17. STRABAG AG in Glattbrugg

vertreten durch [...]

18. Tibau AG in Zürich

vertreten durch [...]

19. Toller & Loher AG, c/o Herr Kurt Loher in Meilen  
vertreten durch [...]

20. Walo Bertschinger Holding AG in Zürich

21. Walo Bertschinger AG in Zürich

beide vertreten durch [...]

**Inhaltsverzeichnis**

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	<b>527</b>			
A.1	Gegenstand der Untersuchung	527	B.3.1	Keine weiteren Beweisabnahmen aufgrund noch offener Beweisangebote	543
A.2	Begriffe	527	B.3.2	Zulässige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bezüglich Unterlagen aus der Selbstanzeige	545
A.3	Verfahren	529	B.3.2.1	Allgemeines	545
A.3.1	Die Anzeige	529	B.3.2.2	Ad Schwärzungen	546
A.3.2	Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen	530	B.3.2.3	Ad Kopierverbot	548
A.3.3	Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und die Entsiegelungsverfahren	531	B.3.2.4	Fazit	550
A.3.4	Der weitere Gang der Untersuchung	531	B.3.3	Zulässige Frist zur Stellungnahme bezüglich der Fälle [...]	550
A.3.5	Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG	532	B.4	Vorbehaltene Vorschriften	551
A.3.6	Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf	533	B.4.1	Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus	551
A.3.7	Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien	534	B.4.2	Aber der durch die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffene Rahmen ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen	551
A.3.7.1	Birchmeier	534	B.5	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass	554
A.3.7.2	Egli	535	B.5.1	Ad Beweiswürdigung	554
A.3.7.3	Flexbelag	535	B.5.2	Ad Beweismass	555
A.3.7.4	Hagedorn	535	B.5.3	Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung	558
A.3.7.5	Hüppi	535	B.6	Unzulässige Wettbewerbsabrede	558
A.3.7.6	Keller-Frei	535	B.6.1	Wettbewerbsabrede	558
A.3.7.7	Kern	535	B.6.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	559
A.3.7.8	Schiess	536	B.6.1.2	In casu bezüglich einzelnen Submissionen	559
A.3.7.9	Tibau	536	B.6.1.3	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	560
A.3.7.10	Toller	536	B.6.1.4	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	561
A.3.7.11	Walo	536	B.6.1.5	Fazit	562
A.3.8	Verfahren vor der WEKO	536	B.6.2	Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren	562
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b>	<b>537</b>	B.6.2.1	Interessenlage von Baugesellschaften bei Auktionen mit verdeckten Geboten	562
B.1	Geltungsbereich	537	B.6.2.2	Vorgängige Kenntnis der Konkurrenten bei einer Vergabe dank dem Meldesystem des SBV und der Veröffentlichung via <www.infobau.ch>	564
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	537	B.6.3	Die im Einzelnen betrachteten Fälle	565
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	537	B.6.3.1	Einleitung	565
B.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	537	B.6.3.2	Überblick	566
B.2	Materielle Verfügungsadressatinnen	538			
B.2.1	Allgemeines	538			
B.2.2	Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen	538			
B.2.3	Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen	539			
B.2.3.1	Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	539			
B.2.3.2	Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	540			
B.2.4	Fazit	543			
B.3	Weitere formelle Fragen	543			

B.6.3.3	Allgemeine Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien	566	B.6.4.1	Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet	591
B.6.3.3.1	Weshalb nicht immer alle Abredeteilnehmer auch Verfahrensparteien sind	566	B.6.4.2	Grösstenteils keine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	592
B.6.3.3.2	Weshalb der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, unzutreffend ist	567	B.6.4.2.1	Marktabgrenzung	592
B.6.3.3.3	Die „Absprachenliste“ ist von durchschlagender Beweiskraft	567	i)	Marktgegenseite	592
B.6.3.4	Schutznahmen der Selbstanzeigerin	569	ii)	Sachlich relevanter Markt	592
B.6.3.4.1	Fall [...]	570	iii)	Räumlich relevanter Markt	594
B.6.3.4.2	Übersicht über die weiteren Schutznahmen der Selbstanzeigerin	572	iv)	Zeitlich relevanter Markt	595
B.6.3.5	Darstellung der einzelnen Projekte in chronologischer Reihenfolge	573	B.6.4.2.2	Verbleibender Aussen- sowie Innen- und Restwettbewerb	595
B.6.3.5.1	Fall [...]	573	i)	Aussenwettbewerb	595
B.6.3.5.2	Fall [...]	574	ii)	Innen- und Restwettbewerb	598
B.6.3.5.3	Fall [...]	574	B.6.4.2.3	Beurteilung bei Abbruch der Ausschreibung (Fälle [...])	599
B.6.3.5.4	Fall [...]	574	B.6.4.2.4	Stellungnahme der Parteien	599
B.6.3.5.5	Fall [...]	575	B.6.4.2.5	Zwischenergebnis	600
B.6.3.5.6	Fall [...]	576	B.6.5	Erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs in [...] der verbleibenden [...] Fälle	600
B.6.3.5.7	Fall [...]	576	B.6.5.1	Qualitatives Element	601
B.6.3.5.8	Fall [...]	577	B.6.5.2	Quantitatives Element	601
B.6.3.5.9	Fall [...]	581	B.6.5.3	Gesamtwürdigung	602
B.6.3.5.10	Fall [...]	581	B.6.5.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	603
B.6.3.5.11	Fall [...]	585	B.6.6	Ergebnis	604
B.6.3.5.12	Fall [...]	585	B.7	Sanktionierung und Sanktionsbemessung	605
B.6.3.5.13	Fall [...]	585	B.7.1	Sanktionierung	605
B.6.3.5.14	Fall [...]	585	B.7.1.1	Allgemeines	605
B.6.3.5.15	Fall [...]	585	B.7.1.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	605
B.6.3.5.16	Fall [...]	585	B.7.1.2.1	Unternehmen	605
B.6.3.5.17	Fall [...]	585	B.7.1.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	605
B.6.3.5.18	Fall [...]	585	B.7.1.3	Vorwerfbarkeit	605
B.6.3.5.19	Fall [...]	588	B.7.2	Sanktionsbemessung	609
B.6.3.5.20	Fall [...]	588	B.7.2.1	Einleitung und gesetzliche Grundlagen	609
B.6.3.5.21	Fall [...]	588	B.7.2.2	Maximalsanktion	609
B.6.3.5.22	Fall [...]	588	B.7.2.3	Konkrete Sanktionsberechnung	610
B.6.3.5.23	Fall [...]	590	B.7.2.3.1	Basisbetrag	610
B.6.3.5.24	Fall [...]	590	i)	Grundsätzliches zum Einbezug von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen in den Basisbetrag	613
B.6.3.5.25	Fall [...]	591	ii)	Obergrenze des Basisbetrags	617
B.6.3.6	Fazit: Das Vorliegen von etlichen Wettbewerbsabreden ist damit bewiesen	591	iii)	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	619
B.6.4	Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	591	B.7.2.3.2	Dauer	624

B.7.2.3.3	Erschwerende und mildernde Umstände	625
i)	Erschwerende Umstände	625
ii)	Mildernde Umstände	628
B.7.2.4	Zwischenergebnis	629
B.7.2.5	Verhältnismässigkeitsprüfung	629
B.7.3	Selbstanzeige – Vollständiger Erlass der Sanktion	630
B.7.3.1	Allgemeines zur Sanktionsbefreiung	630
B.7.3.2	Subsumtion und Ergebnis	630
B.7.4	Verjährung	632
B.7.5	Ergebnis	633
B.8	Weitere Anordnungen	639
B.8.1	Unterlassungsanordnungen	639
B.8.1.1	Gemäss Antrag des Sekretariats	639
B.8.1.2	Stellungnahme der Parteien	640
B.8.1.3	Anordnungen der WEKO	643
B.8.2	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	645
<b>C</b>	<b>Kosten</b>	<b>646</b>
<b>D</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>651</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b>	<b>651</b>

## A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob Gesellschaften des Tiefbaugewerbes im Kanton Zürich Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben, indem sie Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen sowie Informationen über Offertpreise, Teilnahmen an Ausschreibungen wie auch die Zuteilung von Aufträgen respektive Kunden austauschten.

### A.2 Begriffe

2. Bevor die Verfahrensgeschichte dargestellt wird (nachstehend A.3), werden nachfolgend einige Begriffe erklärt, wie sie im Rahmen dieser Verfügung verwendet werden.

3. **Tiefbau:** Die vorliegende Untersuchung betrifft das Bauwesen, genauer den Tiefbau, welcher grob in vier Sparten unterteilt werden kann<sup>2</sup>: Der Strassenbau umfasst unter anderem Belagsarbeiten, Arbeiten wie Abschlüsse und Pflästerungen, Kanalisations- und Werkleitungsbauarbeiten. Der Erdbau betrifft Arbeiten im Bereich Aushub/Baugruben, Schüttungen/Dammbauten, Natursteinmauern, Abbruch/Rückbau sowie Wasserbau. Die Betoninstandsetzung betrifft Sanierungen. Schliesslich können dem Tiefbau auch die mit diesem zusammenhängenden Transporte zugeordnet werden (Grube, Mulden- und Kippertransporte, Spezial- und Schwertransporte, Deponiehaltung/Kiesgrube).

4. Arbeiten der Sparten Strassenbau und Betoninstandsetzung werden weit überwiegend von der öffentlichen Hand (Bund, Kantone und Gemeinden) nachgefragt, während im Erdbau und bei den Transporten öfters auch Private als Auftraggeber auftreten.

5. **Submission/Auftragsvergabe:** Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Tiefbauarbeiten, von deren allfälligen Ausschreibung bis zur Vergabe des Auftrags. Es kann dabei grundsätzlich zwischen öffentlichen und privaten Submissionen unterschieden werden. Das Vergabeverfahren bei Aufträgen der öffentlichen Hand ist weitgehend gesetzlich vorgegeben,<sup>3</sup> wobei zwischen offenen und selektiven Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Verfahren unterschieden wird.<sup>4</sup> Submissionen von privaten Aufträgen sind demgegenüber nicht diesen gesetzlichen Vergabe(verfahrens)vorschriften unterworfen, weshalb dort mehr Spielraum besteht. So können beispielsweise die Ersteingaben der an einer privaten Submission beteiligten Anbieter in Abgebotsrunden<sup>5</sup> weiter verhandelt werden. Dabei kontaktiert in der Regel die mit der Auftragsvergabe betraute Person die interessierten Firmen und fordert Preisnachlässe. Via Ausschluss der jeweils teuersten Anbieter wird der Kreis der Offerenten kontinuierlich bis zur abschliessenden Vergabe des Auftrags eingeschränkt.

6. **Schutz:** Derjenige Abspracheteilnehmer, der einen zu vergebenden Auftrag erhalten und damit direkt von der fraglichen Absprache profitieren soll, erhält von den anderen an der Absprache beteiligten Tiefbaugesellschaften einen sogenannten *Schutz*<sup>6</sup> erteilt (auch als *Schutznahme* bezeichnet); er wird von den anderen Abspracheteilnehmern *geschützt*. Die Absprache läuft in aller Regel über den einzugebenden Preis und erlaubt es der geschützten Gesellschaft, den tiefsten Preis aller Abspracheteilnehmer zu offerieren, was regelmässig zur Folge hat, dass die Bauherrschaft den Auftrag an die geschützte Gesellschaft vergibt.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Geläufig ist auch die Unterteilung in allgemeinen Tiefbau einerseits, Strassen- und Belagsbau andererseits, wobei die Grenze zwischen beiden Bereichen fließend ist (so ausdrücklich etwa RPW 2007/1, 105 Rz 50 f., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*). Vorliegend werden diese beiden Bereiche der einfacheren Lesbarkeit halber unter dem generischen Oberbegriff „Tiefbau“ erfasst und als Sparten davon bezeichnet. Auf den Ausgang der Untersuchung wirkt sich die vorliegend gewählte Terminologie nicht aus und allgemeingültige Schlüsse sind aus der hier verwendeten Begrifflichkeit ebenfalls nicht zu ziehen.

<sup>3</sup> Für Ausschreibungen des Bundes: Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

Für Ausschreibungen der Kantone und Gemeinden: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; in der systematischen Sammlung des Zürcherischen Rechts LS 720.1) und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungserlasse (für den Kanton Zürich etwa die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, SubV [ZH]; LS 720.11).

<sup>4</sup> Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

<sup>5</sup> Vgl. demgegenüber etwa Art. 11 Bst. c IVöB, wonach Kantone, Gemeinden sowie andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben auf Abgebotsrunden zu verzichten haben.

<sup>6</sup> Der hier verwendete Begriff „Schutz“ entstammt der Terminologie des branchenkundigen Whistleblowers (siehe act. [...]). Denselben Begriff gebrauchte auch der Bonusmelder (siehe act. [...]).

<sup>7</sup> Siehe weiterführend dazu unten Rz 843 ff., insbesondere 861 ff.

7. **Stützofferte:** Unter einer Stützofferte (oder Schutzofferte) wird eine Offerte verstanden, mit welcher die Abspracheteilnehmer die Offerte der geschützten Gesellschaft überbieten, womit diese geschützt wird. Eine Stützofferte wird somit nur zum Schein als ernsthafte Offerte eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten der geschützten Gesellschaft.<sup>8</sup> Falls eine Gesellschaft aufgrund der Absprache auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, wird von Eingabeverzicht oder bid suppression gesprochen.

8. **Meldesystem gemäss Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV):** Gemäss dem im Untersuchungszeitraum in Kraft gewesenen Art. 6.1 des Wettbewerbsreglements SBV<sup>9</sup> hat ein SBV-Mitglied, das bei einer Ausschreibung ein Angebot einzureichen beabsichtigt, diese Absicht der zuständigen Stelle unverzüglich nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen mitzuteilen. Ebenso hat es die zuständige Meldestelle zu informieren, wenn es seine Absicht ändert und doch kein Angebot einreichen wird (Art. 6.2 Wettbewerbsreglement SBV). Zuständige Meldestelle für Projekte im Tiefbau im Kanton Zürich ist resp. war der „Baumeisterverband Region Zürich-Schaffhausen“ (siehe Anhang des vorerwähnten Wettbewerbsreglements SBV).

9. Zumindest im für die vorliegende Untersuchung relevanten Zeitraum betrieb der SBV über verschiedene Geschäftsstellen der Kantonal- oder Regionalverbände die Internetplattform <www.infobau.ch>, welche für Mitglieder des SBV über ein Kennwort zugänglich war. Auf dieser Webseite konnten die Mitglieder des SBV jederzeit (also auch während noch laufender Ausschreibung) die Liste der für eine bestimmte Ausschreibung gemäss Art. 6 Wettbewerbsreglement SBV beim „Baumeisterverband Region Zürich-Schaffhausen“ angemeldeten Gesellschaften einsehen.

10. Die Meldestelle – oder nach Rücksprache mit ihr auch direkt die Fragen habende Tiefbaugesellschaft selber<sup>10</sup> – konnte im relevanten Zeitraum die angemeldeten Gesellschaften zu einer Versammlung<sup>11</sup> einladen. Gemäss Art. 8 und 9 Wettbewerbsreglement SBV sollte diese Versammlung insbesondere der Klärung von technischen Fragen zum betreffenden Projekt dienen.

11. **Arbeitsgemeinschaften (ARGE):** In Abhängigkeit unter anderem von der Grösse, den betroffenen Arbeiten und dem Durchführungszeitraum eines Projektes kann sich dessen Ausführung in Form einer ARGE anbieten. Dazu verhandeln mehrere Gesellschaften miteinander im Hinblick auf die gemeinsame Ausführung eines Projekts. Einigen sie sich für den Fall des Auftragserhalts auf die Bildung einer ARGE – bei welcher es sich regelmässig um einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR<sup>12</sup> handelt – sind neben anderen offene und stille ARGE denkbar. Bei einer stillen ARGE übernimmt eine Gesellschaft die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegen aussen, also gegenüber dem Bauherren, auf, ohne diesen über die übrigen, im Falle eines Vertragsabschlusses an der Ausführung als ARGE-Partner beteiligten Gesellschaften zu informieren. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE, liegt eine offene ARGE vor und Vertragspartei im Verhältnis zum

Bauherren sind die ARGE-Partner (nicht nur einer hiervon). Möglich, aber nicht zwingend erforderlich, ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, welche Gesellschaften den Auftrag gemeinsam planen und im Falle des Zuschlages ausführen würden. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung wird gemeinsam bewerkstelligt. Gemeinsam ist den hier beschriebenen ARGE-Konstellationen, dass sich die Gesellschaften bezüglich eines bestimmten Auftrags nicht konkurrenzieren, sondern an dessen gemeinsamer Ausführung bereits in der Offertphase<sup>13</sup> interessiert sind. Anders gelagert sind die – im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter interessierenden – Fälle, in welchen eine Gesellschaft, die in der Offertphase am Erhalt eines Auftrags und dessen eigenständiger Ausführung interessiert war, aber nach erfolgter Zuschlagserteilung eine ARGE mit anderen Baugeschäften, auch vormaligen Konkurrenten, zu bilden versucht.<sup>14</sup>

12. Solange ARGE gebildet werden, weil die ARGE-Partner ein bestimmtes Projekt nur gemeinsam realisieren können, ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden; im Gegenteil, erhöht sich dadurch doch der Wettbewerb um einen andernfalls nicht bestehenden Konkurrenten.<sup>15</sup> Allerdings ist auch bei diesen wettbewerbsrechtlich berechtigten ARGE kein Grund erkennbar, der für eine Nichtoffenlegung der ARGE-Bildung gegenüber der Bauherrschaft sprechen würde – vielmehr ist zu fordern, dass der Bauherr hierüber informiert wird<sup>16</sup>. Sind die Beteiligten aber auch ohne Bildung einer ARGE in der Lage, das betreffende Projekt individuell zu realisieren, bestehen gegenüber der ARGE-Bildung wettbewerbsrechtliche Bedenken, da

<sup>8</sup> Siehe dazu auch RPW 2009/3, 200 Rz 15, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Ferner etwa MARSELA MACI, Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments, ECLR 2011/8, 406–413, 407.

<sup>9</sup> Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes vom 30.10.2008 über das Angebotswesen (Wettbewerbsreglement), Ausgabe 2009, abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/2\_Kernthemen/Ausschreibungen\_Normen/Ausschreibungen/wettbewerbsreglement\_2008.pdf> (11.06.2013).

<sup>10</sup> Siehe etwa act. [...] sowie act. [...].

<sup>11</sup> So die Bezeichnung im Wettbewerbsreglement SBV. Oftmals auch als Vorversammlung oder Submittentenversammlung oder -sitzung bezeichnet.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

<sup>13</sup> Während dieser Phase werden ARGE zuweilen auch als Bietergemeinschaften (BIEGE) bezeichnet, da zu der Zeit noch nicht feststeht, ob es effektiv zu einer gemeinsamen Arbeitsausführung (und damit zur Bildung einer ARGE) kommen wird, hängt diese doch von der allfälligen Zuschlagserteilung ab.

<sup>14</sup> Siehe zum Ganzen RPW 2009/3, 199 Rz 12, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>15</sup> Aus kartellrechtlicher Sicht liegt bei einer solchen ARGE nicht einmal eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor, da diese ARGE-Vereinbarung weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt.

<sup>16</sup> In diesem Sinne bereits die einvernehmliche Regelung i.S. RPW 2009/3, 222, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

sich zwei oder mehr direkte Konkurrenten zusammenschliessen und das Konkurrenzfeld durch die ARGE-Bildung entsprechend verkleinert wird.<sup>17</sup> Aus vergaberechtlicher Sicht ist im Kanton Zürich die Bildung von ARGE zulässig, es sei denn, diese Möglichkeit sei ausdrücklich ausgeschlossen oder eingeschränkt worden (§ 6 SubV [ZH]).

13. **Subunternehmer.** Eine weitere Art der Zusammenarbeit im Bauwesen besteht im Bezug von Subunternehmern. Subunternehmer sind Vertragspartner der berücksichtigten Anbieterin (also der Gesellschaft, welche den Zuschlag erhielt)<sup>18</sup> und nicht – dies im Gegensatz zu den ARGE-Partnern einer (offenen) ARGE – des Bauherrn; Vertragspartner im Verhältnis zum Bauherrn ist ausschliesslich die berücksichtigte Anbieterin. Subunternehmer werden von der berücksichtigten Anbieterin beigezogen, um bestimmte Arbeiten auszuführen, die diese gegenüber dem Bauherrn schuldet.<sup>19</sup> In einer Branche mit teilweise hohem Spezialisierungsgrad kann es effizient sein, für spezifische Arbeiten auf Bauunternehmen zurückzugreifen, die dafür besonders geeignet sind; bezüglich dergestalt „ausgelagerter“ Arbeiten kann alsdann auf die kostspielige Anstellung eigener Facharbeitskräfte, die Anschaffung entsprechender Maschinen sowie den Erwerb notwendigen Know-Hows verzichtet werden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung hat sich etwa gezeigt, dass Subunternehmer beispielsweise in folgenden Fällen beigezogen wurden bzw. werden: Für die Ausführung von Labor- sowie Belagsfräsarbeiten bei einem Projekt betreffend Fahrbahnerneuerung und Kanalisationssanierung<sup>20</sup>, für die Erstellung von Wildschutzzäunen bei Autobahnsanierungen<sup>21</sup> oder für den maschinellen Belageinbau bei Projekten, die unter anderem auch Strassenbauarbeiten beinhalten<sup>22</sup>.

14. Da es für den Bauherrn wichtig sein kann, zu wissen, ob und gegebenenfalls welche Arbeiten an Subunternehmer untervergeben werden sollen und wer hierfür beigezogen werden soll, sieht im Kanton Zürich die vergaberechtliche Vorschrift von § 7 SubV (ZH) vor, dass vom Bauherrn diesbezügliche Angaben verlangt werden können, solche Untervergaben von Arbeiten diesfalls also gegenüber dem Bauherrn offengelegt werden müssen.<sup>23</sup>

### A.3 Verfahren

#### A.3.1 Die Anzeige

15. Auslöser der vorliegenden Untersuchung war eine Anzeige durch eine Person, wobei zu präzisieren ist, dass es sich dabei nicht um die Selbstanzeigerin handelt. In der Anzeige wurde ausgeführt,

- dass sich diverse Strassen- und Tiefbauunternehmen sowohl im Kanton Zürich als auch im Kanton Aargau seit Jahren zu Besprechungen treffen, anlässlich welcher sie sich über laufende Ausschreibungen und deren Preise verständigen würden,
- dass bei Grossprojekten auch sogenannte „Schutz-Entschädigungen“ in die Offerten eingerechnet würden, welche alsdann vom absprachebeteiligten, den Zuschlag erhaltenden Unternehmen an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen ausbezahlt würden,

- dass diese Treffen, solange das KG keine direkten Sanktionen gekannt habe, bei den jeweiligen kantonalen Baumeisterverbänden abgehalten worden seien und seither abwechselnd bei den einzelnen involvierten Unternehmen stattfänden,
- dass sich die Unternehmen – da sie sämtliche Submissionen, an welchen sie interessiert seien, den kantonalen Baumeisterverbänden melden würden und diese Informationen den anderen Unternehmen zugänglich seien – ein Bild über die Mitbewerber machen und diese zur Vereinbarung eines „Schutzes“ kontaktieren könnten,
- dass im Kanton Zürich an solchen Absprachen namentlich – in alphabetischer Reihenfolge – die Egli Bau AG, die Flexbelag-Bau AG Zürich, die Hüppi AG, die Marti AG, Bauunternehmung, die StraBAG Strassenbau und Beton AG, die Tibau AG, die VAGO Zürich sowie die Walo Bertschinger AG beteiligt seien.<sup>24</sup>

16. Der/die Anzeiger/in gelangte erstmals im März 2008 per E-Mail an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat). In einer zweiten E-Mail vom Mai 2008 bestätigte und ergänzte er/sie diese Ausführungen, und mit Schreiben vom Juni 2008 machte er/sie nähere Angaben. Anlässlich eines Treffens mit Vertretern des Sekretariats im März 2009 erläuterte und präziserte er/sie mündlich die Situation. In der Folge beantwortete er/sie anlässlich dreier Telefonate noch spezifische Fragen zu einzelnen Unternehmen. Seine/ihre Angaben waren glaubhaft und widerspruchsfrei und stellten sich – soweit zu diesem Zeitpunkt überprüfbare Elemente betreffend – als korrekt heraus.<sup>25</sup>

17. Der/die Anzeiger/in kennt den Bereich des Strassen- und Tiefbaus in den Kantonen Zürich und Aargau sehr gut, wie seine/ihre – vom Sekretariat verifizierten – Angaben zur Person/Unternehmung aufzeigen.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> Siehe allgemein zu Arbeitsgemeinschaften und der Notwendigkeit deren Bildung etwa ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., 2010, Art. 81 EGV Fallgruppen N 58 ff.

<sup>18</sup> Siehe etwa PETER GAUCH, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS für Arthur Meier-Hayoz, Forstmoser/Schlupe (Hrsg.), 1982, 151–178, 169.

<sup>19</sup> Vgl. GAUCH (Fn 18), 154.

<sup>20</sup> Siehe act. [...].

<sup>21</sup> Act. [...].

<sup>22</sup> Siehe act. [...].

<sup>23</sup> Siehe als Praxisbeispiel etwa Ziffer [...] der bei act. [...] enthaltenen Ausschreibungsunterlagen.

<sup>24</sup> Act. [...].

<sup>25</sup> Siehe Rz 8 der Gesuche um Entsigelung vom 21.09.2009 (act. [...]) und Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen act. [...].

<sup>26</sup> Rz 12 ff. der Gesuche um Entsigelung vom 21.09.2009 (act. [...]) und Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen (act. [...]).

18. Dem/r Anzeiger/in wurde seitens des Sekretariats die Wahrung seiner/ihrer Anonymität zugesichert. Die Identität des/der Anzeiger/in wird infolgedessen vorliegend nicht offen gelegt.<sup>27</sup> Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass seine/ihre Identität ausgewählten Personen des Sekretariats bekannt ist und vorgängig der Genehmigung der Untersuchungseröffnung und der Hausdurchsuchungen auch dem damaligen Präsidenten der Wettbewerbskommission mitgeteilt wurde.<sup>28</sup>

### A.3.2 Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen

19. Gestützt auf die Informationen des/der Anzeiger/in sowie nach weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 8. Juni 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gleich zwei Untersuchungen gemäss Art. 27 KG – die eine allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend (Akten-Nr. 22-0385), die andere (die vorliegende) solche im Kanton Zürich (Akten-Nr. 22-0384).<sup>29</sup> Die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung wurde dabei – in alphabetischer Reihenfolge – gegen folgende Gesellschaften eröffnet:

- Egli Bau AG, Zürich (nachfolgend Egli);
- Flexbelag-Bau AG Zürich, Zürich (nachfolgend Flexbelag);
- Hüppi AG, Wallisellen (nachfolgend Hüppi);
- Marti AG, Bauunternehmung, Zürich (nachfolgend Marti);
- StraBAG Strassenbau und Beton AG, Zürich (nachfolgend Strabag);<sup>30</sup>
- Tibau AG, Zürich (nachfolgend Tibau);
- VAGO Zürich, Zürich (nachfolgend Kibag);<sup>31</sup>
- Walo Bertschinger AG, Zürich (nachfolgend Walo).

20. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat – freilich erst nach Vornahme der Hausdurchsuchungen<sup>32</sup> – mittels amtlicher Publikation am 13. Juli 2009 im Schweizerischen Handelsamtsblatt<sup>33</sup> und am 14. Juli 2009 im Bundesblatt<sup>34</sup> bekannt. Innert der 30-tägigen Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung begehrte einerseits der Schweizerische Baumeisterverband eine Beteiligung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG<sup>35</sup>, andererseits eine Baugesellschaft eine solche gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG<sup>36</sup>. Nach vorläufiger Prüfung beantwortete das Sekretariat beide Anmeldungen dahingehend, dass grundsätzlich eine Verfahrensbeteiligung als Dritte ohne Parteistellung möglich sei, nicht aber eine solche als Dritte mit Parteistellung.<sup>37</sup> Der Baumeisterverband informierte das Sekretariat alsdann darüber, mit den betroffenen Unternehmen einen Austausch gehabt zu haben, anlässlich welchem er erfahren habe, dass sich deren Erwartungen an den Verband auf politische Themen beschränkten.<sup>38</sup> Dieses Schreiben versteht das Sekretariat als Rückzug der Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung durch den Baumeisterverband, weshalb er nicht (mehr) als beteiligter Dritter ohne Parteistellung zu betrachten ist. Betreffend der vorerwähnten Baugesellschaft ist festzustellen, dass diese einzig bezüglich eines spezifischen Bauprojekts eine

Verfahrensbeteiligung beantragte.<sup>39</sup> Das von der Baugesellschaft genannte Bauprojekt ist nun aber nicht eines, welches nachfolgend näher betrachtet würde oder bezüglich welchem gar ein kartellrechtswidriges Verhalten hätte bewiesen werden können.<sup>40</sup> Eine Verfahrensbeteiligung bezüglich einem der hiernach untersuchten Bauprojekte meldete diese Baugesellschaft nicht an. Deshalb handelt es sich bei ihr letztlich ebenfalls nicht um eine beteiligte Dritte ohne Parteistellung. In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist schliesslich, dass sich im Nachgang zu einer Pressemitteilung bezüglich der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ vom 12. Januar 2012 eine weitere privatrechtliche Gesellschaft meldete und ihr Interesse an den Ergebnissen vorliegender Untersuchung bekundete.<sup>41</sup> Um eine beteiligte Dritte ohne Parteistellung handelt es sich bei dieser Gesellschaft mangels unmittelbarer Betroffenheit<sup>42</sup> hinsichtlich eines der hiernach untersuchten Bauprojekte ebenfalls nicht.

21. Am 9. Juni 2009 nahm das Sekretariat in einer koordinierten Aktion mit der Polizei und IT-Spezialisten gleichzeitig im Kanton Aargau und im Kanton Zürich bei insgesamt 10 Bauunternehmen Hausdurchsuchungen vor. Soweit die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung angehend erfolgte eine solche bei fünf Gesellschaften (Egli, Flexbelag, Hüppi, Strabag und Walo). Die betroffenen Gesellschaften wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Selbstanzeige und deren Bedeutung aufgeklärt, und sie erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls.<sup>43</sup> Bei den drei weiteren Gesellschaften, gegen welche die den Kanton Zürich betreffende Untersuchung eröffnet wurde

<sup>27</sup> Siehe zur Zulässigkeit hiervon etwa STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 VwVG N 23 f. und 29 f., insbesondere erstes Lemma von N 24 und 30 m.H.

<sup>28</sup> Siehe Rz 12 ff. der Gesuche um Entsigelung vom 21. September 2009 (act. [...]); ferner die Beilage 7 resp. 8 zu diesen Gesuchen, namentlich die Bestätigung des Eingangs der Anzeige (act. [...]).

<sup>29</sup> Vgl. auch die Pressemitteilung des Sekretariats vom 10. Juni 2009, abrufbar unter <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=27366> (11.06.2013).

<sup>30</sup> Die StraBAG Strassenbau und Beton AG fusionierte nach Untersuchungseröffnung mit der STRABAG AG (und zwei weiteren Unternehmen) und firmiert nunmehr als STRABAG AG.

<sup>31</sup> Die VAGO Zürich, Zweigniederlassung der Kibag Strassen- und Tiefbau, firmiert seit 21.12.2010 als KIBAG Bauleistungen AG. Sie ist eine Zweigniederlassung der Kibag Strassen- und Tiefbau, welche ebenfalls seit dem 21.12.2010 die Firma KIBAG Bauleistungen AG führt. Aufgrund der rechtlichen Unselbstständigkeit von Zweigniederlassungen richtet sich die vorliegende Untersuchung gegen die KIBAG Bauleistungen AG (vormals Kibag Strassen- und Tiefbau).

<sup>32</sup> Siehe dazu die nachfolgende Rz.

<sup>33</sup> Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 13.07.2009, Nr. 132 57 f.

<sup>34</sup> BBl 2009 5173.

<sup>35</sup> Act. [...].

<sup>36</sup> Act. [...].

<sup>37</sup> Act. [...].

<sup>38</sup> Act. [...].

<sup>39</sup> Siehe den Betreff des Schreibens, ferner auch dessen einzelprojektbezogenen Inhalt (act. [...]).

<sup>40</sup> Siehe die Ausführungen unter Rz 201 ff. e contrario.

<sup>41</sup> Act. [...].

<sup>42</sup> Dies zur Verhinderung einer unerwünschten Populärbeteiligung als Voraussetzung nennend STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 43 KG N 13 m.w.H.

<sup>43</sup> Act. [...].

(Marti, Tibau und Kibag), wurden keine Hausdurchsuchungen vorgenommen. Diesen Gesellschaften wurde aber je von einem Vertreter/einer Vertreterin des Sekretariats ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung sowie ein Dokument zu den Bestimmungen über die Bonusregelung überbracht.<sup>44</sup>

22. An den Hausdurchsuchungen, welche alle gleichentags abgeschlossen werden konnten, wurden unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen Papierdokumente gemäss den entsprechenden Protokollen beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt.<sup>45</sup>

### A.3.3 Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und die Entsiegelungsverfahren

23. Zwei der fünf im Kanton Zürich durchsuchten Gesellschaften, namentlich Egli und Walo, erhoben Einsprache gegen die Durchsuchung spezifischer Papierdokumente und/oder elektronischer Daten<sup>46</sup>, weshalb die entsprechenden Papierdokumente resp. logischen Kopien versiegelt wurden. Auf Nachfrage des Sekretariats hin hielten diese beiden Gesellschaften an ihrer Einsprache fest.<sup>47</sup> Das Sekretariat reichte infolgedessen am 21. September 2009 bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts je ein Gesuch um Entsiegelung ein<sup>48</sup>, zu welchem die jeweils betroffene Gesellschaft Stellung nahm<sup>49</sup>.

24. Mit einer der beiden Gesellschaften, namentlich Egli, konnte in der Folge – auf Anregung der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hin – eine einvernehmliche Lösung gefunden werden. Die Gesellschaft zog alsdann ihre Einsprache gegen die Durchsuchung zurück<sup>50</sup>, woraufhin die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts dieses Verfahren am 17. November 2009 als gegenstandslos geworden abschreiben konnte.<sup>51</sup>

25. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hiess am 14. Januar 2010 das verbleibende Gesuch um Entsiegelung gut.<sup>52</sup> Die 30-tägige Rechtsmittelfrist liess die diesbezüglich unterlegene Gesellschaft, Walo, unbenutzt verstreichen.<sup>53</sup>

26. In Abwesenheit der vor Bundesstrafgericht unterlegenen Gesellschaft – diese verzichtete auf eine diesbezügliche Teilnahme<sup>54</sup> – entsiegelte und triagierte das Sekretariat die entsprechenden Papierdokumente und gespiegelten elektronischen Daten. Nach Einsichtnahme<sup>55</sup> durch die betroffene Gesellschaft in diejenigen Unterlagen, deren Beschlagnahmung das Sekretariat beabsichtigte, sowie dessen Stellungnahme hierzu<sup>56</sup>, beschlagnahmte das Sekretariat diese Unterlagen teilweise<sup>57</sup>. Die betroffene Gesellschaft ergriff dagegen kein Rechtsmittel, sondern liess die 30-tägige Rechtsmittelfrist unbenutzt verstreichen<sup>58</sup>.

### A.3.4 Der weitere Gang der Untersuchung

27. Das Sekretariat nahm eine eingehende Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie eine ebensolche Auswertung der elektronischen Daten vor. Die betroffenen Gesellschaften wurden dabei vorgängig über ihre Möglichkeit informiert, diesem Vorgang beizuwohnen.<sup>59</sup> Vier der fünf betroffenen Gesellschaften verzichteten gänzlich hierauf, eine teilweise.<sup>60</sup>

28. Das Sekretariat forderte bei verschiedenen Bauherren der öffentlichen Hand Offertöffnungsprotokolle entweder aus einer bestimmten Zeitperiode oder hinsichtlich spezifischer Projekte ein.<sup>61</sup> Soweit existierend<sup>62</sup>, wurden diese ausnahmslos – zumeist ausgesprochen rasch, zuweilen aber auch mit Verspätung<sup>63</sup> – eingereicht.<sup>64</sup>

29. Das Sekretariat unterbreitete die von ihm aufgrund der Sichtung bzw. Auswertung als zu diesem Zeitpunkt fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente den betroffenen Gesellschaften zur Stellungnahme. Abhängig von Art und Inhalt der Dokumente erfolgte dies in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips in unterschiedlicher, nachfolgend beschriebener Weise:

30. Egli nahm im Rahmen einer informellen Befragung von [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Egli, zu den fraglichen Dokumenten Stellung.<sup>65</sup>

31. Flexbelag wurden vom Sekretariat zunächst Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>66</sup> Da Flexbelag keine formellen Anmerkungen anzubringen hatte, verzichtete sie auf die Einreichung einer solchen Stellungnahme.<sup>67</sup> An einem Parteiverhör von Flexbelag befragte das Sekretariat alsdann [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Flexbelag, in materieller Hinsicht zu den Dokumenten.<sup>68</sup> Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs weitere Dokumente.<sup>69</sup>

32. Hüppi wurden vom Sekretariat zunächst Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>70</sup> Hüppi reichte innert Frist keine solche Stellungnahme ein. An einem Parteiverhör von Hüppi befragte das Sekretariat alsdann [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Hüppi], in materieller

<sup>44</sup> Act. [...].

<sup>45</sup> Siehe act. [...].

<sup>46</sup> Siehe act. [...].

<sup>47</sup> Siehe act. [...].

<sup>48</sup> Act. [...].

<sup>49</sup> Act. [...].

<sup>50</sup> Act. [...].

<sup>51</sup> Act. [...].

<sup>52</sup> Act. [...]. Urteil des BStGer, RPW 2010/1, 226 ff., *WEKO, Sekretariat/A. AG – Entsiegelung*.

<sup>53</sup> Siehe act. [...].

<sup>54</sup> Siehe dazu act. [...].

<sup>55</sup> Vgl. act. [...].

<sup>56</sup> Siehe act. [...].

<sup>57</sup> Act. [...].

<sup>58</sup> Act. [...].

<sup>59</sup> Act. [...].

<sup>60</sup> Vgl. act. [...].

<sup>61</sup> Act. [...].

<sup>62</sup> Siehe etwa act. [...] für Fälle, in welchen kein Offertöffnungsprotokoll existierte.

<sup>63</sup> Siehe etwa act. [...].

<sup>64</sup> Act. [...].

<sup>65</sup> Act. [...].

<sup>66</sup> Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).

<sup>67</sup> Vgl. Seite 2 des Protokolls des Parteiverhörs; act. [...].

<sup>68</sup> Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhörs findet sich in act. [...].

<sup>69</sup> Act. [...].

<sup>70</sup> Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).



Hinsicht zu den Dokumenten.<sup>71</sup> Die Partei teilte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhørs sodann mit, dass sie bei zweiter Durchsicht bemerkt habe, dass doch einige der zugestellten Dokumente Geschäftsgeheimnisse enthielten.<sup>72</sup> Die Geheimnisbereinigung der Dokumente erfolgte im Nachgang zum Parteiverhör gleichzeitig mit der Protokollbereinigung.

33. Strabag wurden vom Sekretariat Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht und zu einem dieser Dokumente zudem in materieller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>73</sup> In formeller Hinsicht nahm Strabag fristgerecht Stellung.<sup>74</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen und zur Vereinfachung erwarteter Rückfragen bat Strabag darum, die materiellen Erörterungen mündlich anbringen zu können. Das Sekretariat war hiermit einverstanden, weshalb ein Parteiverhör mit Strabag stattfand, anlässlich welchem das Sekretariat [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Strabag, sowie [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Strabag], in materieller Hinsicht zu diesem einen sowie zu den übrigen Dokumenten befragte.<sup>75</sup> Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhørs weitere Dokumente.<sup>76</sup>

34. Walo wurden vom Sekretariat Kopien der fraglichen Dokumente zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen in formeller Hinsicht schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>77</sup> In formeller Hinsicht nahm Walo fristgerecht Stellung.<sup>78</sup> An einem Parteiverhör mit Walo befragte das Sekretariat [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von] Walo, in materieller Hinsicht zu den Dokumenten.<sup>79</sup> Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Walo] nur, aber immerhin, eine Protokollversion mit Änderungen, an denen er trotz Ablehnung durch das Sekretariat festhielt, unterzeichnete.<sup>80</sup> Die Verweigerung der Unterzeichnung des definitiven, seitens des Sekretariats unterzeichneten Protokolls wurde in diesem unter Hinweis auf das Schreiben, in welchem die Gründe für die Unterschriftenverweigerung festgehalten sind<sup>81</sup>, vermerkt.<sup>82</sup>

35. Im Nachgang der Parteiverhöre – im Rahmen der Bereinigung der entsprechenden Protokolle – erbat das Sekretariat von den Befragten die Abklärung der Existenz bestimmter weiterer Unterlagen sowie gegebenenfalls deren Einreichung.<sup>83</sup> Soweit die Unterlagen noch vorhanden waren,<sup>84</sup> kamen die Gesellschaften dem nach und reichten die fraglichen Unterlagen ein.<sup>85</sup>

36. Allen Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, sandte das Sekretariat einen Fragebogen zu ihrer Unternehmensstruktur zu,<sup>86</sup> den alle – zuweilen innert erstreckter Frist – beantworteten.<sup>87</sup> Ferner beantwortete die Keller-Frei AG (gegen die die vorliegende Untersuchung zu diesem Zeitpunkt noch nicht eröffnet war) den entsprechenden Fragebogen aus ihrer Sicht und teilte dem Sekretariat gleichzeitig mit, wer ihre Rechtsvertreter seien.<sup>88</sup>

37. Mit E-Mail bzw. Schreiben vom 31. Januar resp. 1. Februar 2011 leitete das Sekretariat eine umfassende Bereinigung der Akten von Amts- und Geschäftsgeheimnissen ein, welche unter anderem die diversen von den Bauherren einverlangten Dokumente sowie im Zusammenhang mit den Hausdurchsuchungen erstellte

Dokumente betraf.<sup>89</sup> Die Geschäftsgeheimnisbereinigung der Protokolle der Parteiverhöre sowie der aus den Hausdurchsuchungen stammenden, vom Sekretariat als fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente lief zu diesem Zeitpunkt bereits.<sup>90</sup> Die diesbezügliche Korrespondenz mit den Parteien fand in der zweiten Aprilhälfte 2011 ihr Ende,<sup>91</sup> im Anschluss daran konnten die Akten physisch bereinigt werden.

38. Mit Schreiben vom 16. Mai 2011 stellte das Sekretariat allen Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte ihnen gleichzeitig mit, dass nunmehr Einsicht in die bereinigten Akten genommen werden könne.<sup>92</sup> Von der Möglichkeit einer persönlichen Akteneinsichtnahme vor Ort machten in der Folge Walo am 24. Mai 2011<sup>93</sup>, Kibag am 25. Mai 2011<sup>94</sup>, Flexbelag am 31. Mai 2011<sup>95</sup> sowie Marti – nach Terminverschiebung<sup>96</sup> – am 30. Juni 2011<sup>97</sup> Gebrauch. Hüppi und Tibau wurden wunschgemäss Kopien einzelner Aktenstücke zugestellt.<sup>98</sup> Egli erklärte, vorerst noch nicht Einsicht in die Akten nehmen zu wollen.<sup>99</sup> Seitens Strabag erfolgte keine Reaktion auf das Schreiben des Sekretariats vom 16. Mai 2011.

### A.3.5 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

39. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 in der den „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betreffenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0385) beantragte die durchsuchte Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Döttingen (nachfolgend Birchmeier), zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung

<sup>71</sup> Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhørs findet sich in act. [...].

<sup>72</sup> Vgl. Seite 2 des Protokolls des Parteiverhørs; act. [...].

<sup>73</sup> Act. [...].

<sup>74</sup> Act. [...].

<sup>75</sup> Das unterzeichnete Protokoll des Parteiverhørs findet sich in act. [...].

<sup>76</sup> Act. [...].

<sup>77</sup> Act. [...] (siehe zur Vorgehensweise, welche zunächst vorgesehen war, act. [...]).

<sup>78</sup> Act. [...].

<sup>79</sup> Das definitive, seitens des Sekretariats unterzeichnete Protokoll findet sich in act. [...].

<sup>80</sup> Act. [...]. Siehe ferner hinsichtlich der vorangegangenen Korrespondenz act. [...].

<sup>81</sup> Act. [...].

<sup>82</sup> Siehe act. [...]. Zur Zulässigkeit dieser Vorgehensweise siehe etwa SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 42 KG N 23.

<sup>83</sup> Siehe act. [...].

<sup>84</sup> Siehe act. [...] bezüglich der Verneinung des Vorhandenseins der fraglichen Unterlagen durch Flexbelag resp. Hüppi.

<sup>85</sup> Siehe act. [...].

<sup>86</sup> Act. [...].

<sup>87</sup> Act. [...].

<sup>88</sup> Act. [...].

<sup>89</sup> Siehe act. [...].

<sup>90</sup> Siehe nur etwa act. [...].

<sup>91</sup> Zuletzt act. [...].

<sup>92</sup> Act. [...].

<sup>93</sup> Act. [...].

<sup>94</sup> Act. [...].

<sup>95</sup> Act. [...].

<sup>96</sup> Siehe act. [...].

<sup>97</sup> Act. [...].

<sup>98</sup> Act. [...].

<sup>99</sup> Act. [...].

per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.<sup>100</sup> Sie machte eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>101</sup>. In der Folge reichte sie bei ihr noch auffindbares Beweismaterial ein und machte Ausführungen dazu. Einige der von ihr genannten Projekte sind dabei im Kanton Zürich gelegen.

40. Mit Fax vom 31. Mai 2011 bekräftigte Birchmeier ausdrücklich, dass ihre Selbstanzeige sowie ihr Wille zur Kooperation selbstverständlich auch für die vorliegende Untersuchung 22-0384 betreffend den Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gelte.<sup>102</sup> Mit Schreiben vom 6. und 10. Juni 2011 reichte sie daraufhin eine spezifische Beschreibung der im Kanton Zürich gelegenen Projekte sowie dazugehörige Beweismittel ein.<sup>103</sup> Am 20. Juni 2011 ergänzte sie, aussagend durch [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Birchmeier] diese Angaben mündlich in den Räumlichkeiten des Sekretariats und beantwortete dabei auch mit ihren Angaben zusammenhängende Fragen des Sekretariats.<sup>104</sup>

### A.3.6 Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf

41. Am 7. Juni 2011 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums – in alphabetischer Reihenfolge – auf folgende Unternehmen aus:

- Birchmeier;
- Brunner Erben AG, Zürich (nachfolgend Brunner);<sup>105</sup>
- Chr. Müller + Co AG, Zürich (nachfolgend Müller);
- Hagedorn AG, Meilen (nachfolgend Hagedorn);
- Keller-Frei AG, Wallisellen (nachfolgend Keller-Frei);
- Kern Strassenbau AG, Bülach (nachfolgend Kern);
- Richard Schiess AG, Regensdorf (nachfolgend Schiess);<sup>106</sup>
- Toller & Loher AG, Meilen (nachfolgend Toller).

42. Die Ausdehnung der Untersuchung wurde den davon betroffenen Gesellschaften zusammen mit einem Fragebogen zu ihrer Unternehmensstruktur (den alle – zuweilen innert erstreckter Frist – beantworteten)<sup>107</sup> mitgeteilt.<sup>108</sup> Die bisherigen Verfahrensparteien informierte das Sekretariat über die Ausdehnung und setzte ihnen gleichzeitig Frist, sich dazu zu äussern, ob die im Verhältnis zu den bisherigen Parteien erfolgte Bereinigung der Akten<sup>109</sup> auch gegenüber den neuen Parteien Gültigkeit habe<sup>110</sup>, was keine der bisherigen Parteien in Abrede stellte. Ebenso wie bereits die Eröffnung<sup>111</sup> wurde auch die Ausdehnung amtlich publiziert.<sup>112</sup> Innert der 30-tägigen Frist nach Ausdehnung meldeten sich keine Dritten, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten.

43. An 13 der 16 Untersuchungsadressaten<sup>113</sup> sandte das Sekretariat am 15. August 2011 je einen individualisierten Fragebogen.<sup>114</sup> Dieser wurde von allen Befragten – zuweilen innert erstreckter Frist – beantwortet.<sup>115</sup>

44. Fünf Tiefbaugesellschaften, die nicht Parteien der vorliegenden Untersuchung sind, sandte das Sekretariat am 16. August 2011 je einen individualisierten Fragebogen zu.<sup>116</sup> Auch dieser wurde von allen – zuweilen innert erstreckter Frist – beantwortet.<sup>117</sup>

45. Am 11. Oktober 2011 fand ein Parteiverhör mit Keller-Frei statt. Das Sekretariat befragte dabei [...], [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter von Keller-Frei], zu diversen Projekten und Dokumenten.<sup>118</sup> Die Partei überreichte dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs weitere Dokumente.<sup>119</sup> Hinsichtlich eines Projekts, welches Gegenstand des Parteiverhörs war, stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 11. November 2011 schriftliche Folgefragen, und zwar einerseits an [...], andererseits an [...], und verlangte die Einreichung diesbezüglicher Unterlagen.<sup>120</sup> Beide Parteien kamen dieser Aufforderung fristgerecht nach<sup>121</sup>, anschliessend erfolgte die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in diesen Dokumenten.<sup>122</sup>

46. Am 24. Mai 2012 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf fünf weitere Unternehmen aus, namentlich auf Aktiengesellschaft Cellere, St. Gallen, Brebau Holding AG, Wallisellen, Brunner Erben Holding AG, Opfikon, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Döttingen, und Walo Bertschinger Holding AG, Zürich.<sup>123</sup> Bei diesen handelt es sich allesamt um Konzernmuttergesellschaft von Baugesellschaften, die zu diesem Zeitpunkt bereits Parteien des vorliegenden Verfahrens waren, namentlich

<sup>100</sup> Siehe zusammenfassend act. [...]. Siehe ferner RPW 2012/2, 277 Rz 28 und 415 Rz 1152, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>101</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>102</sup> Act. [...].

<sup>103</sup> Act. [...].

<sup>104</sup> Beim Protokoll der mündlichen Ergänzung handelt es sich um act. [...].

<sup>105</sup> Zu erwähnen ist, dass Brunner mit der Maurer + Hösli AG fusionierte (vgl. dazu auch Rz 84).

<sup>106</sup> Zu erwähnen ist, dass Schiess im April 2013 mit der Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, fusionierte und alsdann gelöscht wurde (vgl. dazu auch Rz 84). In der Verfügung ist gleichwohl von Schiess die Sprache, da während des gesamten Verfahrens bis unmittelbar vor dem Entscheid der WEKO diese Gesellschaft noch existierte.

<sup>107</sup> Act. [...].

<sup>108</sup> Act. [...].

<sup>109</sup> Dazu Rz 37.

<sup>110</sup> Act. [...].

<sup>111</sup> Rz 20.

<sup>112</sup> SHAB vom 21.6.2011, Nr. 118 39; BBI 2011 4711.

<sup>113</sup> Kein Fragebogen ging an Birchmeier, Marti und Keller-Frei, wobei mit Letzterer stattdessen ein Parteiverhör durchgeführt wurde (siehe Rz 45).

<sup>114</sup> Act. [...].

<sup>115</sup> Act. [...].

<sup>116</sup> Act. [...].

<sup>117</sup> Act. [...].

<sup>118</sup> Das Protokoll findet sich in act. [...].

<sup>119</sup> Act. [...].

<sup>120</sup> Act. [...].

<sup>121</sup> Act. [...].

<sup>122</sup> Siehe act. [...].

<sup>123</sup> Act. [...].

Schiess, Egli, Brunner, Birchmeier sowie Walo. Die bisherigen Verfahrensparteien wurden mit Schreiben vom selben Tag über diese Ausdehnung informiert.<sup>124</sup> Auf eine amtliche Publikation dieser Ausdehnung wurde hingegen verzichtet, da sie bloss aus formellen Gründen erfolgte und mit den bisherigen Publikationen deren Zweck bereits erfüllt war.

47. Während dem gesamten weiteren Verlauf der Untersuchung wurden die Parteien<sup>125</sup> auf Wunsch jeweils mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis bedient.<sup>126</sup> Mehrere Parteien nahmen während dem weiteren Verfahrensgang Einsicht in die zum Zeitpunkt der jeweiligen Akteneinsichtnahme bereits von Amts- und Geschäftsgeheimnissen bereinigten Akten<sup>127</sup> oder liessen sich einzelne Aktenstücke zustellen<sup>128</sup>. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die vom Sekretariat auf Antrag der Selbstanzeigerin vorgenommene Einschränkung der Möglichkeit zur Akteneinsichtnahme in die Selbstanzeige: Die Selbstanzeige sowie die dazugehörigen Dokumente – es handelt sich um insgesamt vier Aktenstücke<sup>129</sup> – konnten einzig vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats eingesehen werden, und zwar ohne Kopier-, Fotografier- oder gleichwertige Reproduktionsmöglichkeit; zulässig war nur, aber immerhin, ein (auszugsweises oder vollständiges) Abschreiben dieser Dokumente oder ein Diktieren deren Inhalts auf Band.<sup>130</sup>

### A.3.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien

48. Mit Schreiben vom 19. November 2012 versandte das Sekretariat den Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis an die Parteien. Es setzte – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – Frist zur Stellungnahme bis zum 7. Januar 2012. Das Sekretariat forderte die Parteien gleichzeitig auf, innert derselben Frist bekanntzugeben, ob sie von der Wettbewerbskommission (WEKO) angehört werden und/oder an den Anhörungen von anderen Parteien anwesend sein möchten.

49. Im Nachgang zum Antragsversand nahmen verschiedene Parteien Einsicht in die Akten<sup>131</sup> oder liessen sich einzelne Aktenstücke zustellen<sup>132</sup>. Bezüglich der Modalitäten der Einsichtnahme in die Akten der Selbstanzeige kann auf vorangehende Ausführungen verwiesen werden.<sup>133</sup> Anlässlich der Akteneinsichtnahme von Hüppi teilte das Sekretariat ihr schriftlich mit, dass im Antrag ein sie betreffender Rechenfehler vorhanden sei, dessen Korrektur von Amtes wegen das Sekretariat bei der WEKO anregen werde.<sup>134</sup>

50. Während Müller und Marti ausdrücklich auf die Einreichung einer Stellungnahme verzichteten<sup>135</sup>, liessen Brunner, Brunner Erben, Kibag und Strabag die hierfür gesetzte Frist unbenutzt verstreichen. Die übrigen Parteien nahmen innert – teilweise erstreckter Frist – Stellung zum Antrag.<sup>136</sup> Nachfolgend werden die Kernelemente der Stellungnahmen übersichtshalber kurz dargestellt. Im Einzelnen wird auf die vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Allerdings ist diesbezüglich bereits hier auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch

berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass im Entscheid resp. der Verfügung eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wäre. Vielmehr kann sich der Entscheid resp. die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken.<sup>137</sup>

#### A.3.7.1 Birchmeier

51. Birchmeier reicht zwei Stellungnahmen ein. Sie beantragt, es sei 1) auf die Ziffern 1.2 und 1.3 des Dispositivs des Antrags zu verzichten, 2) eine unverhältnismässig negative Darstellung der Selbstanzeigerin zu verhindern, 3) bei der Darstellung und Würdigung des Sachverhalts die Berücksichtigung der besonderen Situation als einzige Selbstanzeigerin sicherzustellen, 4) anstelle des Projekts [...] das Projekt [...] als ausgesuchtes Beispiel darzustellen, 5) ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen oder 6) eventualiter reduzierte Verfahrenskosten von maximal CHF 5'000.-. In der einen Stellungnahme äussert sie sich vertieft zu den Unterlassungsanordnungen, insbesondere zum verletzten Legalitätsprinzips, zur nicht gegebenen Verhältnismässigkeit, zur fehlenden Wiederholungsgefahr, zur nicht gegebenen Umsetzbarkeit und zur Benachteiligung gegenüber Nichtverfahrensparteien.<sup>138</sup> In der anderen Stellungnahme äussert sie sich zu Punkten, die Birchmeier besonders wichtig sind, insbesondere zur unverhältnismässig negativen Darstellung von Birchmeier im Antrag, zur bei der Darstellung zu wenig berücksichtigten besonderen Situation als Selbstanzeigerin, zur Auswahl des ausgesuchten Beispiels und zur Auferlegung von Verfahrenskosten.<sup>139</sup>

<sup>124</sup> Act. [...].

<sup>125</sup> Die Bitte eines mittels Fragebogens befragten betroffenen Dritten (ohne Parteistellung) um Zustellung eines Aktenverzeichnisses lehnte das Sekretariat hingegen ab (siehe act. [...]).

<sup>126</sup> Siehe etwa act. [...].

<sup>127</sup> So Keller-Frei am 26. Juli 2011 und am 7. September 2011, Flexbelag, Hagedorn, Toller sowie Kern am 27. Juli 2011. In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist die Mitteilung von Hüppi vom 19. Oktober 2012, wonach sie ihr Akteneinsichtsrecht ausüben wolle (act. [...]). Nach wunschgemässer Zustellung des aktuellen Aktenverzeichnisses mit Schreiben vom 23. Oktober 2012 (act. [...]) setzte sich Hüppi jedoch nicht wie in ihrem Schreiben angekündigt mit dem Sekretariat zur Vereinbarung eines allfälligen Akteneinsichtstermins in Verbindung und verzichtete damit implizit zu diesem Zeitpunkt doch wieder auf eine Einsichtnahme in die Akten.

<sup>128</sup> Siehe etwa act. [...].

<sup>129</sup> Namentlich act. [...].

<sup>130</sup> Siehe die entsprechende, von den Einsichtnehmenden vorgängig zu unterzeichnende Aufklärungsbestätigung und Einhaltungszusage etwa in act. [...].

<sup>131</sup> Siehe etwa act. [...]. Zu erwähnen in diesem Kontext ist auch die Absage eines vereinbarten Akteneinsichtstermins und der damit verbundene Verzicht auf Einsichtnahme zu diesem Zeitpunkt (vgl. act. [...]).

<sup>132</sup> Siehe etwa act. [...].

<sup>133</sup> Siehe Rz 47.

<sup>134</sup> Siehe act. [...].

<sup>135</sup> Act. [...].

<sup>136</sup> Act. [...].

<sup>137</sup> Vgl. dazu statt anderer etwa Urteil des BGer 4A\_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

<sup>138</sup> Act. [...].

<sup>139</sup> Act. [...].

### A.3.7.2 Egli

52. Egli beantragt sinngemäss eine Untersuchungseinstellung gegenüber ihr und insbesondere eine Nichtauferlegung von Gebühren für das Entsiegelungsverfahren. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme einerseits zum sie betreffenden Projekt (Fall [...]), andererseits zur Auferlegung von Gebühren für das Entsiegelungsverfahren.<sup>140</sup>

### A.3.7.3 Flexbelag

53. Flexbelag beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, zur Sanktionsbemessung sowie zur Kostenverteilung.<sup>141</sup>

### A.3.7.4 Hagedorn

54. Hagedorn beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung. Zudem reicht sie ihre Preislisten 2008 und 2013 ein.<sup>142</sup>

### A.3.7.5 Hüppi

55. Hüppi beantragt, es sei 1) die Untersuchung gegenüber ihr einzustellen, 2) in einer Medienmitteilung die vollumfängliche Entlastung der Hüppi vom Verdacht auf Teilnahme an wettbewerbsbeschränkenden Abreden im Bereich des Strassen- und Tiefbaus im Kanton Zürich bekanntzumachen, 3) keine Sanktion gegen sie auszusprechen und 4) eventualiter sei ihr vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren und die Frist zur Stellungnahme einstweilen abzunehmen und nach rechtskräftigem Entscheid über die Akteneinsicht neu zu eröffnen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur einseitigen Beweiswürdigung und insbesondere zum Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerin, zur ungenügenden Beweislage, zum Bestehen von Aussenwettbewerb, zur Vorwerfbarkeit, zur fehlenden Sanktionierbarkeit mangels Umsatzes auf den relevanten Märkten in den letzten drei Jahren, zur Sanktionsbemessung, zur Unzulässigkeit von Praxisänderungen im Vergleich zur Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, zur unterbliebenen Berücksichtigung von Compliance-Anstrengungen, zur Sanktionsbefreiung der Selbstanzeigerin, zu den Unterlassungsanordnungen sowie zur Verweigerung des Akteneinsichtsrechts.

56. In beweiswürdiger Hinsicht beantragt Hüppi

- bezüglich der Fehlerhaftigkeit der „Absprachenliste“ den Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“,
- bezüglich der Einreichung ihres internen Schreibens an alle Filialleiter den Beizug ihrer Stellungnahme in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“,
- betreffend Fall [...] den Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, insbesondere von act. [...],
- betreffend Fall [...] den Beizug von act. [...] aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ und
- betreffend Fall [...] die Einholung einer Auskunft beim [...] sowie beim [...].

57. Zudem reicht Hüppi zwei Bestätigungen von ehemaligen Mitarbeitern und eine Bestätigung der Revisionsstelle von Hüppi, allesamt vom 5. Februar 2013, sowie ein internes Schreiben an alle Filialleiter vom 25. April 2006 ein.<sup>143</sup>

### A.3.7.6 Keller-Frei

58. Keller-Frei beantragt, es seien 1) die Ziffern 1, 1.1., 1.2. (ohne Bst. a und b), 1.3., 2., 2.9., 3., 5., 5.9 des Dispositivs des Antrags aufzuheben und das Verfahren gegenüber ihr ohne Folgen einzustellen, 2) eventualiter die Ziffern 2. und 2.9. des Dispositivs des Antrags aufzuheben, 3) subeventualiter 1 Ziffer 2.9 des Dispositivs des Antrags anzupassen und die Sanktion zu reduzieren, und 4) subeventualiter 2 der Antrag zur Überarbeitung zurückzuweisen und zusätzliche Untersuchungs-massnahmen durchzuführen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur einseitigen Beweiswürdigung, zum nicht erreichten Beweismass, zur Marktabgrenzung, zur nicht erheblichen und nicht nachgewiesenen preiserhöhenden Auswirkung allfälliger Abreden, zur Vorwerfbarkeit, zur Sanktionsbemessung sowie zur Kostenverteilung.<sup>144</sup>

### A.3.7.7 Kern

59. Kern beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung.<sup>145</sup>

<sup>140</sup> Act. [...].

<sup>141</sup> Act. [...].

<sup>142</sup> Act. [...].

<sup>143</sup> Act. [...].

<sup>144</sup> Act. [...].

<sup>145</sup> Act. [...].

### A.3.7.8 Schiess

60. Schiess beantragt, das Verfahren sei gegenüber ihr (und ihrer Muttergesellschaft) unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staats einzustellen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten ([Fälle ...]), zum nicht erreichten Beweismass, zum zweifelhaften Beweiswert der „Absprachenliste“, zum nicht erbrachten Beweis von abgesprochenen Stützofferten durch Schiess, zur Zulässigkeit der Abgabe von Offerten mit hohen Preisen resp. dem Verzicht auf eine Offerteingabe, zur Verjährung und zur Sanktionsbemessung.<sup>146</sup>

### A.3.7.9 Tibau

61. Tibau beantragt sinngemäss eine Reduktion ihres Sanktionsbetrags. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme einerseits zur einseitigen Beweiswürdigung, andererseits vertieft zur Sanktionsbemessung, insbesondere zur Verletzung des Legalitätsprinzips, und zu den Kosten.<sup>147</sup>

### A.3.7.10 Toller

62. Toller beantragt, es sei von einer Sanktionierung abzusehen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur standardisierten Natur von normalen Strassen- und Belagsarbeiten, zum Einfluss der vergaberechtlichen Vorschriften, zur unterbliebenen Beurteilung, ob die allfälligen Abreden überhaupt zu nicht marktgerechten Preisen führten, da sie der Auslastungsabsicherung und nicht der Preisüberhöhung gedient hätten, und zur Sanktionsbemessung.<sup>148</sup>

### A.3.7.11 Walo

63. Walo beantragt, das Verfahren sei gegenüber ihr [...] unter Kostenfolge zu Lasten des Staats einzustellen. Sie äussert sich in ihrer Stellungnahme zu den sie betreffenden Projekten (Fälle [...]), zur Qualifikation der [...] als materieller Verfügungsadressatin, zum Beweismass, zum Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerin, zur einseitigen Beweiswürdigung, zur ungenügenden Beweislage, zur gesetzlich erforderlichen, in casu aber fehlenden Wettbewerbsbeeinträchtigung, zur Vorwerfbarkeit, zur Unzulässigkeit von Praxisänderungen im Vergleich zur Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, zur Sanktionsbemessung und -berechnung, zu den Unterlassungsanordnungen und zur Kostenausscheidung bezüglich dem Entsiegelungsverfahren.

## A.3.8 Verfahren vor der WEKO

64. Mit Ausnahme von Birchmeier verzichteten allen Parteien darauf, von der WEKO (freiwillig) angehört zu werden.<sup>149</sup> Hüppi teilte mit, an der Anhörung anderer Parteien anwesend sein zu wollen.<sup>150</sup> Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anwesenheit; dies allerdings teilweise unter dem Vorbehalt, dass ihnen nach der Anhörung das Protokoll zugestellt wird, was ihnen seitens des Sekretariats zugesichert wurde<sup>151</sup>. Gleichzeitig mit der Mitteilung der voraussichtlichen Daten für die Anhörung stellte das Sekretariat den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.<sup>152</sup> In der Folge wurden mehrere Parteien wunschgemäss mit Kopien der Stellungnahmen der übrigen Parteien bedient.<sup>153</sup>

65. Das Präsidium der WEKO ordnete die Abnahme weiterer Beweise durch das Sekretariat an, wobei diese Beweise spezifische Fälle beschlagen, namentlich die Fälle [...] <sup>154</sup>, [...] <sup>155</sup>, [...] <sup>156</sup>, [...] <sup>157</sup>, [...] <sup>158</sup>, [...] <sup>159</sup> und [...] <sup>160</sup>. Jeweils umgehend nach Eingang der eingeforderten Beweismittel stellte das Sekretariat Kopien davon denjenigen Parteien zu, die von diesen Fällen betroffen sind.<sup>161</sup> Die Anordnung der Abnahme weiterer Beweise erfolgte unter anderem im Hinblick darauf, dass sich die WEKO eine andere (rechtliche) Würdigung der Fälle [...] vorbehielt, was den von diesen Fällen betroffenen Parteien mitgeteilt und in einem zweiten Schritt sodann genauer spezifiziert wurde.<sup>162</sup> Das Sekretariat stellte den von den Fällen [...] betroffenen Parteien dabei bereits mit Schreiben vom 14. März 2013 in Aussicht, dass ihnen nach Zusendung des letzten erhobenen Beweismittels (Protokoll eines Parteiverhörs, siehe dazu sogleich nachfolgend) eine Frist von maximal 10 Tagen zur schriftlichen Stellungnahme dazu gesetzt werden würde.<sup>163</sup> Gegen die in Aussicht gestellte Dauer dieser Frist wandte sich Hüppi mit Schreiben vom 22. März 2013.<sup>164</sup>

66. Zudem beschloss das Präsidium der WEKO, zwei Parteien durch die WEKO anzuhören,<sup>165</sup> also Parteiverhöre durchzuführen, sowie einen Zeugen einzuvernehmen<sup>166</sup>. Die beiden Parteien sowie der Zeuge wurden entsprechend vorgeladen.<sup>167</sup> Alle Parteien wurden über diese zusätzlichen Anhörungen informiert,<sup>168</sup> wobei wiederum – mit Ausnahme von Hüppi, die an der Zeugeneinvernahme anwesend zu sein wünschte – alle Parteien auf eine Anwesenheit bei diesen Anhörungen verzichteten. Am 18. März 2013 hörte die WEKO Birchmeier und Hüppi sowie den Zeugen an,<sup>169</sup> am 25. März 2013 erfolgte die Anhörung von Kern<sup>170</sup>. Jeweils am Folgetag der Anhörungen (am 19. März resp. 26. März 2013) wurden den Parteien die Protokolle zugestellt, wobei die Parteien mit einem zweitem Schreiben zudem mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis bedient wurden.<sup>171</sup> In der Folge nahm eine Partei Einsicht in die Akten.<sup>172</sup>

<sup>146</sup> Act. [...].

<sup>147</sup> Act. [...].

<sup>148</sup> Act. [...].

<sup>149</sup> Hagedorn, Kern und Toller erklärten zunächst, von der WEKO angehört werden zu wollen (siehe act. [...]), verzichteten dann aber doch auf eine Anhörung (siehe act. [...]).

<sup>150</sup> Act. [...].

<sup>151</sup> Siehe dazu auch unten Rz. 66.

<sup>152</sup> Act. [...].

<sup>153</sup> Siehe act. [...].

<sup>154</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>155</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>156</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>157</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>158</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>159</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>160</sup> Korrespondenz resp. eingegangene Beweismittel act. [...].

<sup>161</sup> [...].

<sup>162</sup> Vgl. act. [...].

<sup>163</sup> Siehe act. [...].

<sup>164</sup> Act. [...].

<sup>165</sup> Siehe act. [...].

<sup>166</sup> Act. [...].

<sup>167</sup> Siehe act. [...].

<sup>168</sup> Siehe act. [...].

<sup>169</sup> Protokolle act. [...].

<sup>170</sup> Protokoll act. [...].

<sup>171</sup> Act. [...].

<sup>172</sup> Vgl. act. [...].

67. Mit Schreiben vom 26. März 2013 wurden Birchmeier, Hüppi und Kern – wie bereits zuvor mit Schreiben vom 14. März 2013 angekündigt – eine Frist bis zum 8. April 2013 zur Stellungnahme zu einer allfälligen anderen (rechtlichen) Würdigung der Fälle [...] gesetzt. Birchmeier ersuchte um eine Fristerstreckung bis am 22. April 2013,<sup>173</sup> Hüppi um eine Neueröffnung der Frist, eventualiter um Ansetzung einer 20-tägigen, die Gerichtsferien berücksichtigende und damit am 28. April 2013 endende Frist und subeventualiter um eine Fristerstreckung bis am 18. April 2013.<sup>174</sup> Den Eventual- und den Subeventualantrag stellte Hüppi ausdrücklich ohne damit auf den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verzichten. Bewilligt wurde bei beiden Parteien eine Fristerstreckung bis 18. April 2013.<sup>175</sup> Innert erstreckter Frist reichte Hüppi ihre Stellungnahme ein,<sup>176</sup> Birchmeier verzichtete ausdrücklich auf Einreichung einer Stellungnahme,<sup>177</sup> während Kern die Frist unbenutzt verstreichen liess. In ihrer Stellungnahme äussert sich Hüppi zu den neu eingeholten Beweismitteln und der allfälligen anderen (rechtlichen) Würdigung in den sie betreffenden Fällen [...] sowie zu den Protokollen der Anhörung von Birchmeier wie auch von ihr selbst. Ausserdem reicht sie die einverlangte Liste ein, beantragt eine Zustellung der allfälligen übrigen Stellungnahmen zur Stellungnahme und stellt einen Eventualbeweis Antrag.

68. Unaufgefordert nahm ferner Toller zum neu eingeholten Beweismittel im sie betreffenden Fall [...] Stellung und reichte zudem ihre Preislisten aus den Jahren 2005, 2006, 2007 und 2009 ein.<sup>178</sup> Walo nahm unaufgefordert zu den Protokollen der Anhörung, primär demjenigen der Selbstanzeigerin, Stellung. Das Hauptaugenmerk lag primär auf dem Sachverhalt, den Unterlassungsanordnungen sowie den Kosten.<sup>179</sup> Antragsgemäss<sup>180</sup> wurde Hüppi mit Kopien dieser Eingaben bedient, dies jedoch zur Kenntnisnahme und ohne Ansetzung einer förmlichen Frist zur Stellungnahme.<sup>181</sup>

69. Die WEKO führte am 22. April 2013 eine Beratung durch und entschied gleichentags über die vorliegende Untersuchung. Die redaktionelle Ausfertigung der Verfügung, insbesondere die Berücksichtigung der anlässlich der Beratung getroffenen Erwägungen, wurde von der WEKO an den Präsidenten delegiert.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

#### B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

70. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>182</sup>

71. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte<sup>183</sup> stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Fest steht, dass alle diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend B.2).<sup>184</sup>

#### B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

72. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

73. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

#### B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

74. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden.

<sup>173</sup> Act. [...].

<sup>174</sup> Act. [...].

<sup>175</sup> Siehe act. [...].

<sup>176</sup> Siehe act. [...].

<sup>177</sup> Act. [...].

<sup>178</sup> Act. [...].

<sup>179</sup> Act. [...].

<sup>180</sup> Siehe die vorangehende Rz.

<sup>181</sup> Siehe act. [...].

<sup>182</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>183</sup> Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

<sup>184</sup> RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

## B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen

### B.2.1 Allgemeines

75. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.<sup>185</sup> Sie haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.<sup>186</sup> Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.<sup>187</sup> Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.<sup>188</sup> Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnahe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.<sup>189</sup> Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fließenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle und formelle Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden (wohingehend insbesondere die Bezeichnung als formelle Verfügungsadressatin missverstanden werden könnte). Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der materiellen Verfügungsadressatin gleich<sup>190</sup> oder gerade entgegengerichtet<sup>191</sup> sein können).<sup>192</sup>

### B.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen

76. Wenig Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Offenkundig nicht Teil eines Konzerns sind folgende Gesellschaften, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet bzw. ausgedehnt wurde: Hagedorn, Hüppi, Kern, Müller Tibau sowie Toller. Entsprechend sind diese Gesellschaften – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen betreffend Müller – materielle Verfügungsadressatinnen.

77. Folgende Gegebenheit bezüglich Müller ist gesondert zu betrachten: Mit Vermögensübertragungsvertrag vom [...] übertrug Müller den (vorliegend interessierenden) Betriebsteil „Tiefbau“ mit allen Aktiven und Passiven auf die neu gegründete Chr. Müller + Co Tiefbau AG (nachfolgend Chr. Müller Tiefbau) als Sacheinlage und erhielt im Gegenzug voll liberierte Aktien an Chr. Müller Tiefbau. Dies erfolgte gestützt auf die Inventarliste vom [...] und unter rückwirkender Nutzen- und Gefahrtragung ab [...].<sup>193</sup> [...] näher betrachteten Tiefbauprojekte – im Einzelnen sei auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen – die unter anderem Müller resp. Chr. Müller Tiefbau betreffen, wurden [...] vergeben.<sup>194</sup> Dieser Zeitpunkt liegt vor Abschluss des Vermögensübertragungs-

vertrags und der Neugründung der Chr. Müller Tiefbau, aber nach dem – allerdings rückwirkend vereinbarten – Nutzen- und Gefahrenübergang auf Chr. Müller Tiefbau betreffend Betriebsteil „Tiefbau“. Müller ordnet die [...] fraglichen Projekte in ihrem Antwortschreiben vom 29. November 2011 Chr. Müller Tiefbau zu,<sup>195</sup> obwohl die [...] Offerteingaben noch durch Müller erfolgten. Bei [...] Projekte erhielt Müller den Zuschlag, wobei Chr. Müller Tiefbau im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht existierte.<sup>196</sup> Ausgeführt hat dieses Projekt gemäss Angaben von Müller alsdann aber Chr. Müller Tiefbau.<sup>197</sup>

78. Bei der Veräusserung desjenigen Geschäftsteils, von welchem die relevante Handlung ausging, wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob die Sanktion entweder – wohl dem Wortlaut der Norm am besten entsprechend – dem Veräusserer, je nach Umständen aber auch dem Erwerber oder gar anteilmässig beiden Gesellschaften aufzuerlegen sei.<sup>198</sup> Ergo stellt sich ebenfalls die Frage, ob entweder die eine oder die andere Gesellschaft oder aber gar beide als materielle Verfügungsadressatin(nen) zu betrachten sind. Die Beantwortung dieser Frage entzieht sich einer schematischen Lösung, entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalls. Vorliegend rechtfertigt es sich, die veräussernde Gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu behandeln. Denn im Zeitpunkt, in welchem allenfalls kartellrechtswidrige Abreden getroffen wurden, ebenso wie im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung existierte einzig diese eine Gesellschaft, weshalb auch nur sie in der vorliegenden Konstellation dafür verantwortlich gemacht werden kann. Die vertraglich vereinbarte rückwirkende Tragung von Nutzen und Gefahr mag privatrechtlich resp. im Innenverhältnis der Gesellschaften von Relevanz sein; wem eine allfällige kartellverwaltungsrechtliche

<sup>185</sup> RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>186</sup> Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

<sup>187</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>188</sup> So RPW 2012/1, 89 Rz 78, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>189</sup> Dazu etwa HÄNER (Fn 186), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H.

<sup>190</sup> So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>191</sup> So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff. Rz 77 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>192</sup> Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn. 182), Rz 598 ff.

<sup>193</sup> Siehe act. [...].

<sup>194</sup> Die [...] Projekte wurden [...] vergeben – folglich kann daran aus zeitlicher Sicht einzig die Müller, nicht aber auch die Chr. Müller Tiefbau beteiligt sein.

<sup>195</sup> Act. [...].

<sup>196</sup> Untenstehend [...]; vgl. ferner act. [...].

<sup>197</sup> Act. [...].

<sup>198</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 100.

Sanktion von den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen ist, vermag mit einer solch privatrechtlichen Vereinbarung jedoch nicht geregelt zu werden. Nicht entschieden zu werden braucht vorliegend, wie die Sanktion aufzuerlegen wäre (insbesondere ob diesfalls eine solidarische Sanktionsauferlegung angezeigt wäre), wenn die Veräusserung des fraglichen Geschäftsteils in missbräuchlicher Absicht erfolgt wäre. Denn es bestehen hier keine Anzeichen dafür, dass der Abschluss des Vermögensübertragungsvertrags und insbesondere die Sacheinlage des Geschäftsbereichs „Tiefbau“ in missbräuchlicher Absicht erfolgte, namentlich um den von vorliegender Untersuchung betroffenen und damit aus kartellrechtlicher Sicht „sensiblen“ Bereich „Tiefbau“ auszulagern und so zu versuchen, eine allfällige Sanktionsauferlegung in die eine oder andere Richtung zu steuern. Zusammenfassend ist vorliegend daher Müller (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin.

### B.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen

79. Unproblematisch ist die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin auch in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die fraglichen Handlungen aber von der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft selbst vorgenommen wurden. Dass diesfalls die entsprechende Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin ist, erscheint derart selbstverständlich, dass es kaum je ausdrücklich gesagt wird.<sup>199</sup> Geht die fragliche Handlung also unmittelbar von einer Gesellschaft aus, die – sollte ein Konzernverhältnis vorliegen – die Konzernmuttergesellschaft ist, braucht in vorliegendem Kontext nicht abschliessend geklärt zu werden, ob überhaupt ein Konzernsachverhalt gegeben ist. So oder so ist in diesem Fall nämlich diese die fragliche Handlung vornehmende (allfällige Konzernmutter-) Gesellschaft die materielle Verfügungsadressatin. In solchen Konstellationen zudem auch die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen betrachten zu wollen, einzig weil ein Konzernsachverhalt vorliegt, erscheint – schon nur aus prozessökonomischen Überlegungen – nicht sachgerecht. Diese Situation liegt hier bezüglich Keller-Frei vor, entsprechend ist Keller-Frei eine materielle Verfügungsadressatin.

80. Bezüglich der Ermittlung der materiellen Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen ist sodann der Ausgang der Untersuchung nicht aus den Augen zu verlieren. Gegenüber einzelnen Baugesellschaften wird das vorliegende Verfahren nämlich mangels Beweises resp. Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens eingestellt. Dies ist bezüglich folgender Gesellschaften der Fall, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde und bei welchen das Vorliegen eines Konzernverhältnisses (in welchem sie jeweils Tochtergesellschaften wären) zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann: Kibag, Marti und Strabag. Im Verhältnis zu diesen Gesellschaften werden mit vorliegender Verfügung im Ergebnis keine Rechte und Pflichten geregelt. Mit Blick auf die Verfahrensökonomie erscheint es deshalb sachgerecht, darauf zu verzichten, hinsichtlich jeder dieser vorgenannten Gesellschaften im Einzelnen zu prüfen und zu beurteilen, ob sie nicht nur über eine juristische, sondern auch über eine wirtschaft-

liche Selbstständigkeit verfügt oder ob sie in einen Konzern eingebunden ist. Vor diesem Hintergrund werden im Sinne einer pragmatischen Lösung ohne Prüfung einer allfälligen konzernmässigen Einbindung und deren mögliche Folgen die vorgenannten Gesellschaften Kibag, Marti und Strabag als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet.

81. Nachfolgend bleibt damit zu prüfen, wie es sich bezüglich eines allfälligen Konzernverhältnisses bei Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und Walo verhält und wie sich dies auf die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatinnen auswirkt.

#### B.2.3.1 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

82. Bei Vorliegen eines Konzernsachverhalts hat die Wettbewerbskommission in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>200</sup> Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.<sup>201</sup> Daneben kam es vor, dass die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert

<sup>199</sup> Siehe immerhin, wenn auch zum deutschen Recht, den letzten Satz auf Seite 132 f. von CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 130–140.

<sup>200</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenja (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

<sup>201</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenja (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenja (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C\_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/en zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.



hat.<sup>202</sup> Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.<sup>203</sup> Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.<sup>204</sup>

83. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungs- und damit Sanktionsadressaten innerhalb eines Konzerns.

84. In vorliegendem Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.<sup>205</sup> Für diese Vorgehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submissionsabsprachen<sup>206</sup> gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.<sup>207</sup> Infolgedessen sind vorliegend Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag<sup>208</sup>, Schiess und Walo als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln. Bezüglich Brunner bleibt dabei Folgendes zu ergänzen: Die Maurer + Hösli AG und Brunner fusionierten gemäss Fusionsvertrag vom 21. April 2010, wobei die Maurer + Hösli AG unterging. Brunner ist damit Rechtsnachfolgerin der Maurer + Hösli AG und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfällige Sanktion, die – würde sie noch existieren – der Maurer + Hösli AG aufzuerlegen wäre, Brunner aufzuerlegen und von dieser zu tragen.<sup>209</sup> Bezüglich Schiess ist zu erwähnen, dass Schiess und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gemäss Fusionsvertrag vom 8. April 2013 fusionierten, wobei Schiess unterging und gelöscht wurde. Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, ist damit Rechtsnachfolgerin von Schiess geworden und trat in deren Rechte und Pflichten ein, namentlich ist eine allfällige Sanktion, die – würde sie noch existieren – Schiess aufzuerlegen wäre, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, aufzuerlegen und von dieser zu tragen.<sup>210</sup>

### B.2.3.2 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

85. Das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)<sup>211</sup> also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie (und nur sie) als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.<sup>212</sup>

86. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH haftet die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht diesfalls die Vermutung, dass die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.<sup>213</sup> Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt<sup>214</sup> und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.<sup>215</sup> Diese Praxis hat zur

<sup>202</sup> RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

<sup>203</sup> Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg.2009 I-8237, Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23ff, 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“ Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

<sup>204</sup> So etwa RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>205</sup> Anders etwa JOST (Fn. 182), Rz 729 f., der sich für eine Behandlung einzig der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin ausspricht.

<sup>206</sup> Für Nachweise siehe Fn 200 f.

<sup>207</sup> Siehe Rz 19 und 41.

<sup>208</sup> Dazu, ob bei dieser Gesellschaft überhaupt ein Konzernsachverhalt vorliegt, siehe Rz 91.

<sup>209</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100.

<sup>210</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 100.

<sup>211</sup> Im Gegensatz zum Control-Prinzip, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

<sup>212</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>213</sup> Urteil des EuGH vom 20.01.2011 C-90/09 P, *General Química et al./Kommission*; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH vom 25.10.1983 107/82, *AEG Telefunken/Kommission*, Slg. 1983 3151 Rz 50; Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-286/98 P, *Stora/Kommission*, Slg. 2000 I-9925 Rz 29; Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 60.

<sup>214</sup> Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>215</sup> Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 72 ff.

Folge, dass die Konzernmuttergesellschaft nur ausnahmsweise nicht für Tochtergesellschaften haftet, von denen sie sämtliche Anteile hält.<sup>216</sup> Damit haftet im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, welche auch vom BVGer als relevant betrachtet wurden.

87. Nach dem Gesagten folgt in der EU aus einem 100-prozentigen Beteiligungsverhältnis, dass erstens die Möglichkeit zu einer entscheidenden Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft besteht und zweitens die effektive Ausübung dieser Einflussnahmemöglichkeit auch vermutet wird. Während Erstes sicherlich auch in der Schweiz Gültigkeit hat, kann es sich bei Zweitem nur, aber immerhin, um eine sogenannte tatsächliche<sup>217</sup> Vermutung handeln. Wie es sich mit Zweitem genau verhält, kann vorliegend offen bleiben, da so oder so nicht auf diese Vermutung zurückgegriffen werden muss. Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter 50 %, <sup>218</sup> bestehen kann, <sup>219</sup> nur ist die Beherrschungsmöglichkeit diesfalls nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Die effektive Ausübung der Beherrschungsmöglichkeit wird in solchen Fällen allerdings auch in der EU nicht einfach vermutet.

88. Ein Weg, und zwar der praktisch weitaus wichtigste, um eine bestehende Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich auszuüben, ist die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen, also eine personelle Verflechtung. Liegt neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft auch eine solche personelle Verflechtung vor, d.h., es hat zumindest eine natürliche Person sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne, ist daraus generell zu schliessen, dass die Muttergesellschaft effektiv einen Einfluss auf die Grundsatzentscheide der Tochtergesellschaft ausübt.<sup>220</sup> Vom Vorliegen einer blossen Finanzbeteiligung, die sich auf die Ausübung von Aktionärsrechten beschränkt und mit der keinerlei Einfluss auf den Geschäftsgang genommen wird, ist unter solchen Umständen nicht auszugehen.

89. Gemäss dem Vorangegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGER nicht aufgehobenen Entscheid, kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.<sup>221</sup>

90. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Konzernmuttergesellschaft selber operativ tätig ist oder ob es sich bei ihr um eine reine Holdinggesellschaft handelt, nicht beantwortet zu werden braucht, da dieser Punkt insofern irrelevant ist. Denn weder das eine noch das andere beeinflusst die Möglichkeit der Konzernmuttergesellschaft, aufgrund ihres Beteiligungsverhältnisses (gegebenenfalls auch aus anderen Gründen) entscheidenden Einfluss auf eine Tochtergesellschaft auszuüben. Ebenso wenig hat dies Auswirkungen darauf, ob sie eine solche Möglichkeit tatsächlich ausübt oder nicht. Mit anderen

Worten spielt die Tatsache, dass es sich bei einer Konzernmuttergesellschaft um eine reine Holdinggesellschaft handelt, in vorliegendem Kontext keine Rolle, geht es doch hier gerade nicht um die Erfassung einer Konzernmuttergesellschaft aufgrund ihres eigenen gegen aussen gerichteten Handelns<sup>222</sup>, sondern aufgrund des gegen aussen gerichteten Handelns ihrer Tochtergesellschaft. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass das Fehlen einer operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft auch bezüglich der – von der hier behandelten Frage der Stellung als materielle Verfügungsadressatin strikt zu unterscheidenden – Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich des KG nicht ausschlaggebend ist, wird doch dort von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen und damit der Konzern als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG betrachtet, weshalb eine operative Tätigkeit der Konzerntochtergesellschaft genügt.<sup>223</sup>

91. Für die hier näher betrachteten Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Schiess und [...] kommt ein Konzernsachverhalt in Betracht.<sup>224</sup> Es liegt bei all diesen Gesellschaften, ausser bei Flexbelag, 1) ein die Kontrollmöglichkeit eröffnendes Beteiligungsverhältnis vor und es bestehen 2) personelle Verflechtungen mindestens einer, oftmals aber auch zweier natürlicher Personen. Dass ein Konzern vorliegt, wird von diesen Gesellschaften mit Ausnahmen von Flexbelag denn auch nicht bestritten. Bei Flexbelag verhält es sich so, dass zwar personelle Verflechtungen bestehen, aber das Beteiligungsverhältnis ist nicht dergestalt, dass es in der vorliegenden Situation eine alleinige Kontrollmöglichkeit herstellen würde, weshalb bei Flexbelag nicht vom Vorliegen einer Konzernsituation auszugehen ist; folglich ist

<sup>216</sup> Vgl. die kurze Darstellung der europäischen Praxis in Büger (Fn 199), 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, Competition Policy Newsletter 2010/1, 23–27, abrufbar unter <ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010\_1.pdf> (11.06.2013); ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDSCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.04.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Rz 35 ff.

<sup>217</sup> Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Vermutung.

<sup>218</sup> Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z.B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft).

<sup>219</sup> Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAŠ (Fn 203), 113 f.

<sup>220</sup> In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*; RPW 2003/1, 92 Rz 23 drittes Lemma, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

<sup>221</sup> Zustimmung und m.w.H. JOST (Fn. 182), Rz 725.

<sup>222</sup> Zu dieser Konstellation Rz 79.

<sup>223</sup> Zum persönlichen Geltungsbereich des KG siehe Rz 70 f.

<sup>224</sup> Siehe die Antworten auf den Fragebogen zur Unternehmensstruktur (Nachweise der Fundstellen in Fn 87 und 107).

Flexbelag (und nur sie) materielle Verfügungsadressatin. Unter den verbleibenden fünf Gesellschaften (Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...]) brachten einige im Laufe des Verfahrens vor, dass eine Qualifizierung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin trotz Vorliegen eines Konzernsachverhalts nicht angebracht sei. Soweit dies mit einer fehlenden operativen Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft begründet wurde, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden;<sup>225</sup> dieser Punkt ist nicht massgebend. Soweit geltend gemacht wurde, dass das zur Begründung herangezogene Urteil „Publigroupe“ des BVGer noch nicht rechtskräftig sei, ist dies aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Entscheids „Publigroupe“ des BGer überholt. Aber auch zuvor war dieses Argument letztlich nicht entscheidend, denn die Wettbewerbsbehörden haben auch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil einer höheren Instanz, hier des BVGer, bei ihren Entscheiden gebührend zu berücksichtigen.

92. In den Stellungnahmen zum Antrag wendet sich bloss eine Partei gegen die Behandlung der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin. Ihre Ansicht begründet sie mit mehreren Argumenten: Zunächst sei der vorliegende Sachverhalt nicht mit dem vom BVGer i.S. „Publigroupe“ beurteilten übereinstimmend. Dort sei das Verhalten der Konzernmuttergesellschaft zur Beurteilung gestanden, hier hingegen dasjenige der Konzerntochtergesellschaft. Vorliegend sei nur die Konzerntochtergesellschaft auf den untersuchten Märkten tätig. Nirgends im Urteil des BVGer stehe, dass bei einem Konzernverhältnis automatisch die Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin sei. Sodann wird geltend gemacht, dass in der bisherigen Praxis überwiegend die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt worden seien. Schliesslich sei die Praxis der EU – insbesondere im Bereich des nicht angepassten Verfahrensrecht – für die schweizerische Rechtslage irrelevant.<sup>226</sup>

93. Bezüglich dieser Vorbringen ist Folgendes anzumerken: Zunächst trifft es nicht zu, dass im Fall „Publigroupe“ das Verhalten der Konzernmuttergesellschaft und nicht dasjenige der Konzerntochtergesellschaften untersucht wurde. Wie die Ausführungen des BVGer in Erwägung 7 zeigen, war die kartellrechtliche (Un)Zulässigkeit der Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbeagenturen (VSW) zu beurteilen. Weil der VSW weder Nachfrager noch Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen sei, rechnete das BVGer dessen Verhalten seinen Mitgliedern – vier Tochtergesellschaften, nicht aber die Muttergesellschaft – zu (E. 4.3). Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft leitete das BVGer alsdann einzig aus der konzernmässigen Verbundenheit (i.S.d. Leitungsprinzips) ab (vgl. E. 4.5); es stützte dies mithin nicht auf ein konkretes eigenes Verhalten der Konzernmuttergesellschaft bezüglich dem Erlass der VSW-Richtlinien. Der vorliegende Sachverhalt ist demnach durchaus vergleichbar, auch hier wird den Konzernmuttergesellschaften nicht ein eigenes aktives Handeln vorgeworfen, sondern das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften. Es trifft eben gerade nicht zu, dass das BVGer aus dem Bestehen eines Konzernsachverhalts nicht automatisch auf eine Stellung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadres-

satin schliessen würde. Zu beurteilen, ob diese Ansicht des BVGer überzeugt, ist nun nicht Aufgabe der erstinstanzlichen Behörde; diese hat sich vielmehr an der oberinstanzlichen Rechtsprechung zu orientieren. Infolgedessen kann auch nicht entscheidend sein, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis überwiegend die Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelte. Die Rechtslage in der EU ist für das schweizerische (Verfahrens)Recht selbstverständlich nicht bindend. Allerdings spricht nichts dagegen, wenn sie rechtsvergleichend bei der Gesetzesauslegung – insbesondere der materiellrechtlichen Kartellrechtsnormen – herangezogen und berücksichtigt wird.<sup>227</sup> Die Vorbringen gegen die Erfassung auch der Konzernmuttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin vermögen demnach nicht zu überzeugen.

94. Aus dem Gesagten folgt, dass nebst Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...] auch deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln sind. In zweierlei Hinsicht gilt es diesbezüglich allerdings noch Ergänzungen anzubringen. Erstens: Bei Schiess lag bis unmittelbar vor dem Entscheid der WEKO ein dreistufiges Konzernverhältnis vor, indem die Aktien an Schiess von Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, gehalten wurden, deren Aktien wiederum von der Aktiengesellschaft Cellere gehalten wurden. Als „Repräsentantin“ des Konzerns im Sinne des vorerwähnten Urteils des BVGer ist bei einem solchen Konzernaufbau die Gesellschaft an der Hierarchiespitze zu betrachten, somit die Aktiengesellschaft Cellere. Schiess fusionierte im April 2013 mit Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, und ging dadurch unter, weshalb Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, als deren Rechtsnachfolgerin ihre Rechte und Pflichten übernahm.<sup>228</sup> Im Hinblick auf die Erfassung der Aktiengesellschaft Cellere ändert sich durch diese Fusion nichts. Zweitens: Bei Brunner liegt seit der Übernahme der Brunner Erben Holding AG, welche die Aktien an Brunner hält, durch STRABAG SE am 11. Mai 2011 ebenfalls ein dreistufiges Konzernverhältnis vor. Im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlungen war der Brunner Erben-Konzern aber noch nicht mit der STRABAG SE verbunden, zu diesem Zeitpunkt hatte also die STRABAG SE gar keine Kontrollmöglichkeit und erst recht übte sie damals, also vor dem 11. Mai 2011, auch nicht effektiv eine Kontrolle über Brunner aus. Da im massgeblichen Zeitraum die Brunner Erben Holding AG die Konzernmuttergesellschaft war, ist diese als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten, nicht die STRABAG SE.

<sup>225</sup> Siehe die vorangehende Rz.

<sup>226</sup> Siehe act. [...].

<sup>227</sup> In seinem Urteil 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen) weist das BGer denn auch an mehreren Stellen auf Literatur zum EU-Recht hin (vgl. nur etwa E. 10).

<sup>228</sup> Siehe dazu Rz 84.

95. Zusammenfassend sind damit die Konzernmuttergesellschaften von Birchmeier, Brunner, Egli, Schiess und [...], namentlich die Gewerbezentrum Unterfeld AG, die Brunner Erben Holding AG, die Brebau Holding AG, die Aktiengesellschaft Cellere resp. die [...] neben ihren Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.<sup>229</sup> Eine kumulative Erfassung sowohl der Konzerntochter- als auch der Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen erscheint in casu auch vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt. Denn das BGer hält in seiner Entscheid „Publigroupe“ fest, dass es „(...) vorzuziehen gewesen [wäre], alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden“.<sup>230</sup> Diese Aussage spricht dafür, sowohl die Konzerntochter- als auch die Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

96. Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass diese Ausdehnung den vorgenannten Konzernmuttergesellschaften eröffnet und den übrigen Verfahrensparteien mitgeteilt wurde, hingegen – im Übrigen auch im Interesse der betroffenen Gesellschaften selber – auf eine separate amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung gegen die jeweiligen Konzernmuttergesellschaften unter deren Namensnennung verzichtet wurde. Dies erstens, weil eine amtliche Publikation lediglich deklaratorischen Charakter hat<sup>231</sup> und damit nicht zwingend erfolgen muss, und zweitens, weil der Informationszweck einer amtlichen Publikation durch die im Rahmen dieses Verfahrens bereits erfolgten amtlichen Publikationen, in welchen die Firmen der konkret handelnden Konzerntochtergesellschaften genannt wurden, schon erfüllt war.

#### B.2.4 Fazit

97. Zusammenfassend ergeben sich nach dem Gesagten folgende materielle Verfügungsadressatinnen:

- Aktiengesellschaft Cellere (Konzernmuttergesellschaft)
- Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung (Konzerntochtergesellschaft)
- Brebau Holding AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Egli (Konzerntochtergesellschaft)
- Brunner Erben Holding AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Brunner (Konzerntochtergesellschaft)
- Flexbelag
- Gewerbezentrum Unterfeld AG (Konzernmuttergesellschaft)
- Birchmeier (Konzerntochtergesellschaft)
- Hagedorn
- Hüppi
- Keller-Frei
- Kern
- Kibag

- Marti
- Müller
- Strabag
- Tibau
- Toller
- [...]
- Walo (Tochtergesellschaft)

### B.3 Weitere formelle Fragen

#### B.3.1 Keine weiteren Beweisabnahmen aufgrund noch offener Beweisanträge

98. Hüppi stellte in ihrer Stellungnahme zum Antrag förmliche Beweisanträge, welche in Rz 56 wiedergegeben sind. Einen Eventualbeweisantrag stellte Hüppi ferner in ihrer Stellungnahme zu den neuen Beweismitteln.<sup>232</sup> Den Beweisanträgen bezüglich Fall [...], namentlich [...], ist die WEKO nachgekommen.<sup>233</sup> Die weiteren Beweisanträge sind hingegen noch offen, wozu Folgendes festzuhalten ist:

99. Trotz Art. 33 Abs. 1 VwVG kann auf die Abnahme anerotener oder beantragter Beweismittel verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, der damit bewiesen werden soll, unerheblich ist oder bereits feststeht resp. von der Behörde aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend gewürdigt werden kann, sowie ferner, wenn die Beweismittel untauglich zur Erbringung des fraglichen Beweises sind.<sup>234</sup> In Anbetracht dessen ist eine Abnahme der vorgenannten Beweismittel nicht angezeigt. Im Einzelnen:

100. Zum Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch sei: Hüppi führt in ihrer Stellungnahme aus, von der Gesamtzahl der in der „Absprachenliste“ eingetragenen, angeblich abgesprochenen Projekte im Kanton Aargau sei das Sekretariat in seinem Antrag bloss in rund 15 % der Fälle vom Vorliegen einer Abrede ausgegangen. Bei dieser Zahl sei noch nicht einmal berücksichtigt, in wie vielen dieser Fälle die WEKO oder im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens das BVGer vom Nichtvorliegen einer Abrede ausgehe. Die „Absprachenliste“ habe sich

<sup>229</sup> Gleich vorgegangen wurde auch in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, vgl. RPW 2012/2, 383 Rz 913, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>230</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.4 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>231</sup> BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 29 KG N 29.

<sup>232</sup> Siehe Rz 67.

<sup>233</sup> Siehe Fn [...].

<sup>234</sup> Siehe STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 84; ferner BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 33 VwVG N 14 ff.

daher in zahlreichen Fällen als nachweislich falsch erwiesen, was der Aktenbeizug beweisen soll. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass die von Hüppi gemachten Zahlenangaben betreffend der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte im Kanton Aargau sowie die davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sanktionierten Abreden grundsätzlich unbestritten sind. Die genauen Zahlen erscheinen dabei unwesentlich, entscheidend ist vielmehr die – unbestrittenermassen zutreffende – Kernaussage, dass es bezüglich der in der „Absprachenliste“ aufgeführten Projekte in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle nicht zu einer Sanktionierung kam. Da diese Tatsache erstellt ist, erübrigen sich weitere Beweisabnahmen dazu. Soweit mit dem Beizug der Verfahrensakten hingegen bewiesen werden soll, dass die Angaben in der „Absprachenliste“ zu einem grossen Teil nachweislich falsch sind, kann dieser Beweis durch einen Aktenbeizug nicht erbracht werden. Wie die WEKO in ihrer Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ausdrücklich festhält, hat sie Hinweise auf fast 300 abgesprochene Projekte erhalten. Aus verfahrensökonomischen Gründen – womit unter anderem Ressourcenprobleme gemeint sind – hat sie daraus eine Auswahl von rund 100 Projekten getroffen und diese im Detail aufgearbeitet.<sup>235</sup> Die WEKO stellt also keineswegs fest, dass die Hinweise (unter anderem eben durch Auf-führung in der „Absprachenliste“) in den übrigen, von ihr nicht näher betrachteten Fällen unzutreffend gewesen wären; sie ist diesen Hinweisen gar nicht erst nachgegangen, hat diese weiteren Fälle dementsprechend weder angeschaut noch die diesbezüglich vorliegenden Beweismittel gewürdigt. Mangels näherer Betrachtung dieser weiteren Projekte kann sich auch aus den Akten nichts dazu ergeben, schon gar nicht die Feststellung, dass die „Absprachenliste“ nachweislich falsch wäre, da eine solche Feststellung doch nähere Abklärungen zu den fraglichen Projekten voraussetzen würde. Infolgedessen kann die beantragte Beweisabnahme den angestrebten Beweis nicht erbringen, weshalb darauf zu verzichten ist. Bloss der Vollständigkeit halber sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass die WEKO den Beweiswert der „Absprachenliste“ in ihrer Verfügung vertieft geprüft hat und zum Schluss kommt, dass es sich um ein ausgesprochen überzeugendes Beweismittel handelt.<sup>236</sup>

101. Zum Beizug der Stellungnahme von Hüppi in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort ihr internes Schreiben an alle Filialleiter zu den Akten reichte: Es ist unbestritten, dass Hüppi dieses interne Schreiben im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingereicht hat. Es erübrigt sich daher, darüber Beweis zu führen. Eine andere, nicht auf Ebene des Sachverhalts gelegene Frage ist, ob Hüppi deshalb davon ausgehen durfte, dieses Beweismittel sei auch in vorliegender Untersuchung bekannt. Diese Frage braucht allerdings nicht beantwortet zu werden, da Hüppi das fragliche Schreiben mit ihrer Stellungnahme in vorliegender Untersuchung einreichte und es daher nunmehr Teil der Verfahrensakten ist.

102. Zum Beizug der Akten der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, insbesondere von act. [...], zum Beweis, dass das von der Selbstanzeigerin bezüglich Fall [...] eingereichte Dokument nachträglich, insbesondere erst nach der Hausdurchsuchung, erstellt wurde: Mit einem Beizug der Akten aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ könnte nur, aber immerhin, bewiesen werden, ob das fragliche Dokument anlässlich der Hausdurchsuchung gefunden und beschlagnahmt wurde oder nicht. Nicht beweisen lässt sich dadurch allerdings eine nachträgliche Erstellung des Dokuments. Denn selbst wenn dieses nicht gefunden und beschlagnahmt worden sein sollte, beweist dies nicht, dass es zum damaligen Zeitpunkt nicht existiert hätte. Erfahrungsgemäss ist davon auszugehen, dass anlässlich einer Hausdurchsuchung nicht restlos alle allenfalls relevanten Beweismittel gefunden werden, Vorliegend kommt hinzu, dass sich die Hausdurchsuchung bei der späteren Selbstanzeigerin primär auf den Kanton Aargau und dort gelegene Projekte konzentriert haben dürfte, wogegen dieses Dokument ein Projekt im Kanton Zürich betrifft. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Selbstanzeigerin anlässlich der Anhörung durch die WEKO zu diesem Dokument befragt wurde.<sup>237</sup> Es bestehen aus Sicht der WEKO unter Würdigung dieser Aussagen keine Zweifel daran, dass dieses Dokument nicht nachträglich erstellt wurde. Entsprechend sind keine diesbezüglichen Beweise mehr abzunehmen, erst recht nicht solche, die für den Beweis des relevanten Sachverhalts ohnehin untauglich sind.

103. Zum Beizug von act. [...] aus der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ zum Beweis, dass Hüppi dort bezüglich einem bestimmten Projekt durch eine Selbstanzeigerin (nicht derselben wie im vorliegenden Verfahren) entlastet worden sei: Es ist unbestritten und ergibt sich auch aus der Verfügung betreffend „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, dass Hüppi bezüglich dieses einen Projekts im Kanton Aargau von einer Selbstanzeigerin ausdrücklich entlastet wurde.<sup>238</sup> Ist diese Tatsache erstellt, bedarf es keiner diesbezüglichen Beweisabnahme. Eine Entlastung einer Partei bezüglich eines bestimmten Projekts kommt aber ohnehin nicht einer Entlastung bezüglich anderer Projekte gleich oder indiziert eine solche, weshalb diese einzelfallspezifische Entlastung für das vorliegende Verfahren sowieso unerheblich ist. Schliesslich ist hervorzuheben, dass Hüppi bei dem fraglichen Projekt nicht von Birchmeier, sondern von einer anderen Selbstanzeigerin, welche in vorliegendem Verfahren gar nicht Partei ist, einer Abredeteilnahme bezichtigt wurde. Zum Wahrheitsgehalt von Aussagen von Birchmeier, der Selbstanzeigerin in diesem Verfahren, lässt sich daraus also – entgegen der Ansicht von Hüppi – so oder so keine Erkenntnis gewinnen.

<sup>235</sup> RPW 2012/2, 283 Rz 66, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>236</sup> RPW 2012/2, 284 ff. Rz 70 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>237</sup> Siehe act. [...].

<sup>238</sup> RPW 2012/2, [...], *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

104. Zum Eventualbeweisanspruch bezüglich Einholung einer Auskunft [...] im Fall [...] ist festzuhalten, dass Hüppi selbst angibt, in antizipierter Beweiswürdigung sei davon auszugehen, dass das Erinnerungsvermögen an ein allfälliges kurzes Telefonat aufgrund des Zeitablaufs wenig wahrscheinlich sei. Die WEKO teilt diese Ansicht und geht ebenfalls davon aus, dass eine solche Auskunftsanfrage nicht zu einem Ergebnis führen dürfte. Entsprechend ist von einer solchen Beweisabnahme abzusehen. Diesbezüglich ist klarstellend festzuhalten, dass eine entsprechende Auskunft bei [...] bloss angefragt wurde, weil [...] so oder so um Angabe der [...] angegangen wurde.<sup>239</sup> Die Wettbewerbsbehörden gingen dabei davon aus, dass eine Angabe der [...] trotz des Zeitablaufs noch ohne Weiteres möglich ist, was sich in der Folge bestätigte.<sup>240</sup> Es verursachte in diesem Zusammenhang keinen nennenswerten Zusatzaufwand, [...] gleichzeitig auch noch um Auskunft bezüglich eines allfälligen Telefonkontaktes zu bitten, auch wenn die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich davon ausgingen, dass diese Auskunft infolge des Zeitablaufs kaum möglich sein dürfte. Der Grund für die klar verneinende Antwort [...] dürfte denn auch darin liegen, dass nicht [...], sondern – wie von Hüppi geltend gemacht – wenn schon [...] ein solches Telefonat geführt hätte, weshalb [...] dies für sich ausschliessen konnte. Wäre [...] aber nicht ohnehin anzugehen gewesen, wären die Wettbewerbsbehörden mit diesem Auskunftsbegehren allein jedoch aufgrund einer entsprechenden antizipierten Beweiswürdigung nicht an [...] gelangt.

105. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Abnahme der verschiedenen von Hüppi beantragten Beweismittel verzichtet werden kann, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unerheblich ist, mit den beantragten Beweisabnahmen der relevante Beweis nicht erbracht werden kann oder aber der Sachverhalt auch ohne Abnahme dieser Beweismittel bereits feststeht.

106. Ferner machen einige Parteien geltend, der Sachverhalt sei teilweise zu wenig abgeklärt worden, indem beispielsweise gewisse Bauunternehmen nicht befragt worden seien.<sup>241</sup> Diesbezügliche förmliche Beweisanträge stellen sie jedoch nicht, weshalb an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf diese Vorbringen einzugehen ist. Festgehalten sei hier immerhin, dass die WEKO der Ansicht ist, der Sachverhalt, wie er sich präsentiert, ist genügend abgeklärt und weitere Untersuchungsmassnahmen sind nicht angezeigt.

### B.3.2 Zulässige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bezüglich Unterlagen aus der Selbstanzeige

107. Hüppi macht – im Übrigen als einzige Partei – geltend, die weitgehende Schwärzung der „Absprachenliste“ und gewisser Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige sowie das diesbezüglich auferlegte Kopierverbot stelle eine Verweigerung ihres Akteneinsichtsrechts und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

108. Aufgrund der Schwärzung der „Absprachenliste“ sei es ihr nicht möglich gewesen, deren Unzuverlässigkeit und Fehlerhaftigkeit, in welchen Aargauer Fällen es sich um Falschanzeigen gehandelt habe, darzutun und dar-

zulegen.<sup>242</sup> Die vollständige Kenntnis des Protokolls sei notwendig, um die Aussagen der Selbstanzeigerin zu würdigen, etwa weil in der geschwärzten ersten Passage gänzlich unglaubwürdige Aussagen gemacht worden sein könnten oder die Selbstanzeigerin dort selber festgehalten haben könnte, dass sie nicht von ihren Anschuldigungen überzeugt sei.<sup>243</sup> Ebenso sei die Kenntnis der angegebenen Region zentral, da dies die Anschuldigungen von vornherein entkräften könnte.<sup>244</sup>

109. Aufgrund des Kopierverbots sei es ihr nicht möglich gewesen, mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumenten nachzugehen. Gerade die schwer leserlichen Handschrift-Dokumente hätten nur verlässlich analysiert werden können, wenn sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hätten hervorgehoben und mit diesen verglichen werden können. Dafür hätten sie aber müssen kopiert werden können, da ein umgekehrtes Vorgehen, namentlich dies vor Ort in Bern zu tun, schlicht nicht innert nützlicher Frist, insbesondere der 60-tägigen Frist zur Einreichung der Stellungnahme, praktikabel gewesen wäre. Da die Dokumente den Parteien aber grundsätzlich zur Einsichtnahme und Abschrift offen stünden und im Antrag Passagen aus ihnen zum Teil wörtlich, zum Teil indirekt wiedergegeben würden, bestehe auch kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin an einem Kopierverbot.<sup>245</sup>

#### B.3.2.1 Allgemeines

110. In Kartellverwaltungsverfahren gilt gemäss Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 26 VwVG im Grundsatz ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht.<sup>246</sup> Das Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird auch durch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet. Einschränkungen sind nur, aber immerhin, aus den in Art. 27 VwVG genannten Gründen möglich, namentlich wegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen. Erforderlich ist demnach im konkreten Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Einsichtnahme einerseits und den entgegenstehenden Interessen andererseits.<sup>247</sup> Nur wenn Letztere überwiegen, ist eine Einsichtnahme zu verweigern oder das Einsichtsrecht anderweitig einzuschränken, wobei der jeweils mildestmögliche Eingriff zu wählen ist. In Kartellverwaltungsverfahren ist in diesem Zusammenhang auf Art. 25 KG hinzuweisen, welcher ausdrücklich festhält,

<sup>239</sup> Siehe act. [...].

<sup>240</sup> Vgl. act. [...].

<sup>241</sup> Siehe etwa act. [...].

<sup>242</sup> Act. [...].

<sup>243</sup> Act. [...].

<sup>244</sup> Act. [...].

<sup>245</sup> Act. [...].

<sup>246</sup> Statt anderer bezüglich Art. 26 VwVG etwa BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 26 VwVG N 59 m.w.H.

<sup>247</sup> BRUNNER (Fn 27), in: Kommentar VwVG, Art. 27 VwVG N 9.

dass die Wettbewerbsbehörden Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben, wodurch sich ohne Weiteres ergibt, dass gerade solche Geheimnisse als entgegenstehende überwiegende Interessen anzuerkennen sind. Wird die Einsichtnahme in Aktenstücke gestützt auf Art. 27 VwVG berechtigterweise ganz oder teilweise verweigert, richtet sich die Verwertbarkeit der entsprechenden Aktenstücke resp. deren nicht einsehbarer Teile im Rahmen des Verfahrens nach den in Art. 28 VwVG festgelegten Modalitäten.<sup>248</sup>

### B.3.2.2 Ad Schwärzungen

111. Bei den vorgenommenen, von Hüppi beanstandeten Schwärzungen fällt bei der vorzunehmenden Interessenabwägung insbesondere ins Gewicht, dass die fraglichen Unterlagen Teil einer Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden. Die involvierten privaten und öffentlichen Interessen, welche bei Akteneinsichten in Selbstanzeigen in grundsätzlicher und allgemeiner Hinsicht für Einschränkungen sprechen, hat die WEKO in ihrer im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangenen Zwischenverfügung<sup>249</sup> herausgearbeitet. Diese wird hier auszugsweise wiedergegeben:<sup>250</sup>

„20. Das Institut der Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregel gemäss Art. 49a Abs. 2 KG wurde zusammen mit der Möglichkeit eingeführt, direkte Sanktionen zu erlassen. Durch die Einführung direkter Sanktionen wurde für die Unternehmen ein Anreiz geschaffen, ‚noch versteckter und professioneller zu agieren, um die Aufdeckung eines Kartellrechtsverstosses zu verhindern und dadurch einer direkten Sanktionierung zu entgehen‘<sup>251</sup>. In diesem Zusammenhang wird deshalb von einem ‚Ermittlungs- bzw. Beweisnotstand‘ gesprochen, der insbesondere in Bezug auf horizontale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) unbestritten ist<sup>252</sup>.

21. Der Gesetzgeber beabsichtigte deshalb, der WEKO ein ‚entsprechend wirksames Instrumentarium in die Hand‘ zu geben, ‚um diesem Erschwernis beizukommen‘<sup>253</sup>. Dieses Instrumentarium besteht in der Bonusregel, welche den an einem Kartell beteiligten Unternehmen einen Anreiz verschafft (d.h. eine Sanktionsreduktion in Aussicht stellt), das Kartell durch Selbstanzeige und Kooperation aufzudecken.<sup>254</sup>

22. Eine Selbstanzeige stellt für ein Unternehmen einen grossen Schritt dar und zwingt es, die Vor- und Nachteile einer Kooperation abzuwägen. Ein wichtiges Interesse stellt dabei der diskrete Umgang der Wettbewerbsbehörden mit den freiwillig offen gelegten Informationen dar. Die Diskretionsanliegen der Unternehmen betreffen die Weitergabe von Informationen an Behörden und Gerichte, Retorsionsmassnahmen der Branche und zivile Schadenersatzprozesse.<sup>255</sup> Die Möglichkeit von Folgeprozessen scheint für die Unternehmen die grössten Unsicherheiten zu bergen, sodass davon auch die grösste Gefahr für den Anreiz zur Kooperation ausgehen dürfte: ‚Muss ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige einreicht, damit rechnen, dass die vorgelegten Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt in einem Zivilprozess – z.B. auf Zahlung von Schadenersatz – gegen das Unter-

nehmen verwendet werden, so droht die Bonusregelung leer zu laufen‘<sup>256</sup>. Ein Autor erwägt deshalb, Informationen aus Selbstanzeigen den von diesen belasteten Unternehmen nur indirekt über ihre Rechtsvertreter zugänglich zu machen und das Kopieren zu untersagen; Dritten soll die Einsichtnahme gar ganz verweigert werden.<sup>257</sup>

23. Die Anreizwirkung der Bonusregel hängt nach dem Gesagten im Wesentlichen davon ab, wie berechenbar die Folgen einer Kooperation für die betroffenen Unternehmen sind. Diese Berechenbarkeit bezieht sich einerseits auf die unmittelbare Aussicht auf eine Sanktionsreduktion<sup>258</sup>, andererseits auf die möglichen Spätfolgen eines Kartellverfahrens<sup>259</sup>.

24. Um dem mit der Einführung der Bonusregel verbundenen Zweck der Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen gerecht zu werden, erscheint es deshalb als zulässig, den genannten Unsicherheiten mit einem für die Selbstanzeiger schonungsvollen Umgang mit den von ihnen freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen zu begegnen. Diesen Schutz auch den zusätzlich zu Beweisaussagen eingereichten Beweismitteln zukommen zu lassen, wird durch deren Wichtigkeit für die Beweisführung gerechtfertigt. Es sind deshalb Anreize zu schaffen, dass Unternehmen ihre Aussagen mit vorhandenen Beweismitteln belegen. Allerdings wird zu Recht darauf hingewiesen, dass einem durch eine Selbstanzeige beschuldigten Unternehmen das Recht auf umfassendes rechtliches Gehör nicht verkürzt werden darf, nur um den Aufdeckungsanreiz der Bonusregelung möglichst zu maximieren.<sup>260</sup>

<sup>248</sup> Grundlegend zum Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der Spannung zum Akteneinsichtsrecht und zur Umschreibung der fraglichen Daten Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 709 ff. E. 3.1 ff., Vertrieb von Tierarzneimitteln.

<sup>249</sup> RPW 2012/2, 264 ff., Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht.

<sup>250</sup> Der technischen Einfachheit halber erfolgt die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst.

<sup>251</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 120.

<sup>252</sup> DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 627 ff.; siehe dazu auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 123 ff.

<sup>253</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2038.

<sup>254</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2028.

<sup>255</sup> ZIMMERLI (Fn 252), 721 ff.

<sup>256</sup> RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, 218.

<sup>257</sup> ZIMMERLI (Fn 252), 743 f. und 742 f.; siehe dazu auch TAGMANN/ZIRLICK (Fn 251), Art. 49a KG N 739 ff. und 169 f.

<sup>258</sup> Als Beispiel sei auf die Möglichkeit verwiesen, die Erfolgsaussichten einer Selbstanzeige durch die Einreichung einer anonymisierten Selbstanzeige klären zu lassen (Art. 9 Abs. 2 Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung).

<sup>259</sup> Siehe dazu die Ausführungen unter Rz [...]; siehe auch die Möglichkeit eines Selbstanzeigers, die Selbstanzeige ausnahmsweise mündlich zu Protokoll zu geben, um sicherzustellen, dass dieser keine Herausgabepflicht in anderen (namentlich ausländischen) Zivil- oder anderen Verfahren zu befürchten hat (Art. 9 Abs. 1 2. Abschnitt Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung).

<sup>260</sup> ZIMMERLI (Fn 252), 732.



25. *Wie oben ausgeführt bestimmt sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts auf der Grundlage des konkreten Falls. Dabei sind die einander entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Als Interessen, die eine Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht rechtfertigen können, steht das öffentliche Interesse des Funktionierens der Bonusregel (bzw. des Anreizes zur Kooperation) im Vordergrund. Dieses findet seine Grenzen in der Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung für die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen.“*

112. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen ist diese Interessenabwägung nun in concreto vorzunehmen:

113. Zunächst ist festzuhalten, dass in der „Absprachenliste“ alle aufgelisteten, im Kanton Zürich befindlichen Projekte offengelegt wurden, und zwar unabhängig davon, ob diesbezüglich nachfolgend der Beweis von Wettbewerbsabreden als erbracht erachtet wird oder nicht. Obwohl die Selbstanzeigerin ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung resp. vertraulichen Behandlung dieser Projekte hat, überwiegt nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden hier das Interesse der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Für die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte müssen die Parteien nämlich insoweit Einsicht haben in dieses Beweismittel, als dass es um Projekte geht, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.<sup>261</sup> Zumindest in einem späten Verfahrenszeitpunkt sprechen sodann auch keine ermittlungstaktischen (und damit öffentlichen) Interessen mehr für eine Geheimhaltung. Soweit Projekte im Kanton Zürich betreffend, nahmen die Wettbewerbsbehörden also gerade keine Abdeckungen vor, da andernfalls die Möglichkeit zu einer wirksamen Verteidigung nicht mehr gewährleistet gewesen wäre, vor allem auch, weil insofern ein Vorgehen gemäss Art. 28 VwVG nicht möglich gewesen wäre.

114. Hingegen wurden sämtliche aufgeführten Projekte, die sich nicht im Kanton Zürich befinden, geschwärzt. Denn bezüglich dieser weiteren, ausserhalb des Gegenstands der vorliegenden Untersuchung liegenden Projekte überwiegen nun das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin wie auch öffentlichen Interessen an der Abdeckung des Interesses der übrigen Parteien an einer Einsichtnahme. Zum einen ist auch bezüglich dieser Projekte das Geheimhaltungsinteresse der Selbstanzeigerin erheblich. So würde sich im Falle des öffentlichen Bekanntwerdens etwa die Möglichkeit von Schadenersatzprozessen erhöhen. Die Gefahr, dass die Öffentlichkeit durch andere Parteien an Informationen bezüglich dieser Projekte gelangen würde (beispielsweise als Retorsionsmassnahme), erscheint wegen der bei diesen Projekten regelmässig fehlenden eigenen Betroffenheit der anderen Parteien des vorliegenden Verfahrens zudem ungleich grösser als bezüglich Projekten im Kanton Zürich. Auch die öffentlichen Interessen am Funktionieren des Instituts der Selbstanzeige und damit einem schonungsvollen Umgang mit freiwillig offengelegten Informationen sind gewichtig. Zum anderen ist bezüglich dieser Projekte (anders als bezüglich der im Kanton Zürich gelegenen Projekte) das Einsichtsinteresse der übrigen Parteien gering, reicht es für sie doch aus, zu wissen, dass es sich bei den abgedeckten Stellen um

Projekte ausserhalb des Untersuchungsgegenstands, namentlich aus dem Kanton Aargau, handelt.<sup>262</sup> Welche Projekte im Einzelnen aufgeführt sind, um so vergleichen zu können, welche davon in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilt wurden und welche nicht, ist für die Parteien des vorliegenden Verfahrens – entgegen der Ansicht von Hüppi – ohne Belang, zumal sich dadurch ohnehin nicht beweisen liesse, dass es sich bei den übrigen aufgelisteten Projekten um „Falschanzeigen“ gehandelt hätte<sup>263</sup>. Inwiefern Hüppi dies auf andere Weise (also nicht aufgrund eines blossen Vergleichs mit den in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ beurteilten und v.a. nicht beurteilten Projekten) aufzeigen möchte, wird von ihr weder erläutert noch wäre eine solche Möglichkeit ersichtlich. Anderweitige Einsichtsinteressen der übrigen Parteien sind nicht auszumachen; vielmehr ist es so, dass, hätte die Selbstanzeigerin etwa zwei separate, nach Kantonen getrennte Listen geführt, die Liste betreffend den Kanton Aargau mangels Relevanz gar nicht erst in die Akten der vorliegenden Untersuchung aufgenommen worden wäre.<sup>264</sup>

115. Soweit die abgedeckten Passagen im Protokoll der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige betreffend, ist festzuhalten, dass auch hier die Geheimhaltungsinteressen der Selbstanzeigerin wie auch teilweise die öffentlichen Interessen am Funktionieren der Bonusregel überwiegen. Eine Offenlegung der ersten Passage würde die nachteiligen Folgen einer Selbstanzeige weiter vergrössern und so deren Attraktivität erheblich schmälern. Bei den angegebenen Regionen handelt es sich um strategische Angaben zur Unternehmenstätigkeit der Selbstanzeigerin und damit um ein Geschäftsgeheimnis. Dem stehen auch hier bescheidene Interessen an einer Einsichtnahme gegenüber; die erste Passage ist nicht weiter entscheidend. Nur, aber immerhin, kann Hüppi in Anbetracht ihrer Spekulationen versichert werden, dass es sich weder um eine Aussage handelt, wonach die Selbstanzeigerin selbst nicht von ihren Anschuldigen überzeugt ist, noch um eine gänzlich unglaubwürdige Aussage – im Übrigen wären solche Aussagen ohne Weiteres entscheidend relevant. Bezüglich der angegebenen Regionen ist es Hüppi auch ohne Kenntnis der genauen Angaben möglich, sich wirkungsvoll zu verteidigen. Insbesondere kann sie, wie sie es denn auch tut,<sup>265</sup> problemlos vorbringen, dass – wenn diese Region „auch die

<sup>261</sup> Nicht praktikabel und unverhältnismässig aufwändig wäre es gewesen, hinsichtlich jeder Partei jeweils nur diejenigen im Kanton Zürich liegenden Projekte offen zu legen, von welchen sie als Offerent oder zur Offertstellung eingeladenes Unternehmen betroffen ist. Zum einen wurde bezüglich einzelner Projekte erst im Laufe des weiteren Verfahrens bekannt, um welche Gesellschaften es sich dabei handelt, was laufend Anpassungen bedingt hätte, zum anderen hätte für jede Partei ein separat einsehbarer Ordner mit individuell angepassten Dokumenten (und zwar nicht nur der „Absprachenliste“, sondern aller Bonusmeldungsunterlagen) erstellt werden müssen.

<sup>262</sup> Dass Hüppi hierum wusste, zeigt sich schon nur aus seiner Stellungnahme (vgl. etwa act. [...]) – es wurde ihr mündlich anlässlich der Einsichtnahme mitgeteilt.

<sup>263</sup> Siehe ausführlicher dazu Rz 100.

<sup>264</sup> Bei Bonusmeldungen im Ergebnis für eine Vorgehensweise in diesem Sinne plädierend etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 169.

<sup>265</sup> Vgl. act. [...].



an den Kanton Aargau grenzenden Gebiete des Kantons Zürich“ umfassen sollte – dadurch „die Anschuldigungen betreffend Absprachen im Kanton Zürich von vornherein“ entkräftet würden.

116. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei allen abgedeckten Passagen private und zudem grösstenteils auch öffentliche Interessen an einer Abdeckung bestehen, die das Interesse an einer Einsichtnahme durch die anderen Parteien, namentlich auch Hüppi, überwiegen. Dementsprechend sind die vorgenommenen Schwärzungen angezeigt und gemäss Art. 27 VwVG berechtigt. Da die Wettbewerbsbehörden auf keine dieser abgedeckten Passagen abstellen, erübrigt sich ein Vorgehen nach Art. 28 VwVG. Durch die vorgenommenen Schwärzungen wird das Recht von Hüppi auf Akteneinsicht, und damit auch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, demnach nicht verletzt.

### B.3.2.3 Ad Kopierverbot

117. Es trifft zu, dass die Wettbewerbsbehörden den Parteien hinsichtlich der vier Aktenstücke act. [...], die Teil der Selbstanzeige sind und dergestalt in vorliegende Untersuchung eingebracht wurden, ein Kopierverbot auferlegt haben. Erlaubt war es ihnen jedoch, diese Unterlagen vor Ort einzusehen, sich Notizen davon zu machen resp. sie abzuschreiben sowie deren Inhalt auf ein Aufnahmegerät zu diktieren. Bezüglich aller übrigen Aktenstücke dieses Verfahrens wurde die Möglichkeit zur Anfertigung von Kopien nicht eingeschränkt.

118. Es ist anerkannt, dass das Akteneinsichtsrecht unter anderem auch das Recht umfasst, Kopien von Aktenstücken anzufertigen.<sup>266</sup> Ein Kopierverbot stellt demnach eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts dar. Ob eine solche Einschränkung rechtmässig ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (Art. 27 VwVG). Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass ein Kopierverbot nicht nur dann zulässig ist, wenn das Erstellen von Kopien einen unverhältnismässigen Kosten- und Arbeitsaufwand verursachen würde, sondern auch, wenn andere überwiegende Interessen an einem solchen bestehen.<sup>267</sup>

119. Hinsichtlich dieser Interessenabwägung ist vorab darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ergangene Zwischenverfügung<sup>268</sup> ebendiese Frage beschlägt, namentlich ein Kopierverbot bezüglich der Unterlagen der Selbstanzeige(en). Ergänzend zu den bereits zuvor abgedruckten Passagen<sup>269</sup> aus dieser Zwischenverfügung, welche auch vorliegend von Relevanz sind, erscheint es daher geboten, an dieser Stelle zwei weitere Passagen wiederzugeben:<sup>270</sup>

*„27. Das Sekretariat hat gestützt auf diese Überlegungen die Praxis entwickelt, das Recht auf Akteneinsicht in Bonusmeldungen (sowohl hinsichtlich Beweisaussagen wie auch eingereichter Akten) nur durch die Einsichtnahme vor Ort zu gewähren, ohne Kopiermöglichkeit, sofern dadurch eine wirksame Verteidigung der durch die von einer Selbstanzeige belasteten Unternehmen nicht gefährdet wird. Davon wird zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit für die Selbstanzeiger nur mit deren Einverständnis abgewichen. Wichtig erscheint dem Sekretariat das Vertrau-*

*en, das damit geschaffen wird. Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich darauf verlassen können, dass die von ihnen gemachten Aussagen und eingereichten Unterlagen nur einer eingeschränkten Akteneinsicht unterliegen. Die vom Sekretariat vorgeschlagene Lösung schafft die notwendige Vorhersehbarkeit und umfasst generell alle eingereichten Dokumente.*

*28. Dieses Vorgehen wird seit Einführung der Bonusregel per 1. April 2004 praktiziert und stellt einen sachgerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen von belasteten Parteien, Selbstanzeiger und Behörde dar. Es wurde bisher nicht angefochten. Auch in der vorliegenden Untersuchung haben nur drei von 19 Unternehmen, welchen eine direkte Beteiligung an einer Absprache vorgeworfen wird, eine Kopiermöglichkeit sämtlicher Verfahrensakten verlangt (wobei zwei dieser drei zu den vom selben Rechtsbeistand vertretenen Gesuchstellerinnen gehören).<sup>271</sup>“*

120. Bezüglich der vorzunehmenden Interessenabwägung in concreto ist zunächst das Interesse von Hüppi an einer auflagefreien Einsichtnahme, also mit Kopiermöglichkeit auch dieser Aktenstücke, zu bewerten. Hüppi bringt diesbezüglich vor, ohne Kopiermöglichkeit sei es ihr nicht möglich, „mit der nötigen Genauigkeit den einzelnen in diesen Akten enthaltenen Anschuldigungen bzw. Dokumente nachzugehen und diese anderen in den entsprechenden Fällen vorhandenen Dokumenten gegenüberzustellen und zu vergleichen, geschweige denn verlässliche Schlüsse zu ziehen. Die nicht kopierbaren Dokumente enthalten zudem zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen, welche z.T. kaum oder gar nicht oder nur mehrdeutig entzifferbar sind. Eine verlässliche Analyse des Gehalts oder Nichtgehaltes von solchen schwer leserlichen Handschriftdokumenten lässt sich nur vornehmen, wenn diese Dokumente kopiert und nach Hause genommen werden können, um sie jeweils bei Durchsicht anderer Akten wieder hervorzunehmen und mit diesen vergleichen zu können.“<sup>272</sup> Das Kopierverbot bewirke demnach im vorliegenden Fall eine einschneidende Beeinträchtigung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten.

<sup>266</sup> Statt anderer WALDMANN/OESCHGER (Fn 246), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG N 80 m.w.H.

<sup>267</sup> Vgl. Entscheid der REKO MAW vom 29.4.2003, VPB 2004, Nr. 30 E, 5.2.

<sup>268</sup> RPW 2012/2, 264 ff., *Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht*.

<sup>269</sup> Siehe Rz 111.

<sup>270</sup> Der technischen Einfachheit halber erfolgt auch hier die Nummerierung der Fussnoten fortlaufend und nicht anhand der Nummerierung des Originals. Die Fussnoten des Originals wurden hinsichtlich internen Verweisungen und Zitierweise angepasst.

<sup>271</sup> Neben den Gesuchstellerinnen ist dies die Hüppi AG [...].

<sup>272</sup> Act. [...].

121. Bei den nicht kopierbaren Aktenstücken handelt es sich um insgesamt vier Aktenstücke. Diese umfassen 1, 72, 11 sowie 7 Seiten, insgesamt also 91 Seiten, wovon allerdings 18 Seiten bloss Registerseiten (Beilage X) ohne weiteren Informationsgehalt sind. Es geht also um maximal 73 Seiten, doch beschlagen diese nebst allgemein relevanten Beweismitteln, wie der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige, auch etliche Projekte, von denen Hüppi gar nicht betroffen ist, was die Anzahl der für Hüppi relevanten Seiten weiter reduziert (so insbesondere um die projektspezifischen Beilagen, von welchen Hüppi nicht betroffen ist). Spezifisch zu den Projekten, von welchen Hüppi betroffen ist, liegen jeweils kurze Aussagen der Selbstanzeigerin, ein bis zwei Beilagen pro Projekt<sup>273</sup> sowie gegebenenfalls die entsprechenden handschriftlichen Einträge in der „Absprachenliste“ vor. Es handelt sich vorliegend somit um eine ausgesprochen bescheidene Anzahl von für Hüppi relevanten Seiten, hinsichtlich welcher sie durch das Kopierverbot eingeschränkt wird. Entsprechend gering und ohne Weiteres zumutbar fällt der für Hüppi durch das Kopierverbot entstehende Mehraufwand aus, der im Zeitaufwand für die Anfertigung von Notizen zu diesen Unterlagen sowie gegebenenfalls einer wörtlichen Abschrift oder Sprachaufnahme, insbesondere von besonders wesentlichen Passagen, zur Sicherstellung einer jederzeitigen Verfügbarkeit des Inhalts dieser Unterlagen in den eigenen Räumlichkeiten besteht.

122. Auch in zeitlicher Hinsicht war es Hüppi problemlos möglich, vor Ort Einsicht in diese Akten zu nehmen, und zwar in ausreichendem Masse. So wäre ihr innert Frist zur Stellungnahme eine mehrmalige Sichtung der Akten vor Ort unbenommen – und im Übrigen, sofern überhaupt geboten, ohne Weiteres auch zumutbar – gewesen. Denn bei der Frist zur Stellungnahme handelte es sich um eine zwei Mal 30-tägige, erst noch aufgrund der weihnachtlichen Gerichtsferien um zusätzliche Tage verlängerte Frist. Dass Hüppi mit ihrer Einsichtnahme bis Mitte Januar 2013 zuwartete – dies im Gegensatz zu den anderen einsichtnehmenden Parteien, die bereits im November und Dezember 2012 Einsicht nahmen –, könnte zwar dazu geführt haben, dass es für eine (von Hüppi allerdings gar nicht ersuchte) zweite oder dritte Einsichtnahme zeitlich knapp geworden wäre, doch wäre dies der späten Einsichtnahme von Hüppi zuzuschreiben gewesen und hätte nicht den Wettbewerbsbehörden angelastet werden können. In dieser Hinsicht kommt weiter hinzu, dass Hüppi schon im Oktober 2012 ein Gesuch um Akteneinsicht stellte und zudem um Zustellung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses ersuchte. Auf die umgehende Antwort des Sekretariats vom 23. Oktober 2012, Hüppi möge sich zwecks Terminvereinbarung für die Einsichtnahme mit dem Sekretariat in Verbindung setzen, reagierte Hüppi allerdings nicht.

123. Eine anderweitige Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das Kopierverbot ist ebenfalls nicht auszumachen: So trifft es schlicht nicht zu, dass „zahlreiche Kopien von handschriftlichen Unterlagen“ in diesen Akten vorhanden wären. Vielmehr handelt es sich nebst den [ $<30$ ] offengelegten<sup>274</sup> handschriftlichen Zeileneinträgen in der „Absprachenliste“ um eine einzige Seite, namentlich ein Offertdeckblatt, welche u.a. Hüppi betrifft und die, allerdings in bescheide-

nem Umfang (insgesamt 15–20 Zahlenangaben [Beträge sowie eine Telefonnummer] sowie ca. 10 Worte), handschriftliche Notizen enthält. Einzelne dieser handschriftlichen Angaben mögen nun schwer leserlich sein, doch war es für Hüppi ein Leichtes, sich die mehreren möglichen Lesarten alternativ zu notieren, um so in den eigenen Räumlichkeiten einen Abgleich mit anderen Akten vornehmen zu können. Da die Lesbarkeit der Angaben selber auch bei Gewährung einer Kopiermöglichkeit dieselbe geblieben und nicht plötzlich besser geworden wäre, beeinträchtigt das Kopierverbot ihre Verteidigungsmöglichkeiten nicht.

124. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Verteidigungsmöglichkeiten von Hüppi durch das auferlegte, im Umfang auf vier Aktenstücke beschränkte Kopierverbot nicht tangiert und geschmälert wurden.

125. Demgegenüber sprechen sowohl gewichtige private Interessen der Selbstanzeigerin wie auch öffentliche Interessen am guten Funktionieren des Instituts Selbstanzeige für ein Kopierverbot. Hüppi bestreitet zwar, dass private Interessen der Selbstanzeigerin bestehen würden, da viele Stellen aus diesen Unterlagen im Antrag wiedergegeben seien und die Parteien davon auch Abschriften haben machen können. Doch zum einen finden sich im Antrag resp. in der Verfügung nur auszugsweise Stellen daraus, welche meist erst noch bloss indirekt wiedergegeben werden; gerade bezüglich der Projekte, bei welchen die Selbstanzeigerin Schutznehmerin war, konnte im Antrag resp. in der Verfügung aus prozessökonomischen Gründen auf eine detaillierte Schilderung verzichtet werden. Zum anderen ist der Beweiswert dieser auszugsweisen Passagen, vor allem aber allfälliger Notizen anderer Parteien, deutlich geringer einzustufen als von Kopien der Originaldokumente. Das Interesse der Selbstanzeigerin an der Vermeidung, dass solche Kopien allenfalls an die Öffentlichkeit gelangen, ist damit evident. Zudem besteht ein erhebliches öffentliches Interesse am Kopierverbot, denn es ist für das gute Funktionieren der Bonusregelung zentral, dass die Unternehmen in vorhersehbarer Weise darauf vertrauen und sich darauf verlassen können, dass die im Rahmen einer Selbstanzeige ins Verfahren eingebrachten Dokumente nicht ohne ihr Einverständnis kopiert werden können.<sup>275</sup> Dass dieses Vertrauen in die möglichst diskrete und schonungsvolle Behandlung von Akten aus der Selbstanzeige für die Bonusmelder von wesentlicher Bedeutung und damit für das Funktionieren des Systems der Bonusregelung essentiell ist, bestätigen denn auch entsprechende Aussagen der Selbstanzeigerin.<sup>276</sup>

<sup>273</sup> In den meisten Fällen handelt es sich dabei um Offertöffnungsprotokolle, standardisierte Begleitschreiben oder Deckblätter der Selbstanzeigerin zu den von ihr eingereichten Offerten.

<sup>274</sup> Siehe dazu die vorangehenden Rz 111 ff.

<sup>275</sup> Ebenso bereits RPW 2012/2, 266 f. Rz 27, *Zwischenverfügung in Sachen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht*.

<sup>276</sup> Siehe etwa act. [...].

126. Diese für ein Kopierverbot sprechenden Interessen überwiegen die Interessen von Hüppi an einer auflage-losen Einsichtnahme deutlich. Beim Kopierverbot handelt es sich denn auch um das mildest-mögliche Mittel, um den für eine eingeschränkte Akteneinsicht sprechenden Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. Entsprechend war diese Auflage verfassungs- und VwVG-konform, verletzt m.a.W. das Recht auf Akteneinsicht von Hüppi nicht. Infolgedessen besteht auch kein Grund für eine Neuansetzung der Frist zur Stellungnahme, wobei darauf hinzuweisen ist, dass Hüppi mit der von ihr eingereichten, ausführlichen Stellungnahme gleich selbst belegt, dass ihr eine Wahrnehmung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten offensichtlich möglich war.

#### B.3.2.4 Fazit

127. Sowohl die vorgenommenen Schwärzungen als auch das Kopierverbot sind demnach rechtmässig und nicht zu beanstanden. Wie die umfangreiche Stellungnahme von Hüppi belegt, war es ihr (wie auch den übrigen Parteien) denn auch trotz diesen (wie ausgeführt berechtigten) Einschränkungen ihres Akteneinsichtsrechts ohne Weiteres möglich, sich umfassend und eingehend zur Sache zu äussern; ihre Verteidigungsmöglichkeit war nicht beeinträchtigt.<sup>277</sup> Entsprechend ist auch der Eventualantrag von Hüppi – der aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wohl mehr der Konstruktion einer verfahrensrechtlichen Rüge in einem allfälligen Beschwerdeverfahren als der Sache selbst dienen soll – abzuweisen.

#### B.3.3 Zulässige Frist zur Stellungnahme bezüglich der Fälle [...]

128. Hüppi macht in ihrem Schreiben vom 8. April 2013 bezüglich der Fälle [...] geltend, die Fristansetzung sei in gesetzesverletzender Weise erfolgt und die angesetzte Frist sei zu kurz, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt werde.<sup>278</sup> Diesen Vorbringen sind die Wettbewerbsbehörden bereits mit Schreiben vom 9. April 2013 begegnet.<sup>279</sup> An dieser Stelle seien die Erwägungen aus vorgenanntem Schreiben wiederholt.

129. Bezüglich Zulässigkeit der Fristansetzung ist festzuhalten, dass die Zustellung einer fristauslösenden Mitteilung während den Gerichtsferien im Anwendungsbereich des VwVG zulässig ist und eine Partei in diesem Zeitraum rechtsgültig vom Hoheitsakt Kenntnis nehmen kann.<sup>280</sup> Dass Hüppi das fristauslösende Schreiben vom 26. März 2013<sup>281</sup> während den Gerichtsferien zuzug und sie davon am 2. April 2013, also während den Gerichtsferien, Kenntnis nahm, steht demnach nicht im Widerspruch zum VwVG.

130. Bezüglich eines allfälligen Fristenstillstands während den Gerichtsferien verhält es sich so, dass Art. 22a VwVG nicht für Fristen gilt, die auf einen bestimmten Kalendertag bestimmt sind,<sup>282</sup> worauf die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits im fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 hingewiesen haben. Dass diese Regelung in der Lehre kritisch betrachtet wird,<sup>283</sup> ändert an ihrer Gültigkeit und damit der geltenden Rechtslage nichts. Auf die umstrittene Frage, ob sich eine auf einen bestimmten Kalendertag innerhalb der Gerichtsferien angesetzte Frist auf den ersten Werktag nach den Gerichtsferien verlängert,<sup>284</sup> braucht hier nicht näher einge-

gangen zu werden. Denn beim 8. April 2013, dem als Fristende angesetzten Kalendertag, handelt es sich um den ersten Werktag nach den Gerichtsferien.

131. Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass die Fristansetzung gesetzmässig erfolgt ist und der in Art. 22a VwVG vorgesehene Fristenstillstand nicht zur Anwendung gelangt.

132. Bezüglich der Dauer der Frist, die Hüppi als unangemessen kurz und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzend erachtet, ist Folgendes anzumerken: Bei der mit fristauslösendem Schreiben vom 26. März 2013 auf den 8. April 2013 angesetzten Frist wurden die Gerichtsferien in der Tat nicht verlängernd berücksichtigt. Eine solche Nichtberücksichtigung der Gerichtsferien ist allerdings statthaft.<sup>285</sup> Für die Beurteilung, ob die angesetzte Frist insgesamt angemessen ist, ist jedoch nicht dies allein entscheidend, sondern vielmehr eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sowohl die neuen Beweismittel als auch die rechtlichen Fragen bezüglich der Fälle [...] von bescheidenem Umfang sind. Insbesondere ins Gewicht fällt sodann, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi bereits mit Schreiben vom 14. März 2013<sup>286</sup> und unter Bezeichnung der betroffenen Projekte und neuen Beweismittel angekündigt haben, trotz Gerichtsferien eine Frist von der letztlich anberaumten Dauer anzusetzen. Weiter stellten die Wettbewerbsbehörden Hüppi die eingeholten Beweismittel jeweils umgehend nach Empfang zu, so dass Hüppi von den meisten Beweismitteln bereits etliche Tage (teilweise bis zu zwei Wochen) vor dem fristauslösenden Schreiben vom 26. März 2013 Kenntnis hatte.<sup>287</sup> Aufgrund dessen konnte Hüppi sich auf die letztlich erfolgte Fristansetzung einstellen, schon gewisse Vorarbeiten erledigen und sich im Übrigen entsprechend organisieren. Kommt hinzu, dass die Wettbewerbsbehörden Hüppi – wie im Schreiben vom 14. März 2013 bereits angekündigt – eine einmalige Fristerstreckung von 10 Tagen, also bis am 18. April 2013, gewährt haben.

133. In Anbetracht des Vorgehenden kommt die WEKO zum Schluss, dass die angesetzte und einmalig verlängerte Frist im vorliegenden Fall angemessen und den Anspruch von Hüppi auf rechtliches Gehör wahren ist.

<sup>277</sup> Siehe dazu auch die Begründung der Ablehnung eines Beizugs der Akten aus der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in Rz 100.

<sup>278</sup> Vgl. act. [...].

<sup>279</sup> Siehe act. [...].

<sup>280</sup> BGE 132 II 153 E. 4.1.

<sup>281</sup> Act. [...].

<sup>282</sup> Vgl. etwa URS PETER CAVELTI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 22a VwVG N 2; BERNARD MAITRE/VANESSA THALMANN, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 22a VwVG N 6. Ebenso, allerdings bezogen auf das OG, BGE 97 I 851 E. 1.

<sup>283</sup> Siehe etwa die in der vorangehenden Fn genannten Autoren.

<sup>284</sup> Dazu etwa CAVELTI (Fn 282), in: Kommentar VwVG, Art. 20 VwVG N 44 m.w.H. in Fn 150.

<sup>285</sup> Siehe nur etwa das Merkblatt Fristen im Kartellverfahren, welches exemplarisch, nicht abschliessend, Ausnahmen von einer Berücksichtigung aufzählt.

<sup>286</sup> Act. [...].

<sup>287</sup> Für eine Auflistung der Zustelldaten bezüglich der einzelnen Beweismittel siehe act. [...], ferner act. [...].

## B.4 Vorbehaltene Vorschriften

### B.4.1 Die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens schliessen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus

134. 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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

135. Da das BöB<sup>288</sup> sowie die kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen<sup>289</sup> Bestimmungen über Submissionen enthalten, erscheint es als angebracht, deren Verhältnis zum KG zu prüfen.

136. Das BöB sieht in Art. 11 Bst. e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die kantonalen Erlasse kennen vergleichbare Vorschriften (für den Kanton Zürich § 28 Bst. e SubV ZH<sup>290</sup>). Der Wortlaut dieser Bestimmung deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BöB (und damit der VöB<sup>291</sup>) zum KG – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BöB resp. § 28 Bst. e SubV ZH) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit dem BVGer und ehemals der REKO/WEF<sup>292</sup> zu bejahen.<sup>293</sup> Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des KG und des BöB resp. der kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen. Zur Begründung kann Folgendes ausgeführt werden:<sup>294</sup>

137. Zunächst schützen das BöB und das KG unterschiedliche Rechtsgüter. Art. 11 Bst. e BöB und ebenso entsprechende kantonale Vorschriften (wie z.B. § 28 Bst. e SubV ZH) dienen dem Schutz des öffentlichen Ausschreibenden. Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (beispielhaft Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der WEKO. Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kartellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden. Der Schutz des Rechtsguts „wirksamer Wettbewerb“ (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz der Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen und weist damit eine selbstständige Bedeutung auf.

138. Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens<sup>295</sup> der

zuständigen Behörde nur, aber immerhin, erlauben, einen allenfalls erfolgten Zuschlag zu widerrufen, die Teilnehmer der Submissionsabsprache aus dem Verfahren auszuschliessen und/oder aus dem Verzeichnis der qualifizierten Anbieter zu streichen, kann die WEKO seit 1. April 2004 gemäss Art. 49a KG auch direkte Sanktionen verhängen.

139. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenheitsverhalten denn auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt.<sup>296</sup>

140. Zusammenfassend ergibt sich die kumulative Anwendbarkeit der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes sowie der Kantone einerseits und des Kartellgesetzes andererseits.

141. Andere Vorschriften, die einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

### B.4.2 Aber der durch die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffene Rahmen ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen

142. Wie zuvor ausgeführt, schliessen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus, es handelt sich bei ihnen mithin nicht um vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Anwendung des Kartellrechts gänzlich unbeachtlich wären. Vielmehr ist der Rahmen, welcher durch die vergaberechtlichen Vorschriften geschaffen wird und welcher auf die allermeisten der nachfolgend näher betrachteten Projekte Anwendung findet, gebührend zu berücksichtigen. Denn es ist von einem einheitlichen, in sich geschlossenen und schlüssigen Gesamtrechtssystem auszugehen. Die Gesamtrechtsordnung sowie deren Stimmigkeit in sich selbst ist nun zum einen bei der Auslegung der verschiedenen Normen zu berücksichtigen.<sup>297</sup> Zum anderen ist sie aber auch zu beachten, wenn das Verhalten der Marktakteure gewürdigt wird, erfolgt dieses doch eingebettet in und im Wissen um die Gesamtrechtsordnung.

<sup>288</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

<sup>289</sup> Betr. den Kanton Zürich siehe Fn 3.

<sup>290</sup> Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubV [ZH]; LS 720.11).

<sup>291</sup> Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

<sup>292</sup> Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

<sup>293</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 378 E. 4 m.w.H. auf die gleichlautende, gemäss BVGer einhellige Lehre, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 190 ff. E. 5.1 f., *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*.

<sup>294</sup> Siehe zum Ganzen auch die ständige Rechtsprechung der WEKO: RPW 2009/3, 203 f. Rz 42 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2008/1, 94 f. Rz 73 ff., *Strassenbeläge Tessin*; ferner RPW 2009/4, 341 f. Rz 19 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>295</sup> Siehe Art. 11 Bst. e i.V.m. Art. 10 BöB; für den Kanton Zürich § 28 Bst. e i.V.m. § 23 Abs. 5 sowie § 36 SubV ZH.

<sup>296</sup> Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22.08.2005, RPW 2005/3, 582 E. 3.3, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, REKO*.

<sup>297</sup> In dem Sinn BGE 137 II 199 E. 5.1; vgl. dazu ferner BENDICHT LÜTHI, Anmerkung zu „Office Connex [Interkonnektion XI]“, Bundesgericht vom 16. Februar 2007, sic! 2007, 552–555, 554 f.

143. Bauaufträge, welche die öffentliche Hand<sup>298</sup> vergibt, unterstehen einem weitgehend normierten Vergabemechanismus.<sup>299</sup> So sind in Abhängigkeit vom Auftragswert (Schwellenwert)<sup>300</sup> unterschiedliche Vergabeverfahren vorgeschrieben,<sup>301</sup> wobei unterschieden werden kann zwischen

- offenen und selektiven Verfahren, welche bei höheren Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB ab einem Auftragswert von CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird, so dass – bei selektiven Verfahren jedenfalls in einem ersten Schritt – alle Anbietenden teilnehmen können;
- Einladungsverfahren, welche bei „mittleren“ Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert zwischen CHF 300'000.- und unter CHF 500'000.-) zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin ohne öffentliche Ausschreibung mindestens drei Anbietende zur Angebotseingabe einlädt, da sie möglichst mindestens drei Angebote einzuholen hat<sup>302</sup>; und
- freihändigen Verfahren, welche bei tiefen Schwellenwerten (im Bauhauptgewerbe im ausserstaatsvertraglichen Bereich bei kantonalen Vergaben gemäss Anhang 2 IVöB bei einem Auftragswert unter CHF 300'000.-) sowie in besonders gelagerten (hier nicht weiter interessierenden) Fällen<sup>303</sup> zur Anwendung gelangen und bei welchen die Auftraggeberin den Auftrag ohne öffentliche Ausschreibung direkt an einen bestimmten Anbietenden vergibt.<sup>304</sup>

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es der öffentlichen Hand jeweils unbenommen ist, freiwillig ein höherschwelliges Verfahren zur Anwendung zu bringen. Das Gemeinwesen muss sich diesfalls aber auf die von ihm gewählte Verfahrensart behaften lassen und demnach die für diese Verfahrensart geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln befolgen.<sup>305</sup> M.a.W. handelt es sich bei den vorgesehenen schwellenwertabhängigen Verfahrensarten um Minimalvorgaben, die nicht unterschritten, sehr wohl aber vom Gemeinwesen (freiwillig) überschritten werden dürfen. So kann beispielsweise ein Gemeinwesen für Arbeiten im Bauhauptgewerbe auch bei einem Auftragswert von CHF 150'000.- anstatt eines freihändigen Verfahrens ein Einladungsverfahren durchführen.

Erwähnenswert ist ferner, dass es zulässig ist und durchaus auch zweckmässig sein kann, wenn ein Gemeinwesen innerhalb eines freihändigen Verfahrens anstatt bloss einer, mehrere Offerten einholt und diese vergleicht.<sup>306</sup> Dadurch mutiert dieses freihändige Verfahren nicht automatisch zu einem Einladungsverfahren mit den hierfür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln. Allerdings darf das Gemeinwesen bei einer solchen Einholung mehrerer Offerten nicht den Eindruck

erwecken, ein Einladungsverfahren durchzuführen, vielmehr muss für die Anbietenden klar sein, dass es sich um ein freihändiges Vergabeverfahren handelt.<sup>307</sup> So kann beispielsweise ein Gemeinwesen für Arbeiten im Bauhauptgewerbe auch bei einem Auftragswert von CHF 150'000.- im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Angebote einholen und es kommen weiterhin die Verfahrens- und materiellen Regeln des freihändigen Verfahrens zur Anwendung, solange das Gemeinwesen nicht den Eindruck erweckt, ein (höherrangiges) Einladungsverfahren durchzuführen.<sup>308</sup>

144. Weiter hat die Auftraggeberin gemäss den vergaberechtlichen Bestimmungen bereits in der Veröffentlichung resp. in der direkten Mitteilung im Einladungsverfahren (bzw. spätestens in den Ausschreibungsunterlagen) die Zuschlagskriterien inklusive deren Rangordnung oder Gewichtung bekanntzugeben,<sup>309</sup> wobei bei weitgehend standardisierten Gütern der niedrigste Preis auch das einzige Zuschlagskriterium sein kann.<sup>310</sup> Die Anbietenden wissen deshalb vor Einreichung ihres Angebots um die für die Zuschlagserteilung massgebenden Kriterien sowie deren Rangordnung bzw. Gewichtung. Wenn von einigen Parteien ausgeführt wird, der Bauherr – und nicht die Unternehmer – vergabe die Aufträge, und zwar nach seinen Kriterien,<sup>311</sup> so trifft dies zwar zu, doch wissen die Anbietenden eben vorgängig über diese Kriterien und deren Rangordnung bzw. Gewichtung und können dies entsprechend berücksichtigen und einkalkulieren.

145. Die eingereichten Angebote bleiben bis zum Öffnungstermin verschlossen. Über die Öffnung wird ein Protokoll erstellt, in das allen Anbietenden spätestens nach dem Zuschlag Einsicht gewährt wird und woraus diese die von den übrigen Anbietenden eingegebenen Preise erfahren.<sup>312</sup> Ferner ist es der Auftraggeberin ausser bei freihändigen Verfahren in allen Vergabeverfahren

<sup>298</sup> Siehe dazu, welche Rechtsträger im Einzelnen hierunter fallen, Art. 8 IVöB.

<sup>299</sup> Die IVöB findet im nicht von Staatsverträgen erfassten Bereich auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen Anwendung (vgl. Art. 6 Abs. 2 IVöB).

<sup>300</sup> Dazu Art. 7 IVöB.

<sup>301</sup> Zur Abhängigkeit des zu wählenden Verfahrens vom Auftragswert siehe Art. 12<sup>bis</sup> Abs. 2 i.V.m. Anhang II IVöB.

<sup>302</sup> Art. 12 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> IVöB.

<sup>303</sup> Vgl. dazu etwa § 10 SubV [ZH].

<sup>304</sup> Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

<sup>305</sup> So zur SubV [ZH] Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich BV.2008.00555 vom 20.05.2009, E. 1.4.

<sup>306</sup> In diesem Sinne auch etwa BGE 131 I 137 E. 2.7.

<sup>307</sup> Siehe ausführlich zum Ganzen in Bezug auf die SubV [ZH] Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich BV.2008.00555 vom 20.05.2009, E. 1.2 ff.

<sup>308</sup> Vgl. Nachweis in der vorangehenden Fn.

<sup>309</sup> Art. 13 Bst. f IVöB und v.a. § 13 Abs. 1 Bst. m SubV [ZH].

<sup>310</sup> Vgl. § 33 Abs. 2 SubV [ZH].

<sup>311</sup> So eine Partei anlässlich des Parteiverhörs (siehe act. [...]).

<sup>312</sup> § 27 SubV [ZH].

verboten, mit den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe oder Änderungen des Leistungsinhalts zu verhandeln<sup>313</sup> – die Durchführung von Abgebotsrunden ist der öffentlichen Hand also untersagt (anders verhält es sich beim Bund). Dass gemäss einem – diesbezüglich allerdings heftig kritisierten<sup>314</sup> – Urteil des Bundesgerichts das Angebot der Anbietenden im Vergabeverfahren technisch noch keine Offerte zum Vertragsschluss darstellen soll,<sup>315</sup> ändert am Verbot von Abgebotsrunden nichts, hält doch selbst das Bundesgericht fest, dass bezüglich der Essentialia des Vertrags keine Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen und vom ausgewählten Angebot mehr zulässig seien. Schliesslich ist der Abbruch eines Verfahrens nur, aber immerhin, aus wichtigen Gründen, die im Gesetz exemplarisch aufgezählt werden, zulässig.<sup>316</sup>

146. Mehrere Parteien machen nun in ihren Stellungnahmen geltend, die Bedeutung resp. die Folgen dieser vergaberechtlichen Vorschriften seien von den Wettbewerbsbehörden nur unzureichend berücksichtigt worden. Zu wenig Beachtung sei etwa der Tatsache zugekommen, dass bei freihändigen Vergaben Verhandlungen und insbesondere Abgebotsrunden zulässig sind.<sup>317</sup> Vor allem aber sei unberücksichtigt geblieben, dass bei freihändigen Vergaben gemäss den vergaberechtlichen Vorschriften gar kein Wettbewerb spielen müsse, eben weil eine direkte Vergabe an eine einzelne Bauunternehmung ohne Vergleich mit Angeboten anderer Baugesellschaften zulässig sei.<sup>318</sup> Und bei Einladungsverfahren bestehe bereits dem Beschaffungsrecht konformer und damit ausreichender Wettbewerb, sobald drei (nicht koordinierte) Angebote vorlägen.<sup>319</sup> Ergo könne bei freihändigen Vergaben sowie bei Einladungsverfahren mit mindestens drei nicht koordinierten Angeboten auch keine kartellrechtsrelevante Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen, selbst wenn in solchen Fällen Abreden vorliegen würden.<sup>320</sup>

147. Diese Vorbringen überzeugen nicht, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Dass bei freihändigen Vergaben Abgebotsrunden zulässig sind, trifft zwar zu, vermag aber an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und der Unzulässigkeit von wettbewerbsbeseitigenden resp. erheblich beeinträchtigenden Abreden nichts zu ändern. Vielmehr ist es so, dass in fast allen Bereichen, in welchen das Kartellgesetz Anwendung findet, Verhandlungen zwischen den Marktteilnehmern ohne gesetzliche Einschränkungen zulässig sind. Die durch das öffentliche Beschaffungswesen herbeigeführte Besonderheit liegt im Vergleich zum kartellrechtsrelevanten Regelfall demnach nicht darin, dass bei freihändigen Vergaben eine Verhandlungsmöglichkeit geschaffen wird, sondern darin, dass diese Möglichkeit bei offenen und selektiven Verfahren sowie bei Einladungsverfahren ausgeschlossen ist. Aus der Zulässigkeit von Abgebotsrunden resp. Verhandlungen bei freihändigen Vergaben folgt nur, aber immerhin, dass bei diesen Verfahren die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite, also der öffentlichen Hand, nicht bereits von Gesetzes wegen gebrochen wird, wie dies bei offenen und selektiven Verfahren sowie Einladungsverfahren der Fall ist.<sup>321</sup>

148. Zu klären bleibt, wie sich die beschaffungsrechtliche Ausgestaltung des freihändigen Verfahrens und des Einladungsverfahrens hinsichtlich der Anzahl der Anbie-

tenden auf die kartellrechtliche Beurteilung auswirkt. Bei freihändigen Vergabeverfahren schreibt das Vergaberecht der beschaffenden öffentlichen Hand nicht vor, Wettbewerb zwischen Anbietenden schaffen zu müssen; vielmehr erlaubt dieses Verfahren der öffentlichen Hand gerade die direkte Vergabe an eine Anbietende ohne Einholung mehrerer Angebote und damit ohne Kreation von Wettbewerb. Bei Einladungsverfahren verpflichtet das Beschaffungsrecht die öffentliche Hand, einen minimalen Wettbewerb zwischen Anbietenden zu schaffen, indem es die Einholung von – soweit möglich – mindestens drei Angeboten vorschreibt. Hält das Gemeinwesen diese vergaberechtlichen Minimalvorschriften ein, so dürfte wohl nicht gestützt auf das Kartellrecht beanstandet werden können, dass kein resp. nicht mehr Wettbewerb geschaffen wurde, auch wenn dies aus Wettbewerbsicht an sich begrüssenswert wäre.<sup>322</sup> Insofern dürfte der Gesetzgeber nämlich die Abwägung der vorhandenen Interessen, insbesondere zwischen Gesichtspunkten des Wettbewerbs, des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel (wobei unter anderem die durch die Durchführung der Vergabeverfahren verursachten Kosten zu berücksichtigen sind) und der Gleichbehandlung der Anbietenden bereits im Beschaffungsrecht vorgenommen haben. Bei diesen vergaberechtlichen Vorgaben handelt es sich aber – wie zuvor ausgeführt<sup>323</sup> – um Mindestvorschriften; sie bezwecken nicht, ein „Mehr“ an Wettbewerb zu verhindern oder auszuschliessen. Es ist den Gemeinwesen vielmehr vergaberechtlich anheimgestellt, (mehr) Wettbewerb zu schaffen, etwa indem sie ein höherschwelliges Verfahren zur Anwendung bringen, in freihändigen Verfahren mehrere Offerten einholen oder in Einladungsverfahren mehr als drei Anbietende einladen. Und genau um solche Konstellationen geht es nachfolgend. In den fraglichen Fällen hat sich das jeweilige Gemeinwesen dafür entschieden, über die beschaffungsrechtlichen Minimalvorgaben hinauszugehen und hat dadurch überhaupt erst resp. mehr Wettbewerb entstehen lassen, als es vergaberechtlich gezwungen war, zu schaffen. Es lassen sich nun im Vergaberecht keine Anhaltspunkte dafür finden, wonach ein solcher – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht begrüssenswerterweise – vom Gemeinwesen freiwillig geschaffener Wettbewerb ausserhalb der kartellrechtlichen Schranken stattfinden sollte. Erwähnenswert ist diesbezüglich, dass die Schaffung von solch zusätzlichem Wettbewerb ins Belieben des Gemeinwesens gestellt ist, nicht in dasjenige der Anbietenden, was sich

<sup>313</sup> Art. 11 Bst. c IVöB sowie § 31 SubV [ZH].

<sup>314</sup> Etwa PETER GAUCH, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind, Einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297 E. 4.2, BR 2009, 52–54 m.H. auf eine weitere kritische Urteilsbesprechung von MARTIN BEYELER in Fn 3.

<sup>315</sup> So BGE 134 II 297 E. 4.2.

<sup>316</sup> Vgl. § 37 SubV [ZH].

<sup>317</sup> In dem Sinn etwa act. [...].

<sup>318</sup> So insbesondere act. [...].

<sup>319</sup> Act. [...].

<sup>320</sup> So act. [...].

<sup>321</sup> Dazu weiterführend Rz 857.

<sup>322</sup> Diese Frage braucht vorliegend mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht abschliessend geklärt zu werden und wird hier ausdrücklich offen gelassen.

<sup>323</sup> Siehe Rz 143.

etwa darin manifestiert, dass bei Einladungsverfahren allfällige Angebote von nicht eingeladenen Anbietenden nicht zu berücksichtigen sind. Dieser zusätzliche Wettbewerb wird somit nicht beschaffungsrechtlich der Disposition der Anbietenden überlassen, etwa indem das Vergaberecht erklären würde, dass die Anbietenden diesen zusätzlichen Wettbewerb mittels Wettbewerbsabreden wiederum auf das vergaberechtliche Minimum beschränken können. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass gestützt auf das Kartellrecht ein Gemeinwesen zwar nicht zur Schaffung von (mehr) Wettbewerb, als es aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften zu schaffen verpflichtet ist, dürfte angehalten werden können, dass aber ein vom Gemeinwesen über die vergaberechtlichen Minimalvorschriften hinaus kreierter Wettbewerb dem kartellrechtlichen Schutz untersteht. Schaffen die Anbietenden also mittels Wettbewerbsabreden eine Situation, die dem vergaberechtlichen Minimum hinsichtlich Anzahl Anbietender genügen würde, von welchem das Gemeinwesen aber freiwillig gegen oben abgewichen ist, so führt dies nicht eo ipso zur kartellrechtlichen Zulässigkeit dieses Verhaltens der Anbietenden.

## **B.5 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass**

### **B.5.1 Ad Beweiswürdigung**

149. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG<sup>324</sup> sowie sinngemäss Art. 40 BZP<sup>325</sup>). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.<sup>326</sup> Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.<sup>327</sup> Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein<sup>328</sup>, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebensogut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind;<sup>329</sup> der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen<sup>330</sup>.

150. Zwei Parteien bringen vor, mit dem letzten Satz des vorangehenden Absatzes würden die Wettbewerbsbehörden bestimmten Beweismitteln von vornherein einen höheren Beweiswert zubilligen, was rechtswidrig sei.<sup>331</sup> Zutreffend ist hieran, dass es rechtswidrig wäre, be-

stimmten Beweismitteln in absoluter Weise von vornherein eine höhere oder geringere Überzeugungskraft zuzuerkennen als anderen. Unzutreffend ist jedoch, dass die Wettbewerbsbehörden solches mit dem fraglichen Satz tun würden. Wie bereits die Relativierungen „grundsätzlich“, „üblicherweise“ und „eher“ sowie der Hinweis darauf, dass dadurch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen werden soll, zeigen, wird damit keineswegs eine starre Beweisregel aufgestellt. Vielmehr bringt dieser Satz einzig die aus der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnene Erkenntnis zum Ausdruck, dass objektive Beweismittel besser gegen Verfälschungen (seien es gesteuerte oder ungesteuerte wie etwa Erinnerungslücken)<sup>332</sup> geschützt und daher insofern als grundsätzlich verlässlicher einzustufen sind. Diese Erkenntnis ändert freilich nichts daran, dass die Wettbewerbsbehörden in freier Beweiswürdigung die einzelnen Beweismittel in concreto zu würdigen haben, wie sie dies denn auch tun.

151. Bezüglich freier Beweiswürdigung ist sodann hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht keine Regel existiert, die es verbieten würde, gestützt auf die Aussagen einer einzigen Partei einen Beweis als erbracht zu erachten, selbst wenn diese Aussage von (allen) anderen Parteien bestritten wird. Eine solch starre Beweisregel stünde in direktem Widerspruch zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dass es eine solche Beweisregel im schweizerischen Recht nicht gibt und wegen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch nicht geben darf – und zwar selbst im Kernstrafrecht trotz uneingeschränkter Geltung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht –, belegen etwa strafrechtliche Verurteilungen in Vergewaltigungsfällen, in welchen als (oftmals einziges) belastendes Beweismittel die vom

<sup>324</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>325</sup> Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>326</sup> So, wenn auch bezogen auf die freie BEWEISWÜRDIGUNG im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.

<sup>327</sup> Statt anderer BSK KG-BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; BSK KG-BILGER (Fn 234), Art. 39 KG N 62.

<sup>328</sup> Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

<sup>329</sup> So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belohnung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1064 m.w.H.; Matthias Jahn, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf> (11.06.2013), S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch Angela Weirich, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

<sup>330</sup> Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351 E. 3.b).

<sup>331</sup> Siehe act. [...], in diese Richtung gehend auch act. [...].

<sup>332</sup> Dazu etwa, wenn auch bezogen auf Zeugenbeweise in Zivilprozessen, HELMUT RÜSSMANN, Praktische Probleme des Zeugenbeweises im Zivilprozess, KritV 1989, 361–375, abrufbar unter <ruessmann.jura.unib.de/rw20/people/ruessmann/ZeugPra/ZeugPra.htm> (11.06.2013), S. 6 ff. der Onlinepublikation.



Täter bestrittenen Aussagen des Opfers vorhanden sind.<sup>333</sup> Die gemäss Parteien anderslautende Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union<sup>334</sup> lässt sich daher – entgegen der Stellungnahme einer Partei<sup>335</sup> – nicht ins schweizerische Recht übertragen. Im Übrigen ist die Beweislage in den nachfolgend beurteilten Fällen ohnehin anders, da die Ausführungen der Selbstanzeigerin regelmässig durch zumindest ein weiteres Beweismittel gestützt werden.

152. Um ein objektives Beweismittel<sup>336</sup> handelt es sich in vorliegender Untersuchung insbesondere bei der „Absprachenliste“. Hervorzuheben ist bezüglich dieser Liste insbesondere, dass sie nicht im Nachhinein erstellt, sondern von der Selbstanzeigerin resp. – spezifischer – der für sie befragten Person<sup>337</sup> zeitnah zum relevanten Geschehen geführt wurde. Auf diese Liste ist weiter unten noch näher einzugehen und sie ist noch detaillierter zu würdigen. Um objektive Beweismittel handelt es sich ferner bei den anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Dokumenten und Unterlagen, deren Würdigung im Einzelnen ebenfalls an gegebener Stelle erfolgt.

153. Wenn – wie im vorliegenden Fall – mitunter auch Zeugen- oder Parteiaussagen zu würdigen sind, ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich als vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage von Bedeutung.<sup>338</sup> Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,<sup>339</sup> und nicht ein verhaltenorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache, also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet wird.<sup>340</sup> Gemäss der sogenannten „Undeutsch-Hypothese“ ist davon auszugehen, dass sich Aussagen über selbst erlebte Ereignisse in ihrer Qualität von erfundenen Aussagen unterscheiden, denn wahre Schilderungen erfordern andere, namentlich „geringere“ geistige Leistungen als falsche.<sup>341</sup> Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten „Realkennzeichen“<sup>342</sup> zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-) Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.<sup>343</sup> Dabei ist auch die Aussagestruktur zu beachten, namentlich ob die Qualität von Aussagen zum Kerngeschehen vergleichbar der Qualität von Aussagen zu Aspekten ausserhalb des Kerngeschehens ist oder nicht.<sup>344</sup> Bezüglich der Aussagewürdigung im Einzelnen sei auf die Darstellung der einzelnen Fälle verwiesen.

### B.5.2 Ad Beweismass

154. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen<sup>345</sup> Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

155. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,<sup>346</sup> wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,<sup>347</sup> was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass<sup>348</sup> übereinstimmen dürfte.

156. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.<sup>349</sup> Gemäss REKO/WEF ist

<sup>333</sup> Exemplarisch erwähnt seien etwa die Urteile des BGer 6B\_37/2011 vom 19.10.2011; 6B\_278/2011 vom 16.6.2011; 6B\_936/2009 vom 23.2.2010; 6B-165/2009 vom 10.7.2009; 6B\_729/2007 vom 6.1.2008; 6B\_385/2007 vom 9.11.2007; ferner Urteile des BGer 6B\_619/2011 von 1.11.2011; 6B\_385/2010 vom 24.8.2010.

<sup>334</sup> In der Stellungnahme zitiert wird das Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-337/94 *Enso-Gutzeit/Kommission*, Slg. 1998 II-1571 Rz 91. Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa das Urteil des EuG vom 3.3.2011 T-110/07, *Siemens AG/Kommission*, Slg. 2011 II-477 Rz 66 ff.

<sup>335</sup> Hervorzuheben ist sodann Rz 70 des letztgenannten Urteils, in welcher das EuG die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitarbeiters der Selbstanzeigerin beweisässig noch als Teil der Erklärung der Selbstanzeigerin selbst qualifiziert. Diese Ansicht lässt sich ebenfalls nicht auf das schweizerische Recht übertragen – eine Zeugenaussage ist eben eine Zeugenaussage und nicht eine Parteiaussage. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Beweismittel. Im schweizerischen Recht ist eine solche (aktuelle oder ehemalige) (Arbeits-)Beziehung oder Verflechtung zwischen Zeuge und Partei immerhin bei der Würdigung der Aussage zu berücksichtigen, namentlich im Hinblick auf die vorhandene Interessenlage der aussagenden Person (beispielsweise Wohlwollen oder Abneigung gegenüber einer Partei). Jedoch kann im schweizerischen Recht die Aussage einer Person nicht einfach jemand anderem zugerechnet werden. Hierbei ist zu präzisieren, dass, wenn eine natürliche Person aufgrund ihrer Stellung in einem Unternehmen, z.B. als Verwaltungsratsmitglied, im Namen und für eine juristische Person aussagt, dann diese Aussage der juristischen Person zuzuschreiben ist; genau betrachtet wird in dieser Konstellation aber die juristische Person angehört, aussagend durch diese natürliche Person, weshalb es nicht darum geht, die Aussage einer Person jemand anderem zuzurechnen (wenn die juristische Person eine Partei ist, handelt es sich diesfalls um eine Parteiaussage, nicht aber um eine Zeugenaussage).

<sup>336</sup> Act. [...].

<sup>337</sup> Siehe dazu vorangehend Rz 149.

<sup>338</sup> Siehe dazu Rz 40.

<sup>339</sup> Statt anderer REVITAL LUDEWIG/DAPHNA TAVOR/SONJA BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011, 1415–1435, 1418 m.w.H.

<sup>340</sup> So BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

<sup>341</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1421 f.

<sup>342</sup> BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, *forum-poenale* 2012, 368–374, 369.

<sup>343</sup> Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1425; Jahn (Fn 329), 11 f. der Onlinepublikation; Hussels (Fn. 341), 370 ff.

<sup>344</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1427; Jahn (Fn 329), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

<sup>345</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 338), 1428.

<sup>346</sup> Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

<sup>347</sup> Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

<sup>348</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxis-Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger* (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

<sup>349</sup> Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt Urteil des BGer 6B\_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

<sup>348</sup> Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 347), in: *Kommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 216.



das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind“<sup>350</sup>. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.<sup>351</sup> Freilich begründet allein eine sachlich begründete Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aber noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen.<sup>352</sup> Und auch das BVGer stellte treffend fest: „[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.“<sup>353</sup>

157. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.<sup>354</sup> Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,<sup>355</sup> verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis<sup>356</sup>. Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Fall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, „[...] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen [...] nicht übertrieben werden [...]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.<sup>357</sup>

158. Die vorgenannte Ansicht des BGer und des BVGer überzeugt. Denn richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.<sup>358</sup> Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt werden. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdicte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.<sup>359</sup>

159. Mehrere Parteien machen geltend, es müsse in casu – wo es um das Treffen von Submissionsabsprachen geht – voller Beweis erbracht werden.<sup>360</sup> Sie begründen diese Ansicht zum einen damit, dass kartellverwaltungsrechtliche Sanktionsverfahren strafrechtliche Verfahren im Sinne der EMRK seien, und zum anderen damit, dass es sich bei Abreden um Sachumstände handle, die einem vollen Beweis zugänglich seien. Im Übrigen werde aus den obigen Ausführungen nicht hinreichend klar, hinsichtlich welcher Sachumstände die Wettbewerbsbehörden davon ausgingen, sie seien einer strikten Beweisführung nicht zugänglich. Ferner bringen einige Parteien hinsichtlich der Auswirkungen der allfälligen Abreden vor, es sei nicht bewiesen, dass diese zu überhöhten Preisen resp. zu einer Schädigung geführt hätten.<sup>361</sup>

160. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde höchstrichterlich geklärt. Es kann diesbezüglich auf die zuvor wiedergegebenen Ausführungen des BGer verwiesen werden,<sup>362</sup> weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

161. Welche kartellrechtsrelevanten Sachumstände im Einzelnen einem strikten Beweis zugänglich sind und welche nicht, ist hier nur insoweit zu klären, als dies auf generell-abstraktem Niveau überhaupt möglich ist und es für vorliegende Verfügung von Relevanz ist. Einleitend hervorzuheben ist sodann, dass ein strikter Beweis

<sup>350</sup> Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: *SIWR V/2, Kartellrecht*, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

<sup>351</sup> Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 119.

<sup>352</sup> Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 196 E. 9, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Siehe auch den Folgeentscheid der WEKO RPW 2009/4, 343 Rz 33 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>353</sup> BVGE 2009/35, E. 7.4.

<sup>354</sup> Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 327), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

<sup>355</sup> Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

<sup>356</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

<sup>357</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen), vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.2 m.w.H.).

<sup>358</sup> An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.2 m.w.H.).

<sup>359</sup> So Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen), in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

<sup>360</sup> Siehe act. [...].

<sup>361</sup> In dem Sinne etwa act. [...]. Dahingehend auch act. [...].

<sup>362</sup> Siehe hiervor Rz 157.

(betrifft das Beweismass) nicht mit einem direkten Beweis (betrifft die Art des Beweises und ist das Gegenstück zum Indizienbeweis [indirekter Beweis]) zu verwechseln ist. Auch ein strikter Beweis kann ohne Weiteres mittels Indizien erbracht werden.<sup>363</sup> Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsvermutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.<sup>364</sup> Zu beachten ist hierbei, dass sich das Ergebnis der Auslegung wiederum darauf auswirken kann, was Beweisgegenstand ist. Im Einzelnen:

- a) Was unter einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage; so ist etwa durch Auslegung zu ermitteln, was unter einer „indirekten Festsetzung von Preisen“ zu verstehen ist. Der Lebenssachverhalt, den es unter diesen gesetzlichen Begriff der Vereinbarungen zu subsumieren gilt (Tatfrage), kann – wie dies von mehreren Parteien auch geltend gemacht wird – strikt bewiesen werden; entsprechend muss hierfür auch ein strikter Beweis erbracht werden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass gerade bei horizontalen harten Kartellen wie etwa den hier betrachteten Einzelsubmissionsabsprachen die Abredeteilnehmer darauf bedacht sind, möglichst keine Spuren – und damit Beweismittel – zu hinterlassen<sup>365</sup>, die Beweisführung wird daher regelmässig mittels Indizien und eher selten mittels direkten Beweisen erfolgen.
- b) Was unter abgestimmten Verhaltensweisen zu verstehen ist, ist eine Rechts- und damit Auslegungsfrage. Der Lebenssachverhalt, den es unter dieses Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweisen zu subsumieren gilt, ist nur teilweise einem strikten Beweis zugänglich. Teilweise ist ein solcher aber nicht möglich (z.B. hinsichtlich effektiver wechselseitiger Abstimmung), wobei bei solchen Sachverhaltselementen ökonomische Betrachtungen und Überlegungen (z.B. hinsichtlich ökonomisch-rationalem Motiv für eine Abstimmung) ergänzend hinzutreten. Hierfür muss „[E]ine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit [...] überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.<sup>366</sup> Ein strikter Beweis kann hierfür – und damit auch insgesamt – aber nicht verlangt werden.<sup>367</sup> Weiter vertieft zu werden brauchen abgestimmte Verhaltensweisen hier aber nicht.
- c) Ist das Beweis- und Rechtsanwendungsergebnis, dass eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG besteht, greift die gesetzliche Vermutung, dass dadurch der Wettbewerb beseitigt wird. Aufgrund der Untersuchungsmaxime haben die Wettbewerbsbehörden aber gleichwohl abzuklären, ob die Vermutung zutrifft, ob m.a.W. der Wettbewerb effektiv beseitigt wurde. Ist das Ergebnis, dass keine Beseitigung vorliegt, bleibt zu prüfen, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde oder nicht. Bezüglich

Beweismass hinsichtlich dieser weiteren Tatbestandsmerkmale ergibt sich Folgendes:

- d) Was unter „einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen“ resp. dem relevanten Markt zu verstehen ist, mithin wie dieser Begriff auszulegen und zu definieren ist, ist eine Rechtsfrage. Hinsichtlich der Lebenssachverhalte, gestützt auf welche die konkrete Marktabgrenzung in einem Einzelfall vorgenommen wird, ist eine strikte Beweisführung kaum möglich, wie dies das BGer zutreffend feststellte, da hierfür unter anderem auf Erfahrungssätze, Marktanalysen und Marktteilnehmerbefragungen zurückgegriffen werden muss.<sup>368</sup>
- e) Wie die Begriffe der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsbeseitigung zu verstehen und auszulegen sind, ist eine Rechtsfrage. Zu beachten ist dabei, dass insbesondere der Begriff „erheblich“ eine wertende Komponente enthält und dementsprechend den rechtsanwendenden Instanzen eine Ermessensausübung einräumt. Unter diese Begriffe zu subsumieren gilt es in tatsächlicher Hinsicht die Auswirkungen von Abreden. Einige der diesbezüglichen Lebenssachverhaltselemente können strikt bewiesen werden (z.B. die auf dem Markt angewandten Preise), andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich, etwa der Kausalzusammenhang zwischen Verhaltensweisen und Marktwirkungen<sup>369</sup> oder hypothetische Zustände (z.B. wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Absprache aussähe). Wie bei der Marktabgrenzung sind auch diesbezüglich unter anderem Erfahrungssätze (z.B. hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerbern) und Marktanalysen ebenso wie ökonomische Annahmen (z.B. hinsichtlich des ökonomisch rationalen Verhaltens von Anbietern und Nachfragern) und Modelle von grosser Bedeutung, wobei wiederum einzelne Sachverhaltselemente, die der Applikation dieser ökonomischen Modelle dienen, selber einem strikten Beweis zugänglich sind, andere nicht.

<sup>363</sup> Siehe dazu bereits vorne Rz 149.

<sup>364</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.1 (zur Publikation vorgesehen). Aus der Lehre etwa ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008, Rz 03.41.

<sup>365</sup> Siehe dazu auch Rz 171 und 207.

<sup>366</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 8.3.2 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>367</sup> Vgl. auch Rz 156 bezüglich der gleichlautenden Rechtsprechung der REKO/WEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

<sup>368</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 9.2.3.4 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>369</sup> Siehe dazu bereits Fn 358.

- f) Folgt aus der Beweisführung und der Gesetzesinterpretation, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, nicht aber eine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt, ist alsdann zu prüfen, ob Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG die Abrede rechtfertigen. Was unter den diesbezüglichen im Gesetz verwendeten Begriffen zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Die zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente können teilweise strikt bewiesen werden, andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich.<sup>370</sup>

162. Bezüglich der nachfolgend detailliert dargestellten Projekte resp. Handlungen der Parteien, also hinsichtlich dem Treffen von Einzelsubmissionsabsprachen, ist der rechtserhebliche Sachverhalt dergestalt erstellt, dass objektiv betrachtet keine nicht zu unterdrückenden Zweifel an der entsprechenden Verwirklichung des Sachverhalts bestehen, womit der strikte Beweis erbracht ist; für Einzelheiten – gerade auch hinsichtlich der Bestreitung der Erbringung des strikten Beweises durch die Parteien – sei auf die Ausführungen zu den einzelnen Projekten verwiesen. Projekte, bezüglich welcher hingegen solche nicht zu unterdrückenden Zweifel am Treffen von allfälligen Einzelsubmissionsabsprachen bestehen, werden nachfolgend aus prozessökonomischen Gründen gar nicht erst dargestellt,<sup>371</sup> mit anderen Worten werden solche Fälle durch ihre nachfolgende Nichterwähnung zugunsten der Parteien entschieden. Ist demnach bezüglich der nachfolgend dargestellten Projekte resp. dem Treffen von Einzelsubmissionsabsprachen jeweils der strikte Beweis erbracht, braucht die somit nurmehr hypothetische Frage, ob bei Wettbewerbsabreden oder zumindest bestimmten Arten davon (z.B. abgestimmten Verhaltensweisen) auch die Erfüllung eines geringeren Beweismasses selbst in einem sanktionsbedrohten Fall ausreichend wäre, und gegebenenfalls bezüglich welcher Sachumstände dies im Einzelnen der Fall wäre, nicht abschliessend beantwortet zu werden.

163. Hinsichtlich der von mehreren Parteien vorgebrachten Punkte<sup>372</sup> ist daher Folgendes festzuhalten: Bei Vereinbarungen ist eine strikte Beweisführung möglich, ergo kann auch strikter Beweis erbracht werden. Dies kann jedoch ohne Weiteres mittels Indizien erfolgen. Bezüglich der Auswirkungen der Abreden ist demgegenüber eine strikte Beweisführung nicht möglich und kann daher auch nicht verlangt werden. Insbesondere ein strikter Beweis der (hypothetischen) Preise, wie sie ohne Abreden eingegeben worden wären, erscheint kaum möglich. Hinsichtlich der wettbewerbsbeeinträchtigenden resp. -beseitigenden Wirkung der Abreden muss daher – der Rechtsprechung des BGer folgend – genügen, wenn eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.

### B.5.3 Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung

164. Unbestritten ist, dass in Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), m.a.W. tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG) und

ihr diesbezügliches Verhalten kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).<sup>373</sup>

165. Die objektive Beweislastverteilung regelt die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer m.a.W. die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Hinsichtlich dem Vorliegen von Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast. Diese bilden die Vermutungsbasis für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei hinsichtlich der Vermutungsfolge, namentlich der Wettbewerbsbeseitigung, die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast tragen. Ist die Vermutung widerlegt, tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.<sup>374</sup>

### B.6 Unzulässige Wettbewerbsabrede

166. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Bei spezifischen horizontalen Abreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG). Dies betrifft unter anderem Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a) sowie solchen über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Bst. c).

#### B.6.1 Wettbewerbsabrede

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

<sup>370</sup> Dahingehend auch etwa Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3942.

<sup>371</sup> Siehe exemplarisch für solch nicht weiter verfolgte Handlungen etwa die in Rz 198 geschilderte Verhaltensweise einer Partei.

<sup>372</sup> Siehe Rz 159.

<sup>373</sup> Kritisch dazu MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2013, 87–116, 100. Wie weit die Mitwirkungspflicht der Parteien in Anbetracht des unter anderem aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Grundsatzes des nemo tenetur se ipse accusare geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVGE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

<sup>374</sup> So Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO WEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>375</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>376</sup>.

168. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>377</sup>

### B.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

169. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in vorliegender Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht von Relevanz ist.

170. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Letzteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;<sup>378</sup> es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Ergänzend ist allerdings anzumerken, dass auch im ersten Fall eine gerichtliche Durchsetzung der Vereinbarung – trotz von den Abredeteilnehmern an sich gewollter rechtlicher Erzwingbarkeit – im Endergebnis aufgrund der Einheit der Rechtsordnung nicht möglich ist. Denn verstösst die Vereinbarung effektiv gegen das Kartellrecht, ist sie (zumindest gemäss herrschender und aus Sicht der Wettbewerbsbehörden überzeugender Lehre) nichtig resp. teilnichtig<sup>379</sup> und damit auch nicht mit staatlichen Durchsetzungsmitteln erzwingbar. Aus kartellrechtlicher Sicht sind denn auch beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, mithin handelt es sich nicht bei der einen um eine Abrede „minderen oder weniger eingreifenden Grades“, was dazu führt, dass mangels Relevanz für die Beurteilung nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

171. Bei Vereinbarungen, insbesondere bei nicht erzwingbaren, liegen in der Regel keine schriftlichen Übereinkünfte oder protokollierten Beschlüsse vor.<sup>380</sup> Diese Erkenntnis deckt sich mit den Ausführungen der Selbstanzeigerin,<sup>381</sup> wonach die Schaffung schriftlicher (und damit nachverfolgbarer) Unterlagen bezüglich der Vereinbarungen von den Abredeteilnehmern soweit möglich vermieden wurde; die Besprechungen erfolgten regelmässig telefonisch oder an persönlichen, nicht protokollierten Treffen.

### B.6.1.2 In casu bezüglich einzelnen Submissionen

172. Übereinstimmend mit der Vorgehensweise in den Untersuchungen „Elektroinstallationsbetriebe Bern“<sup>382</sup> und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“<sup>383</sup> und mit antizipierendem Blick auf die beweismässige Ausgangslage bezieht sich vorliegend das zu beweisende

bewusste und gewollte Zusammenwirken auf die einzelnen Projekte.

173. Man könnte hiergegen einwenden, der Abschluss einer einzelnen Vereinbarung, wonach eine Baugesellschaft einen ihrer Konkurrenten bei der Eingabe bezüglich eines bestimmten Projekts schützt, d.h. selber ein wirtschaftlich weniger günstiges – und damit ein im Voraus zum Misserfolg verdammtes – Angebot einreicht als der Konkurrent, sei ökonomisch unsinnig und daher realitätsfremd, entsprechend eine sich auf einzelne Projekte beziehende Untersuchung sachlich unangebracht. Solchen Bedenken ist zu entgegnen, dass das Motiv, welches eine Gesellschaft zum Abschluss einer bestimmten Vereinbarung bewogen hat bzw. die für das Eingehen der Vereinbarung in Aussicht gestellte Gegenleistung kein Tatbestandsmerkmal ist und folglich offen bleiben kann. Zu beweisen ist „nur“ das Vorliegen der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG als solcher. Ob es für die schützenden Gesellschaften aus ökonomischer Sicht unsinnig war, diese Vereinbarung einzugehen, ist insofern irrelevant, ist also nicht Beweisthema.

174. Abgesehen von dieser Frage, was Beweisthema ist, sind sich die Wettbewerbsbehörden allerdings bewusst und sie gehen auch davon aus, dass Gesellschaften solche Vereinbarungen nur treffen, wenn sie in deren Abschluss auch einen Vorteil für sich sehen. Gemäss Angaben der Selbstanzeigerin waren Geldzahlungen als Gegenleistung für die Abgabe von Stützofferten verpönt und kamen nur in ganz seltenen Fällen vor; die Gegenleistung bestand vielmehr darin, dass einem selber später bei anderen Projekten, an welchen man ein starkes Interesse hatte, ein Schutz zugestanden wurde.<sup>384</sup> Eine genauere Bestimmung des im Gegenzug zu schützenden Projekts fand im Zeitpunkt des Vereinbarungsabschlusses in der Regel nicht statt bzw. konnte gar nicht stattfinden, da sich erst in der Zukunft weisen würde, welche anderen Projekte überhaupt ausgeschrieben werden und wer zu gegebener Zeit Interesse daran hat. Der Abschluss einer Vereinbarung in Bezug auf ein Projekt ist nur in Ausnahmefällen die direkte Gegenleistung unmittelbar für eine spezifische Vereinbarung bezüglich eines anderen Projekts. Allen Abredeteilnehmern, die Stützofferten abgaben, war allerdings bewusst, dass sie früher oder später auch selber etwas erhalten würden, ebenso wie dem Abredeteilnehmer, der Schutz erhielt,

<sup>375</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

<sup>376</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

<sup>377</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>378</sup> BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 94, m.w.H.

<sup>379</sup> Statt anderer RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 13 KG N 3.

<sup>380</sup> In gleichem Sinn etwa BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 97, wobei entgegen der Ansicht dieser Autoren andere direkte Beweise für die Vereinbarung durchaus vorliegen können, zu denken ist etwa an entsprechende Aussagen.

<sup>381</sup> Siehe Rz 207.

<sup>382</sup> RPW 2009/3, 206 Rz 66 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>383</sup> RPW 2012/2, 389 Rz 960, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>384</sup> Act. [...].

bewusst war, dass er dafür in anderen Fällen Schutz würde gewähren müssen.<sup>385</sup> Die einzelnen projektbezogenen Vereinbarungen wurden hier zumeist in zufälligem Rhythmus geschlossen,<sup>386</sup> abhängig von den konkret gegebenen Umständen (Interesse, Auslastung, Projektgegenstand) im Ausschreibungszeitpunkt eines Projekts.

175. Gemäss der Selbstanzeigerin kann ein weiterer Vorteil am Abschluss von Vereinbarungen für die schützenden Gesellschaften nebst dem, dass sie von der geschützten Gesellschaft „etwas zu Gute hat“, zuweilen auch darin liegen, dass für sie dadurch die Möglichkeit besteht, gegenüber dem Bauherrn durch Einreichung einer eigenen Offerte (dass es sich dabei um eine Stützofferte handelt, weiss der Bauherr ja nicht) Interesse zu signalisieren, ohne selber die ganze Arbeit der Offertberechnung und -erstellung vornehmen zu müssen und ohne effektiv an der Ausführung dieser Arbeit interessiert zu sein.<sup>387</sup> Dies, indem die geschützte Gesellschaft den schützenden Gesellschaften ihre Offerte zukommen lässt, so dass diese ohne grossen eigenen Aufwand ihre Stützofferten darauf abstützen und beim Bauherrn einreichen können.<sup>388</sup> Auf diese Situation ist an anderer Stelle noch zurückzukommen.<sup>389</sup>

176. Diese hier – wie zuvor ausgeführt<sup>390</sup> – festgestellte „Zufälligkeit“ im Vereinbarungsabschluss mag ein Grund für eine „ungleiche Verteilung“ von Schutznahmen und Stützofferten der nachfolgend dargestellten, abgesprochenen Projekte auf verschiedene Baugesellschaften sein. Ein anderer, weitaus gewichtigerer Grund hierfür dürfte allerdings darin liegen, dass nur einige, nicht aber alle Absprachen bekannt resp. rechtsgenüchlich beweisbar sind. Die Dunkelziffer dürfte mithin nicht all zu gering sein, was das Bild entsprechend verfälscht und wodurch der unzutreffende Eindruck entstehen könnte, einige Gesellschaften hätten überproportional von Abreden profitiert. Eine Partei wendet hiergegen ein, für das Bestehen einer Dunkelziffer werde kein einziger Beweis angeführt.<sup>391</sup> Dass bei Gesetzesverletzungen, insbesondere bei Wirtschaftsdelikten, eine Dunkelziffer besteht, ist jedoch notorisch. Ungewissheit besteht bloss hinsichtlich der Höhe, wobei es in der Natur der Sache liegt, dass sich diese nicht beweisen lässt, sondern nur geschätzt und hochgerechnet werden kann. Darüber, wie gross die Entdeckungswahrscheinlichkeit und damit das Helfeld (welches die Komplementärmenge des Helfelds/der Dunkelziffer ist) bei Kartellrechtsverletzungen ist, wird in der Literatur gestritten. Ökonomische Studien geben die Entdeckungswahrscheinlichkeit etwa mit 10 %, 13–17 % und 30 % an,<sup>392</sup> was eine Dunkelziffer von 70–90 % ergibt. Die Dunkelziffer wirkt sich insbesondere hinsichtlich der Selbstanzeigerin aus und lässt sie – allerdings zu Unrecht – in einem besonders ungünstigen Lichte erscheinen. Denn um in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses zu kommen, muss die Selbstanzeigerin sämtliche abgesprochenen Projekte offen legen, weshalb bezüglich ihr keine Dunkelziffer besteht. Dieser Offenlegungspflicht ist die Selbstanzeigerin vorliegend denn auch umfassend nachgekommen. Demgegenüber haben Parteien, die sich gegen eine Selbstanzeige entscheiden, kein Interesse am Bekanntwerden von Fällen, in welche sie involviert waren. Infolgedessen kann der unzutreffende

Eindruck entstehen, dass die Selbstanzeigerin überdurchschnittlich häufig an Absprachen beteiligt gewesen ist; dies wäre jedoch ein Trugschluss, denn das (eben verzerrte) Bild ist vielmehr, wie gesagt, auf das Nichtbestehen einer Dunkelziffer bezüglich der Selbstanzeigerin zurückzuführen.

### B.6.1.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

177. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

178. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>393</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.<sup>394</sup>

179. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>395</sup> Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist. Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäss geltendem Recht, sprich Art. 5 KG, eine Wettbewerbsabrede nur unzulässig ist, wenn sie sich wettbewerbsbeseitigend oder erheblich -behindernd auswirkt, wodurch die in Art. 4 Abs. 1 KG vorgesehene Variante des blossen „Bezweckens“ letztlich derzeit ohne praktische Bedeutung bleibt. Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück; ändert mithin an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale nichts.<sup>396</sup>

180. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.<sup>397</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.<sup>398</sup>

<sup>385</sup> In dem Sinn act. [...].

<sup>386</sup> Act. [...].

<sup>387</sup> Auf diesen Vorteil hinweisend auch CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, 2008, 43.

<sup>388</sup> Act. [...].

<sup>389</sup> Siehe Rz 185 ff.

<sup>390</sup> Siehe Rz 174.

<sup>391</sup> Siehe act. [...].

<sup>392</sup> Für einen Überblick siehe EMMANUEL COMBE/CONSTANCE MONNIER, Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement, The Antitrust Bulletin 56(2), 2011, 235–275, 254 ff.

<sup>393</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 42 und 51.

<sup>394</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 63.

<sup>395</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW.

<sup>396</sup> Entgegen der Ansicht einer Partei, siehe act. [...].

<sup>397</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 69.

<sup>398</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 375), Art. 4 Abs. 1 N 71.

181. In den nachfolgend aufgeführten Fällen geht es – so sie denn bewiesen werden können – um Vereinbarungen über den Preis (allenfalls auch über allfällige Rabatte) der Offerten resp. die Zuteilung eines Projekts (genauer: die Steuerung des Zuschlags durch den Bauherrn) an einen zum Voraus bestimmten Abredeteilnehmer. Mit diesen Verhaltensweisen ist eine entsprechende Preis- und Kundenbeeinflussung zu Gunsten der Parteien und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Dass die Angebote der Anbietenden im Vergabeverfahren gemäss einem (insofern allerdings kritisierten<sup>399</sup>) Urteil des Bundesgerichts technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss darstellen sollen,<sup>400</sup> ändert nichts an der mit den Vereinbarungen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Allenfalls von Relevanz könnte dieses primär vergaberechtliche<sup>401</sup> Bundesgerichtsurteil nur, aber immerhin, sein, sofern eine Baugesellschaft den Zuschlag bei einem der nachfolgend näher betrachteten Bauprojekt erhalten haben sollte, in der Folge aber mit der Begründung, ihr Angebot sei gemäss Ansicht des Bundesgerichts gar keine Offerte im technischen Sinn gewesen, gleichwohl auf dessen Ausführung verzichtet hätte. Da keine der betroffenen Baugesellschaften vorbringt, so vorgegangen zu sein und solches auch nicht ersichtlich wäre, braucht in dieser Untersuchung aber nicht abschliessend geklärt zu werden, wie es sich diesfalls damit verhalten würde.

182. Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass es für eine Submissionsabsprache über Preise nicht notwendig ist, eine Vereinbarung über den konkreten Preis zu treffen und detaillierte Preisinformationen auszutauschen (z.B. einander ganze Offerten zuzustellen). Für eine Submissionsabsprache über Preise genügt es bereits, wenn vereinbart wird, dass das schützende Unternehmen einen Preis offeriert, der höher ist als der Preis des geschützten Unternehmens. Gemäss Angaben der Selbstanzeigerin reicht dabei regelmässig bereits eine Preisdifferenz von 3 % aus.<sup>402</sup>

183. Ob die fraglichen Vereinbarungen auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten, wird im Folgenden noch genauer zu prüfen sein.<sup>403</sup> Vorweggenommen sei hier das Ergebnis, nämlich dass diese Vereinbarungen es den Parteien darüber hinaus auch faktisch ermöglichen, ihre Angebote abzustimmen und das Verhalten der Wettbewerber zu antizipieren.<sup>404</sup> Die dem Bauherren zum Entscheid vorgelegten Offerten waren aufgrund der Abstimmung nicht das Ergebnis funktionierender Wettbewerbs und führten regelmässig zur Vergabe des Auftrags an die von den Parteien zuvor bestimmte Gesellschaft und zum zuvor bestimmten Preis, womit die Abrede auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkte.<sup>405</sup>

#### B.6.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

184. Die Parteien sind als Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der in der Tiefbaubranche von öffentlichen Stellen ausgeschrieben beziehungsweise privat vergebenen Aufträge.

185. Zu behandeln bleibt in diesem Zusammenhang folgende Konstellation, die von mehreren Parteien – allerdings losgelöst vom allfälligen Treffen von Vereinbarungen (das Treffen solcher wird von diesen Parteien

grösstenteils bestritten) – vorgebracht wird<sup>406</sup>: Selbst wenn man bezüglich eines bestimmten Projekts (beispielsweise aufgrund der momentanen Auslastung und den vorhandenen Kapazitäten) gar nicht am Zuschlag interessiert sei, müsse man als Baugesellschaft insbesondere bei Einladungsverfahren faktisch eine Offerte einreichen. Die Einreichung einer Offerte sei notwendig, um nicht zu riskieren, in künftigen Einladungsverfahren von der Bauherrschaft nicht mehr als einzuladende Gesellschaft berücksichtigt zu werden, da die Nichteinreichung einer Offerte von den Bauherrschaften häufig dergestalt „sanktioniert“ werde. In Anbetracht des nicht vorhandenen Interessens an einem Zuschlag werde diesfalls der offerierte Preis entsprechend hoch bzw. überhöht angesetzt.

186. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass dieses „Dilemma“ bei freihändigen Vergaben, in welchen das Gemeinwesen mehrere Angebote einholt, sowie bei Einladungsverfahren für die jeweils eingeladenen Gesellschaften besteht, nicht aber bei offenen und selektiven Verfahren mit einem offenen Kreis von Anbietenden.<sup>407</sup> Es erscheint durchaus plausibel, dass eine Bauherrschaft darauf verzichtet, eine Baugesellschaft in Anbetracht der im Rahmen von Einladungsverfahren beschränkten Anzahl einzuladender Gesellschaften sowie ihrer grundsätzlichen beschaffungsrechtlichen Verpflichtung, in Einladungsverfahren mindestens drei Angebote einzuholen, weiterhin einzuladen, wenn diese Baugesellschaft in der Vergangenheit bei Einladungsverfahren keine Offerte einreichte; dies jedenfalls dann, wenn mehrmals oder in Folge keine Offerte eingereicht wurde. Wie es sich damit verhält, namentlich ob das

<sup>399</sup> Für Nachweise siehe Fn 314.

<sup>400</sup> So BGE 134 II 297 E. 4.2.

<sup>401</sup> Siehe BGE 134 II 297 E. 1.

<sup>402</sup> Act. [...].

<sup>403</sup> Siehe Rz 822 ff.

<sup>404</sup> In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass bereits die wechselseitige Kenntnisnahme über die Submissionsteilnahme das Verhalten der Anbietenden im Wettbewerb ändere und damit zu einem angepassten und abgestimmten Bietverhalten führe. Der gegenseitige Kontakt vermindere den Geheimwettbewerb auf Bieterseite, weil er Rückschlüsse auf das Preisverhalten der anderen erlaube. Das Marktangebot könne sich so nicht mehr bilden und der Sinn einer Submission werde *ad absurdum* geführt (BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, 1999, Rz 346). Dass bei der eigenen Offertpreisberechnung berücksichtigt wird, wer die übrigen Anbietenden sind, bestätigt auch eine befragte Partei (siehe act. [...]).

<sup>405</sup> Vgl. auch etwa den Entscheid der BRK/CRM, VPB 64.29, E. 3: „[...] En règle générale, une entente entre soumissionnaires a pour effet de restreindre la concurrence sur le marché pour lequel un appel d'offres a été lancé, en contradiction avec les objectifs poursuivis par la LMP [BöB] de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires [...]“. Ferner etwa RPW 2009/3, 205 Rz 55, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>406</sup> Siehe ausführlich act. [...], ferner act. [...]. In dem Sinne auch act. [...].

<sup>407</sup> So die überzeugenden Ausführungen einer Partei anlässlich des Parteiverhörs, vgl. act. [...]. Die Einschätzung einer anderen Partei, wonach von ihr – zumindest [...] – eigentlich auch bei offenen oder selektiven Verfahren eine Eingabe erwartet werde (siehe act. [...]), greift demnach zu hoch.

Nichteinreichen von Offerten effektiv mit einer Nichtberücksichtigung bei künftigen Einladungsverfahren „sanktioniert“ wird, kann allerdings letztlich offen bleiben. Allerdings erscheint es aus volkswirtschaftlicher Perspektive wünschenswert, wenn die Gemeinwesen nicht so vorgehen und den Verzicht eines Bauunternehmens auf eine Offertabgabe nicht dergestalt „sanktionieren“ würden. Denn einerseits haben die Gemeinwesen ein Interesse daran, zu erfahren, dass eine oder mehrere Baugesellschaften zur fraglichen Zeit gerade kein Interesse an einer Arbeitsausführung haben (z.B. aus Kapazitätsgründen), da ihnen dies ein zutreffenderes Bild über die Marktsituation verschafft; nicht ernsthaft gemeinte Offerten würden ihnen im Rahmen ihrer Offertbereinigung zudem zusätzliche Aufwände verursachen. Andererseits entstehen für die Baugesellschaften durch die Erstellung solcher nicht ernsthafter Offerten unnötige und vermeidbare Kosten. Es sei daher an dieser Stelle der Appell an die Gemeinwesen erlaubt, sie möchten von einer derartigen „Sanktionierung“ durch den Verzicht auf eine Offerte eines Bauunternehmens absehen und ihn ungeachtet dessen auch bei künftigen Submissionen wieder zur Offertabgabe einladen.

187. Ob eine Baugesellschaft bei geringem (oder gar keinem) Interesse an einem Zuschlag keine Offerte einreicht oder aber einen dementsprechend hohen bzw. überhöhten Preis für die Arbeitsausführung offeriert, weil sie im Gespräch bleiben will, ist aus kartellrechtlicher Sicht gleichwertig. In beiden Fällen reflektiert das Verhalten der Gesellschaft ihr (geringes oder eben nicht vorhandenes) Interesse an der Arbeitsausführung. Das Spiel von Angebot und Nachfrage wird dadurch nicht beeinträchtigt und beide Verhaltensweisen sind aus einer kartellrechtlichen Perspektive nicht zu beanstanden; es gibt namentlich keine kartellrechtliche Pflicht, einen ernstgemeinten Preis anzubieten oder überhaupt eine Offerte einzureichen. Der „Preis“, den eine eingeladene Baugesellschaft aber zwangsläufig für ihre Teilnahme an einer Submission zu bezahlen hat, primär um im Gespräch zu bleiben und obwohl sie an der Zuschlagserteilung bloss ein geringes oder kein Interesse hat, besteht in ihren Kosten resp. ihrem Aufwand für die Offertstellung.

188. Andererseits führt ein bloss geringes oder womöglich gar nicht vorhandenes Interesse einer Baugesellschaft an einer Zuschlagserteilung aber auch nicht dazu, dass aufgrund dessen kein Wettbewerbsverhältnis vorliegen würde.<sup>408</sup> Eine (eingeladene) Baugesellschaft steht nämlich unabhängig der Grösse ihres Interesses am Zuschlag für ein konkretes Projekt mit anderen (eingeladenen) Baugesellschaften auf gleicher Marktstufe in einem (zumindest potentiellen) Wettbewerbsverhältnis. Verpflichtet sich nun eine an der Zuschlagserteilung nur wenig oder gar nicht interessierte Gesellschaft, eine Stützofferte abzugeben und als „Gegenleistung“ dafür ihr die geschützte Gesellschaft ihre Offerte überlässt, so kann sie ohne grossen eigenen Aufwand basierend darauf eine eigene Offerte einreichen kann.<sup>409</sup> Hier liegt deshalb ebenso eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, wie wenn sie eine solche Vereinbarung aus anderen Gründen (trotz an sich gegebenem eigenem, mehr oder weniger grossen Interesse am Zuschlag) abschliessen würde.<sup>410</sup> Die Gegenleistung wie

auch das Motiv zum Eingehen der Vereinbarung sind, wie bereits an anderer Stelle festgehalten, keine Tatbestandsmerkmale.<sup>411</sup> Bloss ergänzend sei erwähnt, dass auch die Schädlichkeit einer solchen Abrede keine wesentlich andere ist als bei einer Abrede mit anders verteilter Interessenlage. Auf den ersten Blick könnte dagegen vorgebracht werden, der von der an der Zuschlagserteilung nicht interessierten Gesellschaft offerierte Preis wäre ohne Abrede nicht oder jedenfalls nicht markant tiefer ausgefallen. Dies mag sein, ist aber nicht entscheidend. Wesentlich ist vielmehr, dass das Treffen der Vereinbarung dazu führt, dass vor allem die geschützte Gesellschaft weiss, dass die schützende Gesellschaft eine Scheinofferte mit überhöhten Preisen einreichen wird (oder gleichwertig: auf die Einreichung einer Offerte gänzlich verzichten wird), was ihr erlaubt, den von ihr offerierten Preis anzupassen, namentlich zu erhöhen, ohne dass für sie dadurch die Gefahr entsteht, den Zuschlag an einen anderen Abredeteilnehmenden zu verlieren. Diese Schädlichkeit der Abrede bleibt in jedem Fall dieselbe.

### B.6.1.5 Fazit

189. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien, welche auf gleicher Marktstufe stehen, in den nachfolgend geschilderten Fällen bewusst und gewollt zusammenwirkten und damit Wettbewerbsbeschränkungen sowohl bezweckten als auch effektiv bewirkten. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt und es liegen Wettbewerbsabreden im Sinne dieser Bestimmung vor.

## B.6.2 Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren

### B.6.2.1 Interessenlage von Baugesellschaften bei Auktionen mit verdeckten Geboten

190. Wie zuvor ausgeführt<sup>412</sup>, richten sich Vergaben durch die öffentliche Hand nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens, welche das zur Anwendung gelangende Verfahren weitgehend bestimmen. Bei im offenen sowie im selektiven Verfahren ebenso wie im Einladungsverfahren erfolgenden Vergaben handelt es sich um Auktionen mit verdeckten Geboten (first-price sealed bid auctions<sup>413</sup>). Diese zeichnen sich dadurch aus, dass Anbietende ihre Angebote einreichen, ohne dass die übrigen Anbietenden vom Inhalt ihres Angebots erfahren. Die Auftraggeberin entscheidet sich in der Folge für das wirtschaftlich günstigste Angebot.<sup>414</sup> Die

<sup>408</sup> So bereits RPW 2009/3, 205 Rz 56, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>409</sup> Dazu Rz 175.

<sup>410</sup> Anders womöglich die Ansicht einer Partei (vgl. act. [...]).

<sup>411</sup> Siehe Rz 173.

<sup>412</sup> Siehe Rz 142 ff.

<sup>413</sup> Zu den Standardtypen von Auktionen siehe überblicksmässig etwa PAUL KLEMPERER, *Auction Theory: A Guide to the Literature*, *Journal of Economic Surveys* 13(3), 1999, 227–286, abrufbar unter <www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/AuctionTheoryGuideToLit.Klemperer.pdf> (11.06.2013), S. 4 f. der Onlinepublikation; allgemein zu Auktionen etwa PAUL MILGROM, *Putting auction theory to work*, 2004, 12, ferner auch 112 sowie VIJAY KRISHNA, *Auction Theory*, 2. Aufl., San Diego 2009.

<sup>414</sup> AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120, m.w.H. in Fn 73.



Vergabe eines bestimmten Projekts ist zudem ein one-shot-game,<sup>415</sup> d.h. sie wird nur einmal durchgeführt und Abgebotsrunden gibt es nicht. Vergabeverfahren als solche finden allerdings wiederholt statt, nämlich für jedes (Tiefbau-) Projekt. Ferner ist den Anbietenden aufgrund der Offertöffnungsprotokolle jeweils bekannt, wie die übrigen Anbietenden bezüglich eines bestimmten Projekts eingegeben haben. So ist eine „Kontrolle“ der Angebote der übrigen Anbietenden immerhin im Nachgang einer bestimmten Vergabe möglich.

191. Bei einer one-shot first-price sealed bid auction hat grundsätzlich keine der Anbietenden ein Interesse daran, dass andere Anbietende vor Ablauf der Angebotsingabefrist ihr Angebot, insbesondere dessen Höhe, kennen. Im Gegenteil: In Anbetracht dessen, dass die Vergabekriterien inklusive deren Gewichtung im Voraus im Einzelnen bekannt sind, wäre es einer anderen, dergestalt informierten Anbietenden bei gegebenem Interesse ein Leichtes, ein eigenes Angebot einzureichen, welches gerade ein bisschen besser (d.h. wirtschaftlich günstiger) ist als das ihr bekannte Angebot ihres Konkurrenten, um so den Zuschlag zu erhalten. Diesem evidenten Risiko steht kein eigener Vorteil (auch kein potentieller) gegenüber, der mit einer solchen Offenlegung verbunden wäre. Daher hat keine der Anbietenden ein Interesse daran, ihr Angebot Konkurrenten während laufender Eingabefrist offenzulegen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor.

192. Weiter hat keine am Zuschlag interessierte Anbietende, der während laufender Eingabefrist die Höhe des Angebots einer anderen Anbietenden bekannt wird, ein Interesse daran, selber ein wirtschaftlich weniger günstiges Angebot als das ihr bekannte Konkurrenzangebot einzureichen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor. Denn da ihr die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung bekannt sind, weiss sie schon im Voraus, dass ein solches Angebot ihrerseits den Zuschlag nicht erhalten wird, was es für sie bei gegebenem Interesse ökonomisch unsinnig macht, dieses (wie ihr bekannt ist) chancenlose Angebot gleichwohl einzureichen. Bei Interesse am Zuschlag wird sie daher vielmehr ein wirtschaftlich günstigeres Angebot einreichen.<sup>416</sup> Sollte sie jedoch am Auftragserhalt nicht oder bloss wenig interessiert sein (in der Regel wegen Kapazitätsauslastung oder weil das Projekt primär spezialisierte Bautätigkeiten betrifft, in welchen sie gerade nicht spezialisiert ist), bleibt es für sie nach wie vor am wenigsten aufwändig, gar kein eigenes Angebot einzureichen; oder sie wird so oder so ein wirtschaftlich nicht besonders attraktives Angebot einreichen, sei es nur, um damit – wie dies von mehreren Baugesellschaften als notwendig erachtet wird – beim Bauherrn im Gespräch zu bleiben (siehe zu diesem Punkt auch Rz 175 und 185 ff.), oder sei es, weil sie durch eine Bauausführung entsprechende Mehrkosten hat (z.B. durch den Beizug von Temporärarbeitenden oder der Anmiete von zusätzlichen Maschinen) und daher bei solchen Projekten, an denen sie bloss ein geringes Interesse hat, mit höheren Margen rechnet.

193. Die Ausführungen in den beiden vorangehenden Rz weiterführend lässt sich sogar feststellen, dass eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft kein Interesse daran hat, andere Baugesell-

schaften auch nur wissen zu lassen, ob sie viel oder wenig Interesse am Zuschlag eines Projekts hat. Hat sie grosses Interesse am Zuschlag, wird sie „scharf“ rechnen, d.h., ein wirtschaftlich (und vor allem auch preislich) möglichst günstiges Angebot einreichen. Hat sie demgegenüber kaum Interesse am Zuschlag, wird sie einen höheren Preis eingeben. Die Kenntnis darüber, mit welchem Interesse am Zuschlag eine Baugesellschaft eingibt, führt fast unweigerlich zu einer Verhaltensanpassung der anderen, darüber „informierten“ Baugesellschaft.<sup>417</sup> Dabei sind vier Fälle zu unterscheiden: 1) Ist die „informierte“ Baugesellschaft selber am Zuschlag stark interessiert, weiss sie, dass sie „scharf“ rechnen muss, um eine Chance auf den Zuschlag zu haben, wenn die andere Baugesellschaft ebenfalls am Zuschlag interessiert ist. 2) Hat die andere Baugesellschaft aber kein oder ein bloss geringes Interesse am Zuschlag, weiss die „informierte“ Baugesellschaft, dass ihre Chance auf den Zuschlag<sup>418</sup> auch mit einem wirtschaftlich nicht allzu günstigen Angebot durchaus intakt sind, sie also mit einer grösseren Marge rechnen kann. 3) Ist die „informierte“ Baugesellschaft hingegen kaum am Zuschlag interessiert, kann sie, wenn die andere Baugesellschaft am Zuschlag interessiert ist, gleichwohl ein aus Sicht des Bauherrn durchaus respektables Angebot einreichen und sich damit beim Bauherrn in ein günstiges Licht rücken, ohne den Zuschlag zu erhalten. 4) Hat hingegen die andere Baugesellschaft kein oder ein bloss geringes Interesse am Zuschlag, ändert sich für die „informierte“ Baugesellschaft, die am Zuschlag ebenfalls nicht interessiert ist, nichts an ihrer Situation. Für die Baugesellschaft, deren (mehr oder minder grosses) Interesse am Zuschlag bekannt geworden ist, sind all diese Verhaltensweisen der konkurrierenden „informierten“ Baugesellschaft in der einen oder anderen Form nachteilig<sup>419</sup> oder bestenfalls neutral, während für sie selber damit keine Vorteile verbunden sind – entsprechend vermeidet eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft, andere Baugesellschaften über ihr mehr oder minder grosses Interesse am Zuschlag bezüglich eines konkreten Projekts zu informieren.

<sup>415</sup> Dieser Begriff aus der Spieltheorie bezeichnet „Spiele“ (hier Auktionen), die nach einmaliger Durchführung nicht wiederholt werden (häufig auch als static games bezeichnet). Vgl. allgemein zur Unterteilung möglicher „Spieltypen“ ROBERT GIBBONS, A Primer in Game Theory, 1992, 1 ff.; DREW FUDENBERG/JEAN TIROLE, Game Theory, 1991, 1 ff. Selektive Vergabeverfahren nach Art. 15 BöB als one-shot sealed bid auctions qualifizierend auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120.

<sup>416</sup> Im Ergebnis ebenso ROBERT C. MARSHALL/MICHAEL J. MEURER, Bidder collusion and antitrust law: Refining the analysis of price fixing to account for the special features of auction markets, 72 Antitrust Law Journal 2004, 83–118, 91, die (allerdings bezogen auf ein kollusives Verhalten resp. ein Abweichen hiervon) festhalten, dass diese Anbietende einen starken Anreiz habe, ein wirtschaftlich leicht günstigeres Angebot einzureichen.

<sup>417</sup> In dem Sinn auch CHRIST (Fn 404), Rz 346, gemäss welchem bereits die wechselseitige Kenntnisnahme, wer die übrigen Anbietenden sind, zu einer Anpassung des Bietverhaltens führt.

<sup>418</sup> Dies gilt im Verhältnis zur anderen Baugesellschaft, deren geringes Interesse am Zuschlag sie kennt.

<sup>419</sup> Es handelt sich dabei entweder um direkte (verlorene Submission trotz eigenem Interesse am Zuschlag) oder indirekte (Besserstellung einer Konkurrenzgesellschaft) Nachteile.



194. Gegenstand der vorangehenden Ausführungen (Rz 191 ff.) ist die Vergabe eines bestimmten Projekts, also eine einzelne Submission. Vergabeverfahren als solche finden allerdings wiederholt statt, wobei sich diese freilich nicht auf ein und dasselbe (Tiefbau-) Projekt beziehen, sondern auf jeweils andere. Die vorangehenden Ausführungen treffen nun grundsätzlich ebenso auf wiederholt stattfindende Vergabeverfahren zu und sie behalten auch diesbezüglich ihre Gültigkeit. Denn bloss weil Vergabeverfahren wiederholt stattfinden, zieht eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Baugesellschaft nicht plötzlich (und anders als bei isolierter Betrachtung einer einzelnen Submission) einen Vorteil daraus, wenn andere Baugesellschaften über ihr (mehr oder minder grosses) Interesse am Zuschlag bei einem oder eben bei mehreren Projekten wissen; vielmehr addieren sich für sie sogar die nachteiligen Folgen solchen Wissens bei Konkurrenten.

195. Was sich durch ein mehrfaches und wiederholtes Stattfinden von Submissionen aber primär ändert, ist, dass dies ein kollusives Verhalten unter den Anbietenden erleichtert. Je häufiger dieselbe Gruppe von Anbietenden miteinander interagiert, desto stabiler sind Kartelle.<sup>420</sup> So können sich etwa die sich absprechenden Baugesellschaften für eine Schutzgewährung bei einem Vergabeverfahren durch Stützofferten bei anderen Vergabeverfahren gegenseitig „abgelten“.<sup>421, 422</sup> Sodann ist es möglich, im Nachgang eines Vergabeverfahrens die Einhaltung des Vereinbarten zu kontrollieren<sup>423</sup> und bei anderen Vergabeverfahren entsprechend darauf zu reagieren bzw. eine Abweichung vom Vereinbarten zu sanktionieren.

### B.6.2.2 Vorgängige Kenntnis der Konkurrenten bei einer Vergabe dank dem Meldesystem des SBV und der Veröffentlichung via <www.infobau.ch>

196. Eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für das Treffen einer Abrede im Submissionswesen (insbesondere einer erfolgreichen) ist das Wissen darüber, welche Baugesellschaften an einer Submission teilzunehmen gedenken bzw. bei Einladungsverfahren überhaupt zur Teilnahme dazu eingeladen sind.<sup>424</sup> Diese Informationen sind an sich nicht öffentlich bekannt und in Anbetracht der Vielzahl von in der Tiefbaubranche des Kantons Zürich tätigen Baugesellschaften auch nicht ohne Weiteres eruiert. Diese Schwierigkeit wird – jedenfalls im untersuchten Zeitraum – durch das an anderer Stelle näher beschriebene<sup>425</sup> Meldesystem gemäss Wettbewerbsreglement SBV sowie insbesondere der Zugänglichmachung dieser Informationen über die Internetplattform <www.infobau.ch> überwunden: Jedes Mitglied des SBV kann sich jederzeit ein aktuelles Bild über die Absichten der Konkurrenten hinsichtlich deren Submissionsteilnahme bei einem bestimmten Projekt machen. Je mehr Gesellschaften den Meldedienst benutzen, desto umfassender wird das Bild der konkreten Konkurrenzsituation.

197. Aus einer Vorabklärung des Sekretariats im Jahr 2003 ergibt sich, dass die Mitglieder des SBV bis zum 1. Januar 2003 unter Sanktionsdrohung verpflichtet waren, ihre Submissionsteilnahme zu melden.<sup>426</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt dürfte also eine umfassende Übersicht

über die Submissionsteilnehmenden bestanden haben. Gestützt auf eine Anregung des Sekretariats strich der SBV zwar die Sanktionsdrohung dieser Pflicht aus seinem Reglement. Allerdings hält das Reglement die SBV-Mitglieder – jedenfalls im untersuchten Zeitraum – nach wie vor an, ihre Teilnahme an einer Submission zu melden<sup>427</sup>, und auch Versammlungen unter den Submissionsteilnehmern sind nach wie vor vorgesehen<sup>428</sup>.

198. Basis der damaligen Vorabklärung waren bloss summarische Ermittlungen, aufgrund derer nicht schlüssig beurteilt werden konnte, inwieweit das Wettbewerbsreglement des SBV dazu beiträgt, dass Mitglieder Offeren von einzelnen Projekten aufeinander abstimmen.<sup>429</sup> Die vorliegende Untersuchung fördert neue Erkenntnisse zu Tage, welche für diese Beurteilung von Relevanz sind: Zunächst ist festzustellen, dass etliche der Parteien das Meldesystem des SBV und die über die Internetplattform <www.infobau.ch> zugänglich gemachten Informationen – zumindest im fraglichen Zeitraum – systematisch nutzten.<sup>430</sup> So erklärten mehrere Parteien am Parteiverhör, das Wettbewerbsreglement SBV einzuhalten und dementsprechend auch die vorgeschriebene Meldung (trotz fehlender Sanktionsdrohung) vorzunehmen.<sup>431</sup> Sodann wurden viele Ausdrücke von Informationen der Internetplattform <www.infobau.ch> gefunden oder eingereicht,<sup>432</sup> was zeigt, dass die betreffenden Gesellschaften, jedenfalls im betroffenen Zeitraum, mit diesen Informationen arbeiteten. Ferner fällt auf, dass die über die Internetplattform <www.infobau.ch> resp. deren E-Mail-Verteiler zugänglich gemachten Informationen bezüglich der angemeldeten Submissionsteilneh-

<sup>420</sup> Siehe nur etwa R. PRESTON McAFFEE/JOHN MCMILLAN, Bidding rings, *The American Economic Review* 82(3), 1992, 579–599, abrufbar unter <mcabee.cc/Papers/PDF/BiddingRings.pdf>, 581 (11.06.2013); PAUL KLEMPERER, What really matters in Auction Design, *Journal of Economic Perspectives* 16(1), 2002, 169–189, abrufbar unter <www.wv.uni-magdeburg.de/vwl2/Downl\_%20Files/St\_2003/Seminar\_Auctions/klempere\_2002a.pdf>, S. 170 ff. m.w.H. (11.06.2013); WOUTER VERGOTE, Collusion in repeated auctions: a simple dynamic mechanism, *Economics Bulletin* 31 (1), 2011, 714–721, 715 m.w.H.: "(...) the literature has emphasized that collusion arises in an ongoing relationship [Nachweise]".

<sup>421</sup> Siehe zu dieser Thematik auch B.6.1.2 ff.

<sup>422</sup> In dem Sinn ebenfalls AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 328), 120.

<sup>423</sup> Dazu bereits Rz 190.

<sup>424</sup> Ebenso HEITZ (Fn 387), 45. In diesem Sinn ferner auch der OGH in seinem Entscheid 14 Os 155/98 vom 16.3.1999 betreffend Amtsheimnisverletzung durch einen mit Auftragsvergaben befassten Beamten. Der OGH hält darin u.a. fest: „Die Preisgabe der im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung eingeladenen Firmen ist nämlich generell geeignet, Absprachen zu ermöglichen und damit den Wettbewerb durch Preisbildungsverzerrungen zu beeinträchtigen“.

<sup>425</sup> Siehe für allgemeine Ausführungen zu dieser Rz 8 ff.

<sup>426</sup> RPW 2003/4, 726 Rz 3 sowie 731 Ziff. 1 der Schlussfolgerungen, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

<sup>427</sup> Siehe Art. 6.1 Wettbewerbsreglement SBV: „Ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt (Bewerber), teilt dies unverzüglich [...] der zuständigen Stelle mit.“

<sup>428</sup> Art. 8 Wettbewerbsreglement SBV.

<sup>429</sup> So ausdrücklich RPW 2003/4, 728 Rz 7 Bst. c, *Wettbewerbsreglement des SBV*.

<sup>430</sup> Exemplarisch sei auf die Hausdurchsuchungsakten [...] verwiesen, die das Gesagte belegen.

<sup>431</sup> Act. [...], act. [...]. Siehe beispielhaft weiter die ausgefüllten Anmeldeformulare act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

<sup>432</sup> Siehe etwa die entsprechenden Beispiele in den Hausdurchsuchungsakten [...].

menden bei einzelnen Submittenten noch über die Kontaktangaben hinausgehende Angaben enthalten, insbesondere ein oder mehrere Nummernzeichen (#).<sup>433</sup> Eine Partei führte nun anlässlich des Parteiverhörs aus, sie halte die Priorität, welche der entsprechenden Ausschreibung intern zugemessen werde, für den internen Gebrauch mittels handschriftlicher Sternchen (\*) auf den Anmeldeformularen an den SBV fest. Die Sternchen schreibe sie einzig deshalb auf die Anmeldeformulare an den SBV (und nicht sonst wohin), weil dies die einzigen auf die jeweiligen Submissionen bezogenen Dokumente seien, die zu diesem Zeitpunkt bei ihr vorhanden seien.<sup>434</sup> Ob es sich bei den Nummernzeichen, die auf den Mitteilungen von <www.infobau.ch> angeführt sind, um eine „Übernahme“ bzw. „Übersetzung“ solcher Sternchen – oder anderer auf den Anmeldeformularen von den sich Anmeldenden angebrachter Zeichen – handelt, und ob gegebenenfalls die bei anderen Submittenten auf den <www.infobau.ch>-Mitteilungen aufgeführten Nummernzeichen ebenfalls auf eine (behauptetermassen interne) Prioritätensetzung der entsprechenden Gesellschaften zurückzuführen sind, ist offen.<sup>435</sup> Nicht von der Hand gewiesen werden kann aber jedenfalls, dass diese Zeichen zumindest einen gewissen Informationsgehalt aufweisen und so zu einem Informationsaustausch unter den Baugesellschaften führen. Abschliessend geklärt zu werden braucht dies hier aber nicht, da es das Ergebnis der Untersuchung nicht zu ändern vermag.

199. Aus dem Gesagten folgt nicht, dass jede Einsichtnahme in die Liste der an einer Submission teilnehmenden Konkurrenten oder jede Versammlung des SBV einer Submissionsabsprache gedient hätte.<sup>436</sup> Aber es ergibt sich daraus, dass das Meldesystem des SBV und die über die Internetplattform <www.infobau.ch> zugänglich gemachten Informationen für jedes Projekt nahezu vollständige Transparenz über die Konkurrenzsituation schafft. Dies sorgt damit dafür, dass die in Rz 196 genannte Voraussetzung für das Treffen von Submissionsabsprachen über die Zuteilung von Projekten erfüllt ist.<sup>437</sup>

200. Im Übrigen kann die erwähnte Plattform den Markt der Tiefbaubranche auch dann beeinflussen, wenn keine direkten Kontakte zwischen den Konkurrenten gestützt darauf stattfinden. So kann bereits das Wissen über die mögliche Anzahl an Konkurrenten und deren Identität (welche Rückschlüsse auf die Stärken, Spezialitäten, vermutete Auslastung<sup>438</sup> und geographische Herkunft der Submissionsteilnehmer erlaubt) die Höhe der eigenen Eingabe beeinflussen.<sup>439</sup> Denn anstatt gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aller denkbaren Anbietenden braucht man bloss noch gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aus der beschränkten Anzahl der (namentlich bekannten) Anbietenden anzutreten. Dies kann dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck abgeschwächt wird, da ein Anbietender ein wirtschaftlicher weniger günstiges Angebot einreichen kann, ohne eine Niederlage befürchten zu müssen. Das Meldesystem des SBV stellt somit via der Internetplattform <www.infobau.ch> wichtige Informationen zur Verfügung, welche sich direkt auf die Intensität des Wettbewerbs auswirken können.<sup>440</sup>

## B.6.3 Die im Einzelnen betrachteten Fälle

### B.6.3.1 Einleitung

201. Nachfolgend werden die Projekte beschrieben, welche eine detaillierte Betrachtung und Darstellung rechtfertigen. Projekte, hinsichtlich welcher zwar der (begründete) Verdacht besteht, dass kartellrechtsrelevante Abreden getroffen worden sein könnten, hinsichtlich welcher aber eine rechtsgenügende Beweisbarkeit bereits im Voraus ausgeschlossen werden kann, werden nachfolgend aus prozessökonomischen Gründen nicht im Einzelnen dargestellt. Die Darstellung der Projekte folgt grundsätzlich, vorbehaltlich B.6.3.3 nachfolgend, in chronologischer Reihenfolge vom jüngsten zum ältesten.

202. Jedes Projekt – vorbehaltlich der in B.6.3.3 aufgeführten – wird nach dem folgenden Schema präsentiert:

#### A. Ausschreibung

#### B. Beweismittel vor Versand des Antrags

#### C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

#### D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

#### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

203. Unter **A.** werden die Eckdaten der jeweiligen Ausschreibung angegeben (Name des Projekts, Ort, Datum, Bauherr). Das angegebene Datum entspricht der Eingabefrist, soweit diese bekannt ist resp. es eine solche überhaupt gibt. Andernfalls entspricht die Datumsangabe dem Datum der Ausschreibung, dem Eingabedatum der Offerte, oder dem Datum der Offertöffnung, wobei dies entsprechend vermerkt ist. Die Submissionsteilnehmer, die Höhe der eingereichten Offerten, das Datum des Offerteingangs beim Bauherrn (soweit vorhanden) sowie der berücksichtigte Anbieter (Zuschlagsempfänger) werden schematisch aufgeführt und es werden die Quellen, auf welche sich diese Angaben stützen, angegeben. Die Reihenfolge der Unternehmen innerhalb der Tabelle richtet sich nach der Höhe ihrer Angebote, beginnend mit dem tiefsten Angebot.

<sup>433</sup> Statt anderer act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

<sup>434</sup> Act. [...].

<sup>435</sup> Siehe die dies offen lassenden Ausführungen in act. [...].

<sup>436</sup> Art. 11 Wettbewerbsreglement SBV legt sogar ausdrücklich fest, dass jegliche wettbewerbsrechtswidrigen Abreden untersagt sind. Zudem kann in Anwendung von Art. 10 SBV-Statuten 2003 ein SBV-Mitglied, das wettbewerbsrechtswidrige Abreden trifft, aus dem SBV ausgeschlossen werden.

<sup>437</sup> Solche Meldestellen als bei der Vorbereitung von Submissionsabsprachen sehr hilfreich bezeichnend auch HEITZ (Fn 387), 46.

<sup>438</sup> Die Auslastung wirkt sich regelmässig – und zwar in erheblichem Umfang – auf den von einer Gesellschaft offerierten Preis aus (illustrativ act. [...], act. [...], dahingehend auch act. [...]).

<sup>439</sup> Dahingehend auch etwa Aussagen von Parteien anlässlich der Parteiverhöre, siehe act. [...] sowie act. [...].

<sup>440</sup> Vgl. auch Seite 8 des Leitfadens zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen der OECD vom Februar 2009, abrufbar unter <www.oecd.org/dataoecd/1/39/48520533.pdf> (11.06.2013).

204. Unter **B.** werden die vor Versand des Antrags vorhandenen Beweismittel aufgeführt, welche alsdann unter **C.** – wiederum vor Versand des Antrags – gewürdigt werden. In Abschnitt C. wird ausserdem der Sachverhalt zusammengefasst dargestellt, wie er sich in Würdigung der Beweismittel vor Versand des Antrags darstellt.

205. Unter **D.** werden die allfälligen Ausführungen der Parteien bezüglich der einzelnen Projekte in ihren Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag des Sekretariats dargestellt. Ebenfalls wird aufgeführt, falls nach Versand des Antrags noch zusätzliche Beweismittel erhoben wurden.

206. Gestützt auf die vorgenannten Abschnitte wird unter **E.** die Gesamtwürdigung vorgenommen und das Ergebnis bezüglich des jeweiligen Projekts ausgeführt.

### B.6.3.2 Überblick

207. Über den Zeitraum 2006 bis 2009 können hinsichtlich verschiedener im Kanton Zürich gelegener Bauprojekte kartellrechtlich relevante Vereinbarungen zwischen Submissionsteilnehmern bewiesen werden – im Einzelnen wird diesbezüglich auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.<sup>441</sup> Ferner ist erwiesen, dass es zwischen verschiedenen Baugesellschaften zu weiteren Kontakten bzw. Informationsflüssen gekommen ist, die aus kartellrechtlicher Sicht als problematisch einzustufen sind.<sup>442</sup> Diesfalls bestehen zwar Verdachtsmomente bzw. Vermutungen für die Existenz von Wettbewerbsabreden i.S.d. KG; allerdings lassen sie sich in diesen Fällen nicht in rechtsgenügender Weise nachweisen. Derartige Beweisschwierigkeiten sind in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem es um horizontale Abreden über Preise sowie die Aufteilung von Geschäftskunden und damit um sogenannte Hardcore-Kartelle geht, nicht unerwartet, da solche Praktiken vorzugsweise im Verdeckten erfolgen.<sup>443</sup> Dass das Erstellen potentiell belastender Beweismittel durch die jeweiligen Abredeteilnehmer gezielt vermieden wurde, wird denn auch von den Ausführungen der Selbstanzeigerin untermauert. Die Kontaktaufnahme zwischen den Abredeteilnehmern erfolgte in der Regel telefonisch, allenfalls gefolgt von Sitzungen; der Verkehr mittels (ausdruckbaren und elektronisch nachverfolgbaren) E-Mails wurde als „gefährlich“ eingestuft und entsprechend weitestgehend unterlassen.<sup>444</sup> Dieser Ausgangslage muss man sich bewusst sein; und zwar auch bei der *Würdigung* der aufgefundenen *Beweismittel*, namentlich wenn es darum geht, die Bedeutung und Aussagekraft eines Beweismittels richtig einzuordnen (womit allerdings keineswegs gesagt wird, durch solche Verdeckungsmaßnahmen würde das erforderliche *Beweismass* herabgesetzt).

208. Um ein rascheres Zurechtfinden bei den nachfolgend im Einzelnen betrachteten Projekten zu ermöglichen, seien hier die Eckdaten dieser Projekte tabellarisch dargestellt: [...]

### B.6.3.3 Allgemeine Vorbemerkungen zu bestimmten Beweismitteln und Vorbringen der Parteien

209. Gewisse Vorbringen der Parteien in ihren Stellungnahmen betreffen nicht nur ein spezifisches Projekt, sondern eine Vielzahl davon. Entsprechend erscheint es

angebracht, auf diese Vorbringen vorgängig der Behandlung der einzelnen Projekte einzugehen.

### B.6.3.3.1 Weshalb nicht immer alle Abredeteilnehmer auch Verfahrensparteien sind

210. Hüppi bringt bezüglich mehreren Projekten vor, die Wettbewerbsbehörden seien bei diesen Projekten anscheinend selber nicht von ihren Vorwürfen überzeugt. Dies will sie aus der Tatsache ableiten, dass bei diesen Projekten nicht alle angeblichen Abredeteilnehmer als Parteien ins Verfahren mit einbezogen (und entsprechend auch nicht sanktioniert) wurden.<sup>445</sup>

211. Es trifft zu, dass bei einigen Projekten nicht alle Submittenten als Parteien ins Verfahren einbezogen wurden. Dies kann auch dem Überblick unter Ziffer B.6.3.2 entnommen werden, wo solche Submissionsbeteiligten als „Nichtparteien“ aufgeführt sind. Präzisierend anzufügen ist, dass es sich bei diesen „Nichtparteien“ nicht immer um dieselben Bauunternehmen handelt, sondern um viele verschiedene, welche häufig nur bei einem einzigen Projekt involviert sind. Bei einigen der Projekte (nicht aber bei allen), an welchen Nichtparteien beteiligt sind, ist die WEKO aufgrund der Beweislage, wie sie sich im jetzigen Zeitpunkt darstellt, davon überzeugt, dass auch diese jeweiligen Nichtparteien an der betreffenden Abrede beteiligt waren.<sup>446</sup> Der Nichteinbezug dieser Bauunternehmen ins Verfahren als Parteien ist – entgegen der Ansicht von Hüppi – also keineswegs dahingehend zu verstehen, dass die WEKO von der Beweislage in diesen Fällen nicht überzeugt wäre. Der Nichteinbezug hat vielmehr einen verfahrensökonomischen Grund: Ein Einbezug noch weiterer Parteien hätte zu einer (auch nicht im Interesse der beteiligten Parteien liegenden) nicht unerheblichen Verfahrensverlängerung geführt. Es musste daher bei der vorgenommenen persönlichen Verfahrensausdehnung<sup>447</sup> eine beschränkte Auswahl neu einzubeziehender Bauunternehmen getroffen werden. Im Bewusstsein darum fokussierte diese primär auf Bauunternehmen, hinsichtlich welcher im Ausdehnungszeitpunkt Anhaltspunkte für eine Beteiligung an mehreren Abreden oder für eine eigene Schutznahme bestanden. Demgegenüber sind die meisten der Nichtparteien bloss bei einem Projekt involviert und ihnen ist „nur“ die Abgabe einer einzigen Stützofferte vorzuwerfen. In der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde im Übrigen in vergleichbarer Weise vorgegangen und ebenfalls

<sup>441</sup> Rz 223 ff.

<sup>442</sup> Exemplarisch sei auf die Ausführungen in Rz 198 verwiesen.

<sup>443</sup> So bereits die Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2028 Ziff. 1.3.1 und v.a. 2033 Ziff. 2.1 sowie 2038 f. Ziff. 2.1.5.

<sup>444</sup> Siehe act. [...].

<sup>445</sup> Siehe act. [...].

<sup>446</sup> Siehe exemplarisch nur etwa das Ergebnis der Beweiswürdigung bezüglich Fall [...].

<sup>447</sup> Siehe dazu Rz 41.

„bloss“ eine beschränkte persönliche Verfahrensausdehnung vorgenommen. Die Argumentation von Hüppi, wonach aus dem Nichteinbezug dieser verschiedenen weiteren Bauunternehmen als Parteien abzuleiten sein soll, dass die WEKO selber am Beweisergebnis zweifle, verfängt demnach nicht; die WEKO hat vielmehr keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass sich der Sachverhalt so zugetragen hat, wie er nachfolgend wiedergegeben wird. Auf diese immer gleichlautende Argumentation von Hüppi wird daher bezüglich der einzelnen Fälle nicht mehr erneut eingegangen.

#### **B.6.3.3.2 Weshalb der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, unzutreffend ist**

212. Keller-Frei<sup>448</sup> und Hüppi<sup>449</sup> bringen vor, die Selbstanzeigerin habe – wie insbesondere die (bezüglich der Selbstanzeigerin allerdings hypothetische) Sanktionsberechnung zeige – am meisten von den (von ihnen bestrittenen) Abreden profitiert. Sie sei daher anstiftendes oder führendes Kartellmitglied gewesen. Daraus leitet Keller-Frei ab, dies schmälere die Glaubhaftigkeit der Angaben der Selbstanzeigerin, welche ja angebe, bei der „[...] Gruppe“<sup>450</sup> bloss am Rande beteiligt gewesen. Hüppi ihrerseits stellt den vollständigen Sanktionserlass für die Selbstanzeigerin in Frage.

213. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,<sup>451</sup> ist es auf die umfassende Kooperation der Selbstanzeigerin zurückzuführen, dass ihr gegenüber eine Dunkelziffer von 0 % besteht, mithin sämtliche abgesprochenen Projekte mit ihrer Beteiligung bekannt sind. Demgegenüber haben alle übrigen Parteien, welche sich gegen eine Selbstanzeige entschieden haben, ein Interesse daran, dass – wenn überhaupt – möglichst wenige abgesprochene Projekte bekannt werden, an denen sie beteiligt waren. Über die Höhe der Dunkelziffer bei diesen Parteien soll hier nicht gemutmasst werden, sie beträgt aber jedenfalls nicht 0 %. Diese unterschiedlich grosse Dunkelziffer führt dazu, dass der Eindruck entstehen könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen. Es bestehen jedoch keinerlei Anzeichen dafür, dass die Selbstanzeigerin eine anführende oder anstiftende Rolle gehabt hätte. Vielmehr ist es – gerade aufgrund der Art und Weise, wie die Selbstanzeigerin überhaupt erst in die „[...] Gruppe“ hineingelangt ist<sup>452</sup> – überzeugend, dass sie bei dieser bloss am Rande beteiligt war (nämlich nur insoweit, als dies aufgrund von Einladungen der Selbstanzeigerin zur Offertabgabe durch [...] eben unvermeidbar ist). M.a.W. steht die Selbstanzeigerin aufgrund der bei ihr nicht bestehenden Dunkelziffer sowie der Beschreibung und Beurteilung jeder einzelnen Abrede in einem besonders schlechtem Licht da, dies allerdings zu unrecht. Dieser (unzutreffende) Eindruck wird dadurch noch verstärkt, dass Projekte, hinsichtlich welcher zwar der (begründete) Verdacht besteht, dass kartellrechtsrelevante Abreden getroffen worden sein könnten, hinsichtlich welcher aber eine rechtsgenügende Beweisbarkeit bereits im Voraus ausgeschlossen werden kann, aus prozessökonomischen Gründen nachfolgend nicht aufgeführt sind. Die obigen Ausführungen werden im Übrigen dadurch bestätigt, dass auch in der parallelen Untersuchung

„Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ein solch zu Ungunsten der Selbstanzeigerinnen verzerrtes Bild entstand. Die Vorbringen von Keller-Frei und Hüppi, wonach die Selbstanzeigerin eine führende oder anstiftende Rolle inne gehabt haben soll, überzeugen demnach nicht.

#### **B.6.3.3.3 Die „Absprachenliste“ ist von durchschlagender Beweiskraft**

214. Mehrere Parteien sprechen der „Absprachenliste“ eine Überzeugungskraft als Beweismittel weitgehend oder zumindest bezogen auf bestimmte Punkte ab.<sup>453</sup> Zur Begründung werden verschiedene Punkte vorgebracht, die hier zusammengefasst seien: Die Liste sei aus der Erinnerung und bloss sehr rudimentär geführt worden und sie biete keinen vollständigen Überblick über die Submissionen. Eine umfassende und verlässliche Dokumentation des Verhaltens der jeweils beteiligten Unternehmen habe nicht stattgefunden. Auch sei sie nicht mit dem Anspruch angelegt worden, in einem rechtsstaatlichen Verfahren den vollen Beweis zu erbringen, weshalb keine Gewähr bestehe, dass alle Angaben zutreffend seien. So sei nie systematisch aufgeschrieben worden, vielmehr bestätige der Verfasser der Liste selber, dass diese für ihn bloss ein besserer Notizblock gewesen sei und Lücken aufweisen könne. Eine solche Liste könne von jedermann, aus welchen Motiven auch immer, erstellt werden. Im Übrigen sei unbewiesen, zu welchem Zeitpunkt die Liste angefertigt worden sei. Entsprechend sei unbewiesen, dass die Eintragungen zur Zeit der angeblichen Absprachen vorgenommen wurden (wie dies im Antrag angenommen werde) und nicht etwa erst nach der Offertöffnung oder gar noch später. Zudem werde ausgeblendet, dass sich die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in zahlreichen Fällen als nachweislich falsch erwiesen habe. Von der Gesamtzahl der in der „Absprachenliste“ eingetragenen, angeblich abgesprochenen Projekte im Kanton Aargau sei das Sekretariat in seinem dortigen Antrag bloss in rund 15 % der Fälle vom Vorliegen einer Abrede ausgegangen.<sup>454</sup> Auch in vorliegender Untersuchung erwiesen sich [...] Anschuldigungen gegen Hüppi sofort als nachweislich falsch. Bezüglich der Fälle [...] behauptete die Selbstanzeigerin gestützt auf die „Absprachenliste“, Hüppi habe den Zuschlag bekommen, was aber nicht der Fall sei. Dies belege, dass die „Absprachenliste“ als Beweismittel nicht taue. Sodann habe der Verfasser der Liste in der

<sup>448</sup> Siehe act. [...].

<sup>449</sup> Siehe act. [...].

<sup>450</sup> Fälle [...].

<sup>451</sup> Rz 176.

<sup>452</sup> Siehe ausführlicher dazu [...].

<sup>453</sup> Hüppi (act. [...]), Schiess (act. [...]), Kern (act. [...]), Walo (act. [...]) und Keller-Frei (act. [...]).

<sup>454</sup> Bei dieser Zahl sei im Übrigen noch nicht einmal berücksichtigt, in wie vielen Fällen die WEKO oder das BVGer eine andere Würdigung als das Sekretariat vornehme und deshalb vom Nichtvorliegen von Abreden ausgehe.

parallelen Untersuchung angegeben, die Liste enthalte nur Projekte, bei welchen die Selbstanzeigerin Stützofferten eingereicht habe. Doch in der Liste seien auch Projekte aufgeführt, bei welchen die Selbstanzeigerin einen Schutz erhalten habe. Eine Erklärung für diese Diskrepanz werde nicht gegeben. Die „Absprachenliste“ scheine eine reine Marktbeobachtungsliste zu sein, in welche die Selbstanzeigerin eintrug, wer bei den von ihr beobachteten Projekten jeweils den Zuschlag erhielt. Andernfalls hätte die Selbstanzeigerin nämlich keinen Grund gehabt, neben der „Absprachenliste“ noch zusätzliche Reihenfolgelisten<sup>455</sup> zu führen. Die Aussagen der Selbstanzeigerin, auch über den Inhalt der „Absprachenliste“, müssten vor dem Hintergrund der durch die Hausdurchsuchung entstandenen Notsituation gesehen werden. Hinsichtlich der angeblichen Abgabe von Stützofferten durch andere Bauunternehmen besage die Liste nichts.

215. Die Überzeugungskraft der „Absprachenliste“ wurde in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ebenfalls in Frage gestellt. Die WEKO prüfte diese Vorbringen eingehend und es kann weitgehend auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>456</sup> Hier sei Folgendes festgehalten:

216. Bezüglich Erstellungszeitpunkt der Liste bzw. Vornahme der Eintragungen ist zunächst festzustellen, dass die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ anlässlich der Hausdurchsuchung ausgehändigt wurde.<sup>457</sup> Sie hat in diesem Zeitpunkt also bereits bestanden und es kann daher ausgeschlossen werden, dass sie nur für die Selbstanzeige erstellt wurde. Gemäss Verfasser der Liste hat er diese im Zeitraum vom 24. März 2006 bis zum 8. Juni 2009 geführt.<sup>458</sup> Zum genauen Zeitpunkt der Eintragungen führte der Verfasser der Liste aus, er habe diese jeweils unmittelbar nach einer Absprachesitzung, d.h. in den folgenden 24 bis 48 Stunden, vorgenommen, was in der Regel vor der Zuschlagserteilung gewesen sei.<sup>459</sup> Die Liste sei nicht nachträglich geführt worden, sondern dann, als die Abreden stattfanden.<sup>460</sup> Dieser angegebene Eintragungszeitpunkt stimmt auch mit dem vom Verfasser mit der Liste verfolgten Zweck überein. Er habe die Liste geführt, damit er in etwa eine Übersicht gehabt habe, wem er Schutz erteilt habe. Er habe darin jeweils aufgeführt, wenn er jemandem einen Schutz erteilt habe. Aus den Offertöffnungsprotokollen sehe man ja dann, ob die Absprache auch geklappt habe.<sup>461</sup> Die Liste habe ihm dazu gedient, damit er bei den Besprechungen besser habe mitreden können, wer an der Reihe sei.<sup>462</sup> Dass die Eintragungen nicht erst nach Offertöffnung vorgenommen wurden, und insbesondere dass es sich bei der Liste nicht um eine Marktbeobachtungsliste handelt, wird durch zwei weitere Punkte bekräftigt. Zum einen finden sich darin auch Projekte eingetragen, bei welchen die Submission abgebrochen wurde und es daher gar nicht zu einem Zuschlag kam.<sup>463</sup> Dies spricht dafür, dass die Eintragungen eben bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgten. Zum anderen entsprechen die eingetragenen Summen den ungefähren von der Selbstanzeigerin offerierten Beträgen, nicht denjenigen der preislich bestplatzierten Bauunternehmen gemäss Offertöffnungsprotokoll. Für eine Marktbeobachtungsliste macht dies aber keinen Sinn, denn in

einer solchen würde der Betrag der besten Konkurrenzofferte eingetragen, den es ja zu beobachten gilt. Zudem würden auch die selber erhaltenen Ausschreibungen durchgängig in einer solchen Marktbeobachtungsliste aufgeführt, wie ein Vertreter von Hüppi selber festhält.<sup>464</sup> Dass die Selbstanzeigerin neben der „Absprachenliste“ noch weitere Reihenfolgelisten geführt hat, spricht ebenfalls nicht dafür, dass die „Absprachenliste“ eine Marktbeobachtungsliste wäre. Denn diese Reihenfolgelisten beziehen sich spezifisch auf diejenigen Fälle, in welchen eine regelrechte Kerngruppe von sich absprechenden Bauunternehmen bestand und diese Absprachen einer gewissen Systematik – eben einer Reihenfolge – folgten, während in der „Absprachenliste“ grundsätzlich alle (ev. mit Lücken, dazu nachfolgend Rz 218) Absprachen eingetragen wurden. Die WEKO erachtet es daher als bewiesen, dass die „Absprachenliste“ fortlaufend geführt wurde und die Eintragungen jeweils nach dem Treffen einer Vereinbarung vorgenommen wurden. Zudem hat sie keine Zweifel daran, dass die Selbstanzeigerin in der „Absprachenliste“ jeweils dasjenige Bauunternehmen eintrug, dem es gestützt auf eine entsprechende Absprache einen Schutz erteilte. Ob die Abrede auch funktionierte, mithin das geschützte Unternehmen auch effektiv den Zuschlag erhielt, darüber besagt die „Absprachenliste“ demgegenüber nichts. Dies, weil der Verfasser der Liste diese nicht jeweils nachträglich mit dem Offertöffnungsprotokoll verglich und allenfalls eine Korrektur der Liste vornahm, falls ein Schutz nicht geklappt haben sollte. Dass Hüppi den Zuschlag in [...] Fällen nachweislich nicht bekommen hat, vermag daher die Überzeugungskraft der „Absprachenliste“ nicht zu schmälern.<sup>465</sup>

217. Die Liste enthält die Spalten „Bauherr“, „Bauobjekt“, „Summe“, „Mitbewerber“ sowie „Datum“. Beim eingetragenen „Mitbewerber“ handelt es sich gemäss Verfasser der Liste um die geschützte Baugesellschaft.<sup>466</sup> In den allermeisten Fällen – jedenfalls dann, wenn es sich beim Bauherrn um die öffentliche Hand mit entsprechenden Dokumentationspflichten gehandelt hat – lässt sich gestützt auf diese Angaben das betroffene Projekt ermitteln. Anhand der Offertöffnungsprotokolle lässt sich sodann feststellen, welche Bauunternehmen beim fraglichen Projekt effektiv eine Eingabe gemacht haben und welchen Preis sie dabei eingaben. Damit kann zum einen verifiziert werden, ob die geschützte Gesellschaft in

<sup>455</sup> Gemeint sind die Reihenfolgelisten [...].

<sup>456</sup> RPW 2012/2, 284 ff. Rz 70 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>457</sup> RPW 2012/2, 284 Rz 70, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>458</sup> Siehe [...] act. [...].

<sup>459</sup> RPW 2012/2, 284 Rz 72, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>460</sup> Act. [...].

<sup>461</sup> Act. [...].

<sup>462</sup> Act. [...].

<sup>463</sup> Dies betrifft die Fälle [...].

<sup>464</sup> Siehe act. [...].

<sup>465</sup> In Zweifel gezogen werden kann deswegen einzig die entsprechende Angabe in der Selbstanzeige.

<sup>466</sup> Act. [...].

der Tat die preislich günstigste Offerte abgegeben hat, und zum anderen, ob die Selbstanzeigerin in der Gröszenordnung des in ungefährer Höhe vereinbarten Stützbetrags, jedenfalls aber höher als die geschützte Gesellschaft, offeriert hat. Es trifft zu, dass als „Mitbewerber“ vereinzelt (betreffend Kanton Zürich [...]) die Selbstanzeigerin selber aufgeführt ist, sie es also war, die einen Schutz erhielt. Anlässlich der Anhörung durch die WEKO erläuterte der Verfasser der Liste seine diesbezügliche Handhabung und insbesondere seinen „Praxiswechsel“.<sup>467</sup> Diese Ausführungen sind glaubhaft und stimmig, insbesondere ist ohne Weiteres nachvollziehbar und auch naheliegend, dass eigene Schutznahmen besser memorisiert bleiben als die Abgabe von Stützofferten.

218. Was die angebliche Fehlerhaftigkeit der „Absprachenliste“ betrifft, so ist es in der Tat so, dass ihr Verfasser angibt, diese sei ein besserer Notizblock für ihn gewesen und sie könne Lücken aufweisen, sie dürfte aber ziemlich vollständig sein.<sup>468</sup> Auch trifft es zu, dass diese Liste nicht für die Verwendung in einem Kartellverwaltungsverfahren erstellt wurde, was der Verfasser denn auch bestätigt, wenn er ausführt, er habe nie gedacht, dass diese Liste so verhängnisvoll würde.<sup>469</sup> Unzutreffend ist es jedoch, wenn aus der allfälligen Unvollständigkeit der Liste geschlossen würde, die vorgenommenen Einträge seien fehlerhaft. Denn aus dem einen ergibt sich nicht das andere. Ob es möglich sei, dass er ein nicht abgesprochenes Projekt in der Liste eingetragen habe, beantwortete der Verfasser der Liste in der parallelen Untersuchung mit „Nein. Ich habe sicher nichts eingetragen einfach ohne Grund. Also, alles was da eingetragen ist, da habe ich mit einem Unternehmer darüber gesprochen“.<sup>470</sup> Dass der Verfasser keine unzutreffenden Eintragungen vorgenommen hat, stimmt auch mit dem von ihm mit der Liste verfolgten Zweck überein. Denn er hätte an den Absprachebesprechungen sehr rasch an Überzeugungskraft eingebüsst und seine Glaubhaftigkeit sowie seine Verhandlungsposition verspielt, wenn er nicht abgesprochene Projekte als abgesprochene ins Feld geführt hätte. Es ging ihm bei der Liste ja gerade darum, möglichst zuverlässig darüber im Bild zu sein, was gelaufen ist. Die WEKO hat daher keine Zweifel daran, dass Eintragungen nur erfolgten, wenn der Verfasser der Liste einen Grund dafür hatte, wenn m.a.W. eine Absprache getroffen wurde. Dass sich die „Absprachenliste“ in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ in der weit überwiegenden Zahl der Fälle als nachweislich falsch erwiesen habe, trifft nicht zu. Es kann auf die diesbezüglich, an anderer Stelle bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.<sup>471</sup>

219. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die „Absprachenliste“ von durchschlagender Beweiskraft ist. Nach Ansicht der WEKO bestehen keine nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass bei den eingetragenen Projekten jeweils eine Absprache zwischen der Selbstanzeigerin und dem eingetragenen „Mitbewerber“ erfolgte, wonach die Selbstanzeigerin zusagte, diesen beim fraglichen Projekt zu schützen.<sup>472</sup> Sofern die Selbstanzeigerin ausnahmsweise selbst als „Mitbewerber“ eingetragen ist, ist bewiesen, dass sie für sich selbst einen Schutz organisierte.

### B.6.3.4 Schutznahmen der Selbstanzeigerin

220. Birchmeier reichte eine Selbstanzeige ein,<sup>473</sup> welche – da die diesbezüglichen Voraussetzungen allesamt erfüllt sind<sup>474</sup> – zu einem vollständigen Sanktionserlass gegenüber dieser Partei führt. In Anbetracht der so oder so nicht erfolgenden Sanktionierung dieser Partei wird in Anlehnung an die im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ gewählte Vorgehensweise<sup>475</sup> aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausführliche Wiedergabe und Schilderung der Projekte verzichtet, bei welchen Birchmeier Schutznehmerin war und dementsprechend primär sie einen Umsatz generierte. Es wird stattdessen nachfolgend ein ausgesuchtes Beispiel dargestellt,<sup>476</sup> in welchem Birchmeier Schutznehmerin war. Anschliessend folgt – vor allem vor dem Hintergrund der sanktionsrechtlichen Relevanz der Abgabe von Stützofferten – unter Bezeichnung der jeweils schützenden Gesellschaften eine Übersicht über die weiteren Projekte, bei welchen dies der Fall war.

221. Die Selbstanzeigerin bringt vor, beim ausgesuchten Beispiel handle es sich nicht um einen typischen Fall einer Schutznahme von ihr. Denn einzig bei diesem Projekt, habe eine Kerngruppe von sich absprechenden Unternehmen bestanden, wobei sie selber im Übrigen nicht Teil dieser Kerngruppe gewesen sei. Bei allen übrigen Schutznahmen von ihr habe demgegenüber keine Kerngruppe bestanden; es handle sich daher um eine absolute Ausnahmeerscheinung.

222. Es trifft zu, dass einzig bei dieser Schutznahme der Selbstanzeigerin eine Kerngruppe sich absprechender Unternehmen involviert war und nur bei dieser die Absprachen mit einer gewissen Systematik erfolgten, während die übrigen Schutznahmen der Selbstanzeigerin eher zufällig geschlossen wurden. Es trifft daher auch zu, dass es sich beim nachfolgend dargestellten Fall nicht um ein typisches Beispiel einer Schutznahme durch die Selbstanzeigerin handelt. Gleichwohl verzichtet die WEKO darauf, eine andere Schutznahme als –

<sup>467</sup> Eine allfällige Aussage des Verfassers der Liste in der parallelen Untersuchung, wonach er nur Stützofferten der Selbstanzeigerin in der Liste eingetragen habe, vermag die Beweiskraft der „Absprachenliste“ nicht in Frage zu stellen, sondern kann höchstens Zweifel an der entsprechenden Aussage, zumindest an deren Absolutheit, begründen, so sie denn so auch effektiv gemacht wurde, was mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht abgeklärt zu werden braucht.

<sup>468</sup> Act. [...].

<sup>469</sup> Act. [...].

<sup>470</sup> RPW 2012/2, 285 f. Rz 86, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>471</sup> Siehe Rz 100.

<sup>472</sup> Sei es durch eine Stützofferte, sei es ausnahmsweise durch eine bid suppression.

<sup>473</sup> Siehe Rz 39 f.

<sup>474</sup> Siehe Rz 999 ff.

<sup>475</sup> Siehe RPW 2009/3, 205 f. Rz 62, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>476</sup> So auch die Vorgehensweise in RPW 2009/3, 205 f. Rz 62, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

zugegebenermassen typischeres – Beispiel einer Schutznahme durch die Selbstanzeigerin darzustellen. An diesem Beispiel hält sie fest, gerade weil es sich hierbei um diejenige Schutznahme der Selbstanzeigerin handelt, bei welcher diese Kerngruppe involviert war. Denn bei den übrigen Fällen, bei welchen diese Kerngruppe ebenfalls beteiligt war, muss ohnehin auch auf dieses Projekt und die dazu gemachten Ausführungen und Unterlagen Bezug genommen und diese dargelegt werden. Der grösste prozessökonomische Gewinn wird dementsprechend dadurch erzielt, wenn dieser Fall bereits hier ausführlich dargestellt wird.

#### B.6.3.4.1 Fall [...]

[Hinsichtlich der bei den einzelnen Fällen vorgenommenen Abdeckungen orientiert sich diese Publikation grundsätzlich an der bereits erfolgten Veröffentlichung in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“. Die Einzelsubmissionsabsprachen liefern dabei regelmässig nach ungefähr demselben Schema ab, weshalb aus prozessökonomischen Gründen sowie der besseren Lesbarkeit halber auf eine Schwärzung und Wiedergabe eher repetitiver Passagen bei der Publikation der im Original über 350 Seiten umfassenden Verfügung verzichtet wird. Solche Auslassungen sind an entsprechender Stelle gekennzeichnet.]

223.–242. [...]

#### C. Beweismwürdigung vor Versand des Antrags

243. Es ist durchaus so, dass eine Selbstanzeigerin – um in den Genuss einer Sanktionsbefreiung oder -reduktion zu kommen – ein handfestes Interesse daran hat Aussagen zu machen. Da das Aussageverhalten der Selbstanzeigerin (auch) von Eigennutz getrieben ist, wird der „(...) *Kronzeuge [als] ein strukturell unzuverlässiger Zeuge (...)*“ bezeichnet.<sup>477</sup> Dies ist zunächst insofern zu präzisieren, als dass es sich bei der Selbstanzeigerin nicht um eine Zeugin im prozessualen Sinne handelt, sondern um eine „Angeschuldigte“ bzw. eine Partei.<sup>478</sup> Aussagen (oder die Verweigerung von Aussagen) von „Angeschuldigten“ bzw. einer Partei sind immer (auch) von Eigennutz getrieben. Dieser Interessenlage muss man sich entsprechend bei der Würdigung der Aussagen der Selbstanzeigerin ebenso bewusst sein wie bei der Würdigung von Aussagen anderer „Angeschuldigte“ bzw. Parteien. Mehr noch, die Interessenlage der befragten Person ist sogar immer als ein Aspekt bei der Aussagenwürdigung zu berücksichtigen, namentlich auch bei der Würdigung von Zeugenaussagen, denn auch Zeugen können von ihren Interessen her in eine Richtung tendieren, weshalb es letztlich keine generell-abstrakt feststellbare Korrelation zwischen der Rolle des Befragten und dem Wahrheitsgehalt von dessen Aussagen gibt.<sup>479</sup> Ein Interesse daran, unzutreffende Aussagen zu machen, wird nun allerdings durch das Selbstanzeigesystem nicht geweckt – durch ein Geständnis zusätzlicher, aber fiktiver Vorfälle fällt die Sanktionsreduktion nämlich nicht grösser aus. Vielmehr hat eine Selbstanzeigerin im Vergleich zu anderen „Angeschuldigten“ bzw. Parteien sogar ein geringeres Interesse daran, unzutreffende (belastende) Aussagen zu machen. Denn Falschaussagen der Selbstanzeigerin könnten (und sollten) ohne Weiteres als mangelhafte Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde bewertet werden, was die

Sanktionsbefreiung oder -reduktion auf das Wesentlichste gefährden würde<sup>480</sup> und damit nicht im Interesse der Selbstanzeigerin ist, während unzutreffende Aussagen von anderen „Angeschuldigten“ bzw. Parteien für diese nicht mit solch negativen Folgen verbunden sind.

244. Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Ausführungen der Selbstanzeigerin zu würdigen: Die Ausführungen des anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige [...] Befragten erfolgten in freier Schilderung. Die Äusserungen folgen nur teilweise einer chronologischen Ordnung, gleichwohl sind sie jederzeit in sich stimmig und schlüssig. Die Erzählungen sind eingebettet in bestimmte örtliche Gegebenheiten (beispielsweise, bei wem die Sitzungen stattfanden) und es werden auch spontan Erinnerungslücken oder -unsicherheiten eingestanden. Der Befragte sucht nicht, den Tatbeitrag der [Selbstanzeigerin] im Vergleich zu denjenigen anderer Baugesellschaften kleinzureden oder die Rolle der anderen beteiligten Baugesellschaften aufzubauschen. Der Befragte schildert ferner emotionale Eindrücke, etwa, dass er über das Verhalten der einheimischen Bauunternehmen erstaunt gewesen sei, oder dass er schon bezweifelt habe, überhaupt in das System zu kommen. Andererseits dramatisiert der Befragte das systematische Verhalten auch nicht, sondern hält fest, dass es aus seiner Sicht keinen Unterschied mache, ob er dort oder sonstwo einen Schutz bekommen oder zugestanden habe. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten sind aufgrund des Gesagten glaubhaft.

245. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] werden sodann durch die vom Befragten eingereichten [vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokumente] gestützt. [...] Auch das Offertöffnungsprotokoll steht im Einklang mit den Äusserungen der [Selbstanzeigerin] und stützt diese. Mit der Aufführung dieses Projekts in der Selbstanzeige als ein abgesprochenes Projekt schliesst sich sodann der Kreis.<sup>481</sup>

246. Bloss ergänzend ist anzumerken, dass aufgrund des Aussageverhaltens des anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige [...] Befragten ausgeschlossen werden kann, dass es [der Selbstanzeigerin] mit der Selbstanzeige und ihrer weiteren Kooperation darum ging, Konkurrenten „in die Pfanne zu hauen“ und diese mehr als in der Natur der Sache liegend zu belasten. Glaubhaft schilderte der Befragte [den] Gewissenskonflikt, den [die Selbstanzeigerin] bei der Einreichung der Selbstanzeige [...] gehabt habe.<sup>482</sup> Einerseits wollte

<sup>477</sup> DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 695.

<sup>478</sup> Zutreffend ZIMMERLI (vorangehende Fn), 694 f.

<sup>479</sup> So GIOVANNONE (Fn. 329), 1064.

<sup>480</sup> Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG e contrario. Ebenso im Übrigen die Rechtsprechung in der EU, siehe etwa Urteil des EuG vom 3.3.2011 T-110/07, *Siemens AG/Kommissionen*, Slg. 2011 II-477 Rz 65 m.w.H.

<sup>481</sup> Bloss ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ (RPW 2012/2, 270 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau) die Angaben der Birchmeier, welche auch dort Selbstanzeigerin ist, ebenfalls durch weitere Beweismittel bekräftigt wurden und sich deren Zutreffen auch dort bestätigt hat (siehe 286 f. Rz 88 ff., insbesondere Rz 90, der genannten Verfügung).

<sup>482</sup> Act. [...].

[die Selbstanzeigerin] mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren, andererseits wollte [die Selbstanzeigerin] die anderen Baugesellschaften auch nicht „verraten“. Wenn er ausführt, es habe [die Selbstanzeigerin] beruhigt, dass auch andere Bauunternehmen teilweise Unterlagen zu Absprachen erstellt hätten,<sup>483</sup> heisst dies nichts anderes, als dass [die Selbstanzeigerin] froh darüber ist, dass die belastenden Ausführungen [von ihr] durch weitere Beweismittel gestützt werden und nicht [ihr] (zumindest nicht ihr allein) von den Konkurrenten einfach „die Schuld in die Schuhe geschoben werden kann“, wenn es zu Sanktionen gegen sie kommen sollte. Bei [der Selbstanzeigerin] handelt es sich nach dem Gesagten keineswegs um eine gegenüber ihren ehemaligen Abrededepartnern ohne moralische Gewissensbisse knallhart kalkulierende Baugesellschaft, die ihre Konkurrenten im Rahmen dieser kartellrechtlichen Untersuchung zu schädigen sucht, wie dies von [einer anderen Partei], wenn auch ohne Namensnennung, in den Raum gestellt wird.<sup>484</sup>

247.–252. [...]

#### **D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel**

253. [...]

254. [Eine Partei] äussert sich in ihrer Stellungnahme zunächst allgemein, also losgelöst von einem konkreten Fall, zur – aus ihrer Sicht fehlenden – Beweiskraft der Aussagen der Selbstanzeigerin sowie der von dieser eingereichten handschriftlichen Notizen. Die diesbezügliche Beweismittelwürdigung sei voreingenommen erfolgt und auch in der Sache nicht gerechtfertigt: Zunächst sei zu bedenken, dass die umfassende Kooperationspflicht einer Selbstanzeigerin dazu führe, dass diese lieber einen Verdacht zu viel äussere als einen zu wenig. Eine Selbstanzeigerin habe ein Interesse an Bezichtigungen aller Art, da dieses Vorgehen für sie weitestgehend risikolos sei – werde auf eine Abrede geschlossen, sei sie sanktionsbefreit, werde eine solche verneint, entfalle eine Sanktion ebenfalls. Die Selbstanzeigerin räume zudem in ihrer Selbstanzeige selber ein, dass ihre Angaben nicht zuverlässig seien, indem sie ausführe, diese könnten lückenhaft sein, hätten aus dem Gedächtnis abgerufen bzw. rekonstruiert werden müssen und es sei nicht mehr möglich gewesen, zu allen Projekten Informationen und Unterlagen zu finden. Diese Unzuverlässigkeit werde etwa bei Fall [...] bestätigt, bei welchem die Selbstanzeigerin angibt, eine Offerte in bestimmter Höhe eingereicht zu haben; gemäss Offertöffnungsprotokoll habe sie jedoch keine Offerte eingereicht. Weiter komme hinzu, dass die Selbstanzeigerin in der parallelen Untersuchung selber ausgeführt habe, nicht mehr sagen zu können, wer geschützt habe und wer nicht, ohne dabei das Offertöffnungsprotokoll zu sehen. Die Selbstanzeigerin vermute daher einfach, dass es bei einem nicht näher spezifizierten Grossteil der Fälle auf der „Absprachenliste“ zu Abreden gekommen sei. Zudem vermute sie alsdann, dass alle auf dem Offertöffnungsprotokoll aufgeführten Bauunternehmen an der Abrede beteiligt gewesen seien. Habe die Selbstanzeigerin das Offertöffnungsprotokoll nicht mehr, mache sie in der Selbstanzeige auch keine Angaben dazu, wer sonst noch neben ihr und der geschützten Gesellschaft an der Abrede

beteiligt gewesen sein soll. Solche Spekulationen seien kein rechtsgenügender Beweis. Ferner würden auch die generischen und rudimentären Ausführungen in der Selbstanzeige zeigen, dass die Selbstanzeigerin keine authentische Erinnerung mehr an die einzelnen gemeldeten Projekte habe. So könne sie beispielsweise bei [einer anderen Partei] nicht einmal eine Kontaktperson angeben. [...]

255.–258. [...]

259. [Eine andere Partei] nimmt in ihrer Stellungnahme zunächst allgemein, also losgelöst von einem konkreten Fall, zur Aussagewürdigung im Rahmen der Beweismittelwürdigung vor Versand des Antrags Stellung. Sie führt aus, diese sei sehr einseitig, da die Aussagen der Selbstanzeigerin durchwegs als glaubhaft gewertet würden, während die Aussagen der übrigen beteiligten Bauunternehmen als unglaubhaft beurteilt würden. Dies lasse Zweifel an der Unvoreingenommenheit aufkommen. Zudem sei den Motiven der Selbstanzeigerin nicht im Einzelnen nachgegangen worden. Denn es könne durchaus sein, dass eine Selbstanzeige eingereicht werde, um den Konkurrenten zu schaden. Da es der Selbstanzeigerin darum gehe, für sich selber eine möglichst hohe Sanktionsreduktion zu erzielen, bestehe die erhebliche Gefahr, dass sie falsche oder tendenziöse Aussagen mache. Dem sei jedoch seitens der Wettbewerbsbehörden nur ungenügend nachgegangen worden.

260. Spezifisch zu diesem Fall führt [diese Partei] aus, die Beweismittelwürdigung sei sehr einseitig, da der Selbstanzeigerin geglaubt werde, welche zwar einerseits nicht Teil der behaupteten Kerngruppe gewesen sein will, andererseits aber über die Funktionsweise auch noch nach Jahren detaillierte Angaben wolle machen können. Dass den Aussagen der Selbstanzeigerin gefolgt werde, sei umso bedenklicher, da diese von allen übrigen Befragten bestritten würden. [...]

261.–262. [...]

#### **E. Gesamtwürdigung und Ergebnis**

263. Zunächst ist auf die generellen Vorbehalte gegenüber dem Beweiswert der Aussagen der Selbstanzeigerin sowie der von ihr eingereichten Dokumente einzugehen. Aufgrund der in der SVKG statuierten Pflicht zur umfassenden Kooperation hat eine Selbstanzeigerin ein Interesse daran, wahrheitsgemäss auszusagen, denn nur dies ist als uneingeschränkte Kooperation zu werten. Sie hat deshalb ein Interesse daran, alle ihr bekannten abgesprochenen Fälle zu melden. Auch an der Meldung von Fällen, bei welchen sie sich bezüglich dem Treffen von Abreden nicht mehr sicher ist, hat sie in der Tat ein Interesse, allerdings nur unter gleichzeitiger Offenlegung

<sup>483</sup> Act. [...].

<sup>484</sup> Siehe act. [...].



ihrer diesbezüglichen Unsicherheit – dies hat die Selbstanzeigerin denn auch gemacht.<sup>485</sup> Falschaussagen, insbesondere wissentlich falsche Bezeichnungen, wären demgegenüber als mangelhafte Kooperation zu werten und würden die Reduktion oder Befreiung von der Sanktion ohne Weiteres in Frage stellen. Vor diesem Hintergrund erscheint es als eine äusserst gewagte Strategie, im Rahmen einer Selbstanzeige absichtlich falsche Anschuldigungen zu äussern, nur um damit den allfälligen Sanktionsbetrag für die beschuldigten Konkurrenten in die Höhe zu treiben und so indirekt einen Wettbewerbsvorteil für sich zu erlangen, wie dies [eine Partei] als Möglichkeit in den Raum stellt. Denn ein solches Vorgehen würde einerseits die eigene Sanktionsreduktion gefährden (so es denn überhaupt zu einer Sanktionierung käme, was nur möglich wäre, wenn nicht alle, sondern bloss einige Anschuldigungen falsch wären) und damit diesen vermeintlichen Wettbewerbsvorteil sogleich ungeschehen machen und es wäre andererseits bei der Kostenverteilung entsprechend zu berücksichtigen. Das Risiko, dass das Selbstanzeigesystem ein Interesse an falschen Bezeichnungen bei der Selbstanzeigerin hervorruft, um damit Konkurrenten mit möglichst hohen Sanktionsbeträgen zu schaden, kann daher grundsätzlich als gering eingestuft werden. In concreto bestehen jedenfalls – wie bereits ausgeführt<sup>486</sup> – keine Anzeichen dafür, dass sich die Selbstanzeigerin zu einem solchen Verhalten hätte hinreissen lassen.

264. Zur Beweiskraft der Ausführungen der Selbstanzeigerin in der Selbstanzeige sowie anlässlich deren mündlicher Ergänzung kann in genereller Hinsicht Folgendes festgehalten werden: In der Tat scheint es so, dass die Selbstanzeigerin gewisse Angaben in ihrer Selbstanzeige sowie anlässlich der Anhörung durch die WEKO – anders als anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige – aus den bei ihr vorhandenen Unterlagen rekonstruierte. Die Selbstanzeigerin legt auch offen, dass sie zuweilen so vorgegangen ist und dass sie mangels systematischer Dokumentation der Prozesse nicht mehr alles rekonstruieren könne. So fällt auf, dass sie weitere beteiligte Gesellschaften neben ihr und der Schutznehmerin in der Selbstanzeige nicht namentlich nennt, wenn sie nicht mehr über das Offertöffnungsprotokoll verfügt.<sup>487</sup> Bei manchen Projekten sind der Selbstanzeigerin aber auch Details oder Besonderheiten im Gedächtnis haften geblieben, die sie alsdann in der Selbstanzeige oder anlässlich deren mündlicher Ergänzung schilderte. Insbesondere bei eigenen Schutznahmen sind der Selbstanzeigerin mehr Einzelheiten in Erinnerung geblieben im Gegensatz zu Projekten, bei welchen sie andere Gesellschaften schützte. Soweit es um Dinge geht, die von einzelnen Projekten von übergeordneter, grundsätzlicherer Bedeutung sind, wie etwa die Absprachetätigkeit als solche, die „Absprachenliste“ und deren Erstellung und Zweck, oder die [vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokumente], so sind die Ausführungen der Selbstanzeigerin spezifischer und detailreicher. Wenn man sich vergegenwärtigt, welche Begebenheiten einer Person besser in Erinnerung bleiben und welche weniger gut, so erstaunt dies nicht weiter und ist stimmig. Die WEKO ist sich dieser Sachlage durchaus bewusst und bezieht diese denn auch gebührend in ihre Beweiswürdigung mit ein. Doch kann aus der – im Übrigen von der Selbstanzeigerin selber einge-

standenen – Lückenhaftigkeit ihrer Erinnerung resp. derjenigen ihres Vertreters nicht geschlossen werden, dass ihre Angaben bloss Spekulationen seien. Es ist vielmehr so, dass die Selbstanzeigerin gerade darauf verzichtet hat, einzelne Fälle mit Details auszuschnürcen, an die sie sich gar nicht erst erinnert. Die WEKO ist überzeugt, dass insbesondere die Ausführungen anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige, aber auch die Angaben in der Selbstanzeige selber – jedenfalls soweit die Beziehung zwischen schutznehmender Gesellschaft und der Selbstanzeigerin betreffend –, zutreffend sind.

265. Soweit den konkreten Fall anbelangend ist zunächst festzuhalten, dass es im schweizerischen Recht keine starre Beweisregel gibt, wonach eine Aussage nicht als überzeugendes Beweismittel erachtet werden könnte, nur weil diese von den übrigen Parteien bestritten wird. Wie die obigen Ausführungen zeigen, liegen hier aber ohnehin mehrere Beweismittel vor: [...]

266. Gestützt auf diese Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass hier eine Kerngruppe von sich absprechenden Gesellschaften bestand und die Absprachen nach einer bestimmten Systematik erfolgten. Alle Gesellschaften dieser Kerngruppe sowie die fallweise einbezogene Selbstanzeigerin haben jeweils mitgemacht und die zu schützende Gesellschaft auch tatsächlich geschützt.

267. [...]

#### **B.6.3.4.2 Übersicht über die weiteren Schutznahmen der Selbstanzeigerin**

268.–292. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **E. Gesamtwürdigung und Ergebnis**

293.–297. [...]

298. Bezüglich Fall [...] ist weiter auszuführen, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb ein Dokument als Beweismittel nicht verwertbar sein soll, bloss weil die Handschriften schwer leserlich sind, – einzig ist die schwere Entzifferbarkeit mit den dadurch allenfalls entstehenden mehreren Deutungsmöglichkeiten bei der Beweiswürdigung entsprechend zu berücksichtigen. Ob [eine Partei] letztlich eine Offerte abgab oder auf eine solche bewusst verzichtete (bid suppression), ist – wie bereits ausgeführt – nicht entscheidend und braucht nicht erhoben zu werden. Dass [auf dem vor Untersuchungseröffnung erstellten Dokument] neben dem Namen von [dieser Partei] eine Summe aufgeschrieben ist, stützt im Übrigen sowohl das eine wie auch das andere. Denn die Gewährung eines Schutzes kann über beide Mittel gleichermaßen erreicht werden. Zu welchem die schützende Gesellschaft greift, ist für die Geschützte

<sup>485</sup> So etwa bezüglich Fall [...], vgl. act. [...].

<sup>486</sup> Siehe Rz 246.

<sup>487</sup> So etwa bei den Fällen [...].

weniger von Belang. Es liegt vielmehr primär im Interesse der schützenden Gesellschaft, eine Stützofferte abzugeben, um so ihr (vermeintliches) Interesse gegenüber dem Bauherrn zu bekunden; will sie dies – aus welchen Gründen auch immer – jedoch lieber nicht tun und auf die Abgabe einer eigenen Offerte verzichten (bid suppression), so kann sie dies aus Sicht der geschützten Gesellschaft ebenso gut tun. Die Wahl wird also häufig der schützenden Gesellschaft überlassen. Dies bedingt jedoch, dass beim Treffen der Absprache auch der ungefähre Preis der schützenden Gesellschaft besprochen wird; so dass dieser danach beide Mittel zur Auswahl stehen. Bloss am Rande sei vermerkt, dass es naheliegend ist, dass [diese Partei] ein Angebot einreichte, da vorliegend noch Abgebotsrunden stattfanden, an welchen [diese Partei] ebenfalls beteiligt war. [...].

299.–300. [...]

### **B.6.3.5 Darstellung der einzelnen Projekte in chronologischer Reihenfolge**

#### **B.6.3.5.1 Fall [...]**

301. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B. Beweismittel vor Versand des Antrags**

302.–308. [...]

309. Zum Treffen von Vereinbarungen führte [die Selbstanzeigerin] resp. der für sie Befragte anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige allgemein aus, wenn viel Arbeit vorhanden gewesen sei, sei es eher zu Abreden gekommen, wenn wenig Arbeit vorhanden gewesen sei, habe es weniger gut geklappt. Letzteres sei vor allem im Winter und im Frühling der Fall gewesen, während Abreden im Sommer einfacher zu treffen gewesen seien.<sup>488</sup> Grundsätzlich seien Einladungsverfahren für Absprachen geradezu prädestiniert. Dies im Gegensatz zu offenen (oder selektiven) Verfahren, bei welchen es viel mehr Bewerber gebe. Ebenfalls wisse man nicht einmal genau, wer überhaupt eingebe, und es sei auch viel schwieriger, alle diese vielen Bewerber unter einen Hut zu bringen. Dort seien Abreden höchstens in Einzelfällen und oftmals über ARGE möglich, wobei er sich vorstellen könne, dass es bei ganz grossen Projekten wieder einfacher sei, Abreden zu treffen, da solche Projekte von den KMU gar nicht erst ausgeführt werden könnten. Nur in Fällen, in welchen Absprachen überhaupt möglich erschienen, habe man dies auch versucht, da die diesbezüglichen Verhandlungen ja ebenfalls mit Aufwand verbunden seien. Ungefähr in der Hälfte der Fälle, in welchen man eine Absprache habe treffen wollen, sei eine solche auch zustande gekommen. Sei man sich aber einmal einig gewesen, d.h. habe man eine Absprache getroffen, dann sei die Erfolgsquote dieser Absprachen hoch gewesen. Geschätzt seien die Abreden in ungefähr 90 % aller Fälle erfolgreich gewesen. Die in der „Absprachenliste“ aufgeführten Fälle hätten fast ausnahmslos funktioniert, wobei es im Kanton Zürich in [...] Fällen nicht geklappt habe, da der Preis zu hoch gewesen sei und der Bauherr deshalb erneut ausgeschrieben habe. Die Abweichung im Preis habe in der Regel ungefähr 3 % betragen müssen, damit eine Abrede geklappt habe.<sup>489</sup> Eine Standardfrage, wenn man um Erteilung eines Schutzes angefragt worden sei, sei gewesen, ob die anderen Baugesellschaften (bei

Einladungsverfahren die übrigen Eingeladenen) denn auch im Boot seien. Denn er wäre nicht bereit gewesen, jemandem einen Schutz zu erteilen, wenn die anderen nicht ebenfalls zur Schutzgewährung bereit gewesen wären. Diese Frage sei ihm dann am Telefon vom Anfragenden jeweils bestätigend beantwortet worden, namentlich sei ihm gesagt worden, dass die übrigen Baugesellschaften ebenfalls dabei seien.<sup>490</sup>

310.–313. [...]

#### **C. Beweismittel vor Versand des Antrags**

314. Bezüglich grundsätzlicher Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit von Angaben der Selbstanzeigerin kann vorab auf die anderorts bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden,<sup>491</sup> welchen auch vorliegend Rechnung zu tragen ist. Die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige bezüglich des Treffens von Abreden im Allgemeinen erfolgten in freier Schilderung. Sie sind in sich stimmig und schlüssig. Der Befragte schildert und erläutert eigene Verhaltensweisen wie etwa, dass er nur zur Gewährung eines Schutzes bereit gewesen sei, wenn es die Übrigen auch gewesen seien, und dass er deshalb am Telefon jeweils nachgefragt habe, wie es darum stehe. Er äussert ferner seine Gedankengänge und Überlegungen, etwa, dass er sich vorstellen könnte, dass bei ganz grossen Projekten das Treffen von Vereinbarungen wieder einfacher möglich sei, da solche die KMU gar nicht ausführen könnten. Gleichzeitig versucht er aber nicht, solche Überlegungen als gesichertes Wissen darzustellen, sondern legt offen, dass er sich dies aufgrund seiner Erfahrung und aus nachvollziehbaren Gründen vorstellen könnte. Angegebene Erfahrungswerte reichert der Befragte jeweils mit konkreten Beispielen an, in welchen es sich gerade anders verhalten habe. So nennt er etwa ein abgesprochenes Projekt, bei welchem eine Preisdifferenz von 3 % nicht gereicht habe. Auch dies ist stimmig, bleiben doch solche Ausnahmen viel besser im Gedächtnis haften, als wenn wie im Regelfall alles erwartungsgemäss abläuft. Die schlüssigen Schilderungen sind demnach selbsterlebt und die Ausführungen der [Selbstanzeigerin] resp. des für sie Befragten zur Abredetätigkeit im Allgemeinen sind aufgrund des Gesagten glaubhaft.

315.–329. [...]

#### **E. Gesamtwürdigung und Ergebnis**

330. [...] Die in Rz 309 wiedergegebenen und in Rz 314 gewürdigten Ausführungen der Selbstanzeigerin betreffen in der Tat das Treffen von Abreden in genereller Hinsicht. Sie zeigen die übliche Vorgehensweise und die zu berücksichtigenden Gegebenheiten, wodurch sie das notwendige Hintergrundwissen und Verständnis für die

<sup>488</sup> Act. [...].

<sup>489</sup> Act. [...].

<sup>490</sup> Act. [...].

<sup>491</sup> Siehe Rz 243 f. und 246.

Abläufe vermitteln. Eine spezifische Abrede zu beweisen vermögen sie für sich alleine nicht, doch wird solches auch nicht geltend gemacht. [...] Dass eine Absprache umso schwieriger zu treffen ist, je mehr Unternehmen eingeladen sind und daher einbezogen werden müssen, trifft zwar zu. Gegen das Vorliegen einer Absprache in einem spezifischen Einzelfall spricht dies jedoch nicht. Für das erfolgreiche Treffen von Abreden weit wesentlicher als die Anzahl Submittenten ist aber, ob der Kreis möglicher Submittenten von vornherein ein geschlossener ist – dies ist bei Einladungsverfahren wie hier der Fall – oder ob dieser offen ist – dies ist bei offenen und in der ersten Phase bei selektiven Verfahren der Fall. [...]

331.–332. [...]

#### **B.6.3.5.2 Fall [...]**

333.–337. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags**

338. [...]

339. Betreffend die Ausführungen von [...] anlässlich des Parteiverhörs, insbesondere bezüglich des Kerngeschehens, ist zu differenzieren. [...] Die Ausführungen des Rechtsvertreters sind ebenfalls glaubhaft, allerdings ist dabei zu berücksichtigen, auf was sich diese Glaubhaftigkeit bezieht. Es ist in der Tat davon auszugehen, dass der ehemalige Mitarbeiter gegenüber dem Rechtsvertreter von [...] die fraglichen Ausführungen so gemacht hat, wie der Rechtsvertreter sie gegenüber dem Sekretariat wiedergegeben hat – hierauf bezieht sich die Glaubhaftigkeit der Aussagewürdigung der Ausführungen des Rechtsvertreters. Zur Glaubhaftigkeit der Ausführungen des ehemaligen Mitarbeiters besagt dies allerdings nichts und diese kann mangels Konfrontation durch das Sekretariat nicht beurteilt werden. Immerhin ist anzufügen, dass die wiedergegebenen Äusserungen des ehemaligen Mitarbeiters plausibel erscheinen und insbesondere auch mit den Schilderungen des [...] Befragten bezüglich [...] aufgehen. [...]

340.–343. [...]

#### **E. Gesamtwürdigung und Ergebnis**

344. [Einer Partei] ist beizupflichten, dass die Aussagen von [...] bezüglich dieses Falls auf Hörensagen beruhen. Konkret schilderte der Anwalt von [...] das von ihm mit dem betreffenden ehemaligen Mitarbeiter von [...] geführte Gespräch. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass im schweizerischen Recht kein Verbot der Verwertung von auf Hörensagen basierenden Aussagen besteht. Dem ist jedoch bei der Beweiswürdigung entsprechend Rechnung zu tragen. Dies ist auch so erfolgt. [...]

345. [...]

#### **B.6.3.5.3 Fall [...]**

346.–370. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.4 Fall [...]**

371.–382. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel**

383. [Eine Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, die einzigen Beweismittel bei diesem Fall seien die unglaubwürdigen Anschuldigungen durch die Selbstanzeigerin sowie die „Absprachenliste“. Dem stünden die Aussagen der [...] anderen Submittenten gegenüber, welche einhellig eine Absprache bestreiten würden. Weiter wiederholt [diese Partei] bezüglich dieses Falles die zweifelhafte Aussagekraft der „Absprachenliste“. Sie bringt sodann vor, in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ erfahren haben zu müssen, wie falsch die Anschuldigungen der Selbstanzeigerin seien. Dort sei [sie] zum Glück aber durch eine andere Selbstanzeigerin entlastet worden. Hier gebe es zwar keine anderen Selbstanzeigerinnen, jedoch sei nicht einsichtig, weshalb die Aussagen der übrigen Submittenten, welche im Übrigen voll kooperiert hätten und ihren Mitwirkungspflichten nachgekommen seien, weniger glaubwürdig sein sollten als die Aussagen der Selbstanzeigerin.

384.–385. [...]

386. [Eine andere Partei] hält in ihrer Stellungnahme fest, auch hier stamme der Vorwurf aus der Selbstanzeige. Zusätzliche Beweismittel seien das Offertöffnungsprotokoll sowie die „Absprachenliste“. Letzterer sei jedoch nur zu entnehmen, dass [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] als „Mitbewerber“ eingetragen sei. Eine Beteiligung von [ihr] an der Absprache werde nur in der Selbstanzeige erwähnt. Dazu gebe es jedoch keine Daten und der Vertreter der Selbstanzeigerin sei dazu auch nicht befragt worden. Auch aus den Angaben der übrigen Submittenten lasse sich dazu nichts weiter entnehmen. Eine Teilnahme von [ihr] an einer Abrede sei aufgrund eines einzigen Indizes nicht bewiesen.

#### **E. Gesamtwürdigung und Ergebnis**

387. Es ist zunächst klarzustellen, dass die Beweiswürdigung kein mathematischer Vorgang ist, bei dem einfach zu zählen wäre, wieviele Personen einen bestimmten Sachverhalt als gegeben schildern und wieviele ihn bestreiten, worauf die Argumentation von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] aber letztlich hinausläuft. Es kommt vielmehr immer auf die Beweismittel und deren Überzeugungskraft im Einzelfall an, nicht auf deren blosse Anzahl. Zu wiederholen ist sodann, dass es im schweizerischen Recht keine starre Beweisregel gibt, wonach eine Aussage nicht als überzeugendes Beweismittel erachtet werden könnte, nur weil diese von den übrigen Parteien bestritten wird. Bezüglich der von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] in Frage gestellten Aussagekraft der „Absprachenliste“ kann auf die einleitenden Ausführungen dazu verwiesen werden.<sup>492</sup> Was das Vorbringen von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] anbelangt, wonach sie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“

<sup>492</sup> Siehe Rz 214 ff.

von der Selbstanzeigerin ebenfalls zu Unrecht angeschuldigt worden sei, kann auf die Ausführungen zur Ablehnung des in diesem Zusammenhang gestellten Beweisantrags verwiesen werden.<sup>493</sup> Wiederholt sei hier bloss, dass die dortige Anschuldigung nicht durch [die Selbstanzeigerin des vorliegenden Verfahrens] erfolgte, sondern durch eine andere Selbstanzeigerin, welche in vorliegender Untersuchung gar nicht Partei ist; für vorliegende Untersuchung ist dieses Vorbringen von [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] daher ohne Belang.

388. Für die WEKO steht daher gestützt auf die vorhandenen Beweismittel ausser Zweifel, dass in vorliegendem Fall eine Absprache getroffen wurde und die Selbstanzeigerin absprachegemäss [der in Rz 383 wiedergegebenen Partei] einen Schutz erteilte.

389. [Die in Rz 386 wiedergegebene Partei] bestreitet, dass eine Absprachebeteiligung von ihr und die Einreichung einer Stützofferte durch sie bewiesen seien. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass das grundsätzliche Bestehen einer Absprache als solcher und insbesondere eine Schutznahme durch [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] sowie eine Schutzerteilung durch die Selbstanzeigerin, wie zuvor ausgeführt, zweifelsfrei bewiesen ist. Weiter steht fest, wie solche Absprachen in der Praxis getroffen werden und wie sie funktionieren. Namentlich ist evident, dass für den Erfolg von Absprachen zentral ist, dass alle Submittenten einbezogen werden. Zwar ist denkbar, dass auch Absprachen erfolgreich sind, bei welchen nicht alle Submittenten für die Absprache gewonnen werden konnten, doch ist das Risiko des Scheiterns einer solchen Absprache ausgesprochen gross, gerade weil die Absprache dazu führt, dass von den Abredeteilnehmern nicht Marktpreise, sondern eben überhöhte Preise eingegeben werden. Deshalb bieten sich Einladungsverfahren, bei welchen der Kreis der möglichen Submittenten von vornherein geschlossen ist, für das Treffen von (erfolgreichen) Absprachen besonders an. Hier weiss der Schutzsuchende – im vorliegend relevanten Zeitraum u.a. aufgrund des Meldesystems des SBV – abschliessend, welche Unternehmen eingeladen sind und mit wem er infolgedessen auch die Absprache treffen muss. Dass es sich um eine Selbstverständlichkeit handelt, dass alle Submittenten in die Absprache eingebunden werden, bestätigen auch die Ausführungen der Selbstanzeigerin. Sie hält fest, am Telefon jeweils nachgefragt zu haben, ob denn die übrigen Submittenten ebenfalls im Boot seien, was ihr denn auch vom jeweiligen Schutzsuchenden bestätigt worden sei. Diesbezüglich merkt [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] zwar zu Recht an, dass vom Schutzsuchenden eine solche Bestätigung an sich nur mit Sicherheit erteilt werden könnte, wenn er die Selbstanzeigerin immer als Letzte kontaktierte, was nicht, jedenfalls nicht immer, der Fall gewesen sein wird. Nichtsdestotrotz bestätigt dies aber, dass allen Beteiligten und insbesondere den jeweiligen Schutznehmenden bewusst war, dass alle Submittenten in die Abrede einbezogen werden müssen. In der Praxis wurde und wird dies denn auch entsprechend gehandhabt, was sich insbesondere auch im Erfolg einer Absprache manifestiert. Aus dem Offertöffnungsprotokoll wird sodann ersichtlich, dass die geschützte [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] die preislich billigste Offerte einreichte und [die in Rz 386 wiedergegebene Partei]

ebenso wie die übrigen Submittenten höhere Offerten abgaben. Hervorgehoben sei diesbezüglich die auffällig grosse Differenz zwischen dem preislich günstigsten Angebot der geschützten [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] und den übrigen Angeboten, welche unter sich preislich relativ nahe beieinander liegen. Dies ist ein für abgesprochene Projekte geradezu typisches Bild, gilt es doch mit der Differenz zum preislich günstigsten Angebot die Zuschlagserteilung an die geschützte Gesellschaft zu steuern und sicherzustellen. Ferner ist bewiesen, dass [die in Rz 383 wiedergegebene Partei] den Zuschlag erhielt, wie es in Anbetracht der Ergebnisse gemäss Offertöffnungsprotokoll zu erwarten war. Die Abrede war also erfolgreich. Hinzu kommt schliesslich, dass die Selbstanzeigerin in der Selbstanzeige festhält, [die in Rz 386 wiedergegebene Partei] sei an der Abrede beteiligt gewesen. Von entscheidender Bedeutung ist diese Angabe in beweismässiger Hinsicht allerdings nicht, dürfte sie doch realistischerweise auf die Angaben im Offertöffnungsprotokoll zurückzuführen sein, anhand dessen die Selbstanzeigerin den Fall rekonstruierte.

390. Aufgrund der vorhandenen Beweismittel und deren Würdigung wie hiavor ausgeführt, ist für die WEKO daher bewiesen, dass in vorliegendem Fall auch [die in Rz 386 wiedergegebene Partei] (ebenso wie die weiteren Submittenten) an der Absprache beteiligt war und diese auch einhielt, indem sie eine Stützofferte abgab. Gegen die dergestaltige Verwirklichung des Sachverhalts sprechen bloss theoretische – und als solche immer mögliche – Zweifel, welche jedoch nicht entscheidend sind und das Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermögen.

391. [...]

#### **B.6.3.5.5 Fall [...]**

392.–400. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel**

401. [Eine Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, sie [...] habe im Auftrag des Bauherrn die Devis erstellt und für die Arbeiten eine Offerte eingereicht. Diese sei mit grossem Interesse gerechnet worden. [Ihr] sei damals nicht bewusst gewesen, dass sie die einzige Unternehmung sei, die diese Arbeiten offerieren durfte, was auch die angebotenen Rabatte zeigen würden. Nach Offertabgabe sei sie vom Bauherrn aufgefordert worden, eine zweite Offerte für ihn einzuholen. Dies hätte der Bauherr auch selber tun können, dann hätte [sie] keine Kenntnis von der Einholung einer zweiten Offerte gehabt. [Sie] habe aus diesem Grund dann die E-Mail an [eine andere Partei] gesandt mit dem Kommentar, die Offerte ein wenig zu ändern und einzugeben. [Sie] sei jedoch nicht informiert gewesen, wie die Offerte geändert und eingegeben wurde. Der Bauherr habe den Pauschalpreis akzeptiert. Der zuständige Bauleiter, welcher der Baukunst kundig sei, habe also die Offerte von [ihr] als marktüblich beurteilt, was auch an den gewährten Rabatten erkennbar sei. Damit sei bewiesen, dass [sie] bei Offertabgabe keine Absprache getätigt und eine konkurrenzfähige Offerte eingereicht habe.

<sup>493</sup> Siehe Rz 103.

402. [...]

### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

403. Die Schilderung von [der in Rz 401 wiedergegebene Partei] stimmt weitestgehend mit dem Beweisergebnis vor Versand des Antrags überein. Fest steht, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] im Auftrag des Bauherrn die Devis erstellte und offerierte. Dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] eine abredefreie Offerte unterbreitete, steht aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten ebenfalls fest. Allerdings konnte [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] aufgrund des Auftragsvolumens sowie der Tatsache, dass sie die Devis erstellte, aus Sicht der WEKO davon ausgehen, dass sie die einzige angefragte Bauunternehmung war. Denn es wäre aussergewöhnlich, wenn ein Bauherr bei Aufträgen in dieser Grössenordnung gleich mehrere Bauunternehmen mit der Erstellung von je eigenen Devis beauftragt und so diesen einen entsprechenden, nicht unwesentlichen Aufwand zugemutet hätte. Die offerierten Rabatte besagen insofern nichts, denn es ist für ein Bauunternehmen unter dem Strich einerlei, ob es einen tiefen Bruttopreis ohne Rabatte oder einen höheren Bruttopreis kombiniert mit Rabatten offeriert. Es wird die Vorgehensweise wählen, die sie aus seiner Sicht beim Bauherrn besser dastehen lässt – der Nettopreis bleibt in beiden Fällen derselbe. Weiter erachtet es die WEKO als bewiesen, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] vom Bauherrn den Auftrag erhielt, [einer anderen Partei] die Devis zuzustellen. Dass der Bauherr [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] beauftragt hätte, [der anderen Partei] nicht nur die Devis, sondern gleich ihre ganzen Offerten mit Beträgen zuzustellen, wird von [der in Rz 401 wiedergegebenen Partei] aber zu Recht nicht geltend gemacht und für ein solch widersinniges Verhalten des Bauherrn bestehen denn auch keine Anhaltspunkte. Dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] [der anderen Partei] ihre ausgefüllten Offerten zukommen liess, lässt sich eben nur mit dem Vorliegen einer entsprechenden Abrede erklären, wonach [die andere Partei] höher eingeben sollte. [Die andere Partei] gab denn auch höher ein als [die in Rz 401 wiedergegebene Partei], was wiederum aus ökonomisch rationaler Sicht unsinnig wäre, würde diesem Verhalten nicht eine entsprechende Abrede zu Grunde liegen. Dass in der E-Mail nicht explizit zur Eingabe einer höheren Offerte aufgefordert wurde, ändert aus Sicht der WEKO am Beweisergebnis nichts, denn es kommt darauf an, dass die Parteien gewusst und gewollt zusammenwirkten, und nicht auf die Worte, in welche sie dies kleideten. Jede andere Beurteilung würde geradezu zu einer – im Übrigen sehr einfachen – Umgehung der kartellrechtlichen Bestimmungen einladen. Dass [die andere Partei] die E-Mail und insbesondere die Zusendung der ausgefüllten Offerten „richtig“ verstand, belegt denn auch ihre eigene, höhere Eingabe. Die Abrede bewirkte vorliegend zwar nicht, dass [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] einen abgesprochenen Preis eingegeben hätte (die Abrede wurde ja erst nach Offerteingabe von [der in Rz 401 wiedergegebenen Partei] getroffen), sie hatte aber zur Folge, dass die vom Bauherrn gewollte Konkurrenzsituation durch eine zweite Offerte eines anderen Bauunternehmens unterbunden wurde. Es wurde damit verhindert, dass [die andere Partei] eine womöglich preislich

günstigere Offerte eingab, wodurch zumindest die Zuschlagserteilung an [die in Rz 401 wiedergegebene Partei] gesteuert und damit die Zuteilung des Geschäftspartners erreicht wurde. Auch bei einer solchen Abrede handelt es sich um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Dazu, dass die Möglichkeit der Bauherrschaft bei freihändigen Vergaben den Preis zu verhandeln nicht die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliesst, siehe Rz 147.

404. [...]

### B.6.3.5.6 Fall [...]

405.–424. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

### B.6.3.5.7 Fall [...]

425.–432. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

433. [...]

434. Bloss ergänzend sei an dieser Stelle angemerkt, dass selbst wenn (allerdings zu Unrecht) ausschliesslich auf die Ausführungen am Parteiverhör abgestellt würde, letztlich das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede aus Sicht der WEKO bewiesen wäre: Gemäss diesen Ausführungen soll [eine Nichtpartei] [eine Partei] um die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft angefragt haben, womit [die Partei] zunächst einverstanden gewesen sei, später aber aufgrund des erwarteten Kapazitätsengpases aus der ARGE ausgestiegen sei. Wie das Offertöffnungsprotokoll belegt, haben alsdann sowohl [die Nichtpartei] wie auch [die Partei] (trotz der angeblich erwarteten Kapazitätsengpässe, die sie zum Ausstieg aus der ARGE bewogen haben sollen), die beiden Partner der ehemaligen ARGE, einzeln eingegeben. Das heisst nun aber nichts anderes, als dass diese beiden Unternehmen davon ausgingen, das Projekt in technischer, kapazitätsmässiger wie auch in finanzieller und risikobezogener Hinsicht jeweils auch eigenständig, also ohne Bildung einer ARGE, durchführen zu können und auch durchführen zu wollen. Vorliegend gilt dies in besonderem Masse für [die Nichtpartei], welche gemäss [der Partei] auch nach Auflösung der ARGE eine Offerte entsprechend ihrer internen Kalkulation (und nicht etwa – wie [die Partei] – höher) eingab, also auch effektiv mit einem Zuschlag rechnen musste. Daraus wiederum folgt, dass die gemäss Ausführungen von [der Partei] vorgenommene Bildung der ARGE weder aus Gründen fehlenden Know-Hows noch fehlender Kapazitäten noch einer zu hohen Risikoexponierung erfolgte.<sup>494</sup> Hierfür spricht auch die Tatsache, dass es sich bei den beiden „ARGE-Partnern“ nicht etwa um zwei KMU, sondern [grössere Baugesellschaften] handelt und zudem das Projekt mit einem Volumen von rund CHF [...] Mio. nicht einmal den Schwellenwert erreicht, um unter das WTO-Übereinkommen über das Beschaffungswesen zu fallen, und damit durchaus überblickbar ist. Deshalb kann vorliegend in der gemäss [der Partei] erfolgten Bildung einer ARGE mit [der Nichtpartei] nichts anderes gesehen

<sup>494</sup> Siehe allgemein zu Arbeitsgemeinschaften und der Notwendigkeit deren Bildung etwa ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., 2010, Art. 81 EGV Fallgruppen N 58 ff.

werden als eine Vereinbarung zweier Konkurrenzunternehmen, bei diesem einen Projekt auf eine Konkurrenzierung zu verzichten und stattdessen einen gemeinsam abgesprochenen Preis einzugeben. Folgt man also – zu Unrecht – den Ausführungen von [der Partei], so liegt auch diesfalls eine Wettbewerbsabrede vor.

435.–436. [...]

#### B.6.3.5.8 Fall [...]

437. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### B. Beweismittel vor Versand des Antrags

438. [...] Aus der Hausdurchsuchung von [...] stammt ein Fax mit dem Titel „Offerte [...]“ von [einer Partei] an [die durchsuchte Partei] vom [...],<sup>495</sup> also eingegangen ein Tag vor Ablauf der Eingabefrist. Das handgeschriebene Deckblatt dieses Faxes sei nachfolgend auszugsweise wiedergegeben:

„Unsere Offerte per Fax.

Eingabe + 12 %  $\triangleq$  Fr [...].–, Danke“

Die weiteren [...] Seiten des Faxes bestehen aus der Offerte der [einen Partei] für dieses Projekt, geschrieben auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen der [Beschaffungsstelle].

439. Anlässlich des Parteiverhörs von [der durchsuchten Partei] führte der Befragte aus, er habe mit der Person, die den Fax für [die andere Partei] geschrieben habe, bei früheren Objekten in ARGes zusammengearbeitet, deshalb würden sie sich kennen. Er habe ihn telefonisch am Abend vor der Eingabe für eine Subunternehmerleistung für [...] angefragt, weil ihm bei der Offertbearbeitung aufgefallen sei, dass es Arbeiten seien, die [sie] gar nicht ausführen könne. Es seien [bestimmte Arbeiten] gewesen. Persönlich habe er in seinem früheren Tätigkeitsgebiet [solche Arbeiten] gemacht, er sei aber die einzige Person bei [der durchsuchten Partei], die darin Erfahrung habe. Er habe [die andere Partei] gebeten, ihm die Subunternehmerofferte zuzustellen. Dies sei das Fax, welches bei ihm eingetroffen sei. Mit welchem Betrag [sie] eingegeben habe, müsste er nachschauen. Das Programm rechne ihm die Positionen, die sie selber im Stamm hinterlegt hätten. Bei Leistungen, die [sie] nicht ausführe, sei kein Betrag hinterlegt. Dort habe er mit einem Wenn-Zuschlag Subunternehmerleistungen der [anderen Partei] eingetragen und die anderen Leistungen habe er selber kalkuliert. Dies sei das Vorgehen, wenn er eine Subunternehmerofferte einhole. Es sei richtig, dass die Offerte das ganze Projekt betreffe. Auf die Frage, ob es üblich sei, dass eine Subunternehmerofferte jeweils für das Ganze gemacht werde und nicht nur für den Teil, den er selber nicht erbringen könne, antwortete der Befragte, dies sei jedem Unternehmer selber überlassen, wie er dann die Subunternehmerofferte eingebe. Hier habe ihm [die andere Partei] wahrscheinlich aus Zeitgründen die ganze Offerte geschickt. Er habe ihn für [bestimmte Arbeiten] angefragt. Es sei auch üblich, dass Unternehmer mehr Leistungen anböten als wofür sie angefragt worden seien, in der Hoffnung, dass sie dann auch mehr Arbeiten ausführen könnten. Das sei üblich im Gewerbe.<sup>496</sup> Wenn [sie] selber als Subunternehmer für andere tätig sei, seien es hauptsächlich Teile, weil sie extrem auf [gewisse Arbei-

ten] spezialisiert sei und hierfür die Gerätschaften hätten, die sich andere Firmen nicht zutun würden. Auf die Frage, wie es sich auf den Preis auswirke, ob [sie] das Ganze oder nur einen Teil aus der Subunternehmerofferte nehme, antwortete der Befragte, dies sei in der Submissionsphase nicht massgebend. Massgebend sei dies bei der Vergabe, sofern er zum Auftrag komme. Der Auftrag werde nicht nur aufgrund des Preises vergeben, sondern aufgrund der Vorgaben des Bauherrn. Das könnten unter anderem Referenzen sein. Dies sei mit ein Grund gewesen, weshalb er diese Offerte überhaupt bearbeitet habe. Er habe [...] zeigen wollen, dass er als Person mit Erfahrung [in bestimmten Arbeiten] bei der [durchsuchten Partei] arbeite. Der Preis sei während der Kalkulation schwierig zu nennen. Man könne Subunternehmer mit Endzuschlag oder ohne rechnen. Das habe noch nicht mit der allfälligen Vergabe an einen Subunternehmer zu tun, weil dort wieder Verhandlungen geführt würden. Normal sei, beim Endzuschlag auch Subunternehmerleistungen mit 5–20 % aufzurechnen, je nach Risikobeurteilung. Bei der Bestimmung des Zuschlags arbeite [sie] nach dem Vieraugenprinzip. Grundsätzlich dürfe er [...] entscheiden, ziehe aber meistens [...] bei. Hier habe er allein entschieden, weil es eine sehr kurzfristige Eingabe gewesen sei. Der Zuschlag sei circa 10 % auf die Leistungen von [der anderen Partei] gewesen. Die Leistungen, die [sie] gemacht habe, habe er selber kalkuliert. Die Passage im Fax „Eingabe plus 12 %“ sei eine Bemerkung des Versenders des Faxes. Da müssten wir diesen fragen. Es heisse einfach, grundsätzlich möchte er keinen Rabatt mehr geben. Er habe ihm damals am Telefon gesagt, dass seine Eingabe schon sehr scharf gerechnet sei.<sup>497</sup> Auf die Frage, ob er sich vorstellen könne, weshalb [die andere Partei] nicht direkt „bitte keinen Rabatt“ hingeschrieben, sondern stattdessen eine Zahl plus 12 % bzw. einen Frankenbetrag angegeben habe, antwortete der Befragte, er könne sich das nicht vorstellen. Das müsste man den Absender fragen. Die Frage, wie er diese Passage verstanden habe, als er sie gelesen habe, beantwortete der Befragte dahingehend, die interessiere ihn nicht, diese Ausführung. Ihn würden die Einheitspreise hinten interessieren, welche er dann mit seinem Endzuschlag in seine Offerte einsetze. Mehr interessiere ihn an diesem Fax nicht. Weiter führte der Befragte aus, selber schreibe er bei der Abgabe von Subunternehmerofferten hin, es gebe keine weiteren Preisverhandlungen, dies sei ein Endpreis oder kein Rabatt. Persönlich würde er es nicht so handhaben, dass er einen Zuschlag vorschlagen würde. Ob das üblich sei, entziehe sich seiner Kenntnis, weil jeder, der einem anderen eine Subunternehmerofferte schicke, seine Eigenheiten habe. Ob er persönlich schon öfters solchen Klauseln begegnet sei, beantwortete der Befragte mit weniger. Nach einer Grössenschätzung gefragt, führte er aus, in 50 % der Subunternehmerofferten habe es eine Bemerkung zur Preisgestaltung und in 50 % habe es keine, da die wüssten, dass

<sup>495</sup> Act. [...].

<sup>496</sup> Act. [...].

<sup>497</sup> Act. [...].

sie nachverhandeln wollten. Das hänge von den Arbeitsleistungen ab. Wenn es um Gesamtleistungen wie etwa [bestimmte Arbeiten] gehe, dann sei es üblicher, dass man den Preis schon miteinander vorbespreche, als wenn es um eine Leistung von einer Teilleistung [bei gewissen Arbeiten] wie etwa [...] gehe.<sup>498</sup> Es sei eine Möglichkeit, dass eine Subunternehmerofferte wie hier auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen erstellt werde. Bei Gesamtobjekten wie hier [bei bestimmten Arbeiten] sei das üblich. Hier sei es eine Gesamtofferte. Bei Teilleistungen, die sich nur auf 5–6 Positionen eines Devis bezögen, sei es üblich, dass man nur ein Deckblatt nehme. Der von [ihr] eingegebene Betrag setze sich zusammen aus Teilen der [Offerte] der [anderen Partei] mit einem Endzuschlag sowie den Eigenleistungen [von ihr]. Auf die Frage, ob es üblich sei, dass ein Subunternehmer, wenn er selber beim Bauherrn eingebe, den gleichen Preis eingebe, wie er jemand anderem als Subunternehmer offeriert habe, antwortete der Befragte, da gebe es verschiedene Handhabungen. Es gebe Subunternehmer, die den Preis anpassen würden, und andere, die ihn nicht anpassen würden und am Telefon oder im Fax mitteilten, wie viel Rabatt sie noch geben würden. Dies sei unterschiedlich. Was seine Einschätzung gewesen sei, als er das Offertöffnungsprotokoll gesehen habe, antwortete der Befragte, dass [sie] preislich gar nicht schlecht liege.<sup>499</sup> Ob er selber noch eingegeben hätte, wenn er gewusst hätte, dass [die andere Partei] dem Bauherrn den Betrag offeriere, den sie ihm auch als Subunternehmer offeriert habe, antwortete der Befragte mit sicher. Er habe sich als Person für [bestimmte Arbeiten] bei der [Beschaffungsstelle] bekannt machen wollen. Wenn eine [Beschaffungsstelle] ihn in einem Einladungsverfahren einlade, sei es ein Grundsatz, dass er die Offerte bearbeite, da er gerne wieder eingeladen werde. Es sei seine Beurteilung, dass der Bauherr es als mangelndes Interesse und damit negativ auslegen könnte. Darum wolle er auf eingeladene Offerten eingehen. Einladungsverfahren kämen nur durch persönliche Kontakte zustande. Auf die Frage, wie er als Bauherr reagieren würde, wenn er wüsste, dass die eingeladenen Unternehmen die Preise im Voraus gekannt haben, antwortete der Befragte, er sei nicht Bauherr. Bezüglich der Frage, was für ein Interesse ein Bauherr habe, Unternehmen einzuladen, die sich nicht in Wettbewerb setzen würden, führte der Befragte aus, er könne diese Frage nicht beantworten, da er nicht Bauherr sei. Das Einladungsverfahren von [Beschaffungsstellen] beziehe sich auf persönliche Kontakte sowie Erfahrungen mit anderen Objekten. Mehr könne er dazu nicht sagen.<sup>500</sup>

440.–441. [...]

442. In vorliegendem Zusammenhang sind auch die allgemeinen Ausführungen der Befragten anlässlich des Parteiverhörs von [einer befragten, in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] betreffend Subunternehmer von Relevanz. Auf die Frage, ob sich eine Subunternehmeranfrage auf die (Spezial)Arbeiten beschränke, die man nicht selber durchführen könne, antwortete der [...] Befragte mit selbstverständlich. Es werde in den Subunternehmerofferten auch nicht mehr offeriert als diejenigen Arbeiten, für die der Subunternehmer angefragt worden sei. Selbstverständlich sei auch, dass mit den Subunter-

nehmern nochmals über die Preise verhandelt werde. Man hole ja auch nicht nur eine Subunternehmerofferte ein, sondern mehrere. Er versuche, in der Vorbereitung das Maximum herauszuholen und seine Chancen zu nützen, dazu gehörten auch Verhandlungen mit den Subunternehmern.<sup>501</sup> Ob er es der Offerte oder dem Begleitschreiben des Subunternehmers ansehe, ob dieser zu Verhandlungen bereit sei, beantwortete der Befragte mit nein, er wüsste nicht wie. Man erhalte meistens standardisierte Offerten und Schreiben. Ein Subunternehmer erhalte meistens auch mehrere Anfragen für Subunternehmerofferten bezüglich Spezialarbeiten, beispielsweise dem Wildzaunbau im Rahmen einer Autobahnsanierung, bei einem Projekt. Dieser ändere dann lediglich den Namen und die Adresse. Die Preise seien in der Regel sehr ähnlich und wenn jemand seriös arbeite, wende er gleiche Preise an. Wenn der Subunternehmer Preisgewichtigungen mache, dann werfe er sich selber aus dem Markt. Ob es vorkomme, dass sich der Subunternehmer zu den Preisen äussere, die die anfragende Baugesellschaft gegenüber dem Bauherrn eingeben solle, verneinte der Befragte. Der Subunternehmer könne dies auch gar nicht, da er nicht wisse, was die anfragende Baugesellschaft eingeben wolle. Das komme nicht vor. Ob er einen Vorschlag mache, wie man die Arbeiten des Subunternehmers eingeben solle, verneinte der Befragte ebenfalls, dies würde auch keinen Sinn machen. Das komme nicht vor und es sei ihm noch nie passiert. Die Frage, ob er es noch nie erlebt habe, dass z.B. in einem Begleitschreiben stehe, „bitte 10 % höher eingeben“, verneinte der Befragte ebenfalls. Das sei ihm noch nie passiert, wirklich noch nie. Wie er Endkostenzuschläge behandle, antwortete der Befragte dahingehend, dass er die natürlich drauftue, da er ja seine Geschäftskosten abführen müsse. Es habe ihm noch nie ein Subunternehmer einen Vorschlag gemacht, wie hoch dieser Zuschlag sein könnte. Es sei bei ihm definitiv noch nie vorgekommen, dass ein Subunternehmer versucht hätte, ihn bei der Preisbildung zu beeinflussen.<sup>502</sup> Der [...] Befragte ergänzte, man könne höchstens sagen, dass der Subunternehmer für sich 5 % einrechne, weil er wisse, dass in den Verhandlungen die Preise nach unten korrigiert würden. Dann müsse man schon 3–7 % einrechnen, damit man später den Preis bekomme, den man tatsächlich wolle. Ob der Subunternehmer dies für sich mache, beantwortete der [...] Befragte mit sicher. Ob er, wenn er als Subunternehmer angefragt werde, noch zusätzliche Arbeiten offeriere, für die er gar nicht angefragt worden sei, in der Hoffnung, die auch zu erhalten, beantwortete der [...] Befragte mit nein, eigentlich nicht.<sup>503</sup> Bezüglich Subunternehmertätigkeit ist sodann ergänzend auf die an anderer Stelle bereits gemachten Ausführungen und die dort genannten objektiven Beweismittel hinzuweisen.<sup>504</sup>

<sup>498</sup> Act. [...].

<sup>499</sup> Act. [...].

<sup>500</sup> Act. [...].

<sup>501</sup> Act. [...].

<sup>502</sup> Act. [...].

<sup>503</sup> Act. [...].

<sup>504</sup> Rz 13 f., insbesondere die exemplarischen Nachweise in den Fn 20 und 22.

### C. Beweismittel vor Versand des Antrags

443. Aus dem Fax, welcher ein objektives Beweismittel ist<sup>505</sup>, ergibt sich, dass [eine Partei] [der durchsuchten Partei] ihre vollständige, auf den offiziellen Ausschreibungsunterlagen erstellte und bereits unterzeichnete Offerte integral zukommen liess. Zudem findet sich auf dem Fax die Anweisung „Eingabe + 12 %  $\pm$  Fr [...]–“ an [die durchsuchte Partei]. Das Offertöffnungsprotokoll bestätigt, dass [die Partei] dieselbe Offerte, welche sie auch [der durchsuchten Partei] zukommen liess, bei der Bauherrschaft einreichte, stimmt doch die Offertsumme auf den Franken genau überein. Weiter zeigt die Offertöffnung, dass [die durchsuchte Partei] bei der Bauherrschaft eine Offerte von gerundet CHF [...]– eingab, was gut 10 % höher ist als die von [der anderen Partei] offerierte Summe.

444. Die Ausführungen von [der durchsuchten Partei] anlässlich des Parteiverhörs bezüglich dieses Projekts sind, soweit das Kerngeschehen betreffend, namentlich dass es sich beim Fax um eine Subunternehmerofferte von [der anderen Partei] für [bestimmte Arbeiten] handeln soll, unglaubhaft. In grundsätzlicher Hinsicht kann zunächst auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach keine Baugesellschaft (hier wäre es [die andere Partei]) ein Interesse daran hat, einer anderen Baugesellschaft (hier [der durchsuchten Partei]) ihren Offertbetrag noch vor Ablauf der Eingabefrist bekannt zu geben.<sup>506</sup> Ebenso kann auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach eine Baugesellschaft (hier wäre es [die durchsuchte Partei]), die an der Zuschlagserteilung interessiert ist und Kenntnis von der Eingabesumme einer anderen Baugesellschaft hat (hier [der anderen Partei]), kein Interesse daran hat, ein wirtschaftlich schlechteres Angebot einzureichen als das ihr bekannte Konkurrenzangebot.<sup>507</sup> Genau ein solch ökonomisch unsinniges, da sich ins eigene Fleisch schneidende Vorgehen von [der anderen Partei] behauptet [die durchsuchte Partei] aber ebenso wie ein ebenfalls ökonomisch unsinniges eigenes Verhalten. Unstimmig sind ferner etwa die Ausführungen zum zeitlichen Ablauf: [die durchsuchte Partei] will erst im Laufe der Offertbearbeitung aufgefallen sein, dass dieses Projekt [bestimmte Arbeiten] beinhaltet, die [die durchsuchte Partei] nicht ausführen kann. Bei einem Projekt, welches „[...]“ heisst, ist jedoch selbst für einen Laien im Voraus offenkundig, dass es dabei zumindest auch um [diese bestimmten Arbeiten] geht. Weiter will [die durchsuchte Partei] [der anderen Partei] erst am Abend vor Ablauf der Eingabefrist um Abgabe einer Subunternehmerofferte angefragt haben. Dies hätte – wäre es effektiv so gewesen – [der anderen Partei] kaum, wenn überhaupt, Zeit zur Erstellung einer Subunternehmerofferte gelassen und es wäre noch weniger Zeit für [die durchsuchte Partei] verblieben, diese Subunternehmerofferte alsdann in ihre eigene Offerte zu integrieren und mit Zuschlägen zu versehen. In Anbetracht dessen, dass die Ausschreibungsunterlagen rund 10 Tage vor Ablauf der Eingabefrist versandt wurden,<sup>508</sup> ist nicht nachvollziehbar und wurde vom Befragten auch nicht erklärt, wieso er mit der Anfrage so lange zugewartet haben will. Dass [die andere Partei] aufgrund dieser durch [die durchsuchte Partei] verursachten Zeitnot [der durchsuchten Partei] der Ein-

fachheit halber ihre gesamte Offerte zukommen liess, anstatt eine Offerte einzig für die angeblich nachgefragten [bestimmten Arbeiten] zu erstellen, ist aufgrund der bereits erwähnten, einem solchen Vorgehen inhärenten Gefährdung der Zuschlagserteilung an sich selbst, ebenfalls unglaubhaft. Denn im Widerspruch zur Behauptung des Befragten von [der durchsuchten Partei], er habe einzig eine Subunternehmerofferte für [bestimmte Arbeiten] nachgefragt, steht unter anderem, dass sich das Deckblatt des Faxes auf den Gesamtbetrag der Offerte und damit auf alle Arbeiten, nicht nur auf die angeblich nachgefragten [bestimmten Arbeiten], bezieht. Widersprüchlich ist weiter etwa, dass der Befragte sich einerseits mit seiner Offerteingabe gegenüber der [Beschaffungsstelle] als Person mit Erfahrung [in diesen bestimmten Arbeiten] positioniert haben will, andererseits aber gerade diese [bestimmten Arbeiten] an den Subunternehmer wären ausgelagert und diese Auslagerung gegenüber dem Bauherrn wäre offenbart worden. Ungeheimt ist ferner etwa, wenn der Befragte zum einen ausführt, die Angabe „+ 12 %“ heisse, dass [die andere Partei] grundsätzlich keinen Rabatt mehr geben wolle, zum anderen aber angibt, diese Ausführung interessiere ihn gar nicht.

445. [...]

446. Die allgemeinen Ausführungen von [der befragten, aber in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] bezüglich Beizug von Subunternehmern sind in sich stimmig. Sie sind lebhaft geschildert und enthalten zuweilen auch Ausführungen zu Nebenpunkten, wobei sich diese passend in die gesamten Erörterungen einfügen. Es ergibt sich ein schlüssiges und widerspruchsfreies Gesamtbild, wie etwa die vom [...] Befragten vorgenommene Präzisierung der Ausführungen des [...] Befragten zeigt. Diese glaubhaften Ausführungen von [der befragten, aber in diesem Fall nicht beteiligten Partei A] werden weiter durch an anderer Stelle bereits erwähnte<sup>509</sup> objektive Beweismittel bekräftigt, aus welchen ersichtlich wird, dass Subunternehmer zielgerichtet für spezifische Arbeiten herangezogen und mit deren Ausführung betraut werden.

447. [...]

### D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

448. [Die durchsuchte Partei] führt in ihrer Stellungnahme aus, sie sei zur Offertabgabe eingeladen worden. Der für [die durchsuchte Partei] Befragte verfüge aufgrund seiner früheren Tätigkeit zwar über Erfahrung [für bestimmte Arbeiten], bei [der durchsuchten Partei] seien diese Spezialkenntnisse aber nicht vorhanden gewesen, weshalb er nur beschränkt auf die Ressourcen von [der durchsuchten Partei] habe zählen können, um diese

<sup>505</sup> Siehe dazu Rz 149 f.

<sup>506</sup> Siehe Rz 191.

<sup>507</sup> Siehe Rz 192.

<sup>508</sup> Act. [...].

<sup>509</sup> Siehe dazu Rz 13 f., insbesondere die exemplarischen Nachweise in den Fn 20 und 22.



Arbeiten auszuführen. Zwei Möglichkeiten hätten bestanden, entweder auf eine Offerteingabe zu verzichten oder aber eine Offerte einzugeben und zur Ausführung der Arbeiten eine Subunternehmerin beizuziehen. Keine Offerte einzugeben sei bei Einladungsverfahren aber keine reelle Handlungsmöglichkeit. Bezüglich einer Begründung dieser Argumentation kann zur Vermeidung von Redundanzen auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen werden.<sup>510</sup> Der für [die durchsuchte Partei] Befragte habe sich daher für die Abgabe einer Offerte und die Vergabe der [bestimmten Arbeiten] an eine Subunternehmerin entschieden. Zu diesem Zweck habe er [die andere Partei] um Abgabe einer Subunternehmerofferte angefragt. [Die andere Partei] habe offenbar den Aufwand nicht betreiben wollen, eine neue Offerte zu erstellen, da [die andere Partei] in Absicht einer eigenen Offertstellung beim Bauherrn die notwendigen Kalkulationen bereits vorgenommen habe. Was genau mit dem Kommentar auf dem Deckblatt der zugefaxten eigenen Offerte gemeint gewesen sei, darüber könne nur spekuliert werden. Der für [die durchsuchte Partei] Befragte habe dieser Notiz jedenfalls keinen klaren Sinn zugemessen und dazu, was [die andere Partei] mit dieser Angabe gemeint habe, sei [diese andere Partei] nicht befragt worden. Sinn mache die handschriftliche Notiz einzig, wenn sie als kollegialer Ratschlag verstanden werde, den Schlussbetrag bei einer Eingabe von [der durchsuchten Partei] in Subunternehmerkonstellation um 12 % zu erhöhen, um die Kosten von [der durchsuchten Partei] für die Abwicklung des Auftrags in dieser Konstellation zu decken. Durch eine Auftragsausführung via Subunternehmer fielen beim Unternehmer nämlich nicht unerhebliche Kosten an, u.a. hinsichtlich der Abnahme gegenüber dem Subunternehmer sowie dem Bauherrn, Nachbesserungsarbeiten, etc. Für den Bauherrn könne es daher von Vorteil sein, eine etwas teurere Offerte eines verlässlichen Vertragspartners, der mit einem Subunternehmer zusammenarbeite, anzunehmen als direkt eine preislich günstigere Offerte des Subunternehmers. Dem kollegialen Ratschlag sei der für [die durchsuchte Partei] Befragte aktenkundig nicht gefolgt. Er habe den Aufwand in Zusammenhang mit der Subunternehmerkonstellation deutlich geringer veranschlagt als von [der anderen Partei] vorgeschlagen. Der Vorwurf einer Abrede sei daher bereits aus diesem Grund aktenkundig widerlegt. [...]. Bezüglich Subunternehmerkonstellationen zeige sich wiederum die unvollständige und willkürliche Beweiswürdigung, da hierzu einfach andere Einvernahmen als diejenige von [der befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] ausgeblendet würden. So habe etwa [eine weitere befragte, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligte Partei B] erwähnt, dass es durchaus üblich sei, Subunternehmerofferten zu erhalten, auf denen „Rabatt 10 %“ oder „15 % Unkostenzuschlag“ stehe. Dies decke sich mit den Ausführungen des für [die durchsuchte Partei] Befragten und auch der für [eine weitere befragte, in diesem Fall aber auch nicht beteiligte Partei C] Befragte habe dasselbe ausgesagt. Wenn nur der für [eine befragte, in diesem Fall aber nicht beteiligte Partei A] Befragte als einziger etwas anderes dazu ausführe, könne man nicht einfach diese Aussage als glaubwürdig qualifizieren, weil sie „in sich stimmig“ und „lebhaft geschildert“ ist. Vielmehr müsste der Wahrheitsgehalt der Aussage des Vertreters von

[dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] ernsthaft geprüft werden, wenn sie mit anderslautenden Aussagen von drei anderen Unternehmen kontrastiere. Insbesondere wäre zu berücksichtigen, dass der Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] erst seit acht Monaten in der Schweiz tätig gewesen sei und daher mit den schweizerischen Gepflogenheiten noch nicht vertraut gewesen wäre. Hinzu komme, dass [diese eine befragte, in diesem Fall aber nicht beteiligte Partei A] offenbar [der weiteren befragten, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligten Partei B] auch eine Subunternehmerofferte mit Vorschlag für einen Endkostenzuschlag zukommen liess, weshalb die Aussage des Vertreters von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] offensichtlich aktenwidrig sei. Diesbezüglich sei noch bemerkenswert, dass die erwähnte Subunternehmerofferte nicht als Hinweis auf eine Absprache qualifiziert und dieser Fall nicht weiter verfolgt worden sei, was zeige, dass die Wettbewerbsbehörden Subunternehmerofferten in anderen Fällen nicht als Absprachen qualifizieren würden.

449.–451. [...]

## E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

452. [...]

453. Wenn [die durchsuchte Partei] nunmehr ausführt, der für [sie] Befragte habe der Passage mit der Bitte um Erhöhung um 12 % keinen klaren Sinn zugemessen, so ist dies schlicht aktenwidrig, und dient einzig dazu, nunmehr eine anderslautende Begründung nachzuschieben. Der für [sie] Befragte führte aus, die Bemerkung sei von [der anderen Partei], dazu müsste diese befragt werden. Und weiter: „Das heisst einfach, grundsätzlich möchte er keinen Rabatt mehr geben“. Auf die Frage, wie er diese Passage verstanden habe, als er sie gelesen habe, antwortete der Befragte: „Die interessiert mich nicht, diese Ausführung. Mich interessieren die Preise hier hinten, die Einheitspreise, die ich dann mit meinem Endzuschlag in meiner Offerte einsetze. Mehr interessiert mich an diesem Fax nicht.“<sup>511</sup> Diese Erklärung des für [die durchsuchte Partei] Befragten ist – wie bereits bei der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags festgehalten – in sich widersprüchlich. Auch wenn sich jemand nur für die Preise interessieren will, interessiert es ihn ebenso sehr, ob er auf diese Preise einen Rabatt erhält oder nicht, denn letztlich interessieren die Nettopreise.

454. Die bei Vorliegen derartiger resp. vergleichbarer Beweismittel (wohl nicht bloss zufälligerweise) gleich von mehreren Parteien bemühte Erklärung der „Subunternehmerofferte mit kollegialem Vorschlag für einen Endkostenzuschlag“ – wie sie nunmehr auch [die durchsuchte Partei] in ihrer Stellungnahme vorbringt – entpuppt sich als Schutzbehauptung, die keine Zweifel an der Verwirklichung des Sachverhalts wie bei der Beweiswürdigung vor Versand des Antrags dargestellt zu

<sup>510</sup> Siehe Rz 185.

<sup>511</sup> Act. [...].

begründen vermag. Die glaubhaften Ausführungen von [einer befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] zur Subunternehmertätigkeit zeigen vielmehr, dass solche Ratschläge für Endkostenzuschläge bei echten Subunternehmerofferten nicht vorkommen. Dass [...] Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] im Zeitpunkt der Befragung erst seit acht Monaten in der Schweiz tätig war, spricht nicht gegen das Zutreffen seiner Ausführungen, und zwar auch in Bezug auf die Schweiz, wie dies hier [die durchsuchte Partei] glauben machen will. Denn der [...] an der Einvernahme befragte Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] ist seit Jahren in der schweizerischen Bau-branche tätig und hat die Ausführungen [...] jeweils ergänzt und vertieft. So auch in diesem Zusammenhang, indem er ergänzte, der Subunternehmer rechne für sich eine zusätzliche Marge ein, damit er dann bei Verhandlungen mit seinem Auftraggeber gegen unten korrigieren könne. Dass der Subunternehmer Endkostenzuschlagsempfehlungen abgeben würde, machte der [...] Vertreter von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] aber ebenfalls nicht geltend oder deutete solches auch nur an. Aktenwidrig ist die Behauptung von [der durchsuchten Partei], auch von [dieser einen befragten, in diesem Fall aber nicht beteiligten Partei A] finde sich eine solche „Subunternehmerofferte mit Zuschlagsempfehlung“ in den Akten, welche [eine andere befragte, in diesem Fall ebenfalls nicht beteiligte Partei B] vorgehalten worden sei. Auf der fraglichen Offerte findet sich gerade keine „Empfehlung“ zu einem Zuschlag. Im Übrigen wurde bloss eine Seite der zugestellten Offerte gefunden – die Beweislage dort war damit eine gänzliche andere als hier, weshalb den Vermutungen von [der durchsuchten Partei] über die Ansichten der Wettbewerbsbehörden von vornherein der Boden entzogen ist. Sodann fällt auf, dass die Parteien, welche die Erklärung „Endkostenzuschlagsempfehlung“ vorbringen, diese gleich selber jeweils wieder deutlich abschwächen und als Ausnahmeerscheinungen darstellen. Dies wohl im Wissen darum, dass ihre Behauptungen sonst nur all zu leicht widerlegt werden könnten. Damit aber geben sie indirekt selber zu, dass ein solcher Usus bei echten Subunternehmerofferten nicht besteht. So führte der für [die durchsuchte Partei] Befragte aus, er selber sage, es gebe keine weiteren Preisverhandlungen, dies sei ein Endpreis, kein Rabatt, oder er setze schon einen Rabatt ein. Er persönlich würde es nicht so handhaben, dass er einen Zuschlag empfehlen würde. Ob es üblich sei, entziehe sich seiner Kenntnis, da jeder seine Eigenheiten habe; er sei solchen Klauseln weniger begegnet.<sup>512</sup> Der Vertreter von [einer anderen befragten, in diesem Fall aber ebenfalls nicht beteiligten Partei B] führte aus, er verstehe auch nicht, weshalb ein konkreter Vorschlag eines Endkostenzuschlags gemacht werde. Er wisse auch nicht, woher der Subunternehmer wisse, wie viel Unkosten er brauche.<sup>513</sup> Und auch der Vertreter von [einer anderen befragten, in diesem Fall auch nicht beteiligten Partei C] hielt fest, solche Empfehlungen seien nicht üblich, aber möglich. Die Frage, ob er auch schon solche Empfehlungen von angefragten Subunternehmern bekommen habe, beantwortete er damit, dies jetzt nicht mehr in Erinnerung zu haben. Möglich sei es, dass sie ab und zu etwas erhalten hätten, er könne sich

aber nicht erinnern. Auf die Frage, ob es Usanz sei, solche Empfehlungen zu machen, antwortete er mit „Das ist sehr selten“.<sup>514</sup> Im Widerspruch zu dieser Erklärung steht schliesslich, dass die Endkostenzuschlagsempfehlung auch noch mit einem „Danke“ verbunden wird. Wenn es bloss ein kollegialer Ratschlag wäre, wäre unverständlich, weshalb für dessen Einhaltung auch noch gedankt würde. Denn es wäre im Interesse des Empfängers des Ratschlags, diesen einzuhalten, dem Ratschlaggebenden hingegen wäre dies letztlich egal, weshalb nicht verständlich ist, weshalb er sich hierfür bedanken würde.

455. Als letztes erwähnt sei schliesslich, dass die Tatsache, dass die von [der durchsuchten Partei] eingereichte Offerte rund 10 % höher ist als diejenige von [der anderen Partei] und nicht 12 %, nicht ansatzweise dagegen spricht, dass [die durchsuchte Partei] nicht tatsächlich eine Abrede mit [der anderen Partei] getroffen und diese auch eingehalten hätte. Denn selbst wenn sich [die andere Partei] nicht zur Höhe der von [der durchsuchten Partei] einzugebenden Offerte explizit geäussert hätte, wäre aufgrund der Gesamtumstände bewiesen, dass eine Abrede vorliegt, die denn auch eingehalten wurde.<sup>515</sup> Für Preisabsprachen bei Submissionen braucht ohnehin nicht der genaue von der schützenden Gesellschaft einzugebende Preis abgesprochen zu werden. Vielmehr reicht bereits aus, wenn die Summe bekanntgegeben wird, die überboten werden soll. Eine höhere Offerte als diejenige von [der anderen Partei] hat [die durchsuchte Partei] denn auch abgegeben und dementsprechend auch die Absprache eingehalten. Gestützt auf die vorgenannten Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass es hier zu einer Submissionsabsprache gekommen ist.

456. [...]

#### B.6.3.5.9 Fall [...]

457.–471. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### B.6.3.5.10 Fall [...]

472. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

### B. Beweismittel vor Versand des Antrags

473. [...] Aus der Hausdurchsuchung von [Unternehmung „Be...“] stammt eine Offerte von [Unternehmung „Be...“] betreffend das vorliegende Projekt, die auf neutralem Papier (nicht Geschäftspapier der [Unternehmung „Be...“]) gedruckt ist.<sup>516</sup> Sie ist datiert vom [...] und der Nettobetrag inkl. MWST (ohne Skonto, ohne Rabatt) beläuft sich auf CHF [<110'000.-]. Darunter findet sich die folgende handschriftliche Notiz:

„1)	[A]	[XXX'X50]
2)	[Be]	[XXX'X50]
	[A]	[XXX'000.-]
	[C]	[XXX'000.-],,

<sup>512</sup> Act. [...].

<sup>513</sup> Act. [...].

<sup>514</sup> Act [...].

<sup>515</sup> Siehe dazu den Sachverhalt, wie er in einem anderen Fall vorlag, Rz 403.

<sup>516</sup> Act. [...].

474. Anlässlich des Parteiverhörs von [Unternehmung „Be...“] führte der Befragte auf Vorhalt der vorgenannten Offerte aus, das sei eine Basiskalkulation. Bei Basiskalkulationen trage er nie Rabatt oder Skonto ein. Dies sei die Erstbetrachtung einer Ausschreibung, bevor er sich mit dem entsprechenden Bauführer treffe. Es könne sein, dass er eine Basiskalkulation über das Kalkulationsprogramm laufen lasse, ohne die Arbeit vor Ort begutachtet zu haben. Die zweite Person, die er dann beziehe, werde vor Ort das Objekt anschauen und auf gewisse Eigenheiten davon hinweisen. Das führe in der Diskussion zu höheren oder tieferen Eingabepreisen.<sup>517</sup> Was für eine Offerte er eingereicht habe, müsste er abklären, er könne das jetzt nicht sagen. Gefragt bezüglich der handschriftlichen Notizen führte der Befragte aus, „[A]“ heisse [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt] und „Be“ [Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt]. Das seien die Zahlen, die sie an der Besprechung gehabt hätten. Das sei nach der gemeinsamen Besprechung. Diese Besprechung sei vor der Offerteingabe, in der Submissionsphase gewesen. [Natürliche Person, deren Name mit „A“ beginnt] sei der ortsansässige Bauführer von [Unternehmung „Be...“]. Wofür das „[A]“ und das „[C]“ weiter unten stünden, beantwortete der Befragte mit, da könne er sich nicht mehr erinnern, er wisse es nicht mehr. Ob er dazu noch mehr Fragen gehabt habe oder ob da noch mehrere Personen darüberschaut hätten, das sei möglich.<sup>518</sup> Auf Vorhalt des Offertöffnungsprotokolls und gefragt nach der weitgehenden Übereinstimmung der Zahlenangaben führte der Befragte aus, er könne dies nicht erklären.<sup>519</sup> Gefragt, was die Zahlen 1) und 2) links von „[A]“ und „[Be]“ bedeuten würden, antwortete der Befragte mit, er wisse es nicht mehr. Vielleicht habe er einfach erstens und zweitens, [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt] und [Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt], aufgeschrieben. Die Frage, ob das nicht mit der Reihenfolge bei der Offertöffnung zu tun habe, verneinte der Befragte. Ob es einen Grund dafür gäbe, dass die Zahl bei [Unternehmung „A...“] auf der Offertöffnung genau mit der Notiz „[Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt]“ des Befragten übereinstimme, beantwortete der Befragte mit, er habe keine Erklärung dafür. Seine Zahl habe sich verändert, indem er anscheinend den Rabatt anders beurteilt habe. Was die Zahlen „[A]“ und „[C]“ bedeuten würden, wisse er nicht, auch nicht im Vergleich mit dem Offertöffnungsprotokoll.<sup>520</sup>

475. Im Schreiben von [Unternehmung „Be...“] vom [...] bringt diese folgende Ergänzung zum Protokoll vor: „Meine Mandantin und [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be...“ beginnt] selbst (nach Durchsicht des Protokolls) sind sodann der Ansicht, dass [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] mit Bezug auf das vorgelegte Dokument Nr. [...] einem Irrtum unterlegen ist. Die Handnotizen von [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] auf diesem Dokument wurden nicht, wie er aussagte, nach interner Offertbesprechung mit [der natürlichen Person, deren Name mit „A“ beginnt] angebracht, sondern nach einem Telefonat mit [der Beschaffungsstelle]. Anlässlich dieses Telefonates nach Eingabeschluss hatte sich [Name der befragten natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] nach den Eingaben der Mitbewerber erkundigt

und die eingereichten Angebotsbeträge notiert. Dementsprechend stehen die handschriftlichen Grossbuchstaben nicht für „[Name einer natürlichen Person, der mit „Be“ beginnt] und [Name einer natürlichen Person, der mit „A“ beginnt]“, sondern für die Anfangsbuchstaben der Namen der Firmen, die Angebote einreichten. Aus diesem Grund entsprechen die handschriftlich eingesetzten Beträge auf der rechten Seite des Dokuments denjenigen der Offertöffnung“.<sup>521</sup>

476.–479. [...]

### C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

480. Die aus der Hausdurchsuchung von [Unternehmung „Be...“] stammende Offerte, welche ein objektives Beweismittel ist<sup>522</sup>, ist vom [...] datiert, also einen Tag vor Ablauf der Eingabefrist. Auf der Offerte sind ferner handschriftlich vier Kürzel („[A]“, „[Be]“, „[A]“ und „[C]“), die mit den Anfangsbuchstaben der Anbietenden übereinstimmen, sowie rechts daneben jeweils eine Summe aufgeführt. Die angegebenen Summen stimmen in der Grössenordnung mit den gemäss Offertöffnungsprotokoll effektiv eingegebenen Summen überein. Übereinstimmend ist insbesondere auch die Reihenfolge der Eingaben. In diesem Zusammenhang weiter von Relevanz ist die Rundung bzw. Nichtrundung der notierten Eingabesummen. Ein Vergleich von Notiz und Offertöffnungsprotokoll zeigt, dass die in der Notiz vorgenommenen Rundungen – wenn man die Offertöffnungsprotokolle als Basis nimmt – höchst ungleichmässig und ohne System, in einem Fall sogar gar nicht erst nachvollziehbar sind. Bei „1) [A]“ stimmt die Summe exakt mit dem eingegebenen Betrag überein, der auf einen geraden Fünfigerbetrag lautet. Bei „[C]“ erfolgte eine Rundung auf den nächsten Hunderterbetrag und beim zweiten „[A]“ wurde auf den nächsten Fünfhunderter- oder Tausenderbetrag aufgerundet. Am merkwürdigsten ist aber die Angabe bei „[Be]“ und damit bei der Erstellerin der Notiz selbst. Der Betrag ist in der Notiz auf fünfzig Franken genau gerundet – allerdings weicht diese Zahlenangabe dergestalt von der eingegebenen Summe ab, dass sich dies nicht mit Rundungen bzw. Rundungsregeln erklären lässt. Vielmehr ist nicht nachvollziehbar, wie man von der Summe gemäss Offertöffnungsprotokoll auf die notierte Eingabesumme kommen könnte. Eine falsche Übermittlung kann es nicht sein, da es sich hierbei um die eigene Eingabesumme handelt, welche [Unternehmung „Be...“] mit Sicherheit kennt, ohne hierfür auf eine Mitteilung von jemand anderem angewiesen zu sein. Dies spricht eine eindeutige Sprache, wenn es um die zeitliche Reihenfolge geht, in welcher diese handschriftliche Notiz im Verhältnis zum Offertöffnungsprotokoll

<sup>517</sup> Act. [...].

<sup>518</sup> Act. [...].

<sup>519</sup> Act. [...].

<sup>520</sup> Act. [...].

<sup>521</sup> Vgl. act. [...].

<sup>522</sup> Siehe dazu Rz 149 f.

entstanden ist. Die Notiz kann aufgrund der vorerwähnten Differenzen und Unstimmigkeiten nicht eine Niederschrift der Ergebnisse gemäss Offertöffnungsprotokoll sein, sondern muss zeitlich früher entstanden sein.

481. In diesem Zusammenhang ist die einleitende Feststellung von Relevanz<sup>523</sup>, wonach es für eine funktionierende Preisabrede bei Submissionen bereits ausreicht, wenn sich die Abredeteilnehmer über die Reihenfolge ihrer Angebote bzw. deren ungefähre Höhe oder ungefähre Abweichung gegenüber dem geschützten Angebot einigen. Es muss also primär ein Austausch über die Höhe des geschützten Angebots erfolgen, die Schutzofferten hingegen müssen in der Höhe nicht genau bestimmt sein, sondern bloss in der Grössenordnung oder in der minimalen Abweichung gegenüber der geschützten Offerte. Mit dieser Feststellung decken sich die handschriftlich notierten Beträge. Während der Betrag der preislich günstigsten Offerte exakt übereinstimmt, weichen die anderen Beträge mehr oder weniger viel von den effektiv eingegebenen Offerten ab, was aber für die Zuschlagserteilung oder die (preisliche) Reihenfolge der Offerten ohne Belang ist.

482. Bezüglich der Ausführungen von [Unternehmung „Be...“] anlässlich des Parteiverhörs erübrigen sich weitläufige Erörterungen, da [Unternehmung „Be...“] selbst nachträglich festhielt, es habe sich dabei um einen „Irrtum“ des Befragten gehandelt. Hervorzuheben ist allerdings, dass sich hier eindrücklich zeigt, mit welcher Sorglosigkeit der Befragte am Parteiverhör Behauptungen aufstellte und angeblich Vorgefallenes schilderte. Nicht glaubhafter als diese Ausführungen anlässlich des Parteiverhörs sind nun die nachträglichen Ergänzungen im Schreiben von [Unternehmung „Be...“]. Zunächst fällt auf, dass hier eine Anpassung und Abstimmung der Ausführungen an die am Parteiverhör vorgehaltenen Beweismittel erfolgt. Unstimmig ist ferner auch die Detailgenauigkeit, mit welcher [Unternehmung „Be...“] bzw. der Befragte nachträglich das Geschehene rekonstruieren zu können behauptet – so etwa bezüglich dem Zeitpunkt des angeblichen Anrufes und dessen Inhalt – während der Befragte diesbezüglich am Parteiverhör – mit ähnlicher Bestimmtheit – noch etwas ganz anderes aussagte. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen von [Unternehmung „Be...“] unglaublich sind.

483. [...]

484. Zuzugeben ist vorab, dass die Beweislage bezüglich vorliegendem Projekt etwas weniger eindeutig ist als bei den übrigen Projekten. Gleichwohl bestehen in Anbetracht der vorangehenden Ausführungen sowie unter Berücksichtigung der Bestrebungen der Abredeteilnehmer, die Erstellung jeglicher Schriftstücke zu vermeiden,<sup>524</sup> keine nicht zu unterdrückenden Zweifel daran, dass auch vorliegend eine Abrede getroffen wurde: Denn die handschriftliche Notiz auf der Offerte, die die Anfangsbuchstaben der Anbietenden sowie jeweils eine Summe aufführt, zusammen mit der Datierung der Offerte und der unstimmigen „Rundung“ beweist, dass diese handschriftliche Notiz vor Eingabefrist erstellt wurde und alle vier aufgeführten Bauunternehmen sich über die Eingabesummen vorab austauschten und vereinbarten, dass [Unternehmung „A...“] bei diesem Projekt zu schützen war. Das Offertöffnungsprotokoll beweist, dass sich

alle vier aufgeführten Bauunternehmen hieran gehalten haben und entsprechend eingaben.

#### D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

485. [Unternehmung „Be...“] führt in ihrer Stellungnahme aus, die Beweisführung mute geradezu abenteuerlich an. Es dürfte sich vielmehr so zugetragen haben, dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte [bei der Beschaffungsstelle] nach Ablauf der Eingabefrist angerufen habe, um das Ausschreibungsergebnis in Erfahrung zu bringen und er sich dabei die Eingabebeträge gerundet notiert habe. Es sei offensichtlich, dass es sich bei der falschen Niederschrift des Eingabebetrags von [Unternehmung „Be...“] um einen Übermittlungs- oder Notizfehler handeln müsse. Der Offertbetrag des Erstplatzierten lautete CHF [XXX'X50.-], derjenige der gleich darunter stehenden [Unternehmung „Be...“] CHF [XXX'X50.-] gemäss Notiz bzw. CHF [XXX'XXX.-] effektiv. Die Abweichung lasse sich gut erklären, wenn man sich vorstelle, dass ein solches Telefonat rasch gehe und primär der Eingabebetrag des Erstplatzierten interessiere. Möglich sei etwa, dass [die Beschaffungsstelle] den Betrag des Erstplatzierten wiederholte, der von [Unternehmung „Be...“] Befragte aber bereits bei Notiz des Zweitplatzierten gewesen sei und deshalb die letzten drei Ziffern identisch ausgefallen seien, oder dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte gedanklich noch beim Angebot des Erstplatzierten gewesen sei und deshalb versehentlich noch einmal die gleichen drei Endziffern notiert habe. Denkbar sei auch, dass [die Beschaffungsstelle] den Eingabebetrag von [Unternehmung „Be...“] gar nicht genannt habe und der für [Unternehmung „Be...“] Befragte aus dem Kopf einen von der effektiven Offerte leicht abweichenden Betrag notiert habe, wobei es nahe liegend sei, dass er dann „X50“ notiert habe, weil er diese Endzahl gerade noch im Kopf gehabt habe. Dass die Offertbeträge des Dritt- und Viertplatzierten nur noch gerundet notiert worden seien, erscheine auch plausibel, da diese auf den Franken genau nicht mehr interessieren würden. Gegen die These einer Abrede spreche auch, dass sich die Offerten von Erst- und Zweitplatziertem bloss um CHF [<1'000].- unterschieden, und dies bei einem Offertbetrag von rund CHF [>110'000.-]. Für eine Stützofferte müsste die Differenz jedoch grösser sein. Gegen eine Stützofferte spreche weiter, dass sich der für [Unternehmung „Be...“] Befragte auch die Beträge des Dritt- und Viertplatzierten notiert habe. Denn hätte [Unternehmung „A...“] um eine Stützofferte nachgesucht, hätte er die Offertbeträge der übrigen Submitenten gar nicht mitteilen können bzw. hätte sie dem für [Unternehmung „Be...“] Befragten gar nicht mitgeteilt resp. hätte sich dieser sie gar nicht notiert. Die ungleichen Rundungen sprächen ebenfalls gegen die These einer Abrede. Wäre die Notiz im Rahmen einer Absprache entstanden, so wären überall auf CHF 1'000.- gerundete Beträge notiert worden oder eben überall ungerundete exakte Beträge. Schliesslich habe [Unternehmung „Be...“] gar nicht entsprechend dem angeblich

<sup>523</sup> Siehe Rz 182.

<sup>524</sup> Siehe dazu bereits Rz 207.

abgesprochenen Betrag eingegeben, sondern tiefer, nämlich nahezu den gleichen Betrag wie der Erstplatzierte. Dies allein belege, dass keine Absprache vorgelegen habe. Bezüglich der Aussagen am Parteiverhör sei angemerkt, dass gerade die Tatsache, dass der für [Unternehmung „Be...“] Befragte offensichtlich einem Irrtum erlegen sei, die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen untermauere. Hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte irgendeinen Grund gehabt, etwas verbergen zu wollen, hätte er sich von vornherein zu diesem Dokument eine andere Erklärung zurechtgelegt, da ihm die Dokumente, zu welchen er befragt werden würde, ja im Voraus bekannt gewesen seien.

486. [...]

487. [Unternehmung „A...“] führt in ihrer Stellungnahme aus, es seien einige Fragen im Zusammenhang mit den gewürdigten Unterlagen nicht geklärt. Wohl gebe es diese Offerte mit Datum vom [...], d.h. einen Tag vor Ablauf der Eingabefrist, aber die handschriftlichen Notizen trügen kein Datum. Die Erklärung der Wettbewerbsbehörden, weshalb diese Notiz vor Eingabe erstellt worden sei, sei nicht zwingend. Es könne ebenso gut sein, dass sich die Person, die mit [der Beschaffungsstelle] telefoniert habe, um diese Zahlen in Erfahrung zu bringen, sich verschrieben habe, oder dass sie selber die Zahl, die [Unternehmung „Be...“] eingegeben habe, nicht mehr im Kopf gehabt habe. Ausserdem sei nicht geklärt, weshalb es nach den ersten beiden Buchstaben „[A]“ und „[Be]“ einen Strich habe. Dies könnte doch darauf schliessen lassen, dass die weiter unten aufgeführten „[A]“ und „[C]“ nicht kontaktiert worden seien und man wirklich erst nach Offertöffnung deren Zahlen kannte. Zudem sei nicht abgeklärt worden, ob der Preis das einzige Zuschlagskriterium gewesen sei. Auf diese Weise könne man hier keine Abrede, die zu einer Sanktionierung führe, konstruieren.

488. [...] [Gemäss Bauherr ist] der Preis [...] zu 100 % das einzige Zuschlagskriterium gewesen. [...]

489. [Unternehmung „A...“] führt aus, es gehe aus den Unterlagen hervor, dass ein anbietendes Unternehmen wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen worden sei. Dies sei ein deutliches Indiz gegen eine Absprache, sonst wäre nämlich das Devis sicher nicht abgeändert worden. [...]

490. [Unternehmung „Be...“] führt aus, es gehe aus dem E-Mail-Verkehr hervor, dass ein anbietendes Unternehmen wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen worden sei. Dies widerlege die These einer Abrede in zweierlei Hinsicht. Zum einen seien auf der Handnotiz des für [Unternehmung „Be...“] Befragten diejenigen vier Submittenten genannt, welche in der Offertöffnung ersichtlich seien. Nicht erwähnt sei diese ausgeschlossene Gesellschaft, welche offensichtlich als fünftes Unternehmen eingegeben habe. Hätte eine Absprache vorgelegen, hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte aber auch dieses fünfte Unternehmen und dessen Eingabebetrag in seiner Handnotiz festgehalten. Dass nur die vier aus der Offertöffnung ersichtlichen Unternehmen in der Handnotiz festgehalten seien, nicht aber auch dieses fünfte Unternehmen, zeige, dass die Handnotiz erst nach Offertöffnung erstellt worden sei. Zum anderen beweise die Tatsache der Abänderung

des Leistungsverzeichnisses, dass keine Absprache vorgelegen habe. Denn wäre dem so gewesen, hätte dieses Unternehmen sich nicht die Mühe gemacht, sich durch Abänderung des Leistungsverzeichnisses einen Vorteil zu verschaffen. Vielmehr hätte es einfach das bestehende Leistungsverzeichnis übernommen und den abgesprochenen Preis eingesetzt. Zudem wäre eine Stützofferte mit abgeändertem Leistungsverzeichnis mangels Vergleichbarkeit ohnehin sinn- und nutzlos gewesen.<sup>525</sup>

491. [...]

## E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

492. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist die WEKO zunächst auf die Beweismittel vor Versand des Antrags, an der sie vollumfänglich festhält. Zu präzisieren ist jedoch, dass der Satz, wonach die Beweislage hier etwas weniger eindeutig sei als bei anderen Projekten, von den Parteien missverstanden worden zu sein scheint. Damit soll keineswegs gesagt werden, dass die WEKO selber bei diesem Fall Zweifel an der Beweislage hätte, dies ist nicht der Fall; vielmehr soll damit bloss zum Ausdruck gebracht werden, dass hier einzig ein nur, aber immerhin, auf den ersten Blick harmlos wirkendes Beweismittel vorliegt, was dessen Beweiskraft freilich keineswegs schmälert. Nachfolgend würdigt die WEKO zunächst die neu erhobenen Beweismittel und geht dann auf die Vorbringen der Parteien ein.

493. Die vor Versand des Antrags vorgenommene Beweismittelwürdigung wird weiter gestärkt durch [...] Beweismittel, wonach bei diesem Fall der Preis das einzige Zuschlagskriterium war. Bei dieser Ausgangslage reicht eben eine (sehr) geringfügige Preisdifferenz aus, um den Zuschlag zu steuern, dürfen doch [von der Beschaffungsstelle] andere Zuschlagskriterien ausser dem Preis bei der Zuschlagserteilung überhaupt nicht berücksichtigt werden. Auch ein um bloss wenige Franken billigeres Angebot bleibt eben das billigere Angebot. Dass [Unternehmung „Be...“] die von ihr eingegebene Angebotssumme gegenüber der handschriftlich notierten Summe noch etwas senkte, gefährdete daher die Zuschlagserteilung an [Unternehmung „A...“] in keiner Weise. Dass ein Submittent wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen wurde, spricht ebenfalls nicht gegen eine Absprache. Denn um eine Gesellschaft zu schützen, kann sowohl eine Stützofferte abgegeben werden als auch auf die Eingabe eines Angebots (bid suppression) verzichtet werden. Ebenso sehr kann ein Schutz aber auch durch Einreichung eines auszuschliessenden Angebots (z.B. wegen verspäteter Eingabe oder wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses) gewährt werden; der durch eine solche Vorgehensweise dem schützenden Unternehmen entstehende Zusatzaufwand ist minim und spricht daher nicht gegen eine Absprache. Nicht nachvollziehbar ist im Übrigen die von [Unternehmung „Be...“] in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argumentation, wonach offenbar fünf Unternehmen eingegeben haben sollen. Es haben, wie aus dem Offertöffnungsprotokoll ersichtlich

<sup>525</sup> Act. [...].

und auch in der Handnotiz festgehalten, vier Gesellschaften eingegeben. Von diesen vier Gesellschaften wurde alsdann eine wegen Abänderung des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen; eine fünfte Submittentin gab es nicht.

494. Zu den Vorbringen der Parteien ist festzuhalten, dass es insbesondere [Unternehmung „Be...“], aber auch [Unternehmung „A...“], mit den von ihr gezeichneten Alternativszenarien einzig darum geht, Zweifel daran zu schüren, dass sich der Sachverhalt tatsächlich so verwickelt hat, wie dies die WEKO in der Beweismittelwürdigung vor Versand des Antrags darstellt. Diese Alternativszenarien zeichnen sich jedoch vor allem durch eine Häufung von nicht verifizierbaren angeblichen Begebenheiten sowie einzeln betrachtet ungewöhnlichen, in ihrer Gesamtheit aber erst recht unrealistischen Zufällen und Irrtümern oder Fehlern aus. Diese theoretisch zwar denkbaren, praktisch aber realistischerweise nicht möglichen Alternativszenarien vermögen daher auch nur theoretische Zweifel an der dargestellten Sachverhaltsverwirklichung zu begründen. Gegen das von [Unternehmung „Be...“] und [Unternehmung „A...“] vorgebrachte Alternativszenario, dass die Handnotiz im Rahmen eines Anrufs [bei der Beschaffungsstelle] nach Offertöffnung entstanden ist, anlässlich welchem [die Beschaffungsstelle] [Unternehmung „Be...“] das Ergebnis gemäss Offertöffnungsprotokoll mitgeteilt hat, sprechen nebst den unter Beweismittelwürdigung vor Versand des Antrags genannten Punkten noch zwei weitere: Erstens hätte der für [Unternehmung „Be...“] Befragte in einem Zeitpunkt nach Offertöffnung bei einem solchen Telefongespräch mit [der Beschaffungsstelle] die von ihm effektiv eingereichte Offerte vor sich gehabt, nicht irgendeine von ihm nicht eingereichte Basiskalkulation, um welche es sich beim vorliegend relevanten Dokument jedoch gerade handelt. Sodann hätte [die Beschaffungsstelle] – der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend – das Offertöffnungsprotokoll einfach von oben nach unten vorgelesen und der für [Unternehmung „Be...“] Befragte hätte dies auch in dieser Reihenfolge notiert. Die Reihenfolge gemäss Offertöffnungsprotokoll ist nicht nach Eingabebeträgen geordnet, sondern lautet von oben nach unten [Unternehmung „Be...“], [Unternehmung „C...“], [Unternehmung „A...2“] und schliesslich [Unternehmung „A...“]. Die Notiz hingegen entspricht der Reihenfolge der Summen, also [Unternehmung „A...“], [Unternehmung „Be...“], [Unternehmung „A...2“] und schliesslich [Unternehmung „C...“], was weiter dagegen spricht, dass diese Handnotiz anlässlich eines – gemäss [Unternehmung „Be...“] behauptetermassen erst noch rasch vor sich gehenden – Telefonats entstanden ist. Dass das anlässlich des Parteiverhörs vom für [Unternehmung „Be...“] Befragten mit Bestimmtheit geäusserte Sachverhaltsgeschehen und die spätere Erklärung, es handle sich dabei um einen Irrtum, für die Glaubhaftigkeit der nachträglich im Schreiben des Rechtsvertreters von [Unternehmung „Be...“] gemachten Ausführungen sprechen soll, ist nicht nachvollziehbar. Dass sich der für [Unternehmung „Be...“] Befragte nicht vorgängig des Parteiverhörs eine andere Erklärung bezüglich dieses ihm dazumal bereits bekannten Dokuments zurechtgelegt hat, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass dieses Dokument auf den ersten Blick in der Tat wenig verfänglich erscheint und daher bei der Vorbereitung

wenig Beachtung erfahren haben dürfte. Wie dem auch sei, gegen die Überzeugungskraft des Beweismittels spricht dies jedenfalls nicht. Gestützt auf die vorgenannten Beweismittel und deren Würdigung steht für die WEKO zweifelsfrei fest, dass es im Fall [...] zu einer Submissionsabsprache gekommen ist.

495. [...]

#### **B.6.3.5.11 Fall [...]**

496.–522. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.12 Fall [...]**

523.–550. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.13 Fall [...]**

551.–579. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.14 Fall [...]**

580.–592. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.15 Fall [...]**

593.–611. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.16 Fall [...]**

612.–647. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.17 Fall [...]**

648.–663. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.18 Fall [...]**

664. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

### **B. Beweismittel vor Versand des Antrags**

665. Aus der Hausdurchsuchung von [Partei X] stammt eine E-Mail von [Partei Y] an [Partei X] und [Partei Z] vom [Datum].<sup>526</sup> Diese E-Mail sei nachfolgend auszugsweise wiedergegeben:

„Habe übers Wochenende das Devis<sup>527</sup> für [...] zusammengestellt und gerechnet. Meine Eingabesumme beträgt Pauschal Fr. [<180'000].–

Bitte eingeben:

- [Partei Z]: pauschal Fr. [≥180'000].–
- [Partei X] pauschal Fr. [≥180'000].–

Zusätzlich:

- Per-Preis für Nacharbeiten: mind. [...].–
- Per-Preis für Samstagsarbeiten: mind. [...].–
- Per-Preis für Sonntagsarbeiten: mind. [...].–

Zusätzlich:

Annahme für Anpassungen und Regiearbeit geschätzt: Fr. [...].– (alle gleich)

Bitte nur diese Pauschale mit den Ergänzungen abgeben. Das Leistungsverhältnis könnt Ihr bei Bedarf bei mir anfordern, macht aber keinen Sinn, wenn wir alle das gleiche abgeben. OK?“

<sup>526</sup> Act. [...].

<sup>527</sup> Auch Eigendevis, Eigenofferte oder Leistungsverzeichnis genannt.

666. Anlässlich des Parteiverhört von [Partei X] führte der Befragte aus, das Dokument sei etwas unglücklich.<sup>528</sup> Er habe von der [Beschaffungsstelle A] eine telefonische Anfrage erhalten, um innert kürzester Zeit eine Offerte abzugeben. Innerhalb einer Woche habe die Offerte eingereicht werden müssen, wobei als einzige Grundlage zur Erarbeitung der Offerte die dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhört überreichten Pläne bestanden hätten. Er habe den Termin wahrgenommen und habe dort die zwei in der E-Mail aufgeführten Kollegen getroffen. Die seien alle zum gleichen Zeitpunkt vor Ort gewesen. [Partei Y] habe bereits am Projekt [...] gearbeitet, die seien bereits auf Platz gewesen, da sie einen Auftrag von [einer anderen Beschaffungsstelle B] gehabt hätten. Die [Beschaffungsstelle A] hätten das Projekt erweitert. Es hätte in diesem Fall gar nicht noch ein weiterer Unternehmer mit nochmals allen Maschinen [...] Platz gehabt. Die [Beschaffungsstelle A] habe nicht gewusst, ob das Projekt über CHF 300'000.– gehe oder darunter bleibe, weshalb es auch noch die zwei weiteren Unternehmen eingeladen habe. Falls es über CHF 300'000.– gegangen wäre, hätte so innert kürzester Zeit eine offizielle Vergabe gemacht werden können, anders hätte das nicht funktioniert. Letztlich sei es gar nicht über CHF 300'000.– gegangen, weshalb problemlos auch eine freihändige Vergabe hätte erfolgen können. Das heisse, dass sie zwei ([Partei X] und [Partei Z]) gar nicht nötig gewesen wären. Er gebe zu, dass es jetzt komisch aussehe, aber anders wäre es gar nicht ausführbar gewesen. Er habe es kurz überschlagen und er wäre mit den Quadratmeterpreisen [der anderen Beschaffungsstelle B], an die sich [Partei Y] habe anbinden müssen, da die ja bereits den Auftrag [der anderen Beschaffungsstelle B] und damit auch deren Preise gehabt hätten, viel höher gekommen und hätte die Installation auch noch dazu gebraucht. Auf die Frage, ob er am Schluss etwas eingegeben habe, antwortete der Befragte ja, weil er gemusst habe, weil es vom Bauherrn verlangt gewesen sei. Er habe diese in der E-Mail angegebene Summe eingegeben.<sup>529</sup> Weil der Bauherr nicht gewusst habe, ob es unter CHF 300'000.– sei, habe er das verlangt und darum hätten sie das gemacht. Jetzt müsse er sagen, sei es ein grosser Fehler von ihm gewesen. Wenn er Bescheid gewusst hätte, hätte er das in den Papierkorb geworfen. Dies müsse er im Nachhinein zugeben, damals habe er sich aber keine Gedanken gemacht. Auf die Frage, wie er sich erkläre, dass die Eingabesumme von [Partei Y] in der E-Mail tiefer sei als diejenige von [Partei Z] und von [Partei X], erklärte der Befragte, man habe vom Bauherrn aus, nicht von ihnen aus, steuern wollen, dass [Partei Y] den Auftrag ausführe. Vor dieser E-Mail sei er ja an der Sitzung gewesen, an welcher alle vier ([Partei Y], [Partei Z], [Partei X] und der Bauherr) gewesen seien.<sup>530</sup> Auf die Frage, ob er mit der Eingabe im Prinzip [Partei Y] einen Gefallen gemacht habe, antwortete der Befragte, er habe dem Bauherrn einen Gefallen gemacht. Die geschilderte Situation sei eine absolute Ausnahme, so etwas sei sonst noch gar nie vorgekommen.<sup>531</sup> An der gemeinsamen Sitzung habe man die Arbeiten angeschaut, um die Offerte zu erstellen. Und eben die Bitte, dass diese Firma ausführen könne, die bereits mit allen Maschinen da gewesen sei. Im Nachhinein hätte er es besser in den Kübel geworfen. Jetzt sitze er hier und müsse aussagen. Also, er habe nichts

Schlechtes dabei gedacht. Die Frage, ob eine Vereinbarung mit [Partei Y] bestanden habe, verneinte der Befragte.<sup>532</sup>

667. Anlässlich des Parteiverhört überreichte der Befragte dem Sekretariat Pläne zu diesem Projekt sowie eine Aufstellung der Quadratmeterpreise (Preisbasis: Januar 2001) in Abhängigkeit der Belagsstärke.<sup>533</sup>

668. [Partei Z] hielt in ihren Antworten auf den Fragebogen<sup>534</sup> fest, dies sei gar kein „reales“ Projekt gewesen. Zu vergeben seien hier Folgearbeiten eines Hauptauftrags gewesen. Der Hauptauftrag sei bereits in Ausführung gewesen, daher habe die beauftragte Firma bereits alle notwendigen Maschinen auf dem Platz gehabt. Eine parallele Baustelleninstallation durch einen Konkurrenten sei aufgrund der Platzverhältnisse weder möglich noch sinnvoll gewesen. Für die Bauherrschaft sei es daher völlig klar gewesen, dass diese Folgearbeiten vom gleichen Unternehmen ausgeführt werden müssten wie der Hauptauftrag; faktisch seien die entsprechenden Arbeiten daher bereits mit dem Hauptauftrag vergeben worden. Der verantwortliche Sachbearbeiter hätte aber aufgrund seiner Vorgaben gleichwohl noch Konkurrenzofferten einholen müssen. [Partei Z] bestreite nicht, dem verantwortlichen Sachbearbeiter geholfen zu haben, sein Problem zu lösen, und zu diesem Zweck eine Pseudoofferte eingereicht zu haben. Sie habe dazu Hand geboten, nachdem sie sich anlässlich eines Termins vor Ort überzeugt habe, dass angesichts der Platzverhältnisse eine andere Lösung als die Vergabe an [Partei Y] objektiv weder sinnvoll noch möglich gewesen sei. Man möge diese Hilfestellung kritisieren, um eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG handle es sich hierbei aber nicht.

669. [Partei Y] hielt in ihren Antworten auf den Fragebogen<sup>535</sup> fest, [Partei Y] sei von der Bauherrschaft explizit zur Ausarbeitung einer Eigenofferte eingeladen worden, weil sie bereits vor Ort gewesen sei. Es sei vereinbart worden, dass die Kosten für die Offertstellung bei einer Auftragsvergabe nicht in Rechnung gestellt würden. Grundlage der Offerte hätten die bereits vorhandenen Werkvertragspreise gebildet, das heisse, es seien keine neuen Akkordpreise vereinbart worden, welche nota bene viel höher gewesen wären. Ihres Wissens seien auch noch zusätzliche Drittunternehmer seitens der [Beschaffungsstelle A] eingeladen worden und es sei eine gemeinsame Begehung und Offertbesprechung abgehalten worden, damit alle Offerierenden die gleiche Basis gehabt hätten und insbesondere auch Kenntnis um die beengten und verkehrstechnischen Schwierigkeiten und Abhängigkeiten. Es entziehe sich ihrem heutigen Wissensstand, welche Drittunternehmer auch zur Offertstellung eingeladen worden seien.

<sup>528</sup> Act. [...].

<sup>529</sup> Act. [...].

<sup>530</sup> Act. [...].

<sup>531</sup> Act. [...].

<sup>532</sup> Act. [...].

<sup>533</sup> Siehe act. [...].

<sup>534</sup> Act. [...].

<sup>535</sup> Act. [...].

670. Ferner reichte [Partei Y] diverse handschriftliche Notizen zur Ausarbeitung der Eigenofferte ein.<sup>536</sup>

671. [Die andere Beschaffungsstelle B] reichte auf Verlangen das Offertöffnungsprotokoll betreffend [...] ein.<sup>537</sup> Die Eingabesummen belaufen sich bei diesem Projekt [der anderen Beschaffungsstelle B] zwischen (gerundet) [400'000.– und 500'000.–]. Die Anschlussfrage, ob es bezüglich dem Projekt [...] seitens [dieser anderen Beschaffungsstelle B] zu einem Folgeauftrag gekommen sei, verneinte [sie]. Im Anschluss an [sie] habe aber die [Beschaffungsstelle A] Arbeiten ausgeführt.<sup>538</sup> Anlässlich eines Telefonats erläuterte [die andere Beschaffungsstelle B], mit [...] nichts mehr zu tun gehabt zu haben, entsprechend auch keine Unterlagen dazu zu haben.<sup>539</sup>

672. Die [Beschaffungsstelle A] bestätigte, dass durch sie im Bereich [...] Arbeiten durchgeführt worden seien. Die [bestimmten Arbeiten] seien durch die [Partei Y] mittels Direktvergabe erfolgt.<sup>540</sup> [Sie] reichte im Anschluss auf Verlangen die noch vorhandenen Unterlagen ein.<sup>541</sup>

### C. Beweiswürdigung vor Versand des Antrags

673. Aus der E-Mail, welche ein objektives Beweismittel ist<sup>542</sup>, ergibt sich, dass [Partei Y] vor Offerteinreichung [Partei X] und [Partei Z] ihre eigene Eingabesumme bekanntgab und von den zwei anderen Unternehmen einzugebende Eingabesummen nannte. Gleichzeitig bat [Partei Y] darum, nur diese Pauschale mit den Ergänzungen abzugeben.

674. Die Ausführungen von [Partei X] anlässlich des Parteiverhörs bezüglich dieses Projekts sind in sich schlüssig und stimmig. Sie sind spontan und detailliert geschildert und gehen gleichwohl in sich auf. Der Befragte schildert die Komplikationen des Bauherrn, dessen Überlegungen und Probleme bezüglich den vergaberechtlichen Vorschriften. Er gesteht auch zu, dass die ganze Sache unglücklich aussieht und er es im Nachhinein anders handhaben würde. Dass er die von [Partei Y] genannte Eingabesumme übernommen hat, gibt der Befragte unumwunden zu und versucht nicht, dies kleinzureden oder abzustreiten. Die Ausführungen von [Partei X] werden ferner untermauert durch die Angaben der übrigen Parteien, welche nicht deckungsgleich sind,<sup>543</sup> sondern jeweils aus der Warte der anderen Parteien erfolgen, aber gleichwohl ein stimmiges Gesamtbild ergeben. Gestärkt werden diese Ausführungen ferner durch die Angaben [der beiden Beschaffungsstellen A und B] und werden letztlich auch noch durch die effektiven Eingabesummen abgerundet.

675. Die Ausführungen von [Partei Z] sind ebenfalls glaubhaft. Auch hier werden detailliert und in sich schlüssig die Komplikationen des Bauherrn und die gesamte Situation geschildert. Der eigene Beitrag wird nicht kleingeredet, sondern ohne Weiteres zugestanden. Diese Ausführungen reihen sich in das stimmige Gesamtbild ein und werden, wie auch die Angaben von [Partei X], durch weitere Beweismittel gestützt.

676. Auch die Ausführungen von [Partei Y] sind in sich stimmig, enthalten allerdings eher weniger Angaben zum eigentlichen Kerngeschehen. [...]

677. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass [Partei Y], [Partei Z] und [Partei X] die eigene Eingabesumme ebenso wie die von diesen einzugebenden Eingabesummen nannte. Es ist auch bewiesen, dass sich [Partei Z] und [Partei X] dementsprechend verhielten und eingaben – ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der drei Parteien ist damit bewiesen. Allerdings ist ebenfalls bewiesen, dass dieses Zusammenwirken aufgrund der äusseren Umstände (v.a. Platzverhältnisse und bereits bestehende Tätigkeit einer Baugesellschaft vor Ort) letztlich durch den Bauherrn orchestriert oder zumindest unmissverständlich nahelegt wurde, damit dieser – sofern dies aufgrund des Auftragsvolumens hätte erforderlich sein sollen – die vergaberechtlichen Vorgaben der äusseren Form nach hätte einhalten können. An wen der Zuschlag erteilt werden sollte, war an sich für alle Beteiligten, insbesondere aber für den Bauherrn, von vornherein klar; es ging nur noch darum, dies äusserlich in eine – sofern aufgrund der Bausumme erforderlich – vergaberechtskonforme Form eines Einladungsverfahrens zu kleiden. Es stellte sich schliesslich heraus, dass dieses Vorgehen gar nicht erforderlich gewesen wäre, da aufgrund des Bauvolumens eine freihändige Vergabe zulässig gewesen war, welche die direkte Vergabe der Arbeiten durch den Bauherrn an eine Baugesellschaft ohne Einladung weiterer Gesellschaften zur Offertstellung erlaubte. Damit ist bewiesen, dass von vornherein nie Wettbewerb bestand (und aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften die Bauherrschaft auch nicht gesetzlich dazu verpflichtet war, Wettbewerb zu schaffen, sondern hierauf verzichten konnte, wie sie es letztlich tat), weshalb das Zusammenwirken der drei Bauunternehmen – obwohl es die Abgabe höherer Offerten durch [Partei Z] und [Partei X] betraf – eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezwecken noch bewirken konnte.

### D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

678.–680. [...]

### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

681. [...]

682. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach dem Gesagten bewiesen ist, dass [Partei Y]), [Partei Z] und [Partei X] hinsichtlich ihrer Offerteingaben bewusst und gewollt zusammenwirkten. Allerdings ist ebenfalls bewiesen, dass damit eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt wurde. Ferner ist bewiesen, dass in diesem Fall auch die vergaberechtlichen Vorschriften vom Bauherrn nicht die Schaffung von Wettbewerb verlangten, sondern eine freihändige

<sup>536</sup> Act. [...].

<sup>537</sup> Act. [...].

<sup>538</sup> Act. [...].

<sup>539</sup> Act. [...].

<sup>540</sup> Act. [...].

<sup>541</sup> Act. [...].

<sup>542</sup> Siehe dazu Rz 149 f.

<sup>543</sup> Eine exakte Übereinstimmung, vor allem auch in Details und hinsichtlich Nebensächlichkeiten sowie der Gewichtung der Schilderung, würde eher eine vorgängige Abstimmung der Ausführungen der Parteien nahelegen und damit gegen, nicht für die Glaubhaftigkeit sprechen.



Vergabe zulassen. Bloss ergänzend ist aber festzuhalten, dass es sich hierbei um eine ausgesprochene Ausnahmesituation handelt, vergleichbare Konstellationen sind kaum denkbar; vielmehr bezweckt oder bewirkt ein dergestaltiges Zusammenwirken in den „gewöhnlich“ gelagerten Fällen (und damit allermeisten) auch eine Wettbewerbsbeschränkung. Insbesondere soll an dieser Stelle ausdrücklich offen bleiben, wie es kartellrechtlich zu würdigen wäre, wenn die Bauherrschaft in Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften auf die Schaffung von Wettbewerb verzichten würde, wenn also gemäss Beschaffungsrecht zumindest ein Einladungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Bei der Sanktionierung ist dieses Projekt nach dem Gesagten nicht zu berücksichtigen.

#### **B.6.3.5.19 Fall [...]**

683.–706. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.20 Fall [...]**

707.–718. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.21 Fall [...]**

719.–735. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.22 Fall [...]**

736. Zu Fall [...] ist einleitend anzumerken, dass die WEKO weitere Beweismittel erhoben hat. Dies, weil sich die WEKO in diesem Fall eine andere als die vom Sekretariat vorgenommene wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Auswirkung vorbehielt und diese Beurteilung zusätzliche Sachverhaltsabklärungen erforderte. Aufgrund dieser weiteren Sachverhaltsermittlungen stellte sich unter anderem heraus, dass bei diesem Fall bei der relevanten ersten, abgebrochenen Ausschreibung nebst [Partei R] auch [Partei S] sowie [Partei T] involviert sind. Den betroffenen Parteien wurde Gelegenheit gegeben, sich zu den zusätzlich erhobenen Beweismitteln zu äussern.<sup>544</sup> Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Auswirkungen erfolgt an späterer Stelle, worauf verwiesen sei.

### **A. Ausschreibung**

737. [Ein öffentlicher Auftraggeber] schrieb [Arbeiten] aus. Es wurde ein Einladungsverfahren durchgeführt und [x] Unternehmen zur Offerteingabe eingeladen. Das Verfahren wurde von der Bauherrschaft allerdings abgebrochen, ein Zuschlag wurde nicht erteilt und das Projekt [1-3 Jahre später] neu ausgeschrieben. [...]

[x-1 der x bei der zweiten Ausschreibung] eingeladenen Unternehmen waren auch schon bei der ersten Ausschreibung eingeladen. [...]

### **B. Beweismittel vor Versand des Antrags**

738. [...]

### **C. Beweismittel vor Versand des Antrags**

739. [...] beweist demnach, dass es bei vorliegendem Projekt zwischen den verschiedenen Anbietenden zu einer Vereinbarung bezüglich Schutzgewährung gekommen ist. Bewiesen ist allerdings, dass dieses Ausschreibungsverfahren seitens der Bauherrschaft abgebrochen und das Projekt neu ausgeschrieben wurde. Dies, weil gemäss Angabe [der Partei R] nach Ansicht

der Bauherrschaft die eingegebenen Preise zu hoch waren.

### **D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel**

740.–742. [...]

743. [Beschaffungsstelle] führte [...] aus, [...]. [...] Bei [diesem Projekt] sei der Kostenvoranschlag CHF [100 %] gewesen. Die günstigste Offerte sei CHF [133 %] gewesen, bei der zweiten Ausschreibung desselben Projekts CHF [75 %], [...]. [...] Offenbar habe es zu dem Zeitpunkt eine gute Auslastung der Unternehmen gegeben. [...]. [...], dass gewisse Unterschiede normal seien. [...] Dass so grosse Unterschiede bestünden, sei eigentlich nicht üblich. [...] Ob es oft vorkomme, dass Submissionen abgebrochen würden, beantwortete [...] mit nein, [...].<sup>545</sup>

744. [...] Der [...] Vertreter von [der Partei S] führte am Parteiverhör aus, sie würden keine Preisabsprachen machen. [...] Der [...] Vertreter von [Partei S] führte aus, auch die Eingabe von [der Partei T] beim Fall [...] könne als Tiefpreis bezeichnet werden. Diese allgemein zweite tiefe Eingabe sei sicher auch auf die leeren Auftragsbücher [im Winter] zurückzuführen. Manchmal gebe man ein, damit man im Markt dabei bleibe und der Nachfrager auch für eine folgende Submission einlade. Manchmal könne man aus Kapazitätsgründen einen Auftrag nicht ausführen und gebe aber aus den vorerwähnten Gründen trotzdem ein. [...]

745. [...]

Zu Fall [...] führt [der Rechtsvertreter der Partei T] aus, [...]. Die Submission sei abgebrochen worden, weil die Angebote mindestens ein Drittel höher gelegen seien als der Kostenvoranschlag. Nicht bekannt sei, wie [die Beschaffungsstelle] auf den Kostenvoranschlag gekommen sei. Daher könne nicht überprüft werden, ob es sich dabei um einen realistischen Marktpreis handle. Daraus, dass im [Winter] viel tiefere Angebote eingereicht worden seien, könne man dies nicht ableiten. [...] Auch aus einem anderen Grund sei eine Absprache unwahrscheinlich. Unternehmer hätten immer sehr knapp kalkulieren müssen, um eine Chance auf den Zuschlag zu haben. Es wäre wirklichkeitsfremd, anzunehmen, dass man versucht hätte, mittels Absprachen einen gegenüber dem vermeintlichen Marktpreis um [einen Drittel] höheren Preis zu erzielen. Der Grund, weshalb [Partei T] bei der zweiten Ausschreibung das tiefste Angebot eingereicht habe, habe darin gelegen, dass ihre Auftragslage in diesem Zeitpunkt sehr schlecht gewesen sei. So sei es verständlich, dass man u.U. sogar unter den Kosten anbiete, nur um einen Fixkostenanteil zu decken. [...] Es wäre auch nicht erklärbar, wieso die angeblich geschützte Gesellschaft eine gegenüber dem Zweiten um [5-10 %] tiefere Offerte eingegeben und sozuzusagen CHF [...] verschenkt hätte, wenn sie sich schon auf Schutzofferten hätte verlassen dürfen.<sup>546</sup>

<sup>544</sup> Siehe Rz 65 ff., insbesondere Rz 67.

<sup>545</sup> Vgl. act. [...].

<sup>546</sup> Act. [...].

746. Der Vertreter von [Partei T] führte am Parteiverhör auf die Frage bezüglich Fall [...], ob ein solch massiver Unterschied zwischen erster und zweiter Offerte üblich sei, aus, er rechne im Jahr 300 Offerten. Im [...] sei das Haus wirklich voll gewesen, da habe er einfach durchgerechnet, Preise eingesetzt, ohne die Pläne anzuschauen oder sich weitergehend damit zu beschäftigen. Er habe die Installation etwas angehoben, um zurechtzukommen. [...] hätten sie eine wirklich schlechte Auftragslage gehabt und er habe deswegen die Offerte auseinandergenommen. Da habe er diverse Dinge gefunden, [...]. Sie hätten da durchwegs Preise gemacht, die an die Grenze gegangen seien. Die sechs besonders erörterten Positionen seien offensichtliche Sachen gewesen. Immer ginge das nicht, sonst wären sie Konkurs. Aber im Winter komme dies manchmal vor. [...] Auf dem Markt gebe es Unterschiede von 20–30 %. [...] Es komme darauf an, wie tief man in die Offerte hineingehe. [...] Auf die Frage, früher sei das Baugewerbe für Absprachen bekannt gewesen, ob er solchen begegnet sei, führte der Vertreter von [Partei T] aus, er sei seit [nach 2004] bei [Partei T]. Er wisse, dass so etwas stattgefunden habe, doch sei schon sein Vorgänger dagegen gewesen. Sie seien deshalb auch geschnitten worden. [...] Mit ihnen hätten keine Absprachen stattgefunden. [...]

747. Zu diesen neu erhobenen Beweismitteln führt [Partei S] aus, im Antrag des Sekretariats sei [Partei S] bisher nicht als Teilnehmerin an einer Abrede genannt worden. Nur weil in den mittlerweile beschafften Offertöffnungsprotokollen [sie] als Submittent erscheine, solle [sie] nun der Teilnahme an einer Absprache bezichtigt werden, was nicht angehe. [...] Die verantwortlichen Mitarbeiter seitens [Partei S] hätten klar ausgesagt, dass keine Absprachen getroffen worden seien. [Sie] bestreite, im Fall [...] an einer Absprache beteiligt gewesen zu sein. Gegen eine Absprache spreche auch, dass [Partei S und Partei R] praktisch die gleiche Summe eingegeben haben. Die erste Ausschreibung vom [...] sei abgebrochen worden, weil die eingegangenen Offerten über dem Kostenvoranschlag gelegen seien. Dass eine Abweichung vom Kostenvoranschlag für sich alleine kein Indiz für eine Absprache sei, habe die REKOWEF bereits klargelegt. Selbst wenn in der ersten Ausschreibung [...] Absprachen getroffen worden wären, wäre nicht einzusehen, wie diese den Wettbewerb beeinträchtigt bzw. beseitigt hätten. Das Verfahren sei abgebrochen und [...] neu ausgeschrieben worden. Mangels Vergabe könne auch keine Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben sein, insbesondere wenn man in Betracht ziehe, dass die zweite Ausschreibung zu wesentlich günstigeren Preisen geführt habe. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass bei der [zweiten Ausschreibung] Absprachen getroffen worden seien. Die bei der ersten Ausschreibung angeblich geschützte Gesellschaft habe nun das [...] Angebot gemacht. Auch der Kreis der Submittentinnen habe sich verändert. Wäre aber die erste Ausschreibung abgesprochen gewesen, hätte man sich auch bei der zweiten abgesprochen. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Die bei der zweiten Ausschreibung billigste Gesellschaft sei bei der ersten Ausschreibung die [...] gewesen. Eine neue Absprache bei der zweiten Ausschreibung hätte jedoch zu einer Eintragung in der „Absprachenliste“ führen müssen, wenn man dieser glauben wolle. Dies sei jedoch nicht geschehen, was

einmal mehr die Unglaubwürdigkeit dieser Liste zeige. Hätte bei der ersten Ausschreibung eine Absprache stattgefunden, hätte diese auch bei der zweiten eingehalten werden müssen oder aber es hätte ein neuer Eintrag in der „Absprachenliste“ erfolgen müssen, keines von beidem sei jedoch geschehen. Die Differenz des Angebotsniveaus aller Submittentinnen zwischen erster und zweiter Ausschreibung sei plausibel und übereinstimmend mit der schlechteren Auslastung [im Winter im Vergleich zum Sommer] erklärt worden. [...] Ohne genauen und detaillierten Vergleich sämtlicher Positionen der zwei Ausschreibungen, der jeweiligen Offerten und des ursprünglichen Kostenvoranschlags könne ohnehin nicht auf ein Indiz für eine Absprache geschlossen werden.<sup>547</sup>

748. [...]

### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

749. [...] Entgegen der Ansicht von [Partei T] spricht die Differenz zwischen der Offerte des Erst- und des Zweitplatzierten und der damit „verschenkte“ Betrag keineswegs gegen eine Absprache. In der Praxis ist es nicht so, dass zunächst der Betrag der zweitplatzierten (Stütz)Offerte abgesprochen würde und alsdann die Höhe der geschützten Offerte; es läuft umgekehrt. Zunächst (oder zuweilen sogar auch einzig) wird die Höhe der geschützten Offerte vereinbart, die Höhe der Stützofferten dann in einem zweiten Schritt und bloss ungefähr. Mit einer nicht unwesentlichen Differenz zwischen erst- und zweitplatzierten Offerte soll ja gerade sichergestellt werden, dass auch wirklich die geschützte Gesellschaft den Zuschlag erhält. Es ist sogar umgekehrt so, dass gerade eine vergleichsweise höhere Differenz zwischen erst- und zweitplatzierten Offerte als zwischen den verlierenden Offerten untereinander für das Vorliegen einer Absprache spricht. Die Argumentation von [Partei S], wonach eine Absprache in der ersten Ausschreibung zwangsläufig dazu geführt haben müsste, dass auch die zweite, [1-3] Jahre später erfolgte Ausschreibung abgesprochen wurde, ist nicht überzeugend. Die Absprachen wurden in vorliegender Untersuchung situativ, abhängig von den momentanen Bedürfnissen und Interessen getroffen. Dass die Ausgangslage eineinhalb Jahre später eine andere ist, ist evident. Es kann daher ohne Weiteres im einen Fall eine Absprache vorgelegen haben, im anderen nicht. Ebenfalls nicht gegen eine Absprache spricht, dass die Offerte von [Partei R] und [Partei S] nahezu gleich hoch sind. Wesentlich ist vielmehr, dass diese beiden Offerten gegenüber der geschützten Offerte eine Differenz aufweisen, was sie denn auch beide tun.

750.–751. [...]

<sup>547</sup> Act. [...].

752. Aufgrund der vorhandenen Beweismittel und deren Würdigung wie hiervor ausgeführt, ist für die WEKO daher bewiesen, dass in vorliegendem Fall [Partei T] und [Partei S] (ebenso wie die weiteren eingebenden Submittenten) an der Absprache beteiligt waren und diese auch einhielten, indem sie eine Stützofferte abgaben. Gegen die dergestaltige Verwirklichung des Sachverhalts sprechen bloss theoretische – und als solche immer mögliche – Zweifel, welche jedoch nicht entscheidend sind und das Beweisergebnis nicht zu erschüttern vermögen. Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Abrede und der Beteiligung daran durch alle eingebenden Submittenten spricht im Übrigen auch die ins Auge stechende Abweichung vom Kostenvoranschlag.

753. [...]

754. Bewiesen ist aufgrund der diesbezüglich eindeutigen Unterlagen der Bauherrschaft [...] sodann, dass das Verfahren wegen den zu hohen Preisen abgebrochen wurde. Einen anderen Grund, wie etwa Budgetrestriktionen, hatte der Verfahrensabbruch nicht. Der fachkundige Zeuge hielt dazu fest, dass [dieser Fall einer der] beiden einzigen ihm bekannten Ausschreibungen [sei], die wegen zu hoher Preise abgebrochen worden sind. Es mag zwar sein, dass der von unten gerechnet nahezu 100 % ausmachende Preisunterschied zwischen der ersten und zweiten Ausschreibung zu einem gewissen Teil auf die unterschiedliche Auslastung [1-3] Jahre später zurückzuführen ist, wie dies insbesondere die mit Beispielen unterlegten Ausführungen von [Partei T] belegen. Ein gewisser Anteil der Preisdifferenz ist aber schlicht und einfach auch auf die in der ersten Ausschreibung erfolgte Absprache zurückzuführen. Die Abredeteilnehmer scheinen es hier letztlich mit der Höhe der einkalkulierten Kartellrente übertrieben und unrealistische Preise eingegeben zu haben. Dafür, dass die Preise deutlich überhöht waren, spricht auch, dass die Bauherrschaft zum letzten Mittel griff und die Vergabe wegen der zu hohen Preise abgebrochen hat, was nur in absoluten Ausnahmefällen geschieht.

755. Dafür, dass in der zweiten Ausschreibung, welche letztlich zu einer Zuschlagserteilung führte, ebenfalls eine Absprache vorlag, bestehen keine Anhaltspunkte. Es braucht daher nicht weiter auf diese zweite Ausschreibung eingegangen zu werden. An späterer Stelle wird noch zu behandeln sein, wie die Wirkungen der Abrede in der ersten, allerdings abgebrochenen Ausschreibung in wettbewerbsrechtlicher Sicht zu würdigen sind.

#### **B.6.3.5.23 Fall [...]**

756.–781. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### **B.6.3.5.24 Fall [...]**

782.–786. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

### **C. Beweismittel vor Versand des Antrags**

787.–789. [...]

790. Soweit die Zuschlagserteilung betreffend liegen hier ausnahmsweise keine objektiven Beweismittel vor. [Partei R] gibt an, [Partei Q] habe den Zuschlag für dieses Projekt erhalten. [Partei Q] beantwortet diese Frage demgegenüber mit „wahrsch. [Partei Q]“. Gemäss

Art. 962 Abs. 1 OR sind unter anderem von Aktiengesellschaften (wie [Partei Q] eine ist) die Geschäftsbücher, die Buchungsbelege sowie die Geschäftskorrespondenz während zehn Jahren aufzubewahren. Infolgedessen ist es [Partei Q] durch Konsultation der entsprechenden Unterlagen des Jahres [...] (insbesondere durch Betrachtung der erfolgten Zahlungseingänge) ohne Weiteres möglich, mit Gewissheit festzustellen, ob sie bezüglich eines bestimmten Projekts den Zuschlag erhielt und in der Folge das Projekt ausführte oder nicht. Sie kann dies mit Hilfe der entsprechenden Buchhaltungsunterlagen auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden dokumentieren. Dahingehende Abklärungen in ihren Buchhaltungsunterlagen hat [Partei Q] allerdings – jedenfalls soweit das Jahr [...] betreffend – nicht vorgenommen. Dies zeigt die vorliegende vage Antwort – hätte [Partei Q] ihre Buchhaltungsunterlagen konsultiert, könnte sie aber mit Sicherheit sagen, ob sie damals den Zuschlag erhalten hatte oder nicht. [Partei Q] ist somit ihren Mitwirkungspflichten (Art. 40 KG; vgl. auch Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 39 KG) nicht, jedenfalls nicht vollumfänglich, nachgekommen, obwohl dies notwendig und zumutbar war. Im Rahmen der (freien) Beweismittelwürdigung kann ein solch ungenügendes Nachkommen ihrer Mitwirkungspflichten durch eine Partei zum Nachteil<sup>548</sup> ebendieser nicht (oder zumindest in diesem Punkt nicht) kooperativen Partei berücksichtigt werden.<sup>549</sup> Entsprechend ist hier zum Nachteil der ihren Mitwirkungspflichten nicht (jedenfalls nicht genügend) nachkommenden [Partei Q] als erstellt zu erachten, dass [Partei Q] den Zuschlag für dieses Projekt erhielt. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wird [Partei Q] Gelegenheit haben, ihren Mitwirkungspflichten doch noch nachzukommen, was seitens der WEKO entsprechend zu würdigen wäre und allenfalls zu einem anderen Beweisergebnis führen könnte.

791. Bezüglich des Auftragsvolumens des effektiv erteilten Auftrags gilt Vergleichbares wie bezüglich der Zuschlagserteilung. [Partei Q] hält einzig fest, es seien bei ihr bezüglich der Höhe der von ihr eingegebenen Offerte keine Unterlagen mehr vorhanden. Diese Angabe ist umso erstaunlicher, als [Partei Q] doch gleichzeitig angibt, für vorliegendes Projekt wahrscheinlich den Zuschlag erhalten zu haben. Dies zeigt, dass [Partei Q] diesbezügliche Abklärungen in ihren Buchhaltungsunterlagen<sup>550</sup> – jedenfalls soweit das Jahr [...] betreffend – nicht vorgenommen hat. Zumindest im Falle des Zuschlags an [Partei Q] wäre es ihr ohne Weiteres möglich, das effektive Auftragsvolumen aus ihrer Buchhaltung zu ermitteln und auch gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu dokumentieren. Die Selbstanzeigerin führt nun

<sup>548</sup> Siehe für einen (allerdings das Steuerrecht betreffenden) Überblick über die vertretenen Ansichten bezüglich des Charakters dieses Nachteils das Urteil des BVGer A-1501/2006 vom 6.11.2008, E. 5.2.

<sup>549</sup> Siehe etwa GILLES BENEDICK, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169–180, 171 m.w.H. in Fn 28 f.; ferner, wenn auch primär bezogen auf das Bankenrecht, MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169–180, 177.

<sup>550</sup> Siehe dazu die vorangehende Rz.

glaubhaft aus, die Abweichung zwischen Stützofferten und geschützter Offerte müsse im Regelfall 3 % betragen, damit die geschützte Offerte den Zuschlag erhalte.<sup>551</sup> Dieser Erfahrungswert ist entsprechend auf vorliegendes Projekt anzuwenden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Eingabebetrag von [Partei Q] resp. Das Auftragsvolumen 3 % tiefer war als die Höhe der Stützofferte der Selbstanzeigerin und sich somit auf (gerundet) CHF [...] belief. Ebenso wie bezüglich der Zuschlagerteilung wird [Partei Q] auch hierzu im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats Gelegenheit haben, ihren Mitwirkungspflichten doch noch nachzukommen, was seitens der WEKO entsprechend zu würdigen wäre und allenfalls zu einem anderen Beweisergebnis führen könnte.

#### D. Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sowie zusätzlich erhobene Beweismittel

792. [Partei Q] führt in ihrer Stellungnahme aus, [sie] habe diesen Auftrag nicht erhalten. Hierzu reicht [Partei Q] eine Bestätigung ihrer Revisionsstelle ein. Ob [sie] überhaupt eine Offerte eingegeben habe, könne nicht mehr nachvollzogen werden, da nicht erfolgreiche Offerten nicht aufbewahrt würden. [...].

793.–795. [...]

#### E. Gesamtwürdigung und Ergebnis

796. [Partei Q] ist im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag ihrer Mitwirkungspflicht nunmehr nachgekommen. Entgegen ihrer Ansicht tat sie dies bei Beantwortung des Fragebogens noch nicht. Es kann zur Begründung auf die diesbezüglichen Ausführungen bei Fall [...] verwiesen werden.<sup>552</sup> Wie dem auch sei, wesentlich ist nunmehr einzig, dass aufgrund der neuen Beweismittel fest steht, dass [Partei Q] den Zuschlag bei diesem Projekt nicht erhielt.

797.–800. [...]

#### B.6.3.5.25 Fall [...]

801. Vorab und teilweise auch schon die nachfolgenden Erwägungen vorwegnehmend sei festgehalten, dass vorliegend die Eingabefrist am [vor Juni 2004] ablief. Die fragliche Abrede wurde wesensgemäss vor Ablauf dieser Frist getroffen und auch umgesetzt, wobei der Fax von [einer Partei] an [eine andere Partei], mit welchem Erstere Zweiterer ihre Offerten zukommen liess, vom [vor Juni 2004] ist. In Anbetracht dieser zeitlichen Gegebenheiten kann der vorliegende Fall nicht mehr sanktioniert werden. Dies aufgrund von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wonach eine Sanktionsmöglichkeit entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Untersuchungseröffnung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Zwischen dem Datum der Eingabefrist ([vor Juni 2004]), bis zu welchem faktisch Wettbewerb bestehen kann, und der Untersuchungseröffnung (8. Juni 2009) liegen mehr als fünf Jahre, weshalb gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Sanktionsmöglichkeit für diesen einen Fall entfällt.

802.–817. [.../siehe Hinweis vor Rz 223]

#### B.6.3.6 Fazit: Das Vorliegen von etlichen Wettbewerbsabreden ist damit bewiesen

818. In all den vorgenannten Fällen – mit Ausnahme der aussergewöhnlichen Konstellation bei Fall [...] – ist nach dem Gesagten das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bewiesen. Mitunter erhielt allerdings eine andere Baugesellschaft als die Geschützte den Zuschlag und mitunter wurde sogar die Submission abgebrochen und neu ausgeschrieben; diese und andere Besonderheiten werden bei der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Auswirkungen der Abreden zu berücksichtigen sein – am Vorliegen von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ändern sie nichts.

#### B.6.4 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

##### B.6.4.1 Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet

819. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Vermutungsfolge) bei folgenden Wettbewerbsabreden (Vermutungsbasis) vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wie dies vorliegend der Fall ist<sup>554</sup>:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

820. Gegenstand der zuvor dargestellten Wettbewerbsabreden ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagerteilung, womit eine Aufteilung der Aufträge und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabsprachen.<sup>555</sup> Solche Submissionsabsprachen sind gemäss Praxis der WEKO,<sup>556</sup> Rechtsprechung<sup>557</sup> und Lehre<sup>558</sup> sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

<sup>551</sup> Siehe act. [...].

<sup>552</sup> Siehe Rz [...]. [Auszug aus der entsprechenden Rz: „Mit ihrer Angabe, keine Unterlagen mehr zu diesem Fall zu haben, hat sie nämlich nicht automatisch auch gesagt, den Zuschlag nicht erhalten zu haben, wie sie dies nun geltend macht.“]

<sup>553</sup> Siehe Rz 665 ff.

<sup>554</sup> Siehe dazu Rz 184.

<sup>555</sup> Statt anderer etwa MACI (Fn 8), 412: „In most cases therefore a bid-rigging cartel concerns price fixing, market sharing or is a combination of elements from both these infringements.“

<sup>556</sup> RPW 2012/2, 393 Rz 998, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, RPW 2009/3, 209 Rz 87, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>557</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 f. E. 7 und 8, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>558</sup> CHRIST (Fn 404), Rz 346. Im Ergebnis vergleichbar auch PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 380 und 428, die allerdings eine Vereinbarung über „die Zuweisung von Bauherren“ unter Bst. b von Art. 5 Abs. 3 KG und nicht wie hier unter Bst. c subsumieren.

821. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob sich diese Vermutungsfolge widerlegen oder ob sie sich als zutreffend beweisen lässt. Die Beweisführungslast dafür liegt bei den Wettbewerbsbehörden, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Immerhin trifft die Parteien eine Mitwirkungspflicht.<sup>559</sup> Zu präzisieren bleibt allerdings, dass wenn weder die Nichtbeseitigung wirksamen Wettbewerbs noch dessen Beseitigung bewiesen ist, aufgrund der Vermutung eben von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Damit wird nur, aber immerhin, die objektive Beweislast geregelt, also die Frage nach den Folgen im Falle der Beweislosigkeit.

#### **B.6.4.2 Grösstenteils keine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**

822. Um beurteilen zu können, ob trotz der Abreden der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wurde, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich, relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken (nachfolgend B.6.4.2.1). In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (nachfolgend B.6.4.2.2). Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist (nachfolgend B.6.5).

##### **B.6.4.2.1 Marktabgrenzung**

###### **i) Marktgegenseite**

823. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. Die Marktgegenseite der Bauunternehmer sind die Bauherren (in der Regel handelt es sich dabei um öffentliche Auftraggeber, zuweilen sind es aber auch Privatpersonen), welche die jeweiligen Bauleistungen nachfragen.<sup>560</sup> Welches die konkreten Bauarbeiten sind, die im Einzelfall für die Bestimmung der relevanten Marktgegenseite massgebend sind, hängt insbesondere vom Gegenstand der jeweiligen getroffenen Wettbewerbsabrede(n) ab.

###### **ii) Sachlich relevanter Markt**

824. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, 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<sup>561</sup> ist hier anerkanntermassen<sup>562</sup> analog anzuwenden).

825. Auf abstrakter Ebene gesehen fragen Bauherren generell das Erstellen von Bauwerken und damit Bauleistungen nach. Je nach Bauwerk bzw. Anforderungen, die dessen Errichtung stellt, sind dabei unterschiedliche Bautätigkeiten resp. ein Bündel hiervon gefragt. Geht es beispielsweise um den Bau eines Schulgebäudes, sind

Bauleistungen, die von einem auf Strassenbau spezialisierten und mit entsprechenden Maschinen ausgerüsteten Bauunternehmen erbracht werden können, für den Bauherren keine valable Option. Auf dieser abstrakten Stufe lassen sich dementsprechend verschiedene Sparten von Bauleistungen, z.B. Hoch-, Tief- und Strassenbau, unterscheiden, welche sich auch noch feiner unterteilen liessen, was hier – wie sich sogleich zeigen wird – jedoch offen bleiben kann.

826. Bei der Marktabgrenzung ist naturgemäss der konkrete Sachverhalt zu berücksichtigen.<sup>563</sup> So gilt es vorliegend etwa den Rahmen, der durch das öffentliche Beschaffungswesen geschaffen wird,<sup>564</sup> nicht ausser Acht zu lassen. Die öffentlichen Auftraggeber, um welche es bei den untersuchten Projekten weit überwiegend geht, sind an die vergaberechtlichen Vorschriften gebunden. Hat eine Ausschreibung erst einmal begonnen, kann sie von der öffentlichen Hand nur unter sehr restriktiven Bedingungen ohne Zuschlagserteilung beendet, also abgebrochen, werden. Die Zuschlagserteilung begründet zwar keinen eigentlichen Kontrahierungszwang für das Gemeinwesen, den Vertrag alsdann auch abzuschliessen, sie zwingt das Gemeinwesen aber dazu, den Vertrag wenn, dann mit der Zuschlagsempfängerin (und nicht mit jemand anderem) abzuschliessen.<sup>565</sup> Da Ausschreibungen nicht ihrer selbst Willen gemacht werden, sondern erfolgen, um Bedürfnisse des Gemeinwesens zu befriedigen, ist das Gemeinwesen regelmässig auch an einem Vertragsschluss interessiert. Ist erst einmal eine Ausschreibung lanciert, kommt es also grundsätzlich auch zu einer Zuschlagserteilung. Es erfolgt regelmässig auch ein Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ein Ausweichen auf Bauleistungen weiterer, an der Submission nicht teilnehmender resp. hierzu nicht eingeladener Bauunternehmen (oder solcher, die den Zuschlag nicht erhalten haben) ist dem Gemeinwesen nicht gestattet.

827. Kommt hinzu, dass Bauwerke nahezu immer Einzelanfertigungen sind. Dies gilt auch für Tiefbauarbeiten, da sich diese durch die lokale Topographie, die Gröszenordnung, den Ausbaustandard, die damit verbundenen Aushub- und Rohrverlegungsarbeiten etc. unterscheiden. Die Submissionsgüter im Tiefbau sind demnach singuläre Güter, sodass ihr Wert nicht allgemein bekannt ist.<sup>566</sup> Der Ausschreiber respektive potentielle Auftraggeber fragt eine seinen Wünschen entsprechende und mittels der Ausschreibungsunterlagen konkretisierte Arbeit im Bereich Tiefbau nach, womit er Art und

<sup>559</sup> Siehe dazu auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>560</sup> So etwa bereits Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*; ferner etwa RPW 2009/4, 342 Rz 24 Bst. a, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>561</sup> VKU; SR 251.4.

<sup>562</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>563</sup> Dahingehend bereits Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 554, Ziff. 231.

<sup>564</sup> Siehe ausführlicher dazu Rz 142 ff.

<sup>565</sup> Vgl. etwa BGE 129 I 410 E. 3.4.

<sup>566</sup> CHRIST (Fn 404), Rz 40.

Umfang der Nachfrage bestimmt.<sup>567</sup> Ein Ausschreiber verhält sich anders als ein Konsument, der sich in einem bereits bestehenden Markt informiert und sich dann entscheidet.<sup>568</sup> Vielmehr definiert der Ausschreiber seine Bedürfnisse in den Ausschreibungsunterlagen, und nur Offerten, die diese von ihm vorgegebenen Charakteristika erfüllen (inklusive allfälliger vom Ausschreiber als zulässig bezeichneter Varianten), sind für ihn austauschbar.

828. Dass Submissionsgüter im Tiefbau singuläre Güter sein sollen, deren Wert nicht allgemein bekannt ist, bezeichnen vier Parteien als unzutreffend, jedenfalls in dieser Allgemeinheit. Dem widerspreche die an späterer Stelle getroffene Feststellung, dass bei gewöhnlichen Tiefbauprojekten der Preis die überragende Rolle spiele. Es sei nicht untersucht worden, ob es sich bei den beurteilten Fällen um gewöhnliche Tiefbauprojekte mit standardisierten Gütern gehandelt habe, deren Wert eben doch allgemein bekannt ist. Tatsächlich sei es so, dass normale Strassen- und v.a. Belagsarbeiten standardisierte Leistungen mit einem allgemein bekannten Wert seien. So habe beispielsweise die Stadt Zürich einen offiziellen Katalog der Einheitspreise für Tief- bzw. Strassenbauleistungen und auch gewisse Bauunternehmen gäben den öffentlichen Auftraggebern eine Preisliste ab. Die Gemeinwesen hätten deshalb eine sehr gute Kenntnis der Preise einzelner Leistungen und das Einsetzen überhöhter Preise sei gar nicht möglich. Nehme man diese Sichtweise ein, könne man sich die Frage stellen, weshalb dann Preisabsprachen getroffen würden. Es gehe dabei um die Auslastung der Unternehmen, Mitarbeiter und Maschinen müssten beschäftigt werden. Der Arbeitsanfall sei saisonal zum Teil sehr unterschiedlich: Es gebe Phasen mit voller Auslastung, in welchen trotzdem v.a. in Einladungsverfahren Offerten abgegeben würden, um in Erinnerung zu bleiben. Wenn der Arbeitsvorrat aber knapp sei, werde die Kalkulation verschärft und dies führe zum Teil zu Angeboten unter den Vollkosten. Dann könne es auch zu Absprachen kommen, um sich Arbeiten tatsächlich zu sichern, was man als „Zuteilungsabsprachen“ bezeichnen könne. Es gehe also sicher nie darum, gegenüber dem Marktpreis einen überhöhten Preis verlangen zu können, wie dies Aussagen verschiedener Vertreter der Unternehmen auch direkt oder indirekt bestätigen würden.<sup>569</sup>

829. In der Tat trifft es zu, dass es sich bei „ganz gewöhnlichen“ Strassen- und v.a. Belagsarbeiten eher um Standardleistungen handelt, so lange keine projektspezifischen Besonderheiten vorliegen (wie beispielsweise bei gleichzeitiger Betroffenheit von Tramschienen und den erforderlichen Koordinationsarbeiten). Dass der Wert resp. die Preise der Arbeiten deshalb allgemein bekannt wären, trifft jedoch nicht zu, auch wenn die Gemeinwesen eine gute Vorstellung von den Einheitspreisen haben mögen. Zum einen sind etliche Positionen nicht in den Preislisten enthalten, wie etwa die Baustelleninstallation. Zum anderen hängt – wie die vier Parteien selber ausführen – der Preis wesentlich vom Interesse der Bauunternehmen an den Arbeiten ab, welches wiederum mit der momentanen Auslastung korreliert. So können die einzelnen Positionen mehr oder weniger scharf gerechnet werden, wie dies Fall [...] deutlich illustriert. Es ist demnach nicht so, dass für ein spezifisches

Projekt ein im Voraus feststellbarer, allgemein bekannter Wert bestünde, vielmehr kann dieser nur, aber immerhin, innerhalb einer gewissen Bandbreite erwartet werden. Wäre der Wert resp. der Preis einheitlich und allgemein bekannt, liesse sich auch nicht erklären, weshalb die Preise der eingereichten Offerten jeweils differieren. Die WEKO hält daher an ihrer Feststellung fest, wonach der Wert der Arbeiten bei einzelnen Projekten, auch bei Strassen- und Belagsarbeiten, nicht allgemein bekannt ist.

830. Bei der Bestimmung des vorliegend wesentlichen sachlich relevanten Marktes spielt nun – insbesondere auch aufgrund der vorgenannten Besonderheiten – die in concreto betroffene Marktgegenseite eine entscheidende Rolle. Wer diese Marktgegenseite ist, hängt wiederum massgebend vom Gegenstand der getroffenen Wettbewerbsabrede(n) ab. In casu ist das Vorliegen von Wettbewerbsabreden bezüglich etlicher Submissionen bewiesen.<sup>570</sup> Gegenstand dieser Abreden ist jeweils ein spezifisches Projekt. Die Substituierbarkeit ist entsprechend aus Sicht des jeweiligen Nachfragers des betroffenen Projekts zu prüfen. Dieser ist nach dem Gesagten die relevante Marktgegenseite. Für den jeweiligen Bauherrn ist das einzelne Bauwerk resp. das einzelne Ausschreibungsverfahren oder – noch genauer – sind die bezüglich eines konkreten Bauprojekts offerierten, die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Charakteristika erfüllenden Bauleistungen nicht mit anderen Projekten resp. Bauleistungen substituierbar, da der Bauherr eben nicht ausweichen kann.<sup>571</sup>

831. Daraus folgt, dass in casu jedes hiervor aufgeführte Projekt resp. die dazu offerierten, die vorgegebenen Charakteristika erfüllenden Bauleistungen, bezüglich welchem resp. welcher das Vorliegen einer Abrede bewiesen ist,<sup>572</sup> im Einklang mit der bisherigen, ebenfalls Einzelsubmissionsabreden betreffenden Praxis der WEKO<sup>573</sup> und von Lehrmeinungen<sup>574</sup> einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt. Dass trotz Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften die Markttabgrenzung bei einem anders gelagerten Sachverhalt, namentlich wenn sich das Bestehen einer umfassenderen Abrede beweisen liesse, anders ausfallen würde<sup>575</sup> (insbesondere aufgrund der anderen, namentlich breiteren Marktgegenseite), wurde bereits in früheren Sanktionsfällen angetönt,<sup>576</sup> braucht aber mangels Relevanz für diese Untersuchung nicht im Einzelnen ausgeführt zu werden.

<sup>567</sup> RPW 2009/3, 206 Rz 66 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>568</sup> CHRIST (Fn 404), Rz 43, ferner Rz 298 ff.

<sup>569</sup> Siehe act.[...].

<sup>570</sup> Siehe zusammenfassend Rz 818.

<sup>571</sup> Siehe dazu auch die beiden vorangehenden Rz.

<sup>572</sup> Siehe Rz 223 ff.

<sup>573</sup> RPW 2012/2, 392 Rz 986, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2009/3, 206 Rz 69, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2009/4, 342 Rz 24, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Anders gelagert, namentlich eine umfassende Abrede betreffend, der Sachverhalt, welcher dem Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Imperia (Ticino) SA/WEKO*, zu Grunde liegt.

<sup>574</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 128 m.w.H.

<sup>575</sup> Illustrativ RPW 2008/1, 110 Rz 188 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>576</sup> Ausdrücklich RPW 2009/3, 206 Rz 66, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; implizit RPW 2012/2, 389 Rz 960 und 964 sowie 392 Rz 992, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

832. Während eine Partei festhält, die Marktabgrenzung entspreche der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung der REKO/WEF,<sup>577</sup> ist eine andere der Ansicht, es sei zumindest zweifelhaft, ob der Markt in sachlicher Hinsicht auf die einzelnen Ausschreibungen abgegrenzt werden könne. Bauherren schrieben oft mehrere gleichartige Projekte gleichzeitig resp. in mehr oder weniger kurzen Abständen aus. Zudem existierten auf Nachfrageseite eine Vielzahl von Ausschreibern, welche parallel diverse Bauleistungen nachfragen würden. Diese Vielzahl von parallelen Ausschreibungen führe dazu, dass letztlich nicht jede Ausschreibung einzeln und separat betrachtet werden könne. Dies hätten die Wettbewerbsbehörden in einem anderen Verfahren denn auch festgehalten. Es sei nicht angezeigt, wenn Beschaffungsmärkte einmal eng und einmal breit abgegrenzt würden. Der sachlich relevante Markt umfasse sämtliche Tiefbauarbeiten, ungeachtet der einzelnen Ausschreibung.<sup>578</sup>

833. Die WEKO ist sich durchaus bewusst, dass häufig eine Vielzahl mehrerer paralleler Ausschreibungen besteht. Dies ändert jedoch am Ergebnis in vorliegender Untersuchung nichts, denn mit dieser Argumentation wird der Blickwinkel geändert. Anstatt auf die Substituierbarkeit aus Sicht der massgeblichen Marktgegenseite, der Bauherrschaft, zu fokussieren, wird nun die Substituierbarkeit aus Sicht der Bauunternehmen in den Mittelpunkt gerückt. Es mag sein, dass es für ein Bauunternehmen einerlei ist, ob es dieses oder aber jenes Projekt ausführt. Für die in casu relevante Marktgegenseite, die beschaffende Stelle, ist aber das eine Projekt nicht mit dem anderen austauschbar. Die WEKO hält daher an der von ihr vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in dieser Untersuchung fest. Dass in anderen Fällen – je nach konkreter Sach- und Ausgangslage – jedoch eine andere, namentlich eine weitere Marktabgrenzung angezeigt und angebracht ist, soll damit aber keineswegs ausgeschlossen werden.

### iii) Räumlich relevanter Markt

834. Räumlich umfasst der relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Ausgangspunkt sind vorliegend – entsprechend den vorangegangenen Ausführungen, die hier mutatis mutandis ebenfalls zutreffen – wiederum die konkreten, von den hier bewiesenen Einzelsubmissionsabreden betroffenen Projekte resp. als massgebliche Marktgegenseite deren jeweilige Nachfrager.

835. Die Bauherren schreiben die Ausführung konkreter Bauprojekte aus. Bauwerke sind naturgemäss ortsgebunden und stationär; der Bauherr verlangt deren Errichtung an einem bestimmten Ort. Wo die Anbietenden herkommen, ist für den Bauherrn – auf den ersten Blick – eigentlich irrelevant. Doch besteht im Tiefbau, wie in der Baubranche allgemein, aufgrund der hohen Transportkosten ein gewisser Distanzschutz; die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsan-

sässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.<sup>579</sup>

836. Die Grösse des Einzugsgebietes hängt auch vom konkreten von der Einzelsubmissionsabrede betroffenen Projekt, dessen Grösse und der betroffenen Arbeiten ab. Dies würde an sich heissen, dass bezüglich eines jeden Projekts ein Radius um den Standort des Projekts auszuloten wäre, innerhalb dessen eine Leistungserbringung wirtschaftlich noch möglich ist. Aus Praktikabilitätsgründen, aber auch, weil die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vorliegend im Ergebnis ohnehin nicht ausschlaggebend ist, rechtfertigt sich allerdings eine schematischere Beurteilung des örtlich relevanten Marktes.

837. In Bezug auf die zuvor aufgeführten Projekte ist davon auszugehen, dass sich der räumlich relevante Markt jeweils über die Fläche mehrerer Gemeinden erstreckt, maximal aber in etwa die Fläche des Kantons Zürich ausmacht. Zu beachten ist dabei, dass das Einzugsgebiet bei Auftraggebern, die die Errichtung von Bauwerken in der Nähe zu anderen Kantonen nachfragen, nicht etwa an den Kantonsgrenzen Halt macht, sondern diese überschreiten kann. Das massgebliche Einzugsgebiet wird dadurch aber insgesamt nicht grösser, sondern verschiebt sich bloss auch über die Kantonsgrenzen hinweg.

838. Anzumerken bleibt, dass bei Aufträgen der öffentlichen Hand das Beschaffungsrecht weitgehend den Vergabeprozess bestimmt und damit auch den Markt räumlich bis zu einem gewissen Grad festlegt<sup>580</sup> und begrenzt<sup>581</sup>. Vor allem die Vorschriften bezüglich Einladungsverfahren führen zu einer Beschränkung der potentiell Anbietenden, die unabhängig vom durch die hohen Transportkosten bewirkten Distanzschutz und damit losgelöst vom Einzugsgebiet besteht.

839. Zusammenfassend entspricht vorliegend der räumlich relevante Markt hinsichtlich einem jeden von einer Einzelsubmissionsabrede betroffenen Projekt demnach maximal in etwa der Fläche des Kantons Zürich.

840. Eine Partei bringt vor, es erscheine fraglich, wenn der Markt lokal abgegrenzt werde anstatt überregional oder national, zumal sich Ausschreibungen auch an überregional resp. ausserkantonal tätige Unternehmen richten würden.<sup>582</sup> Bei dieser Argumentation unterstellt die Partei die von ihr vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Da die WEKO aber an der von ihr vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes festhält,<sup>583</sup> erübrigt sich eine Vertiefung der Folgefrage, wie der räumlich relevante Markt bei einer anderen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorzunehmen wäre.

<sup>577</sup> Act. [...].

<sup>578</sup> Act. [...].

<sup>579</sup> RPW 2009/3, 206 Rz 70 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>580</sup> Vgl. die detaillierte Regelung in BöB, VöB sowie im kantonalen Recht (Fn 3). Gemäss CHRIST (Fn 404), Rz 306, hat beispielsweise bereits die Wahl des Publikationsmediums über dessen Streubereich, Sprache etc. eine Auswirkung auf die zu erwartenden Offerten.

<sup>581</sup> RPW 2009/3, 207 Rz 71 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>582</sup> Act. [...].

<sup>583</sup> Siehe dazu Rz 832 f. hiervor.

#### iv) Zeitlich relevanter Markt

841. Eine Marktabgrenzung in zeitlicher Hinsicht spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn bestimmte Märkte nur für eine befristete Dauer bestehen. Dies ist bei Submissionsmärkten der Fall, wenn – wie hier – Einzelsubmissionsabreden bewiesen sind, nicht aber eine umfassendere Abrede.<sup>584</sup>

842. Der Wettbewerb beginnt bezüglich einem einzelnen Projekt mit der Ausschreibung und endet formell mit dem Vertragsschluss. Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber lediglich bis zum spätestmöglichen Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab, also bis zum Ablauf der Eingabefrist. Unternehmen, die sich daran nicht beteiligen, also nicht vor Ablauf der Eingabefrist eine Offerte einreichen, werden daher auch nicht (jedenfalls nicht als aktuelle Konkurrenten) in den Markt einbezogen. Angebot und Nachfrage können sich nur in dieser kurzen Zeit treffen.<sup>585</sup>

##### B.6.4.2.2 Verbleibender Aussen- sowie Innen- und Restwettbewerb

843. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potenzieller<sup>586</sup> – Aussen-<sup>587</sup> oder Innenwettbewerb<sup>588</sup> auf dem zuvor abgegrenzten relevanten Markt besteht.

#### i) Aussenwettbewerb

844. Für die Prüfung der Intensität allfällig bestehenden Aussenwettbewerbs kann vorab auf die Marktabgrenzung unter B.6.4.2.1 verwiesen werden. Es gilt im Folgenden zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuelle oder potentielle Wettbewerber diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen und damit volkswirtschaftliche Schäden zu verursachen.<sup>589</sup>

845. Bezüglich des Aussenwettbewerbs spielen bei einer Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand die vergaberechtlichen Vorschriften eine gewichtige Rolle:<sup>590</sup> Bei *freihändigen* Verfahren ist der Bauherr nicht verpflichtet, überhaupt Wettbewerb spielen zu lassen, vielmehr kann er den Auftrag direkt an eine einzelne Baugesellschaft erteilen. Es steht dem Bauherrn allerdings frei, gleichwohl von mehreren Baugesellschaften Offerten einzuholen und erst gestützt darauf über die Auftragsvergabe an einen bestimmten Bauunternehmer zu befinden. Diesfalls kommt es auch in freihändigen Verfahren zu Wettbewerb, den zu schützen das Kartellgesetz berufen ist.<sup>591</sup> Der potentielle Auftraggeber begrenzt dabei mit der Zustellung einer Offertanfrage nur an bestimmte Baugesellschaften den Markt in persönlicher Hinsicht, schliesst mithin alle von ihm nicht angefragten Baugesellschaften von diesem Markt, dieser Submission, aus. Aussenwettbewerb (sei es aktueller, sei es potentieller) kann deshalb einzig durch um eine Offertstellung angefragte, nicht aber an der Abrede teilnehmende Bauunternehmen ausgehen, während nicht angefragte Baugesellschaften weder aktuelle noch potentielle Konkurrenten auf diesem einen Markt sind. Bei Auftragsvergaben durch *private Auftraggeber* verhält es sich übrigens vergleichbar. Bei Vergaben in *Einladungsverfahren* hat der öffentliche Bauherr von Gesetzes wegen

mehrere Offerten einzuholen, also mehrere Baugesellschaften zur Offertabgabe einzuladen. Eine Änderung der einmal vom Bauherrn zur Offertabgabe eingeladenen Bauunternehmen, insbesondere eine Ausweitung des Kreises der Anbietenden, ist – ausser im Ausnahmefall des Abbruchs und der Wiederholung des Verfahrens – ausgeschlossen. Aussenwettbewerb, und zwar sowohl aktueller als auch potentieller, beschränkt sich demnach auf den Kreis der vom Bauherrn zur Offertabgabe eingeladenen Bauunternehmen und nicht eingeladene Baugesellschaften sind weder aktuelle noch potentielle Konkurrenten. Nur gerade bei Vergaben in *offenen Verfahren* erfolgt nicht schon im Vorherein durch persönliche Einladung bzw. Anfrage eine Begrenzung der aktuellen und potentiellen Wettbewerber durch den Bauherrn.<sup>592</sup>

846. Von den zuvor dargestellten Vergaben [...] gerade mal [...] in einem offenen Verfahren [...] und damit ohne Einschränkung in persönlicher Hinsicht ausgeschrieben. In den meisten der übrigen Fälle kam das Einladungsverfahren zum Zuge, in einigen handelte es sich um freihändige Verfahren und in [...] Fällen war es eine private Bauherrschaft, die die Arbeiten vergab. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potentieller) konnte damit (ausser bei [...]) in allen zuvor dargestellten Fällen nur durch zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen.

847. Zu dieser in Einladungs- und freihändigen Verfahren ohnehin immanenten Begrenzung in persönlicher Hinsicht tritt hinzu, dass die Bauunternehmen aufgrund des während des untersuchten Zeitraums bestehenden Meldesystems des SBV<sup>593</sup> noch während der laufenden Ausschreibung – unabhängig der zur Anwendung gelangenden Verfahrensart – ein recht zuverlässiges Bild über die Situation des allfälligen Aussenwettbewerbs hatten.

848. In der überwiegenden Anzahl der zuvor dargestellten Fälle (Fälle [...]) bestand nun überhaupt kein Aussenwettbewerb, da alle eingeladenen bzw. angefragten Bauunternehmen zugleich auch an der Abrede beteiligt waren. Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerb kommt in diesen Fällen nicht in Betracht.

<sup>584</sup> Etwa JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 5 KG N 16; ferner BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 146.

<sup>585</sup> RPW 2009/4, 342 Rz 26, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>586</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 458.

<sup>587</sup> Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen.

<sup>588</sup> Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen.

<sup>589</sup> RPW 2009/3, 209 Rz 89, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>590</sup> Siehe für einen Überblick zu diesen Rz 143 ff.

<sup>591</sup> Siehe ausführlicher dazu Rz 146 ff.

<sup>592</sup> Zum Ganzen auch RPW 2009/3, 209 f. Rz 90, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>593</sup> Siehe dazu Rz 8 ff.



849. Hüppi bringt vor, in einigen der vorgenannten Fälle (...) sei nicht bewiesen, dass überhaupt kein Aussenwettbewerb mehr bestanden habe. Es kann auf die Ausführungen zu den jeweiligen Fällen verwiesen werden, dass dem aber so ist.

850. In einigen weiteren Fällen (Fälle [...]) – vor allem bei freihändigen Verfahren und bei privaten Vergaben – ist bewiesen, dass alle Baugesellschaften, deren Teilnahme an der jeweiligen Submission bewiesen ist, auch an der Abrede beteiligt waren. Es lässt sich aber (v.a. mangels Existenz von Offertöffnungsprotokollen in solchen Verfahren) nicht mit Sicherheit ausschliessen, dass in diesen Fällen nicht noch weitere Baugesellschaften zur Offertabgabe eingeladen bzw. angefragt worden waren (potentieller Aussenwettbewerb) und allenfalls auch Offerten einreichten (aktueller Aussenwettbewerb). Bei den Fällen [...] war die Abrede erfolgreich und das geschützte Unternehmen erhielt den Zuschlag. In all diesen Fällen, in welchen es zu einem Zuschlag kam, war die Abrede also erfolgreich. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier allenfalls trotz Angeboten durch „abredefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit solch Dritter zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abredefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf diejenigen der geschützten Offerte. Das mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis dieser Fälle beweist, war dieser allfällige (aktuelle resp. potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz dem allfälligen Aussenwettbewerb am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt in diesen Fällen daher nicht vor.

851. Hüppi ist der Ansicht, dass in den vorgenannten Fällen eine Beurteilung, ob genügend starker Aussenwettbewerb bestanden habe, gar nicht möglich sei. Zutreffend ist, dass in diesen Fällen nicht in detail festgestellt werden kann, ob überhaupt Aussenwettbewerb bestand und gegebenenfalls durch wie viele Unternehmen. Jedoch kann aufgrund des Ergebnisses der jeweiligen Submission und der Tatsache, dass die Abrede erfolgreich war und die Zuteilung abredgemäß geklappt hat, gleichwohl festgestellt werden, dass dieser allfällige Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend war, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. Soweit Hüppi der Ansicht ist, bei Einladungsverfahren dürften Bauunternehmen aufgrund der vergaberechtlichen Vorschriften so lange Absprachen treffen als am Ende noch drei unabhängige Angebote übrig blieben, verkennt sie das Zusammenspiel der vergabe- und kartellrechtlichen Vorschriften. Zu vertiefen ist dies hier aber nicht, es kann auf die diesbezüglich anderswo<sup>594</sup> bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.

852. In [...] weiteren Fällen (Fälle [...]) ist bewiesen, dass einige der Bauunternehmen, die eine Offerte einreichten, an der Abrede beteiligt waren. Fest steht in diesen Fällen ferner, dass weitere Bauunternehmen ebenfalls Offerten einreichten (aktueller Aussenwettbewerb) oder zumindest zur Offertabgabe eingeladen waren (potentieller Aussenwettbewerb), allerdings ist bezüglich dieser Gesellschaften nicht bewiesen, dass sie sich an der Abrede beteiligt haben (es ist aber auch nicht umgekehrt bewiesen, dass sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten). Die Abreden waren in diesen Fällen jeweils erfolgreich und das geschützte Unternehmen erhielt den Zuschlag. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier allenfalls trotz Angeboten durch „abredefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit dieser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abredefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf diejenigen der geschützten Offerte. Dem mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis dieser Fälle beweist, war dieser allfällige (aktuelle resp. potentielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz dem allfälligen Aussenwettbewerb am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt in diesen Fällen daher nicht vor.

853. Bei Fall [...] war die Abrede nicht erfolgreich. Es ist bezüglich dieses Falles daher so oder so zu prüfen, ob hier eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt oder nicht.<sup>595</sup> Die Frage nach dem Aussenwettbewerb kann deshalb offen bleiben.

854. In [...] weiteren Fällen (...) ist bewiesen, dass aktueller Aussenwettbewerb bestand und dieser zur Folge hatte, dass nicht das jeweils gemäss Abrede geschützte Unternehmen den Zuschlag erhielt. Bezeichnenderweise handelt es sich bei Fall [...] um [ein] offene[s] Vergabeverfahren [...]. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist in diesen Fällen aufgrund des aktuellen Aussenwettbewerbs widerlegt und es wird zu prüfen sein, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorlag.<sup>596</sup>

<sup>594</sup> Siehe Rz 146 ff.

<sup>595</sup> Nachfolgend Rz 879 ff.

<sup>596</sup> Nachfolgend Rz 879 ff.

855. In den [...] verbleibenden Fällen [...] waren bei der hier einzig betrachteten ersten Ausschreibung jeweils alle eingebenden Submittenten an der Absprache beteiligt. Die geschützte Gesellschaft reichte denn auch jeweils das preislich günstigste Angebot ein. Sie erhielt den Zuschlag jedoch nicht, da diese Ausschreibungen von der Bauherrschaft wegen der hohen Preise abgebrochen wurden. Auf diese besonders gelagerte Situation ist noch vertieft einzugehen.<sup>597</sup>

856. Zu ergänzen bleibt, dass die Sachkenntnis der Bauherrschaft, v.a. der öffentlichen, eine gewisse (selbst)disziplinierende Wirkung auf die sich absprechenden Unternehmen haben und dazu führen dürfte, dass diese trotz Abrede nicht völlig überhöhte, sondern aus ihrer Sicht angemessene und realistische Preise verlangen.<sup>598</sup> Allerdings ist diese disziplinierende Wirkung – entgegen der Ansicht mehrerer Parteien<sup>599</sup> – beschränkt: Die Einzigartigkeit eines jeden Projekts, vor allem aber die Abhängigkeit des Preises vom Interesse der Submittenten an der jeweiligen Arbeit, die wiederum mit ihrer momentanen, dem Bauherrn nicht im Einzelnen bekannten Auslastung zusammenhängt, erschwert es selbst fachkundigen Bauherren, überhöhte – und zwar sogar wesentlich überhöhte – Preise ohne Weiteres zu erkennen. Dies erst recht, wenn man bedenkt, dass gerade auch die Submission dem Bauherrn Informationen bezüglich des Marktpreises liefern soll, dieses Bild aber durch die Abrede verfälscht und verzerrt wird. Zum anderen sind die Möglichkeiten der öffentlichen Bauherrn zur Reaktion eingeschränkt, was auch die Bauunternehmen wissen. Öffentliche Bauherren können nur das Verfahren abbrechen und erneut durchführen. Dies ist allerdings mit einem seitens der Bauherrschaft in ihre Überlegungen ebenfalls einzubeziehenden Zusatzaufwand sowie einem Zeitverlust verbunden und setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus. Dazu kommt es nur in seltenen Ausnahmefällen, namentlich wenn die offerierten Preise offensichtlich überhöht sind. Die von einer Partei angesprochene Möglichkeit, Offerten im Verdachtsfall durch Drittunternehmen begutachten zu lassen,<sup>600</sup> bringt ebenfalls keine weitergehende Disziplinierung mit sich, ändert dies doch nichts daran, dass letztlich bloss ein Verfahrensabbruch zur Wahl steht. Die Sachkunde der Marktgegenseite vermag demzufolge nicht zu verhindern, dass Abreden zu überhöhten Preisen führen, sondern nur, aber immerhin, das Ausmass der abredebedingten Überhöhung in einem gewissen Rahmen zu halten. Noch weniger disziplinierend (nämlich gar nicht) wirkt sich die Sachkenntnis der Bauherrschaft auf die Steuerung der Zuschlagserteilung durch die sich absprechenden Abredeteilnehmer aus. Infolgedessen führt die Sachkunde der Marktgegenseite nicht zu einer derartigen Disziplinierung der Abredeteilnehmer, die die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte. Im Übrigen zeigen die paar Fälle, in welchen der Marktpreis aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise relativ genau feststellbar ist, dass die abredebedingte Überhöhung der Preise durchaus gravierend ist. So beträgt die Differenz zwischen der ernsthaften Offerte von [einer Partei] im Fall [...] und ihrer Stützofferte rund CHF [800'000-1'300'000], die Offerte der geschützten Gesellschaft lag rund CHF [300'000-800'000] über der ernsthaften Offerte [der schützenden Partei]. Bei Fall [...] belief sich die erfolg-

reich geschützte Offerte auf knapp CHF [500'000-1'000'000], während sich der vom Bauherrn bei einer dritten Stelle eingeholte Kostenvoranschlag auf knapp CHF [0-400'000] belief – zu einem Verfahrensabbruch kam es gleichwohl nicht.

857. Ebenso wenig wie die Sachkenntnis der Bauherrschaft, namentlich der öffentlichen Hand bei Beschaffungen, vermag deren Verhandlungsmacht<sup>601</sup> die Abredeteilnehmer ausreichend zu disziplinieren, um dadurch die Vermutung zu widerlegen. Bei offenen und selektiven Verfahren ebenso wie bei Einladungsverfahren wird die Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand bereits durch das Beschaffungsrecht und damit von Gesetzes wegen gebrochen, da bei diesen Vergabeverfahren Abgebotsverhandlungen untersagt werden.<sup>602</sup> Eine disziplinierende Wirkung aufgrund von Verhandlungsmacht entfällt damit von vornherein. Aber auch bei freihändigen Vergaben, bei welchen Abgebotsverhandlungen zulässig sind, erweist sich die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite faktisch als eingeschränkt. Dies hängt mit der bereits zuvor erwähnten Einzigartigkeit eines jeden Projekts zusammen, die es selbst fachkundigen Bauherren erschwert, überhöhte Preise ohne Weiteres zu erkennen, gerade auch weil die Submission selbst dem Bauherrn Informationen bezüglich des Marktpreises liefern soll, dieses Bild jedoch durch die Abrede verfälscht und verzerrt wird. Sind nun für die öffentliche Hand als Bauherrin keine Hinweise darauf ersichtlich, dass ein überhöhter Preis vorliegen könnte, wird sie schon nur aus Ressourcengründen auf Abgebotsverhandlungen verzichten. Kommt hinzu, dass sich die allenfalls dennoch verbleibende Verhandlungsmacht nur, aber immerhin, auf den Preis auswirkt, nicht aber auf die Steuerung des Zuschlags. Infolgedessen wirkt die allfällige Verhandlungsmacht der öffentlichen Hand als Bauherrin selbst bei freihändigen Vergaben nicht genügend disziplinierend, um dadurch die Vermutung zu widerlegen.

858. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf den relevanten Märkten, d.h., bei den zuvor dargestellten Fällen, mit Ausnahme der Fälle [...], weder genügend aktueller noch potentieller Aussenwettbewerb bestand. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG wird auf diesem Weg demnach für diese Fälle nicht umgestossen. Anders verhält es sich bezüglich der Fälle [...]. Ebenfalls zurückzukommen sein wird auf die besonders gelagerten Fälle [...], in welchen die Bauherrschaft das Verfahren abbrach.

<sup>597</sup> Nachfolgend Rz 867 f.

<sup>598</sup> In dem Sinn act. [...].

<sup>599</sup> Act. [...].

<sup>600</sup> Siehe act. [...].

<sup>601</sup> Zur Berücksichtigung dieser statt anderer etwa BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 241.

<sup>602</sup> Dazu sowie zum Zusammenspiel von Beschaffungsrecht und Kartellrecht bereits Rz 142 ff., insbesondere Rz 143.

## ii) Innen- und Restwettbewerb

859. Zu prüfen bleibt (ausser in den Fällen [...]), ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

860. Bei keinem der zuvor dargestellten Fälle kam es vor, dass sich ein an der Abrede beteiligtes Bauunternehmen nicht an die Abrede gehalten hätte. Hüppi erachtet dies als falsch, zumindest unbewiesen, und führt an, Hüppi habe bei den Fällen [...] den Zuschlag nicht erhalten, was zeige, dass sich nicht alle an die Absprache gehalten hätten. Bei diesen Fällen ist Hüppi erst im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen, was eine andere Beurteilung dieser [...] Fälle gestützt auf die neuen Beweismittel nach sich zieht.<sup>603</sup> Bei allen übrigen Fällen bleibt es dabei, dass sich jeweils alle an der Abrede beteiligten Bauunternehmen an diese gehalten haben, wie sich schon nur daran zeigt, dass die jeweils zu schützende Gesellschaft in allen diesen Fällen die preislich günstigste Offerte einreichte und jeweils auch den Zuschlag erhielt. Wirksamer Innenwettbewerb bestand demnach nicht. Eine Widerlegung der Vermutung aus diesem Grund kommt daher nicht in Betracht. Gemeint ist damit, dass eine Widerlegung der *gesetzlichen* Vermutung der *Wettbewerbsbeseitigung* aus diesem Grund nicht gelingt. Hüppi scheint dies missverstanden zu haben, wenn sie ausführt, die Wettbewerbsbehörden würden vermuten, dass kein genügender Innenwettbewerb bestanden habe; dies ist nicht der Fall, vielmehr steht fest, dass kein solcher bestand.

861. Soweit den Restwettbewerb angehend, ist zunächst festzustellen, dass das Bundesgericht diesbezüglich (allerdings spezifisch in Bezug auf Dienstleistungsmärkte) festgehalten hat, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und aufgrund anderer Parameter ein wirksamer Rest- oder Teilwettbewerb fortbesteht.<sup>604</sup> Allerdings wiegt eine Beseitigung des Preiswettbewerbs aufgrund der regelmässig grossen Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder untergeordneter Parameter umgestossen.<sup>605</sup>

862. Im Bereich der Beschaffung von Strassenbelagsarbeiten stellte das BVGer fest, dass der Preis der entscheidende Faktor sei. Ein allenfalls verbleibender Rest- oder Teilwettbewerb bezüglich anderer Parameter erachtete es als nicht ausreichend, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen.<sup>606</sup> Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, bestätigt sich die Rich-

tigkeit dieses Befunds auch in vorliegender Untersuchung.

863. Zunächst lässt sich feststellen, dass in allen zuvor dargestellten Fällen die jeweils preislich günstigste Offerte auch effektiv jeweils den Zuschlag erhalten hat. Allein dieser Befund belegt eindrücklich die Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ in diesen Fällen. Hinzu kommt, dass mittels der Abreden über die Preise auch die Zuschlagserteilung durch die Bauherrschaft gesteuert werden sollte, was – wie sich zeigte – denn auch funktionierte. Wären nun für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätten folglich zur Erreichung dieses Ziels Abreden bloss über den Preis nicht ausgereicht, sondern hätten stattdessen auch noch weitere Parameter abgesprochen werden müssen. Dies war aber nicht der Fall, was wiederum belegt, dass in dieser Branche, jedenfalls aber bezüglich der zuvor dargestellten Fälle, andere Wettbewerbsparameter, die den abredegemäss ausgeschalteten Preiswettbewerb aufzuwiegen vermöchten, nicht bestehen.

864. Ferner sind die vergaberechtlichen Vorschriften auch diesbezüglich von Relevanz: Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand, die in offenen Verfahren oder in Einladungsverfahren erfolgen, sind die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Hierbei handelt es sich um die bei einem konkreten Projekt für die Zuschlagserteilung massgebenden Wettbewerbsparameter. Der Preis spielt dabei, jedenfalls bei „gewöhnlichen“ Tiefbauprojekten, die überragende Rolle.<sup>607</sup> Sodann führt die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden dazu, dass es den Abredeteilnehmern aufgrund dieses Wissens sowie der Abschätzbarkeit der Bewertung allfälliger übriger Zuschlagskriterien bezüglich der einzelnen Abredeteilnehmer möglich ist, die übrigen gegebenenfalls bestehenden Zuschlagskriterien bzw. diesbezügliche Differenzen in der Bewertung über den Parameter „Preis“ zu kompensieren. Eine solche Kompensation anderer Zuschlagskriterien über den Parameter „Preis“ dürfte praktisch einzig dann nur noch schwer möglich sein und entsprechend das Treffen von Submissionsabreden erschweren, wenn in einem Einzelfall die übrigen Zuschlagskriterien sehr hoch gewichtet würden und sich die verschiedenen Baugesellschaften bezüglich dieser Kriterien auch noch stark unterscheiden würden. Eine solche Ausnahmesituation,

<sup>603</sup> Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser [...] Fälle bleibt im Übrigen dieselbe, ob nun davon ausgegangen wird, die Zuschlagsempfängerin sei eine Dritte gewesen oder aber sie sei eine Abredeteilnehmerin gewesen, die sich nicht an die Abrede gehalten hat.

<sup>604</sup> BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4), *Buchpreisbindung*. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der kompensierende Wettbewerbsparameter mindestens so bedeutsam sein müsse, wie jener bezüglich dessen der Wettbewerb beseitigt ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER [Fn 558], Art. 5 KG N 471).

<sup>605</sup> RPW 2009/3, 210 Rz 95 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>606</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 384 f. E. 9.2.2.2, *Implenja (Ticino)*.

<sup>607</sup> So war beispielsweise bei Fall [...] der Preis sogar das einzige Zuschlagskriterium. Weitere Beispiele bezüglich anderer Ausschreibungen finden sich etwa in act. [...] (Gewichtung des Preises bei einer Ausschreibung mit 90 %, bei einer anderen mit 68 %) und act. [...] (Gewichtung des Preises bei einer Ausschreibung mit 89 %).

welche allenfalls bei komplizierten und komplexen Grossprojekten in spezialisierten Bereichen vorstellbar ist (z.B. Neubau einer Brücke auf einer stark von Autos und öffentlichen Verkehrsmitteln befahrenen und auch während den Bauarbeiten offenzuhaltenden Strecke), lag allerdings in keinem der zuvor dargestellten Fälle vor.

865. Dass der Restwettbewerb kein genügender sein kann, folgt im Übrigen auch daraus, dass mit den getroffenen Abreden die Zuschlagserteilung durch die Bauherrschaft an die geschützte Baugesellschaft gesteuert, also eine Aufteilung nach Geschäftspartnern vereinbart wird. Damit die Zuschlagserteilung planmässig erfolgt, verzichten die schützenden Baugesellschaften neben der preislichen Koordinierung demzufolge darauf, sich bezüglich allfälliger auf die abgesprochene Submission bezogener und bei dieser – allerdings im Vergleich zum Preis regelmässig bloss untergeordnet – mitentscheidender Wettbewerbsparameter wie etwa der Bauzeit gegenüber dem geschützten Unternehmen abzuheben.

866. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass genügender Rest- oder Teilwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte, in den zuvor dargestellten Fällen nicht besteht.

#### **B.6.4.2.3 Beurteilung bei Abbruch der Ausschreibung (Fälle [...])**

867. Bei den Fällen [...] wurde das jeweils erste, hier interessierende Ausschreibungsverfahren durch die Bauherrschaft abgebrochen. Das Sekretariat ging in seinem Antrag davon aus, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung lasse sich infolgedessen umstossen. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verneinte es, obwohl es die Abreden als in qualitativer und quantitativer Hinsicht schwerwiegend bewertete. Dies mit der Begründung, dass sich diese Beeinträchtigungswirkung – einzig aufgrund dessen, dass die Bauherrschaft trotz des engen vergaberechtlichen Korsetts diese Verfahren abbrach – letztlich doch nicht resp. nicht in der abredegemäss geplanten Art hätten entfalten können. Die jeweiligen abgesprochenen Märkte, auf denen sich diese Abreden ausgewirkt hätten, seien verschwunden, ohne dass auf diesen von irgendjemandem ein Umsatz erzielt worden wäre. Es hielt aber gleichzeitig fest, dass diese Abreden gleichwohl einen Schaden verursacht hätten, nämlich den dem Gemeinwesen für den Verfahrensabbruch und die erneute Ausschreibung dieser Projekte entstandenen Aufwand sowie die eingetretene Verzögerung bei der Realisierung dieser Projekte. Dass bei diesen Fällen keine kartellrechtsrelevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, ist auch die Ansicht von [...], die sich ausdrücklich dazu äussert.<sup>608</sup>

868. Die WEKO beurteilt diese [...] Fälle hingegen wie folgt: In [diesen] Fällen steht fest, dass die Parteien eine Submissionsabsprache getroffen haben und diese auch in die Tat umsetzten. Das jeweils geschützte Unternehmen hat in [diesen] Fällen – der Abrede entsprechend – die jeweils günstigste Offerte eingereicht, die anderen Submittenten haben allesamt höher offeriert. Die Abredeteilnehmer haben damit alles getan, was sie für die Umsetzung der Abrede auf dem Markt tun müssen und können. Fest steht auch, dass das ausschreibende Ge-

meinwesen die Verfahren aufgrund der zu hohen Preisen abgebrochen hat. Nur wegen diesem Verfahrensabbruch durch die Bauherrschaft hat die jeweils geschützte Gesellschaft den Zuschlag letztlich nicht erhalten. Ursache dafür, dass diese Verfahren abgebrochen und dadurch diese Märkte verschwunden sind, waren die zu hohen Preise. Dass die getroffenen Abreden zur Eingabe höherer Preise führten, wurde bei der Betrachtung dieser [...] Fälle bereits besprochen, worauf verwiesen sei.<sup>609</sup> Es waren hier also die unter anderem abredebedingt überhöhten Preise, die zum Verschwinden der Märkte führten. Wird ein Markt durch eine Abrede regelrecht in seiner Existenz vernichtet, so ist die Auswirkung der Abrede als markt- und damit auch wettbewerbsbeseitigend zu qualifizieren. Dass diese [...] Abreden trotz fehlender Zuschlagserteilung einen Schaden verursacht haben, hat im Übrigen bereits das Sekretariat in seinem Antrag dargelegt. Infolgedessen lässt sich aus Sicht der WEKO auch bei den Fällen [...] die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, sondern erweist sich als zutreffend.

#### **B.6.4.2.4 Stellungnahme der Parteien**

869. Mehrere Parteien machen mit unterschiedlichen Argumenten geltend, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung könne generell widerlegt werden resp. die Abreden hätten allgemein keine schädlichen Auswirkungen gezeitigt, seien demnach auch nicht als erheblich beeinträchtigung zu qualifizieren. Nachfolgend ist auf diese einzelnen Vorbringen einzugehen:

870. Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller führen an, die Marktgegenseite wirke aufgrund ihrer Sachkenntnis disziplinierend, da gerade bei Standardleistungen kein Spielraum mehr für spekulative Preise bestehe. Ausserdem wolle kein Bauunternehmen dem anderen mehr zugestehen als unbedingt nötig. Derjenige, der an einer Arbeit unbedingt interessiert sei, müsse, wenn er eine Absprache treffen wolle, einen knallharten Wettbewerbspreis kalkulieren. Es sei nie darum gegangen, einen gegenüber dem Marktpreis überhöhten Preis zu verlangen. Vielmehr gehe es darum, sich die betreffenden Arbeiten abzusichern, was man als Zuteilungsabsprachen bezeichnen könnte. Es könne nicht Zielsetzung der Submissionsvorschriften sein, die Unternehmer dazu zu zwingen, zu nicht kostendeckenden Preisen Arbeiten zu erbringen. Es hätte geprüft werden müssen, ob die bei einer Ausschreibung angebotenen Preise als wettbewerbsgerecht bezeichnet werden könnten.<sup>610</sup>

<sup>608</sup> Vgl. act. [...].

<sup>609</sup> Siehe Rz [...].

<sup>610</sup> Act. [...].

871. Diese Vorbringen verfangen nicht. Dass die Sachkenntnis der Marktgegenseite durchaus dazu führen kann, dass die Preise von den Abredeteilnehmern nicht allzu sehr erhöht werden, nicht aber verhindern kann, dass eine gewisse Erhöhung vorgenommen wird, wurde bereits ausgeführt.<sup>611</sup> Sodann ist festzuhalten, dass gerade auch die von Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller anerkannte Zuteilungsfunktion solcher Abreden wettbewerbsbeseitigende resp. -beeinträchtigende Wirkung hat. Sie hat insbesondere eine strukturerhaltende Wirkung, wodurch ein wesentliches Element des freien Wettbewerbs eliminiert wird. Es mag denn auch sein, dass bei schlechter Auslastung getroffene Abreden aus Sicht der Unternehmen primär der Auftragsabsicherung dienen und sogar trotz Abreden Angebote unter Vollkosten gemacht werden, weshalb Unternehmen nachvollziehbarerweise der Meinung sind, marktgerechte Preise gemacht zu haben. Aus ökonomischer Sicht trifft dies jedoch nicht zu. Das Baugewerbe ist saisonal starken Schwankungen ausgesetzt, mit grösserer Auslastung und entsprechend höheren Preisen im Sommer und geringerer Auslastung und entsprechend tieferen Preisen im Winter. Anders gewendet muss im Sommer genügend erwirtschaftet werden, um damit auch in den eher kargen Wintermonaten durchzuhalten. Dass in gewissen Wintermonaten zuweilen unter den Vollkosten offeriert wird, nur um immerhin einen Deckungsbeitrag an die Fixkosten zu erhalten, liegt daher in der Natur der Sache. Abgesprochene, unter den Vollkosten liegende Preise entsprechen aber gleichwohl nicht den Wettbewerbspreisen. Vielmehr würde ohne Absprache noch tiefer angeboten und ein noch geringerer Deckungsbeitrag in Kauf genommen, denn auch ein geringer Deckungsbeitrag ist besser als gar keiner – die Abrede wirkt damit strukturerhaltend. Für die kartellrechtliche Beurteilung der Auswirkungen nicht erforderlich ist schliesslich, dass im Einzelnen ermittelt würde, wie der hypothetische abredefreie Preis bei jedem einzelnen Projekt gewesen wäre. Für diese Beurteilung ist vielmehr auf den verbleibenden Aussen- und Innenwettbewerb abzustellen resp. auf eine Bewertung der Auswirkungen nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten.

872. Walo bringt vor, Art. 5 KG setze eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus, eine blossige Eignung dazu reiche nicht aus. Diese tatsächliche Beeinträchtigungswirkung müsse im Einzelfall nachgewiesen werden. Sie geht alsdann auf die Beurteilung der Fälle [...] ein, während sie sich zur Beurteilung in den übrigen Fällen nicht äussert.

873. Anders als beim Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG setzt Art. 5 KG in der Tat eine Beeinträchtigung voraus und lässt eine blossige Eignung hierzu nicht genügen. Insofern ist Walo zuzustimmen. Auf die spezifischen Vorbringen von Walo ist im Rahmen der Behandlung der Fälle [...] einzugehen, worauf verwiesen sei.

874. Keller-Frei macht ausgehend von der von ihr vorgenommenen weiteren Marktabgrenzung geltend, der Wettbewerb sei nicht beseitigt und auch nicht erheblich beeinträchtigt worden, selbst wenn man in den einzelnen vorgenannten Fällen vom Vorliegen von Abreden ausgehen wollte (was Keller-Frei bestreitet). Offen sei letzt-

lich auch, ob die angeblichen Abreden überhaupt preistreibende Wirkung gehabt hätten, jedenfalls sei dies im Antrag nicht nachgewiesen worden.

875. Auf die Argumentation von Keller-Frei braucht nicht eingegangen zu werden, soweit sie von einer anderen Marktabgrenzung als der hier vorgenommenen und in casu als richtig erachteten ausgeht. Was den Nachweis der preiserhöhenden Wirkung angeht, kann auf die Ausführungen zu den in gleicher Richtung zielenden Vorbringen von Flexbelag, Hagedorn, Kern und Toller verwiesen werden.<sup>612</sup>

#### B.6.4.2.5 Zwischenergebnis

876. Mit Ausnahme der Fälle [...] lässt sich in den zuvor dargestellten Fällen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Diese wettbewerbsbeseitigenden Abreden sind gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig, einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht zugänglich (vgl. Art. 5 Abs. 1 in fine sowie 2 Bst. b KG) und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

877. Zu prüfen bleibt nachfolgend, wie es sich bezüglich der [...] verbleibenden Fälle verhält.

878. Die folgenden Ausführungen führen im Übrigen mit aller Deutlichkeit vor Augen, dass in denjenigen Fällen, in welchen nach Ansicht der WEKO der Wettbewerb beseitigt ist (Fälle [...]), zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn man von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen wollte.

#### B.6.5 Erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs in [...] der verbleibenden [...] Fälle

879. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbeurteilung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.<sup>613</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>614</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>615</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>616</sup>

<sup>611</sup> Siehe Rz 856.

<sup>612</sup> Hiervor Rz 871.

<sup>613</sup> RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association friburgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba* bezüglich vertikaler Abreden.

<sup>614</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

<sup>615</sup> In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

<sup>616</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 558), Art. 5 KG N 230.

880. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

#### B.6.5.1 Qualitatives Element

881. Die vorliegende Untersuchung betrifft Fälle von horizontalen Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten bzw. Geschäftspartnern.

882. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn in einem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.<sup>617</sup>

883. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.<sup>618</sup> Im Einklang damit illustriert sowohl die Praxis der WEKO wie auch diejenige der Europäischen Kommission, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.<sup>619</sup> Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis in der Tiefbaubranche, jedenfalls aber bezüglich der zuvor dargestellten Fälle, verwiesen werden.<sup>620</sup> Die dortigen Feststellungen bestätigen, dass es sich hierbei in diesen Fällen um den zentralen Wettbewerbsparameter handelt.

884. Aber nicht nur der horizontalen Preisabrede, sondern auch der ebenfalls vereinbarten horizontalen Aufteilung nach Geschäftspartnern wohnt ein besonderes volkswirtschaftliches Schädigungspotential inne. Solche Aufteilungen erlauben es, unrentable Kapazitäten zu erhalten und führen so – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.<sup>621</sup>

885. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Abreden in den Fällen [...] in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkungen zu qualifizieren sind. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass dasselbe freilich auch für die Abreden in all denjenigen Fällen gilt, in welchen die WEKO gar eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachtet.

#### B.6.5.2 Quantitatives Element

886. Das quantitative Element setzt sich auch hier aus zwei Teilen zusammen, einerseits dem Aussenwettbewerb, andererseits dem Innenwettbewerb.

887. Zunächst zum Aussenwettbewerb, der vorliegend einiger einleitender Bemerkungen bedarf: Bei den einzelnen zuvor dargestellten Fällen handelt es sich entsprechend der Marktabgrenzung jeweils um einzelne Märkte.<sup>622</sup> In solchen Märkten ist eine Prüfung des quantitativen Elements der Wettbewerbswirkungen einer Abrede unter dem Aspekt der Marktanteile der Anbietenden wenig sachgerecht. Denn es gilt bei solchen Märkten der Grundsatz: „The winner takes it all“. Entsprechend verfügt die Baugesellschaft, die den Zuschlag erhält, über 100 % Marktanteil, wogegen alle übrigen Anbietenden je 0 % Marktanteil haben. Das führt zwar dazu, dass, sofern der Zuschlag der gemäss Abrede zu schützenden Gesellschaft erteilt wird, der Aussenwettbewerb als ungenügend zu qualifizieren ist<sup>623</sup> oder – anders ausgedrückt – die Abrede in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu qualifizieren ist; dies betrifft all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO die Beseitigungsvermutung als nicht widerlegt erachtet. Im umgekehrten Fall – also wenn der Zuschlag einem nicht an der Abrede beteiligten Anbietenden erteilt wird und der Marktanteil aller Abredeteilnehmer infolgedessen 0 % ist – folgt daraus aber nicht automatisch, dass die Abrede von quantitativ geringem Gewicht gewesen wäre.

888. Hinter der Durchführung von Submissionen steht die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen und so das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Sprechen sich nun einige Anbietende ab, führt dies dazu, dass die schützenden Gesellschaften bewusst überhöhte Angebote einreichen. Auch die geschützte Gesellschaft rechnet – wohlwissend um den ihr gewährten Schutz – nicht derart „scharf“, wie sie es ohne Abrede tun würde. Oder anders gesagt reicht auch sie aufgrund der Abrede ein (aus Sicht des Bauherrn) schlechteres, sprich preislich teureres, Angebot ein. Dabei lässt sich regelmässig nicht rekonstruieren, in welcher exakten Höhe die Abredeteilnehmer ohne Abrede Angebote eingereicht hätten, handelt es sich hierbei doch um hypothetische Vorkommnisse. Es lässt sich nur, aber immerhin, allgemeingültig feststellen, dass die Angebote aller Abredeteilnehmenden preislich teurer sind als sie es ohne Abrede wären.<sup>624</sup> Das Angebot des Aussenwettbewerbers, welches letztlich den Zuschlag erhält, wäre daher bei einer „abrefreien“ Durchführung der Submission womöglich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen.

<sup>617</sup> Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>618</sup> Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>619</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>620</sup> Rz 861 ff.

<sup>621</sup> Statt anderer etwa DAVID PASEWALDT, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 StGB, ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, 84–91, 90.

<sup>622</sup> Siehe zur Marktabgrenzung Rz 824 ff.

<sup>623</sup> Rz 850 f.

<sup>624</sup> CHRIST (Fn 404), Rz 859, nennt eine durchschnittliche Erhöhung um 11 %, wobei sie bei offenen Verfahren tiefer (rund 10 %) sein soll als bei begrenzten (14.5 %) wie dem Einladungsverfahren.

889. In quantitativer Hinsicht bewirkt die Abrede also, dass die Anzahl der effektiven Teilnehmer an einer Submission verfälscht und gegenüber dem Bauherrn verzerrt dargestellt wird. Entsprechend ist betreffend den Aussenwettbewerb – sofern nicht ausnahmsweise die Differenz zwischen der Höhe der Angebote der Abredeteilnehmer mit und ohne Abrede beweisbar ist – zur Beurteilung der quantitativen Auswirkungen einer Abrede hilfsweise auf die Anzahl der Teilnehmer an der Submission bzw. an der Absprache abzustellen (was durchaus vergleichbare Effekte wie eine Marktanteilsberechnung haben kann). Als Faustregel ist davon auszugehen, dass die Abrede jedenfalls dann in quantitativer Hinsicht (soweit den Aussenwettbewerb betreffend) schwer wiegt, wenn mindestens die Hälfte der an einer Submission teilnehmenden Unternehmen an der Absprache beteiligt sind.<sup>625</sup>

890. Im Einzelnen heisst dies vorliegend bezüglich des Aussenwettbewerbs Folgendes: Bei Fall [...] ist nicht eruierbar, wie viele weitere Bauunternehmen nebst den [...] sich absprechenden Baugesellschaften zur Offertabgabe angefragt wurden. Eine Beurteilung in quantitativer Hinsicht ist daher nicht möglich und es muss zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen werden, dass die Abrede in Fall [...] in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Beurteilung des Innenwettbewerbs ist bei diesem Fall, wie sich nachfolgend noch zeigen wird, ebenfalls nicht abschliessend möglich. Bei Fall [...] ist zwar ausnahmsweise die Eingabesumme eines Abredeteilnehmers bekannt, die er ohne Abrede eingegeben hätte. Nicht bekannt ist allerdings, wie hoch die Eingabesumme des [...] Abredeteilnehmers gewesen wäre, weshalb auch hier auf das Hilfskriterium der Anzahl der Teilnehmer an der Submission bzw. an der Absprache abzustellen ist. Es haben sich bei Fall [...] [...] Anbietenden abgesprochen, also 66,7 %. Bei den Fällen [...] haben sich jeweils [...] Anbietenden abgesprochen, also 50 %. Bei Fall [...] lässt sich nicht mehr rekonstruieren, wie viele weitere Bauunternehmen nebst den [...] sich absprechenden Baugesellschaften zur Offertabgabe angefragt wurden und wie viele von ihnen Offerten einreichten. Eine Beurteilung in quantitativer Hinsicht ist daher nicht möglich und es muss zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen werden, dass die Abrede in Fall [...] in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Auf den Innenwettbewerb braucht entsprechend bei Fall [...] nicht mehr näher eingegangen zu werden.

891. Zum Innenwettbewerb bezüglich Fall [...] ist festzustellen, dass dieser in einer ersten Runde, namentlich bei der Einreichung der ursprünglichen Angebote, inexistent war. In einer zweiten Runde kam der Innenwettbewerb allerdings vollumfänglich zum Zuge, da sich die eine Abredeteilnehmende aufgrund eines Personalwechsels und daher in Unkenntnis der Existenz einer Abrede nicht an diese Abrede hielt. Nicht auszuschliessen ist allerdings, dass die initiale Eingabe eines überhöhten, abgesprochenen Preises auch in den Abgebotsrunden noch nachwirkt. Der Ausgangspreis bleibt ja als Verhandlungsbasis bestehen und führt so letztlich trotz ernsthaft und abrededefrei geführten Verhandlungen zu einem höheren Preis als ohne ursprüngliche Abrede. [Eine Partei] bestreitet, dass eine in der abgesprochenen

initialen Angebotsrunde erfolgte Absprache in die nicht abgesprochenen Abgebotsrunden nachwirken könne. Darauf braucht hier mangels Relevanz für das Ergebnis nicht im Einzelnen eingegangen zu werden. Es sei hier bloss festgehalten, dass die WEKO überzeugt davon ist, dass eine solche Nachwirkung bestehen kann und in der Regel auch bestehen wird. Dafür spricht schon nur der anerkanntermassen bestehende Ankereffekt (anchoring) des ersten Angebots bei Vergleichsverhandlungen.<sup>626</sup> Bei Angeboten, die von Abgebotsrunden gefolgt werden, besteht eine vergleichbare Situation. In vorliegendem Fall lässt sich dies nicht abschliessend beurteilen, [...]. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich die Abrede bei Fall [...] aufgrund der besonders gelagerten Konstellation in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend erweist.

892. Zum Innenwettbewerb kann bezüglich der Fälle [...] auf bereits Gesagtes verwiesen werden.<sup>627</sup> Wiedergegeben sei hier bloss das Fazit, namentlich dass dieser geradezu inexistent ist. Die Abreden in den Fällen [...] sind daher zusammenfassend in Anbetracht des Vorangehenden als quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren.

### B.6.5.3 Gesamtwürdigung

893. Die vorangehenden Ausführungen zeigen das qualitative und quantitative Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Abreden in den Fällen [...]. Es gilt diese beiden Elemente nun in einer Gesamtwürdigung gemeinsam und im Verhältnis zueinander zu betrachten, um festzustellen, ob die Abreden den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigten oder nicht.

894. Diese Gesamtwürdigung fällt in den Fällen [...] leicht, ist doch die Beeinträchtigung sowohl in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten. Dementsprechend ist ohne Weiteres auch die Beeinträchtigung insgesamt als erheblich einzustufen.

895. Vergleichbares gilt für all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO gar eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachtet; die Beeinträchtigung durch diese Abreden ist sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Selbst wenn man also in diesen Fällen entgegen der Ansicht der WEKO von der Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen möchte, läge diesfalls ohne Weiteres eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.

<sup>625</sup> Ebenso RPW 2012/2, 399 Rz 1050, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>626</sup> Siehe dazu etwa MARC DANIEL SCHWEIZER, *Kognitive Täuschungen vor Gericht, eine empirische Studie*, 2005, abrufbar unter <[www.decisions.ch/dissertation.html](http://www.decisions.ch/dissertation.html)> (24.5.2013), S. 77 ff., insbesondere S. 88 f.

<sup>627</sup> unter Rz 859 ff.

896. [Eine Partei] ist der Ansicht, bei Fall [...] läge keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, selbst wenn man von einer Abrede ausgehen möchte (was sie bestreitet). Denn [sie] hätte sich ja nicht an die Abrede gehalten [...] Es könne ausgeschlossen werden, dass [die geschützte Gesellschaft] tiefer kalkuliert hätte als CHF [...], da ihre Kalkulation CHF [...] ergeben habe. Dass sich [die Partei] an die Abrede gehalten und eine Stützofferte eingereicht hat, wurde bereits bei der Fallanalyse ausgeführt, worauf verwiesen sei.<sup>628</sup> Dass [die Partei] auf ihre Eingabe zurückgekommen ist, nachdem sich gezeigt hatte, dass die Abrede nicht funktionierte, ändert nichts daran, dass sie die Abrede zunächst im Rahmen ihrer ursprünglichen Eingabe einhielt. Entgegen der Ansicht von [dieser Partei] steht keineswegs fest, dass [die geschützte Gesellschaft] ohne Absprache denselben Betrag eingegeben hätte wie mit der Absprache, wovon [diese Partei] jedoch ausgeht. Dies erscheint vielmehr ausgeschlossen. Gesagt werden kann nur, aber immerhin, dass nicht bekannt ist, wie hoch [die geschützte Gesellschaft] ohne Abrede eingegeben hätte. Diesfalls ist – wie zuvor ausgeführt – auf die Faustregel zurückzugreifen, dass eine in quantitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegt, wenn mindestens die Hälfte der an einer Submission teilnehmenden Unternehmen an der Absprache beteiligt sind.<sup>629</sup> Da dies hier der Fall ist und zudem die Abrede auch in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend zu beurteilen ist, ist gesamthaft von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

897. Bezüglich Fall [...] fällt die Gesamtwürdigung schwerer, liegt doch eine in qualitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vor, die jedoch in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Gewichtung der beiden Elemente kann aber – gerade weil eine Rekonstruktion des Falls in quantitativer Hinsicht nicht möglich ist – nicht vorgenommen werden. Zu Gunsten der Parteien muss daher von einer insgesamt nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden. Da [eine Partei] im Ergebnis mit diesem Befund einig geht, brauchen ihre Argumente nicht näher betrachtet zu werden.

898. Bezüglich Fall [...] verhält es sich ähnlich wie bei Fall [...]. Es liegt zwar eine in qualitativer Hinsicht schwerwiegende Beeinträchtigung vor, die jedoch in quantitativer Hinsicht als nicht schwerwiegend einzustufen ist. Eine Gewichtung der beiden Elemente kann aber – gerade weil eine Rekonstruktion des Falls in quantitativer Hinsicht nicht möglich ist – nicht vorgenommen werden. Zu Gunsten der Parteien muss daher von einer insgesamt nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden.

899. Für alle [...] vorgenannten Fälle trifft zu, dass auf diesen jeweiligen abgesprochenen Märkten durch die Abredeteilnehmer kein Umsatz erzielt wurde resp. dieser nicht auf die Abrede zurückzuführen ist. Während dies in den Fällen [...] (Zuschlag an Aussenwettbewerber) evident ist, bedarf es bezüglich Fall [...] noch einer Präzisierung. Hier erhielt zwar letztlich ein Abredeteilnehmer den Zuschlag, jedoch nicht aufgrund des abrededemäss eingegebenen Preises, sondern aufgrund einer erneuten Eingabe, diesmal der ernsthaft gerechneten Offerte. Die Abrede resp. der aufgrund dieser in die Offerte „eingebaute Fehler“ führte demnach in diesem Fall zwar dazu, dass diesem Abredeteilnehmer eine Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben – namentlich der Konzeption der Ausschreibung als ein one-shot-game – möglich war, nicht aber dazu, dass er den Zuschlag aufgrund der abgesprochenen Preise erhielt (den Zuschlag sollte abrededemäss ein anderer Abredeteilnehmer erhalten, und zwar zu einem weitaus höheren Preis als zu dem der Zuschlag letztlich erteilt wurde).

baute Fehler“ führte demnach in diesem Fall zwar dazu, dass diesem Abredeteilnehmer eine Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben – namentlich der Konzeption der Ausschreibung als ein one-shot-game – möglich war, nicht aber dazu, dass er den Zuschlag aufgrund der abgesprochenen Preise erhielt (den Zuschlag sollte abrededemäss ein anderer Abredeteilnehmer erhalten, und zwar zu einem weitaus höheren Preis als zu dem der Zuschlag letztlich erteilt wurde).

#### B.6.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

900. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind 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 beruflichen Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

901. Anzuführen ist jedoch, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.<sup>630</sup>

902. Für die zuvor dargestellten Abreden in den Fällen [...] sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Gleiches gilt im Übrigen für all diejenigen Fälle, in welchen die WEKO eine Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachten, wollte man bei diesen von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen. Auch das Verhalten der Parteien illustriert, dass sie die Abreden ebenfalls nicht als aus Effizienzgründen notwendig erachten, würden sie doch andernfalls nicht den Abschluss dieser – aus ihrer Sicht effizienten – Abreden derart vehement bestreiten. Ferner entfällt vorliegend die Rechtfertigungsmöglichkeit aus dem in Bst. b von Abs. 2 des Art. 5 KG genannten Grund: Wie zuvor gesehen, greift bei Submissionsabsprachen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung und diese erweist sich für den Regelfall, namentlich wenn der Zuschlag planungsgemäss erteilt wird, auch als zutreffend. Solche Submissionsabsprachen eröffnen demnach den Abredeteilnehmern grundsätzlich die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit für diejenigen „Ausreisser“, in welchen der Zuschlag nicht vereinbarungsgemäss erteilt wurde, entfällt daher.

<sup>628</sup> Siehe [...].

<sup>629</sup> Dazu Rz 889 f.

<sup>630</sup> RPW 2005/2, 276 Rz 46, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.



### B.6.6 Ergebnis

903. In den Fällen [...] liegen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, die den wirksamen Wettbewerb beseitigten. Selbst wenn man in diesen Fällen – entgegen der Auffassung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, wären diese Abreden als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren, wobei eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen nicht gelingt. Bei Fall [...] ist zu berücksichtigen, dass dieser mehr als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zurückliegt. In den Fällen [...] liegen ebenfalls unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fallende Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Allerdings konnte in diesen Fällen die Vermutung der

Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden. Bei den Fällen [...] beeinträchtigen diese Abreden den wirksamen Wettbewerb ohne Rechtfertigung aus Effizienzgründen erheblich, während dies bei den Fällen [...] und [...] nicht der Fall ist. Bei Fall [...] handelt es sich nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Die vorgenannten Abreden sind, soweit sie wettbewerbsbeseitigend oder zumindest erheblich beeinträchtigend wirken, unzulässig und mit Ausnahme von Fall [...] (wegen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG) gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren.

904. Bezüglich der einzelnen Parteien ergibt dies folgendes Gesamtbild (Reihenfolge in erster Linie nach Anzahl erfolgreicher Schutznahmen, in zweiter Linie nach Anzahl erfolgreicher Stützofferten), [...].

Unternehmen	Erfolgreiche Schutznahmen	Anteil kartellrechtswidriger Beteiligungen
Hüppi	[1-10]	[11-20]
Toller	[1-10]	[3-10]
Birchmeier	[1-10]	[11-20]
Walo	[1-10]	[3-10]
Keller-Frei	[1-10]	[11-20]
Tibau	[1-10]	[3-10]
Flexbelag	[1-10]	[3-10]
Hagedorn	[1-10]	[3-10]
Müller	[1-10]	[3-10]
Kern	[1-10]	[3-10]
Brunner	[1-10]	[3-10]
Egli	[1-10]	-
Schiess	-	[3-10]
Strabag	-	-
Kibag	-	-
Marti	-	-

Übersicht über die Abredetätigkeiten der einzelnen Parteien.

Die Fälle [...] und [...] sind in dieser Übersicht nicht aufgeführt: Fall [...] nicht, weil es sich dort nicht um eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, und Fall [...] nicht, weil dieser Fall mehr als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zurückliegt und daher gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht mehr sanktioniert werden kann.

905. Die vorangehende Aufstellung zeigt, dass bezüglich Kibag wie auch Marti die vorliegende Untersuchung keine Erkenntnisse hervorbrachte, aufgrund derer die Beteiligung dieser zwei Baugesellschaften an unzulässigen

Abreden bewiesen werden könnte. Das Verfahren gegen Kibag sowie dasjenige gegen Marti wird daher eingestellt. Weiter ist zwar bewiesen, dass Strabag in einem Fall an einer Abrede teilnahm und eine Stützofferte abgab. Diese war allerdings nicht erfolgreich und die Abrede erwies sich aus diversen Gründen als letztlich den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigend und damit (trotz allgemein anerkannter Schädlichkeit von Submissionsabsprachen und deshalb störenderweise) als zulässig. Entsprechend wird auch das Verfahren gegen Strabag eingestellt.

## B.7 Sanktionierung und Sanktionsbemessung

### B.7.1 Sanktionierung

#### B.7.1.1 Allgemeines

906. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>631</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>632</sup>

#### B.7.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

907. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

##### B.7.1.2.1 Unternehmen

908. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>633</sup> Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen siehe die Ausführungen unter Rz 75 ff., worauf verwiesen sei.

##### B.7.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

909. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.<sup>634</sup>

910. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.<sup>635</sup> Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.<sup>636</sup>

911. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen betreffend die einzelnen Projekte und deren Würdigung verwiesen. Zusammen-

fassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen in den Fällen [...] erfüllt sind, wobei bei Fall [...] eine Sanktionierung aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr in Betracht kommt.

#### B.7.1.3 Vorwerfbarkeit

912. In der Botschaft zum KG 2003 vom 7. Dezember 2001 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.<sup>637</sup> Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.<sup>638</sup> Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.<sup>639</sup> In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.<sup>640</sup>

913. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoß gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, dass mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen müsse.<sup>641</sup> Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>642</sup>

<sup>631</sup> Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 KG N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

<sup>632</sup> BBI 2002 2022, 2034.

<sup>633</sup> Statt vieler: BORER (Fn 584), Art. 49a KG N 6.

<sup>634</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

<sup>635</sup> BBI 2002 2022, 2037.

<sup>636</sup> Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; *Verfügung i.S. Nikon*, Rz 534, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Nikon: Verfügung (11.06.2013).

<sup>637</sup> Publiziert im Bundesblatt vom 12. März 2002, BBI 2002 2034.

<sup>638</sup> Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*).

<sup>639</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

<sup>640</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

<sup>641</sup> RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>642</sup> Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

914. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.<sup>643</sup> Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigruppe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden. Dementsprechend sei das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben.<sup>644</sup> Das BVGer beanstandete diese Sichtweise nicht. Es kam zum Schluss, dass, da die dortige Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten, sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe.<sup>645</sup> Das BGer hält im Fall „Publigruppe“ fest, erforderlich sei eine Vorwerfbarkeit, wobei ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens massgeblich sei.<sup>646</sup> An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann treffend fest, dass es an sich zutrefte, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.<sup>647</sup>

915. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne rechtliche oder faktische Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätten bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>648</sup>

916. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen<sup>649</sup>, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkeh-

rungen getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

917. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Unternehmen der gleichen Marktstufe wie dem „Ihrigen“ Vereinbarungen über die Preisfestsetzung sowie die Aufteilung von Geschäftspartnern. Es ist bei Vereinbarungen wie den vorliegenden, vorbehaltlich ganz aussergewöhnlich gelagerter Ausnahmefälle (wie sie aber von keiner Partei auch nur ansatzweise geltend gemacht würden), gar nicht erst denkbar, dass diese von der handelnden natürlichen Person „unabsichtlich“, ohne ihr Wissen und Wollen dazu, abgeschlossen werden. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass sich diese Abreden wettbewerbsbeseitigend oder zumindest wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt auswirkten, ist irrelevant. Es handelt sich bei diesen Elementen – in Übernahme der strafrechtlichen Terminologie – um objektive Strafbarkeitsbedingungen. Selbst wenn man dies anders sehen möchte, wäre auch diesbezüglich zumindest Eventualvorsatz gegeben. Die Abredeteilnehmer wollten mit den Abreden doch gerade wissentlich und willentlich – freilich aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und nicht mit juristisch exakter Erfassung der gesetzlichen Begriffe bzw. Terminologie – wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen herbeiführen. Sie nahmen dabei billigend in Kauf, dass diese zumindest erheblich, wenn nicht gar wettbewerbsbeseitigend sind. Sodann ist festzustellen, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils dem mittleren oder oberen Kader, wenn nicht gar der Geschäftsleitung, angehörten. Und selbst wenn in einem Fall ausnahmsweise keine förmliche Zeichnungsberechtigung vorliegen

<sup>643</sup> Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>644</sup> RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insbesondere Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>645</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>646</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 12.2.1.

<sup>647</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.2 und 3.4.

<sup>648</sup> RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>649</sup> In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

sollte (was, soweit ersichtlich, nirgends der Fall war)<sup>650</sup>, läge jedenfalls eine entsprechende faktische Ermächtigung dazu vor. Denn eine Umsetzung der Vereinbarung setzt immer voraus, dass die betreffende Person bei der Kalkulation über eine weitreichende Entscheidungsmacht verfügt, die sie – zumindest faktisch – zu einer mit einer förmlich zeichnungsberechtigten Person vergleichbaren Entscheideträgerin macht. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

918. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich. So darf das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.<sup>651</sup> Verschiedene Tatsachen beweisen, dass den Unternehmen wie auch den für sie handelnden natürlichen Personen, insbesondere denjenigen, welche in den hier geprüften Fällen Offerten kalkulieren, die zentralen Regeln des Kartellgesetzes effektiv bekannt waren: Die Parteien sind Mitglieder des Schweizerischen Baumeisterverbandes, dessen Wettbewerbsreglement in Art. 11 jegliche wettbewerbswidrigen Abreden untersagt und ferner die Möglichkeit vorsieht, dass ein dagegen verstossendes Mitglied aus dem SBV ausgeschlossen werden kann. Weiter wies der SBV seit Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG in mehreren Infoblättern (SBV-Flash) auf die kartellrechtlichen Regeln hin. Prägnant formulierte der SBV: „Sprich nie mit deinen Mitbewerbern über Preise, Mengen oder Gebiete!“<sup>652</sup> Ferner sehen die vergaberechtlichen Vorschriften die Möglichkeit eines Submissionsabbruchs für den Fall vor, dass die eingereichten Angebote wirksamen Wettbewerb nicht zu garantieren vermögen, was den Parteien ebenfalls bekannt ist. Schliesslich fanden sich bei mehreren Unternehmen auch Dokumente, in welchen das Kartellrecht angesprochen und thematisiert wurde: So fand sich etwa eine gesellschaftsinterne E-Mail von Mitte 2004, in welcher ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass das neue KG per sofort ohne Ausnahme zu befolgen sei und insbesondere nicht zwischen öffentlichen und eingeladenen Submissionen unterschieden werde.<sup>653</sup> Ferner liessen die potentiellen Vertragsparteien eines als „ARGE-Vorvertrag“ bezeichneten Vertrags<sup>654</sup> diesen in allgemeiner Hinsicht durch zwei Anwaltskanzleien vorprüfen, wobei eine dieser Kanzleien – im Übrigen völlig zu Recht – zum Schluss kam, dieser Vertrag sei kartellrechtlich unhaltbar.<sup>655</sup> Es fand sich diesbezüglich sodann eine (interne) Aktennotiz, in welcher festgehalten wurde, dass von der Bildung der entsprechenden „Arbeitsgemeinschaft“ aufgrund deren Einstufung als kartellrechtlich problematisch Abstand genommen worden sei und die diesbezüglichen Aktivitäten eingestellt worden seien.<sup>656</sup> Das Vorliegen von Verbotssirrtümern kann daher ebenso ausgeschlossen werden wie das Vorhandensein anderer eine Vorwerfbarkeit ausschliessender oder einschränkender Gründe.

919. [...], [...] und [...] machen geltend, eine Vorwerfbarkeit sei bezüglich ihnen nicht gegeben, zumindest aber läge kein vorsätzliches Handeln vor. Dazu im Einzelnen:

920. [...] bringt vor, sie treffe kein Verschulden, da sie Ende 2004 ein Compliance Programm eingeführt habe. Seitens der Unternehmensleitung sei verschiedentlich mit Nachdruck gefordert worden, dass das Kartellgesetz unbedingt einzuhalten sei. Entsprechend habe jeder Profit-Center-Leiter eine Weisung unterschreiben müssen, wonach er das KG ausnahmslos einhalte. Die Weisung sei durch Schulungen ergänzt worden. Zudem treffe es nicht zu, dass ein vorwerfbarer objektiver Sorgfaltsmangel bei juristischen Personen ausreiche; es müsse ein subjektiv-individueller Massstab zu Grunde gelegt werden. Das individuelle Verschulden sei nicht dargetan.<sup>657</sup>

921. Es mag sein, dass [...] die Profit-Center-Leiter eine Weisung unterschreiben liess, wonach sich diese verpflichteten, das Kartellgesetz einzuhalten, und dies noch mit Schulungen ergänzte. Die WEKO erkennt solche Vorkehren als grundsätzlich positiv an. Doch sind sie zu rudimentär, als dass sie etwas an der Vorwerfbarkeit des [...] angelasteten Verhaltens ändern könnten. Wie bereits in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ festgestellt, sind die Compliance-Anstrengungen von [...] als nicht ausreichend zu qualifizieren, um eine Vorwerfbarkeit in Frage stellen zu können. Kommt hinzu, dass in mindestens [...] der [...] vorgeworfenen Fällen beweismässig erstellt ist, dass ein Direktor von [...] – und zwar derjenige, der in einer internen E-Mail an diverse Empfänger zur Einhaltung des Kartellgesetzes aufrief – zumindest über die Vereinbarung informiert war, wenn er sie nicht sogar selber abgeschlossen hat. Von einer effektiv gelebten, nicht primär auf dem Papier bestehenden Compliance-Kultur kann daher nicht ausgegangen werden. Dass bei Kartellrechtsverstössen ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens zur Begründung der Vorwerfbarkeit ausreicht, hat das BGer in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.<sup>658</sup> Es erübrigt sich daher, auf dieses Vorbringen weiter einzugehen.

<sup>650</sup> Es kann nur, aber immerhin, nicht in jedem einzelnen Fall bewiesen werden, welche natürliche Person für eine bestimmte Gesellschaft gehandelt hat; beweismässig festgestellt werden kann aber, dass eine bestimmte Gesellschaft an einer Vereinbarung beteiligt war und es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass sie dies durch natürliche, für sie handelnde Personen tat.

<sup>651</sup> Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

<sup>652</sup> SBV-Flash vom März 2004, abrufbar unter <[www.baumeister.ch/fileadmin/media/4\\_About\\_FAQ/Wir\\_ueber\\_uns/Publikation\\_Flash/flash09.pdf](http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/4_About_FAQ/Wir_ueber_uns/Publikation_Flash/flash09.pdf)> (11.06.2013).

<sup>653</sup> Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

<sup>654</sup> Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

<sup>655</sup> Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...]. Aus Sicht des Sekretariats ausgesprochen bedenklich ist aber, dass der zweiten mit der Vorprüfung befassten Anwaltskanzlei die kartellrechtliche Problematik des beabsichtigten Vertrags offenbar nicht einmal auffiel, jedenfalls bleibt dieser Punkt gänzlich unerwähnt (siehe act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...]).

<sup>656</sup> Act. [...] der Hausdurchsuchungsakten [...].

<sup>657</sup> Act. [...].

<sup>658</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorgelesen), E. 12.2.1.

922. [...] bringt vor, dass die Lehrmeinung von NIGGLI/RIEDO den von den Wettbewerbsbehörden gemachten Ausführungen bezüglich Vorwerfbarkeit zum Teil diametral widerspräche. Aufgrund des materiell strafrechtlichen Charakters von Art. 49a KG müsse auch ein Verschulden (Vorsatz/Fahrlässigkeit) vorliegen und nachgewiesen werden. Einen solchen Nachweis habe die WEKO zumindest gegenüber [...] nicht ansatzweise zu erbringen versucht. [...] habe sehr wohl Vorkehrungen getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. So habe sie verschiedentlich Mitarbeiter an externe Weiterbildungsveranstaltungen entsandt, an denen das Kartellrecht thematisiert worden sei. Auch in internen Weiterbildungen sei das Thema behandelt worden. Sodann habe die Geschäftsleitung entsprechende Weisungen erlassen und die entsprechenden Vorschriften und Hinweise des SBV zirkulieren lassen. Beispielhaft sei das Schreiben der Geschäftsleitung vom April 2006 an alle Filialleiter zitiert, in welchem festgehalten werde „Wir möchten Sie auf den beiliegenden SBV-Flash aufmerksam machen und teilen Ihnen mit, dass seitens der Geschäftsleitung Preisabsprachen nicht toleriert werden“. Für [...] sei es nicht möglich, zur Vorwerfbarkeit konkret im Einzelfall Stellung zu nehmen. Es sei ihr nach wie vor nicht bekannt und weder dem Antrag noch den Akten des Verfahrens zu entnehmen, welcher Mitarbeiter wann und mit wem eine Absprache getroffen haben soll.<sup>659</sup>

923. Dass bei Kartellrechtsverstössen ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens zur Begründung der Vorwerfbarkeit ausreicht, hat das BGer in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.<sup>660</sup> Es erübrigt sich daher, auf dieses Vorbringen oder die Lehrmeinung von NIGGLI/RIEDO weiter einzugehen. Wenn [...] geltend macht, es werde in den einzelnen Fällen die für [...] jeweils handelnde natürliche Person nicht näher bezeichnet, verkennt sie, dass es hier nicht um Kernstrafrecht gegen natürliche Personen, sondern – wenn schon – um Unternehmensstrafrecht geht und dass sich das Kartellgesetz nicht an natürliche Personen, sondern an Unternehmen (i.S. des KG) richtet. Wie das BGer festhielt, verlangt das KG keine Zurechenbarkeit an eine spezifische natürliche Person, sondern an ein Unternehmen. Dass eine Zurechenbarkeit gegenüber dem Unternehmen [...] gegeben ist, wurde bereits erläutert. Auch auf dieses Vorbringen ist daher nicht näher einzugehen. Was die Compliance-Anstrengungen von [...] angeht, so erkennt die WEKO solche Vorkehrungen als grundsätzlich positiv an. Doch sind sie zu rudimentär, als dass sie etwas an der Vorwerfbarkeit des der [...] angelasteten Verhaltens ändern könnten. Ein Compliance-Programm, das diesen Namen verdient, kann sich nicht darin erschöpfen, Weisungen zu erlassen, die Vorschriften und Hinweise des SBV zirkulieren zu lassen und das Kartellgesetz an externen und internen Weiterbildungen – im Übrigen in nicht näher konkretisierter Form – thematisiert zu haben. In einer Branche, in der bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG das Treffen von kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen an der Tagesordnung war,<sup>661</sup> wäre ein grundsätzliches Umdenken – ein Wandel der Unternehmenskultur hin zum Wettbewerbsgedanken – erforderlich. Dies aber setzt seitens der Unternehmen rigorose Vorkehrungen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften und vor

allem auch deren strenge Überwachung und ausnahmslose interne Durchsetzung voraus. Dass [...] Vorkehrungen zur Überwachung und Durchsetzung getroffen hätte, bringt sie selber nicht vor, und auch ihre Vorkehrungen zur Bewusstseinsbildung scheinen halbherzig und eher zufällig als planmässig zu erfolgen. Illustrativ dafür mag sein, was in dem Schreiben von [...] nach dem von ihr zitierten Satz folgt: „Die Konsequenzen daraus entnehmen Sie bitte ebenfalls dem SBV-Flash. Solange die Auseinandersetzungen zwischen dem SBV zur Revision des Kartellgesetzes nicht umgesetzt sind, leben wir mit der Unsicherheit, was tatsächlich gilt. Das kann nur anhand einer effektiven rechtlichen Auseinandersetzung irgendeiner Unternehmung mit den Kartellbehörden geklärt werden“. Eine bedingungslose, überzeugte Aufforderung zur Einhaltung des Kartellgesetzes klingt anders. Kommt hinzu, dass sich der SBV-Flash mit keinem Wort zu den Konsequenzen äussert, die bei einem Kartellrechtsverstoss blühen. Was die Filialleiter dem SBV-Flash diesbezüglich entnehmen sollen, ist daher schleierhaft und dürfte bei ihnen eher zum unzutreffenden Umkehrschluss führen, dass keine Konsequenzen drohen. Weiter fällt auf, dass der beigelegte SBV-Flash den Titel „Kartellgesetz – vom Umgang mit erlaubten Wettbewerbsabreden“ trägt, primär die KMU-Bekanntmachung beschlägt und sich der SBV darin dafür ausspricht, dass alle Wettbewerbsabreden von KMU, auch solche über Preise und Gebietsaufteilungen, gerechtfertigt sein sollten, sofern sie eine beschränkte Marktwirkung haben. Der SBV zeigt sich weiter darüber enttäuscht, dass dies gemäss der KMU-Bekanntmachung nicht der Fall ist. Immerhin hält er in dem vierseitigen SBV-Flash in einem Satz fest, dass er auch seine KMU-Mitglieder auffordere, auf die genannten Abreden untereinander zu verzichten. Während andere SBV-Flashes deutlich für die Einhaltung des Kartellgesetzes sprechen, z.B. „Sprich nie mit deinen Mitbewerbern über Preise, Mengen oder Gebiete!“<sup>662</sup>, erscheint dieser SBV-Flash, dessen Zirkulation von [...] als exemplarisches Beispiel ihrer Compliance-Bemühungen genannt wird, äusserst ambivalent und eher Misstrauen gegen das Kartellgesetz und die WEKO schürend, als für die bedingungslose Einhaltung des Kartellgesetzes votierend. Die Compliance-Anstrengungen von [...] vermögen demnach die Vorwerfbarkeit der ihr angelasteten Verhaltensweisen nicht in Frage zu stellen.

924. [...] bringt vor, in Anlehnung an das gemeine Strafrecht seien Sachverhalts- und Verbotsirrtümer auch in Kartellrechtverfahren zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sei primär die Vorstellung des Unternehmens vom Sachverhalt massgeblich, auch wenn diese von der Wirklichkeit abweichen sollte. [...] resp. deren Vertreter, die angeblich an Vereinbarungen

<sup>659</sup> Act. [...].

<sup>660</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (zur Publikation vorsehen), E. 12.2.1.

<sup>661</sup> Siehe nur etwa RPW 2008/1, 96 ff. Rz 88 ff., *Strassenbeläge Tes-*

*sin.*  
<sup>662</sup> SBV-Flash vom März 2004, abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/4\_About\_FAQ/Wir\_ueber\_uns/Publikation\_Flash/49a\_KG\_flash09.pdf> (11.06.2013).

beteiligt gewesen sein sollen, sei jedenfalls nicht bewusst gewesen, mit diesem angeblichen Verhalten gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Selbst wenn das Kartellgesetz grundsätzlich auch bei KMU als bekannt vorausgesetzt werden könne, dürfe der Massstab für KMU in dieser Beziehung nicht all zu hoch angesetzt werden. Es könne nicht erwartet werden, dass KMU hier gleich bewandert seien wie Grossunternehmen, auch mangels eines internen Rechtsdienstes. Das Verschulden von [...] sei daher, wenn überhaupt, als gering einzustufen. Jedenfalls habe kein Vorsatz bestanden, sondern höchstens Fahrlässigkeit.<sup>663</sup>

925. [...] greift bei dieser Argumentation auf im StGB verankerte strafrechtliche Prinzipien zurück und überträgt diese auf das Kartellverwaltungsrecht. Ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass dies in grundsätzlicher Hinsicht überzeugt, kann hier offen bleiben, da die vorgebrachte Argumentation jedenfalls inhaltlich nicht überzeugt. Inwiefern sich [...] resp. die für sie handelnden Personen beim Treffen der Vereinbarungen und deren Umsetzung über den Sachverhalt geirrt haben sollen, legt [...] nicht ansatzweise dar und ein irgendwie gearteter Sachverhaltsirrtum ist auch nicht ersichtlich.<sup>664</sup> Wenn sie ausführt, sich nicht bewusst gewesen zu sein, mit solchen Vereinbarungen gegen das Kartellrecht zu verstossen, so beruft sie sich nicht auf einen Sachverhalts-, sondern auf einen Verbotsirrtum, welcher an der Vorsätzlichkeit des Handelns nichts ändert. Das Kernstrafrecht stellt an schuldausschliessende Verbotsirrtümer zu Recht hohe Anforderungen. Vorliegend geht es um Vereinbarungen über Preise und die Aufteilung von Geschäftspartnern zwischen direkten Konkurrenten (Art. 5 Abs. 3 KG). Dabei handelt es sich geradezu um den Archetyp eines Kartellrechtsverstosses, nämlich um ein Kartell. Das Vorliegen eines Verbotsirrtums kann hier – interner Rechtsdienst hin oder her – ausgeschlossen werden. Nebst dem, dass das Kartellgesetz und insbesondere das Verbot harter horizontaler Abreden als „allgemein“ bekannt vorausgesetzt werden darf, kann zudem auf die vorangehenden Ausführungen betreffend der diesbezüglichen branchenspezifischen „Aufklärung“ durch den SBV sowie dessen einschlägigem Wettbewerbsreglement verwiesen werden.<sup>665</sup> Vor diesem Hintergrund überrascht, wenn ein Unternehmen aus der Baubranche heute noch geltend macht, sich der kartellrechtlichen Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen nicht bewusst gewesen zu sein; damit legt es zumindest eine Gleichgültigkeit gegenüber den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen an den Tag, die erstaunt.

## B.7.2 Sanktionsbemessung

### B.7.2.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

926. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Der konkrete Sanktionsbetrag bemisst sich nach der Dauer sowie der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

927. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>666</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>667</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>668</sup>

### B.7.2.2 Maximalsanktion

928. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.<sup>669</sup> Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.<sup>670</sup> Die für die Berechnung der Maximalsanktion massgeblichen letzten drei Geschäftsjahre sind die drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre.<sup>671</sup> In casu dürften dies die Geschäftsjahre 2010, 2011 und 2012<sup>672</sup> sein.

929. In vorliegendem Fall erübrigt sich eine Ermittlung des jeweiligen Unternehmensumsatzes der Parteien und es kann – auch im Interesse der Parteien – auf die Erhebung der entsprechenden Daten verzichtet werden. Dies aus folgendem Grund: Gemäss SVKG ist für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst ein Basisbetrag zu bestimmen, der maximal 10 % des Umsatzes der Unternehmen auf dem resp. den relevanten Märkten beträgt (Art. 3 SVKG). Vorliegend handelt es sich bei jedem Projekt um einen einzelnen Markt. Es ist evident,

<sup>663</sup> Act. [...].

<sup>664</sup> Siehe dazu auch vorangehend Rz 917, wo erörtert wird, worauf sich der subjektive Tatbestand beziehen muss.

<sup>665</sup> Siehe Rz 918.

<sup>666</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>667</sup> Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>668</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>669</sup> RPW 2007/2, 235 Rz 321, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>670</sup> RPW 2009/3, 213, Rz 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>671</sup> Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

<sup>672</sup> Davon ausgehend, dass die Geschäftsjahre den Kalenderjahren entsprechen und ein Abschluss vorliegt. Sollte dies bei einem Unternehmen nicht der Fall sein, wären – je nach Ende Geschäftsjahr und Abschluss sowie ohne in eine genauere Berechnung einzusteigen – die Jahre 2009/10, 2010/11 und 2011/12 (bei Ende des Geschäftsjahres und Abschluss in der zweiten Jahreshälfte) resp. 2010/11, 2011/12 und 2012/13 (bei Ende des Geschäftsjahres und Abschluss in der ersten Jahreshälfte) massgeblich. Da vorliegend die Maximalsanktion insgesamt offen bleiben kann, kann auch die exakte zeitliche Bestimmung offen bleiben.

dass der für die Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wesentliche Umsatz, nämlich der gesamte Umsatz des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz, bei allen Parteien unzweifelhaft ein Vielfaches der Volumina der von ihnen abgesprochenen Projekte, und damit der jeweils relevanten Märkte, beträgt. Die auszusprechenden Sanktionen belaufen sich daher nicht annähernd in der Höhe der Maximalsanktion, weshalb deren genaue Bestimmung überflüssig ist.

930. Hervorzuheben ist an dieser Stelle aber, dass keine Partei geltend macht, in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz keinen Umsatz erzielt zu haben. Solches wäre auch nicht ersichtlich. Damit ist bereits hier festzuhalten, dass die Sanktionsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt sind.

### B.7.2.3 Konkrete Sanktionsberechnung

931. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens von CHF 1.- bis 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn.

932. Die konkrete Sanktionsbemessung regelt die SVKG näher. Sie erfolgt gemäss SVKG in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte, vorangehend bereits erwähnte Basisbetrag zu bestimmen. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).<sup>673</sup>

#### B.7.2.3.1 Basisbetrag

933. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem resp. den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). In Anbetracht der zeitlich befristeten relevanten Märkte<sup>674</sup> bleibt die Einschränkung auf die letzten drei Geschäftsjahre ohne praktische Bedeutung. Hierbei ist klarzustellen, dass sich die Verjährung/Verwirkung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG richtet und Art. 3 SVKG hierzu nichts besagt.

934. Entsprechend der in casu vorgenommenen Markt-  
abgrenzung<sup>675</sup> handelt es sich bei den einzelnen Ausschreibungen um je eigene Märkte. Daher bemisst sich auch der Basisbetrag anhand des Umsatzes, der auf diesen einzelnen relevanten Märkten erzielt wurde. Wie es sich verhalten würde, wenn die Sachlage eine andere wäre, insbesondere wenn eine umfassendere Abrede bewiesen und aufgrund dessen eine weitere Markt-  
abgrenzung angezeigt wäre, kann hier offen bleiben.

935. Hüppi bringt hiergegen vor, die drei letzten Geschäftsjahre seien in casu 2010, 2011 und 2012. Es verstosse gegen das Legalitätsprinzip, wenn behauptet werde, die Einschränkung auf die drei letzten Geschäftsjahre sei vorliegend ohne praktische Bedeutung. Es verstosse auch gegen den Grundsatz, dass einer Verfügung die tatsächlichen Verhältnisse im Entscheidungs-

zeitpunkt zu Grunde zu legen seien. Der Grundsatz von „nulla poena sine lege certa“ gelte gemäss BVGer auch im Rahmen von Art. 49a KG. Art. 7 EMRK statuiere den Grundsatz, wonach Straftaten und auch Strafsanktionen auf einer Rechtsgrundlage beruhen müssten. Nach schweizerischem Recht bedürfe dies grundsätzlich einer formellen Gesetzesgrundlage, wobei eine Konkretisierung in einer gesetzesvertretenden Rechtsverordnung zulässig sei, sofern die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt seien. Art. 49a Abs. 1 KG als Gesetz im formellen Sinn regle die Grundzüge der Sanktionsbemessung und Art. 60 KG ermächtige den Bundesrat, in Bezug auf das KG Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Die SVKG, welche die Sanktionsbemessung nach Art. 49a KG konkretisiere, sei daher anerkanntermassen gültig erlassen worden. Sowohl die Verwaltung als auch die Gerichte hätten sich entsprechend an den Inhalt der SVKG zu halten. Eine allfällige Sanktion gegen Hüppi dürfe daher ausschliesslich auf Basis des Umsatzes, den sie „in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat“ (Art. 3 SVKG) berechnet werden. Das Abstellen auf andere Berechnungsgrundlagen verstosse gegen das Legalitätsprinzip und sei unzulässig. Es sei daher unzulässig, die in Art. 3 SVKG klar vorgegebene zeitliche Bemessungsgrundlage auf Basis der letzten drei Geschäftsjahre nicht zu beachten. Ebenfalls nicht zulässig wäre es, die in Art. 3 SVKG enthaltene zeitliche Bemessung ab einem anderen als nach Lehre und Praxis massgeblichen Zeitpunkt vorzunehmen. Zwar sei Art. 3 SVKG insofern unbestimmt, als aus dem Wortlaut nicht hervorgehe, ab welchem Zeitpunkt die letzten drei Geschäftsjahre berechnet werden sollten. Dies sei jedoch mit dem Legalitätsprinzip nur zu vereinbaren, sofern die Strafbemessung durch wettbewerbsrechtliche Fallpraxis und richterliche Rechtsfortbildung trotzdem voraussehbar werde. Nach einhelliger Lehre und ununterbrochener Praxis der WEKO würden die letzten drei Geschäftsjahre auf Basis der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung berechnet. Auch die Botschaft des Bundesrates sei diesbezüglich eindeutig. Diese Praxis ergebe sich auch aus dem Grundsatz, dass die tatsächlichen Verhältnisse im Entscheidungszeitpunkt massgeblich seien. Massgeblicher Referenzpunkt könne nur der Zeitpunkt des Verfügungserlasses sein. Ein Abstellen auf eine andere Sanktionsbasis als die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Verfügungserlass entbehre daher einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Selbst wenn diese gesetzliche Grundlage gegeben wäre, wäre das Abstellen auf vier bis sieben Jahre zurückliegende Umsätze, wie hier geschehen, unzulässig. Würde die WEKO plötzlich auf eine andere Bemessungsgrundlage als auf die letzten drei Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung abstellen, wäre die Bemessungsgrundlage für die Sanktion nicht voraussehbar. Es würde eine unzulässige Praxisänderung

<sup>673</sup> RPW 2011/1, 191 Rz 574, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>674</sup> Dazu Rz 841 f.

<sup>675</sup> Siehe Rz 823 ff.

darstellen und das Bestimmtheitsgebot wäre in diesem Fall verletzt. Dessen sei sich offenbar auch das Sekretariat bewusst gewesen, wolle es doch gemäss Antrag nicht auf einen anderen Zeitpunkt abstellen, sondern tue die zeitliche Einschränkung einfach als ohne praktische Bedeutung ab und wolle sie deshalb nicht anwenden. Vor dem aufgezeigten Hintergrund wären bei einem Verfügungserlass im Sommer 2013 für die drei letzten Geschäftsjahre die Jahre 2010, 2011 und 2012 massgeblich. In diesem Zeitraum bestehe kein relevanter Markt, weil keine Bauprojekte in diesem Zeitraum untersucht worden seien. Somit seien auch keine Umsätze auf dem relevanten Markt getätigt worden und der Basisbetrag müsse Null betragen.

936. Schiess ist ebenfalls der Ansicht, dass einzig auf den in den Jahren 2010, 2011 und 2012 auf den relevanten Märkten erzielten Umsatz abgestellt werden könne.<sup>676</sup>

937. Zu diesem Vorbringen von Hüppi nimmt die WEKO nachfolgend Stellung. Von zentraler Bedeutung ist, zwischen der Sanktionsnorm von Art. 49a KG und der konkreten Sanktionsbemessung anhand der SVKG zu unterscheiden.

938. Art. 49a KG ist – wie Hüppi zutreffend festhält – in einem Gesetz in formellem Sinn enthalten. Dieser Artikel normiert einerseits (i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 resp. 7 KG) die Straftat (die Tatbestandsseite) und hält andererseits die Strafsanktion<sup>677</sup> (die Rechtsfolgenseite) fest, womit eine genügende rechtliche Grundlage für die Sanktionierung besteht. Ferner regelt sie die Bemessungskriterien (Abs. 1) und statuiert die Gründe für einen teilweisen (Abs. 2) oder vollständigen (Abs. 2 und 3) Sanktionserlass. Die maximale Höhe der Strafsanktion beträgt 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Damit wird auf der Rechtsfolgenseite die Erzielung eines Umsatzes in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren zu einer Voraussetzung für die Sanktionierung gemacht. Gemeint sind damit die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Erlass der Verfügung, wie Hüppi zu Recht geltend macht. Dies ergibt sich unter anderem aus der Botschaft des Bundesrates.<sup>678</sup> Denn eine gezielte „Aushöhlung“ des Umsatzes – der gemäss Botschaft ein Abstellen auf die Umsätze der letzten drei (und nicht bloss des letzten) Geschäftsjahres begründet – ist in der Tat erst nach Verfahrenseröffnung denkbar. Dies entspricht denn auch der bisherigen Praxis der WEKO<sup>679</sup> und den Lehrmeinungen<sup>680</sup>. Dass alle Parteien in den so bestimmten letzten drei Geschäftsjahren einen Umsatz in der Schweiz erzielt haben, ist unbestritten; auch Hüppi macht nicht geltend, in den Jahren 2010, 2011 und 2012 keinen Umsatz in der Schweiz erzielt zu haben. Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG somit sowohl auf Tatbestands- wie auch auf Rechtsfolgenseite erfüllt sind. Art. 49a Abs. 1 KG eröffnet der WEKO kein Entschliessungsermessen hinsichtlich der Rechtsfolge, ist mithin keine „Kann-Vorschrift“.<sup>681</sup> Sind – wie vorliegend – die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (und liegt kein Sanktionserlassgrund gemäss Abs. 2 oder 3 vor), muss – jedenfalls wenn dies faktisch nicht unmöglich ist<sup>682</sup> – eine Sanktion ausgesprochen werden.

939. Von der Strafnorm als solcher ist nun die konkrete Sanktionsbemessung zu unterscheiden. Nach welchen Kriterien diese zu erfolgen hat, legt ebenfalls Art. 49a Abs. 1 KG – und damit ein Gesetz im formellen Sinn – fest. Massgeblich ist die Dauer und die Schwere des unzulässigen Verhaltens. Ferner ist der durch dieses Verhalten mutmasslich erzielte Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die Sanktionsbemessung wird in der SVKG näher konkretisiert. Art. 3 SVKG dient dabei (nebst Art. 5 und 6 SVKG) der Ermittlung der Schwere des unzulässigen Verhaltens und sieht vor, dass zunächst ein Basisbetrag zu bestimmen ist. Dieser richtet sich nach dem in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz *auf den relevanten Märkten* erzielten Umsatz. Aufgrund dieser Einschränkung ist der für den Basisbetrag wesentliche Umsatz meist kleiner als der Gesamtumsatz, der für die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG massgeblich ist. Zweck dieser Einschränkung auf den Umsatz, der auf den relevanten Märkten erzielt wurde, ist es, denjenigen Umsatz zu erfassen, der durch die unrechtmässige Kartell- oder Monopolrente vergrössert wurde,<sup>683</sup> widerspiegelt sich darin doch die Schwere des unzulässigen Verhaltens. Zudem wird mit dieser Einschränkung der gewinnabschöpfenden Komponente der Kartellrechtssanktion besonders Rechnung getragen (im Gegensatz zu deren pönaler Komponente). Die Abstützung auf den Umsatz dient demnach bei Art. 3 SVKG einer anderen Funktion als bei der Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Diese unterschiedliche Funktion gilt es insbesondere auch bei der hier interessierenden Auslegung zu berücksichtigen, wenn es darum geht, zu ermitteln, von welchem Zeitpunkt aus die letzten drei Geschäftsjahre bei Art. 3 SVKG zu messen sind. Wie Hüppi dies zutreffend festhält, lässt der Wortlaut dies offen. Materialien, welche sich ausdrücklich dazu äussern würden, bestehen nicht.

<sup>676</sup> Siehe act. [...].

<sup>677</sup> An dieser Stelle sei daran erinnert, dass auch im Kernstrafrecht die Sanktionsrahmen ausgesprochen weit sind (beispielsweise bei schwerer Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB mit einer Freiheitsstrafe zwischen einem Tag und zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen), damit bei der Sanktionsbemessung dem konkreten Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden kann; eine genügende gesetzliche Grundlage liegt aber auch diesfalls vor.

<sup>678</sup> Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

<sup>679</sup> Statt anderer etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

<sup>680</sup> Etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 48 m.w.H.

<sup>681</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 17.

<sup>682</sup> Einzig die singuläre Ausgangslage, welche faktisch eine Sanktionierung aller Abredeteilnehmer, gegen die die Untersuchung eröffnet wurde, verunmöglichte, führte in RPW 2010/4, 699 Rz 382 ff., *Hors-Liste Medikamente*: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, dazu, dass von der Sanktionierung einer bestimmten Gruppe von Abredeteilnehmern Umgang genommen werden musste. Eine solch singuläre Ausgangslage liegt hier nicht vor.

<sup>683</sup> In dem Sinn Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abrufbar unter: <www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (11.06.2013), ad Art. 3 Bst. b (nachfolgend: Erläuterungen SVKG). Ebenfalls dahingehend ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. N 25.



Welchem Zweck der Umsatz bei Art. 3 SVKG dient, wurde zuvor, unter anderem mit Abstützung auf die Erläuterungen zur SVKG, dargestellt. In den häufigsten Fällen wird nun eine Gesellschaft ihr unzulässiges Verhalten spätestens im Zeitpunkt einer Verfahrens- resp. Untersuchungseröffnung durch die Wettbewerbsbehörden einstellen.<sup>684</sup> Würde für die Bestimmung des Basisbetrags auf den in den letzten drei Geschäftsjahren ab Verfügungserlass auf den relevanten Märkten erzielten Umsatz abgestellt, würde dies dem von Art. 3 SVKG verfolgten Zweck – insbesondere der gewinnabschöpfenden Komponente – zuwiderlaufen. Der Zweck von Art. 3 SVKG wird hingegen verwirklicht, wenn auf den Umsatz abgestellt wird, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.

940. Dass die Lehre einhellig anderer Meinung ist, wie Hüppi dies ausführt, trifft bei genauerer Betrachtung nicht zu. Vielmehr ist festzustellen, dass die Lehre (ebenso wie Hüppi) diesbezüglich nicht zwischen Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG und deren unterschiedlichem Regelungszweck differenziert (soweit sie sich überhaupt dazu äussert) und sich insbesondere auch im Zusammenhang mit Art. 3 SVKG auf die Ausführung in der Botschaft beruft, welche sich jedoch einzig auf Art. 49a KG bezieht. M.a.W. fehlt es in der Lehre an einer vertieften Auseinandersetzung mit diesem Thema. Im Einzelnen: REINERT äussert sich nur zu Art. 49a Abs. 1 KG ausdrücklich, während er bezüglich Art. 3 SVKG nicht weiter ausführt, welcher Zeitpunkt massgeblich sein soll.<sup>685</sup> TAGMANN/ZIRLICK berufen sich ebenso wie WEBER/RIZVI auf REINERT und übertragen dessen bezüglich Art. 49a Abs. 1 KG geäusserte Ansicht ohne weitere Begründung auf Art. 3 SVKG.<sup>686</sup> Von einer ununterbrochenen anderslautenden Praxis der WEKO, wie Hüppi es behauptet, kann ebenfalls nicht die Rede sein. Exemplarisch zu erwähnen ist an dieser Stelle die Verfügung in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“, in welcher bei der Maximalsanktion gemäss Art. 49a KG auf die Umsätze der Jahre 2007–2009 abgestellt wird, bei der Bestimmung des Basisbetrags aber auf die Umsätze auf den relevanten Märkten in einem Zeitraum von Juni 2006 bis Juni 2009.<sup>687</sup> In der Verfügung i.S. Altimum wird bei der Maximalsanktion gemäss Art. 49a KG auf die Umsätze der Jahre 2009–2011 abgestellt, während bei der Bestimmung des Basisbetrags unter ausdrücklichem Hinweis auf die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion die Umsätze auf den relevanten Märkten in den Jahren 2008–2010 als massgeblich betrachtet werden.<sup>688</sup>

941. Dass die Auslegung des massgeblichen Zeitpunkts bei Art. 3 SVKG, wie sie Hüppi vertritt, zu unsachgemässen Ergebnissen führt, sei an folgendem Beispiel illustriert: Die Gesellschaft A stellt Produkte her und fährt dabei eine Mehrproduktstrategie.<sup>689</sup> Die Preise für das Produkt P hat sie mit ihren Konkurrenten abgesprochen. Unmittelbar nach Untersuchungseröffnung im Zeitpunkt Z geben die Kartellanten das unzulässige Verhalten auf. Kurz darauf stellt A die Produktion des Produkts P ein. Im Gegensatz zu ihren effizienter produzierenden Konkurrenten gelingt es ihr nämlich ohne abredebedingt hochgehaltene Preise nicht, dieses Produkt gewinnbringend zu produzieren. Die Preisabsprache war also, je-

denfalls soweit A betreffend, strukturerhaltend. Die WEKO erlässt ihre Verfügung vier Jahre nach Untersuchungseröffnung (somit im Zeitpunkt Z+4). Bei Art. 49a KG sind die Umsätze der abgeschlossenen Geschäftsjahre Z+1, Z+2 und Z+3 massgeblich, wobei A aufgrund der übrigen von ihr produzierten Produkte in dieser Zeit unstreitig Umsätze in der Schweiz erzielt hat. Wären nun bei Art. 3 SVKG ebenfalls diese drei Jahre massgeblich, betrüge der Umsatz von A in dieser Zeitspanne auf den relevanten Märkten CHF 0. In Anbetracht dessen, dass A Art. 49a Abs. 1 KG verwirklicht hat, alle dort genannten Sanktionsvoraussetzungen erfüllt sind und sie über Jahre hinweg von den kartellistisch hochgehaltenen Preisen profitierte, kann dieses Auslegungsergebnis nicht richtig sein. Auch bei den Konkurrenten von A würde dies zu unbefriedigenden, insbesondere die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion missachtenden Ergebnissen führen, da für sie nicht der Umsatz aus der kartellistischen Periode massgeblich wäre, sondern aus der Periode nach Zusammenbruch der Preisabsprache. Ist bei Art. 3 SVKG hingegen, wie zuvor ausgeführt, der Zeitpunkt der Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise massgeblich, ergibt sich ein stimmiges Resultat. Damit wird nämlich für die Bestimmung des Basisbetrags auf die Umsätze aus den kartellistischen Jahren Z-3, Z-2 und Z-1 abgestellt.

942. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei Art. 49a Abs. 1 KG die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Verfügungserlass gemeint sind, während es bei Art. 3 SVKG die letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf dem jeweiligen relevanten Markt sind. Infolge der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung, die zu einer Vielzahl von relevanten Märkten führt, namentlich einem pro abgesprochener Submission, sind bei jedem relevanten Markt jeweils die Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens massgebend. Da der Umsatz auf dem relevanten Markt jeweils dem Umsatz bei der fraglichen Submission entspricht, ergibt dieser den Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG. Die Einschränkung des Umsatzes „auf die letzten drei Geschäftsjahre“ bei der Bestimmung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ist daher bei Einzelsubmissionsabreden und entsprechender, wie hier vorgenommener Einzelsubmissionsmarktabgrenzung – wie bereits im Antrag festgehalten – im Ergebnis ohne praktische Bedeutung.

<sup>684</sup> Insofern anders gelagert der Sachverhalt im bereits mehrfach erwähnten Publigroupe-Fall.

<sup>685</sup> SHK-REINERT (Fn 667), Art. 49a KG N 10 (ad Art. 49a KG) einerseits und N 15 (ad Art. 3 SVKG) andererseits.

<sup>686</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 48; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, in: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 3 SVKG N 3.

<sup>687</sup> RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>688</sup> Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (11.06.2013).

<sup>689</sup> Fährt sie hingegen eine Einproduktstrategie, dürfte sie bei der nachfolgend geschilderten Sachlage in Konkurs fallen, wodurch sich die Frage einer Sanktionierung erübrigt.

**i) Grundsätzliches zum Einbezug von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen in den Basisbetrag**

943. Einzelsubmissionsmärkte weisen bezüglich des Umsatzes, der auf dem resp. den relevanten Märkten erzielt wurde, im Vergleich zu anderen Märkten eine Besonderheit aus: Es gilt bei ihnen der Grundsatz, „the winner takes it all“. D.h., diejenige Baugesellschaft (oder gegebenenfalls ARGE), die den Zuschlag erhält, hat einen Marktanteil von 100 % und vorbehaltlich der Untervergabe von einzelnen spezifischen Arbeiten an Subunternehmer erzielt denn auch nur sie einen Umsatz auf diesem Markt. Da nur ein Anbietender bei einer Submission den Zuschlag erhalten kann, kann eben auch nur ein Abredeteilnehmer (der geschützte) einen Umsatz auf dem entsprechenden relevanten Markt erzielen; die übrigen Abredeteilnehmer (die schützenden) der kartellrechtswidrigen Vereinbarung haben zwangsläufig keinen Umsatz auf diesem Markt. Geht es um die Behandlung der bei einer Submission geschützten Baugesellschaft, die den Zuschlag erhalten hat, zeitigt diese Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten keine Folgen und es kann wie üblich vorgegangen werden. Wie aber sind die übrigen Abredeteilnehmer, namentlich die bei einer Submission schützenden Baugesellschaften, zu behandeln, die sich ebenfalls an der kartellrechtswidrigen Vereinbarung beteiligt und diese umgesetzt haben? Ist dieses gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Verhalten einer Sanktionierung etwa gänzlich entzogen, und falls nicht, wie fliesst es in die Sanktionsberechnung ein? Die gleiche Frage stellt sich auch bezüglich der geschützten Baugesellschaft bei Submissionsabsprachen, die zwar den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, durch welche aber von den Abredeteilnehmern kein resp. kein auf die Abrede zurückführbarer Umsatz generiert wurde.

944. Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“, dem ersten Fall im Bereich Submissionsabsprachen, der direkt sanktioniert wurde, wurde diese Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten, soweit ersichtlich, nicht berücksichtigt.<sup>690</sup> Dies dürfte wohl auf den dortigen Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit allen Parteien und die damit einhergehende Zurückhaltung bezüglich Auslotung der möglichen Sanktionsgrenzen zurückzuführen sein, wurde wegen der einvernehmlichen Regelung doch auch etwa auf den Nachweis eines Rotationskartells verzichtet.<sup>691</sup> Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde in grundsätzlicher Hinsicht entschieden, dass auch solche nicht umsatzgenerierenden, jedoch kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen im Rahmen von Einzelsubmissionsabsprachen bei der Sanktionierung zu berücksichtigen sind.<sup>692</sup> In welcher Form dies geschehen soll, wurde danach differenziert, ob eine Baugesellschaft durch bewiesene Einzelsubmissionsabsprachen selber einen Umsatz erzielte oder nicht. Im ersten Fall wurden nicht umsatzgenerierende, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen als erschwerende Umstände berücksichtigt. Im zweiten Fall wurde in der Verfügung eine Pauschalsanktion ausgesprochen, während hierfür im Antrag das Abstellen auf einen hypothetischen eigenen Umsatz aufgrund der Höhe der Stützofferten vorgesehen war.<sup>693</sup> Keine der drei Baugesellschaften, welchen eine Pauschalsanktion auferlegt wurde, hat dagegen Beschwerde erhoben.

945. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist sich eine Praxis, wie bei Einzelsubmissionsabsprachen mit solch nicht umsatzgenerierenden, aber kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen umzugehen ist, erst am herausbilden und oberinstanzliche Rechtsprechung hierzu gibt es derzeit noch nicht. Es gilt vorliegend entsprechend, diese Rechtsprechung fort- und weiterzuentwickeln. Dabei ist soweit möglich – gerade auch im Hinblick auf die Behandlung künftiger Fälle von Einzelsubmissionsabsprachen – eine allgemeingültige und vorhersehbare, Rechtssicherheit und Gleichbehandlung gewährleistende Lösung zu entwickeln.

946. In grundsätzlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass eine „unmittelbare“ Sanktionierung solcher Verhaltensweisen zulässig ist<sup>694</sup> und sie nicht nur, aber immerhin, „bloss“ als erschwerender Umstand berücksichtigt werden können. Dies ergibt sich aus Art. 49a KG, der gesetzlichen Norm, welche die Sanktionierung regelt. Diese Bestimmung setzt für eine Sanktionierung, soweit vorliegend interessierend, auf der Tatbestandsseite die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG sowie auf der Rechtsfolgenseite einen in der Schweiz auf irgendeinem Markt erzielten Umsatz voraus; die Erzielung eines Umsatzes auf dem resp. den relevanten Märkten setzt Art. 49a KG nicht voraus. Diese beiden Voraussetzungen sind hier gegeben – insbesondere macht keine Partei geltend, in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Verfügungserlass keinen Umsatz in der Schweiz erzielt zu haben. Weiter statuiert Art. 49a KG in Abs. 2 und 3 abschliessend die Gründe für einen vollständigen Erlass der Sanktion. Sind die in Art. 49a KG statuierten Voraussetzungen erfüllt, muss die WEKO auch eine Sanktion aussprechen, da ihr Art. 49a KG kein Entschliessungsermessen einräumt, mithin nicht als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet ist.<sup>695</sup>

947. Die SVKG kann infolgedessen keine über die in Art. 49a Abs. 2 und 3 KG vorgesehenen Möglichkeiten hinausgehende Sanktionsbefreiungen für von Art. 49a KG erfasste Verhaltensweisen statuieren; auch nicht über die genauere Regelung der Sanktionsbemessung. Denn die Statuierung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Sanktionsbefreiung in der Verordnung würde ausserhalb des Rahmens der an den Verordnungsgeber delegierten Kompetenz liegen. Dass gemäss Art. 3 SVKG für die Bestimmung des Basisbetrags grundsätzlich auf den auf dem resp. den relevanten Märkten erzielten Umsatz abzustellen ist, kann und darf demnach

<sup>690</sup> RPW 2009/3, 212 ff. Rz 110 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>691</sup> RPW 2009/3, 215 Rz 128, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>692</sup> Siehe RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1093 ff. sowie 1108 und 1110, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>693</sup> Siehe RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1090 ff. sowie 1108 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>694</sup> Im Ergebnis ebenso RPW 2012/2, 406 ff. Rz 1093 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>695</sup> Siehe dazu bereits Rz 938.

nicht zu einer Sanktionsbefreiung führen, würde dies doch dem gesetzestechnisch höherrangigen Art. 49a KG zuwiderlaufen. Im Übrigen war es auch keineswegs die Meinung des Ordnungsgebers, mit der Statuierung eines auf dem Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten basierenden Basisbetrags in Art. 3 SVKG eine Sanktionierung von einigen Teilnehmern an gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossenden Abreden auszuschliessen, wenn diese aufgrund der Besonderheit des resp. der relevanten Märkte keinen Umsatz auf diesem resp. diesen erzielten. Auf diesen Sonderfall ist Art. 3 SVKG nicht zugeschnitten. Eine solche gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Abredeteilnahme vollständig unsanktioniert zu lassen, würde im Übrigen auch im Widerspruch zu der mit der Einführung direkter Sanktionen im KG beabsichtigten<sup>696</sup> abschreckenden Wirkung stehen, was weiter bekräftigt, dass solches vom Ordnungsgeber nicht intendiert gewesen war.

948. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass auch ausländische Rechtsordnungen, etwa die deutsche<sup>697</sup> und die amerikanische, eine Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem Verhalten im Rahmen von Submissionsabsprachen vorsehen, um dem Unrechtsgehalt und dem Schädigungspotential solcher Verhaltensweisen angemessen zu begegnen. Auszugsweise wiedergegeben sei hier eine diesbezügliche Passage aus dem amerikanischen 2010 Federal Sentencing Guidelines Manual: *„If, for example, the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial. The court should consider sentences near the top of the guideline range in such cases.“*<sup>698</sup>

949. Die grundsätzliche Möglichkeit der „unmittelbaren“ Sanktionierung geklärt, bleibt zu beantworten, wie diesfalls die Sanktionsbemessung zu erfolgen hat, fehlt es doch wie gesagt an einem eigenen Umsatz auf diesem resp. diesen relevanten Märkten. Gleichwohl ist es – schon nur aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und der Rechtssicherheit – angezeigt, für die Sanktionsbemessung grundsätzlich die SVKG heranzuziehen. Dabei ist eine Orientierung am Regelungsgehalt von Art. 3 SVKG möglich, während sich die Art. 4 ff. SVKG ohne Einschränkungen anwenden lassen, da diese Bestimmungen nicht auf den auf dem resp. den relevanten Märkten erzielten Umsatz Bezug nehmen. Es ist daher in Analogie zu Art. 3 SVKG ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits die am Umsatz gemessene Grösse des resp. der relevanten Märkte – freilich angepasst an die hiervor mehrfach erwähnte Besonderheit der Einzelsubmissionenmärkte, dass bei einer Submission bloss ein Anbieter den Zuschlag erhalten und damit einen Umsatz auf diesem Markt erzielen kann – berücksichtigt, andererseits die Schwere und Art des Verstosses. Dies ist im Folgenden vorzunehmen, wobei aufgrund der angezeigten unterschiedlichen Festsetzung des Basisbetrags zu differenzieren ist zwischen Submissionen, in welchen eine Baugesellschaft einen eigenen Umsatz erzielte, und solchen, in welchen sie nicht umsatzgenerierende, jedoch gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Verhaltens-

weisen an den Tag legte. Diese der Anschaulichkeit halber separat ausgewiesenen Basisbeträge sind alsdann zu einem Gesamtbasisbetrag zu addieren, bevor mit der weiteren, einheitlich vorzunehmenden Sanktionsbemessung nach Art. 4 ff. SVKG fortgeschritten wird.

950. Nahezu alle Parteien kritisieren die vorangehenden Ausführungen mit weitgehend ähnlichen Argumenten als unzutreffend, weshalb eine gemeinsame Behandlung angezeigt erscheint. Zusammengefasst wird Folgendes vorgebracht:

- Zunächst wird festgehalten, dass mit Stützofferten oder erfolglosen Schutznahmen eben gerade kein Umsatz bei der fraglichen Submission – und damit auf diesem relevanten Markt – erzielt wird.<sup>699</sup>
- Weiter führen sie aus, es gelte das Legalitätsprinzip, die Wettbewerbsbehörden müssten sich also bei ihrem Handeln an die Schranken des Gesetzes halten. Für eine Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem unzulässigem Verhalten und damit für die Anrechnung eines fiktiven Umsatzes fehle es – wie sich aus Art. 49a KG resp. Art. 3 SVKG ergebe – an einer gesetzlichen Grundlage.<sup>700</sup> Mit einem Einbezug auch von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen und damit von fiktiven Umsätzen werde daher gegen das Legalitätsprinzip und gegen Art. 3 SVKG verstossen.<sup>701</sup> Auch gegen Art. 49a KG werde damit verstossen, da hier nicht auf Umsätze Dritter oder fiktive Umsätze abgestellt werden dürfe.<sup>702</sup> Weiter wird ausgeführt, die hiervor aufgeführten Argumente möchten zwar möglicherweise für eine Gesetzesänderung sprechen, könnten aber die derzeit fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen.<sup>703</sup> Es werde daher der Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzt.<sup>704</sup>
- Art. 3 SVKG stelle bewusst auf den Umsatz auf den relevanten Märkten ab, da der allfällige volkswirtschaftliche Schaden sowie die allfällige Kartellrente auf diesen Märkten anfallen würde. Dieser müsse daher Ausgangspunkt einer jeden Sanktionsberechnung sein. Dass der Maximalbetrag aufgrund des gesamten Umsatzes in der Schweiz berechnet werde, diene dazu, sanktionserhöhenden Umständen Rechnung zu tragen, ändere aber nichts daran, dass für die Sanktionsbemessung der Umsatz auf den relevanten Märkten

<sup>696</sup> Vgl. die parlamentarische Debatte, in welcher zum Ausdruck kommt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 49a KG eine abschreckende Wirkung erzielen wollte (AB 2002 N 1449 ff. sowie AB 2003 S 336 ff.).

<sup>697</sup> Siehe Rz 5 der Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbussen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bussgeldrichtlinien – vom 15. September 2006.

<sup>698</sup> Application Note 6 zu Chapter Two Sections R1.1 der 2010 Federal Sentencing Guidelines, abrufbar unter <[www.uscourts.gov/Guidelines/2010\\_guidelines/Manual\\_PDF/Chapter\\_2\\_L-X.pdf](http://www.uscourts.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_2_L-X.pdf)> (11.06.2013).

<sup>699</sup> So etwa act. [...].

<sup>700</sup> Act. [...].

<sup>701</sup> Etwa act. [...].

<sup>702</sup> Act. [...].

<sup>703</sup> Act. [...].

<sup>704</sup> Act. [...].

massgeblich sei. Dies entspreche der langjährigen Praxis der WEKO und stimme auch mit der Regelung und Praxis in anderen Jurisdiktionen wie etwa der EU überein.<sup>705</sup>

- Der Unrechtsgehalt des Einreichens von Stützofferten manifestiere sich sodann im Umsatz, den ein Unternehmen im Gegenzug mit einer erfolgreichen gestützten Offerte erziele. Wenn es den Wettbewerbsbehörden nicht gelänge, solche erfolgreichen gestützten Offerten nachzuweisen, müsse der Basisbetrag CHF 0.- bleiben, da eben kein Umsatz erzielt worden sei.<sup>706</sup> Zudem führe diese Betrachtungsweise mit hypothetischen Umsätzen dazu, dass die effektiv auf den relevanten Märkten erzielten Umsätze um ein Vielfaches aufgebläht würden. Die Sanktionsbasis würde dadurch künstlich vergrössert, was zu einem krassen Missverhältnis zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Falles stehe und vom Gesetzgeber so nicht vorgesehen sei.<sup>707</sup>
- Die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen habe der Bundesrat, diese habe er mit Erlass der SVKG auch wahrgenommen. Die WEKO habe keine Kompetenz, diese Ausführungsbestimmungen zu ergänzen oder gar zu korrigieren, etwa durch Ausweitung von Art. 3 SVKG per Analogie.<sup>708</sup> Im Übrigen führe Art. 3 SVKG gar nicht zu einem Sanktionserlass, wie dies geltend gemacht werde.<sup>709</sup>
- Es falle denn auch auf, dass sich die Argumentation gemäss Antrag auf keine gleichlautenden Stimmen aus der Lehre berufen könne.<sup>710</sup>
- Die vorgebrachten Argumente seien sodann unrichtig oder irrelevant. Dass im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen worden sei, spiele für die Bestimmung des Basisbetrags keine Rolle, da die Sanktionshöhe nicht verhandelt werden könne.<sup>711</sup> Dass im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ Pauschalstrafen ausgesprochen worden seien für Unternehmen, die keinen Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt haben, lasse sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, da hier keine Partei gar keinen Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt habe. Dass dieser Pauschalbetrag in Rechtskraft erwachsen sei, sei bezüglich Walo einzig darauf zurückzuführen, dass die Erhebung einer Beschwerde im Verhältnis zur Busse mit zu hohen Kosten verbunden gewesen wäre, nicht darauf, dass sie damit einverstanden gewesen wäre.<sup>712</sup> Dass ausländische Rechtsordnungen eine Sanktionierung nicht umsatzgenerierenden Verhaltens vorsähen, spreche gegen, nicht für eine Sanktionierung auch in der Schweiz. Dem Ordnungsgeber seien diese ausländischen Rechtsordnungen bekannt gewesen, er habe aber gleichwohl nicht entsprechende Bestimmungen in der SVKG vorgesehen.<sup>713</sup> Unbefriedigend sei eine Nichtberücksichtigung dieser Verhaltensweisen ebenfalls nicht, da sie als erschwerende Umstände einbezogen würden, weshalb eine weitere Berücksichtigung einer doppelten Be-

strafung gleichkäme.<sup>714</sup> Im Übrigen hätten auch die offenbar astronomischen Verfahrenskosten, welche in klarem Missverhältnis zu den zur Diskussion stehenden Umsätzen stehen dürften, im praktischen Ergebnis eine stark disziplinierende Wirkung, weshalb die Befürchtung, die drohende Sanktion wirke nicht genügend abschreckend, unbegründet sei.<sup>715</sup>

- Angeführt wird sodann, dass nicht umsatzgenerierende unzulässige Verhaltensweisen (insbesondere Stützofferten und erfolglose Schutznahmen) im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ nicht in den Basisbetrag einbezogen worden seien, mithin keine fiktiven Umsätze angerechnet worden seien, was bestätige, dass solches eben auch nicht zulässig sei.<sup>716</sup>
- Die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen beim Basisbetrag stelle in Anbetracht der bisherigen Fälle „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eine unzulässige Praxisänderung dar.<sup>717</sup> Zunächst werde damit das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung verletzt.<sup>718</sup> Sodann seien die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht gegeben: Erstens fehle es an ernsthaften und sachlichen Gründen, da die vorgeschlagene Praxisänderung gegen Art. 3 SVKG und Art. 49a KG verstosse. Zweitens sei nicht erkennbar, dass diese Änderung in grundsätzlicher Weise und auch für die Zukunft erfolgen solle. Drittens überwiege das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das Interesse an der Rechtssicherheit nicht, zumal die vorgeschlagene Praxisänderung eben gerade rechtswidrig sei und daher sicherlich nicht als richtige Rechtsanwendung bezeichnet werden könne. Viertens würde damit auch gegen Treu und Glauben verstossen.<sup>719</sup>
- Im Übrigen verstosse eine Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ seien nicht umsatzgenerierende Verhaltensweisen nicht in den Basisbetrag einbezogen worden. Materiell handle es sich dabei um ein und

<sup>705</sup> Act. [...].

<sup>706</sup> Act. [...].

<sup>707</sup> Act. [...].

<sup>708</sup> Act. [...].

<sup>709</sup> Act. [...].

<sup>710</sup> Act. [...].

<sup>711</sup> Act. [...].

<sup>712</sup> Act. [...]. In dem Sinn auch act. [...].

<sup>713</sup> Act. [...].

<sup>714</sup> Act. [...].

<sup>715</sup> Act. [...].

<sup>716</sup> Act. [...].

<sup>717</sup> Act. [...].

<sup>718</sup> Act. [...].

<sup>719</sup> Act. [...].

dieselbe Untersuchung, welche einzig aus administrativen Gründen, namentlich aus Kapazitätsgründen, getrennt geführt worden seien. Dies habe das Sekretariat auch bestätigt. Eine ungleiche Behandlung der Parteien innerhalb desselben materiellen Verfahrens sei unzulässig.<sup>720</sup>

951. Diesen Vorbringen ist wie folgt zu begegnen:

- Es trifft unstreitig zu, dass mit Stützofferten oder erfolglosen Schutznahmen bei der fraglichen Submission, und damit auf diesem relevanten Markt, kein eigener Umsatz erzielt wird. Anderes wurde auch nie behauptet.
- Unzutreffend ist jedoch, dass für eine Berücksichtigung dieser Verhaltensweise bei der Sanktionsbemessung eine gesetzliche Grundlage fehlen würde. Art. 49a KG, die gesetzliche Strafnorm, hält die Voraussetzungen für eine Sanktionierung sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenreise fest. Erforderlich ist zum einen eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Diese Voraussetzung ist vorliegend, wie bei der Analyse der einzelnen Fälle gezeigt, jeweils erfüllt. Auch wer eine Stützofferte abgibt, nimmt ebenso wie der jeweilige Schutznehmer an der kartellrechtswidrigen Abrede teil, und verstösst mit seinem Verhalten gegen Art. 5 Abs. 3 KG. Abreden kann man nie alleine treffen, vielmehr setzt dies logisch ein Zusammenarbeiten mehrerer Unternehmen voraus. Es trifft schlicht nicht zu, dass sich der Unrechtsgehalt von Stützofferten in eigenen erfolgreichen Schutznahmen manifestiere, denn damit wird der eigenständige Unrechtsgehalt der Abgabe von Stützofferten negiert. Dass es auf die „Gegenleistung“ für eine Stützofferte nicht ankommt, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, worauf verwiesen sei.<sup>721</sup> Aber auch auf der Rechtsfolgenreise ist die Voraussetzung von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Es ist zwar zutreffend, dass Art. 49a Abs. 1 KG nicht erlauben würde, auf den Umsatz eines Dritten oder einen fiktiven Umsatz abzustellen, doch wird dies gar nicht gemacht. Denn alle Parteien haben in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Verfügungserlass einen Umsatz in der Schweiz erzielt und es wird auf diesen eigenen Umsatz abgestellt. Dass dessen genaue Höhe nicht ermittelt wurde, weil die auszusprechende Sanktion ohnehin weit von der Maximalsanktion entfernt ist, ändert hieran nichts. Art. 49a Abs. 1 KG ist damit erfüllt und es hat – mit Ausnahme der Selbstanzeigerin, die sich für einen Sanktionserlass gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung qualifiziert – eine Sanktionierung der Parteien zu erfolgen. Die WEKO würde Ermessen ausüben, welches ihr vom Gesetzgeber nicht zugestanden wurde, wenn sie von einer Sanktionierung absehen würde. Von einer Verletzung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* kann daher bei einer Sanktionierung nicht gesprochen werden.
- Es geht vorliegend also nicht um das Ob der Sanktionierung – dies wird von Art. 49a Abs. 1 KG eindeutig beantwortet – sondern „bloss“ um das

Wie. M.a.W. geht es bei der Bestimmung des Basisbetrags um die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des von Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen Sanktionsrahmens von CHF 1.- bis 10 % des in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Gemäss Gesetz bestimmt sich dieser nach Schwere und Dauer des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmasslich erzielte Gewinn angemessen zu berücksichtigen ist. Dass der Umsatz auf den relevanten Märkten entscheidend ist, wird in Art. 49a KG nicht statuiert.

- Es trifft zu, dass der Bundesrat die Kompetenz hat, Ausführungsbestimmungen (genauer Vollziehungsverordnungen) zu erlassen, wie er dies mit der SVKG getan hat. Dies ergibt sich auch aus Art. 60 KG. Das KG räumt dem Bundesrat jedoch nicht die Kompetenz ein, bezüglich der Sanktionierung gemäss Art. 49a KG oder deren Bemessung eine gesetzesvertretende Verordnung zu erlassen. Denn dafür bedürfte es einer besonderen, auf diesen Gegenstand bezogenen Delegationsnorm im KG,<sup>722</sup> die es aber nicht gibt. Deshalb kann auch offen bleiben, in welchem Ausmass eine solche Delegation überhaupt zulässig wäre. Eine Vollziehungsverordnung muss sich innerhalb der vom Gesetz gesetzten Schranken bewegen – der Bundesrat hat insbesondere nicht die Kompetenz, vom Gesetz abweichende Regeln zu erlassen, würde er damit doch gegen höherrangiges Recht verstossen. Ob dies der Fall ist, ist von allen rechtsanwendenden Behörden (auch erstinstanzlichen) im Rahmen der konkreten Normenkontrolle bei der Beurteilung eines konkreten Anwendungsfalls zu prüfen. M.a.W. muss von den Wettbewerbsbehörden im konkreten Anwendungsfall geprüft werden, ob die in Art. 3 SVKG vorgesehene Art der Sanktionsbemessung anhand eines Basisbetrags gestützt auf den Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch zur vom Gesetzgeber in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktionierung steht. Es geht hierbei keineswegs darum, dass sich die WEKO rechtsetzende Kompetenzen anmassen wollte, sondern nur darum, zu prüfen, ob eine wortgetreue Anwendung der Verordnung im konkreten Fall zu einem sich innerhalb des vom Gesetzgeber mit seinem Gesetz vorgegebenen Rahmens befindlichen Resultat führt.
- Ist bewiesen, dass sich ein Unternehmen an einer Abrede beteiligt und eine Stützofferte abgegeben hat, und erzielt dieses Unternehmen auch einen Umsatz in der Schweiz, so muss es (vorbehaltlich der hier nicht weiter interessierenden Sanktionserlassgründe gemäss Art. 49a Abs. 2 und 3 KG)

<sup>720</sup> Act. [...].

<sup>721</sup> Siehe Rz 173.

<sup>722</sup> Siehe BGE 133 II 331 E. 7.2.2.

gemäss Art. 49a Abs. 1 KG dafür sanktioniert werden. Auf dem relevanten Markt hat es jedoch keinen eigenen Umsatz erzielt. Eine Sanktionsbemessung bezüglich dieser unzulässigen Verhaltensweise wortgetreu entsprechend Art. 3 SVKG würde daher zu einem unstimmgigen Resultat führen. Eine eventuelle Sanktionsbefreiung findet jedoch im höherrangigen KG keine Stütze – dieses ordnet autoritativ eine Sanktionierung an – und stünde in Widerspruch zu diesem. Art. 3 SVKG ist somit nicht auf alle möglichen Fälle adäquat zugeschnitten, in welchen das Gesetz eine Sanktionierung vorsieht und darf daher von den rechtsanwendenden Behörden nicht – jedenfalls nicht wortgetreu – angewandt werden, würde andernfalls doch das höherrangige Gesetz verletzt.

- Damit soll keineswegs gesagt werden, dass das in Art. 3 SVKG vorgesehene Abstellen auf den Umsatz auf den relevanten Märkten grundsätzlich nicht sachgerecht wäre. Der mit Art. 3 SVKG verfolgte Zweck ist durchaus berechtigt.<sup>723</sup> Dass die Sanktionsbemessung regelmässig anhand einer wortgetreuen Interpretation von Art. 3 SVKG vorgenommen wird, ist zutreffend und auch richtig – auch vorliegend wird dies gemacht, soweit das unzulässige Verhalten einen Umsatz auf dem relevanten Markt generierte. Doch ändert dies nichts daran, dass die in Art. 3 SVKG vorgesehene Art der Sanktionsbemessung bei wörtlicher Anwendung bei kartellrechtlich unzulässigen, aber auf dem relevanten Markt nicht umsatzgenerierenden Verhaltensweisen zu einem mit Art. 49a KG nicht zu vereinbarenden Resultat führen würde. Um dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen, muss in solchen Fällen von einer wortgetreuen Anwendung von Art. 3 SVKG abgesehen und die Bestimmung des Basisbetrags anderweitig vorgenommen werden. Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Marktes – wie dies auch dem Art. 3 SVKG zu Grunde liegenden Gedanken entspricht – naheliegend. Dass es sich dabei um einen nicht effektiv von diesem Unternehmen erzielten Umsatz handelt, ist zwar zutreffend, doch liegt dies in der Natur der Sache und könnte auch durch eine andere Art der Bestimmung des Basisbetrags nicht geändert werden.
- Die WEKO ist aus den vorgenannten Gründen der Überzeugung, dass eine solche Sanktionsbemessung nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtmässig ist und sich insbesondere auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützt. Dass sich die Lehre nicht zur Sanktionsbemessung bei unzulässigen, aber auf den relevanten Märkten nicht umsatzgenerierenden Verhaltensweisen äussert, trifft zwar zu, doch scheint sie sich dieser Problematik bislang gar nicht erst gewahr gewesen zu sein.
- Sodann ist festzuhalten, dass keine unzulässige Praxisänderung vorliegt. Zunächst ist festzuhalten, dass bei bislang zwei entschiedenen Fällen von Einzelsubmissionsabreden und -märkten von einer diesbezüglich bestehenden Praxis noch gar nicht gesprochen werden kann. Dies erst recht

nicht, weil die beiden Fälle auch nicht inhaltsgleich entschieden wurden. Und selbst wenn wären die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gegeben, da, wie ausgeführt, sachliche Gründe dafür bestehen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung ein allfälliges Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt. Sodann beabsichtigt die WEKO, die hier aufgeführte Praxis auch künftig bei Einzelsubmissionsabreden und -märkten anzuwenden.

- Berechtigt erachtet die WEKO allerdings das Vorbringen, dass eine Anwendung dieser Sanktionsbemessung in vorliegender Untersuchung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde. Dies, weil in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ die Sanktionsbemessung anders vorgenommen wurde, es sich bei diesen beiden Untersuchungen materiell jedoch um dasselbe, am gleichen Tag eröffnete Verfahren handelt. Soweit hier also dieselbe Ausgangslage besteht, ist auch dieselbe Sanktionsbemessungsmethode anzuwenden. Dies trifft auf Stützofferten sowie erfolglose Schutznahmen zu, die aufgrund von Angeboten durch nicht an der Abrede beteiligte Bauunternehmen erfolglos geblieben sind (hier Fälle [...]). In der parallelen Untersuchung nicht zu beurteilen waren hingegen Fälle, in welchen die Abrede zwar umgesetzt wurde und die geschützte Gesellschaft das günstigste Angebot einreichte, sie den Zuschlag letztlich aber doch nicht erhielt, weil die Vergabe durch den Bauherrn wegen zu hoher Preise abgebrochen wurde (so hier in den Fällen [...]). Diese Fälle unterscheiden sich von erfolglosen Schutznahmen schon nur dadurch, dass sie zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen und nicht bloss zu einer erheblichen Beeinträchtigung desselben. Auch haben hier die Abredeteilnehmer alles für die erfolgreiche Umsetzung der Abrede auf dem Markt getan, was sie tun konnten und mussten. Infolgedessen steht der Grundsatz der Gleichbehandlung einer Anwendung der vorangehend dargestellten Methode der Bestimmung des Basisbetrags bei diesen Fällen nicht im Wege und die WEKO wendet sie nachfolgend denn auch an.

## ii) Obergrenze des Basisbetrags

952. Die kumulierten Umsätze, welche die Parteien in den relevanten Märkten durch erfolgreiche eigene Schutznahmen erzielt haben, belaufen sich auf (Reihenfolge nach Umsatzhöhe):

<sup>723</sup> Siehe zu diesem Zweck auch Rz 939.

Unternehmen	Kumulierte Umsätze inkl. MWST [in Mio. CHF]	Kumulierte Umsätze excl. MWST [in Mio. CHF]	Obergrenze Basisbetrag erf. Schutznahmen [in Tsd. CHF]	Fallnummern
Birchmeier	[2–3]	[1–2]	[100–200]	[...]
Walo	[1–2]	[1–2]	[100–200]	[...]
Keller-Frei	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Toller	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Tibau	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Brunner	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Hagedorn	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Müller	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Flexbelag	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Kern	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Egli	[0–1]	[0–1]	[0–100]	[...]
Schiess	0	0	0	-

Umsätze in [Mio.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien durch erfolgreiche eigene Schutznahmen auf den relevanten Märkten.

953. Zur Erläuterung bleibt anzufügen, dass gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU, der hier analog Anwendung findet, die Umsatzzahlen ohne MWST (in der relevanten Zeit 7,6 % betragend) massgebend sind. Die Obergrenze des Basisbetrags beläuft sich dementsprechend auf 10 % des Umsatzes ohne MWST.

954. Walo ist der Ansicht, diese Berechnung sei aus zwei Gründen unzutreffend. Zum einen habe bei Fall [...] eine Subunternehmerin [Bauleistungen] im Umfang von rund CHF [...] ausgeführt, weshalb dieser Betrag vom Umsatz abzuziehen sei. Zum anderen seien die Beträge falsch zusammengezählt worden, der Betrag ohne MWST betrage richtigerweise CHF [...].

955. Diese Vorbringen überzeugen nicht. Zum einen ändert der Beizug von Subunternehmern nichts am bei einer bestimmten Submission erzielten Umsatz. Vertragspartner des Bauherrn ist einzig der Hauptunternehmer und dieser erhält die gesamte Werkvertragssumme, weshalb diese auch seinem Umsatz entspricht. Ob der Bauunternehmer zur Vertragserfüllung eigenes Personal verwendet oder Subunternehmer beizieht, ist mit Blick auf die Bestimmung des Umsatzes irrelevant. Zum anderen scheint Walo die Mehrwertsteuer in unzutreffender Weise in Abzug zu bringen. Ihre Berechnung setzt den Bruttobetrag (inkl. MWST) 100 % gleich und zieht davon 7,6 % MWST ab. Richtigerweise beträgt der Bruttobetrag (inkl. MWST) jedoch rechnerisch 107,6 %, wovon 7,6 % MWST abzuziehen sind.

956. Wie zuvor ausgeführt, ist vorliegend aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung einzig im Fall [...] die erfolglose Schutznahme durch Hüppi als nicht um-

satzgenerierende, aber unzulässige Verhaltensweise bei der Bestimmung des Basisbetrags zu berücksichtigen. Bezüglich nicht umsatzgenerierender, jedoch gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossender Verhaltensweisen kann nicht auf den selber erzielten Umsatz auf dem resp. den relevanten Märkten abgestellt werden, fehlt es doch gerade an einem solchen Umsatz. In vorliegendem Fall einer aufgrund Verfahrensabbruch (wegen zu hoher Preise) erfolglos gebliebenen Schutznahme ist ersatzweise der Umsatz heranzuziehen, den die geschützte Gesellschaft auf diesem Markt abredgemäß hätte erzielen sollen.<sup>724</sup> Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des kartellrechtsverletzenden Verhaltens. Die Obergrenze des Basisbetrags beträgt auch hier 10 % dieses so berechneten Umsatzes ohne MWST. Dies ergibt folgendes Bild:

<sup>724</sup> Gleich wird auch in Deutschland vorgegangen, siehe Rz 5 der Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbussen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bussgeldrichtlinien – vom 15. September 2006.

Unternehmen	Umsatz inkl. MWST [in Mio. CHF]	Umsatz exkl. MWST [in Mio. CHF]	Obergrenze Basisbetrag Schutznahme bei Verfahrensabbruch [in Tsd. CHF]	Fallnummer
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[1–100]	[...]

Umsatz in [Mio.] CHF (gerundet auf ganze Franken) auf dem relevanten Markt, hinsichtlich welchem die erfolgreich geschützte Hüppi aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft den Zuschlag letztlich nicht erhielt.

### iii) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

957. Gemäss Art. 3 SVKG ist der konkrete Basisbetrag innerhalb der zuvor ermittelten Bandbreite je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>725</sup> Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive<sup>726</sup> Faktoren im Vordergrund.

958. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, zu gewichten. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>727</sup>

959. Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“<sup>728</sup> wurde für den Basisbetrag für eigene erfolgreiche Schutznahmen von einem Prozentsatz von 7 % ausgegangen. Dabei handelte es sich um den ersten Fall im Bereich Submissionsabsprachen, der direkt sanktioniert wurde. Ferner war dieser Fall mitunter auch geprägt vom kooperativen Verhalten aller Parteien, denn dort reichten einerseits alle Parteien Selbstanzeigen ein und sie alle waren andererseits auch bereit, einvernehmliche Regelungen zu treffen. In der Verfügung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde dieser Basisbetrag von 7 % für eigene erfolgreiche Schutznahmen ohne vertiefte Überprüfung übernommen.<sup>729</sup> Nebst diesen zwei Fällen besteht derzeit keine weitere Sanktionspraxis bei Einzelsubmissionsabsprachen. Eine langjährige, von den Wettbewerbsbehörden mehrmals oder gar oberinstanzlich bestätigte Praxis zur Bestimmung des Basisbetrags für eigene erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabsprachen gibt es in der Schweiz demzufolge noch nicht, vielmehr gilt es, diese vorliegend fort- und weiterzuentwickeln.

960. Bezüglich der Art des Verstosses ist festzuhalten, dass es sich vorliegend um horizontale Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern handelt. Solche horizontalen Abreden gehören anerkanntermassen zu den gravierendsten Eingriffen in das Kartellrecht und deren Schädigungspotential ist in der Ökonomie unbestritten. Zudem sind gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Sodann führen diese Abreden regelmässig zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der geschützte Abredeteilnehmer hält 100 % des Marktes. Die Art des Verstosses ist daher bei Einzelsubmissionsabsprachen als ausgesprochen gravierend zu qualifizieren.

961. Bestärkt wird dieser Befund durch zahlreiche ausländische Rechtsordnungen, die Aufschluss über die dortige Bewertung der gesellschaftlichen Unerwünschtheit und der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit von Submissionsabsprachen geben: So kennt etwa Deutschland grundsätzlich keine Freiheitsstrafen für Kartellrechtsverstösse, sieht allerdings mit § 298 dStGB einen spezifischen Straftatbestand für „wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ vor, der das Abgeben eines auf einer rechtswidrigen, horizontalen<sup>730</sup> Absprache beruhenden Angebots mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Vergleichbare, ebenfalls die Abgabe von auf rechtswidrigen Absprachen beruhende Angebote bei Vergabeverfahren unter Freiheitsstrafe stellende Normen kennen auch etwa Österreich (§ 168b öStBG), Spanien (Art. 262 Código Penal) und Italien (Art. 353 iCodice Penale). In den USA etwa sehen die 2010 Federal Sentencing Guidelines<sup>731</sup> im „Part R – Antitrust Offenses“ allgemein für „Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements Among Competitors“ einen „Base Offense Level“ von 12

<sup>725</sup> Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 3.

<sup>726</sup> D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

<sup>727</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 3.

<sup>728</sup> RPW 2009/3, 215 Rz 126, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>729</sup> Siehe RPW 2012/2, 408 Rz 1100 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>730</sup> Dazu etwa PASEWALDT (Fn 621), 87.

<sup>731</sup> Abrufbar unter <www.usc.gov/Guidelines/2010\_guidelines/Manual\_PDF/Chapter\_2\_L-X.pdf> (11.06.2013).



vor. Dieser ist jedoch um einen „Level“ zu erhöhen, „if the conduct involved participation in an agreement to submit non-competitive bids“, also bei typischen Submissionsabsprachen mit Stützofferten, welche damit ein „Level“ höher eingestuft werden als andere horizontale Preisabsprachen oder Marktaufteilungen. In Kanada werden für horizontale Hardcore-Kartelle Bussen von maximal CAD 25 Mio. angedroht (section 45 Competition Act), während für Fälle von „Bid-Rigging“ eine separate Bestimmung besteht, die Bussen in unbeschränkter Höhe („fine in the discretion of the court“) vorsieht (section 47 Competition Act). Submissionsabsprachen werden somit in diversen Rechtsordnungen als besonders massive Eingriffe in das Spiel des freien Wettbewerbs angesehen und mitunter sogar – und zwar im Gegensatz zu anderen Verletzungen des Kartellrechts – mit Freiheitsstrafen geahndet.

962. Bezüglich der Schwere des Verstosses ist zu berücksichtigen, dass die Parteien vorsätzlich dem Kartellgesetz zuwidergehandelt haben.<sup>732</sup> Sodann fand seit der Einführung der direkten Sanktion im Jahre 2004 eine Sensibilisierung in der gesamten Baubranche statt, im Besonderen auch beim Schweizerischen Baumeisterverband SBV.<sup>733</sup> In dessen Statuten wird nun ausdrücklich vorgesehen, dass Mitglieder bei Verstössen gegen das Kartellrecht aus dem Verband ausgeschlossen werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass in den letzten Jahren von der WEKO wiederholt auf die Unzulässigkeit von Submissionsabsprachen und die damit verbundene Schädlichkeit für die schweizerische Wirtschaft hingewiesen wurde.<sup>734</sup> Die Parteien setzten sich mit ihrer Abredetätigkeit über diese ihnen bekannten Warnungen und Verhaltensanweisungen hinweg, ohne dass sie hierfür aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zumindest verständliche (wenn auch nicht durchschlagende) Gründe gehabt hätten. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass die Abredeteilnehmer bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand das enge Korsett, welches die vergaberechtlichen Vorschriften den Bauherren bezüglich Verfahrensabbruch (nur bei wichtigen Gründen) und Abgebotsrunden (Verbot solcher) auferlegen, zu ihren Gunsten ausnutzen und damit das Funktionieren der vergaberechtlichen Grundkonzeption, namentlich dass one-shot sealed bid auctions zu wirksamem Wettbewerb führen und darüber hinaus der Bauherrschaft Informationen bezüglich des schwer eruierten Marktpreises liefern, untergraben. Die Schwere des Verstosses ist aus den vorgenannten Gründen als ebenfalls sehr gravierend zu bezeichnen.

963. Wird bei Einzelsubmissionsabsprachen sodann – wie vorliegend – für die Bestimmung der Maximalhöhe des Basisbetrags auf die einzelnen Submissionen abgestellt und nicht auf den gesamthaft in diesem Bereich erzielten Umsatz, führt dies dazu, dass die Obergrenze des Basisbetrags verglichen mit der Schädlichkeit solcher Abreden ausgesprochen tief ausfällt. Wie es sich damit bei Vorliegen einer umfassenderen Submissionsabrede verhalten würde, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Dieser vorerwähnten Besonderheit von Einzelsubmissionsabsprachen ist bei der Bestimmung des konkreten Basisbetrags ebenfalls angemessene Rechnung zu tragen, soll nicht die abschreckende Wirkung der diesbezüglichen Sanktionen verloren gehen.

964. Aus all diesen Gründen kann die im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ erstmalig erfolgte, im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ ohne nähere Prüfung übernommene Festlegung des Basisbetrags auf 7 % für eigene erfolgreiche Schutznahmen nicht auf vorliegenden Fall übertragen werden, sondern erweist sich in casu als zu tief. Der Art und Schwere des Verstosses angemessen und daher sachgerecht ist hier – wie dies übrigens auch bei künftigen vergleichbaren Fällen betreffend Einzelsubmissionsabsprachen, sofern dort der Basisbetrag ebenfalls nach den einzelnen abgesprochenen Submissionen bemessen wird, der Fall sein kann – vielmehr eine Festsetzung des Basisbetrags für eigene erfolgreiche Schutznahmen auf 10 %.

965. Fast alle Parteien erachten eine Festsetzung des Basisbetrags auf 10 % als unzulässig. Zusammengefasst bringen sie dabei folgende Gründe an:

- Die WEKO gehe bei Preisabsprachen immer von schweren Verstössen aus. Vorliegend müsse aber eine differenzierte Betrachtung greifen. Es sei nicht erstellt, dass die offerierten Preise nicht trotz Absprachen marktgerecht gewesen seien. Vielmehr hätten die Schutzsuchenden jeweils knallharte Wettbewerbspreise berechnen müssen, um überhaupt einen Schutz zugeteilt erhalten zu haben. Dann liege aber gar keine Schädigung vor, weshalb es eigentlich nicht zu Sanktionen kommen dürfte, jedenfalls könne aber nicht von schweren Verstössen gesprochen werden. Die WEKO gehe davon aus, es handle sich um „gravierendste Eingriffe“ mit einem „erheblichen Schädigungspotential“, welches regelmässig zur „Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ führe. Doch dies sei nicht erstellt. Über die effektive Schwere der behaupteten Verstösse könne erst diskutiert werden, wenn weitere Untersuchungsergebnisse dazu vorlägen.<sup>735</sup>
- Nur wenn der Wettbewerb beseitigt werde, könne von einer besonderen Schwere ausgegangen werden. Die WEKO gehe nicht in allen Fällen davon aus, dass der Wettbewerb beseitigt worden sei. Die Auswirkungen der Abreden würden in den einzelnen Fällen denn auch unterschiedlich beurteilt. Gleichwohl pauschal in allen Fällen die oberste Sanktionsgrenze von 10 % anwenden zu wollen, sei schlichtweg willkürlich.<sup>736</sup>

<sup>732</sup> Siehe Rz 917.

<sup>733</sup> Siehe hierzu auch Rz 918.

<sup>734</sup> Vgl. dazu etwa die Schilderungen in RPW 2010/1, 2 B.1.

<sup>735</sup> Act. [...].

<sup>736</sup> Act. [...].

- Ein Ausschöpfen des Basisbetragsatzes von 10 % wäre völlig unverhältnismässig. Wie wäre dann ein umfassendes Rotationskartell zu ahnden? Wie wäre es, wenn Aussenseiter mit Kampfmassnahmen vernichtet würden? Wenn vorliegend ein Basisbetrag von 10 % gewählt würde, müsste jede Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG automatisch zu einem Basisbetragsatz von 10 % führen, was nicht der Absicht des Verordnungsgebers entspreche.<sup>737</sup> Es bestehe eine langjährige Praxis, wonach der Basisbetrag in vergleichbaren Fällen bei höchstens 7 % oder weniger festgelegt werde. Es wäre vorliegend das erste Mal, dass der Sanktionsrahmen voll ausgeschöpft würde.<sup>738</sup>
- Die vorgebrachten Argumente seien sodann unrichtig oder irrelevant. Das Argument, dass es sich im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ um den ersten direkt sanktionierten Fall von Submissionsabsprachen handle, sei unbehelflich. Übersehen werde damit der Fall „Landesbibliothek“. Die WEKO habe sich auch schon vorher mehrere Jahre mit dem Thema Submissionsabsprachen auseinandergesetzt, weshalb die Wahl des Basisbetragsatzes nicht unüberlegt erfolgt sei. Zudem sei dieser Entscheid erst nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung ergangen, weshalb eine Praxisänderung bloss für nach Ankündigung der Praxisänderung vorgenommene Verhaltensweisen zulässig sei. Sodann sei die Eingriffsintensität dort sehr hoch gewesen, während sie hier sehr gering sei. Dass im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ alle Parteien eine Selbstanzeige gemacht und einvernehmliche Regelungen abgeschlossen hätten, sei unbeachtlich. Denn die Sanktionsbemessung und die Einreichung einer Selbstanzeige würden von der SVKG bewusst getrennt gehalten, was mit diesem Argument vermischt werde. Hinzu komme, dass es widersprüchlich sei, sich einerseits hinsichtlich der Unterlassungsanordnungen am Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ mit einvernehmlichen Regelungen zu orientieren, andererseits bei der Sanktionsbemessung massiv härter durchzugreifen.<sup>739</sup> Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sei der Satz von 7 % nicht ohne nähere Prüfung übernommen worden. Vielmehr sei auch dort im Antrag ein Satz von 10 % beantragt worden, die WEKO habe diesen aber aus Gründen der Rechtsgleichheit reduziert.<sup>740</sup> Der Verweis auf ausländische Normen sei schon deshalb falsch, weil das schweizerische Recht keine Freiheitsstrafen für bid rigging kenne, woraus e contrario geschlossen werden müsse, dass es sich dabei in der Schweiz nicht um einen besonders schweren Fall einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG handle. Auch die US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines sowie der kanadische Competition Act würden Fälle von bid rigging nicht härter bestrafen als andere Hardcore-Kartelle.<sup>741</sup> Der Verweis darauf, dass die Parteien vorsätzlich gehandelt hätten, sei ebenfalls unrichtig, da ein Vorsatz nicht nachgewiesen sei. Im Übrigen sei insofern auch nicht nachgewiesen, dass der Sachverhalt anders gelagert sei als in den beiden anderen Fällen, zumal die angeblichen Absprachen den gleichen Zeitraum beträfen.<sup>742</sup> Unzutreffend sei auch, dass die Obergrenze des Basisbetrags verglichen mit der Schädlichkeit solcher Absprachen ausgesprochen tief sei. Der Wettbewerb im Kanton Zürich sei ausgesprochen hart und die Margen in der Baubranche ausgesprochen tief. Ein Basisbetrag von 7 % treffe die Bauunternehmer daher sehr hart.<sup>743</sup>
- Im Vergleich zu den beiden bisher sanktionierten Fällen von Submissionsabreden handle es sich vorliegend um den geringfügigsten Verstoss: Im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ habe ein Rotationskartell bestanden. Absprachen seien in instutionalisiertem Rahmen erfolgt und die Absprachedichte sei mit ca. 100 Abreden innert zwei Jahren hoch gewesen. Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ fehle es zwar an einem systematischen Element, doch lag die Gesamtzahl vorgeworfener Abreden über einen Zeitraum von 3 Jahren ebenfalls bei ca. 100 Fällen. Beide Male sei der Basisbetragsatz mit 7 % festgelegt worden. Vorliegend werde über einen Zeitraum von sechs Jahren in [1–10] Fällen ein Kartellrechtsverstoss von [...] behauptet. Der Anteil angeblich abgesprochener Offerten mache gerade mal zwischen [0–5] Promille aller von [...] gerechneter Offerten aus. Verglichen mit den beiden anderen Fällen sei dies eine verschwindend geringe Anzahl. Sodann gebe selbst die Selbstanzeigerin an, Abreden seien praktisch nur dann zu Stande gekommen, wenn die Unternehmen genug Arbeit gehabt hätten. In diesen Phasen aber seien die Preise aufgrund der guten Auslastung ohnehin höher, weshalb die Abreden kaum eine eigenständige Auswirkung auf die Preise gehabt hätten. Zudem seien – wie die Selbstanzeigerin selber ausführt – die abgesprochenen Preise gegenseitig nach unten korrigiert worden. Sodann sei der Wettbewerb im Kanton Zürich äusserst hart und Offerten mit verlustbringenden Bedingungen seien an der Tagesordnung. Der vorliegende Fall sei im Vergleich zu den beiden anderen Submissionsabsprachen betreffenden Fällen von völlig untergeordneter Bedeutung. Der Basisbetragsatz dürfe daher maximal 6 %, allerhöchstens aber 7 % betragen.<sup>744</sup> Eine andere Partei erachtet – ebenfalls aufgrund eines Vergleichs mit den beiden vorgenannten Fällen – einen Basisbetragsatz von höchstens 3 % als angemessen.<sup>745</sup>

<sup>737</sup> Act. [...].<sup>738</sup> Act. [...].<sup>739</sup> Act. [...].<sup>740</sup> Act. [...].<sup>741</sup> Act. [...].<sup>742</sup> Act. [...].<sup>743</sup> Act. [...].<sup>744</sup> Act. [...].<sup>745</sup> Act. [...].

- Die Erhöhung des Basisbetragsatzes auf 10 % stelle in Anbetracht der bisherigen Fälle „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eine unzulässige Praxisänderung dar.<sup>746</sup> Zunächst werde damit das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung verletzt.<sup>747</sup> Sodann seien die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht gegeben: Erstens fehle es an ernsthaften und sachlichen Gründen, da diese Praxis dazu führen würde, dass bei allen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG künftig ein Basisbetragsatz von 10 % angewendet werden müsste, was nicht rechtens sei. Zweitens sei nicht erkennbar, dass diese Änderung in grundsätzlicher Weise und auch für die Zukunft erfolgen solle. Drittens überwiege das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das Interesse an der Rechtssicherheit nicht. Viertens würde damit auch gegen Treu und Glauben verstossen.<sup>748</sup>
- Im Übrigen verstosse eine Erhöhung des Basisbetragsatzes auf 10 % auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sei der Basisbetragsatz mit 7 % festgelegt worden. Materiell handle es sich dabei um ein und dieselbe Untersuchung, welche einzig aus administrativen Gründen, namentlich aus Kapazitätsgründen, getrennt geführt worden sei. Dies habe das Sekretariat auch bestätigt. Eine ungleiche Behandlung der Parteien innerhalb desselben materiellen Verfahrens sei unzulässig.<sup>749</sup>

966. Diesen Vorbringen ist wie folgt zu begegnen:

- Dass der vereinbarte Preis bei Absprachen nicht dem Marktpreis entspricht, wurde bereits ausgeführt (Rz 871). Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Rz 958 verwiesen werden, weshalb bei Einzelsubmissionsabsprachen und entsprechender Einzelsubmissionsmarktabgrenzung besonders schwere Verstösse vorliegen. Schlicht unzutreffend ist es, wenn ausgeführt wird, die WEKO sei nicht in allen Fällen von erfolgreichen Schutznahmen zum Schluss gekommen, es liege eine Wettbewerbsbeseitigung vor. „Bloss“ auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung hat die WEKO einzig in Fällen geschlossen, in welchen der Zuschlag nicht an den gemäss Abrede bestimmten Zuschlagsempfänger ging.
- Auch wenn vorliegend ein Basisbetragsatz von 10 % angewandt würde, hiesse dies nicht, dass in allen Fälle von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ein ebensolcher angewandt werden müsste. Vielmehr käme dieser Basisbetragsatz nur, aber immerhin, in mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fällen von Einzelsubmissionsabreden und entsprechender Einzelsubmissionsmarktabgrenzung zur Anwendung, bei welchen a) die Abrede dazu führt, dass 100 % des Marktes abgesprochen sind, b) für die Bestimmung der Maximalhöhe des Basisbetrags auf die einzelnen Submissionen und nicht auf den gesamthaft in diesem Bereich erzielten Umsatz abgestellt wird, und c) sich dies als angemessen zeigt. Eine Vernichtung von

Aussenseitern ist bei Einzelsubmissionsabreden aber sachlogisch schon nicht möglich. Auch dass eine Steigerung bei einem „Rotationskartell“ nicht mehr möglich wäre, verfängt nicht, da dort – entsprechend der Abrede – die Marktabgrenzung auch anders ausfallen könnte, wie dies die Untersuchung in Sachen Strassebeläge im Kanton Tessin gezeigt hat.

- Die WEKO ist nach wie vor der Ansicht, dass aufgrund der von ihr genannten Argumente eine Ausschöpfung des Sanktionsrahmens bei Submissionsabreden künftig durchaus in Betracht gezogen werden kann<sup>750</sup> und dass diese Argumente in casu für eine Anwendung eines Basisbetragsatzes von 10 % sprechen. Der Fall „Landesbibliothek“ war nicht direkt sanktionierbar, weshalb er nicht als Präzedenzfall angeführt werden kann. Retrospektiv betrachtet ist die WEKO der Ansicht, der insbesondere im ersten entschiedenen Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ angewandte Basisbetragsatz von 7 % sei zu tief gewesen. Fakt ist, dass im vorgenannten Fall hinsichtlich der Auslotung der möglichen Sanktionsgrenzen ausgesprochen grosse Zurückhaltung geübt wurde. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass wegen der einvernehmlichen Regelung etwa auf den Nachweis eines Rotationskartells verzichtet wurde.<sup>751</sup> Obwohl dort wohl ein Rotationskartell vorgelegen haben mag, wurde es nicht so behandelt und es wurde beispielsweise auf eine damit übereinstimmende Marktabgrenzung mit entsprechenden Folgen für den Basisbetrag verzichtet. Im Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde der Basisbetragsatz von 7 % aus dem Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ übernommen, damit in beiden Fällen gleich vorgegangen wird. Gleichzeitig wurde aber angedeutet, künftig bei Einzelsubmissionsabsprachen eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens in Betracht ziehen zu wollen.
- Sodann ist festzuhalten, dass keine unzulässige Praxisänderung vorliegt. Zunächst ist festzuhalten, dass bei bislang zwei entschiedenen Fällen von Einzelsubmissionsabreden und -märkten von einer diesbezüglich bestehenden Praxis noch gar nicht gesprochen werden kann. Und selbst wenn, wären die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gegeben, da, wie ausgeführt, sachliche Gründe dafür bestehen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung ein allfälliges Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt.

<sup>746</sup> Act. [...].

<sup>747</sup> Act. [...].

<sup>748</sup> Act. [...].

<sup>749</sup> Act. [...].

<sup>750</sup> So auch RPW 2012/2, 408 Rz 1103, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>751</sup> RPW 2009/3, 215 Rz 128, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

- Berechtig erachtet die WEKO allerdings das Vorbringen, dass die Anwendung eines Basisbetragsatzes von 10 % in vorliegender Untersuchung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde. Dies, weil in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ die Sanktionsbemessung anders vorgenommen wurde, es sich bei diesen beiden Untersuchungen materiell jedoch um dasselbe, am gleichen Tag eröffnete Verfahren handelt. Soweit hier also dieselbe Ausgangslage besteht wie dort, ist daher auch dieselbe Sanktionsbemessungsmethode anzuwenden.

967. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die WEKO in casu für erfolgreiche Schutznahmen bei Ein-

zelsubmissionsabreden und entsprechender Einzelsubmissionsmarktangrenzungen einen Basisbetragsatz von 10 % als der Art und Schwere der Zuwiderhandlung angemessen erachten würde. Sie wendet allerdings aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung denselben Basisbetragsatz wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ an, also 7 %. Eine volle Ausschöpfung des Sanktionsrahmens bei Submissionsabsprachen wird sie aber in künftigen Fällen in Betracht ziehen.

968. Daraus ergeben sich folgende Basisbeträge pro Partei für eigene erfolgreiche Schutznahmen (Reihenfolge nach Höhe Basisbetrag):

Unternehmen	Kumulierte Umsätze inkl. MWST [in Mio. CHF]	Kumulierte Umsätze exkl. MWST <sup>752</sup> [in Mio. CHF]	Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[2–3]	[1–2]	[100–200]
Walo	[1–2]	[1–2]	[1–100]
Keller-Frei	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Toller	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Tibau	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Brunner	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Hagedorn	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Müller	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Flexbelag	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Kern	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Egli	[0–1]	[0–1]	[1–100]
Schiess	0	0	0

Basisbeträge in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien für eigene erfolgreiche Schutznahmen.

969. Zu bestimmen bleibt der Basisbetragsatz für die abredegemäss geschützte Hüppi im Fall [...], bei welchem diese Gesellschaft aufgrund des Verfahrensabbruchs durch den Bauherrn letztlich den Zuschlag doch nicht erhielt. Die vorangehenden Ausführungen bezüglich Art und Schwere des Verstosses treffen grundsätzlich ebenso auf nicht umsatzgenerierende, aber gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossende Teilnahmen an Einzelsubmissionsabsprachen zu und es kann auf sie verwiesen werden. Insbesondere liegt auch in diesem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung und nicht „bloss“ eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Die Abredeteilnehmer haben alles getan, was sie für eine erfolgreiche Umsetzung der Abrede tun mussten und konnten. Auch ein Schaden, bestehend aus den Kosten für den Verfahrensabbruch und die Neuausschreibung sowie die Verzögerung, ist effektiv eingetreten. Die WEKO erachtet es daher als sachgerecht, in diesem Fall

denselben Basisbetragsatz anzuwenden wie er vorliegend auch bei erfolgreichen Schutznahmen angewandt wird. M.a.W. wird der Basisbetragsatz auf 7 % festgelegt.

970. Daraus ergibt sich folgender Basisbetrag für diese Schutznahme durch Hüppi im Fall [...]:

<sup>752</sup> Gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU, der hier analog Anwendung findet, sind die Umsatzzahlen ohne MWST (in der relevanten Zeit 7,6 % betragend) massgebend.

Unternehmen	Umsatz inkl. MWST [in Mio. CHF]	Umsatz exkl. MWST [in Mio. CHF]	Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Hüppi	[0–1]	[0–1]	[1–100]

Basisbetrag in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) auf dem relevanten Markt, hinsichtlich welchem die erfolgreich geschützte Hüppi aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft den Zuschlag letztlich nicht erhielt (Fall [...]).

971. Zusammenfassend ergeben sich damit folgende Basisbeträge pro Partei (Reihenfolge nach Höhe Basisbetrag):

Unternehmen	Basisbetrag für erfolgreiche Schutznahmen [in Tsd. CHF]	Basisbetrag für Schutznahme bei Verfahrensabbruch [in Tsd. CHF]	Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[100–200]	-	[100–200]
Walo	[1–100]	-	[1–100]
Hüppi	[1–100]	[0–100]	[1–100]
Keller-Frei	[1–100]	-	[1–100]
Toller	[1–100]	-	[1–100]
Tibau	[1–100]	-	[1–100]
Brunner	[1–100]	-	[1–100]
Hagedorn	[1–100]	-	[1–100]
Müller	[1–100]	-	[1–100]
Flexbelag	[1–100]	-	[1–100]
Kern	[1–100]	-	[1–100]
Egli	[1–100]	-	[1–100]
Schiess	0	-	0

Total Basisbeträge in [Tsd.] CHF (gerundet auf ganze Franken) der Parteien.

972. Die Anwendung derselben Sanktionsbemessungsmethode wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ führt vorliegend dazu, dass der Sanktionsbetrag von Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) CHF 0.- betragen würde. Ebenso wie in der parallelen Untersuchung, deren Sanktionsbemessungsmethode nunmehr aus Gründen der Gleichbehandlung angewandt wird, ist diesfalls eine Pauschalsanktion für Schiess auszusprechen. In Anbetracht der Tatsache, dass sich Schiess bewiesenermassen an [3–10] Abreden beteiligt hat, erachtet die WEKO – auch im Vergleich zu den in der parallelen Untersuchung ausgesprochenen Pauschalsanktionen – eine Sanktion von CHF 35'000.- als der Art und Schwere des unzulässigen Verhaltens von Schiess angemessen. Zutreffend ist zwar, dass Schiess vorliegend im Vergleich zu [...] in der parallelen Untersuchung weniger hohe Beträge von Stützofferten einreichte, doch liegt dafür die [grössere] Anzahl von Abredeteiligungen

vor. Die von Schiess für eine Pauschalsanktion in den Raum gestellte Summe von CHF 18'700.-<sup>753</sup> erscheint daher nicht der Schwere (insbesondere der Anzahl) der unzulässigen Verhaltensweise von Schiess angemessen.

#### B.7.2.3.2 Dauer

973. Eine Einzelsubmissionsabrede ist infolge der zeitlichen Beschränktheit des resp. der relevanten Märkte zeitlich limitiert. Aus diesem Grund ist ein spezifischer Zuschlag gestützt auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses bei einem Abstellen auf die Einzelsubmissionsabreden – wie vorliegend erfolgt<sup>754</sup> – kaum bestimmbar. Hinzu kommt, dass die Anzahl der Abreden je nach

<sup>753</sup> Vgl. act. [...].

<sup>754</sup> Siehe dazu B.6.1.2 ff. sowie Rz 823 ff.

Unternehmen pro Jahr sehr unterschiedlich ist. Eine Erhöhung des Basisbetrags gestützt auf die Dauer wäre allenfalls angebracht, wenn das Bestehen einer umfassenderen Submissionsabrede oder einer institutionalisierten Abredetätigkeit nachgewiesen wäre. Ein dahingehender Beweis konnte vorliegend allerdings nicht erbracht werden.<sup>755</sup> Auf einen Zuschlag gestützt auf die Dauer ist deshalb in vorliegender Untersuchung, in welcher auf die Einzelsubmissionsabreden abgestellt wird, zu verzichten.<sup>756</sup> Zu berücksichtigen ist allerdings die Anzahl Beteiligungen an getroffenen Wettbewerbsabreden im untersuchten Zeitraum, dies gegebenenfalls als erschwerenden Umstand (vgl. Rz 975 ff.).

### B.7.2.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

974. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Sanktionserlass oder die -reduktion gemäss Art. 49a Abs. 2 KG abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.<sup>757</sup>

#### i) Erschwerende Umstände

##### Beteiligung an Absprachen

975. Das Sekretariat hat in seinem Antrag die wiederholten Verstösse gegen das Kartellgesetz als erschwerenden Umstand berücksichtigt und dabei jede Abredeteilnahme – sei es durch eigene (erfolgreiche ebenso wie erfolglose) Schutznahmen oder Stützofferten – als einen separaten Verstoß gewertet und gezählt.

976. Mehrere Parteien haben dies als unzulässig beurteilt. Sie begründen dies damit, dass ein solches Vorgehen zu einer ungerechtfertigten Doppelbelastung resp. Doppelbestrafung eines bestimmten Verhaltens führe.<sup>758</sup> Zudem werde damit wiederum ohne sachliche Gründe von der Vorgehensweise in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ abgewichen, wo Verhaltensweisen, welche bereits bei der Bestimmung des Basisbetrags einbezogen worden sind, im Rahmen dieses erschwerenden Umstandes nicht nochmals berücksichtigt wurden. Dass dafür gegenüber der parallelen Untersuchung verminderte Prozentsätze bei der Erhöhung verwendet würden, vermöge die unterschiedliche Behandlung nicht auszugleichen, weshalb es ungerechtfertigterweise zu einer härteren Bestrafung käme.<sup>759</sup> Zudem sei zweifelhaft, ob überhaupt von wiederholten Verstössen gegen das KG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG gesprochen werden könne. Diese Bestimmung setze nämlich bereits erfolgte und rechtskräftig beurteilte Verstösse voraus, nicht wiederholte Verstösse innerhalb desselben Verfahrens. Für eine solche Auslegung spreche insbesondere der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG, aber auch dessen Sinn und Zweck sowie das Legalitätsprinzip. Eine bereits in einem früheren, förmlichen Verfahren rechtskräftig beurteilte Kartellrechtsverletzung liege aber – zumindest bei dieser Partei – nicht vor.<sup>760</sup> Erschwerende Umstände seien nicht ersichtlich, denn anerkanntermassen sei ein Zuschlag für die Dauer nicht möglich und in den meisten bisherigen Fällen habe die WEKO auch keine erschwerenden Umstände erkannt.<sup>761</sup>

977. Die WEKO hält an ihrer Auffassung fest, dass als erschwerender Umstand gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG nicht nur bereits rechtskräftig in einem früheren Verfahren beurteilte Verstösse gegen das Kartellgesetz zählen. Notwendig, aber auch hinreichend, ist vielmehr einzig ein wiederholtes Verstossen gegen das Kartellgesetz, was auch – wie hier – innerhalb einer Untersuchung zur Beurteilung vorliegen kann.<sup>762</sup> Sodann ist klarzustellen, dass die Tatsache, dass ein Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG nicht möglich ist, nicht ausschliesst, dass erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG vorliegen. Unter Verweis auf die diesbezüglich im Rahmen der Bestimmung des Basisbetrags gemachten Ausführungen<sup>763</sup> ist allerdings auch hier aus Gründen der Gleichbehandlung dieselbe Berechnungsmethode und derselbe erschwerende Umstand anzuwenden wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“. Es sind insbesondere auch hier im Rahmen dieses erschwerenden Umstandes nur diejenigen Abredeteilnahmen zu zählen, die nicht bereits bei der Bestimmung des Basisbetrags berücksichtigt wurden.<sup>764</sup> Vor diesem Hintergrund braucht nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob bei der ursprünglich vom Sekretariat in vorliegender Untersuchung vorgeschlagenen Zählmethode eine ungerechtfertigte Doppelbelastung vorgelegen hätte, wie dies mehrere Parteien geltend machen. Zur Begründung dieses nunmehr angewandten erschwerenden Umstandes der „Beteiligung an Absprachen“ können hier dementsprechend die Ausführungen aus der parallelen Untersuchung auszugswise wiedergegeben werden:

##### „Beteiligung an Absprachen

1108. Nicht jedes Abspracheverhalten generiert einen direkten Umsatz für den Abspracheteilnehmer. Als häufigster Fall kann dabei auf die Einreichung einer Stützofferte verwiesen werden. Weiter fallen darunter auch einige nicht erfolgreiche Schutznahmen und Stützofferten.

[...]

<sup>755</sup> Im Gegensatz dazu der Fall RPW 2009/3, 215 f., Rz 127 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, in dem sich die Abspracheteilnehmer im untersuchten Zeitraum regelmässig trafen und somit eine Dauer des Wettbewerbsverstosses eindeutig bestimmt werden konnte. Dort wurde der Basisbetrag entsprechend auch aufgrund der Dauer der Abredetätigkeit erhöht.

<sup>756</sup> Ebenso RPW 2012/2, 409 Rz 1106, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>757</sup> RPW 2009/3, 216, Rz 132, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>758</sup> So etwa act. [...].

<sup>759</sup> Act. [...].

<sup>760</sup> Act. [...].

<sup>761</sup> Act. [...].

<sup>762</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 67; diesen Autoren wohl folgend WEBER/RIZVI (Fn 686), Art. 5 SVKG N 6.

<sup>763</sup> Siehe Rz 951 letztes Lemma sowie 966 letztes Lemma.

<sup>764</sup> Nicht mitgezählt werden also die erfolgreichen Schutznahmen sowie die aufgrund des Verfahrensabbruchs durch die Bauherrschaft erfolglos gebliebene Schutznahme von Hüppi im Fall [...].

1110. [...] Von jeglicher Sanktion für das unzulässige Verhalten abzusehen, erscheint in Anbetracht der entscheidenden Rolle, die ein stützendes Unternehmen bei der Submissionsabsprache spielt, ebenfalls als nicht gerechtfertigt. Die Einreichung von Stützofferten von jeglicher Sanktion zu befreien, erscheint nicht nur als falsches Signal an die Marktteilnehmer, sondern auch als stossende Tolerierung eines wettbewerbsvortäuschenden und volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltens.

1111. Aus diesem Grund berücksichtigt die WEKO die Einreichung von Stützofferten unter dem Titel der erschwerenden Umstände (Art. 5 SVKG). Sie berücksichtigt die Anzahl der Abspracheteilnahmen.

1112. Die Sanktion eines Unternehmens, das häufig Stützofferten eingereicht hat, ist um einen höheren Prozentsatz zu erhöhen, als die Sanktion eines Unternehmens mit vereinzelt Stützofferten. Damit ist aber noch nicht gesagt, um welchen Prozentsatz die Sanktion zu erhöhen ist.

[...]<sup>765</sup>

978. Die Erhöhungen wurden in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wie folgt abgestuft: Mehr als 20 Beteiligungen führten zu einer Erhöhung des Basisbetrags um 200 %, 11–20 Beteiligungen wurden mit einer Erhöhung um 100 % sanktioniert und 3–10 Beteiligungen mit einer solchen um 50 %.<sup>766</sup>

979. Einige Parteien machen geltend, auch die in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ angewandte Methode der Berücksichtigung erschwerender Umstände sei unzulässig.<sup>767</sup> Sie sei mit Blick auf die bisherige Praxis und diejenige der EU als zu hoch einzustufen. Aus Sicht einer Partei angemessener erschiene, wenn schon, eine Orientierung am Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG, wonach für jedes Jahr ein Zuschlag von 10 % zu veranschlagen sei. Der Zuschlag wäre diesfalls vorliegend auf maximal 30 % festzusetzen.<sup>768</sup> Aus Sicht einer anderen Partei dürfte die Erhöhung bei mehr als 20 Beteiligungen maximal 50 % betragen, bei 11–20 Beteiligungen maximal 25 %.<sup>769</sup> Allerdings sei dabei zu berücksichtigen, dass bei einem eigentlichen Rotationskartell keine Erhöhung wegen wiederholter Teilnahme möglich wäre. In vorliegendem Fall, wo weniger einschneidende Einzelsubmissionsabreden vorlägen, führe die Erhöhung wegen Teilnahme an mehreren Absprachen dazu, dass die Unternehmen härter sanktioniert würden als bei einem Rotationskartell, was zeige, dass diese Erhöhung schon im Grundsatz willkürlich sei.<sup>770</sup>

980. Die Höhe des Zuschlags und dessen Abstufung wurde auch schon im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ von den Parteien kritisiert. Die WEKO hielt gleichwohl daran fest, weshalb kein Grund besteht, vorliegend davon abzuweichen. Hinsichtlich dem angeführten Argument des Rotationskartells ist anzufügen, dass diesfalls a) die Marktabgrenzung wohl anders ausfallen dürfte, was sich entsprechend auf den Basisbetrag auswirkt, und b) ein Zuschlag für die Dauer hinzukäme. Insgesamt, gerade aufgrund der weiteren Marktabgrenzung, würde ein Rotationskar-

tell deutlich härter sanktioniert als Einzelsubmissionsabreden, auch wenn bei diesen als erschwerender Umstand ein Zuschlag für wiederholte Verstösse ausgesprochen wird.

981. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die Anzahl von kartellrechtswidrigen, bei der Bestimmung des Basisbetrags nicht berücksichtigten Abredeteilnahmen der Parteien (Reihenfolge nach Anzahl Abredeteilnahmen). Zu ergänzen bleibt, dass diese Tabelle den Eindruck erwecken könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen.<sup>771</sup> Dieser Eindruck wäre unzutreffend; er ist auf die umfassende Kooperationspflicht im Rahmen der Selbstanzeige zurückzuführen.<sup>772</sup>

<sup>765</sup> RPW 2012/2, 409 f. Rz 1008 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>766</sup> RPW 2012/2, 412 Rz 1026 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>767</sup> Act. [...]. Implizit auch act. [...].

<sup>768</sup> Act. [...].

<sup>769</sup> Act. [...].

<sup>770</sup> Act. [...].

<sup>771</sup> Entgegen der Ansicht der Selbstanzeigerin ist die Gefahr eines allfälligen unzutreffenden Eindrucks allein allerdings kein Grund, von einer Aufführung abzusehen. Dies schon nur deshalb nicht, weil auch gegenüber den anderen Parteien eine Begründungspflicht besteht. Art. 14 Abs. 2 SVKG regelt im Übrigen einzig die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion für die weiteren (nicht die erste) Selbstanzeigerinnen. Dass diese zusätzlichen Beweismittel oder die daraus folgende zusätzliche Dauer in der Verfügung nicht darzustellen und zu begründen wäre, ergibt sich daraus aber nicht. Dies kann schon nur deshalb nicht der Fall sein, weil dergestalt der Begründungspflicht gegenüber den anderen Parteien nicht nachgekommen werden könnte. Die Sanktion wird der Selbstanzeigerin vorliegend aber ohnehin gänzlich erlassen, weshalb Art. 14 Abs. 2 SVKG nicht zur Anwendung gelangt.

<sup>772</sup> Siehe Rz 212 f.

Unternehmen	Fallnummern	Anzahl Beteiligungen	Erhöhung
Keller-Frei	[...]	[11–20]	100 %
Hüppi	[...]	[11–20]	100 %
Birchmeier	[...]	[11–20]	100 %
Schiess	[...]	[3–10]	Pauschal-sanktion
Tibau	[...]	[3–10]	50 %
Kern	[...]	[3–10]	50 %
Toller	[...]	[3–10]	50 %
Walo	[...]	[3–10]	50 %
Flexbelag	[...]	[3–10]	50 %
Hagedorn	[...]	[3–10]	50 %
Müller	[...]	[3–10]	50 %
Brunner	[...]	[3–10]	50 %
Egli	-	0	-

Übersicht Sanktionserhöhung wegen Beteiligung an Absprachen.

#### Mutmasslicher Gewinn

982. Als weiterer erschwerender Umstand kommt die Höhe der erzielten Kartellrente in Betracht. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist diesem Gewinn als erschwerendem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.<sup>773</sup> Dies setzt natürlich voraus, dass eine Berechnung der Kartellrente, des durch die Abrede erzielten Gewinns oder minimierten Verlusts, oder zumindest eine entsprechende Schätzung im Einzelfall möglich ist, was in der Praxis selten der Fall sein dürfte. In vorliegendem Fall gibt es immerhin gewisse Erfahrungswerte sowie weitere Indizien bezüglich der abredebedingten Preisüberhöhungen bei Submissionsabreden: Zum einen werden in der Literatur diesbezügliche Erhebungen wiedergegeben.<sup>774</sup> Zum anderen liefern auch die Auswertungen in der Untersuchung betreffend Strassenbeläge Tessin diesbezügliche Erkenntnisse.<sup>775</sup> Schliesslich lässt sich in einigen der zuvor dargestellten Fällen aufgrund weiterer Umstände die Erhöhung ausnahmsweise bestimmen oder zumindest annäherungsweise schätzen.<sup>776</sup> Trotz dieser Indizien bezüglich der abredebedingten Preiserhöhungen bei Submissionsabreden ist vorliegend von einer Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen eines besonders hohen erzielten Gewinns abzusehen. Dies, weil hier im Vergleich zur Untersuchung „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ der Basisbetrag höher angesetzt wird, wodurch eine Abschöpfung des mutmasslichen Gewinns bereits unter diesem Punkt eher erreicht werden kann. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass sich in künftigen Untersuchungen betreffend Einzelsubmissionsabreden – wenn das Vorliegen einer umfassenderen Submissionsabrede nicht

nachgewiesen werden kann – weisen wird, dass zusätzlich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen Erzielung eines besonders hohen erzielten Gewinns erforderlich ist, um zumindest den unrechtmässig erzielten Gewinn vollumfänglich abzuschöpfen und gleichzeitig auch eine pönale Komponente im Sanktionsbetrag zu haben.

#### Besondere erschwerende Umstände

983. Schliesslich ist als weiterer erschwerender Umstand eine allfällige führende Rolle eines Abredeteilnehmers in Betracht zu ziehen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen eine bedeutendere Rolle bei den Abreden eingenommen hat bzw. haben als die übrigen Unternehmen. Das bedeutet, dass kein Unternehmen vermehrt die Initiative ergriffen hat oder die Organisation und Umsetzung übernahm. Die Unternehmen haben nur, aber immerhin, die Abreden organisiert, bei welchen sie geschützt wurden, was allerdings in der Besonderheit der Einzelsubmissionsmärkte begründet liegt und daher nicht erschwerend als Innehaben einer führenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG zu berücksichtigen ist. Eine gestützt auf diesen Grund erfolgende Erhöhung des Basisbetrags erfolgt daher nicht.

<sup>773</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5.

<sup>774</sup> Siehe etwa Christ (Fn 404), Rz 859, der eine durchschnittliche Erhöhung um 11 % nennt, wobei sie bei offenen Verfahren tiefer (rund 10 %) sein soll als bei begrenzten (14.5 %) wie dem Einladungsverfahren.

<sup>775</sup> RPW 2008/1, 103 Rz 142, *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>776</sup> Siehe etwa die Ausführungen in Rz 856.



## ii) Mildernde Umstände

984. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag u.a. dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der Minderungsbetrag muss analog zur Festsetzung der erschwerenden Umstände ausgehend vom (gegebenenfalls, hier aber nicht vorliegend, aufgrund der Dauer erhöhten) Basisbetrag berechnet werden.

985. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung kann sodann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn (treffender wäre wohl gar keine Kartellrente, da auch ein verminderter Verlust wettbewerbsverzerrend ist) erzielt wurde, eine Sanktionsminderung vorgenommen werden.<sup>777</sup> Wie bereits festgehalten, lässt sich die genaue Höhe der erzielten Kartellrente und damit des abredebedingten Gewinns nicht feststellen.<sup>778</sup> Davon, dass durch die Abreden gar kein Gewinn erzielt wurde, ist schon nur deshalb nicht auszugehen, weil andernfalls die Bauunternehmen die mit dem Treffen solcher Abreden verbundenen Aufwände nicht auf sich nehmen und solche Abreden treffen würden. Eine Reduktion aus diesem Grund fällt daher ausser Betracht.

986. Als weitere mildernde Umstände, welche in Betracht zu ziehen sind, nennt die Literatur unter anderem Compliance-Programme oder ein besonders geringes Verschulden.<sup>779</sup> Von vereinzelten Unternehmen waren zwar im Zeitpunkt, in dem die Abreden abgeschlossen wurden, gewisse Massnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen getroffen worden. So wurden etwa entsprechende Weisungen erlassen und Mitarbeitende ab einer gewissen Stufe mussten diese unterzeichnen. Doch diese bescheidenen Vorkehrungen ohne anschliessende systematische Kontrolle der Einhaltung und ohne effektive Sanktionierung im Falle eines Verstosses dagegen waren – und zwar nicht nur erst retrospektiv, sondern ohne Weiteres bereits ex ante offenkundig – ungenügend, um Kartellrechtsverstösse auch wirklich zu verhindern. In einer Branche, in der bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG das Treffen von kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen an der Tagesordnung war,<sup>780</sup> wäre ein grundsätzliches Umdenken – ein Wandel der Unternehmenskultur hin zum Wettbewerbsgedanken – erforderlich. Dies aber setzt seitens der Unternehmen rigorose Vorkehrungen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften und vor allem auch deren strenge Überwachung und ausnahmslose interne Durchsetzung voraus. Dem war nicht der Fall, vielmehr tolerierten (aufgrund des Faktischen treffender wohl: begrüsst) die Unternehmen sehenden Auges das Treffen von Submissionsabsprachen durch ihre Mitarbeitenden mittleren und hohen Kaders. Folglich können die getroffenen Compliance-Massnahmen auch nicht als mildernde Umstände berücksichtigt werden. Dass das Verschulden keineswegs gering, sondern vielmehr gravierend war, wurde ebenfalls bereits erläutert.<sup>781</sup> Auch aus diesem Grund ist eine Sanktionsminderung nicht möglich.

987. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Selbstanzeige eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Selbstanzeigen resp. der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Art. 6 SVKG.<sup>782</sup>

988. Als mildernder Umstand berücksichtigt werden könnte kooperatives Verhalten, soweit es ausserhalb einer Selbstanzeige erfolgt.<sup>783</sup> Dies setzt allerdings eine Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden voraus, die über die ohnehin spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit hinausgeht, denn das blosses Nachkommen der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten kann nicht bereits sanktionsmildernd sein.<sup>784</sup> Vorliegend käme eine solche Berücksichtigung kooperativen Verhaltens einzig in Bezug auf Strabag in Betracht, namentlich aufgrund deren Aussageverhalten anlässlich des Parteiverhörs und insbesondere der vorgängig getroffenen internen Abklärungen und Aufarbeitungen des Geschehenen. Da Strabag aber ohnehin sanktionslos bleibt, erübrigt sich eine nähere Prüfung einer allfälligen Sanktionsmilderung bezüglich ihr.

989. Bezüglich aller übrigen Parteien sind keine mildernden Umstände ersichtlich, welche zu einer Reduktion des Sanktionsbetrags führen würden.

990. [...], [...] und [...] machen mildernde Umstände geltend. Sie berufen sich dabei auf ihre Compliance-Massnahmen (zur Schilderung derjenigen von [...] resp. [...] siehe Rz 920 resp. 922).<sup>785</sup> Die Anforderungen, welche die Wettbewerbsbehörden an solche Compliance-Massnahmen stellen würden, seien völlig überrissen und nicht umsetzbar. [...] führt als mildernde Umstände zudem an, bei der Bussenberechnung werde teilweise ein fiktiver Umsatz zu Grunde gelegt, was mildernd zu berücksichtigen sei. Sodann seien die betroffenen Offerten im Vergleich zum Volumen der in diesen Jahren gerechneten Offerten marginal. Es fehle zudem an jeglichen Vergeltungsmassnahmen.<sup>786</sup>

<sup>777</sup> Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 216 Rz 134., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>778</sup> Siehe Rz 982.

<sup>779</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 88.

<sup>780</sup> Siehe nur etwa RPW 2008/1, 96 ff. Rz 88 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>781</sup> Rz 917.

<sup>782</sup> Erläuterungen SVKG (Fn 683), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217, Rz 141 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>783</sup> So etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 86.

<sup>784</sup> So bereits RPW 2009/3, 217, Rz 142, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>785</sup> Act. [...].

<sup>786</sup> Act. [...].

991. Die von [...] und [...] getroffenen Compliance-Massnahmen wurden bereits an anderer Stelle betrachtet, worauf verwiesen sei.<sup>787</sup> Es sei hier bloss wiederholt, dass diese nicht ausreichend sind, um als mildernde Umstände berücksichtigt zu werden, fehlt es doch insbesondere an Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen. Dass [...] Compliance-Massnahmen als mildernde Umstände anführt, erstaunt nur schon deswegen, weil sie gleichzeitig geltend macht, den Vertretern von ihr, welche bei den angeblichen Absprachen involviert gewesen sein sollen, sei nicht bewusst gewesen, mit diesem angeblichen Verhalten gegen das KG zu verstossen. Die weiteren von [...] als mildernde Umstände angeführten Gründe vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen. Der erstgenannte Grund wäre, wenn schon, nicht als mildernder Umstand zu würdigen, sondern bei der Bestimmung des entsprechenden Basisbetragsatzes. Die beiden letztgenannten Gründe können bei Einzelsubmissionsabsprachen und entsprechender Einzelsubmissionsmarktangrenzungen nicht relevant sein.

#### B.7.2.4 Zwischenergebnis

992. Zusammenfassend berechnen sich die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst ist die Obergrenze des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) zu ermitteln. Für die Berechnung des Basisbetrags (ohne Mehrwertsteuer) wird alsdann ein Prozentsatz von 7 % (erfolgreiche eigene Schutzmassnahmen sowie wegen Verfahrensabbruch durch den Bauherrn erfolglos gebliebene Schutzmassnahme) herangezogen. Ein Zuschlag für die Dauer ist vorliegend nicht vorzunehmen. Der Basisbetrag wird alsdann entsprechend den zuvor genannten erschwerenden Umständen erhöht. Mildernde Umstände, die zu einer Reduktion des Basisbetrags führen würden, sind nicht ersichtlich. Dies ergibt folgende Sanktionsbeträge bezüglich der einzelnen Parteien (Reihenfolge nach Höhe der Sanktionsbeträge). Zu ergänzen bleibt, dass diese Tabelle den Eindruck erwecken könnte, die Selbstanzeigerin sei überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt gewesen und habe überdurchschnittlich davon profitiert. Dieser Eindruck allerdings wäre unzutreffend; er ist auf die umfassende Kooperationspflicht im Rahmen der Selbstanzeige zurückzuführen. Im Einzelnen wurde dies an anderer Stelle erörtert, worauf verwiesen sei.<sup>788</sup>

Partei	Sanktionsbetrag [in Tsd. CHF]
Birchmeier	[200–300]
Walo	[100–200]
Hüppi	[1–100]
Keller-Frei	[1–100]
Toller	[1–100]
Tibau	[1–100]
Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung)	[1–100]
Brunner	[1–100]
Hagedorn	[1–100]
Müller	[1–100]
Flexbelag	[1–100]
Kern	[1–100]
Egli	[1–100]

Höhe der Sanktion je Partei in [Tsd.] CHF (vor Selbstanzeige, auf ganze Frankenbeträge gerundet).

993. Soweit Konzernverhältnisse vorliegen, werden die Sanktionen unter solidarischer Haftbarkeit sowohl den jeweiligen Konzernmuttergesellschaften im Zeitpunkt des Verstosses resp. der Verstösse wie auch den handelnden Konzerntochtergesellschaften auferlegt. Dies ist der Fall bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess), Brebau Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie [...].

#### B.7.2.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

994. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein,<sup>789</sup> was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist.

<sup>787</sup> Siehe Rz 921 resp. 923.

<sup>788</sup> Siehe Rz 212 f.

<sup>789</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218, Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

### B.7.3 Selbstanzeige – Vollständiger Erlass der Sanktion

995. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

#### B.7.3.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

996. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.<sup>790</sup>

997. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

998. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unangefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

#### B.7.3.2 Subsumtion und Ergebnis

999. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der Anzeige eines Dritten am 8. Juni 2009 eröffnet und am 9. Juni 2009 mittels Hausdurchsuchungen eingeleitet. Parallel dazu wurde an denselben Daten eine Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eröffnet und ebenfalls Hausdurchsuchungen vorgenommen. An dieser Stelle ist zu betonen, dass es sich bei der Anzeigerin nicht um Birchmeier, die Selbstanzeigerin,

handelt. Ein Sanktionserlass infolge *Eröffnungskooperation* im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG kommt demnach für Birchmeier nicht in Frage. Am Kartell beteiligte Unternehmen können in einem derartigen Fall nur noch zufolge *Feststellungskooperation* in den Genuss einer Sanktionsbefreiung resp. Reduktion kommen.<sup>791</sup>

1000. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 9. Juni 2009 in der den „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betreffenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0385) beantragte die durchsuchte Birchmeier zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.<sup>792</sup> Sie machte noch anlässlich der Hausdurchsuchung präzisierende und aufschlussreiche Angaben über die Abredetätigkeit. In der Folge reichte sie bei ihr noch auffindbares Beweismaterial ein und machte auch Ausführungen dazu. Einige der von ihr genannten Projekte sind dabei im Kanton Zürich gelegen.

1001. Mit Fax vom 31. Mai 2011 bekräftigte Birchmeier ausdrücklich, dass ihre Selbstanzeige sowie ihr Wille zur Kooperation selbstverständlich auch für die vorliegende Untersuchung 22-0384 betreffend den Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich gelte.<sup>793</sup> Mit Schreiben vom 6. und 10. Juni 2011 reichte sie daraufhin eine spezifische Beschreibung der im Kanton Zürich gelegenen Projekte sowie dazugehörige Beweismittel ein.<sup>794</sup> Am 20. Juni 2011 ergänzte sie diese Angaben mündlich in den Räumlichkeiten des Sekretariats und beantwortete dabei auch mit ihren Angaben zusammenhängende Fragen des Sekretariats.<sup>795</sup>

1002. Birchmeier hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abreden vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert. Es bestehen keine Anzeichen oder auch nur die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass Birchmeier irgendwelche abgesprochenen Projekte im Kanton Zürich, an welchen sie beteiligt war, insbesondere solche, bei welchen sie Schutznehmerin war, ungenannt gelassen hätte. Die Voraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG ist damit erfüllt. Ohne den von Birchmeier gemachten Angaben und eingereichten Beweismitteln wäre es den Wettbewerbsbehörden in etlichen der Fälle nicht gelungen, die Abrede und damit den Wettbewerbsverstoss rechtsgenügend zu beweisen; erst die Selbstanzeige machte dies möglich. Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass demnach nicht im Wege.

<sup>790</sup> So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>791</sup> Insofern gleichgelagert RPW 2009/3, 219, Rz 156, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>792</sup> Siehe zusammenfassend act. [...].

<sup>793</sup> Act. [...].

<sup>794</sup> Act. [...]sowie act. [...].

<sup>795</sup> Beim Protokoll der mündlichen Ergänzung handelt es sich um act. [...].

1003. Aufgrund der zeitlichen Abfolge auf den ersten Blick fragen könnte man sich, ob Birchmeier bezüglich der vorliegenden Untersuchung (Akten-Nr. 22-0384) während des gesamten Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeitete (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass auch das Vorliegen dieser Voraussetzung zweifelsfrei zu bejahen ist. Birchmeier nannte im Rahmen ihrer Selbstanzeige, die sie noch anlässlich der Hausdurchsuchung initiierte, in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ sämtliche abgesprochenen Fälle, in welche sie involviert war, darunter auch die im Kanton Zürich gelegenen. Dass von den Wettbewerbsbehörden – primär aus Kapazitätsgründen – zwei parallele Untersuchungen geführt wurden, kann nun nicht zum Nachteil der Birchmeier gereichen, die verständlicherweise davon ausging, mit dieser Benennung und Beschreibung der abgesprochenen Projekte im Rahmen der gegen sie laufenden Untersuchung unabhängig davon, in welchem Kanton diese Projekte lagen, das ihrige für einen Sanktionserlass getan und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert zu haben. Nachdem sich Birchmeier der formellen Führung zweier paralleler Untersuchungen bewusst wurde, hat sie unverzüglich sämtliche diese Informationen auch in vorliegender Untersuchung eingereicht und insbesondere auch anlässlich der mündlichen Ergänzung weiter präzisiert und ausgeführt. Birchmeier hat demzufolge auch die Voraussetzung der ununterbrochenen, uneingeschränkten und ohne Verzug vorgenommenen Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden erfüllt.

1004. Trotz dieser zeitlichen Verzögerung, die, wie gesagt, nicht der Birchmeier zum Nachteil gereichen kann, war Birchmeier in vorliegender Untersuchung die erste Gesellschaft, die eine Selbstanzeige einreichte. Es braucht daher der genaue Zeitpunkt, ab welchem die Selbstanzeige in vorliegender Untersuchung als eingegangen gilt, nicht ermittelt zu werden, denn Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG steht einem vollständigen Sanktionserlass so oder so nicht entgegen.

1005. Auch die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass sind erfüllt. So stellte Birchmeier ihre Abredetätigkeit unverzüglich im Zeitpunkt der Selbstanzeige ein (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG) und sie hatte auch keine anstiftende oder führende Rolle bei diesen Wettbewerbsverstössen inne. Durch die Besonderheit von Einzelsubmissionsmärkten bedingt, hat Birchmeier nur, aber immerhin, in denjenigen Fällen, in welchen sie um Schutz ersuchte, die Kontaktaufnahme initiiert. Darin kann aber weder eine anstiftende noch eine führende Rolle erblickt werden, ist dies doch untrennbar mit der Natur von Einzelsubmissionsmärkten verbunden und auf diese zurückzuführen. Davon, dass Birchmeier andere Gesellschaften zur Teilnahme an Wettbewerbsverstössen gezwungen hätte, kann keine Rede sein. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG steht einem Sanktionserlass folglich nicht entgegen.

1006. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass Birchmeier sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt und es ist auf eine Sanktionsbelastung der Birchmeier zu verzichten.

1007. Hüppi erachtet den Sanktionserlass gegenüber Birchmeier als nicht gerechtfertigt. Zunächst hätten sich die von Birchmeier gelieferten Unterlagen und vor allem die damit verbundenen Anschuldigungen von Mitbewerbern in grösster Mehrheit als falsch und haltlos erwiesen. Insbesondere die gegen Hüppi vorgebrachten Anschuldigungen seien haltlos. Im Antrag werde festgehalten, dass Falschaussagen die Sanktionsbefreiung oder -reduktion auf das Wesentlichste gefährden würden. Die Selbstanzeige in vorliegendem Verfahren sei rund zwei Jahre nach Eröffnung des Verfahrens erfolgt und habe sich auf Sachverhalte bezogen, die den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt gewesen sein mussten. Wenn die Kooperation erst in einem späten Verfahrensstadium erfolge und keine wesentlich neuen Erkenntnisse liefere, sei ein Sanktionserlass ausgeschlossen. Birchmeier habe nicht ununterbrochen und insbesondere ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet. Wenn die zweijährige Zeitspanne zwischen Untersuchungseröffnung und Selbstanzeige nicht als Verzug zu werten sei, sei das unerklärlich. Die Umstände würden nahelegen, dass Birchmeier nicht von selber, sondern auf Druck und Voranzeige durch das Sekretariat eine Selbstanzeige eingereicht habe. Zudem erscheine Birchmeier als „Rädelsführer“. Sie sei die Einzige, die über angebliche Absprachen Buch geführt habe und so Druck auf andere Unternehmen habe machen können. Auch die grosse zahlenmässige angebliche Beteiligung von Birchmeier an Absprachen spreche dafür, dass Birchmeier klar die aktivste Rolle bei allfälligen Absprachen gehabt habe.

1008. Dazu ist in der gebotenen Kürze festzuhalten, dass sich die von Birchmeier eingereichten Unterlagen und Ausführungen als zuverlässig und zutreffend herausgestellt haben. Es kann auf die Erörterungen der einzelnen Fälle verwiesen werden. Von Falschaussagen, wie Hüppi sie erkennen will, kann keine Rede sein. Was den zeitlichen Ablauf betrifft und insbesondere dass die Zusammenarbeit von Birchmeier als ohne Verzug erfolgt zu werten ist, wurde bereits an früherer Stelle ausgeführt, worauf verwiesen sei.<sup>796</sup> Was die angebliche Stellung von Birchmeier als „Rädelsführerin“ angeht, ist ebenfalls auf bereits gemachte Ausführungen zu verweisen.<sup>797</sup> Der allfällige Eindruck, die Selbstanzeigerin habe sich überdurchschnittlich oft an Abreden beteiligt, ist schlicht unzutreffend und nur auf die unterschiedlichen Dunkelziffern zurückzuführen; ihr kam keine führende Rolle zu. Es bestehen sodann keinerlei Anzeichen dafür, dass Birchmeier mit der „Absprachenliste“ andere Unternehmen zur Teilnahme an Abreden gezwungen oder angestiftet hätte. Vielmehr ging es bei dieser Liste darum, an den (von allen Beteiligten freiwillig geführten) Verhandlungen präsent zu haben, wer wann wo und welche Stützofferten erhalten hat, um besser argumentieren zu können.

<sup>796</sup> Siehe Rz 1003.

<sup>797</sup> Rz 212 f.

### B.7.4 Verjährung

1009. Eine Partei macht geltend, dass nahezu alle sie betreffenden Vorwürfe verjährt seien. Zur Begründung führt sie aus, bei den Sanktionen nach Art. 49a KG handle es sich um Bussen im Sinne des StGB, welche als Übertretungen zu qualifizieren seien. Die Verjährung von Sanktionen nach Art. 49a KG werde im KG nicht explizit geregelt, weshalb das VStrR diesbezüglich zur Anwendung gelange und die Verjährung demnach spätestens nach vier Jahren eintrete (Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB). Sofern nicht von einer Anwendbarkeit des VStrR ausgegangen werden sollte, kämen die Verjährungsregeln von Art. 109 StGB zur Anwendung, wodurch eine Verjährung bereits nach drei Jahren eintrete. Um den Eintritt der Verjährung zu verhindern, müsse vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen sein.<sup>798</sup>

1010. Während die (Verfolgungs)Verjährung von kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54 f. KG) im Kartellgesetz ausdrücklich geregelt ist (Art. 56 KG), fehlt eine vergleichbare allgemeine Vorschrift bezüglich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (Art. 49a–52 KG). Im Gegensatz zu den übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) enthält der vorliegend einzig interessierende Art. 49a KG aber immerhin eine die zeitliche Dimension betreffende Regelung. Gemäss dessen Abs. 3 Bst. b entfällt nämlich eine Sanktionsbelastung, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist“. Zu klären bleibt nachfolgend, ob Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG nebst dieser in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist weiteren (Verfolgungs)Verjährungsfristen unterstehen und gegebenenfalls wie lange diese sind. Nicht zu behandeln ist dabei, welche Verjährungsfristen für die übrigen Verwaltungssanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) gelten.<sup>799</sup>

1011. Zur Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG äussert sich die Botschaft nicht.<sup>800</sup> In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei dieser Fünfjahresfrist um eine (Verfolgungs)Verjährungs-<sup>801</sup> oder eine Verwirkungsfrist<sup>802</sup> handelt; eine Begründung der vertretenen Ansichten findet sich jedoch nicht. Der Unterschied ist im hier interessierenden Kartellverfahren allerdings ohnehin nicht überzubewerten: Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes sind nämlich sowohl Verwirkungswie auch Verjährungsfristen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Auch die Tatsache, dass diese Frist unbestrittenermassen nicht unterbrechbar – sehr wohl mit Eröffnung einer Untersuchung aber definitiv gewahrt – ist, führt nicht zwangsläufig dazu, dass es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, sind doch auch etwa die Verfolgungsverjährungsfristen des StGB (vgl. Art. 97 StGB) seit der Revision von 2002 nicht mehr unterbrechbar und werden mit einem erstinstanzlichen Urteil definitiv gewahrt. Zudem bezieht sich Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (ungeachtet seiner Natur) – wie bereits der Wortlaut, aber auch die Gesetzessystematik zeigt – einzig auf die Verhängung der Sanktion, es bezieht sich jedoch nicht auf die grundsätzliche Möglichkeit, ein Kartellverfahren zu eröffnen, um die Rechtswidrigkeit einer Verhaltensweise zu untersuchen und gegebenenfalls für die Zukunft zu untersagen, weshalb dies auch seit mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröff-

nung nicht mehr ausgeübten Verhaltensweisen möglich ist.<sup>803</sup>

1012. Die Frage nach der Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. So oder so ist bezüglich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG das Bestehen einer zusätzlichen Verfolgungsverjährungsfrist und insbesondere eine Anwendbarkeit der – jeweils erst mit erstinstanzlichem Urteil gewahrten – vierjährigen Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR sowie der dreijährigen Verfolgungsverjährungsfrist des StGB auszuschliessen.<sup>804</sup> Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der explizit in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Frist – es ist dieser Bestimmung nämlich e contrario zu entnehmen, dass Verhaltensweisen, die weniger lange nicht mehr ausgeübt worden sind, sollen sanktioniert werden können. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche Regelung und weitgehend inhaltsleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine Verfolgungsverjährungsfrist – insbesondere eine bedeutend kürzere (verwaltungs)strafrechtliche – hinzutreten würde: So würde z.B. bei einem seit viereinhalb Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübten Verhalten zwar die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG noch laufen, die Verfolgungsverjährung wäre aber bereits eingetreten.

<sup>798</sup> Siehe act. [...].

<sup>799</sup> Dazu etwa RPW 2006/1, 171 Rz 206, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>800</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042. Nicht nachvollziehbar daher die Aussage von MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a–53 KG N 170, wonach es „gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers“ wäre, bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von einer Verfolgungsverjährungsbestimmung auszugehen. Diese Bestimmung wurde erst mit der Revision von 2002 eingeführt, wobei sich die Botschaft mit keinem Wort zu ihrer Natur äussert (so an sich treffend auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 KG N 164). Die Ausführungen bezüglich Verzicht auf Verjährungsregeln in der Botschaft zur Revision von 1995 können sich schon nur aus zeitlicher Sicht nicht auf den erst mehrere Jahre später geschaffenen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ergo ist eine diesbezügliche „erklärte Absicht des Gesetzgebers“ nicht auszumachen.

<sup>801</sup> PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz 12.46.

<sup>802</sup> PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553–568, 564; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 241; BORER (Fn 584), Art. 53 KG N 4.

<sup>803</sup> Hierauf hinweisend etwa DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 240. Fraglich erscheint allerdings, ob bei derart lange nicht mehr ausgeübten, nicht direkt sanktionierbaren Verhaltensweisen überhaupt noch ein aktuelles und praktisches öffentliches Interesse an einer Untersuchungseröffnung besteht, jedenfalls wenn bereits vor Untersuchungseröffnung evident ist, dass diese Verhaltensweise seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt wird, und solange keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Parteien diese Verhaltensweise künftig wieder aufzunehmen gedenken (Iub/grs/lum).

<sup>804</sup> Eine Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des VStrR sowie des StGB verneinend bereits RPW 2010/1, 172 Rz 353, *Preispolitik Swisscom ADSL*, mit der Begründung, das Verfahren richte sich nach dem VwVG und die Regeln des VStrR und des StGB kämen nur ergänzend und analog zur Anwendung.

Eine Sanktionierung wäre diesfalls wegen Zeitablaufs nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gerade von einer Sanktionierbarkeit ausgehen und eine solche (e contrario) statuieren würde. Hinzu kommt, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewahrt werden, was für Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend erscheint. Aufgrund ihrer Komplexität, der regelmässigen Involviertheit mehrerer Parteien sowie des zweiteiligen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden haben solche Verfahren erfahrungsgemäss eine Dauer von mehreren Jahren. Hinzu kommt, dass damit falsche Anreize gesetzt würden, denn die Parteien haben zahlreiche Möglichkeiten, ein Kartellverwaltungsverfahren zu verzögern. Die Nutzung dieser wäre für sie ein leichtes und vor allem auch profitables Vorgehen, wenn es denn mit dem Eintritt einer Verjährung belohnt würde. Es ist daher Übereinstimmung mit mehreren Stimmen aus der Lehre<sup>805</sup> festzustellen, dass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG nebst der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. M.a.W. kann während einer laufenden Untersuchung keine Verjährung eintreten.<sup>806</sup> Die Wettbewerbsbehörden haben jedoch das Beschleunigungsgebot zu beachten und eine allfällige übermässig lange Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung reduzierend zu berücksichtigen.<sup>807</sup> Bloss der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass selbst NIGGLI/RIEDO, welche sich – soweit ersichtlich als einzige Autoren – für eine grundsätzliche Anwendbarkeit der (verwaltungs)strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsnormen aussprechen, dies primär mit Bezug auf Art. 50–52 KG tun; hinsichtlich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG lassen sie aber die Frage letztlich offen.<sup>808</sup>

1013. Unbestritten ist nun, dass – ausser bei Fall [...] – bei allen hiervor im Einzelnen betrachteten Einzelsubmissionsabsprachen die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehene Frist eingehalten ist. Bei Fall [...] verhält es sich so, dass – ausgehend von der in casu vorgenommenen Marktabgrenzung, wonach im Ergebnis bei Einzelsubmissionsabsprachen jede einzelne Submission einen eigenen Markt darstellt – das auf diese Submission bezogene kartellrechtswidrige Verhalten, namentlich das Treffen der Abrede bei dieser Ausschreibung sowie deren Umsetzung, fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübt worden ist. Zudem ist die aus diesem Verhalten resultierende Auswirkung<sup>810</sup> resp. deren Erfolg, nämlich die Erteilung des Zuschlags an den vorbestimmten Anbietenden, mehr als fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung eingetreten. Fall [...] wird infolgedessen übereinstimmend mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auch nicht sanktioniert. In allen übrigen Fällen ist eine Sanktionierung jedoch möglich und es steht ihr keine Verfolgungsverjährung im Wege.

### B.7.5 Ergebnis

1014. Die Sanktionsberechnung für die einzelnen Gesellschaften lässt sich nach dem Gesagten gestützt auf die vorangehenden Ausführungen wie folgt zusammenfassen, wobei vorausgeschickt sei, dass sich eine tabellarische Aufstellung bezüglich Birchmeier und Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung) erübrigt, da im ersten Fall ein vollständiger Erlass der Sank-

tion erfolgt und im zweiten Fall eine Pauschalsanktion von CHF 35'000.- festgesetzt wird:

<sup>805</sup> So DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797; Spitz (Fn 802), 564; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 198), Art. 49a KG N 239.

<sup>806</sup> DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, erachten dies als rechtsstaatlich heikle Situation. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Situation einerseits durch das Beschleunigungsgebot entschärft wird, andererseits aber selbst im Kernstrafrecht eine solche „Unverjährbarkeit“ besteht, wenn auch nur, so doch immerhin, ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens.

<sup>807</sup> Zu weitgehend DAVID/JACOBS (Fn 802), Rz 797, welche diesfalls als Grundsatz von einer gänzlichen Sanktionsbefreiung ausgehen. Eine solche kommt höchstens ausnahmsweise bei einer massiv übermässig langen Verfahrensdauer in Frage.

<sup>808</sup> BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 800), Vor Art. 49a–53 KG N 170: „Diese Regelung [Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG] kann nämlich – jedenfalls für die anderen Verwaltungssanktionen – nicht massgeblich sein, denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b lässt sich auch bei phantasievoller Auslegung schwerlich als eine Verjährungsbestimmung der Art. 50 ff. verstehen. Für die anderen Verwaltungssanktionen muss folglich jedenfalls die kernstrafrechtliche Regelung gelten“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Bloss am Rande sei erwähnt, dass die von NIGGLI/RIEDO vorgenommene Qualifikation der Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtliche Übertretungen (vgl. Vor Art. 49a–53 KG N. 171 und 65 f.) zu formalistisch ist und wertungsmässig nicht überzeugt. Zutreffend ist zwar, dass einzig eine Geldstrafe (Busse) angedroht ist, was aus formaler Sicht für eine Übertretung sprechen würde (vgl. Art. 103 StGB). Doch liegt es in der Natur der Sache – nämlich dem Unternehmensstrafrecht – dass eine Freiheitsstrafe (die für Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt wird, vgl. Art. 10 StGB) gar nicht erst angedroht werden kann, ist der Täter doch eine juristische Person. Gerade das Merkmal Freiheitsstrafe kann daher nicht entscheidend sein, was NIGGLI/RIEDO übergehen. Ein Vergleich mit Art. 106 Abs. 1 StGB zeigt, dass der in Art. 49a KG vorgesehene Straf- bzw. Bussenrahmen den für Übertretungen üblicherweise vorgesehenen Rahmen um ein Vielfaches sprengt. Wertungsmässig handelt es sich daher bei Art. 49a KG, wenn schon eine strafrechtliche Qualifikation vorgenommen werden soll, zumindest um Vergehen, wenn nicht gar um Verbrechen, was im Übrigen auch zu anderen strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen führen würde als von NIGGLI/RIEDO propagiert (Art. 97 StGB anstatt Art. 109 StGB).

<sup>809</sup> Siehe dazu Rz B.6.3.5.25801 ff.

<sup>810</sup> Dass für die Bestimmung des Anfangszeitpunkts des Zeitlaufs bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht der Zeitpunkt, ab welchem die Handlung nicht mehr ausgeübt wurde, sondern vielmehr der Zeitpunkt, ab welchem diese keine Auswirkungen mehr zeitigt, massgeblich ist, spricht der französische („a cessé de déployer ces effets“) und der italienische („ha cessato di esplicare i suoi effetti“) Gesetzestext von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Walo</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[1–2]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[100–200]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>124'531</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>124'531</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Walo.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Hüppi</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
Basisbetrag für eigene abredgemäß erfolgte Schutznahme, die aufgrund des Verfahrensabbruchs durch den Bauherrn ohne Zuschlag blieb	
Herangezogener Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 100 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>77'360</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>77'360</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Hüppi.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Keller-Frei</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 100 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>76'734</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>76'734</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Keller-Frei.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Toller</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>54'023</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>54'023</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Toller.



<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Tibau</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>53'364</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>53'364</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Tibau.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Brunner</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>29'154</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>29'154</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Brunner.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Hagedorn</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>14'345</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>14'345</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Hagedorn.

<b>Sanktionsbemessung in CHF</b>	<b>Müller</b>
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1–100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>12'197</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>12'197</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Müller.

Sanktionsbemessung in CHF	Flexbelag
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0-1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1-100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1-100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1-100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1-100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>6'695</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>6'695</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Flexbelag.

Sanktionsbemessung in CHF	Kern
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0-1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1-100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1-100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1-100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) [in Tsd. CHF]: 50 %	[1-100]
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>6'468</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>6'468</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Kern.

Sanktionsbemessung in CHF	Egli
Basisbetrag betr. eigene erfolgreiche Schutznahmen	
Umsatz ohne MWST auf den relevanten Märkten [in Mio. CHF]	[0–1]
Obergrenze des Basisbetrags [in Tsd. CHF]: 10 %	[1–100]
Basisbetrag im konkreten Fall [in Tsd. CHF]: 7 %	[1–100]
<b>Total Basisbetrag [in Tsd. CHF]</b>	<b>[1–100]</b>
Zuschlag für die Dauer: Nicht anwendbar	0
Erhöhung aufgrund erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG): -	0
Verminderung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG): -	0
<b>Zwischenergebnis</b>	<b>3'337</b>
Reduktion der Sanktion zufolge Selbstanzeige:	-
<b>Total</b>	<b>3'337</b>

Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Egli.

## B.8 Weitere Anordnungen

### B.8.1 Unterlassungsanordnungen

#### B.8.1.1 Gemäss Antrag des Sekretariats

1015. Die vorliegende Untersuchung hat von Baugesellschaften vorgenommene Handlungen zu Tage gefördert, die gegen das Kartellgesetz verstossen und gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren sind.<sup>811</sup> Die künftige Vornahme solch kartellrechtsverletzender Handlungen ist den Baugesellschaften, welche entsprechend dem Ergebnis vorliegender Untersuchung in der Vergangenheit solche vorgenommen haben, zu untersagen; dies zumal eine Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr besteht. Eine solche Gefahr ist immer dann gegeben, wenn das Verhalten der Parteien künftige Rechtsverletzungen ernsthaft befürchten lässt. Ein Indiz hierfür sind in der Vergangenheit vorgenommene analoge Handlungen, obwohl bei deren Vornahme um ihre Unzulässigkeit gewusst wurde,<sup>812</sup> was vorliegend – wie gesehen<sup>813</sup> – der Fall war. Sodann kann regelmässig vom Bestehen einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, wenn die Parteien die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bestreiten.<sup>814</sup> Mit Ausnahme der Selbstanzeigerin<sup>815</sup> ist dies vorliegend bei allen zu sanktionierenden Baugesellschaften der Fall. Hinzu kommt, dass in der Tiefbaubranche das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden bis zum Inkrafttreten der direkten Sanktionen im KG an der Tagesordnung war,<sup>816</sup> was die Einsicht in die Notwendigkeit kartellrechtskonformen Verhaltens verringert und entsprechend die Wiederholungsgefahr weiter erhöht. Das Untersagen von entsprechenden künftigen Verhaltensweisen ist daher ebenso geboten wie auch verhältnismässig.

1016. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.<sup>817</sup>

1017. Um zu bestimmen, welche Unterlassungsanordnungen auszusprechen sind, ist zunächst eine Orientierung anhand der bisherigen Praxis in Submissionsmärkten angebracht, namentlich am Entscheid i.S. „Elektroinstallationsbetriebe Bern“. Dies gilt auch wenn diese Anordnungen dort im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung getroffen wurden.<sup>818</sup> Die Parteien verpflichteten sich dort 1) das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten zu unterlassen, 2) den Austausch mit Konkurrenten vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden mit Ausnahme des Austauschs unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer zu unterlassen sowie 3) geplante ARGE gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen.

<sup>811</sup> Zur Vornahme kartellrechtswidriger Handlungen Rz 166 ff. sowie zur Sanktionierung Rz 906 ff.

<sup>812</sup> Im Ergebnis in dem Sinn, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Patentverletzungsstreitigkeit und daher nicht auf ein Wissen um die Unzulässigkeit der Handlung, sondern auf eine Zweck- oder Wirkungslosigkeit einer Verwarnung abstellend, Urteil des BGer 4A\_109/2011 vom 21.7.2011, E. 6.2.1.

<sup>813</sup> Siehe dazu Rz 918 ff.

<sup>814</sup> So statt anderer, allerdings betreffend ein Unterlassungsbegehren in einer privatrechtlichen Markenverletzungsstreitigkeit, BGE 128 III 96, 100 E. 2.e.

<sup>815</sup> Die Teilnahme an einer einzelnen Abrede (Fall [...]) wird auch von [...] zugestanden (siehe Rz 335). Allerdings erweist sich diese Abrede aufgrund der besonders gelagerten Umstände als den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigend (Rz 897) und damit – obwohl ein solches Verhalten aus wettbewerbspolitischer Perspektive offenkundig unerwünscht und als gesellschaftlich verpönt zu qualifizieren ist – als kartellrechtlich zulässig. Darauf braucht nachfolgend entsprechend nicht eingegangen zu werden.

<sup>816</sup> Dahingehend auch etwa DANIEL EMCH, Entwicklungen im Kartellrecht, Kurz & Bündig, 2 in fine, 1/2012, <http://www.kellerhals.ch/upload/cms/user/k\_b\_1\_2012.pdf> (11.06.2013).

<sup>817</sup> Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 327), Art. 30 KG N 107 f. m.w.H.

<sup>818</sup> Zum Ganzen RPW 2009/3, 202 Rz 34 und 222 Dispositivziffer 2, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

1018. Auch vorliegend ist den zu sanktionierenden Baugesellschaften das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Schutz (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 6) sowie – damit einhergehend – das Nachfragen nach bzw. das Anbieten von Stützofferten (zur Begriffsbedeutung siehe Rz 7) zu untersagen. Diese Handlungen machen einen wesentlichen Teil der Submissionsabreden aus, die wie zuvor gesehen regelmässig – vorbehaltlich ganz besonders gelagerter Umstände – kartellrechtswidrig sind. Ein schutzwürdiges Interesse der Baugesellschaften, gleichwohl Schutz oder Stützofferten nachzufragen oder anzubieten, ist nicht erkennbar; vielmehr wird mit solchen Handlungen ein unzulässiger, namentlich gegen das Kartellgesetz verstossender Zweck verfolgt. Nichts zu ändern vermag hieran, dass es Ausnahmefälle geben mag, in welchen die Abrede letztlich nicht als den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren ist. Denn angestrebt wird eine solch unerhebliche Beeinträchtigungswirkung von den Abredeparteien nie, sie ist vielmehr in diesen Fällen auf das Verhalten Dritter zurückzuführen.

1019. Grundsätzlich gleich verhält es sich mit dem Austausch mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden. Allerdings sind insofern zwei Einschränkungen angebracht. Zunächst eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht: Nur wenn der Austausch solcher Informationen vor der Auftragsvergabe resp. – sofern eine solche besteht, wie dies insbesondere bei Einladungs- und offenen sowie selektiven Verfahren gemäss Vergaberecht der Fall ist – vor Ablauf der Eingabefrist erfolgt, erweist er sich als unzulässig. Ein Informationsfluss zu einem späteren Zeitpunkt vermag das Submissionsergebnis nicht mehr zu beeinflussen. Eine weitere Einschränkung hat dahingehend zu erfolgen, dass solche Informationsflüsse zulässig sein müssen, soweit sie zur Bildung und Durchführung von ARGE oder der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer unabdingbar sind.

1020. Die Offenlegung von geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn dient dazu, dem Bauherrn Transparenz darüber zu verschaffen, welche der eingegebenen Offerten von „unabhängigen“ Baugesellschaften stammen und welche von Baugesellschaften eingereicht wurden, die gleichzeitig der ebenfalls offerierenden ARGE angehören. Ohne eine solche Offenlegungspflicht entsteht für den Bauherrn ein verzerrtes Bild der Wettbewerbssituation und das Funktionieren des vergaberechtlich vorgesehenen Systems der first-price sealed bid auctions unterlaufen. Sodann steht diese Handlungsweise in unmittelbarem Zusammenhang mit dem gleichzeitigen Treffen von Submissionsabreden. Im Übrigen sind auch diesbezüglich keinerlei schutzwürdige Interessen der Baugesellschaften ersichtlich, die für eine Geheimhaltung einer geplanten ARGE gegenüber dem Bauherrn sprechen würden. Zu ergänzen ist diese Offenlegungspflicht aus denselben Überlegungen und Gründen auf geplante Beizüge von Subunternehmern, sofern der von Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht.

1021. Das Sekretariat beantragte gestützt auf die vorangehenden Ausführungen die Aufnahme folgender Unterlassungsanordnungen im Dispositiv der Verfügung:

- 1) Aktiengesellschaft Cellere, Richard Schiess AG, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG
  - 1.1) wird untersagt, in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten.
  - 1.2) wird untersagt, sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Auftragserteilung oder – sofern vorhanden – Ablauf der Eingabefrist über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
    - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie
    - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
  - 1.3) werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offertstellung die Namen der Gesellschaften, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch für geplante Arbeitsgemeinschaften, bei welchen einer Gesellschaft die Führungsrolle zukommt und diese alleine als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem (potentiellen) Auftraggeber auftritt.

Diese Offenlegungspflicht gilt ebenso für geplante Beizüge eines oder mehrerer Subunternehmer, sofern der von dem oder den Subunternehmern auszuführende Anteil an den zu vergebenden Arbeiten betragsmässig 50 % oder mehr des Auftragsvolumens ausmacht.

#### B.8.1.2 Stellungnahme der Parteien

1022. Birchmeier, Walo und Hüppi äusserten sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag kritisch zu diesen Unterlassungsanordnungen.<sup>819</sup> Dies zum einen in grundsätzlicher Hinsicht, zum anderen bezogen auf die einzelnen Ziffern. Der besseren Lesbarkeit halber werden die vorgebrachten Argumente nachfolgend in dieser Reihenfolge dargestellt und nicht anhand der Partei, welche sie vorbrachte, zumal die Argumente teilweise deckungsgleich sind.

<sup>819</sup> Vgl. act. [...].

1023. In grundsätzlicher Hinsicht wird vorgebracht:

- Die vorgeschlagenen Anordnungen würden sich am Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ orientieren. Dies sei schon nur deshalb unzulässig, weil hier keine einvernehmliche Regelung getroffen worden sei. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung stehe es den Wettbewerbsbehörden und den Parteien frei, Verhaltensregeln zu vereinbaren, deren Anwendungsbereich weiter als Art. 5 KG sei. Im Rahmen einer Verfügung sei dies indessen untersagt.
- Stossend sei, dass nur die Verfügungsadressaten den Sanktionen von Art. 50 KG unterstehen würden, während die übrigen Unternehmen keine solchen befürchten müssten. Dies sei insbesondere deshalb stossend, weil bei Art. 50 KG unerheblich sei, ob tatsächlich ein unzulässiges Verhalten nach Art. 5 KG vorliege. Bei „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ habe sich dieses Problem nicht gestellt, weil dort alle Marktbeteiligten von der Verfügung erfasst gewesen seien.
- Es fehle eine räumliche wie auch eine zeitliche Beschränkung der Unterlassungsanordnungen, was unzulässig sei. Die fehlende räumliche Beschränkung sei schon nur deshalb unzulässig, weil die Untersuchung einzig das Gebiet des Kantons Zürich betreffe. Sodann würde damit auch in den Geltungsbereich der Verfügung der WEKO im parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ eingegriffen, welche jedoch das Gebiet des Kantons Aargau betreffend eine res iudicata sei. Schliesslich könne auch kein Verhalten ausserhalb der Schweiz vorgeschrieben werden.
- Die Unterlassungsanordnungen seien unverhältnismässig. Einziges Ziel sei es, der WEKO in Zukunft zu ermöglichen, direkt gestützt auf Art. 50 KG Sanktionen auszusprechen, d.h. ohne Nachweis einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs wie bei Sanktionen nach Art. 49a KG. Im Übrigen scheine damit nichts angeordnet werden zu wollen, was sich nicht schon aus Art. 5 Abs. 3 KG ergebe. Gerade weil die Unterlassungsanordnungen zu weit gefasst und erst noch unklar formuliert seien, fehle es aber an der Eignung dazu. Eine Notwendigkeit bestehe ebenfalls nicht, da ja direkte Sanktionsmöglichkeiten gestützt auf Art. 5 Abs. 3 i.V.m. 49a Abs. 1 KG bestünden. Viele Bauherrschaften würden regelmässig eine Offenlegung von ARGE verlangen und zum Teil auch von Subunternehmerverhältnissen. Eine Erforderlichkeit bestehe aufgrund der beschaffungsrechtlichen Regeln nicht. Eine bessere Prävention gegenüber den ohnehin schon geltenden gesetzlichen Regelungen bringe die Unterlassungsanordnung nicht und auch klärend seien sie nicht. Sodann fehle es an der Verhältnismässigkeit i.e.S., da auch Verhaltensweisen verboten würden, die nach Art. 5 KG zulässig seien. Öffentliche Interessen, die die Unterlassungsanordnungen über die geltenden gesetzlichen Regeln hinaus schützen würden, bestünden nicht.
- Eine Wiederholungsgefahr sei bei im Kartellverwaltungsverfahren beurteilten Kartellrechtsverstössen irrelevant. Bei den vom Sekretariat diesbezüglich angerufenen BGer-Urteilen handle es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten. Für solche sehe auch Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG ein Unterlassungsbegehren präventiver Art vor. Dort gehe es primär darum, dass in naher Zukunft ein rechtswidriger Eingriff in die Sphäre des Klägers geplant sei. Eine gesetzliche Grundlage für Anordnungen der WEKO für zukünftig mögliche, allerdings derzeit bloss theoretische Verhaltensweisen finde sich im KG nicht. Die WEKO könne bestehende Wettbewerbsbeschränkungen verfolgen, nicht aber zukünftig mögliche präventiv verbieten. Art. 30 KG verlange, dass die Unzulässigkeit einer Verhaltensweise festgestellt worden sei.
- Es bestehe keine (ernstlich zu befürchtende) Wiederholungsgefahr. Es bedürfe konkreter Hinweise, wonach eine widerrechtliche Handlung ernstlich zu befürchten sei, was jedoch nicht dargetan werde. Selbst die Selbstanzeigerin führe aus, es sei nach den Hausdurchsuchungen zu keinerlei Abreden im Kanton Zürich mehr gekommen. Die vom Sekretariat zur Begründung der Wiederholungsgefahr angerufenen BGer-Urteile seien nicht einschlägig: Dort sei es um fortdauerndes Verhalten gegangen, während hier die letzten angeblichen Verletzungen mehrere Jahre zurücklägen. Dass eine künftige Begehung von Parteien angekündigt worden sei, werde aber zu Recht nicht behauptet. Es werde nicht die Ansicht vertreten, Submissionsabreden seien zulässig. Sodann würden die erwähnten Urteile aus dem Bereich des Immaterialgüterrechts stammen, wo die Rechts- und Interessenlage eine andere sei. Dort bestünden, anders als im Kartellrecht, keine direkten Sanktionen. Eine Unterlassungsklage sei dort häufig die einzige Form effektiven Rechtsschutzes, anders als im Kartellrecht. Im Übrigen genüge auch dort zur Begründung einer Wiederholungsgefahr nicht, dass das Verhalten in der Vergangenheit einmal an den Tag gelegt worden sei, sondern zudem müsse eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt haben oder zwecklos sein. Dass eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hätte oder zwecklos wäre, werde aber vom Sekretariat nicht dargetan. Dass das Treffen von wettbewerbswidrigen Abreden in der Tiefbaubranche vor Einführung der direkten Sanktionen im Kartellrecht an der Tagesordnung gewesen sei, werde durch nichts bewiesen. Und wenn es zutreffend sein sollte, würde es die These der jetzt noch bestehenden Wiederholungsgefahr gerade widerlegen, da ja davon ausgegangen werde, dass ab Einführung der direkten Sanktionen die Verstösse eingestellt worden seien.
- Spezifisch bezüglich sich begründen Birchmeier, Hüppi und [...] die fehlende Begehungs- resp. Wiederholungsgefahr ebenfalls:
- [...] führt aus, sie sei nie an Abreden beteiligt gewesen. Sodann habe sie seit Verfahrenseröffnung eine noch stärkere Kontrolle zur Vermeidung von

Absprachen eingeführt. Sie habe von Beginn weg intern ein striktes Verbot von Abreden durchgesetzt und führe diese Politik konsequent weiter. Es bestünden keinerlei Anzeichen für künftige kartellrechtswidrige Verhaltensweisen und solche würden im Antrag auch nicht konkret behauptet.

- [...] führt aus, sie habe grosse Anstrengungen unternommen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicher zu stellen. So habe sie 2008 Compliance-Kurse mit dem gesamten Management durchgeführt, diese 2012 wiederholt und werde sie künftig jährlich wiederholen. Dabei werde unter anderem darauf hingewiesen, dass Kartellrechtsverletzungen disziplinarische Folgen hätten. Im Sinne einer vorsichtigen Compliance-Politik sehe [...] sogar von Meldungen beim SBV ab, obwohl die von den Wettbewerbsbehörden gegen diese Meldestellen geltend gemachten Argumente rechtlich nicht zutreffend seien.
- [...] führt aus, sie sei Selbstanzeigerin. Indizien dafür, dass sie trotz Selbstanzeige in frühere Muster zurückgefallen sein könnte, bestünden keine.
- In der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ seien keine Unterlassungsanordnungen getroffen worden. Die abweichende Handhabung werde mit keinem Wort begründet und sei daher willkürlich.
- Sodann seien bei sanktionierten Verhaltensweisen noch nie Unterlassungsanordnungen ausgesprochen worden, zumindest dann nicht, wenn die betroffenen Unternehmen ihre Verhaltensweise eingestellt hätten. Fälle, in welchen einvernehmliche Regelungen getroffen worden seien, würden keine über die einvernehmliche Regelung hinausgehende Unterlassungsanordnungen enthalten. Vorliegend hätten die Parteien jegliche Abredetätigkeit eingestellt.

1024. Bezüglich Ziffer 1.1) wird angeführt:

- Wie das Sekretariat selber einräume, stelle das Anfragen oder Anbieten von Stützofferten alleine noch keinen Verstoß gegen Art. 5 KG dar. Nur wenn die andere Partei dieser Anfrage nachkomme, liege eine Abrede vor. Es handle sich demnach um eine einseitige Massnahme, welche nicht unter Art. 4 Abs. 1 resp. Art. 5 KG falle. Es würden demnach Verhaltensweisen untersagt, welche kartellrechtlich zulässig seien.
- Wie das Sekretariat ebenfalls selber einräume, würden nicht alle Submissionsabreden erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen. Hinzu komme, dass der heute von der WEKO vertretene Erheblichkeitsbegriff erst kürzlich verschärft worden sei, wobei noch ungewiss sei, ob die Rechtsmittelinstanzen dem folgen würden.
- Eine andere Partei ist demgegenüber die Ansicht, Ziffer 1.1) sei zulässig, da sie sich auf festgestellte unzulässige Verhaltensweisen beziehe. Diese Anordnung sei von Art. 30 KG gedeckt, sie sei genügend klar und sie sei auch verhältnismässig.

Dem widerspricht wiederum die erstgenannte Partei.<sup>820</sup>

1025. Bezüglich Ziffer 1.2) wird angeführt:

- Die Unterlassungsanordnung sei zu breit gefasst und erfasse auch solche Tatbestände, welche kartellrechtlich zulässig seien. Ein Informationsaustausch für sich alleine sei noch nicht unzulässig. Wenn beispielsweise Unternehmen A Unternehmen B um Schutz anfrage, B einen solchen aber ablehne (womöglich die Information aber benutze, um billiger als A anzubieten), so sei dies kartellrechtlich zulässig. Gleichwohl könnte dies möglicherweise hinsichtlich B als „Informationsaustausch“ im Sinne dieser Dispositivziffer ausgelegt werden. Dasselbe gelte etwa, wenn zwei Unternehmen Preisinformationen preisgäben im Hinblick auf eine ARGE-Bildung oder Subunternehmervertrag, diese Verhandlungen aber scheitern würden und jedes Unternehmen selber eingebe. Oder A stelle B als potentiellem Auftraggeber auf dessen Anfrage hin eine Subunternehmerofferte aus. Ziff. 1.2) b) der vorgeschlagenen Anordnung sage nämlich nicht ausdrücklich, ob das Schliessen eines Subunternehmervertrags als solchem zulässig sei oder nur die Erfüllung eines Subunternehmervertrags im Rahmen der Erfüllung eines erfolgten Zuschlags. Gleiche Ausgangslage wie zuvor, aber A teile B zudem mit, dass sie ihr die Subunternehmerofferte mit dem niedrigsten Preis ausgestellt habe (oder B verlange von A eine Meistbegünstigungsklausel). Aufgrund des Wortes „unabdingbar“ sei unklar, ob dies von Ziff. 1.2) erfasst würde.
- Die Anordnung sei in mehreren Punkten unklar und nicht umsetzbar. Was sei z.B. unter „Preiselemente“ zu verstehen und ab wann sei ein „Zusammenhang mit der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften“ gegeben. Was ist unter „Austausch“ zu verstehen, was unter „unabdingbaren Informationen“. In der Praxis entscheide sich oft erst nach Zuschlagserteilung, ob, in welchem Umfang und zu welchem Preis Subunternehmer beigezogen würden, weshalb diese Ziffer praktisch gar nicht umsetzbar sei.
- Die Unklarheit der Anordnung würde bei jeder Bildung einer ARGE oder der Aushandlung von Subunternehmeraufträgen eine umfassende rechtliche Beratung notwendig machen. Dies sei unzumutbar, da dadurch keinerlei Mehrwert im Hinblick auf die Compliance mit Art. 5 KG geschaffen werde, sondern bloss Rechtsunsicherheit durch eine rechtswidrige Unterlassungsanordnung, die unklar formuliert sei, entstehe.
- Eine praktikable, genügend konkrete Lösung, welche gleichzeitig der Vielfältigkeit der möglichen Geschäftsfälle Rechnung trage, lasse sich nicht finden.

<sup>820</sup> Vgl. act. [...].

1026. Bezüglich Ziffer 1.3) wird angeführt:

- Wie das Sekretariat selber einräume, seien die hier erfassten Konstellationen keine nach Art. 5 KG unzulässigen Abreden. Damit würde mit Ziffer 1.3) des Dispositiv kartellrechtlich erlaubtes Verhalten untersagt.
- Sodann sei im Zeitpunkt der Offertstellung regelmässig unklar, welche Subunternehmer für welche Leistungen und für welchen Preis beigezogen würden. Oft komme es vor, dass erst nach Offertstellung mit Subunternehmern Kontakt aufgenommen werde. Anders vorzugehen, namentlich die Verhandlungen bereits zu einem früheren Punkt – noch bevor man überhaupt weiss, ob man den Zuschlag erhält – durchzuführen, sei in Anbetracht des Anteils nicht erfolgreicher Offerten schlicht nicht möglich und würde bloss unnötigen Aufwand verursachen. Entsprechend könne erst nach Zuschlagserteilung überhaupt festgestellt werden, welchen Anteil die Subunternehmerarbeiten am gesamten Auftrag ausmachen würden. Einer Verpflichtung zur Offenlegung könne daher schon nur aus praktischen Gründen oftmals nicht nachgekommen werden.
- Der zielgerichtete Beizug von Subunternehmern für spezifische Arbeiten stelle für sich kein wettbewerbsrechtliches Problem dar. Subunternehmerverträge seien nicht (erst recht nicht per se) wettbewerbsbeschränkend, sondern seien effizienzsteigernd. Zur Erstellung von Transparenz bezüglich dem Beizug von Subunternehmern würden obligationenrechtliche Instrumente sowie die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens dienen (etwa § 7 SubV ZH), nicht aber das Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsrechtliche Implikationen habe der Beizug von Subunternehmern erst dann, wo dieser Beizug mit weiteren Abreden verknüpft werde, wie etwa bezüglich Stützofferten, was aber bereits mit Ziffer 1.1) erfasst werde.

1027. Anlässlich der Anhörung durch die WEKO führt [...] aus, in der Submissionsphase würde sie die Preise bei Subunternehmern anfragen und dann eine Offerte abgeben. Vielleicht komme es dann zum Zuschlag. Die Subunternehmer würden sie aber erst nach Zuschlagserteilung definieren. In der Offertphase wisse man nicht, ob man den Zuschlag erhalten werde, weshalb keine Subunternehmerverhandlungen geführt würden. Die Formulierungen von Ziffer 1.2) und 1.3) seien zu unscharf. Zudem würden diese Unterlassungsanordnungen nur für die Verfügungsadressaten gelten, nicht aber für andere Bauunternehmen. Bezüglich Ziffer 1.3) sei es nicht möglich, die Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt offen zu legen, da sie dann noch gar nicht bestimmt seien. Wenn sie diesen bereits in diesem Zeitpunkt bestimmen müssten, würden sie ihre Verhandlungsposition verlieren und könnten nicht mehr über den Preis verhandeln. Sie würden also benachteiligt, indem dem Subunternehmer eine Exklusivität geschaffen würde.<sup>821</sup>

### B.8.1.3 Anordnungen der WEKO

1028. In grundsätzlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass Art. 30 KG die Grundlage für die Anordnung von Massnahmen darstellt. Deren Inhalt wird dort nicht näher bestimmt, sondern es wird bloss festgehalten, die WEKO entscheide über „die zu treffenden Massnahmen“. Solche Massnahmen sind naturgemäss immer zukunftsgerichtet. Die WEKO ist der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen kann, wenn die anvisierten Verhaltensweisen genau im Verfügungszeitpunkt ausgeübt werden. Vielmehr muss es auch genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt wurden, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt haben und deren Wiederholung in Zukunft zu befürchten ist. Eine wesentliche Differenz zu zivilrechtlichen Streitigkeiten ist insofern nicht ersichtlich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb zwar ein privater Kläger eine zu befürchtende verletzende Verhaltensweise präventiv soll untersagen lassen können, dies zum Schutz des Instituts Wettbewerb durch die WEKO jedoch nicht angängig sein soll. Es ist daher festzuhalten, dass die WEKO auch präventiv Massnahmen anordnen kann, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt hat. Nicht angehen würde es jedoch, wenn die WEKO bloss theoretisch mögliche Verhaltensweisen, die sie nicht im Rahmen eines konkreten Verfahrens zu beurteilen hat, analysieren und präventiv untersagen würde.

1029. Vor diesem Hintergrund ist auch die für den Erlass solcher Massnahmen erforderliche Begehungs- oder Wiederholungsgefahr zu werten. Diese ergibt sich daraus, dass für den Erlass von Massnahmen ein (öffentliches) Interesse bestehen muss. Können künftige Begehungen resp. Wiederholungen ausgeschlossen werden, so fehlt es an diesem Interesse. Es trifft nun in der Tat zu, dass sich die Lehre hierzu nicht äussert und auch noch keine Praxis besteht. Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, sich in anderen Rechtsbereichen inspirieren zu lassen. Zutreffend ist allerdings, dass vor einer Übertragung auf das Kartellverwaltungsrecht zu prüfen ist, ob die dort gefundene Lösung auch hier sachgerecht ist. Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Situation im Immaterialgüterrecht nicht ganz so verschieden von derjenigen im Kartellrecht ist, wie [...] dies meint. Denn auch im Immaterialgüterrecht bestehen „direkte Sanktionen“, und zwar in Form von strafrechtlichen Bestimmungen.<sup>822</sup> Vor Augen geführt werden sollte mit diesen immaterialgüterrechtlichen Urteilen primär, dass wenn in der Vergangenheit bereits Verletzungen stattgefunden haben, dann auch ein starkes Indiz dafür besteht, dass dies in Zukunft wieder erfolgen wird. Wie bereits das Sekretariat ausgeführt hat, lässt sich das typisch immaterialgüterrechtliche Institut der Abmahnung nicht auf das Kartellverwaltungsverfahren übertragen, ist ein solches Abmahnverfahren den Wettbewerbsbehörden doch unbekannt. Eine Abmahnung hat zum Zweck, dem Empfänger bewusst zu machen, dass er sich aus

<sup>821</sup> Act. [...].

<sup>822</sup> Statt anderer Art. 61 ff. MSchG; Art. 81 ff. PatG.



Sicht des Absenders rechtswidrig verhält, wovon gerade aufgrund der Vielzahl bestehender Immaterialgüterrechte und deren zuweilen schwer zu bestimmendem Schutzzumfang ohne Abmahnung nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Bei harten horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG verhält es sich anders. Dies erst recht bei Submissionsabsprachen, über deren Unzulässigkeit in der Baubranche spätestens aufgrund der entsprechenden Aufklärungskampagnen des SBV Gewissheit besteht. Werden solche trotzdem getroffen, zeigt dies, dass sich die beteiligten Unternehmen darüber hinwegsetzen. Schlägt man die Brücke zum Immaterialgüterrecht, so stösst man auf eine vergleichbare Situation im Falle einer zwecklos erscheinenden Abmahnung. Hinzu kommt, dass vorliegend die Parteien in der Vergangenheit nicht bloss einmal, sondern mehrere Male gegen das Kartellrecht verstossen haben, was umso mehr für eine Wiederholungsgefahr spricht. Mit dem Hinweis darauf, dass vor Inkrafttreten der direkten Sanktionen im Kartellgesetz Submissionsabsprachen in der Tiefbaubranche weit verbreitet gewesen seien, sollte nicht die Wiederholungsgefahr als solche begründet werden. Diese ergibt sich vielmehr daraus, dass die Parteien auch nach Inkrafttreten der direkten Sanktionen noch gegen das Kartellrecht verstieszen, ihr Verhalten demnach noch nicht, jedenfalls nicht vollumfänglich der Rechtslage angepasst haben. Zudem soll damit gezeigt werden, dass alleine das Verbot von Submissionsabsprachen, welches bereits vor dem Inkrafttreten der direkten Sanktionen bestand, nicht genügend ernst genommen wurde. Die Vorstellung, dass es sich bei Submissionsabsprachen um ein Kavaliersdelikt handelt, scheint teilweise immer noch vorhanden zu sein, was eine künftige Wiederholung ebenfalls begünstigt.

1030. Dass künftige Wiederholungen bezüglich allen Gesellschaften, denen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz in casu nachgewiesen werden konnte, nicht ausgeschlossen werden können, ist nach den obigen Ausführungen zu bejahen. Die hiergegen vorgebrachten Argumente dreier Parteien führen nicht zu einem anderen Schluss. Welche zusätzlichen Massnahmen [...] seit Untersuchungseröffnung getroffen haben will, konkretisiert sie nicht näher; schon nur deshalb können dadurch künftige Wiederholungen nicht ausgeschlossen werden. Dass [...] ihre Compliance-Bemühungen seit Untersuchungseröffnung deutlich verstärkt zu haben scheint, ist aus Sicht der WEKO sehr begrüssenswert. Es bleibt zu hoffen, dass diese entsprechend fruchten. Gleichwohl lassen sich künftige Wiederholungen nicht ausschliessen. Gleiches gilt auch für [...]. Zwar ist die WEKO aufgrund des Verhaltens von [...] während der gesamten Untersuchung davon überzeugt, dass diese läuternd war und sie bemüht sein wird, künftig nicht wieder in ein solches Verfahren hineinzugeraten. Aufgrund der mehrfachen Kartellrechtsverletzungen in der Vergangenheit kann eine künftige Wiederholung aber trotzdem nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

1031. Eine Orientierung an den im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung vereinbarten Massnahmen, namentlich derjenigen im Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“, ist angezeigt. Denn entgegen der Ansicht von [...] verfügt die WEKO nicht über andere, weitergehende Kompetenzen beim Treffen von einvernehmlichen Rege-

lungen als beim Erlass von Verfügungen. So setzt Art. 29 Abs. 1 KG ebenfalls voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet wird – hieran sind die Wettbewerbsbehörden bei ihrem Handeln wie etwa dem Abschluss einvernehmlicher Regelungen gebunden. Beim Erlass von Verfügungen ist dies nicht anders. M.a.W. können im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen nicht weitergehende Massnahmen vereinbart werden als dass sie nicht auch einseitig im Rahmen einer Verfügung angeordnet werden können.

1032. Wenn angeführt wird, Unterlassungsanordnungen würden nur die Verfahrensparteien binden, nicht aber am Verfahren nicht beteiligte Konkurrenten, so ist dies zutreffend. Dies ergibt sich daraus, dass individuell-konkrete Verfügungen nur im Verhältnis zu den Parteien Rechte und Pflichten verbindlich zu regeln vermögen, nicht aber auch gegenüber Dritten. Folglich ist dies bei allen von der WEKO zu erlassenden Verfügungen immer so und dies war auch dem Gesetzgeber bekannt. Würde diese in persönlicher Hinsicht beschränkte Bindungswirkung von Verfügungen dem Erlass von Massnahmen entgegenstehen, hätte der Gesetzgeber also der WEKO gar nicht die Kompetenz zum Erlass von Massnahmen geben dürfen. Insofern ist auch keine wesentliche Differenz zum Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ zu erkennen. Denn die dort getroffenen Massnahmen binden ebenfalls nur die Verfahrensparteien. Dass es sich dabei um „alle Marktbeteiligten“ handelt, wie [...] ausführt, mag im Moment des Treffens der einvernehmlichen Regelung sogar der Fall gewesen sein. Doch ist dies eine Momentaufnahme und es kann jederzeit ein weiterer Akteur auf diesem Markt auftreten, welcher nicht an die entsprechende Verfügung gebunden ist.

1033. Was die Verhältnismässigkeit der Anordnungen angeht, ist zunächst festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Verhaltensweisen auch ohne Anordnungen unzulässig sind, ihnen die Eignung nicht nimmt. Denn wäre dies so, könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen werden. Was ihre Erforderlichkeit angeht, so wenden sich die Parteien mit ihren Vorbringen primär gegen Ziffer 1.3), namentlich dass die beschaffungsrechtlichen Erlasse eine Anordnung entbehrlich machen würden. Darauf ist bei der spezifischen Behandlung von Ziffer 1.3) zurückzukommen. Was die Verhältnismässigkeit i.e.S. anbelangt, so ist diese aus Sicht der WEKO gegeben.

1034. Von einer räumlichen und zeitlichen Begrenzung ist aus Sicht der WEKO abzusehen. Eine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht ist entbehrlich, da bei gleichbleibender Rechtslage auch die Massnahme weiterhin angebracht ist und bei geänderter Rechtslage ohne Weiteres ein Rückkommensantrag gestellt werden kann. Zudem würde dies den falschen Eindruck erwecken, nach Ablauf der angegebenen Zeitdauer seien diese Verhaltensweisen zulässig. Gleiches spricht gegen eine Begrenzung in örtlicher Sicht. Selbstredend ist allerdings, dass diese Anordnung – auch ohne ausdrückliche Festhaltung im Dispositiv – nur für Verhalten in der Schweiz resp. sich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG in die Schweiz auswirkendes Verhalten gilt. Dass es sich beim parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ um eine res iudicata handelt, soweit das Gebiet des Kantons Aargau

betreffend, trifft aus Sicht der WEKO nicht zu. Denn dort wurde über zu treffende Massnahmen, wie die Parteien dies denn auch ausführen, gerade nicht entschieden.

1035. Was den Aspekt der Gleichbehandlung mit anderen Sanktionsfällen sowie mit dem parallelen Verfahren „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ betrifft, so liegt aus Sicht der WEKO keine rechtserhebliche Ungleichbehandlung vor. Auch bei anderen Sanktionsfällen wurden in der Vergangenheit bereits Massnahmen angeordnet, wenn die WEKO dies als angebracht erachtete. Insbesondere wurde dies auch im einschlägigen Präzedenzfall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ so gehandhabt. Dass dies im parallelen Fall „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ unterblieben ist, ist zu bedauern, gibt den Parteien des vorliegenden Verfahrens aber – anders als bei der Sanktionsberechnung – nicht den Anspruch, ebenso behandelt zu werden.

1036. Spezifisch zu Ziffer 1.1) ist die WEKO der Ansicht, dass diese Verhaltensweisen – wie die Untersuchung gezeigt hat – einzig dem Zweck dienen, gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Die Abreden, die dadurch abgeschlossen werden sollen, sind nahezu immer kartellrechtswidrig. Ein legitimes Interesse der Parteien, solche Abreden treffen zu wollen, besteht nie. Aus Sicht der WEKO ist es von Art. 30 KG gedeckt, wenn sie solche eindeutigen Vorbereitungshandlungen zu kartellrechtswidrigen Abreden, namentlich das Angebot zu deren Abschluss, untersagt. Die Vorbringen von [...] gegen diese Ziffer mögen aus theoretischer und akademischer Sicht ihre Berechtigung haben. Dem ist sich die WEKO durchaus bewusst, doch gilt es eine Lösung für die Praxis zu finden.

1037. Spezifisch zu Ziffer 1.2) ist die WEKO der Ansicht, dass es sich vergleichbar wie mit Ziffer 1.1) verhält, weshalb sie auf ihre obigen Ausführungen verweist. Was die angebliche Unklarheit der Anordnung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese aus Sicht der WEKO nicht in dem von den Parteien geltend gemachten Ausmass besteht. Auslegungsfragen bestehen – solange sich Menschen in Worten ausdrücken – immer und sie können nicht gänzlich vermieden werden. Aus Sicht der WEKO ist die Anordnung genügend klar. Inwiefern sie nicht umsetzbar sein soll, ist für die WEKO (anders als bezüglich Ziffer 1.3) nicht nachvollziehbar. Was die von den Parteien angeführten Beispiele kartellrechtlich zulässigen, aber durch Ziffer 1.2) angeblich erfassten Verhaltens anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Dass wenn die Mitwirkung bei der Auftragserfüllung als Subunternehmer zulässig ist (Bst. b), auch die entsprechenden Vorgespräche zulässig sind – und zwar auch schon vor Zuschlagserteilung, erscheint evident. Andernfalls wäre dieser Buchstabe nämlich sinnentleer, ist doch vor Ablauf der Eingabefrist resp. Auftragserteilung (wie dies im Hauptsatz von Ziffer 1.2) vorausgesetzt wird) die eigentliche Auftragserfüllung noch gar nicht denkbar, ergo sind damit die darauf ausgerichteten Besprechungen gemeint. Sodann ist zu beachten, dass ein „Austausch“ von Informationen vorausgesetzt wird, was eine gewisse Reziprozität voraussetzt. Beim von [...] angeführten Beispiel ist hingegen darauf hinzuweisen, dass gerade ein solches Verhalten kartellrechtlich kritisch ist, und zwar ungeachtet dieser Anordnung. Können nämlich zwei Unternehmen ohne Weiteres je eine eigenständige

Offerte einreichen, wie dies im Beispiel von [...] ausgeführt wird, so besteht für sie kein Grund, gleichwohl eine ARGE zu bilden, so einen Konkurrenten zu binden und den Wettbewerb dadurch einzuschränken. Anders als gewöhnliche ARGE, welche kartellrechtlich zulässig, ja sogar wünschenswert sind, da sie insbesondere KMU erlauben, überhaupt eine Offerte einzureichen, handelt es sich bei diesem Beispiel gerade um eine ARGE, die keinen prokompetitiven Zweck verfolgt. Die WEKO ist daher der Ansicht, dass auch die Massnahme gemäss Ziffer 1.2) sachgerecht und zulässig ist.

1038. Was Ziffer 1.3) anbelangt, so ist die WEKO der Ansicht, dass es vorliegend zu weit ginge, den Parteien ein Tun aufzuerlegen (anders die Ziffern 1.1) und 1.2), welche „bloss“ ein Unterlassen verlangen), zumal sie die von [...] geschilderten praktischen Umsetzungsschwierigkeiten sieht. Entsprechend verzichtet die WEKO auf die vorgeschlagene Massnahme gemäss Ziffer 1.3). Der guten Ordnung sei an dieser Stelle aber festgehalten, dass dies nicht dahingehend zu verstehen wäre, dass die WEKO es als zulässig erachten würden, wenn Baugesellschaften eine ARGE bilden, gegenüber dem Bauherrn dies aber nicht offen legen, sondern so tun würden, als würden sie jeweils voneinander unabhängige und eigenständige Offerten einreichen.

### **B.8.2 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten**

1039. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Baugesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt.<sup>823</sup> Nach Sichtung bzw. Auswertung wurden die betroffenen Parteien zu dem damaligen Zeitpunkt als fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente angehört.<sup>824</sup> Die meisten dieser Dokumente wurden in Kopie resp. bei elektronischen Daten als Ausdrucke in die amtlichen Akten, namentlich in den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“ aufgenommen. Die entsprechenden Original-Papierdokumente sind der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten elektronischen Daten sind zu löschen. Dies allerdings erst nach rechtskräftigem Abschluss vorliegender Untersuchung gegenüber allen Parteien, da erst zu diesem Zeitpunkt fest steht, dass nicht doch noch auf die Original-Papierdokumente bzw. gespiegelten Daten zurückgegriffen werden muss; entsprechend die Anordnung im Dispositiv.

1040. Bezüglich der übrigen noch beim Sekretariat vorhandenen Original-Papierdokumente, welche nicht in die amtlichen Akten (den Ordner „Hausdurchsuchungsakten“) aufgenommen wurden, kann nun nach Abschluss der Untersuchungshandlungen ausgeschlossen werden, dass sich diese doch noch als fall- und beweisrelevant erweisen, weshalb sie der jeweils berechtigten Partei

<sup>823</sup> Siehe Rz 22 ff.

<sup>824</sup> Siehe Rz 29 ff.

bereits zum jetzigen Zeitpunkt (und nicht erst nach rechtskräftigem Abschluss der Untersuchung) zurückgegeben werden könnten. Sofern sich die berechtigten Parteien nicht anders äussern, geht das Sekretariat davon aus, dass sie vorerst auf die Rückgabe dieser übrigen vorhandenen Original-Papierdokumente verzichten und hierfür abwarten, bis die Untersuchung gegenüber allen Parteien rechtskräftig abgeschlossen ist, damit die Rücknahme sämtlicher Original-Papierdokumente aus Praktikabilitätsgründen auf einmal vorgenommen werden kann.

### C Kosten

1041. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG<sup>825</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1042. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Einzig für den Fall, dass sich die Anhaltspunkte, die zur Untersuchungseröffnung führten, nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund einzustellen ist, entfällt eine Gebührenpflicht. Ausser bezüglich derjenigen Parteien, gegenüber welchen die vorliegende Untersuchung eingestellt wird (Kibag, Marti und Strabag), besteht demnach vorliegend eine Gebührenpflicht der Parteien, konnte diesen übrigen Gesellschaften doch, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG nachgewiesen werden. Die auf die drei Parteien Kibag, Marti und Strabag entfallenden Anteile an den Verfahrenskosten sind zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

1043. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle Kartellanten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitäts-erwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>826</sup> Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wievielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht.

1044. Keller-Frei und Flexbelag machen geltend, bei ihnen sei zwar zu Recht das Bestehen eines Konzernverhältnisses verneint worden. Gleichwohl sei bei der Kostenverlegung ihre gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zu berücksichtigen und eine Kostenreduktion von jeweils 50 % erscheine deshalb angemessen.<sup>827</sup>

1045. Dieses Vorbringen von Keller-Frei und Flexbelag überzeugt nicht. Wie festgestellt wurde, handelt es sich

bei diesen beiden Gesellschaften nicht um einen Konzern und damit um ein Unternehmen i.S.d. KG. Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung von Keller-Frei und Flexbelag selber. Sie sind denn auch im gesamten Verfahren als jeweils eigenständige Unternehmen aufgetreten und haben sich dementsprechend verhalten. So haben sie beide einen unterschiedlichen Rechtsvertreter gewählt, mit jeweils separaten Eingaben zur Sache Stellung genommen und ihre Verfahrensrechte individuell und losgelöst voneinander wahrgenommen. Im Gegensatz dazu haben alle Parteien, die konzernmässig verbunden sind und damit ein Unternehmen i.S.d. KG darstellen, sich jeweils durch denselben Rechtsvertreter vertreten lassen und gemeinsame Eingaben gemacht; oder anders gesagt sind sie wirklich als „ein Kopf“ im Verfahren aufgetreten. Einzig das bestehende, jedoch nicht eine alleinige Kontrolle ermöglichende Beteiligungsverhältnis von Keller-Frei an Flexbelag rechtfertigt nicht, diese beiden eigenständigen Unternehmen i.S.d. KG bei der Kostenverlegung als Einheit zu behandeln, und zwar auch nicht teilweise.

1046. Keller-Frei führt weiter aus, eine gleichmässige „pro Kopf“ Verteilung widerspreche dem in Art. 2 Abs. 1 GebV-KG verankerten Verursacherprinzip.<sup>828</sup>

1047. Diese Argumentation verfängt allerdings nicht. Vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände entspricht bei einer Beteiligung mehrerer Parteien am Verfahren, welche demnach allesamt als Verursacher des entsprechenden Verfahrens zu qualifizieren sind, eine „pro Kopf“ Verteilung dem Verursacherprinzip am besten. Denn eine genauere Ausscheidung des durch eine spezifische Partei jeweils individuell „verursachten Aufwands“ ist in aller Regel gar nicht möglich. Der grösste Teil des Aufwands ist nämlich nicht einer bestimmten Partei individuell zuordbar, sondern entfällt auf die Fallbearbeitung an sich. Hat allerdings eine bestimmte Partei ausnahmsweise nur sie, nicht den Fall als solchen (wozu u.a. Sachverhaltsabklärungen gehören) betreffenden Aufwand verursacht – etwa weil einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einer Partei erforderlich wurden (z.B. der Erlass einer Auskunftsverfügung) – so rechtfertigt das hinsichtlich dieses spezifischen Aufwands eine Abweichung von einer Verteilung „pro Kopf“ und eine Auferlegung der dadurch verursachten Kosten an die entsprechende Partei. Dass solch spezifisch zuordbarer Aufwand (abgesehen von den nachfolgend behandelten Situationen) bestehen würde, macht Keller-Frei selber nicht geltend, und solcher ist auch nicht ersichtlich. Es besteht daher kein Grund, von einer grundsätzlichen Verteilung der Kosten „pro Kopf“ abzuweichen und diese steht nicht im Widerspruch mit dem Verursacherprinzip.

<sup>825</sup> Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>826</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>827</sup> Act. [...].

<sup>828</sup> Act. [...].

1048. Von der auch vorliegend grundsätzlich anwendbaren Pro-Kopf-Verlegung ist allerdings insofern abzuweichen, als dass einzelne Gesellschaften einen ausserordentlich hohen oder tiefen Aufwand verursacht haben. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einiger Gesellschaften aufgrund deren Verhalten erforderlich wurden. Im Einzelnen rechtfertigen sich folgende – schematische – Abweichungen bzw. Relativierungen einer reinen Kostenverteilung pro Kopf:

1049. Grundsätzlich steht der entstandene resp. durch die einzelnen Gesellschaften verursachte Aufwand in einem gewissen Verhältnis zur Anzahl der von ihnen getroffenen Abreden. Diese einzelnen Abreden waren näher zu untersuchen, die Parteien dazu zu befragen, die Beweise zu würdigen und im Vorangehenden auch einlässlich darzustellen. Eine schematische Behandlung ist in einem gewissen Ausmass freilich auch diesbezüglich sachgerecht und es sind die Gebühren nicht einfach proportional zur Anzahl getroffener Abreden zu verteilen, zumal der Abklärungsaufwand nicht bei jeder Abrede gleich war. Vielmehr rechtfertigt sich nur, aber immerhin, eine Ausscheidung reduzierter Verfahrensgebühren auf diejenigen Parteien, die einen vergleichsweise ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben, weil sie bloss einzelfallweise oder gar nicht an unzulässigen Abreden beteiligt waren und sich nicht wie die übrigen Gesellschaften wiederholt an solchen Abreden beteiligten. Dies trifft vorliegend auf Kibag, Marti, Strabag und Egli zu, für welche entsprechend reduzierte Verfahrensgebühren auszuscheiden sind. Die reduzierten Verfahrensgebühren werden übereinstimmend mit der Vorgehensweise in der Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“<sup>829</sup> auf CHF 10'000.– festgesetzt, insgesamt ausmachend CHF 40'000.–. Wie bereits zuvor ausgeführt,<sup>830</sup> sind dabei die auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskosten von der Staatskasse zu tragen.

1050. Ferner rechtfertigt sich eine separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten resp. -gebühren bezüglich der beiden Entsigelungsverfahren. Die diesbezüglichen Kosten sind einzig aufgrund der zwei Einsprachen gegen die Durchsuchungen verschiedener Dokumente anlässlich der Hausdurchsuchungen und damit spezifisch aufgrund des Verhalten zweier Gesellschaften entstanden. Es handelt sich dabei um „separate“ und eindeutig abgrenzbare Verfahren, die zwar direkt mit der Untersuchung zusammenhängen, jedoch eine Kostenausscheidung und deren Auferlegung an die diese „separaten“ Verfahren verursachenden – und in diesen im Übrigen auch unterliegenden – Gesellschaften rechtfertigen. Es rechtfertigt sich die (pauschale) Ausscheidung von Kosten von insgesamt CHF 6'500.– für die zwei Entsigelungsverfahren und die Auferlegung dieser Kosten an die beiden betroffenen Gesellschaften. Bei der Aufteilung dieser Kosten zwischen den beiden diese Verfahren verursachenden Gesellschaften ist zu berücksichtigen, dass Egli die Einsprache letztlich zurückzog und so der Aufwand geringer ausfiel als beim Entsigelungsverfahren betreffend Walo; insbesondere erübrigte sich ein Transport der fraglichen Dokumente von Bern nach Bellinzona. Entsprechend sind diese Kosten im Umfang von CHF 2'500.–

Egli und im Umfang von CHF 4'000.– Walo aufzuerlegen.

1051. Sowohl Egli wie auch Walo erachten diese separate Ausscheidung und Auferlegung von Verfahrenskosten als unstatthaft. Walo bringt vor, im Ergebnis entspreche diese Kostenausscheidung einer Parteientschädigung für das Entsigelungsverfahren. Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 68 Abs. 3 BGG sehe aber vor, dass dem Bund in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Eine analoge Regelung bestehe auch im VwVG (Art. 64 VwVG i.V.m. der entsprechenden Vo). Die Frage der Parteientschädigung sei rechtskräftig vom BstGer entschieden worden, indem sie der WEKO keine Parteientschädigung zugesprochen habe. Diesen Entscheid könne die WEKO nicht im Rahmen der eigenen Verfügung umstossen, da er in Rechtskraft erwachsen sei. Hätte die WEKO eine Parteientschädigung erlangen wollen, hätte sie gegen das entsprechende Urteil des BstGer Beschwerde erheben müssen, was sie jedoch nicht getan habe. Egli bringt vor, eine Kostenausscheidung sei nicht gerechtfertigt, weil beide Parteien ihr Recht wahrgenommen und sich einvernehmlich geeinigt hätten. Egli sei es bei dieser Sache um die aus der Tätigkeit des [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] als [...] dem Amtsgeheimnis unterstellten Daten gegangen. Das Sekretariat habe damals nicht mitteilen können, wie mit diesen Daten verfahren werde, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Daten habe versiegeln lassen. Gemäss Durchsuchungsbefehl seien ohnehin nur Daten zu beschlagnahmen gewesen, die in Zusammenhang mit eventuellen Abreden stünden, weshalb der [zeichnungsberechtigter Mitarbeiter] die Frage gestellt habe, warum dem Amtsgeheimnis unterstellte Daten beschlagnahmt würden. Mit der Versiegelung sei die Durchsuchungsbehörde gezwungen worden, auf diese Frage zu antworten. Doch keiner der Anwesenden habe dazu Auskunft geben können oder sich mit dem Problem befassen wollen. Wenn die Durchsuchungsbehörde den nachträglich erreichten Vergleich am Durchsuchungstag vorgeschlagen hätte, hätte keine Versiegelung erfolgen müssen. Deshalb sei die hierfür auferlegte Gebühr zu erlassen.

1052. Bezüglich der Vorbringen von Walo ist festzuhalten, dass die von ihr erwähnten Artikel nicht einschlägig sind. Diese betreffen Beschwerdeverfahren. Beim Entsigelungsverfahren vor dem BstGer handelt es sich jedoch nicht um ein solches, sondern um ein eigenständiges erstinstanzliches Zwangsmassnahmeverfahren. Infolgedessen geht es bei der hier vorgenommenen Kostenausscheidung auch nicht um eine „versteckte“ Erhebung einer Parteientschädigung, wie Walo dies geltend macht. Bei den den Wettbewerbsbehörden hierdurch entstandenen Verfahrenskosten handelt es sich vielmehr

<sup>829</sup> RPW 2012/2, 422 Rz 1208, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>830</sup> Siehe Rz 1042.

um Kosten, die im Rahmen der Verfügung in der Sache selbst – also im jetzigen Zeitpunkt – entsprechend dem Verfahrensausgang aufzuerlegen sind.<sup>831</sup> Die Kostenausscheidung und Auferlegung an Walo erweist sich damit als rechtmässig. Bezüglich der Vorbringen von Egli ist festzuhalten, dass den Akten zu entnehmen ist, dass nach der Siegelung, aber noch vor der Einreichung des Entsiegelungsgesuchs, diverse Telefonate zwischen dem Sekretariat und ihr geführt wurden, die das weitere Vorgehen betrafen.<sup>832</sup> Eine Einigung konnte zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht erzielt werden und Egli hielt an der Siegelung fest. Im jetzigen Zeitpunkt darüber weiss zu wollen, weshalb damals keine Einigung erzielt werden konnte, ist müssig, denn Fakt ist, dass dies eben nicht gelang. Erst auf Anregung des BstGer hin konnte schliesslich doch noch eine Einigung erzielt werden. Der Aufwand für die Erstellung des Siegelungsgesuchs war zu diesem Zeitpunkt aber schon angefallen.

- 258 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 30'960.–
- 183 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 23'790.–
- 1'748 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 349'600.–
- 18 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 4'500.–
- 100 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 29'000.–

1055. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF 437'850.–. Hiervon abzuziehen sind weiter die vorab auszuscheidenden reduzierten Verfahrensgebühren von insgesamt CHF 40'000.–, die auf diejenigen Parteien entfallen, die einen ausgesprochen geringen Aufwand verursacht haben. Von diesen Verfahrenskosten auszuscheiden sind ferner CHF 6'500.– für die Entsiegelungsverfahren, die den beiden betroffenen Gesellschaften auferlegt werden. Alsdann in einem weiteren Schritt ist der verbleibende Betrag von CHF 391'350.– durch die Anzahl verbliebener „Köpfe“, nämlich 12, zu teilen, was einen Betrag von CHF 32'612.50.– pro Kopf ausmacht.

1056. Hüppi macht davon ausgehend, dass sich die Kosten hier in einem ähnlichen Verhältnis bewegen dürften wie in der parallelen Untersuchung „Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ (CHF 535'000), geltend, es stelle sich die Frage, ob sich dieser Aufwand angesichts der relativen Geringfügigkeit der letztlich bewiesenen Wettbewerbsverletzungen im grossen Gesamtmarkt von mehreren zehntausend Projekten überhaupt rechtfertigen lasse. Der grosse betriebene Aufwand gehe zum einen auf die ursprüngliche Anzeige zurück, in welcher von umfassenden Abreden, Schutzgeldzahlungen usw. die Rede gewesen sei; alles Vorwürfe, welche sich als falsch herausgestellt hätten. Der Anzeiger habe auch Unternehmen als an Abreden beteiligt bezichtigt, gegen welche die Untersuchung eingestellt werde. Zum anderen habe die Selbstanzeige, welche sich ebenfalls als in weiten Teilen falsch erwiesen habe, einen wesentlichen und unnötigen Verfahrensaufwand verursacht. Der Verfahrensaufwand, welcher durch die Falschanzeige bzw. die Falschselbstanzeige verursacht worden sei, sei vollumfänglich der Staatskasse aufzuerlegen. Zudem werde

Entsprechend ist der hierfür entstandene Aufwand auszuscheiden und Egli aufzuerlegen.

1053. 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).

1054. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 2'307 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet (Anmerkung: Im Laufe des Verfahrens wechselte der Stundenansatz teilweise, weshalb nachfolgend fünf Kategorien von Stundenansätzen aufgeführt sind):

darauf zu achten sein, dass die Verfahrenskosten in einem vernünftigen Verhältnis zu den ausgesprochenen Sanktionen stünden. Realistischerweise dürfte die Gesamtsumme der auszusprechenden Sanktionen nur ca. CHF 100'000–200'000 ausmachen. Bei einem vernünftigen Verhältnis zwischen Busse und Verfahrenskosten dürften die Verfahrenskosten wohl höchstens etwa einen Viertel der Busse betragen, wobei darauf zu achten sei, dass dieses Verhältnis bei keiner Partei überschritten werde. Die Verhältnismässigkeit der Sanktion und der Verfahrenskosten sei von der WEKO in der Vergangenheit in zahlreichen Verfügungen krass missachtet worden. Hüppi sei nicht gewillt, diese Unverhältnismässigkeit zu akzeptieren. Entsprechend werde ein wesentlicher Teil der Kosten, wenn nicht der grösste Teil, vorab der Staatskasse aufzuerlegen sein.

1057. Zu diesem Vorbringen von Hüppi ist zunächst festzuhalten, dass sich im Rahmen der Untersuchung gezeigt hat, dass die meisten Parteien mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen haben. Es mag sein, dass die ursprüngliche Anzeige Anzeichen für noch umfassendere Kartellrechtsverletzungen gegeben hat, die sich nun aber nicht beweisen liessen. Unnötiger Aufwand ist dadurch jedoch nicht entstanden, denn auch die nunmehr letztlich beweisbaren Kartellrechtsverletzungen rechtfertigen ohne Weiteres die getroffenen Untersuchungsmassnahmen, welche notwendig waren, um diese Kartellrechtsverstösse zu beweisen. Da die für das Abgeben einer Stützofferte allenfalls versprochene Ge-

<sup>831</sup> In gleichem Sinn auch, allerdings die StPO betreffend, BGE 138 IV 225 E. 8.2.

<sup>832</sup> Vgl. act. [...], ferner auch act. [...].

genleistung (z.B. Schutzgeldzahlungen) ohnehin nicht Beweisthema ist,<sup>833</sup> wurden insbesondere keine Untersuchungsmassnahmen in diese Richtung getroffen, welche nunmehr allenfalls als unnötiger Aufwand bezeichnet werden könnten. Dass sich die Selbstanzeige als unzutreffend herausgestellt hätte, trifft – wie sich gezeigt hat – nicht zu. Soweit bezüglich einer Partei hingegen in der Tat keine Kartellrechtsverletzungen festgestellt wurden, werden die darauf entfallenden Kosten selbstverständlich der Staatskasse auferlegt. Dass bezüglich einer Partei nur ein einziger Kartellrechtsverstoss nachgewiesen ist, sie dementsprechend einen vergleichsweise geringeren Aufwand verursacht hat, wird durch eine Reduktion der von dieser Partei zu tragenden Kosten berücksichtigt. Bei allen übrigen Parteien ist jedoch bewiesen, dass sie mehrere Male kartellrechtswidrige Abreden getroffen haben und damit gegen das KG verstossen haben. Es besteht kein Grund, den Kostenanteil für diese mehrfachen Rechtsbrüche zu reduzieren und der Staatskasse aufzuerlegen. Die Argumentation von Hüppi zeigt vielmehr, dass sie letztlich Submissionsabsprachen – zu Unrecht – als ein nicht ahndungswürdiges Kavaliersdelikt aufzufassen scheint, für deren Ermittlung jeder Aufwand zu schade ist. Dies trifft nicht zu. Hüppi macht ferner geltend, es bestehe ein vorgegebenes Verhältnis zwischen der Sanktionshöhe und der Höhe der Verfahrenskosten, welches eingehalten werden müsse. Aus welcher Rechtsnorm Hüppi dieses fixierte Verhältnis von Busse und Verfahrenskosten ableiten will, lässt sie offen. Das erstaunt nicht, denn es gibt keine Rechtsvorschrift, auf die sie sich hierfür berufen könnte. Insbesondere die vorliegend anwendbare GebV-KG gibt an keiner Stelle ein solches Verhältnis vor. Dies muss schon nur deshalb so sein, weil auch in nicht sanktionierbaren Fällen (Art. 5 Abs. 1 KG) unbestrittenermassen die Verursacher des Verfahrens die Kosten dafür zu tragen haben, wenn ihr Verhalten als kartellrechtswidrig zu qualifizieren ist. Infolgedessen kann es keine vorbestimmte Relation zwischen Sanktionshöhe und Höhe der Verfahrenskosten geben, wie dies Hüppi geltend macht. Zu beachten ist aber immerhin, dass sich die Verfahrenskosten pro Partei in vernünftigen Grenzen bewegen müssen.<sup>834</sup> Dies ist vorliegend der Fall, auch wenn die Verfahrenskosten bei einigen Parteien die Höhe der jeweiligen Sanktion teilweise deutlich übersteigen. Denn alle Parteien, denen ein voller Kostenanteil auferlegt wird, haben mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Falls ist als hoch einzustufen, einerseits aufgrund der Höhe der Maximalsanktion, andererseits aufgrund der grossen wirtschaftlichen Bedeutung von Submissionsmärkten und insbesondere des Vertrauens in deren reibungslose, nicht durch kartellrechtswidrige Abreden manipulierte Funktionsweise. Die Verfahrenskosten pro Partei halten deshalb dem Äquivalenzprinzip stand.

1058. Birchmeier führt in ihrer Stellungnahme aus, es sei unfair und verstosse gegen mehrere Grundsätze des Rechts, wenn ihr ebenfalls „pro Kopf“ bemessene Verfahrenskosten auferlegt würden. Bei einer Mehrzahl von Verursachern seien deren Kostenanteile grundsätzlich aufgrund der verursachenden Handlungsbeiträge der Verantwortlichen zu bestimmen, wobei alle objektiven und subjektiven Gesichtspunkte in Betracht fielen. Ein solches Kriterium sei die Billigkeit. Eine Bemessung

einzig anhand von Praktikabilitätsüberlegungen sei unzulässig und es gehe letztlich darum, dass die Kosten möglichst gerecht verteilt würden. Bezüglich ihr lägen Umstände vor, die eine Kostenverteilung „pro Kopf“ als stossend erscheinen liessen und unzulässig machen würden. Im Übrigen gelte es auch das Gleichheitsgebot zu beachten. Das Institut der Selbstanzeige sei ein wichtiges Instrument der WEKO im Kampf gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wofür es präventive und belohnende Elemente enthalte. Für Selbstanzeiger solle ein finanzieller Anreiz bestehen, indem die Sanktion erlassen werde. Dies schliesse eine Kostenauflegung zwar nicht aus, doch werde diese dann stossend, wenn sich die Kosten in der Höhe der Sanktion bewegen würden. Dies gefährde das Institut der Selbstanzeige. Wenn die Sanktionen verhältnismässig tief, die Kosten aber hoch seien, so bestehe die finanzielle Belastung zu einem wesentlichen Teil aus den zu tragenden Kosten, was alle Parteien gleichermassen treffe, unabhängig davon, ob eine Selbstanzeige vorliege oder nicht. Damit werde faktisch nicht zwischen Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen unterschieden, wodurch Ungleiches gleich behandelt und das Gleichheitsgebot verletzt würde. In der EU würden keine Kosten auferlegt, sondern diese seien faktisch in den Sanktionen enthalten. Dadurch führe in der EU ein Sanktionserlass aufgrund einer Selbstanzeige effektiv zu einer Kostenbefreiung. Birchmeier seien daher keine Kosten aufzuerlegen und wenn, dann eine reduzierte Gebühr in der Höhe von höchstens CHF 5'000.-. Alles andere sei unbillig. Eine Kostenauflegung dürfe nicht erfolgen, weil Birchmeier erst zwei Jahre nach Verfahrenseröffnung in diese Untersuchung einbezogen worden sei. Sodann habe sie das Verfahren vereinfacht und beschleunigt, indem sie unterstützend gewirkt habe. Erschwert habe sie das Verfahren in keiner Weise. Werde ein kooperierendes Unternehmen bei der Kostenauflegung gleich behandelt wie ein nicht-kooperierendes Unternehmen, würde wiederum Ungleiches gleich behandelt, was unzulässig, stossend und unbillig sei. Dies sei vorliegend umso stossender, da einer anderen Partei reduzierte Verfahrenskosten auferlegt würden und bei mehreren Parteien sogar gänzlich auf eine Kostenauflegung verzichtet worden sei. Sodann sei Birchmeier nicht überproportional oft an Abreden beteiligt gewesen, wie nun der unzutreffende Eindruck erweckt werde. Sie sei im Kanton Zürich eine Aussenseiterin. Schliesslich sei Birchmeier in zwei Verfahren zum selben Gegenstand einbezogen worden. Die Durchführung zweier separater Verfahren sei primär aus Kapazitätsgründen des Sekretariats erfolgt. Dies dürfe nicht zu ihrem Nachteil gereichen, indem sie allein aus diesem Grund zweimal statt nur einmal Verfahrenskosten zu tragen habe. Aus all diesen Gründen dürften ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden, höchstens aber substantiell reduzierte.<sup>835</sup> Anlässlich der Anhörung durch die WEKO vertiefte Birchmeier diesen Punkt noch. Es sei zu bedenken, dass es in ihrem Fall fraglich sei, ob sich die Selbstanzeige betriebswirtschaftlich überhaupt gelohnt habe. Denn die Kosten, die durch eine Kooperation entstünden, seien

<sup>833</sup> Siehe Rz 173.

<sup>834</sup> So, wenn auch zum Fernmelderecht, Urteil des BGer 2A.191/2005 vom 2.9.2005, E. 4.3.

<sup>835</sup> Act. [...].

enorm, die Kosten der Verfahrensbeteiligung, die Anwaltskosten und die eigenen Kosten. Kämen noch die Verfahrenskosten hinzu, sei es fraglich, ob diese Kosten überhaupt die erlassene Sanktion überwögen. Hauptvorteil der Selbstanzeige wäre dann nur noch, dass man während der gesamten Zeit wenigstens nicht lügen müsse. Die Kostenauflegung gefährde jedoch das Institut der Selbstanzeige.<sup>836</sup> Walo hält in ihren Anmerkungen zum Protokoll der Anhörung durch die WEKO fest, es bestehe kein Raum dafür, die Selbstanzeigerin von den Verfahrenskosten zu befreien. Sollte die WEKO dies im Widerspruch zu ihrer bisherigen Praxis gleichwohl tun, so müssten diese Kosten der Staatskasse auferlegt werden und dürften nicht auf die übrigen Parteien verteilt werden.<sup>837</sup>

1059. Zu diesen Vorbringen von Birchmeier ist vorab festzuhalten, dass die WEKO grosses Verständnis für das Anliegen von Birchmeier hat. Tatsache ist jedoch, dass sich der Gesetzgeber bei Einführung des Instituts der Selbstanzeige der Kostentragungsproblematik bewusst war resp. bewusst sein musste. Gleichwohl hat er davon abgesehen, nebst dem Sanktionserlass auch ein Verfahrenskostenerlass für Selbstanzeigerinnen vorzusehen (vgl. insbesondere Art. 3 GebV-KG e contrario, aber auch Art. 49a Abs. 2 KG e contrario). M.a.W. nahm er bewusst in Kauf, dass das Institut der Selbstanzeige durch eine weiterhin bestehende Pflicht auch einer Selbstanzeigerin zur Tragung von Verfahrenskosten womöglich geschmälert wird. Die andere Rechtslage in der EU ändert an der schweizerischen Rechtslage nichts. Dass nun Birchmeier wie die Mehrheit der anderen Parteien ebenfalls gegen das Kartellgesetz verstossen hat, steht fest. Sie ist damit ebenfalls als Verursacherin der entstandenen Verfahrenskosten zu qualifizieren – unter anderem auch, weil sie die Selbstanzeige erst nach Untersuchungseröffnung und Beginn der Hausdurchsuchungen einreichte, es sich hier mithin um eine Feststellungskooperation und nicht um eine Eröffnungskooperation handelt – und ihr sind entsprechend auch Verfahrenskosten aufzuerlegen. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch im Verhältnis zur Selbstanzeigerin erscheint vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage nicht unbillig, da sich auch die Selbstanzeigerin kartellrechtswidrig verhielt und der Gesetzgeber bewusst auf eine unterschiedliche Behandlung von Selbstanzeigerinnen und Nicht-Selbstanzeigerinnen bei der Kostenverteilung verzichtet hat. Eine Aufteilung „pro Kopf“ auch bezüglich Selbstanzeigerinnen entspricht denn auch der bisherigen Praxis der WEKO.<sup>838</sup> Wenn sich die Selbstanzeigerin mit denjenigen Parteien vergleicht, welchen eine reduzierte oder gar keine Verfahrenskosten auferlegt wurden, so vergleicht sie zwei unterschiedliche Situationen. Denjenigen Parteien, die gar keine Verfahrenskosten zu tragen haben, konnte kein kartellrechtswidriges Verhalten nachgewiesen werden – die Ausgangslage ist nicht vergleichbar.<sup>839</sup> Derjenigen Partei, welcher reduzierte Verfahrenskosten auferlegt werden, konnte nur in einem einzigen Fall eine unzulässige Verhaltensweise nachgewiesen werden, während alle übrigen Parteien, inklusive der Selbstanzeigerin, mehrmals gegen das KG verstossen haben – auch hier ist die Ausgangslage somit anders. Folglich ist auch Birchmeier ein Kostenanteil, und zwar bestimmt „pro Kopf“, aufzuerlegen.

1060. Die Gebühren für die verbleibenden einzelnen Unternehmen betragen demnach:

<sup>836</sup> Act. [...].

<sup>837</sup> Act. [...].

<sup>838</sup> Statt anderer etwa RPW 2009/3, 222 Dispositiv Ziff. 7, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, Dispositiv Ziff. 6, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen (11.06.2013).

<sup>839</sup> Insofern vergleichbar im Übrigen die Sachlage wie auch die Rechtsanwendung in der Verfügung i.S. Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen (11.06.2013).

Partei	Gebühren
Birchmeier	32'612.50
Hüppi	32'612.50
Walo	32'612.50
Keller-Frei	32'612.50
Toller	32'612.50
Tibau	32'612.50
Brunner	32'612.50
Hagedorn	32'612.50
Müller	32'612.50
Schiess (nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung)	32'612.50
Flexbelag	32'612.50
Kern	32'612.50
Egli	12'500.00

Zusammenstellung der Gebühren pro Partei.

1061. Die Gebühren von CHF 401'350.– (Verfahrenskosten resp. -gebühren insgesamt abzüglich der zu Lasten der Staatskassen auszuscheidenden, auf Kibag, Marti und Strabag entfallenden Verfahrenskostenanteile von CHF 30'000.– sowie abzüglich der auszuscheidenden Kosten der Entsiegelungsverfahren von CHF 6'500.–) werden den Parteien – freilich mit Ausnahme von Kibag, Marti und Strabag – unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>840</sup>).

#### D Ergebnis

1062. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass Birchmeier, Brunner, Egli, Flexbelag, Hagedorn, Hüppi, Keller-Frei, Kern, Müller, Schiess, Tibau, Toller und Walo in den Jahren 2006–2009 in unterschiedlichen Konstellationen diverse Einzelsubmissionabreden getroffen haben (Fälle [...] mit Ausnahme von Fall [...]). Die im Fall [...] getroffene Einzelsubmissionsabrede stammt aus dem Jahre 2004 und ist daher nicht weiter zu verfolgen. In den Fällen [...] handelt es sich dabei um wirksamen Wettbewerb beseitigende Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. In den Fällen [...] liegt eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG vor, während im Fall [...] keine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs vorliegt und im Fall [...] mangels Rekonstruierbarkeit ebenfalls von einer nicht erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden muss. Die wettbewerbsbeseitigenden ebenso wie die den wirksamen Wettbewerb erheblich behindernden Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren, wobei auf eine Belastung der Birchmeier ganz verzichtet wird (Art. 49a Abs. 2 KG). Bei Vorliegen von Konzernverhältnissen sind die Sanktionen unter solidarischer Haftbarkeit sowohl der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft im Zeitpunkt der Verstösse als auch der

jeweils handelnden Konzerntochtergesellschaft aufzuerlegen, was bezüglich Aktiengesellschaft Cellere (Schiess resp. nunmehr Cellere AG Zürich, Bauunternehmung), Brebau Holding AG (Egli), Brunner Erben Holding AG (Brunner), Gewerbezentrum Unterfeld AG (Birchmeier) sowie Walo Bertschinger Holding AG (Walo) der Fall ist.

1063. Die Untersuchung gegen Kibag, Marti und Strabag wird eingestellt.

#### E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG:

1. Aktiengesellschaft Cellere, Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, Brebau Holding AG, Egli Bau AG, Brunner Erben Holding AG, Brunner Erben AG, Chr. Müller + Co AG, Flexbelag-Bau AG Zürich, Gewerbezentrum Unterfeld AG, Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG, Hagedorn AG, Hüppi AG, Keller-Frei AG, Kern Strassenbau AG, Tibau AG, Toller & Loher AG, Walo Bertschinger Holding AG sowie Walo Bertschinger AG wird untersagt,
  - 1.1. in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten.

<sup>840</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).



- 1.2. sich in Zusammenhang mit Tiefbauarbeiten mit Konkurrenten vor Ablauf der Eingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c z.T. i.V.m. Abs. 1 KG aufgrund unzulässiger Wettbewerbsabreden (vgl. Rz 903 f.) belastet werden:
- 2.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 35'000.–.
  - 2.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 3'337.–.
  - 2.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 29'154.–.
  - 2.4. Chr. Müller + Co AG mit einem Betrag von CHF 12'197.–.
  - 2.5. Flexbelag-Bau AG Zürich mit einem Betrag von CHF 6'695.–.
  - 2.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG mit einem Betrag von CHF 0.– (auf eine Belastung wird gemäss Art. 49a Abs. 2 KG ganz verzichtet)
  - 2.7. Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF 14'345.–.
  - 2.8. Hüppi AG mit einem Betrag von CHF 77'360.–.
  - 2.9. Keller-Frei AG mit einem Betrag von CHF 76'734.–.
  - 2.10. Kern Strassenbau AG mit einem Betrag von CHF 6'468.–.
  - 2.11. Tibau AG mit einem Betrag von CHF 53'364.–.
  - 2.12. Toller & Loher AG mit einem Betrag von CHF 54'023.–.
  - 2.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 124'531.–.
3. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 1 dieser Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
4. Die Untersuchung gegen KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung und STRABAG AG wird ohne Folgen eingestellt.
5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 437'850.–. Die auf KIBAG Bauleistungen AG, Marti AG, Bauunternehmung, und STRABAG AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF 10'000.–, insgesamt ausmachend CHF 30'000.–, werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 407'850.– werden auferlegt:
- 5.1. Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Zürich, Bauunternehmung, insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.2. Brebau Holding AG und Egli Bau AG insgesamt CHF 12'500.–, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.3. Brunner Erben Holding AG und Brunner Erben AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.4. Chr. Müller + Co AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.5. Flexbelag-Bau AG Zürich CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.6. Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier Hoch- und Tiefbau AG insgesamt CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.7. Hagedorn AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.8. Hüppi AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.9. Keller-Frei AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.10. Kern Strassenbau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.11. Tibau AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.12. Toller & Loher AG CHF 32'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
  - 5.13. Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG insgesamt CHF 36'612.50, unter solidarischer Haftung für CHF 401'350.–.
6. Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten werden nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen gelöscht.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
- [die Parteien]
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	<b>2. Décision incidente du 1<sup>er</sup> juillet 2013 dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR (voir aussi B 3, chiffre 1., arrêt du 2 septembre 2013, recours de [...] contre la décision incidente de la Commission de la concurrence)</b>
-------	--

*Décision incidente de la Commission de la concurrence contre [...] du 1<sup>er</sup> juillet 2013 concernant l'obligation de renseigner selon l'art. 27 et 40 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart])*

## A En fait

1. Le 2 février 2012, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : « Secrétariat »), avec l'accord d'un membre de la Présidence de la Commission de la Concurrence, a ouvert une enquête au sens de l'art. 27 LCart<sup>1</sup> contre plusieurs banques et intermédiaires financiers concernant des accords possibles et autres restrictions à la concurrence dans le but d'influencer les taux d'intérêts LIBOR (London Interbank Offered Rate) pour les monnaies yen et franc suisse et TIBOR (Tokyo Interbank Offered Rate) pour le yen et l'Euroyen.<sup>2</sup> Le Secrétariat étudie également si des accords sur les *spreads* (différence entre la vente et le prix d'achat) ont été conclus entre les banques opérant sur le marché des dérivés de taux d'intérêt à court terme. Cette enquête examine si de telles restrictions illicites ont affecté la concurrence conformément à l'art. 5 LCart.

2. Lors de l'ouverture de l'enquête, [société mère] (France) (ci-après : [...]), ne faisait pas partie de la procédure.

3. Au cours de l'enquête, le Secrétariat a trouvé des indices d'accord entre les banques dans le but d'influencer le taux d'intérêt EURIBOR et les prix d'achat et de vente des produits dérivés basés sur ce taux de référence.

4. Afin de clarifier ces points, le Secrétariat a adressé le 14 décembre 2012, une demande d'informations<sup>3</sup> à la filiale suisse du [société mère], à savoir [société fille] (Suisse) SA (ci-après : [...]). Le délai de réponse a expiré le 25 janvier 2013.

5. Le [société fille], comme destinataire formel, dans sa réponse du 25 janvier 2013, a pris acte du fait que l'enquête en cours n'était pas dirigée directement contre lui et a précisé qu'il n'était partie à aucune procédure devant la Commission européenne. En outre, le [société fille] a mentionné la « loi de blocage française » (loi n° 80-538 du 16 juillet 1980), qui empêche tout transfert d'information de nature économique, financière ou commerciale à des autorités étrangères. De ce fait, le [société fille] ne serait pas en mesure de répondre à la demande du Secrétariat.

6. Le 22 avril 2013, le Secrétariat, avec l'accord d'un membre de la Présidence de la Commission de la Concurrence, a ouvert également l'enquête contre le [société mère]. Un questionnaire y était joint.

7. Le même jour, le Secrétariat lui a fait parvenir un courrier dans lequel il lui annonce la poursuite de

l'enquête à l'Euribor, tout en lui demandant des informations sur les chiffres d'affaires et le rendement brut.

8. Le délai pour répondre aux demandes figurant dans ces deux derniers courriers était fixé au 22 mai 2013.

9. Le 17 mai 2013, le [société fille] a pris note qu'il n'était pas visé par l'enquête concernant des accords possibles pour influencer les taux de référence LIBOR, TIBOR et EURIBOR; il a de plus considéré que le questionnaire et la demande de renseignements du 22 avril 2013 ne concernaient pas le [société fille], du fait qu'il n'a pas qualité à recevoir des notifications ou autres correspondances destinées à une autre entité juridique. Pour cette raison, le [société fille] n'a pas donné suite aux courriers du 22 avril 2013 ni pris d'autres mesures relatives aux courriers envoyés.

10. Le [société fille] avait jusqu'au 22 mai 2013 pour répondre au questionnaire et à la demande de renseignements, datés du 22 avril 2013. A ce jour, il a laissé échoir le délai sans transmettre les réponses au questionnaire et aux autres questions des autorités de la concurrence.

11. Au vu de la réponse clairement exprimée le 17 mai 2013 par le [société fille], un nouvel avertissement donné au destinataire de la décision (au sens formel) avec un nouveau délai de réponse n'était pas nécessaire.<sup>4</sup>

## B. En droit

### B.1 Compétence

12. Les décisions concernant des demandes d'informations sont liées à l'établissement des faits et constituent par conséquent des décisions procédurales<sup>5</sup>. En vertu de l'art. 23 al. 1 LCart, les décisions de procédure sont prises par le Secrétariat d'entente avec un membre de la Présidence.

<sup>1</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

<sup>2</sup> Voir le communiqué de presse du Secrétariat du 03.02.2013.

<sup>3</sup> Le courrier du 14.12.2012 a été envoyé à la filiale du [société mère] à Bâle, puis transmis au siège du [société fille] à Genève; voir aussi le courrier du [société fille] du 25.01.2013.

<sup>4</sup> Voir P. KRAUSKOPF/O. SCHALLER/S. BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel/Genf/München, 2005, p. 482, ch. 12.22 in fine: „Auf die Mahnung wird verzichtet, wenn der Adressat seine grundsätzliche Weigerung, die einverlangten Informationen zu liefern, zuvor unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat.“

<sup>5</sup> DPC 2007/3, 487 N 3, *Auskunftsverfügung in Sachen Preise von Viagra, Cialis und Levitra*; DPC 2006/3, 510 N 3, *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH* et jurisprudence citée.

## B.2 Destinataire de la décision

13. L'art. 2 LCart définit le champ d'application de la loi sur les cartels. La définition légale soumet à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique.

14. La loi fédérale sur les cartels est basée sur une approche économique. Cela signifie que les entreprises sont appréhendées de façon économique, quelle que soit leur structure juridique.

15. L'indépendance économique est une condition constitutive de la notion d'entreprise et conduit fondamentalement à ce que les filiales d'un groupe de société ne sont pas considérées comme des entreprises, mais que le groupe lui-même est appréhendé comme une entité économique unique, lorsque la maison mère a la possibilité de contrôler ses filiales et exerce ce contrôle, de telle manière que la société du groupe n'est pas en mesure de se comporter de façon indépendante vis-à-vis de la maison mère.<sup>6</sup>

16. Le [société fille] est une filiale à 100 % du [société mère].<sup>7</sup> En conséquence, l'existence du groupe prédomine, de sorte que le [société mère] est considéré comme une entreprise au sens de l'art. 2 LCart.

17. Ne s'estimant pas être le destinataire matériel des différentes demandes des autorités de la concurrence, le [société fille] ne les a pas transmises au [société mère]. Ce faisant, il a confondu la notion de destinataire formel de celle du destinataire matériel.

18. Selon la jurisprudence du TAF, il y a lieu de distinguer entre les destinataires matériels et formels d'une décision ou d'une demande de renseignement. Au sens formel, les destinataires sont des sujets de droit qui vont recevoir la décision ou la demande de renseignement, sans qu'ils soient pour autant directement touchés. Ils ne bénéficient de ce fait pas de la position de partie à l'enquête. Au sens matériel, les destinataires de la décision sont les personnes (physiques ou morales) dont les droits ou obligations sont réglés par la décision.<sup>8</sup>

19. Dans la mesure où le [société fille] est une filiale du [société mère], il ne dispose pas de la position de partie indépendante, en raison de son appartenance au groupe. Toutefois, comme destinataire formel, le Secrétariat peut valablement lui notifier une décision ou lui envoyer des demandes de renseignements, en lui laissant le soin de les transmettre à sa société mère. En d'autres termes, le [société fille] représente le groupe en Suisse et est considéré comme destinataire des décisions et des demandes d'information. Pour le Secrétariat, il n'est pas pertinent de savoir où les informations demandées sont localisées. En tant que filiale du groupe [société mère], le [société fille] a manifestement la possibilité de les transmettre au Secrétariat.

## B.3 Obligation de renseigner

20. En vertu de l'art. 40 LCart, les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements

utiles et de produire toutes les pièces nécessaires. L'obligation de renseigner est valable dans toutes les procédures de la LCart, notamment les procédures d'enquête<sup>9</sup>. L'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart est donc à appréhender au sens large.

21. Selon l'art. 40 LCart, deuxième phrase, le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par l'art. 16 et 17 PA<sup>10</sup>. En l'espèce, ce droit n'a pas été invoqué et n'est pas manifeste.<sup>11</sup>

22. Le destinataire de la décision conformément à l'art. 40 LCart est obligé de fournir les informations demandées. Concernant l'obligation de renseigner fondée sur le droit suisse, le fait que la transmission des informations pourrait violer une loi étrangère (en particulier le loi de blocage française) ne change rien. Il n'existe par ailleurs pas de norme supérieure (p.ex. une convention internationale), qui s'opposerait à l'obligation de fournir ces informations.

## B.4 Objet et délai

23. La présente décision d'obligation de renseigner a pour objet le questionnaire joint le 22 avril 2013 lors de l'ouverture de l'enquête, ainsi que le courrier envoyé le même jour relatif aux autres questions concernant l'établissement des faits.<sup>12</sup>

24. Les informations demandées à [société fille] par le Secrétariat doivent lui être remises complètes, par poste ou fax, signées et conforme à la vérité, au plus tard le 16 août 2013 (compte tenu des jours fériés judiciaires).

## B.5 Proportionnalité

25. Les décisions concernant des demandes d'informations doivent respecter le principe constitutionnel de proportionnalité. Les informations demandées doivent ainsi être adéquates et nécessaires en vue d'atteindre le but visé par la procédure d'enquête préalable. En outre, les désagréments provoqués par les demandes ne doivent pas être disproportionnés par rapport à ce but.<sup>13</sup>

26. L'enquête ouverte par le Secrétariat vise à déterminer s'il existe des accords illicites selon l'art. 5 LCart, ce qui peut amener les autorités à sanctionner de tels comportements ou prendre d'autres mesures.

<sup>6</sup> Voir arrêt TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 4.1.

<sup>7</sup> Voir [société mère] - Eléments financiers 2012, [...] p. 245, disponible sous [...] (13.06.2013).

<sup>8</sup> Voir arrêt TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 4.5.

<sup>9</sup> Voir DPC 2007/3, 487 N 4, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; DPC 2006/3, 510 N 5, *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*; BENOÎT MERKT, dans: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 40 KG N 7; STEFAN BILGER, dans: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 40 N 3; id., *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 239 (cité Bilger, *Verwaltungsverfahren*).

<sup>10</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

<sup>11</sup> Voir JENS LEHNE, in: Basler Kommentar (BSK KG), Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 40 KG N 17; également KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, ch. 12.19.

<sup>12</sup> Voir les courriers du Secrétariat du 22.04.2013.

<sup>13</sup> DPC 2007/3, 487 N 9, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.* et DPC 2006/3, 510 N 11, *IMS Health GmbH*.

27. Le questionnaire et les autres demandes de renseignement<sup>14</sup> adressés au destinataire de la présente décision sont utilisés pour clarifier les faits. Les communications électroniques des employés du [société mère] avec les banques du panel ne sont pas accessibles publiquement et demeurent dans la sphère d'influence du [société mère]. Selon le Secrétariat, il existe des soupçons que des employés des différentes banques ou intermédiaires financiers se sont mis d'accord sur les soumissions des taux d'intérêts et ont influencé les *spreads* des produits dérivés. Dans ce contexte, les communications avec les banques du panel sont essentielles pour la compréhension des éventuels accords en matière de concurrence et ainsi évaluer la participation des employés du [société mère] dans la violation des lois anticoncurrentielles en vigueur. C'est pour cette raison que le Secrétariat a besoin des informations du [société mère] et des autres parties. Les autres instruments prévus dans la loi pour l'acquisition d'informations par le Secrétariat, nommément les auditions et les perquisitions (art. 42 LCart), sont moins appropriés au stade actuel de la procédure (dans la mesure où les données / informations nécessaires paraissent ne pas se trouver en Suisse), respectivement ne constituent pas une alternative moins contraignante. Les informations demandées dans le questionnaire ainsi que les autres questions concernant l'établissement des faits sont nécessaires et adéquates afin de clarifier et d'évaluer l'état de fait.

28. Selon le questionnaire du Secrétariat, les données et informations relatives aux taux de référence (Yen LIBOR, Yen TIBOR, Euroyen TIBOR, CHF LIBOR et EURIBOR) sont requises à condition que la banque fasse partie du panel de soumission. En outre, les chiffres d'affaires et rendement brut demandés sont en relation avec les faits sous enquête. L'obligation de renseigner est par nature associée à une certaine charge de travail. Toutefois, étant donné l'importance de cette information dans l'enquête en cours, le délai de réponse imparti et éventuellement avec une prolongation de délai était suffisant pour répondre aux dites demandes de renseignements. Le [société fille] n'a par ailleurs pas soutenu – à l'exception de la mention faite de la « loi de blocage » – qu'il était impossible ou déraisonnable de fournir les informations demandées. La décision sur l'obligation de renseigner est donc également proportionnée au sens strict.

29. Enfin, conformément à l'article 25 LCart, les autorités en matière de concurrence sont soumises aux secrets de fonction et d'affaires. Ainsi, le destinataire est assuré que les informations qu'il communique ne seront pas divulguées au public ou à des tiers.

## B.6 Retrait de l'effet suspensif

30. Les décisions sur l'obligation de renseigner sont des décisions incidentes. Selon l'art. 46 al. 1 let. a PA, le recours contre une décision incidente notifiée séparément est admissible si cette décision peut engendrer un préjudice irréparable. L'appréciation de cette condition revient à l'autorité de recours.

31. Si la décision n'a pas pour objet une prestation pécuniaire, l'autorité inférieure peut révoquer l'effet suspensif d'un éventuel recours (art. 55 al. 2 PA). Des mo-

tifs convaincants, de même qu'une pondération des intérêts en présence, sont nécessaires pour que l'effet suspensif soit révoqué.<sup>15</sup>

32. En l'espèce, les informations requises par le Secrétariat dans les courriers des 14 décembre 2012 et 22 avril 2013 destinés au [société mère] sont nécessaires à l'établissement de l'état de fait. Sans une compréhension des faits et du rôle des parties au sein de l'entente, les autorités de la concurrence ne peuvent pas déterminer si les comportements incriminés sont autorisés ou non par la loi sur les cartels. Eu égard aux principes d'économie de procédure et de célérité, une prolongation de la procédure liée à un retard dans l'établissement des faits doit, dans la mesure du possible, être évitée. Il est aussi nécessaire d'apporter une attention particulière au principe d'égalité de traitement. Par conséquent, dans l'intérêt de toutes les parties et dans le cadre d'une procédure efficace, l'effet suspensif à un éventuel recours contre la présente décision est retiré.

## B.7 Sanctions administratives et pénales

33. L'entreprise qui n'aura pas exécuté ou ne l'aura fait qu'en partie son obligation de renseigner ou de produire des documents sera tenue au paiement d'un montant de CHF 100'000.– au plus (art. 52 LCart).

34. Quiconque n'aura pas intentionnellement exécuté ou ne l'aura fait qu'en partie, une décision des autorités en matière de concurrence concernant l'obligation de renseigner (art. 40 LCart) sera puni d'une amende de CHF 20'000.– au plus (art. 55 LCart).

35. Si le [société fille] devait ne pas fournir les informations demandées d'ici au 16 août 2013 (compte tenu des jours fériés judiciaires), la Commission de la concurrence pourrait, conformément aux art. 52 et 55 LCart, infliger une sanction administrative à l'entreprise, respectivement une sanction pénale aux personnes physiques responsables au sein de l'entreprise de la décision de ne pas répondre au questionnaire et aux autres questions concernant l'établissement des faits.

36. La sanction découle directement de la loi, c'est pourquoi il est possible de renoncer à une menace de sanction dans le dispositif, menace qui n'aurait de toute façon qu'une portée déclarative et non constitutive.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Voir le courrier du Secrétariat du 22 avril 2013 (ch. II. « Autres faits relatifs à l'enquête en cours »).

<sup>15</sup> DPC 2007/3, 487 N 14, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und DPC 2006/3, 510 N 19, *IMS Health GmbH*, notamment HANSJÖRG SEILER, dans: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., et REGINA KIENER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14.

<sup>16</sup> Voir décision REKO/WEF du 9.6.2005, DPC 2005/3, 530 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; arrêt du TAF du 3.10.2007, DPC 2007/4, 653 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

## B.8 Frais

37. En vertu de l'art. 2 al. 1 de l'OEmol-LCart,<sup>17</sup> est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative ou qui sollicite des avis ou d'autres services au sens de l'article premier. L'émolument se calcule en fonction du temps consacré (art. 4 al. 1 OEmol-LCart) et varie entre CHF 100.- et CHF 400.- l'heure (art. 4 al. 2 OEmol-LCart). Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation.

38. Le destinataire de la décision est à l'origine de cette procédure administrative. La ré-daction de la décision a nécessité 30 heures à CHF 200.- et 3 heures à CHF 290.-. Le montant total à charge du destinataire est donc de CHF 6'870.-.

## C. Dispositif

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont il a connaissance et les développements qui précèdent, décide, avec un membre de la Présidence :

1. Le [société fille] (Suisse) SA est tenu de transmettre au Secrétariat d'ici au 16 août 2013 (compte tenu des jours fériés judiciaires) les réponses au questionnaire et aux autres demandes de renseignement figurant dans les deux courriers datés du 22 avril 2013.
2. Les frais engendrés par la présente décision d'un montant de CHF 6'870.- sont à la charge du [société fille] (Suisse) SA.
3. La décision est à notifier à:
  - [société fille] (Suisse) SA, [...],  
Représenté part : [...]

[Voies de droit]

---

<sup>17</sup> Ordonnance du 25.2.1998 relative aux émoluments prévus par la Loi sur les cartels sur les émoluments LCart (OEmol-LCart; RS 251.2).

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA</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 29. November 2013*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. November 2013*

## **A Sachverhalt**

### **A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 28. Oktober 2013 bzw. am 14. November 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) mittels Aktienkaufvertrag [...] die [...] Aktien der DL-Groupe GMG SA (nachfolgend: DL-Groupe) zu übernehmen.

#### **A.1.1 Swisscom**

2. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG; Sr 784.11) mit Sitz in Ittigen (BE) und bezweckt, Fernmelde- und Rundfunkdienste und damit zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen (insbesondere Festnetz-, Mobiltelefonie, Netzwerkdienste, IT und Internetdienste) anzubieten. Der Geschäftsbereich Grossunternehmen (Corporate Business, CBU) von Swisscom bietet Telekommunikationslösungen für mittlere und grosse Geschäftskunden an, die entweder aufgrund besonderer Umstände (wie etwa ihrer Grösse) eine besondere Betreuung erfordern oder aufgrund ihrer speziellen Bedürfnisse komplexe Telekommunikationslösungen im Bereich der Business-Kommunikation nachfragen. Er unterstützt unter anderem Unternehmen bei der Planung, der Realisierung und dem Betrieb der ICT-Infrastruktur.

#### **A.1.2 DL-Groupe**

3. DL-Groupe wurde 1990 gegründet und verfügt über ein Aktienkapital von 100'000 Franken. Sie bezweckt den Erwerb, Verkauf und Handel mit Informatikmaterial und Software, die Programmierung von Kursen oder Services, die Ausbildung und Beratung im Informatikbereich sowie das Erbringen von Services.

4. DL-Groupe hält eine [...]Beteiligung an der Télíos SA mit Sitz in Lancy, Route des Jeunes 6, 1227 Genf (CH-660-1.932.003.2; nachfolgend: Télíos). Diese Anteile werden im Vorfeld an das Zusammenschlussvorhaben [...] veräussert und sind nicht Gegenstand desselben.

5. DL-Groupe ist eine ICT-Systemintegratorin mit Expertise in Microsoft, Virtualisierung und Storage-Lösungen. Schwerpunktässig bietet das Unternehmen Unified Communication and Collaboration (UCC)-Lösungen (siehe Rz 36 ff.) an. Damit zusammenhängend bietet DL-Groupe auch punktuell weitere Dienstleistungen wie Systemintegration, Hard- und Software, Beratung und Schulung für Geschäftskunden sowie Personalstellungsleistungen an. DL-Groupe beschäftigt zurzeit ca. [...] Mitarbeitende.

### **A.2 Art und Ziele des Zusammenschlusses**

6. Bei dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Aktienkauf, welcher zu einem Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz; SR 251) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) führt.

7. Mit dem Zusammenschluss wird in erster Linie der Erwerb von Consulting- und Engineeringfähigkeiten für Microsoft UCC-Lösungen und Fähigkeiten für den Betrieb der entsprechenden IT beabsichtigt. UCC ist ein Geschäftsfeld, das Swisscom durch das Erbringen von Managed Services ausbauen möchte. Für die Gewinnung und die Migration der Kunden auf den Swisscom Managed Communication and Collaboration Service sind kundennahe Consulting- und Engineeringfähigkeiten für UCC-Lösungen und der Betrieb der entsprechenden IT-Infrastruktur an den Kundenstandorten notwendig.

8. Die geplante Übernahme der DL-Groupe soll Swisscom unterstützen, ihre UCC-Dienstleistungen und weitere ICT Managed Services für Geschäftskunden weiterhin erfolgreich zu vertreiben und sich gegen die international agierenden IT- und Telekommunikationsanbieter zu behaupten.

### **A.3 Verfahren**

9. Am 28. Oktober 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom mittels Aktienkaufvertrag [...] die [...] Aktien der DL-Groupe zu übernehmen.

10. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 bestätigte das Sekretariat der WEKO den Eingang der Meldung.

11. Am 1. November 2013 stellte das Sekretariat der WEKO die Unvollständigkeit der Meldung fest und informierte die Zusammenschlussparteien schriftlich, dass die Frist für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens erst mit Einreichung der vollständigen Meldung zu laufen beginnt.

12. Mit Schreiben vom 13. November 2013 reichten die Zusammenschlussparteien die vollständige Meldung ein.

13. Mit Schreiben vom 14. November 2013 bestätigte das Sekretariat der WEKO die Vollständigkeit der Meldung.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

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

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. Das Zusammenschlussvorhaben soll in zwei Phasen durchgeführt werden, wobei Swisscom in einer ersten Phase die Übernahme von [...] des Aktienkapitals der DL-Gruppe mittels eines Share Deals (Aktienkaufvertrag) zwischen Swisscom einerseits und den zwei Aktionären andererseits beabsichtigt. [...]

17. [...].

18. [...].

19. Die DL-Gruppe soll als eigenständige rechtliche Einheit innerhalb des Swisscom Konzerns weitergeführt werden. Der Aktienkaufvertrag wird Bestimmungen enthalten, wie sie für derartige Transaktionen üblich sind,

insbesondere auch Gewährleistungen und Zusicherungen zu Gunsten von Swisscom, namentlich auch betreffend die Aktiven und Passiven der durch die zu übernehmenden Anteile verkörperten DL-Gruppe.

20. Durch den beabsichtigten Kauf von [...] der Aktien der DL-Gruppe erlangt Swisscom einen bestimmenden Einfluss im Sinne der alleinigen Kontrolle über deren Tätigkeit. Es liegt damit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 VKU vor.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

21. 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

22. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

23. Swisscom ist ein Unternehmen der Swisscom-Gruppe. Deshalb ist für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben der Umsatz der Swisscom-Gruppe massgebend. Dieser betrug im Geschäftsjahr 2012 weltweit ca. 11'384 Mio. Franken.<sup>1</sup> Der auf die Schweiz entfallende Umsatz betrug im Geschäftsjahr 2012 ungefähr 9'268 Mio. Franken.<sup>2</sup>

24. DL-Gruppe erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2012 in der Schweiz einen Umsatz von [...] Franken.<sup>3</sup>

25. Der kumulierte Umsatz von Swisscom und DL-Gruppe beträgt daher weltweit 11'397 Mio. Franken und in der Schweiz 9'281 Mio. Franken.

Umsätze 2012	Swisscom	DL-Gruppe	zusammen
in Mio. Franken weltweit	11'384	[...]	[...]
in Mio. Franken in der Schweiz	9'268	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze im Jahr 2012

26. Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG ist daher eine Meldepflicht zu verneinen, da eines der zwei beteiligten Unternehmen die Umsatzschwelle von mindestens 100 Mio. Franken nicht erreicht.

27. Eine Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet des Art. 9 Absätze 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein

Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden

<sup>1</sup> Meldung Rz 33.

<sup>2</sup> Meldung Rz 36.

<sup>3</sup> Meldung Rz 34 und 37.

ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

28. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von 4 Abs. 2 KG gilt.<sup>4</sup> Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat.<sup>5</sup>

29. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für Unified Communications and Collaboration (UCC), den Markt für Systemintegration im Bereich Kommunikation und den Bereich Breitbandinternet. Alle drei Märkte müssen zumindest als dem schweizerischen Telefoniemarkt benachbart angesehen werden. Der Zusammenschluss ist deshalb ungeachtet der Umsatzzschwelle gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

30. 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).

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

##### **B.4.1 Relevante Märkte**

32. 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).

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

##### **B.4.1.1 Markt für Systemintegration**

34. Unter Systemintegration wird die Beratung, Projektierung und Realisierung von sicheren, hoch verfügbaren, konvergenten Sprach- und Datennetzwerken sowie komplexer Kommunikationslösungen für Geschäftskunden verstanden.<sup>6</sup> Hierunter fallen auch verschiedene Dienstleistungen im Bereich der Kommunikation. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO für den Bereich Unified Communications & Collaboration einen eigenständigen Markt abgegrenzt. Da DL-Groupe vorwiegend in diesem Bereich tätig ist, rechtfertigt es sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ebenfalls von einem separaten Markt für Unified Communications & Collaboration auszugehen.<sup>7</sup>

35. In räumlicher Hinsicht sind Swisscom und DL-Groupe als Systemintegrator vorwiegend in der Schweiz bzw. für Unternehmen in der Schweiz (auch wenn diese international agieren) tätig. Daher rechtfertigt es sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem die Schweiz umfassenden Markt auszugehen.<sup>8</sup>

##### **B.4.1.2 Markt für Unified Communications & Collaboration**

36. Sprachkommunikation kann mittels Voice over IP (VoIP)-Technologie zunehmend in bestehende Datenetze integriert werden. Dadurch wird es möglich, die verschiedenen Medien Telefon, Fax, E-Mail, Instant Messaging, Collaboration und Internet einheitlich zu gestalten und integriert an einem Zugangspunkt anzubieten. Solche integrierte Lösungen zur Kommunikation und Zusammenarbeit werden von den Kunden als Unified Communications and Collaboration (UCC)-Lösung nachgefragt und genutzt.

37. Im UCC-Markt fragen Endkunden Gesamtlösungen für Kommunikation und Zusammenarbeit nach. Hierbei steht die Erreichbarkeit der Endkunden (z.B. Mitarbeiter in einem Unternehmen) im Vordergrund. Durch eine UCC-Lösung kann ein Mitarbeiter zu jedem Zeitpunkt an einem Zugangspunkt (z.B. Anwendung am Arbeitsplatz) über verschiedene Kanäle (Telefon, Messenger, E-Mail, etc.) erreichbar sein und auf die für ihn wichtigen Arbeitsinhalte zugreifen. UCC-Lösungen integrieren diese verschiedenen Kommunikationskanäle in einer Anwendung, so dass der Anwender zum Teil nicht einmal mehr merkt, über welchen Kanal (z.B. Telefon [durch Wahl der Direktnummer des Anwenders], VoIP [durch das Anwählen seines Skype-Nutzernamens] etc.) er kontaktiert wurde.

38. Die angebotenen UCC-Dienstleistungen bestehen hierbei aus Software- und allenfalls Hardwarekomponenten und umfassen in der Regel insbesondere die ins System integrierte Nutzung von VoIP-Diensten. Neben den klassischen Anwendungen, welche auf einem Server innerhalb eines Unternehmens oder am Arbeitsplatz des Anwenders laufen, können UCC-Anwendungen ebenfalls auf einem Cloud-Computing-Ansatz basieren.

<sup>4</sup> RPW 1997/2, 174 Disp.-Ziff. 1, PTT/Blue Window.

<sup>5</sup> RPW 1997/2, 167 Rz 38, PTT/Blue Window.

<sup>6</sup> RPW 2008/2, 352 Rz 19, Swisscom AG/webcall GmbH; RPW 2011/1, 205 Rz 21 f.; Swisscom (Schweiz) AG/Axept AG.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2011/1, 205 Rz 24; Swisscom (Schweiz) AG/Axept AG.

<sup>8</sup> RPW 2011/1, 205 Rz 24; Swisscom (Schweiz) AG/Axept AG.



39. UCC-Anwendungen umfassen in der Regel mehrere Komponenten. Eine erste Komponente von UCC-Lösungen ist die Medienintegration, mit der Text, Video und Audio von verschiedenen Endgeräten in einer Anwendung integriert werden. Damit kann der Anwender unabhängig vom Standort jederzeit Zugriff auf seine derzeitige Kommunikationsumgebung, die in unterschiedlichen Formaten bestehen kann, nehmen. Eine logische Steuerungsschicht kann dafür sorgen, dass eingehende Kommunikationsvorgänge automatisch auch die vom Benutzer situativ bevorzugten oder verfügbaren Endgeräte (Desktop-Computer am Arbeitsplatz, Notebook zu Hause, Smart-Phone für unterwegs etc.) bzw. Arbeitsumgebungen weitergeleitet werden. Als zweite Komponente umfasst UCC die Präsenzinformation des Anwenders, wodurch sich beispielsweise vergebliche Kontaktversuche reduzieren. Die dritte Komponente von UCC besteht aus der Kontextintegration. Durch sie wird die (IP-basierte) Kommunikation direkt in die vertraute Benutzeroberfläche gängiger Anwendungen eingefügt, wie beispielsweise in Microsoft Office. Auf diese Weise konvergiert die Arbeit am Computer mit der Kommunikation über die verschiedenen Kanäle. Hierbei kann sich die Kommunikation sowohl auf Audio- und Video-Kommunikation als auch auf Textkommunikation (indem gechattet, aber auch am selben Dokument gearbeitet wird oder Textbausteine und Grafiken während der Arbeit ausgetauscht werden können) beziehen. Als vierte Komponente ist die Möglichkeit der Kooperation mit anderen Personen zu erwähnen, durch welche beispielsweise gemeinsam ein Dokument geprüft oder bearbeitet werden kann. Da sich die Technologien für UCC-Anwendungen noch in einem Entwicklungsstadium befinden, können die Eigenschaften von UCC aber noch nicht abschliessend aufgezählt werden.

40. UCC-Lösungen sind meist Kombinationen von Software- und Hardwarelösungen, welche international von grossen Softwareunternehmen angeboten werden. Grosse oder grösste Geschäftskunden können in diesem Bereich international einkaufen. Durch deren Nachfrage nach international verfügbaren Lösungen und der Verfügbarkeit von breitbandigem Internet spielt es oft keine Rolle, ob ein Angebot in der Schweiz oder in einem anderen Land bezogen wird.

41. Oft werden Dienstleistungen zum Einrichten und Einführen von UCC-Lösungen in Unternehmen jedoch national nachgefragt, da die räumliche Nähe zum beratenden und die Anwendungen installierenden IT-Unternehmen Vorteile haben kann. Vor diesem Hintergrund würde sich auch eine nationale Marktabgrenzung rechtfertigen. Ob allerdings der Markt im hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben national oder international abzugrenzen ist, kann vorliegend offen bleiben, da wie nachfolgend gezeigt wird in beiden Fällen kein betroffener Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

#### **B.4.1.3 Markt für Personalverleih (von Informatikfachkräften)**

42. Gemäss dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) unterscheidet der Gesetzgeber zwischen privater Arbeitsvermittlung (Art. 2 ff. AVG) und

dem Personalverleih (Art. 12 ff. AVG). Beim Personalverleih schliesst der Verleiher mit dem Einsatzbetrieb einen schriftlichen Vertrag ab, der den Einsatz eines oder mehrerer bei ihm angestellter Mitarbeiter im Einsatzbetrieb zum Gegenstand hat. Die Tätigkeit des Personalverleihs ist bewilligungspflichtig, wobei die Bewilligung von den kantonalen Arbeitsämtern ausgestellt wird (Art. 12 Abs. 1 AVG) und grundsätzlich für die ganze Schweiz bzw. auch fürs Ausland gilt, wenn eine zusätzliche Betriebsbewilligung durch das SECO vorliegt (Art. 12 Abs. 2 AVG).

43. Auf dem Markt für Personalverleih stehen sich daher verschiedene Leiharbeitsfirmen auf der Angebotsseite und Unternehmen, die eine meist temporäre Arbeitskraft nachfragen, ohne diese allerdings direkt anstellen zu wollen, auf der Nachfrageseite gegenüber. Hierbei kann es angebracht sein, den Markt im Hinblick auf die Spezialisierung der Leiharbeitsfirmen (z.B. IT-Services, Catering etc.) weiter zu unterteilen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann allerdings auf eine weitere Unterteilung verzichtet werden.

44. In räumlicher Hinsicht können Leiharbeitsfirmen in der gesamten Schweiz tätig werden, weshalb für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem nationalen Markt ausgegangen werden kann.

#### **B.4.1.4 Markt für Breitbandinternet**

45. Im Markt für Breitbandinternet fragen Endkunden eine Verbindung ins Internet nach. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert einen Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2'048 kbit/s übersteigt. Zudem zeichnen sich Breitbandinternet-Angebote dadurch aus, dass in der Regel eine monatliche Grundgebühr (Pauschaltarif) zu entrichten ist, welche unabhängig von der Dauer der Nutzung oder der bezogenen Datenmenge ist.

46. Aus Sicht der Endkunden umfasst der relevante Markt den Zugang zu Breitbandinternetdiensten. Diese können über verschiedene Technologien, wie Kupferleitungen, Koaxialkabelleitungen, PLC oder Glasfaser, zur leitungsgebundenen Datenübertragung angeboten werden. Breitbandinternet kann aber auch über mobile Technologien angeboten werden. Dennoch hinken mobile Angebote im Hinblick auf die zu erreichende Bandbreite und die monatlichen Kosten den leitungsgebundenen Angeboten hinterher, so dass heutzutage nicht von einer Substitutionsbeziehung ausgegangen werden kann. Sie sind daher nicht dem Markt für Breitbandinternet, welcher vorwiegend leitungsgebundene Breitbandinternetangebote umfasst, zuzurechnen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens rechtfertigt sich auch eine weitere Unterteilung des Marktes für Breitbandinternet nicht.

47. In räumlicher Hinsicht sind die leitungsgebundenen Breitbandinternetdienste auf die verwendete Kabelinfrastruktur (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel und evtl. Stromkabel) beschränkt. Derzeit bestehen maximal schweizweite Netze. Auch fernmelderechtlich sind die Angebote für Breitbandinternetdienste auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

48. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei mindestens 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.

##### **B.4.2.1 Markt für Systemintegration**

49. Der Markt für Systemintegration umfasste in der Schweiz im Jahr 2012 gemäss einer Erhebung der [...].<sup>9</sup> Im Markt sind vorwiegend IT-Unternehmen wie Microsoft, Hewlett Packard und IBM tätig. Swisscom IT-Services AG erreichte gemäss eigenen Angaben in diesem Geschäftsbereich einen Umsatz von ca. [...], wobei der Grossteil des Umsatzes im Bereich der Finanzdienstleistungen anfiel.<sup>10</sup> Hieraus würde sich ein Marktanteil von Swisscom in diesem Bereich von ca. [0-10 %] ergeben. Selbst wenn man den gesamten Umsatz von DL-Groupe in Höhe von [...] hinzuzählen würde, käme man lediglich auf einen gemeinsamen Marktanteil von [0-10 %]. Damit liegt im Markt für Systemintegration kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

##### **B.4.2.2 Markt für Unified Communications & Collaboration**

50. Der Markt für UCC wird mit einem Gesamtvolumen in der Schweiz im Jahr 2012 von [...] Franken angegeben.<sup>11</sup> Gemäss eigenen Angaben erzielt Swisscom einen Gesamtumsatz von [...] in diesem Geschäftsbereich. Der Umsatz von DL-Groupe liegt in diesem Bereich bei [...] Franken. Dies entspricht einem gemeinsamen Marktanteil in diesem Geschäftsbereich von [0-10 %]. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

##### **B.4.2.3 Markt für Personalverleih (von Informatikfachkräften)**

51. Das Marktvolumen im Markt für Personalverleih liegt in der Schweiz gesamthaft bei ca. 6.1 Mrd. Franken.<sup>12</sup> Berücksichtigt man hierbei, dass in der Schweiz 4 % der Beschäftigten im Informatikbereich arbeiten, würde sich ein Marktvolumen im Markt für Personalverleih von Informatikfachkräften von ungefähr 244 Mio. Franken ergeben. Swisscom ist in diesem Marktsegment nicht tätig. DL-Groupe erwirtschaftet in diesem Marktsegment einen Umsatz von [...]. Dies würde im Markt für Personalverleih von Informatikfachkräften einen relevanten Marktanteil von [0-10 %] ergeben. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

##### **B.4.2.4 Markt für Breitbandinternet**

52. DL-Groupe ist nach Angabe der meldenden Unternehmen auf diesem Markt nicht tätig, weshalb es zu keinen Marktanteilsadditionen kommen kann. Folglich bedarf es auf diesem Markt keiner weiteren Abklärung,

da sich die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss auf diesem Markt nicht ändern werden.

#### **B.4.3 Ergebnis**

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

<sup>9</sup> Schreiben Swisscom vom 13. November 2013, S. 3.

<sup>10</sup> Schreiben Swisscom vom 13. November 2013, S. 3.

<sup>11</sup> Schreiben Swisscom vom 13. November 2013, S. 1.

<sup>12</sup> Schreiben Swisscom vom 13. November 2013, S. 4 f.

B 2.3

**2. Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Oktober 2013*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. Oktober 2013*

**A Sachverhalt**

1. Am 9. September 2013 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Mediaspectrum, Inc. sowie eine durch Mediaspectrum zu bezeichnende Drittpartei eine Beteiligung von 51 % an xentive sa zu erwerben, welche derzeit unter der alleinigen Kontrolle der Publigroupe S.A. steht. Nach dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlusses soll Mediaspectrum über [...] % der Anteile an xentive, die zu bezeichnende Drittpartei über [...] % der Anteile an xentive und Publigroupe über 49 % der Anteile an xentive verfügen.

**A.1 Involvierte Unternehmen****A.1.1 Mediaspectrum, Inc.**

2. Mediaspectrum, Inc. (nachfolgend: Mediaspectrum) ist ein in der Software-Entwicklung tätiges Unternehmen in den Bereichen Werbungsproduktion, Werbungsverkauf und Inhalteverwaltung. Mediaspectrum hat ihren Sitz in Boston, beschäftigt ca. 20 Personen in den USA und verfügt zudem über Unterakkordanten (Ingenieure und Installationsexperten), mit welchen zusammen das Unternehmen weltweit insgesamt ca. 100 Personen beschäftigt. Die in der Schweiz vertriebenen Produkte umfassen Software für Werbungsverkauf (Software zur Verwaltung von Multichannel Werbung und Inhalten). Mediaspectrum bietet damit eine Umgebung an, welche es Medienunternehmen erlaubt, ihre Verwaltungslösungen in einer einzigen, webbasierten Plattform zusammenzuführen. Die Software zur Inhalteverwaltung von Mediaspectrum ist eine so genannte SAP-Endorsed Business Solution (EBS).

**A.1.2 Publigroupe S.A.**

3. Die Publigroupe S.A. ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Lausanne. Die Publigroupe S.A. und ihre Tochtergesellschaften (zusammen nachfolgend: Publigroupe) sind auf nationaler und internationaler Ebene aktiv im Bereich Marketing von Printmedien und digitalen Medien.

4. Die Geschäftstätigkeiten der Publigroupe können in die drei Hauptbereiche „Search & Find“, „Digital Marketing Services“ und „Media Sales“ eingeteilt werden.<sup>1</sup>

5. In Zusammenhang mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind einzig die Geschäftstätigkeiten des

Bereichs Media Sales näher zu umschreiben. Dieser umfasst die Gesellschaften und Geschäftseinheiten der Publicitas S.A. (zusammen nachfolgend: Publicitas), einer Tochtergesellschaft von Publigroupe. Der Geschäftsbereich Media Sales vermarktet Werbeangebote in verschiedenen Medien (Presse, Internet, Radio, Kino, Mobile) in der Schweiz und im Ausland. Xentive sa ihrerseits erbringt innerhalb von Publigroupe Outsourcing-Dienstleistungen für Publicitas (vgl. Rz 9). Diese Dienstleistungen werden von Publicitas bezogen, um die eigene operative und technische Abwicklung von Werbeschaltungen und -kampagnen zu unterstützen.

6. Mit Ausnahme von xentive sa (vgl. Rz 9) bietet Publigroupe (einschliesslich Publicitas) keine IT-Services an.

**A.1.3 Xentive sa**

7. Xentive sa (nachfolgend: xentive) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Lausanne und ist gegenwärtig als IT-Logistik-Dienstleisterin für die Medienindustrie tätig. Sie erbringt Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und -kampagnen. Die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen von xentive sind auf die Bedürfnisse von Medienunternehmen ausgerichtet. Unter Medienunternehmen sind in diesem Zusammenhang grundsätzlich Anbieter von Werberaum in Print- und Online-Medien zu verstehen. Gewisse Dienste von xentive können auch für Werbeagenturen und sonstige Vermittler von Werberaum von Interesse sein. Xentive erbringt ihre Dienstleistungen derzeit hauptsächlich für Publicitas<sup>2</sup>, welche grundsätzlich das gesamte Leistungsangebot bezieht sowie für externe Medienunternehmen.<sup>3</sup>

8. Ursprünglich handelte es sich bei xentive um eine IT-Abteilung innerhalb von Publigroupe. In dieser Eigenschaft erbringt xentive aufgrund der historischen Gegebenheiten (ausschliesslich) gruppenintern gewisse zusätzliche zu den nachfolgend genannten Aktivitäten (Rz 9), wie den Betrieb gewisser IT-Anlagen. Es ist vorgesehen, diese internen Dienstleistungen nach einer ca. einjährigen Übergangsfrist nach Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei xentive einzustellen und wieder innerhalb von Publigroupe eigenständig zu erbringen.

9. Gemäss den Zusammenschlussparteien erbringt xentive heute Dienstleistungen, welche allesamt die ausgelagerte Auftragsabwicklung von Werbung oder Inseraten bzw. damit zusammenhängende Dienstleistungen zum Inhalt haben:

<sup>1</sup> RPW 2013/1, 93, Rz 2, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

<sup>2</sup> [...] % des Umsatzes von xentive wird mit Dienstleistungen für Publigroupe generiert.

<sup>3</sup> [...] % des Umsatzes von xentive wird mit Medienunternehmen generiert, z.B. mit [...].

- Full-Service Erbringung für Medienunternehmen mit IT-Tools für die Abwicklung von Werbeaufträgen in Print- und Onlinemedien: Xentive stellt Medienunternehmen mittels eigenen Tools Know-how und Ressourcen für die Abwicklung von Werbeaufträgen von der Anzeigenbuchung bis zur Rechnungsstellung/Fakturierung und Kontakteverwaltung zur Verfügung. Ferner bietet xentive die Ausführung weiterer administrativer Prozesse an, z.B. Qualitätskontrolle, digitale Auftragsauslieferung, Reporting und Controlling. Dies umfasst auch den Versand von digitalem Druckmaterial. Xentive ist jedoch nicht als Vermittlerin von Werbeaufträgen aktiv, sondern stellt einzig die hierfür notwendigen IT- und Business-Tools zur Verfügung. Diese Dienstleistungen können auch durch Werbeagenturen und Werbevermittler genutzt werden.
- Self-service Tools für Print- und Onlinewerbung: Xentive stellt auf das jeweilige Corporate Design des Kunden angepasste Tools für Print- und Onlinewerbung zur Verfügung. Diese Dienstleistungen umfassen vereinfachte Tools, die z.B. auf KMU zugeschnitten sind, welche damit ihre Werbung online verwalten können.
- Online-Marktplatz-Lösungen: Xentive bietet Technologielösungen für Online-Marktplätze und Rubriken an. Medienunternehmen können hiermit Online-Marktplätze mit eigenem Logo anbieten (z.B. publicjobs.ch). Xentive verfügt über die notwendigen IT-Tools.
- Desktop Publishing (DTP): Xentive bietet Medienunternehmen die grafische Produktion von Inserate- und Anzeigeschaltungen, Publireportagen, Werbe- und Zeitungsbeilagen sowie weiteren Materialien in beliebigen Formaten an, wobei diesbezüglich die Corporate-Design-Richtlinien des jeweiligen Medienkunden Berücksichtigung finden. Dieses Produkt umfasst die Umwandlung von Print- und Online-Inhalten in finale PDF-Dateien, Inserate- und Anzeigengestaltung, die individuelle Anfertigung von Logos sowie die Erstellung von Produkten der Druckvorstufe und von Inhalten für Tablets.

10. Xentive ist nicht in der Software-Entwicklung tätig. Sie erbringt die oben genannten Dienstleistungen gegenwärtig noch mittels einer Software von Publicitas, deren Ersatz durch eine Software von Mediaspectrum aktuell getestet wird und bis im Jahr 2014 abgeschlossen sein soll.

## A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

11. Die Zusammenschlussparteien beabsichtigen, die Geschäftsaktivitäten von xentive auszuweiten und dadurch Grössenvorteile zu realisieren.

12. Wie bereits erwähnt generiert xentive gegenwärtig [...] % ihres Umsatzes mit Publigroupe. Nur [...] % des Umsatzes wird heute mit Medienunternehmen generiert (Rz 7). Die Zusammenschlussparteien beabsichtigen nun einerseits, diese Outsourcing-Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und –kampagnen (Rz 9) auf andere Medienunternehmen auszuweiten. Anderer-

seits soll xentive neu – zusätzlich zur Ausweitung ihrer bisherigen Dienstleistungen auf weitere Medienunternehmen – Integrator-Support-Dienstleistungen für Mediaspectrum Produkte für Drittparteien anbieten (Aktionärsbindungsvertrag, Preamble d – f und Art. 9.1).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

13. 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

14. 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

15. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

16. Die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen, stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Mutterunternehmen gemeinsam kontrolliert wird und (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist.

##### B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

17. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen.<sup>4</sup> Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese

<sup>4</sup> PATRIK DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David (Hrsg.), Basel 2000, 239.

Rechte gleichzeitig bestehen muss.<sup>5</sup> Ist die gemeinsame Beschlussfassung für strategische geschäftspolitische Entscheidungen nicht explizit vorgesehen, wird ein Unternehmen dennoch gemeinsam kontrolliert, wenn zwei oder mehr kontrollierende Unternehmen z.B. mittels Vetorechten strategische Entscheidungen blockieren können, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen.<sup>6</sup> Schliesslich können die beteiligten Unternehmen auch ohne Vetorechte die gemeinsame Kontrolle erlangen, wenn sie bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer Stimmrechtsbindung sein oder sich in seltenen Fällen de facto aufgrund gemeinsamer Interessen ergeben.<sup>7</sup>

18. [...].

19. Der Verwaltungsrat von xentive soll aus insgesamt [...] Mitgliedern bestehen. Sowohl Publigroupe als auch Mediaspectrum werden mit [...] Mitgliedern vertreten sein. [...]. Wichtige Verwaltungsratsangelegenheiten („Important Board Matters“) können nur mit Zustimmung von [...] Mitgliedern beschlossen werden, [...]. Darunter fallen insbesondere Entscheidungen betreffend [...] <sup>8,9,10</sup> welche praxisgemäss als strategische geschäftspolitische Entscheidungen zu qualifizieren sind. Die [...] Vetorechte im Verwaltungsrat betreffend die genannten Entscheidungen begründen folglich eine gemeinsame Kontrolle von Mediaspectrum und Publigroupe über xentive.

20. Mediaspectrums Recht, zwischen zwischen [...] der Anteile an xentive an eine zu bestimmende Drittpartei abzutreten<sup>11</sup>, beeinflusst die gemeinsame Kontrolle durch Mediaspectrum und Publigroupe über xentive nicht.

### B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

21. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>12</sup>

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.<sup>13</sup>
- 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.

22. Zusammenfassend gilt zu prüfen, ob xentive die Voraussetzungen der autonomen Marktpräsenz, der wirtschaftlichen Selbständigkeit<sup>14</sup> und der Dauer erfüllt.

### Autonome Marktpräsenz

23. Um die Voraussetzung des Marktauftritts als Anbieter von Produkten oder Dienstleistungen zu erfüllen, muss das Gemeinschaftsunternehmen u.a. mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften aus und hat demzufolge keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.<sup>15</sup>

24. Wie bereits ausgeführt wurde, generiert xentive gegenwärtig [...] % ihres Umsatzes mit Dienstleistungen für ihre Muttergesellschaft Publigroupe (Rz 12) und würde heute die Bedingung der autonomen Marktpräsenz vermutlich nicht erfüllen.

25. Die Zusammenschlussparteien beabsichtigen nun einerseits, die Outsourcing-Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und –kampagnen auf andere Medienunternehmen auszuweiten. Andererseits soll xentive neu Integrator-Support-Dienstleistungen für Mediaspectrum Produkte für Drittparteien anbieten.

26. Betreffend die Ausweitung ihrer Outsourcing-Dienstleistungen (Rz 9) auf andere Medienanbieter hat xentive bereits die beiden neuen Kunden NZZ-Mediengruppe<sup>16</sup> und Le Temps<sup>17</sup> akquiriert, welche ab 2014 ihr Anzeigen-Management-System sowie Dienstleistungen im Backoffice-Bereich an xentive auslagern werden (Aktionärsbindungsvertrag, Art. 17 Abs. 2).

27. Betreffend den geplanten neuen Geschäftsbereich machen die Zusammenschlussparteien folgende Angaben: Xentive soll nach Abschluss des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens als Anbieterin von Support-Dienstleistungen für Integratoren von Mediaspectrum Software auftreten. Zu diesem Zweck wird Mediaspectrum xentive als Integrator-Support-Dienstleisterin ihren Kunden gegenüber bekannt machen.

<sup>5</sup> RPW 2005/2, 347, Rz 23, *Swissgrid*.

<sup>6</sup> RPW 2006/3, 480, Rz 36, *Atel – EOS-Aktiven*.

<sup>7</sup> RPW 2006/3, 480, Rz 37, *Atel – EOS-Aktiven*.

<sup>8</sup> Namentlich Entscheide betreffend [...].

<sup>9</sup> Namentlich Entscheide betreffend [...].

<sup>10</sup> Namentlich Entscheide betreffend [...].

<sup>11</sup> [...].

<sup>12</sup> RPW 2011/2, 283, Rz 3 ff., *Resun Plus AG m.w.H.*

<sup>13</sup> RPW 2011/2, 283, Rz 5 f., *Resun Plus AG*; RPW 2011/3, 430, Rz. 90 f., *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*.

<sup>14</sup> Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit äussert sich u.a. durch das Vorhandensein eines sich dem Tagesgeschäft widmenden Managements sowie ausreichender Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte. Das zweite und vierte Kriterium (vgl. Rz 21) können somit in der Regel zusammen behandelt werden.

<sup>15</sup> RPW 2011/2, 283, Rz 5, *Resun Plus AG m.w.H.*; RPW 2011/3, 430, Rz. 95., *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*; 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 (nachfolgend: EU-Mitteilung).

<sup>16</sup> Pressemitteilung von xentive vom 15. Juli 2013: „NZZ-Mediengruppe setzt für das Anzeigen-Management-System auf xentive“, <<http://www.xentive.ch/de/unternehmen-digital/news/news-single-view/article/2013/07/15/nzz-mediengruppe-setzt-fuer-das-anzeigen-management-system-auf-xentive/>> (12.9.2013).

28. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass ein geltend gemachter zukünftiger Marktauftritt jeweils kritisch zu prüfen ist.<sup>18</sup> Ein Gemeinschaftsunternehmen darf zwar in einer Anlaufphase auf die Verkäufe/Käufe bzw. Dienstleistungen an die Muttergesellschaften angewiesen sein, diese Anlaufphase sollte jedoch einen Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten.<sup>19</sup>

29. Vorliegend erwirtschaftet xentive bereits heute [...] % ihres Umsatzes mit externen Medienunternehmen. Ab 2014 werden zudem die NZZ-Gruppe und Le Temps xentives Kundenportfolio ergänzen. Xentive dürfte somit 2014 als Anbieter von Outsourcing-Dienstleistungen auf dem Markt wahrgenommen werden, auch wenn die Übergangsphase für die Integrator-Support-Dienstleistungen etwas länger dauern würde.

30. Gemäss der Praxis der Europäischen Kommission ist der Anteil der Verkäufe an die Muttergesellschaft in Bezug auf die Gesamtproduktion des Gemeinschaftsunternehmens für die Beurteilung der autonomen Marktpräsenz relevant. Erzielt ein Gemeinschaftsunternehmen mehr als die Hälfte seines Umsatzes mit Dritten, ist dies typischerweise ein Indiz für Vollfunktion. Insbesondere bei Gemeinschaftsunternehmen, die Outsourcing-Dienstleistungen für die Muttergesellschaften anbieten, wird – neben anderen Voraussetzungen<sup>20</sup> – ein erheblicher Umsatz mit Dritten gefordert.<sup>21</sup>

31. Die Zusammenschlussparteien rechnen damit, dass xentive nach einer Übergangsphase von höchstens drei Jahren ein Umsatzvolumen von ca. CHF [...] mit Outsourcing-Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und –kampagnen (vgl. Rz 9) generieren wird. Sie rechnen ebenfalls damit, dass xentive nach einer Übergangsphase von höchstens drei Jahren ein Umsatzvolumen von ca. CHF [...] mit Integrator-Support-Dienstleistungen generieren wird.<sup>22</sup> Ausgehend von einem geplanten Gesamtumsatzvolumen von xentive für 2015 von ca. CHF [...], würde xentive mehr als 50% ihres Umsatzes mit Dritten erwirtschaften.

32. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass xentive eine autonome Marktpräsenz aufweist.

#### *Wirtschaftliche Selbständigkeit*

33. Gemäss den Zusammenschlussparteien wird xentive in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen. Sie führen dazu aus, dass insbesondere alle Vertragsbeziehungen zwischen xentive und den gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaften nach dem Fremdvergleichsgrundsatz („at arm's length“) abgeschlossen werden. Die eigenständige operative Geschäftsführung werde ferner durch das eigene, sich dem Tagesgeschäft widmende Management und durch den von den Parteien unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten, welcher aufgrund seiner Marktkenntnisse nominiert werde, garantiert. Xentive wird über eigene personelle Ressourcen ([...] Vollzeitstellen) verfügen. In Bezug auf die notwendigen betrieblichen Ressourcen wird xentive über eine eigene Nutzungslizenz für die Mediaspectrum-Software und über die notwendige IT-Infrastruktur verfügen. Ausreichende finanzielle Ressourcen sind ebenfalls vorhanden. [...]

34. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass xentive als wirtschaftlich selbständiges Unternehmen zu qualifizieren ist.

#### *Dauer*

35. Art. 16 des Aktionärsbindungsvertrags sieht vor, dass xentive ihre Geschäftstätigkeiten als Gemeinschaftsunternehmen anfänglich für eine feste Dauer [...].

36. In Anlehnung an die Praxis der EU<sup>23</sup> ist auch vorliegend davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer angelegt ist. Namentlich berechtigen Bestimmungen über Unvorhergesehenes wie z.B. Insolvenz oder grundlegende Meinungsverschiedenheiten der Muttergesellschaften, welche eine Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens oder den Rückzug der Muttergesellschaften aus dem Gemeinschaftsunternehmen vorsehen, nicht zur Annahme, das Gemeinschaftsunternehmen sei nicht auf Dauer angelegt. Dasselbe gilt, wenn in der Vereinbarung eine Frist für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens festgelegt ist, sofern diese Frist ausreicht, um eine dauerhafte Veränderung der Struktur der betroffenen Unternehmen herbeizuführen. Vorliegend ist das Gemeinschaftsunternehmen zwar anfänglich auf [...] Jahre befristet, wobei sich die Dauer automatisch jeweils um [...] verlängert. Gemäss den Zusammenschlussparteien bestehe derzeit keine Absicht, die Aktivitäten von xentive zeitlich zu beschränken.

37. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass xentive als Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer angelegt ist.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

38. 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**

39. 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 Mia. 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).

<sup>17</sup> Pressemitteilung von xentive vom 23. August 2013: „Le Temps entscheidet sich für das Anzeigen-Management-System von xentive“, <<http://www.xentive.ch/de/unternehmen-digital/news/news-single-view/article/2013/08/23/le-temps-entscheidet-sich-fuer-das-anzeigen-management-system-von-xentive/>> (12.9.2013).

<sup>18</sup> RPW 2011/2, 283, Fn 2, *Resun Plus AG*.

<sup>19</sup> EU-Mitteilung (Fn 15), Rz 97.

<sup>20</sup> „Dabei könnte es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handeln, wenn erheblicher Umsatz mit Dritten angestrebt wird, die Beziehung zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und seinen Muttergesellschaften echten geschäftlichen Charakter hat und die Geschäfte auf der Grundlage normaler Marktbedingungen erfolgen.“

<sup>21</sup> EU-Mitteilung (Fn 15), Rz 98 f.

<sup>22</sup> [...].

<sup>23</sup> EU-Mitteilung (Fn 15), Rz 103.

40. Für die Berechnung der Umsätze nach Art. 9 Abs. 1 KG sind die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend (Art. 3 Abs. 1 KG). Wie beim Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen gelten auch beim Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein Unternehmen, welches bisher unter alleiniger Kontrolle stand, die Unternehmen, welche neu die gemeinsame Kontrolle

ausüben, als beteiligte Unternehmen. Kein beteiligtes Unternehmen ist hingegen das bislang allein kontrollierte Tochterunternehmen.<sup>24</sup>

41. Wie aus nachstehender Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend nicht erfüllt.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2012 (in Mio. CHF)

	<b>Weltweit</b>	<b>Schweiz</b>
Mediaspectrum <sup>25</sup>	[...] <sup>26</sup>	[...] <sup>27</sup>
Publigroupe	285,1	227,1
Total	[...]	[...]

42. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

43. Die WEKO stellte im Verfahren „Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern“ am 5. März 2007 rechtskräftig fest, dass Publigroupe im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>28</sup> Die Tatsache, dass das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Juni 2012 die Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission aufgehoben hat, welche die Marktbeherrschung unabhängig von einem Missbrauch feststellte,<sup>29</sup> ändert nichts an der rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung in Ziffer 2 des Dispositivs, welche einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Publigroupe feststellte und vom Bundesgericht nicht aufgehoben wurde.<sup>30</sup>

44. Die Parteien bringen vor, dass sich die Marktbedingungen in den sechs Jahren seit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Publigroupe signifikant geändert hätten, weshalb Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz nicht länger als marktbeherrschend betrachtet werden könne. Obwohl die marktbeherrschende Stellung im Jahre 2007 festgestellt wurde, ist diese Feststellung noch immer Auslöser einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG. Die Meldepflicht gilt so lange, bis die entsprechende Feststellung aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung kann nach der herrschenden Lehre von Amtes wegen oder auf Antrag der betreffenden Parteien durch eine Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG geschehen.<sup>31</sup> In der Meldung werden jedoch keine Argumente vorgebracht, welche es erlauben würden, die marktbeherrschende Stellung der Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung

und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz in Frage zu stellen.

45. Eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

46. Vorliegend bezieht sich die rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung auf den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz. Xentive erbringt heute Outsourcing-Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und -kampagnen für Publicitas. Damit stellt sie Publicitas die für die Vermittlung von Werbeaufträgen notwendigen IT- und Business-Tools zur Verfügung. Folglich bezieht sich die Geschäftstätigkeit von xentive auf einen Markt, der in sachlicher Hinsicht dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien vorgelagert ist. Die von xentive angebotenen Outsourcing-Dienstleistungen werden nämlich von Publicitas für die Erbringung ihrer Tätigkeit als Vermittlerin von Inserate- und Werberaum in Printmedien benötigt. Folglich ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

<sup>24</sup> MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 46 (nachfolgend: BKS- REINERT).

<sup>25</sup> Die Zusammenschlussparteien haben die Umsätze in CHF aufgrund des durchschnittlichen Fremdwährungskurses des Jahres 2012 (Januar – Dezember) gemäss der Schweizerischen Nationalbank (USD 1 = CHF 0,9376) berechnet (vgl. Fn 26 und 27).

<sup>26</sup> Entspricht USD [...].

<sup>27</sup> Entspricht USD [...].

<sup>28</sup> RPW 2007/2, 239, Dispositiv Ziff. 1, *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>29</sup> RPW 2013/1, 137, Dispositiv Ziff. 2, *Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010*.

<sup>30</sup> RPW 2013/1, 95, Rz 23 ff., *PubliGroupe/ImproveDigital*.

<sup>31</sup> BSK-KG REINERT (Fn 24), Art. 9 KG N 326.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

47. 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).

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

##### B.4.1 Relevante Märkte

49. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben von Relevanz sind. Publigroupe ist laut Meldung ausserhalb von xentive nicht im IT-Bereich tätig. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien bestehen keine Überschneidungen der Aktivitäten von Publigroupe, xentive und Mediaspectrum, auch nicht ausserhalb des IT-Bereichs. Es rechtfertigt sich daher, nur diejenigen Märkte abzugrenzen, in welchen xentive und Mediaspectrum tätig sind.

50. Ebenfalls verzichtet wird auf eine Abgrenzung der durch xentive ausschliesslich gruppenintern aufgrund der historischen Gegebenheiten erbrachten Dienstleistungen<sup>32</sup>, da diese gruppeninternen Dienstleistungen nicht auf dem Markt angeboten werden (vgl. Rz 8).<sup>33</sup>

##### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

51. 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).

52. Xentive ist primär im Bereich IT-Services (B.4.1.1.1) und Mediaspectrum im Bereich der Software-Entwicklung (B.4.1.1.2) tätig. Folglich sind die sachlich relevanten Märkte in diesen beiden Bereichen abzugrenzen.

##### B.4.1.1.1 Sachlich relevante Märkte im Bereich IT-Services

53. Die WEKO hat erst kürzlich wieder darauf hingewiesen, dass sich die Einteilung der IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte als schwierig erweist, da sich die einzelnen Dienstleistungen teilweise überschneiden beziehungsweise ineinander übergehen.<sup>34</sup>

54. In Anlehnung an die Praxis der EU und des „IT Services Market Definition Guide“ des Industrieanalysten Gartner Inc.<sup>35</sup> hat die WEKO die IT-Dienstleistungen zumeist in folgende Teilmärkte unterteilt:<sup>36</sup>

- Hardware Maintenance;
- Software Maintenance;
- Business Management Services (Outsourcing);
- Education and Training;

- Development and Integration Services;
- IT Management Services;
- Consulting.

55. Bisher offen gelassen wurde die Frage, ob zusätzlich noch eine branchenspezifische Segmentierung dieser Teilmärkte nach Garnter zu erfolgen hätte.<sup>37</sup> In einem kürzlich ergangenen Entscheid wurde zwar erneut der Frage nachgegangen, ob betreffend gewisse Teilmärkte eine branchenspezifische Abgrenzung – *in casu* im Finanz-/Bankenbereich – angezeigt sei. Allerdings konnte auch im Rahmen des genannten Zusammenschlussvorhabens eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktabgrenzungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gab. Dies galt insbesondere auch dort, wo gemäss den Erwägungen der WEKO die Annahme des engst möglichen Marktes und damit einer branchenspezifischen Abgrenzung allenfalls sinnvoll erscheinen konnte.<sup>38</sup> Die Europäische Kommission verwies diesbezüglich vor zwei Jahren im Fall Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services<sup>39</sup> auf die Ergebnisse einer Marktuntersuchung, nach welchen eine weitere Segmentierung nicht angezeigt zu sein schien. Die Marktuntersuchung zeigte zudem auf, dass der IT-Dienstleistungsmarkt dynamischer Natur ist und eine gewisse angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen besteht, da die grossen IT-Service-Provider technisch in der Lage sind, ihre

<sup>32</sup> Darunter sind nicht die unter Rz 9 beschriebenen Outsourcing-Dienstleistungen zu zählen, für welche nachfolgend ein relevanter Markt abgegrenzt wird (vgl. Rz 57 ff.).

<sup>33</sup> Gemäss den Zusammenschlussparteien käme xentive selbst unter Einbezug in den Markt dieser rein gruppenintern erbrachten Dienstleistungen im Bereich des Betriebs von IT-Anlagen nur ein marginaler Anteil zu. Zudem sollen diese internen Aktivitäten im Zusammenhang mit der vorliegenden Transaktion eingestellt werden (vgl. Rz 8).

<sup>34</sup> RPW 2013/2, 264, Rz 26, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>35</sup> Vgl. <<http://www.gartner.com/technology/home.jsp>> (16.9.2013).

<sup>36</sup> RPW 2013/2, 264, Rz 27, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*; RPW 2011/3, 421, Rz 6, *BSI AG/Avaloq Group AG*; RPW 2009/2, 161, Rz 26 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; RPW 2003/2, 300, Rz 21 f., *Accenture AG/Systor AG*; RPW 2002/4, 632, Rz 15, *IBM Deutschland GmbH/PWG Consulting AG*.

<sup>37</sup> Im Fall *Swisscom AG/AGI IT Services AG* (RPW 2001/4, 755, Rz 15 f.) wurde der IT-Dienstleistungs-Teilmarkt für Projektdienstleistungen in verschiedene branchenspezifische Segmente unterteilt. Dies, weil das Erbringen solcher Dienstleistungen ein hohes Know-how über die jeweilige Branche voraussetze. Dieser Entscheid erging allerdings noch bevor die WEKO 2002 begann, IT-Service-Teilmärkte in Anlehnung an die Praxis der EU und des „IT Services Market Definition Guide“ von Gartner zu unterteilen.

<sup>38</sup> RPW 2013/2, 265, Rz 30, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>39</sup> Case COMP/M.6127, 25.03.2011, *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*.



Dienstleistungen branchenübergreifend zu erbringen, und dies auch tun.<sup>40</sup> Eine definitive Marktabgrenzung wurde in diesem Fall indes nicht vorgenommen, bzw. wurde offen gelassen.

56. Bezugnehmend auf die praxismässige Marktabgrenzung des IT-Services-Markts in die oben genannten Teilmärkte, sind die von xentive gegenwärtig angebotenen Outsourcing-Dienstleistungen dem Markt für Business Management Services (Outsourcing) und die zukünftig geplanten Integrator-Support-Dienstleistungen dem Markt für Development and Integration Services zuzuordnen. Auf die Frage, ob eine branchenspezifische Marktabgrenzung für diese beiden Teilmärkte vorliegend angezeigt ist, wird nachfolgend eingegangen (vgl. Rz 59 und 62).

### **Business Management Services (Outsourcing)/Business Process Outsourcing (BPO)**

57. Der Markt für Business Management Services bezieht sich auf das Outsourcing von Geschäftsprozessen wie Logistik, Beschaffung, Personal, Buchhaltung oder Customer Relationship Management an Dritte.<sup>41</sup> Die Zusammenschlussparteien verwenden dafür den Begriff Business process outsourcing (BPO).<sup>42</sup>

58. Gemäss den Zusammenschlussparteien betreffen alle aktuell von xentive angebotenen Dienstleistungen (vgl. Rz 9) die IT-Auftragsabwicklung von Werbung oder Inseraten bzw. damit zusammenhängende Prozesse/Dienstleistungen. Sie führen dazu aus, dass die Ausführung dieser Prozesse im Rahmen eines Outsourcing durch die Medienunternehmen bzw. durch Publicitas an xentive erfolge. Es handle sich um Dienstleistungen, die mittels IT erbracht würden (IT-Services) und von welchen einige namentlich mit dem Customer Relationship Management (CRM) und der Logistik vergleichbar seien (z.B. Kontakteverwaltung, Abwicklung Werbeprozesse, Versand). Vorliegend ist der Darstellung der Parteien zu folgen und die von xentive angebotenen Dienstleistungen in Form von operativen und technologischen Prozessen zur Abwicklung von Werbeschaltungen und –kampagnen können folglich als BPO-Dienstleistungen qualifiziert werden.

59. Die Frage, ob der Teilmarkt für Business Management Services/BPO-Dienstleistungen allenfalls branchenspezifisch abzugrenzen sei, wurde von der WEKO kürzlich erst – mangels wettbewerbsrechtlicher Bedenken bezüglich beider Hypothesen – offengelassen. Den Erwägungen ist jedoch zu entnehmen, dass Indizien dafür bestanden, dass BPO-Dienstleistungen branchenübergreifend angeboten werden und kein sektorspezifisches Know-how voraussetzen.<sup>43</sup> Vorliegend machen die Zusammenschlussparteien denn auch geltend, dass die von xentive angebotenen BPO-Dienstleistungen aus technischer Sicht auch durch andere IT-Outsourcing-Anbieter wie z.B. Swisscom IT Services erbracht werden können. Ob der Markt für Business Management Services allerdings tatsächlich weiter zu unterteilen wäre, kann indessen offenbleiben, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben insoweit unter keiner der möglichen Marktabgrenzungen zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt (vgl. Tabelle 2 und Rz 77 f.).

### **Development and Integration Services**

60. Der Markt für Development and Integration Services umfasst die Integration von bestehenden Systemen durch die Entwicklung und Implementierung entsprechender Software.<sup>44</sup> Vereinfacht ausgedrückt integriert der Anbieter von Integrations-Dienstleistungen ein Softwareprodukt eines Herstellers in die IT-Landschaft seiner Kunden.<sup>45</sup> Die Aufgabe von Support-Dienstleistern für Integratoren besteht darin, die Integratoren in besonderen Punkten der Softwareintegration zu unterstützen. Diesbezüglich können Support-Dienstleister offenbar auf Inputs des Software-Entwicklers zurückgreifen.

61. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien fallen Support-Dienstleistungen für Integratoren ebenfalls in den Teilmarkt der Entwicklungs- und Integrationsdienstleistungen, weil die Support-Dienstleistungen auf denselben Grundlagen beruhen (z.B. Software Dokumentation, Rückfragen beim betreffenden Software-Entwickler) und im Zusammenhang mit der Softwareintegration stehen. Für den Zweck des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann dieser Marktabgrenzung gefolgt werden.

62. Zur Frage, ob der Teilmarkt Development and Integration Services allenfalls industriespezifisch abzugrenzen sei, verweisen die Zusammenschlussparteien auf die ihrer Ansicht nach hohe Angebotssubstituierbarkeit. Betreffend Integrationsleistungen führen sie insbesondere aus, dass branchenübergreifend tätige IT-Service-Provider, wie etwa Swisscom IT Services AG oder Arvato, Integrationsdienstleistungen für Medienunternehmen (wie beispielsweise [...]) betreffend Software für den Medienbereich erbringen (so etwa für die Software der alfa Media Partner GmbH). Bezüglich Support-

<sup>40</sup> „The respondents to the market investigation confirmed almost unanimously that the Gartner segmentation of the IT market is still relevant, [...]. The market investigation also indicated that the majority of the respondents does not consider the further segmentation of the IT services markets based on customers' sector or the distinction between small and large customers as relevant. Finally, the market investigation confirmed that the market for IT services is a dynamic market with a degree of supply-side substitutability between the various IT services, as the main IT service providers are technically able to and do provide services to customers active across a large number of sectors.” (Case COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 16, Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services).

<sup>41</sup> RPW 2013/2, 267, Rz 40, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*; RPW 2003/2, 300, Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

<sup>42</sup> Vgl. Definition gemäss Gartner: “Business process outsourcing (BPO) is the delegation of one or more IT-intensive business processes to an external provider that, in turn, owns, administrates and manages the selected processes based on defined and measurable performance metrics. BPO offerings are categorized in two major categories: horizontal offerings (those that can be leveraged across specific industries) and vertical-specific offerings (those that demand specific industry vertical process knowledge).”, <<http://www.gartner.com/it-glossary/business-process-outsourcing-bpo>> (13.9.2013).

<sup>43</sup> RPW 2013/2, 267, Rz 40, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>44</sup> RPW 2003/2, 300, Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

<sup>45</sup> Vgl. Definition gemäss Gartner: “Integration services are detailed design and implementation services that link application functionality (custom software or package software) and/or data with each other or with the established or planned IT infrastructure. Specific activities might include project planning, project management, detailed design or implementation of application programming interfaces, Web services, or middleware systems.”, <<http://www.gartner.com/it-glossary/integration>> (16.9.2013).

Dienstleistungen für Integratoren machen sie geltend, dass in technischer Hinsicht jegliche IT-Service-Anbieter Support-Dienstleistungen für Integratoren anbieten können, ohne dass sie über besondere branchenspezifische Kenntnisse verfügen müssten. Unter der Voraussetzung, dass der Support-Dienstleister tatsächlich – wie von den Zusammenschlussparteien geltend gemacht – auf die Inputs/Hilfe des Software-Entwicklers (Support des Supporters) zurückgreifen kann, scheint eine branchenübergreifende Marktabgrenzung plausibel. Die genaue Marktabgrenzung kann indessen offenbleiben, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben insoweit unter keiner der möglichen Marktabgrenzungen zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt (vgl. Tabelle 2 und Rz 79).

#### **B.4.1.1.2. Sachlich relevante Märkte im Bereich Software**

63. Die meldenden Parteien sind der Ansicht, dass die von Mediaspectrum angebotenen Produkte als Unternehmensanwendungssoftware (Enterprise Application Software, EAS)<sup>46</sup> zu qualifizieren und deren Segmente Management der Kundenbeziehungen (Customer Relationship Management, CRM) und Lieferkettenmanagement (Supply Chain Management, SCM) zuzuordnen sind.

64. Die Europäische Kommission unterteilt den Markt für Unternehmenssoftware in Infrastruktursoftware und Unternehmensanwendungssoftware (EAS). Bei EAS handelt es sich um Softwareprogramme für einen bestimmten Aspekt der Planung, Durchführung oder Zusammenarbeit in einem Unternehmen, einer Behörde oder einer sonstigen Organisation. EAS-Software wird für Geschäftsvorgänge wie die Verwaltung der Unternehmensfinanzen, die Automatisierung des Vertriebs und des Marketing eines Unternehmens oder die Verwaltung der Ressourcen für Unternehmensprojekte eingesetzt.<sup>47</sup> Der EAS-Markt kann weiter in die Segmente Enterprise Resource Planning (ERP), Customer Relationship Management (CRM), Supplier Relationship Management (SRM), Supply Chain Management (SCM), Product Lifecycle Management (PLM) und Business Analytics (BA) unterteilt werden.<sup>48</sup>

65. CRM (Management der Kundenbeziehungen) umfasst Anwendungen, die die Geschäftsfunktionen auf der Kundenseite automatisieren (also Vertrieb, Marketing, Kundendienst und Unterstützung, Call-Center und sämtliche Prozesse der Vertriebsautomatisierung: Bestellungsbearbeitung, Kontaktmanagement, Informationsweitergabe, Bestandsüberwachung und -kontrolle, Verfolgung der Bestellungen, Verkaufsprognosen und -analysen usw.). SCM (Lieferkettenmanagement) umfasst Anwendungen zur Automatisierung der Planung, Herstellung und Lieferung einer Ware oder eines Dienstes (also Lieferplanung, Herstellung, Ausführung der Bestellung, Verteilung und Logistik, Akquisition und Beschaffung).<sup>49</sup>

66. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien bildet CRM einen wichtigen Teil des Softwareangebots von Mediaspectrum. Die Software von Mediaspectrum dient dem Anwender ferner zur Verwaltung von Werbung und Inhalten, die dem Anwender von den Werbenden bzw. Inserierenden zugestellt und mittels verschiedener Prozesse (z.B. Aufbereitung, Platzierung,

Kontrolle) in die entsprechenden Medien gelangen müssen. Diese Funktion kann somit dem Segment SCM zugeordnet werden.

67. Ob die Software von Mediaspectrum einem EAS-Markt oder den Teilmärkten CRM und SCM zuzuordnen ist, kann vorliegend offen gelassen werden, weil das Zusammenschlussvorhaben unter keiner der Hypothesen zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Aus den gleichen Gründen kann ebenfalls die Frage offen gelassen werden, ob ein branchenspezifischer EAS-Markt abgegrenzt werden sollte (vgl. Tabelle 2 und Rz 82 f.). Dazu bleibt anzumerken, dass auch eine Marktbefragung der Europäischen Kommission keine schlüssigen Ergebnisse in dieser Frage zu Tage förderte.<sup>50</sup>

#### **B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

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

##### **B.4.1.2.1. Räumlich relevante Märkte im Bereich IT-Services**

69. Im Bereich IT-Services ist die WEKO ursprünglich von nationalen Märkten ausgegangen.<sup>51</sup> In späteren Fällen hielt die WEKO fest, dass aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens der räumlich relevante Markt unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte. Die definitive Marktabgrenzung wurde jedoch jeweils offen gelassen.<sup>52</sup>

70. Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, dass für IT-Services Märkte eine mindestens EWR-weite (inklusive Schweiz) räumliche Marktabgrenzung in Betracht gezogen werden sollte. Sie begründen dies damit, dass aufgrund der verfügbaren und kosteneffizienten modernen Telekommunikations- und Internetverbindungen IT-Services wie BPO und Development and Integration Services unabhängig vom geografischen Standort des Dienstansbieters erbracht werden können.

71. Auch im vorliegenden Fall kann die Frage der definitiven räumlichen Marktabgrenzung von IT-Services offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt.

<sup>46</sup> Vgl. Definition Gartner: "Enterprise application software includes content, communication, and collaboration software; CRM software; digital and content creation software, ERP software; office suites; project and portfolio management; and SCM software.", <<http://www.gartner.com/it-glossary/enterprise-application-software>> (16.9.2013).

<sup>47</sup> Case COMP/M.3216, 26.10.2004, *Oracle/Peoplesoft*, Rz 15 und 17; Case COMP/M.5904, *SAP/Sybase*, Rz 18.

<sup>48</sup> Case COMP/M.4944, 21.11.2007, *SAP/Business Objects*, Rz 7, Case COMP/M.5904, 20.7.2010, *SAP/Sybase*, Rz 21.

<sup>49</sup> Case COMP/M.3216, 26.10.2004, *Oracle/Peoplesoft*, Rz 18.

<sup>50</sup> Case COMP/M.5904, 20.7.2010, *SAP/Sybase*, Rz 28.

<sup>51</sup> RPW 2001/4, 757 f., *Swisscom/AGI IT Services*; RPW 2002/4, 633 Rz 21 f., *IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zurich*.

<sup>52</sup> RPW 2003/2, 301 Rz 25, *Accenture AG/Systor AG*; RPW 2009/2, 162 Rz 47 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; RPW 2013/2, 268, Rz 48, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

#### **B.4.1.2.2. Räumlich relevante Märkte im Bereich Software**

72. Die WEKO hat bis anhin keine räumlich relevanten Märkte für EAS oder deren Unterkategorien CRM- oder SCM Software abgegrenzt. Die Europäische Kommission zog für EAS bislang eine EWR-weite, wenn nicht weltweite Marktabgrenzung in Betracht, liess die definitive Marktabgrenzung jedoch offen, da die zu prüfenden Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engst möglichen Marktabgrenzung (EWR) keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorriefen.<sup>53</sup>

73. Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, der räumlich relevante Markt sei mindestens EWR-weit (inklusive Schweiz) wenn nicht weltweit abzugrenzen. Sie begründen dies damit, dass Software virtuell ohne jegliche Relevanz des Aufenthaltsortes des Verkäufers/Entwicklers bezogen werden könne. Gemäss der eingereichten Kundenliste von Mediaspectrum werden deren Produkte von verschiedenen Medienunternehmen weltweit bezogen (vgl. Fn 63 und 64).

74. Auch im vorliegenden Fall kann die Frage der definitiven räumlichen Marktabgrenzung von EAS offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt (vgl. Tabelle 2 und Rz 84).

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

75. 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.

##### **B.4.2.1 Marktanteile**

76. Die geschätzten Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den oben abgegrenzten Märkten sind in nachfolgender Tabelle aufgeführt. Wie daraus ersichtlich ist, führt das Zusammenschlussvorhaben auch bei den engst möglichen – insbesondere bei hypothetisch medienspezifischen – Marktabgrenzungen zu keinen betroffenen Märkten.

---

<sup>53</sup> Case COMP/M.4944, 21.11.2007, *SAP/Business Objects*, Rz 17 f.; Case COMP/M.5904, 20.7.2010, *SAP/Sybase*, Rz 29 f.

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien

Markt	Publigruppe	Mediaspectrum	Total	Betroffen nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU
Business Management Services (Outsourcing) in der Schweiz	[0 – 10] %	0 %	[0 – 10] %	nein
Business Management Services (Outsourcing) im Medienbereich in der Schweiz	< 30 %	0 %	< 30 %	nein
Development and Integration Services in der Schweiz	0 %	< 30 %	< 30 %	nein
Development and Integration Services im Medienbereich in der Schweiz	0 %	< 30 %	< 30 %	nein
EAS (weltweit, EWR-weit oder schweizweit)	0 %	[0 – 10] %	[0 – 10] %	nein
EAS (weltweit, EWR-weit oder schweizweit) im Medienbereich	0 %	[0 – 10] %	[0 – 10] %	nein

#### B.4.2.2 Erläuterungen zu den Marktanteilsschätzungen

##### B.4.2.2.1. Business Management Services (Outsourcing)

77. Die Zusammenschlussparteien verfügen über keine Marktdaten weder betreffend den IT-Services-Markt noch betreffend dessen Teilmarkt Business Management Services (Outsourcing). Für die Marktanteilsberechnung ziehen sie einerseits Schätzungen der Swisscom, nach welchen der Schweizer Markt für Informatikdienstleistungen im Jahr 2012 ein Umsatzvolumen von rund CHF 6,6 Mia. erreicht hat<sup>54</sup>, heran.<sup>55</sup> Andererseits verweisen sie auf das Marktvolumen des Schweizer Marktes für Business Management Services (Outsourcing) im Bankenbereich von CHF 150 – 200 Mio.<sup>56</sup>, welches sie mit dem Faktor 7 multiplizieren<sup>57</sup>, um das Marktvolumen eines nicht branchenspezifischen Business Management Services (Outsourcing) Marktes, von ca. CHF 1'050 Mio zu erhalten. Mit einem Umsatz von CHF [...] (bzw. [...])<sup>58</sup>, kommt xentive somit ein Marktanteil von [1 – 10 %] zu.

78. Würde ein medienpezifischer relevanter Markt für Business Management Services (Outsourcing) abgegrenzt werden, schätzen die Zusammenschlussparteien den Marktanteil von xentive aufgrund folgender Überlegungen: Die BPO-Dienstleistungen von xentive werden derzeit hauptsächlich von Publicitas genutzt. Die von

<sup>54</sup> Geschäftsbericht Swisscom 2012, <[http://report.swisscom.ch/sites/swisscom-report.ch/files/pdf/report/all/Swisscom\\_GB\\_2012\\_de.pdf](http://report.swisscom.ch/sites/swisscom-report.ch/files/pdf/report/all/Swisscom_GB_2012_de.pdf)> (19.9.2013).

<sup>55</sup> Mit einem Umsatz im Geschäftsjahr 2012 von CHF [...] würde xentive ein Marktanteil von [0 – 10 %] in einem Schweizer Markt für IT-Services zukommen.

<sup>56</sup> RPW 2013/2, 273, Rz 79 (Tabelle), *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>57</sup> BPO-Dienstleistungen werden neben dem Bankensektor auch in den Sektoren Versicherungen, Medien, Telekommunikation, öffentliche Verwaltung, Gesundheits- und Sozialwesen und Industrie erbracht.

<sup>58</sup> Vgl. Fn 55.

Publicitas genutzten BPO-Dienstleistungen werden lediglich für die Anzeigen [...] beansprucht. Zahlreiche weitere Medienunternehmen greifen für die Verwaltung der Anzeigen und die damit verbundenen weiteren administrativen Aufgaben partiell (insbesondere [...]) oder vollumfänglich ([...]) auf eigene Ressourcen zurück und haben entsprechende Kapazitäten inhouse verfügbar. Die WEKO hat kürzlich die Frage, ob Eigenleistungen bzw. kaptive Umsätze für die Berechnung des relevanten Gesamtvolumens zu berücksichtigen sind, offen gelassen, da der betreffende Zusammenschluss auch bei Nichtberücksichtigung von Eigenleistungen zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gab.<sup>59</sup> Die Frage, ob die kaptiven Umsätze im Falle einer konkreten Marktanteilsberechnung zu berücksichtigen wären, ist vorliegend ebenfalls offenzulassen, da es sich nur um die Darstellung eines hypothetischen medienpezifischen BPO-Markts handelt. Letztlich ist – trotz der Tatsache, dass die Mehrheit der Medienunternehmen die genannten Dienstleistungen zu einem grossen Teil intern zu erbringen scheint – gemäss Meldung nicht ausgeschlossen, dass Medienunternehmen Bestandteile des Dienstleistungsangebots von xentive auch einzeln bei externen Dienstleistern beziehen. Die Zusammenschlussparteien verfügen zwar über keine Daten zum hypothetischen Segment der medienpezifischen Business Management Services (Outsourcing), melden jedoch aufgrund obiger Überlegungen gegenüber der WEKO, dass der Marktanteil von xentive in einem solchen Markt kleiner als 30 % wäre.

#### B.4.2.2.2. Development and Integration Services

79. Xentive bietet gegenwärtig weder Integrationsdienstleistungen noch Integrator-Support-Dienstleistungen an und wird erst nach Abschluss des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens Support-Dienstleistungen für Integratoren von Mediaspectrum anbieten, weshalb ihr Marktanteil im Markt für Entwicklungs- und Integrationsdienstleistungen gegenwärtig 0 % beträgt. Dasselbe würde sowohl bei einer medienpezifischen Marktabgrenzung des Entwicklungs- und Integrationsdienstleistungsmarkts sowie bei einer engeren Marktabgrenzung, welche nur Support-Dienstleistungen für Integratoren umfassen würde, gelten. Selbst wenn Support-Dienstleistungen für Integratoren einem anderen IT-Services-Markt (z.B. Consulting) zugerechnet würden, betrüge der Marktanteil von xentive 0 %, da sie heute ausschliesslich BPO-Dienstleistungen erbringt.

80. Publigroupe ist weder als Integrationsdienstleisterin noch als Integrationsupportdienstleisterin (abgesehen von der geplanten Aktivität von xentive) tätig und bietet (mit Ausnahme von xentive) auch sonst keine IT-Services an.

81. Mediaspectrum hat bisher keine unabhängigen Integrationsdienstleistungen in der Schweiz angeboten – ausgenommen für mit Publigroupe verbundene Unternehmen und in direktem Zusammenhang mit Verkäufen eigener Software. Mediaspectrum ist frei, Integrationsupportdienstleistungen in einzelnen Fällen und auf spezifische Anfrage hin bei ihren Kunden anzubieten. Der mit diesen Aktivitäten zusammenhängende Marktanteil dürfte jedoch unter 30 % liegen. Gemäss der Darstellung der Zusammenschlussparteien ist eine Vielzahl verschiede-

ner IT-Services-Anbieter in der Lage, Integrator-Support-Dienstleistungen für Mediaspectrum Produkte anzubieten.

#### B.4.2.2.3. EAS

82. Mediaspectrum schätzt ihren Anteil in den EAS-Segmenten CRM und SCM auf weniger als [0 – 10 %] auf einer weltweiten Basis ein. Die Zusammenschlussparteien führen dazu aus, dass das Softwareangebot von Mediaspectrum erheblichem Wettbewerb durch verschiedene Anbieter ausgesetzt ist, die Lösungen für die Funktionalitäten einer Medienplattform (namentlich Tools zur Werbungsproduktion und –platzierung)<sup>60</sup> oder umfassende Plattformlösungen<sup>61</sup> für Medienunternehmen anbieten. Auch IT-Abteilungen von Grossunternehmen können nebst Eigenentwicklungen oder Custom Software<sup>62</sup> auch gewisse Angebote von Wettbewerbern als Plattformen heranziehen, welche sodann mit eigenen add-on Applikationen adaptiert werden.

83. Auch bei einer Beschränkung auf den Mediensektor schätzt Mediaspectrum ihren Marktanteil weltweit auf weniger als [0 – 10 %]. Diese Anteilsschätzung beruht auf der Tatsache, dass von den weltweit tätigen, grossen Medienunternehmensgruppen bzw. von den weltweit erscheinenden, auflagestärksten Zeitungen nur einige wenige Kunden von Mediaspectrum sind. Von den weltweit bestehenden, wichtigen Medienunternehmensgruppen<sup>63</sup> sind nur sechs Unternehmensgruppen, nämlich Gannett Company (nur digital), Hearst Corporation, News Corp, Postmedia Network, Québecor Media und Tribune Company Kunden von Mediaspectrum. Von den

<sup>59</sup> RPW 2013/2, 272, Rz 46 und 77 ff., *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>60</sup> Solche Lösungen werden namentlich von SAP (mit deren Produkt IS Media), Salesforce.com, Atex, Ltd., DFP (DoubleClick for Publishers by Google Inc.), alfa Media Partner GmbH, DTI AG, Saxotec Inc. oder CCI Europe, Inc. angeboten.

<sup>61</sup> Z.B. Operative Media, Inc.

<sup>62</sup> Spezifisch auf einen Einsatzzweck solcher Unternehmen massgeschneiderte Software.

<sup>63</sup> Gemäss der Aufstellung unter Wikipedia, Media conglomerate: 21 st Century Fox, ABS-CBN Corporation, Advance Publications, American Media, AOL, BBC, Bell Media, Belo, Bennet Coleman and Co. Ltd, Bertelsmann, Bonnier, Cablevision, Canadian Broadcasting Corporation (CBC), CBS Corporation, Clear Channel Communications, Comcast, Discovery Communications, Dogan Group Companies, E. W. Scripps Company, Fininvest Fujisankei Communications Group, GMA Network, Inc., Grupo Abril, Grupo Clan'n, Grupo PRISA, Grupo Televisa, Hubbard Broadcasting, Ion Media Networks, Lagardère Active, Liberty Media, NBCUniversal, Neofomat, Next Media, Organizações Globo, Rogers Communications, Schibsted, Shaw Communications, Sinclair Broadcast Group, Sony Corporation of America, Sun-Times Media Group, The Jim Pattison Media Group, The New York Times Company, The Walt Disney Company, The Washington Post Company, Time Warner, Time Warner Cable, Viacom, Vice, Village Voice Media, Vivendi, <[http://en.wikipedia.org/wiki/Media\\_conglomerate](http://en.wikipedia.org/wiki/Media_conglomerate)> (19.9.2013).

weltweit bestehenden Zeitungen nach Auflagenstärke<sup>64</sup>, sind nur neun Zeitungen, nämlich The Wall Street Journal, The Daily Mirror / Daily Record, Sunday Mirror, Daily Mirror, USA Today, Métro Express, Daily News und Los Angeles Times Kunden von Mediaspectrum. Die Kundenbeziehung von Mediaspectrum zu den verschiedenen als Kunden bezeichneten Unternehmen bzw. Gruppen ist in deren jeweiligem Umfang sehr unterschiedlich. Gemäss den Zusammenschlussparteien kann nicht davon ausgegangen werden, dass Mediaspectrum für die als Kunden bezeichneten Unternehmen bzw. Gruppen jeweils deren gesamtes Auftragsvolumen abdeckt. Im Gegenteil, zahlreiche dieser Kunden nutzen gemäss Meldung auch Software für die Verwaltung von Werbung und Inhalten, welche nicht von Mediaspectrum stammt.

84. Die Zusammenschlussparteien verfügen über keine genaueren Daten für eine Marktanteilsberechnung. Insbesondere können sie keine Angaben bezüglich der Marktstellung auf einem räumlich engeren Markt machen. Sie halten es jedoch für realistisch, die obige Veranschaulichung der weltweiten Marktstellung von Mediaspectrum und die daraus folgende Marktanteilsschätzung heranzuziehen, um die entsprechenden Marktanteile in der Schweiz bzw. im EWR-Raum zu schätzen.

#### B.4.3 Zwischenergebnis

85. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Folglich kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

#### B.4.4 Nebenabreden

86. Zu prüfen ist, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für sein Funktionieren notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.<sup>65</sup> Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionsrechtlichen Kommissionsentscheid.<sup>66</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>67</sup>

87. In der Meldung wird ausgeführt, dass jeder Aktionär für den Zeitraum von [...] keine Geschäftstätigkeit aufnehmen dürfe, die mit den Geschäftsaktivitäten von xentive übereinstimmen würden. [...].

88. [...].

89. Die von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Nebenabreden sind wie folgt zu beurteilen:

##### B.4.4.1 [...] -Verpflichtung

90. Vorweg ist zu beurteilen, ob die geltend gemachte Nebenabrede überhaupt als wettbewerbsbeschränkende Abrede zu qualifizieren ist. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so erübrigt sich jede weitere Prüfung.<sup>68</sup>

91. Wie die Zusammenschlussparteien zurecht ausführen, handelt es sich bei [...] lediglich um eine [...] -Verpflichtung. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist somit

vorderhand nicht ersichtlich, weshalb vorliegend nicht zu prüfen ist, ob die [...] die Voraussetzungen für eine Nebenabrede, welche durch das Konzentrationsprivileg gedeckt wäre, erfüllen würde.

#### B.4.4.2 Wettbewerbs- und Abwerbeverbot

92. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung vorgesehen sind.<sup>69</sup> Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>70</sup> Dieselben Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.<sup>71</sup>

<sup>64</sup> Gemäss der Aufstellung unter Wikipedia, List of Newspapers in the world by circulation: Yomiuri Shimbun, Asahi Shimbun, The Times of India, Mainichi Shimbun, Nihon Keizai Shimbun, The Sun, Dainik Jagran, Reference News, The Wall Street Journal, People's Daily, Malayala Manorama, The Daily Mail, The Mail on Sunday, Hindustan Dainik, Eenadu, Sankel Shimbun, Rajasthan Patrika, The Hindu, Lokmat Daily Thanthi, Amar Ujala, Deccan Chronicle, Sakshi, The Daily Mirror / Daily Record, Sunday Mirror, Daily Sakal, Guangzhou Daily, Mathrubhumi, Hindustan Times, Dinakaran, Southern Metropolis Daily, Ananda Bazar Patrika, Chutian Métro Daily, Yangcheng Evening News, Daily Mirror, Punjab Kesari, Hangzhou Daily, Dainik Bhaskar, The New York Times, The Sunday Times, Qianjiang Evening News, Xinmin Evening News, Zaman, Chengdu Economie Daily, Dinamalar, Huaxi City Daily, Aj, Pudhari, Daily Star, Beijing Youth Daily, Economie Daily, Bild, News of the World, Chunichi Shimbun, The Chosun ilbo, JoongAng Ilbo, Tokyo Sports, The Dong-a Ilbo, USA Today, Nikkan Sports, Sports Nippon, Qilu Evening News, Information Times, Yangtse Evening Post, Sankel Sports, Thal Rath, Hokkaido Shimbun, Global Times, Daily Sports, Sports Hocht, Yanzhao Metropolis Daily, Today Evening, News, Métro Express, Péninsule City News, New Express, Al-Ahram, Daily News, Nanfang Daily, Nishinippon Shimbun, Dahe Daily, Liaoshen Evening News, Western China City News, Kronen Zeitung, Al Gomhuria, Kom Chad Luek, Maeil, Business Newspaper, Chunichi Sports, Modern Express, Ouest-France, Divya Bhaskar, Beijing Evening News, The Economic Times, Moskovskij Komsomol, Los Angeles Times, Shizuoka Shimbun, Chugoku Shimbun, Rakyat Merdeka, Busan Ilbo, The Hankyoreh, Komsomolskaya Pravda, <[http://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_newspapers\\_in\\_the\\_world\\_by\\_circulation](http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_newspapers_in_the_world_by_circulation)> (19.9.2013).

<sup>65</sup> Vgl. MICHAEL LUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, S. 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDICAC n°31, Juni 1999, p.1.

<sup>66</sup> Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, 157 f.

<sup>67</sup> RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

<sup>68</sup> JÜRIG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 89.

<sup>69</sup> RPW 2012/4, 844 Rz 13, *BKW FMA Energie AG/Gruppe E SA/CC Energie SA*; Rz 36 der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (Amtsblatt der Europäischen Union C56/24 vom 5.3.2005, nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>70</sup> RPW 2012/1, 152, Rz 78, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; EU-Bekanntmachung, Rz 36.

<sup>71</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 41.

93. Das vorliegend vereinbarte [...] wie auch das [...] beziehen sich gemäss den erwähnten Ausführungen der beteiligten Unternehmen in der Meldung einzig auf [...] (vgl. Rz 87). Die genannten Wettbewerbsabreden sind als unmittelbar mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig zu qualifizieren.

94. [...] <sup>72</sup> <sup>73</sup>,

95. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ohne die fraglichen Abreden nicht oder nur mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Das Wettbewerbs- und Abwerbverbot können daher im Sinne der erwähnten Praxis als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig erachtet werden und fallen somit unter das Konzentrationsprivileg. Sie sind jedoch nur solange vom Konzentrationsprivileg gedeckt, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht. [...].

#### **B.4.5 Ergebnis**

96. 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.

---

<sup>72</sup> [...].  
<sup>73</sup> [...].

B 2.3

**3. BLS AG/BLS Cargo AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. November 2013*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. November 2013*

**A Sachverhalt**

1. Am 31. Oktober 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben gemäss Artikel 9 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) (nachfolgend: Meldung) erhalten.<sup>1</sup> Gemäss Meldung hat die BLS AG (nachfolgend: BLS) den Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV) mit DB Schweiz Holding AG (nachfolgend: DB Holding) für die gemeinsame Kontrolle über die BLS Cargo AG (nachfolgend: BLS Cargo) am 21. Mai 2013 per Ende November 2013 gekündigt. Gemäss Meldung geht aufgrund der Kündigung die gemeinsame Kontrolle der BLS und DB Holding über die BLS Cargo in die alleinige Kontrolle von BLS über.<sup>2</sup>

**A.1 Vorhaben und involvierte Unternehmen****A.1.1 Das Vorhaben**

2. BLS Cargo steht seit dem Jahr 2008 unter der gemeinsamen Kontrolle der BLS und der DB Holding (vormals: Railion Deutschland AG). Die gemeinsame Kontrolle wurde durch einen ABV begründet, [...]. Namentlich handelt es sich um [...]:

[...]<sup>3</sup>

3. [...]

4. [...]<sup>4</sup>

5. [...]<sup>5</sup>

6. [...]<sup>6</sup>

7. [...]<sup>7</sup>

8. Die Aktienanteile an der BLS Cargo würden durch den vorliegend gemeldeten Zusammenschlussvorgang unverändert bleiben. BLS bleibe weiterhin Mehrheitsaktionärin mit 52 %, während die DB Holding weiterhin 45 % halte und die restlichen 3 % unverändert bei der IMT-Dienst AG verblieben. Der Übergang der Kontrolle von gemeinsamer auf alleiniger erfolge demnach einzig durch die Auflösung des ABV und den darin enthaltenen Bestimmungen über die Beschlüsse des Verwaltungsrates.<sup>8</sup>

9. Somit erfolgt mit diesem Zusammenschlussvorhaben im Wesentlichen die Wiederherstellung der Kontrollverhältnisse vor dem Zusammenschluss im Jahr 2008, bei dem die DB Holding gemeinsame Kontrolle an der BLS Cargo erwarb.

10. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) weist vorliegend ausdrücklich darauf hin, dass sie das Zusammenschlussvorhaben unter dem Vorbehalt beurteilt, dass der Kontrollwechsel wie von der Meldung beschrieben stattfindet. Nicht geprüft wird zudem die Frage der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit der Erlangung der alleinigen Kontrolle.

**A.1.2 Die involvierten Unternehmen****A.1.2.1 BLS-Gruppe****A.1.2.1.1. BLS**

11. Konzernmuttergesellschaft der BLS-Gruppe ist die BLS. BLS ist rechtlich selbständig und privatwirtschaftlich ausgerichtet. Das Aktionariat von BLS setzt sich aus folgenden Gruppen zusammen: Kanton Bern mit 55,75 %, die Schweizerische Eidgenossenschaft mit 21,7 %, juristische Personen und Private mit 13,95 % sowie übrige Kantone und Gemeinden mit 8,6 %.<sup>9</sup> Nachfolgend bezeichnet BLS sowohl die BLS AG als auch die BLS-Gruppe.

12. Die BLS präsentiert sich mit ihrem Internetauftritt als Nummer Zwei im Schweizer Bahngeschäft. Mit der Berner S-Bahn betreibt die BLS das zweitgrösste S-Bahn-Netz der Schweiz. Dazu gehören die S-Bahn Bern, einige Regio- und Regio-Express-Linien. Zudem betreibt die BLS im Emmental ein ausgedehntes Busnetz sowie im Berner Oberland die Schifffahrt auf dem Thuner- und Brienersee. Und am Lötschberg bietet die BLS ganzjährig die Dienstleistung Autoverlad auf der Nord-Süd-Achse an: Autoverlad durch den Lötschberg und während der Ferienzeiten Verladeangebote Kandersteg – Lötschberg – Simplan – Iselle. Im Bereich Güterverkehr nimmt die BLS überregionale Tätigkeiten wahr. Im Bereich Infrastruktur unterhält die BLS ein Streckennetz und betreibt den NEAT-Basistunnel am Lötschberg. Für Wartung und Umbau von Rollmaterial sowie für die Durchführung von Aufträgen Dritter verfügt die BLS über eigene Werkstätten. Schliesslich betreibt die BLS an den von ihr bedienten Bahnhöfen rund 30 Reisezentren.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Meldung vom 31. Oktober 2013.

<sup>2</sup> Vgl. Meldung, Rz 1.

<sup>3</sup> Vgl. Meldung, Rz 39.

<sup>4</sup> Vgl. Meldung, Rz 42.

<sup>5</sup> Vgl. Meldung, Rz 43.

<sup>6</sup> Vgl. Meldung, Rz 48.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung, Rz 45.

<sup>8</sup> Vgl. Meldung, Rz 40.

<sup>9</sup> Vgl. Profil 2013 – Ein Kurzporträt der BLS, S 5, <<http://www.bls.ch/d/unternehmen/blsag.php>> (1.11.2013); Meldung, Rz 12.

<sup>10</sup> Vgl. Profil 2013 – Ein Kurzporträt der BLS, S 4, <<http://www.bls.ch/d/unternehmen/blsag.php>> (1.11.2013); Meldung, Rz 13 f.



13. Gemäss Meldung bietet die BLS-Gruppe keine Speditionsdienstleistungen, keine Operateurdienstleistungen und keine Terminalleistungen an. Weiter gibt die Meldung an, dass die BLS-Gruppe auch keine Vermietung von Ladeeinheiten<sup>11</sup> anbietet.<sup>12</sup> Zu etwaigen Tätigkeiten von BLS im Bereich Terminalleistungen ist auf das Gemeinschaftsunternehmen RALpin AG (nachfolgend: Ralpin) hinzuweisen (vgl. Abschnitt 7). Es stellt sich die Frage, ob BLS mit dem Gemeinschaftsunternehmen Ralpin Terminalleistungen anbietet: Ralpin gibt auf ihrer Internetseite unter der Rubrik Kontakt und Öffnungszeiten die Standorte „Ralpin Terminal Freiburg“, „Ralpin Terminal Basel Kleinhüningen“ und „Ralpin Terminal Novara“<sup>13</sup> an. Diese Frage kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben allerdings offen gelassen werden, da keine Anhaltspunkte bestehen, dass das gemeldete Vorhaben für Terminalleistungen Strukturänderungen (oder Verlust potenzieller Konkurrenz) bewirkt.

#### A.1.2.2 BLS Cargo<sup>14</sup>

14. Die BLS Cargo ist auf den Gütertransport innerhalb und durch die Schweiz spezialisiert. Schwerpunkt ist der Alpentransit mit internationalen Ganzzügen über die Lötschberg/Simplon- und die Gotthard-Route. Hier bietet die BLS Cargo Züge im unbegleiteten kombinierten Verkehr, im begleiteten kombinierten Verkehr („Rollende Autobahn“) sowie im konventionellen Verkehr an. Ein weiteres, wichtiges Standbein sind Ganzzugtransporte innerhalb der Schweiz, hauptsächlich von Mineralöl, Kohle, Bau- und Ausbruchmaterial.

15. Die BLS ist mit einem Aktienanteil von 52 % an der BLS Cargo beteiligt. Weitere Partner sind die DB Schenker Rail Deutschland AG beziehungsweise DB Holding mit 45 % und die IMT AG (italienische Ambrogio-Gruppe) mit 3 %.

##### A.1.2.2.1 BLS Netz AG<sup>15</sup>

16. Die BLS Netz AG betreibt, unterhält und baut das Eisenbahnnetz der BLS. Dieses Eisenbahnnetz ist 436 Kilometer lang. Zum Schienennetz von BLS gehört auch die Lötschbergachse. Diese umfasst auch den 2007 in Betrieb genommenen 34,6 Kilometer langen Lötschberg-Basistunnel und die 60 Kilometer lange Bergstrecke.

17. Bei der BLS Netz AG handelt es sich um ein Tochterunternehmen der BLS (Beteiligung 33,4 %). Die BLS Netz AG ist konzernmässig in die BLS-Gruppe eingebunden.

##### A.1.2.2.2 Busland AG<sup>16</sup>

18. Die Busland AG erbringt Dienstleistungen im öffentlichen Linienverkehr. Im Emmental deckt die Busland AG ein über 200 Kilometer langes Busstreckennetz auf 18 Buslinien ab.

19. Bei der Busland AG handelt es sich um eine Tochtergesellschaft von BLS. Die Busland AG ist konzernmässig in die BLS-Gruppe eingebunden.

##### A.1.2.2.3 KPZ Fahrbahn AG<sup>17</sup>

20. Die Gesellschaft bezweckt das Anbieten von Know-how und Expertenleistungen im Bereich Fahrbahn und Interaktion. Beispielsweise betrifft das Dienstleistungsangebot der KPZ Fahrbahn AG die Themenkreise Tech-

nologie, Assetmanagement, Ausbildung, Sicherheit oder Anschlussgleise.

21. Die KPZ Fahrbahn AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen der BLS und der Schweizerischen Südostbahn AG SOB.

##### A.1.2.2.4 BLS Cargo Italia S.r.l.<sup>18</sup>

22. Mit der BLS Cargo Italia S.r.l. (100%-Beteiligung der BLS Cargo) ist die BLS an den bedeutenden Schweizer Grenzorten präsent. BLS Cargo Italia S.r.l. erbringt Serviceleistungen für die Züge der BLS.

##### A.1.2.2.5 BLS Cargo Deutschland GmbH<sup>19</sup>

23. Mit der BLS Cargo Deutschland GmbH (100%-Beteiligung der BLS Cargo) ist die BLS an den bedeutenden Schweizer Grenzorten präsent. BLS Cargo Deutschland GmbH erbringt Serviceleistungen für die Züge der BLS.

##### A.1.2.2.6 RALpin AG<sup>20</sup>

24. Ralpin bezweckt die Entwicklung, den Betrieb und die Vermarktung der rollenden Landstrasse (nachfolgend: Rola) im alpenquerenden Verkehr im Auftrag des Bundes.<sup>21</sup>

25. Gemäss Internetauftritt von Ralpin versteht sich die Rola als Ergänzungsangebot zu Wagenladungen für Massengüter, zu Wechselbrücken und Containern.<sup>22</sup> Sie eigne sich besonders für zeitkritische Sendungen, Just in time-Lieferungen und für heikle und wertvolle Güter, die eine kontinuierliche Begleitung erforderten. Ralpin befördere Strassenfahrzeuge mit allen Arten von Gütern, chemischen Produkten, Hightech-Komponenten, Ersatzteilen, verderblichen Lebensmitteln und Luftfracht. Praktisch jeder auf europäischen Strassen zugelassene Lastwagen könne auf der Rola transportiert werden.

26. An Ralpin sind gemäss Meldung die BLS, Hupac Intermodal SA (nachfolgend: Hupac) und SBB Cargo<sup>23</sup> mit je zu 30 % und Trenitalia zu 10 % beteiligt. BLS, Hupac und SBB Cargo üben dabei über einen Aktionärsbindungsvertrag gemeinsame Kontrolle über Ralpin aus.

<sup>11</sup> Bei Ladeeinheiten wird grundsätzlich zwischen Container, Wechselbehälter, Sattelanhänger oder ganzen Lastwagen unterschieden.

<sup>12</sup> Vgl. Meldung, Rz 58.

<sup>13</sup> Ralpin – Terminals, <<http://www.ralpin.com/?pageID=13&lng=de>> (6.11.2013).

<sup>14</sup> Vgl. Tochtergesellschaften der BLS, <<http://www.bls.ch/d/unternehmen/blsag-toechter.php>> (1.11.2013); Meldung, Rz 16 ff. und Rz 24.

<sup>15</sup> Vgl. Profil 2013 – Ein Kurzporträt der BLS, S 4, <<http://www.bls.ch/d/unternehmen/blsag.php>> (1.11.2013); Meldung, Rz 25.

<sup>16</sup> Vgl. Tochtergesellschaften der BLS, <<http://www.bls.ch/d/unternehmen/blsag-toechter.php>> (1.11.2013); Meldung, Rz 26.

<sup>17</sup> Vgl. Kompetenzzentrum Fahrbahn – Über uns, <[http://www.kpz-fahrbahn.ch/fahrbahn/ueber-uns/kompetenzzentrum\\_fahrbahn.html](http://www.kpz-fahrbahn.ch/fahrbahn/ueber-uns/kompetenzzentrum_fahrbahn.html)> (1.11.2013); Meldung, Rz 27.

<sup>18</sup> Vgl. Meldung, Rz 28.

<sup>19</sup> Vgl. Meldung, Rz 29.

<sup>20</sup> Vgl. Meldung, Rz 30.

<sup>21</sup> Die Rola ist ein Angebot im Güterverkehr, bei dem komplette Lastwagen auf die Schiene (Niederflureisenbahnwagen) verladen werden, <[http://www.voev.ch/oV-Glossar\\_liste.html?letter=R](http://www.voev.ch/oV-Glossar_liste.html?letter=R)> (1.11.2013).

<sup>22</sup> Vgl. Was ist die Rola – Was bringt die Rola, <[http://www.ralpin.com/itool3/frontend/de/start/Die-Rola\\_\\_6/](http://www.ralpin.com/itool3/frontend/de/start/Die-Rola__6/)> (1.11.2013).

<sup>23</sup> Bei SBB Cargo handelt es sich um eine Division der SBB AG (nachfolgend: SBB) (vgl. Eine SBB für vier Märkte <<http://www.sbb.ch/sbb-konzern/ueber-die-sbb/organisation.html>> (1.11.2013)).

### A.1.2.3 Deutsche Bahn-Gruppe

#### A.1.2.3.1 Deutsche Bahn AG<sup>24</sup>

27. Die Deutsche Bahn AG (nachfolgend: DB AG) ist seit ihrer Gründung 1994 eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht. Die DB AG ist eine der Konzernmuttergesellschaften der Deutschen Bahn-Gruppe.

28. Das Geschäftsportfolio der Deutschen Bahn-Gruppe ist im Wesentlichen in neun Geschäftsfelder strukturiert. Seit dem Jahr 2008 führt die DB AG die Geschäftsfelder DB Netze Fahrweg, DB Netze Energie und DB Netze Personenbahnhöfe direkt. Die übrigen sechs Geschäftsfelder sind unter der Führung von 100-prozentigen Tochtergesellschaft DB Mobility Logistics AG gebündelt. Die DB AG und die DB Mobility Logistics AG haben in der Deutschen Bahn-Gruppe beide die Funktion einer konzernleitenden Management-Holding.

29. Zusammengefasst betreffen die Tätigkeiten der Deutschen Bahn-Gruppe die Bereiche nationaler und grenzüberschreitender Fernverkehr, Personennahverkehrsaktivitäten ausserhalb Deutschlands, europaweite Aktivitäten im Schienengüterverkehr, Regionalverkehrsnetz in Ballungsräumen und in der Fläche, weltweite Lieferketten, Infrastrukturleistungen, Energieversorgung, Ingenieurdienstleistungen und Servicedienstleistungen.

#### A.1.2.3.2 DB Schweiz Holding AG<sup>25</sup>

30. Unter der Firma DB Holding AG besteht eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht. Die DB Holding gehört zur Deutsche Bahn-Gruppe. An BLS Cargo hält die DB Holding 45 % der Aktien. Die DB Holding bezweckt den Erwerb, das Halten, die Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an anderen Unternehmen und von anderen direkten und indirekten Investments in andere Gesellschaften und Unternehmen, unabhängig von Forum und Zweck, insbesondere im Bereich des Personen- und Güterverkehrs (einschliesslich Logistik) im In- und Ausland.

## A.2 Das Verfahren

31. Gemäss Artikel 20 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am 1. November 2013 und endet am 1. Dezember 2013 (Art. 20 Abs. 1 VKU). Da der 1. Dezember 2013 auf einen Sonntag fällt, verlängert sich die Frist bis am 2. Dezember 2013 (Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

32. 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

33. 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 BLS-Gruppe ist ein Unternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 1bis KG.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

34. Als Unternehmenszusammenschluss gilt

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

35. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere sein:

- a. Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

36. Wie bereits erwähnt, ist mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein Übergang der gemeinsamen Kontrolle über BLS Cargo durch BLS und DB Holding in alleinige Kontrolle durch BLS vorgesehen. Für eine detaillierte Beschreibung der technischen Einzelheiten kann auf Abschnitt A.1.1 verwiesen werden.

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

37. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand eines Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

38. Aufgrund der von der Meldung angegebenen Änderung in den Kontrollverhältnissen bei BLS Cargo gelten die BLS-Gruppe und BLS Cargo als beteiligte Unternehmen gemäss Artikel 3 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde auch nicht geltend gemacht.

<sup>24</sup> Vgl. «Deutsche Bahn – Konzern», <<http://www.deutschebahn.com/de/konzern/geschaeftsfelder/>> (1.11.2013).

<sup>25</sup> Vgl. Meldung, Rz 34 f.

### B.3 Meldepflicht

40. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG).

41. Gemäss Meldung betrug der im Geschäftsjahr 2012 in der Schweiz erzielte Umsatz der BLS-Gruppe 860,1 Millionen Franken. Für den im Geschäftsjahr 2012 in der Schweiz erzielte Umsatz von BLS Cargo gibt die Meldung 106 Millionen Franken an.<sup>26</sup>

42. Somit sind die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

44. Eine marktbeherrschende Stellung einzelner oder mehrerer Unternehmen besteht, wenn diese auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

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

#### B.4.1 Relevante Märkte

46. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

47. 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).

48. Eisenbahnverkehrsunternehmen weisen in der Regel unterschiedliche Tätigkeiten auf. Zudem bieten Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht nur Produkte und Dienstleistungen an, sondern beschaffen Produkte und Dienstleistungen bei Dritten in unterschiedlicher Hinsicht. Demzufolge bieten sich bei Zusammenschlussvorhaben, an denen Eisenbahnverkehrsunternehmen beteiligt sind,

unterschiedliche Bereiche für abzugrenzende Märkte an (nicht abschliessend):

- Gütertransport: Marktabgrenzung beziehungsweise Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten ohne intermodale Substituierbarkeit für das Gebiet der Schweiz (letztlich offen gelassen).<sup>27</sup>
- Personentransport: Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse im Regionalverkehr und Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr, jeweils im Tätigkeitsgebiet der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (letztlich offen gelassen; für den Bereich Fernverkehr bislang keine Marktabgrenzung).<sup>28</sup>
- Infrastruktur (angebots- und beschaffungsseitig): Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur in den betroffenen Gebieten und Regionen sowie Benutzung von Eisenbahninfrastruktur im Tätigkeitsgebiet beziehungsweise Infrastrukturgebiet, das die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anderen Unternehmen zur Benutzung überliessen (Marktabgrenzung letztlich offen gelassen).<sup>29</sup>
- Werkstatteleistungen: Unterteilung in Betriebsunterhalt (light maintenance), Instandhaltung (heavy maintenance) und Umbau (refurbishment) nach Regionen, höchstens national, für Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeugen und national bei Kesselwagen.<sup>30</sup>
- Beschaffung von Rollmaterial: Beschaffung von Reisewagen und Zugsystemen (je unterteilt in Fern-, Regional- und Stadtbahnen), Beschaffung von Lokomotiven, Beschaffung von Güterwagen.<sup>31</sup>
- Vermietung von Eisenbahngüterwagen (bislang keine Marktabgrenzung): Ohne Anspruch auf Vollständigkeit könnten etwa folgende Typen von Eisenbahngüterwagen unterschieden werden: offene Wagen; offene Schüttgutwagen; gedeckte Schüttgutwagen; gedeckte Güterwagen; gedeckte, grossräumige Schiebewandwagen; Flachwagen mit 2 Radsätzen; Drehgestellflachwagen mit 4 Radsätzen; Drehgestellflachwagen mit 6 Radsätzen; Drehgestellflachwagen für Coiltransporte; Drehgestellflachwagen für den Transport von Blechtafeln; Drehgestellflachwagen mit Niederbindeeinrichtungen; Wagen mit öfnungsfähigem Dach; Behälterwagen für Druckluftentladung; Schienentiefladewagen mit Sondereinrichtungen

<sup>26</sup> Vgl. Meldung, Rz 53 f.

<sup>27</sup> RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., 710 Rz 72, BLS AG/Railion Deutschland AG.

<sup>28</sup> RPW 2008/4, 707 f. Rz 46 ff., 710 Rz 73, BLS AG/Railion Deutschland AG.

<sup>29</sup> RPW 2008/4, 708 f. Rz 54 ff., 710 Rz 74 f., BLS AG/Railion Deutschland AG.

<sup>30</sup> RPW 2008/4, 709 f. Rz 59 ff., 710 Rz 76, BLS AG/Railion Deutschland AG.

<sup>31</sup> RPW 2008/4, 709 f. Rz 65 ff., 710 Rz 76, BLS AG/Railion Deutschland AG.

(z. B. Möglichkeit der hydraulischen Höhen- und Seitenverschiebung der Ladung); Schienentief-ladewagen ohne Sondereinrichtungen; Wagen für Kfz-Transporte; Wagen für kombinierten Verkehr.

- Vermietung von Ladeeinheiten (bislang keine Markt-abgrenzung): Bei Ladeeinheiten können grundsätzlich Container, Wechselbehälter, Sattelaanhänger oder ganze Lastwagen voneinander unterschieden werden.<sup>32</sup>
- Reisen/Touristik: Unterteilung in einen Veranstalter- und in einen Vertriebsmarkt, beide bezogen auf das Gebiet der Schweiz. Weitere Unterteilungen wie beispielsweise ein separater Geschäftsreisemarkt sind nicht auszuschliessen.<sup>33</sup> Zudem stellt sich die Frage, ob der Online-Vertrieb von Reisen einen separaten Markt darstellt.
- Speditionsleistungen:<sup>34</sup> Spedition für Transporte auf der Schiene innerhalb der Schweiz; Spedition für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr, Spedition für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse innerhalb der Schweiz; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse im Import /Exportverkehr; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse im Transitverkehr.<sup>35</sup>
- Operateurleistungen: Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für das Gebiet der Schweiz (Binnenverkehr); Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Import-/Exportverkehr; Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Transitverkehr; Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr innerhalb der Schweiz (Binnenverkehr); Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Import-/Exportverkehr; Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Transitverkehr.
- Terminalleistungen (bislang keine Markt-abgrenzung):<sup>36</sup> Terminalleistungen (wie beispielsweise Beladen, Entladen, Umladen oder Lagerhaltung) für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für Schiene/Schiene; Terminalleistungen für Güter (z. B. Bulk-güter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) für Schiene/Schiene; Terminalleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für Schiene/Strasse; Terminalleistungen für Güter (z. B. Bulk-güter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) für Schiene/Strasse.

49. Diese Liste von möglichen Aktivitäten ist nicht abschliessend. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selber zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden.

50. Zudem können in anderen Fällen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihre Tätigkeiten andere Markt-abgrenzungen erforderlich machen.

51. Wie bereits erwähnt, stellt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Wesentlichen die Kontrollver-

hältnisse bei BLS Cargo wieder her, welche vor dem Kontrollwechsel im Jahr 2008 (alleinige Kontrolle zu gemeinsamer Kontrolle durch BLS und DB Holding) bestanden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass durch dieses Zusammenschlussvorhaben keine aktuelle oder potenzielle Konkurrenz in den Tätigkeitsbereichen der BLS-Gruppe «verloren geht». Somit steht aufgrund des geplanten Vorhabens für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens der Bereich Gütertransport im Vordergrund; der Bereich, auf den sich das Zusammenschlussvorhaben direkt bezieht.

#### B.4.1.1 Bereich Gütertransport

52. Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/Railion Deutschland AG ging die WEKO von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten aus.<sup>37</sup> Tabelle 1 stellt die entsprechenden Märkte dar. Allerdings liess die WEKO eine abschliessende Abgrenzung in die mit Tabelle 1 dargestellten 9 Segmente offen.<sup>38</sup> Obwohl die WEKO für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/Railion Deutschland AG nur den schiene-ngebundenen Transport berücksichtigte, liess sie die Frage des intermodalen Wettbewerbs letztlich offen.

53. In räumlicher Hinsicht erachtet die WEKO für Dienstleistungen im Güterverkehr das Gebiet der Schweiz als relevant. Im vorliegenden Fall kann somit für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Ladeeinheiten können nach verschiedenen Unterscheidungsmerkmalen wie Eigenschaft der zu befördernden Güter (z. B. Flüssiggas oder Schüttgut) oder Kapazität/Grösse unterschieden werden (Vgl. auch KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 75, TLP/Ermewa.).

<sup>33</sup> RPW 2006/4, 694 Rz 15 ff., *Hotelplan-Travelhouse*.

<sup>34</sup> Speditionsleistungen können als Organisation von Gütertransporten (möglicherweise einschliesslich Aktivitäten wie Zollabfertigung, Lagerwesen oder Bodenabfertigung) im Auftrag von Kunden entsprechend derer Bedürfnisse bezeichnet werden (vgl. KOMM, ABl. 2010 C 213/16, Rz 19, Geodis/Giraud m. w. H.; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 12, Deutsche Bahn/PCC Logistics m. w. H.).

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2013/2, 183 Rz 200 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*; In Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal Typ der zu befördernden Güter ist zu erwähnen, dass die EU-Kommission sogar die Spedition von Getreideprodukten auf der Schiene als eigenständigen Markt abgrenzt (KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 45 ff., TLP/Ermewa). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass in anderen Fällen zusätzliche oder andere Bereiche für eine Beurteilung in Betracht gezogen werden können (wie beispielsweise verschiedene Märkte für Speditionsleistungen auf der Strasse).

<sup>36</sup> Bei Terminalleistungen bestehen verschiedene Unterscheidungsmerkmale (vgl. KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 33 ff., Deutsche Bahn/PCC Logistics; KOMM, ABl. 2008 C 186/6, Rz 10 ff., Eurogate/APMM).

<sup>37</sup> RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>38</sup> RPW 2008/4, 707 Rz 43, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>39</sup> RPW 2008/4, 710 Rz. 72, *BLS AG/Railion Deutschland AG*. Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 213/16, Rz 16, Geodis/Giraud; KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 69 ff., TLP/Ermewa; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 29 ff., Deutsche Bahn/PCC Logistics; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 57 ff., Deutsche Bahn/Transfesa.

Tabelle 1: Verkehrszweige-Verkehrsarten-Matrix

		Verkehrsarten		
		Binnenverkehr	Import-/Exportverkehr	Transitverkehr
Verkehrszweige	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Kombinierter Verkehr auf der Schiene	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

54. Zum besseren Verständnis werden an dieser Stelle kurz die in Tabelle 1 verwendeten Begriffe beschrieben. Als Einzelwagenladungsverkehr definiert das Bundesamt für Verkehr BAV (nachfolgend: BAV) den Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder kleinen Wagengruppen (weniger als ein Zug).<sup>40</sup> Die Wagen werden bei Bedarf einzeln rangiert. Der kombinierte Verkehr ist gemäss BAV die multimodale (durch mehrere Verkehrsträger) Beförderung von Gütern in Ladeeinheiten (Container, Wechselbehälter, Sattelaufleger): Durch den Übergang der Ladeeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht. Gemäss BAV unterscheidet man zwischen Begleitetem Kombiniertem Verkehr (nachfolgend: BKV) und Unbegleitetem Kombiniertem Verkehr (nachfolgend: UKV). BKV ist die Beförderung eines von seinem Fahrer begleiteten Motorfahrzeugs mit einem anderen Verkehrsträger (z. B. Fähre oder Bahn). Als UKV definiert das BAV die Beförderung eines von seinem Fahrer nicht begleiteten Motorfahrzeugs mit einem anderen Verkehrsträger (z. B. Fähre oder Bahn) oder Beförderung von Containern und Wechselbehältern mit mehreren Verkehrsträgern (z. B. Strasse-Schiene oder Rheinschiff-Schiene).

55. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich ist, umfasst die Markt-abgrenzung anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten den Schienenverkehr. Demgegenüber geht die Meldung unter Bezug auf frühere Fälle der WEKO und der Protrans-Studie von einem sachlich relevanten Markt aus, der Gütertransportverkehr auf der Schiene und auf der Strasse umfasse.<sup>41</sup> Die Meldung betont, dass in der Protrans-Studie die Märkte nicht nach kartellrechtlichen Gründen abgegrenzt worden seien. Vielmehr seien einzelne Geschäftsbereiche als Teilmärkte betrachtet worden, welche aus der Optik der Marktgegen-seite, das heisse nach den Grundsätzen von Artikel 11 Absatz 3 VKU, keine eigenständigen Märkte darstellen würden.<sup>42</sup> Weiter verweist die Meldung auf die Fallpraxis der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission), wonach gemäss EU-Kommission die Frage der Substituierbarkeit zwischen Schiene, Strasse und allenfalls Wasserwegen nicht abschliessend hätte beurteilt werden müssen. Namentlich in den jüngeren Fällen SNCF/Trenitalia und Rhenus/Whincanton International hätte die EU-Kommission bestätigt, „dass der Güter-

transport auf der Strasse ein Substitut des Gütertransports auf der Schiene“ darstelle beziehungsweise „nur von Fall zu Fall“ eine weitere Segmentierung vorgenommen würde.<sup>43</sup>

56. Dieser Auffassung der Meldung, dass der sachlich relevante Markt Gütertransportverkehr auf der Schiene und auf der Strasse umfasse, ist nicht zu folgen. Zunächst gilt es festzuhalten, dass die WEKO in früheren Fällen ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der Grad der Substituierbarkeit zwischen Schiene und Strasse von verschiedenen Kriterien abhängig ist. Allerdings hat eine verfeinerte Abgrenzung in den früheren Fällen zu keinem anderen Ergebnis geführt.<sup>44</sup> Weiter gilt es in Bezug auf die Protrans-Studie festzuhalten, dass die Protrans-Studie selber angibt: „Für die Betrachtung des Wettbewerbs im Schienengüterverkehrsmarkt ist es wichtig, Teilmärkte voneinander abzugrenzen und die Analyse für die jeweiligen Segmente durchzuführen.“ „Eine zusätzliche Differenzierung nach Gutarten ist nur dann vorgesehen wenn sie für die Beurteilung des Wettbewerbs in einzelnen Teilmärkten von Bedeutung ist. Hierzu kann die Einteilung der Güterarten nach den 10

<sup>40</sup> Vgl. BAV – Glossar, <[www.bav.admin.ch/glossar/index.html?lang=de](http://www.bav.admin.ch/glossar/index.html?lang=de)> (1.11.2013).

<sup>41</sup> Vgl. Meldung, Rz 74 ff. Vgl. auch RPW 2004/2, 335 Rz 19 f., ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung); RPW 2006/2, 244 Rz 21 f., BLS Lötschbergbahn AG (BLS) – Regionalverkehr Mittelland AG (RM); Studie der ProTrans AG: „Situation des Schienengüterverkehrs der Schweiz – Analyse der Märkte und des Marktzugangs“ vom 17. Januar 2007 im Auftrag des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK (nachfolgend: Protrans-Studie; Beilage 11).

<sup>42</sup> Vgl. Meldung, Rz 75.

<sup>43</sup> Vgl. Meldung, Rz 71 ff. mit Hinweise auf: KOMM, ABl. 1998 C 58/6, Stinnes/BTL; KOMM, ABl. 1998 C 192/4, Dan Transport/Inter Forward; ABl. 2002 C 81/18, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV; KOMM, ABl. C 258/4, SNCF/Trenitalia; KOMM, Entscheidung vom 22.12.2011, M.6396, Rhenus/Wincanton International.

<sup>44</sup> Vgl. RPW 2004/2, 335 f. Rz 19 ff., ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung); RPW 2006/2, 244 Rz 21 f., BLS Lötschbergbahn AG (BLS) – Regionalverkehr Mittelland AG (RM).

„NST/R-Abteilungen“, also gemäss der üblichen Nomenklatur für Güterarten der Verkehrsstatistik, herangezogen werden.<sup>45,46</sup> Somit folgt entgegen der Meinung der Meldung aus der Protrans-Studie, dass die Markt- und Wettbewerbsanalyse im vorliegenden Fall eine Unterteilung anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten sowie einer Trennung von Schiene und Strasse bedingt.

57. Zudem ist mit Blick auf die Vorgehensweise der EU-Kommission auf die verschiedenen Unterscheidungsmerkmale beim Gütertransport hinzuweisen.<sup>47</sup>

- a. Nach Transportart wie beispielsweise Lufttransport, Transport auf Wasserwegen oder terrestrischer Transport.<sup>48</sup>
- b. Bei terrestrischem Transport nach Transport auf der Schiene, Transport auf der Strasse, Transport auf Wasserwegen und kombiniertem Transport.<sup>49</sup>
- c. Nach Verkehrsstrom beziehungsweise Ausgangs- und Bestimmungsort: Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr und Transitverkehr.<sup>50</sup>
- d. Nach Eigentum der für den Transport verwendeten Eisenbahnwagen: Die Leistung beinhaltet entweder die Traktion von Eisenbahnwagen im Eigentum der Kundschaft oder die Leistung beinhaltet die Bereitstellung von Traktion und Eisenbahnwagen.<sup>51</sup>
- e. Nach Beförderung von Einzelwagenladungen, Beförderung von Ganzzügen, Beförderung von auf Eisenbahnwagen verladenen Motorfahrzeugen oder Beförderung von auf Eisenbahnwagen verladenen Ladeeinheiten (wie Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger).<sup>52</sup>
- f. Nach Eigenschaft der zu befördernden Güter.

58. Schliesslich ist in Bezug auf die von der Meldung jüngeren Entscheide der EU-Kommission zu ergänzen, dass diese nicht die Substituierbarkeit zwischen Schiene und Strasse bestätigt. Beim Fall SNCF/Trenitalia handelt es sich um einen Zusammenschluss zum Betrieb der „Autoroute Ferroviare Alpine“, mit der SNCF und Trenitalia zwischen Frankreich und Italien den Schienentransport von Lastwagen, Sattelschlepper oder Zisternenwagen mit gefährlichen Gütern anbieten. Somit betrifft der Zusammenschluss spezifisch den begleiteten kombinierten Verkehr auf einer bestimmten Strecke. Daher hielt die EU-Kommission fest, dass „quatre modes différents de transport par lesquels les marchandises peuvent croiser l'Alpes seront ouverts aux clients, à savoir le transport par la route, le transport par rail conventionnel, le transport combiné (combinant le rail avec un autre mode de transport) et l'Autoroute Ferroviare Alpine.“ In Bezug auf diese spezifische Fragestellung gelangte die EU-Kommission zum Schluss „que le marché de référence dans lequel l'entreprise commune sera active est celui du transport de marchandises par voie terrestre, tout mode de transport confondu“.<sup>53</sup>

59. Das Vorbringen der Meldung, wonach wegen dem in jüngster Vergangenheit ergangenen Entscheid der EU-Kommission im Fall Rhenus/Wincanton International eine weitere Segmentierung von Transporten auf dem Land-, See- und Luftweg nur von Fall zu Fall vorgenommen werde, ist ebenfalls zu berichtigen. Für das Zusammen-

schlussvorhaben Rhenus/Wincanton International hielt die EU-Kommission fest: „Im Rahmen dieser Entscheidung kann die genaue Definition des Produktmarkts offen bleiben, da keine wettbewerblichen Einschränkungen zu erwarten sind.“<sup>54</sup>

60. Vorgehende Ausführungen und die Berücksichtigung dieser Unterscheidungsmerkmale führen daher im Wesentlichen zu sachlich relevanten Märkten anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten, wie sie in der Verkehrszweige-Verkehrsarten-Matrix in Tabelle 1 dargestellt sind. Als räumlich relevanter Markt kann für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten das Gebiet der Schweiz gelten.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

61. 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.

##### **B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen**

###### **B.4.2.1.1 Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr, im Import-/Exportverkehr und im Transitverkehr**

62. Für diese Märkte gibt die Meldung für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die in Tabelle 2 enthaltenen Marktanteile an.<sup>55</sup>

<sup>45</sup> NST/R = Nomenclature uniforme des marchandises pour les Statistiques de Transport.

<sup>46</sup> Protrans-Studie (Meldung, Beilage 11), Abschnitt 2.1 Definitionen und Abgrenzungen.

<sup>47</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 36 ff., *TLP/Ermeva*; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 12 ff. und 18 ff., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 30 und Rz 35, *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>48</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 213/16, Rz 9, *Geodis/Giraud*; KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 66, *TLP/Ermeva*; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 19, *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 31, *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>49</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 213/16, Rz 9 und Rz 12, *Geodis/Giraud*; KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 66 f., *TLP/Ermeva*; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 18, Rz 20 f., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 32, *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>50</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 66, *TLP/Ermeva*; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 18 ff., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 33, *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>51</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 66, *TLP/Ermeva*.

<sup>52</sup> Vgl. auch: KOMM, ABl. 2010 C 60/1, Rz 67, *TLP/Ermeva*; KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 23 ff., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; KOMM, ABl. 2008 C 137/6, Rz 33, *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>53</sup> KOMM, ABl. C 258/4, Rz 19 ff., SNCF/Trenitalia.

<sup>54</sup> KOMM, Entscheidung vom 22.12.2011, M.6396, Rz 27, *Rhenus/Wincanton International*.

<sup>55</sup> Vgl. Meldung, Rz 127 ff.

Tabelle 2: Marktanteile in den Jahren 2010 bis 2012 im Bereich Ganzzüge im Wagenladungsverkehr (für das Jahr 2012 geschätzt)

Verkehrsart	Unternehmen	Marktanteil		
		2010	2011	2012
Binnenverkehr	BLS Cargo	5-10 %	0-5 %	0-5 %
Import/Export	BLS Cargo	0-5 %	0-5 %	0-5 %
Transitverkehr	BLS Cargo	40-45 %	50-55 %	45-50 %

63. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass die Märkte Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr und Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import/Exportverkehr keine betroffene Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU darstellen.

64. Demgegenüber stellt der Markt Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr ein betroffener Markt gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU dar.

#### **B.4.2.1.2 Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr, im Import /Exportverkehr und im Transitverkehr**

65. Gemäss Meldung sei die BLS-Gruppe im Bereich Einzelwagenladungsverkehr nicht tätig.<sup>56</sup> Somit handelt es sich bei den Märkten Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr, Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr und Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr nicht um betroffene Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

#### **B.4.2.1.3 Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr, im Import /Exportverkehr und im Transitverkehr**

66. Für diese Märkte gibt die Meldung für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die in Tabelle 3 enthaltenen Marktanteile an.<sup>57</sup>

Tabelle 3: Marktanteile in den Jahren 2010 bis 2012 im Bereich Ganzzüge im Wagenladungsverkehr (für das Jahr 2012 geschätzt)

Verkehrsart	Unternehmen	Marktanteil		
		2010	2011	2012
Binnenverkehr	BLS Cargo	0 %	0 %	0 %
Import/Export	BLS Cargo	0-5 %	0-5 %	5-15 %
Transitverkehr	BLS Cargo	45-55 %	45-55 %	45-55 %

67. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass die Märkte Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr und Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Import/Exportverkehr keine betroffenen Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU darstellen.

68. Demgegenüber stellt der Markt Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr einen betroffenen Markt gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU dar.

#### **B.4.2.2 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten**

69. Es liegen zwei betroffene Märkte im Sinne der VKU vor: Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr und Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr. Für diese betroffenen Märkte gilt es die aktuelle und die potenzielle Konkurrenz zu beurteilen.

70. Beide betroffenen Märkten beziehen sich auf die Verkehrsart Transitverkehr. Als Transitverkehr bezeichnet das BAV den die Schweiz querenden Verkehr mit Quelle und Ziel ausserhalb der Schweiz. Gemäss BAV ist der Transitverkehr abzugrenzen vom Export-, Import-

und Binnenverkehr mit Ziel oder Quelle in der Schweiz.<sup>58</sup> Gemäss Meldung befördert BLS Cargo im Transitverkehr Züge im Auftrag von Bahnen wie Deutsche Bahn oder Trenitalia und führt direkte Kundenaufträge aus (vor allem im Kombinierten Verkehr wie z. B. für Ambrogio).<sup>59</sup>

71. Eine Übersicht der Marktanteile im Gütertransport auf der Schiene gibt die Meldung mit den Angaben, welche in Tabelle 4 enthalten sind. Es handelt sich dabei um Schätzungen. Diese Übersicht entspricht nicht den abgegrenzten Märkten. Sie stellt eine Betrachtung über alle Verkehrszweige und Verkehrsarten zusammen dar.

<sup>56</sup> Vgl. Meldung, Rz 138.

<sup>57</sup> Vgl. Meldung, Rz 139 ff.

<sup>58</sup> Vgl. BAV – Glossar, <<http://www.bav.admin.ch/glossar/index.html?lang=de>> (8.11.2013).

<sup>59</sup> Vgl. Meldung, Rz 102.

Tabelle 4: Marktanteile im Gütertransport auf der Schiene

Unternehmen	Marktanteil	Eintritt/Weitere Bemerkungen
SBB Cargo AG (inkl. SBB Cargo International)	70 %	Staatsbahn
BLS Cargo	25 %	seit 2001
Deutsche Bahn-Gruppe	< 1 %	DB Schweiz Holding, Railion Deutschland seit 2005, Railion Schweiz GmbH seit 2006, vormals Brunner Railway Services GmbH
Crossrail AG	1-3 %	seit 2004
Rail4Chem (Veolia Konzern)	< 1 %	seit 2005
TX Logistik GmbH Schweiz	< 1 %	seit 2004
Rail Traction Services (Schweiz) AG	< 1 %	seit 2006
Swiss Rail Traffic	< 1 %	seit 2008

#### B.4.2.2.1 Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz

##### I. Aktueller Wettbewerb

72. Beim Wagenladungsverkehr erfolgt der Transport der Güter in den Eisenbahnwagen.<sup>60</sup> Die Marktanteile im Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene im Transitverkehr schätzt die Meldung folgendermassen.

Tabelle 5: Marktanteile bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr

Unternehmen	2010	2011	2012
BLS Cargo	40-45 %	50-55 %	45-50 %
SBB Cargo	50-55 %	40-45 %	50-55 %
Railion Deutschland	0 %	0 %	0 %
Andere (Crossrail, Rail4Chem, ...)	0-5 %	0-5 %	0-5 %

73. Die Werte in Tabelle 5 zeigen, dass BLS Cargo und SBB Cargo die marktanteilsstärksten Unternehmen sind. Diese zwei Unternehmen haben sich in den letzten drei Jahren als marktanteilsstärkste Unternehmen abgewechselt. Weitere Eisenbahnverkehrsunternehmen sind in diesem Markt tätig, aber ihr gemeinsamer Marktanteil beschränkt sich auf 0-5 %.

74. Als Markteintritte in den letzten fünf Jahren nennt die Meldung folgende Eisenbahnverkehrsunternehmen. Diese Markteintritte sind in diesem Zeitpunkt im Vergleich zu BLS Cargo und SBB Cargo als „kleine“ Eisenbahnverkehrsunternehmen zu bezeichnen.

Tabelle 6: Markteintritte der letzten fünf Jahre

Unternehmen	Zeitpunkt Markteintritt
Swiss Rail Traffic	Mai 2008
Transalpin Eisenbahn AG	April 2011

##### II. Potenzieller Wettbewerb

75. Die Meldung erachtet Markteintritte in den nächsten Jahren als sehr wahrscheinlich, mit Ausnahme im Bereich des Einzelwagenladungsverkehrs. Allerdings bestünden keine Kenntnisse über konkrete bestehende Markteintritte. Die Meldung nennt in dieser Hinsicht keine konkreten Unternehmen, die neu in den Markt eintreten

oder eintreten könnten.<sup>61</sup> Zudem zeigen Tabelle 5 und Tabelle 6, dass die in der Vergangenheit erfolgten Markteintritte in einer Grössenordnung erfolgten, die im

<sup>60</sup> Prograns-Studie (Meldung, Beilage 11), Abschnitt 2.1 Definitionen und Abgrenzungen.

<sup>61</sup> Vgl. Meldung, Rz 154.



Vergleich zu den etablierten Eisenbahnverkehrsunternehmen als sehr gering einzustufen sind. Deshalb und weil keine konkreten Eisenbahnverkehrsunternehmen bekannt sind, die für einen Markteintritt in Frage kommen, ist nicht von nennenswerten etwaigen Markteintritten auszugehen.

76. Zu etwaigen Markteintrittsschranken verweist die Meldung auf die Protrans-Studie, wonach keine Markteintrittsschranken bestünden: „Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es hinsichtlich des Zugangs zu eisenbahnspezifischen Einrichtungen und Dienstleistungen keine Marktzutrittsbarrieren gibt.“<sup>62</sup>

77. Zusätzlich zum Zugang zu eisenbahnspezifischen Einrichtungen und Dienstleistungen sind aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die Kosten für einen Markteintritt zu berücksichtigen. Die Markteintrittskosten würden sich gemäss Meldung aus einer Netzzugangsbewilligungsgebühr in Höhe von 800-3000 Franken und einer Sicherheitsbescheinigung in Höhe von 300 5000 Franken zusammensetzen. Als Zeitraum, um diese Dokumente zu erhalten, geht die Meldung von insgesamt zwei bis drei Monaten aus. Lokomotiven, Lokführer und Rangierleistungen könnten von Vermietungsgesellschaften angemietet werden. Für einzelne Linien lägen die Kosten eines Markteintritts bei schätzungsweise einer bis fünf Millionen Franken.<sup>63</sup>

### III. Zwischenergebnis

Tabelle 7: Marktanteile bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr

Unternehmen	2010	2011	2012
BLS Cargo	45-55 %	45-55 %	45-55 %
SBB Cargo	30-40 %	30-40 %	30-40 %
Railion Deutschland	0 %	0 %	0 %
Andere (Crossrail, Rail4Chem, ...)	20-30 %	20-30 %	20-30 %

80. Die Werte in Tabelle 5 zeigen, dass es sich bei BLS Cargo um das marktanteilsstärkste Eisenbahnverkehrsunternehmen handelt. Zudem war diese Marktstellung von BLS Cargo in den letzten drei Jahren stabil. In Marktanteilen gemessen zweitgrösstes Eisenbahnverkehrsunternehmen ist SBB Cargo. Der Vorsprung von BLS Cargo gegenüber SBB Cargo beträgt in Marktanteilen gemessen 15 %. Weitere Eisenbahnverkehrsunternehmen halten einen gemeinsamen Marktanteil von 20-30 %.

81. In Bezug auf Markteintritte beim Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr macht die Meldung die gleichen Angaben wie bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr. Diesbezüglich kann somit auf die Randziffern 75 bis 76 verwiesen werden.

### II. Potenzieller Wettbewerb

82. Zum potenziellen Wettbewerb macht die Meldung beim Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr die gleichen Angaben wie bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitver-

kehr. Diesbezüglich kann somit auf Randziffer 75 bis 76 verwiesen werden.

78. BLS Cargo ist bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz eine der grössten Anbieterinnen. Als Konkurrenz zu BLS Cargo kann nur SBB Cargo genannt werden. Allerdings besteht mit SBB Cargo in Bezug auf die Frage nach einer Einzelmarktbeherrschung genügend aktuelle Konkurrenz. Die potenzielle Konkurrenz ist eher als gering einzustufen. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr für das Gebiet der Schweiz eine (einzel)marktbeherrschende Stellung von BLS gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG begründet oder verstärkt.

### B.4.2.2 Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz

#### I. Aktueller Wettbewerb

79. Beim Kombinierten Verkehr handelt es sich um eine multimodale Beförderung von Gütern: Beim Gütertransport kommen mehrere Verkehrsträger zum Einsatz. Der Transport erfolgt in Ladeeinheiten wie beispielsweise Container, Wechselbehälter oder Sattelaufleger. Durch den Übergang der Ladeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht.<sup>64</sup> Im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr schätzt die Meldung folgende Marktanteile.

83. BLS Cargo ist beim Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz die grösste Anbieterin. Als Konkurrenz zu BLS Cargo kann nur SBB Cargo genannt werden. Allerdings besteht mit SBB Cargo in Bezug auf die Frage nach einer Einzelmarktbeherrschung genügend aktuelle Konkurrenz. Die potenzielle Konkurrenz ist eher als gering einzustufen. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss beim Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz eine (einzel)marktbeherrschende Stellung von BLS gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG begründet oder verstärkt.

### III. Zwischenergebnis

<sup>62</sup> Vgl. Meldung, Rz 158, Beilage 11, Abschnitt 3.5 Eisenbahnspezifische Einrichtungen und Dienstleistungen.

<sup>63</sup> Vgl. Meldung, Rz 155 ff.

<sup>64</sup> Vgl. BAV – Glossar, <<http://www.bav.admin.ch/glossar/index.html?lang=de>> (8.11.2013).

#### B.4.2.2.3 Etwaige kollektive Marktbeherrschung

84. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Artikel 10 Absatz 2 KG gegeben sind.<sup>65</sup>

85. Die Situation zu den betroffenen Märkten Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz und Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz spricht auch die Frage nach einer etwaigen kollektiven marktbeherrschenden Stellung zwischen BLS und SBB auf diesen Märkten an.

86. Vor Umsetzung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens sind die BLS-Gruppe und die Deutsche Bahn-Gruppe (nur) über das Gemeinschaftsunternehmen BLS Cargo miteinander verbunden.

87. Gleichzeitig arbeitet die Deutsche Bahn-Gruppe gemäss Meldung intensiv mit SBB Cargo zusammen.<sup>66</sup> SBB Cargo und die Deutsche Bahn-Gruppe (mit DB Schenker Rail<sup>67</sup>) sind in die Allianz Xrail eingebunden. Bei Xrail handelt es sich um eine Kooperation von sieben europäischen Güterbahnen zur Vereinheitlichung von Produktionsstandards.<sup>68</sup> Des Weiteren hat DB Schenker Rail auf den Fahrplanwechsel 2013/14 einen grossen Auftrag für Traktions- und Betriebsleistungen durch die Schweiz von BLS Cargo an SBB Cargo übertragen.<sup>69</sup>

88. Mit der Aufkündigung des Aktionärbindungsvertrages zwischen der BLS-Gruppe und der Deutschen Bahn-Gruppe findet somit im Rahmen des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens eine Auflösung einer der Berührungspunkte zwischen der BLS-Gruppe und der SBB-Gruppe statt.

89. Zudem besteht vor Umsetzung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens eine Doppelrolle der Deutschen Bahn-Gruppe: sie ist Kundin im Bereich Gütertransport und verfügt gleichzeitig über Mitkontrolle an BLS Cargo. Mit Umsetzung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens kommt es zu einer Auflösung dieser vertikalen Verbundenheit.<sup>70</sup>

90. Damit braucht vorliegend nicht untersucht zu werden, ob die gemeinsamen Marktanteile der BLS-Gruppe und der SBB-Gruppe in genannten Märkten eine etwaige kollektive Marktbeherrschung implizieren. Falls eine solche Marktbeherrschung besteht, hat sie bereits vor dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben bestanden und wird nicht durch den zu beurteilenden Zusammenschluss begründet oder verstärkt im Sinne von Artikel 10 Absatz 1 KG.<sup>71</sup>

#### B.4.3 Ergebnis

91. Aufgrund der Angaben der Meldung steht beim gemeldeten Zusammenschlussvorhaben der Bereich Gütertransport im Vordergrund. In diesem Bereich liegen zwei betroffene Märkte vor: Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz und Kombiniertes Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz.

92. Auf beiden Märkten besteht mit der SBB-Gruppe genügend aktuelle Konkurrenz. Die potenzielle Konkurrenz ist auf beiden Märkten als gering einzustufen.

93. Wegen der gemeinsamen Marktanteile stellt sich die Frage nach einer etwaigen kollektiv marktbeherrschenden Stellung der BLS-Gruppe und der SBB-Gruppe. Aufgrund des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens bestehen allerdings keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine etwaige kollektive Marktbeherrschung begründet oder verstärkt.

94. 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 Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>66</sup> Vgl. Meldung, Rz 4.

<sup>67</sup> Bei DB Schenker Rail handelt es sich um ein Geschäftsfeld der Deutschen Bahn-Gruppe im Bereich Schienengüterverkehrsleistungen. Die Deutsche Bahn-Gruppe bearbeitet dieses Geschäftsfeld mit mehreren Tochtergesellschaften in verschiedenen europäischen Ländern. (vgl. DB Konzern – DB Schenker Rail, <[http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/db\\_konzern/geschaeftsfelder/schenkerrail.html](http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/db_konzern/geschaeftsfelder/schenkerrail.html)> (6.11.2013)).

<sup>68</sup> Vgl. Xrail als Zusammenschluss mehrerer Güterbahnen, <<http://www.sbbcargo.com/de/angebot/transportleistungen/xrail.html>> (6.11.2013).

<sup>69</sup> Vgl. Antwort Bundesrat auf Interpellation Nr. 13.3293: SBB Cargo und DB Schenker Rail. Nichtkostendeckendes Angebot? vom 15. April 2013.

<sup>70</sup> Vgl. auch RPW 2009/4, 440 Rz 417, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2011/4, 678 Rz 115, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*; RPW 2012/3, 699 Rz 63, *GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas*.

B 2.3

## 4. Ineos AG/Solvay SA

*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 17. Oktober 2013*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Oktober 2013*

#### A Faits

1. En date du 19 septembre 2013, la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO) a reçu la notification de la création d'une joint-venture (ci-après : « JV ») par INEOS AG (ci-après : « INEOS ») et Solvay SA (ci-après : « Solvay »). La transaction concerne une JV de plein exercice entre une société qui doit être créée et mise sur pieds par INEOS et Solvay. Elle consistera en la vente à la JV de presque toute l'activité commerciale d'INEOS correspondant actuellement à « INEOS Chlor-Vinyls » et de l'entier de l'activité commerciale de production de chlorure de vinyle de Solvay, y compris 100 % de SolVin. Cette dernière est une JV dont Solvay détient [...] % des actions [...] et BASF [...] % [...].

2. INEOS est une société suisse enregistrée dans le canton de Vaud. Elle est la société mère d'INEOS Group, un groupe privé de sociétés contrôlé par James Ratcliffe, qui détient [...] % du capital-actions d'INEOS. INEOS est un fabricant de produits pétrochimiques, de produits chimiques à usages spéciaux, ainsi que de produits pétroliers sur le plan mondial. Il exploite [...] centres de production dans [...] pays à travers le monde et emploie approximativement [...] employés. En 2011, le chiffre d'affaires global d'INEOS s'élevait à [...] milliards d'euros, dont environ [...] millions d'euros en Suisse. INEOS exerce différentes activités commerciales principales comme celles notamment d'INEOS ChlorVinyls (dérivés chlorés, soude caustique, E-PVC, S-PVC et chlorures de vinyle<sup>1</sup>).

3. Solvay SA est une société établie selon les lois belges. Elle constitue un groupe chimique international actif dans la recherche, le développement, la production, le marketing et la vente de produits chimiques et plastiques. Ce groupe est basé à Bruxelles. Il emploie environ [...] personnes dans [...] pays et a généré un chiffre d'affaires de [...] milliards d'euros en 2012. L'actionnaire principal de Solvay est la société SA/NV (« Solvac »), à Bruxelles, qui détient [...] % du capital de Solvay, ainsi que les droits de vote. Solvac est une société publique établie en tant que société anonyme selon le droit belge, cotée à l'Euronext Bruxelles. Ses actions sont détenues par des personnes physiques uniquement. La [...] grande majorité du capital de Solvac (environ [...] %) est détenue par des membres de la famille des fondateurs de Solvay. Les autres actionnaires principaux de Solvay

sont Solvay Stock Option Management BVBA, qui détient [...] % des actions de Solvay et JP Morgan Asset Management Holdings Inc. qui détient [...] % des actions de Solvay. Les participations restantes de Solvay sont cotées en bourse et détenues par des actionnaires individuels, ainsi que par des actionnaires institutionnels européens et internationaux. Aucun de ces actionnaires individuels ne détient plus de [...] % du capital de Solvay.

4. Solvin est une JV entre Solvay et BASF dont la création a été notifiée à la Commission européenne. Solvin continue à être détenue à hauteur de [...] % par Solvay et [...] % par BASF, [...].

[Tableau confidentiel]

[...]

5. La Commission européenne a reçu la notification de la création de la JV en date du 16 septembre 2013. Suite à un entretien téléphonique en date du 7 octobre 2013 avec la Commission européenne, le Secrétariat a requis d'INEOS et de Solvay qu'elles s'engagent à ne pas procéder à la création de la JV en cause en Suisse, tant que la Commission européenne ne l'aurait pas autorisée. Il leur a en outre demandé de lui confirmer qu'elles respecteraient en Suisse toutes charges et conditions, concernant directement ou indirectement la Suisse, imposées par la Commission européenne dans le cadre de la procédure de contrôle parallèlement en cours. Par courriers du 9 octobre 2013, INEOS et Solvay ont fait parvenir au Secrétariat les confirmations demandées, dûment signées par chacune d'elles et qui sont reproduites ci-dessous :

*« INEOS AG et Solvay SA confirme par la présente qu'elles s'engagent toutes deux à ne pas procéder à la création de la joint-venture susmentionnée ou procéder d'une autre manière à sa réalisation en Suisse, tant que la Commission européenne ne l'aura pas autorisée.*

*Par ailleurs, INEOS AG et Solvay SA s'engagent à respecter, également en Suisse, toutes charges et conditions concernant directement ou indirectement la Suisse, que la Commission européenne pourrait leur imposer dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations parallèlement en cours au niveau communautaire.»*

6. La JV permettra aux Parties de limiter certains coûts, en particulier les coûts de base, afin d'améliorer leur compétitivité dans le cadre d'un environnement économique qui devient chaque année de plus en plus tendu. Se fondant sur une analyse détaillée des consultants indépendants du BCG Group, les Parties estiment leur économie sur les coûts à [...] millions d'euros par année, dont [...] millions d'euros sur des coûts variables. Les consommateurs devraient profiter de ces économies de coûts.

<sup>1</sup> Ces termes seront expliqués à la section B.5.

7. Le 6 mai 2013, les Parties ont conclu un accord non contraignant sur les conditions d'une potentielle JV, sujette à contrat (ci-après : la « lettre d'intention »). Selon cette lettre d'intention, la JV sera détenue à 50 % par INEOS et à 50 % par Solvay; en outre, elle sera en charge de sa propre gestion, de son exploitation et de ses actifs selon un plan d'affaires sur 5 ans. Selon les Parties, elle prendra la forme d'une entreprise pleinement fonctionnelle, autonome et financièrement indépendante.

8. De plus, la lettre d'intention prévoit que la convention d'actionnaires établissant la JV arrivera à expiration le jour marquant la sixième année à partir de la date de clôture, lorsque Solvay revendra 50 % de sa participation à la JV. Les détails de la sortie planifiée de la JV de Solvay sont exposés dans la lettre d'intention, prévoyant que [...].

## B Droit

### B.1 Champ d'application

9. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

#### B.1.1 Entreprises

10. Est soumise à la Loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart). Les entreprises qui participent ici à la création de la JV peuvent être qualifiées d'entreprises au sens de cette disposition.

#### B.1.2 Concentrations d'entreprises

11. Il s'agit d'une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 LCart et de l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4), car presque toute l'activité commerciale d'INEOS correspondant actuellement à « INEOS Chlor-Vinyls » et l'entier de l'activité commerciale de production de chlorure de vinyle de Solvay, y compris 100 % de SolVin, seront transférés à la JV. Au terme de l'opération, l'entreprise commune en cause sera nouvellement créée et constituera une entreprise fonctionnelle, autonome et financièrement indépendante.

### B.2 Prescriptions réservées

12. Il n'existe aucune prescription réservée, qui exclut de la concurrence les marchés qui doivent être examinés dans le cas présent. Les Parties n'ont également pas fait valoir la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart.

### B.3 Devoir d'annonce

13. Cette création de JV doit être notifiée à la COMCO, car les chiffres d'affaires dépassent les seuils indiqués à l'art. 9 al. 1 et 3 LCart et à l'art. 5 OCCE, en dessus desquels la notification est obligatoire. En effet, selon l'art. 9 al. 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la COMCO lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration : les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs (let. a), et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs (let. b).

14. Ici, les Parties réalisent un chiffre d'affaires joint de plus de 2 milliards de francs suisses, de sorte que la valeur seuil de l'art. 9 al. 1 let. a est atteinte. Elles réalisent un chiffre d'affaires individuel en Suisse de plus de 100 millions de francs suisses chacune. La valeur seuil de l'art. 9 al. 1 let. b est donc également atteinte. Le tableau ci-dessous, qui illustre les chiffres d'affaires des deux Parties participant à l'accord de JV, le démontre :

Chiffres d'affaires au niveau mondial et en Suisse d'INEOS et de Solvay en 2012 (en millions d'euros)

	INEOS	Solvay	combinés
mondial	[30'000-40'000]	[10'000-20'000]	[40'000-60'000]
suisse	[300-400]	[200-300]	[500-700]

### B.4 Compétence

15. La COMCO est compétente pour procéder à l'examen préalable des concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier, conformément à l'art. 32 al. 1 LCart.

### B.5 Examen préalable

#### B.5.1 Marchés principaux pertinents

16. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés de produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

17. La JV concerne principalement la production et la vente de polychlorures de vinyles (« PVC ») et d'autres produits liés à la production de PVC. Le PVC inclut le PVC de Suspension (« S-PVC ») et le PVC d'Emulsion (« E-PVC »). Le schéma 1 illustre les différents processus et produits intermédiaires (en aval et en amont) intervenant tout au long du processus de production du PVC. La production de PVC implique un certain nombre de phases intermédiaires et crée un certain nombre de sous-produits impliqués dans la production du PVC. La production de PVC requiert le chlorure de vinyle monomère (VCM) comme produit de base qui est, lui, obtenu par le biais du craquage à partir d'éthylène et de chlore.

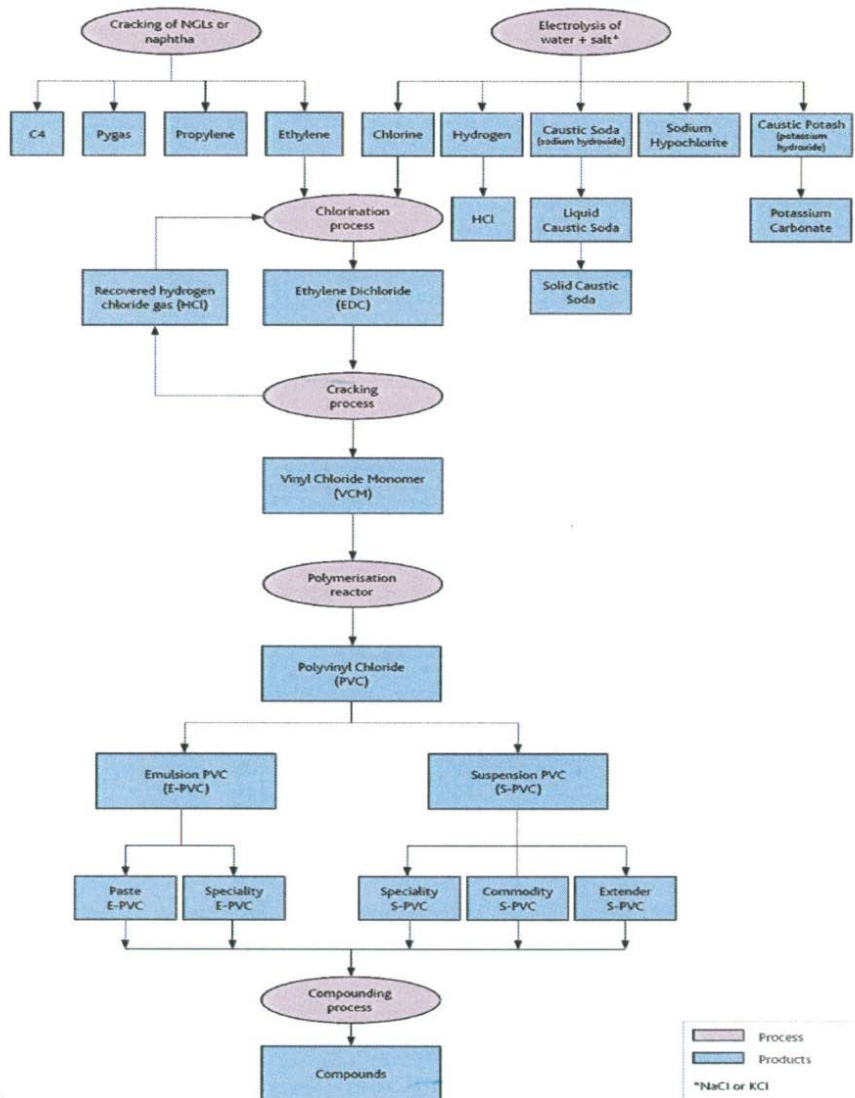
18. Le PVC est à la troisième position des plastiques les plus utilisés au monde et est en premier lieu employé dans l'industrie de la construction. Alors que le S-PVC est principalement utilisé dans l'industrie plastique, l'application première de l'E-PVC est son utilisation pour les revêtements plastiques, ainsi que les films.

19. Les Parties sont principalement des fabricants de PVC intégrés verticalement. La JV proposée implique

plusieurs marchés touchés de façon horizontale et verticale.

20. En Suisse, les marchés principaux concernés par la JV sont les suivants : le S-PVC de base ; l'E-PVC; la soude caustique liquide; l'hypochlorite de sodium; l'acide chlorhydrique. Les marchés secondaires touchés sont : les composées S-PVC; le chlorure d'allyle; l'épichlorhydrine; les paraffines chlorées et la potasse caustique.

**Schéma 1 : Chaîne de fabrication du PVC**



q26 h4d13

Source : notification du 19 septembre 2013

### B.5.1.1 S-PVC de base

#### B.5.1.1.1. Marché de produit

21. Selon les Parties, il existe deux types de PVC en fonction du processus de production utilisé : le PVC en suspension (S-PVC) et le PVC en émulsion (E-PVC).

22. Le S-PVC est obtenu (par polymérisation) du VCM qui est obtenu à son tour du dichlorure d'éthylène par craquage, lui-même obtenu à partir d'éthylène et de chlore.

23. Dans ses décisions récentes, la Commission européenne<sup>2</sup> a réparti les produits de S-PVC en trois segments selon leurs propriétés, leurs procédés de fabrication, leurs prix et leurs différentes applications :

- 1) S-PVC de dilution ou « Extender S-PVC » ;
- 2) S-PVC de spécialité ou « Speciality S-PVC » ;
- 3) S-PVC de base ou « Commodity S-PVC ».

24. En ce qui concerne la JV, il y a uniquement un chevauchement ici dans le segment du S-PVC de base, qui représente plus de 90 % des différentes classes de S-PVC. En conséquence, dans le cadre de cette analyse, le Secrétariat estime raisonnable que le marché de produit soit limité au S-PVC de base.

25. Il existe différentes qualités de S-PVC de base selon leur poids moléculaire communément exprimé en valeur K. Les différentes qualités K sont toutes produites au moyen du même équipement et du même procédé et tous les fabricants peuvent produire toute une gamme de qualités de S-PVC de base. Bien que certains clients soient plus sensibles à la qualité du S-PVC et ne puissent pas utiliser du S-PVC hors norme, il ne ressort pas clairement de leur comportement qu'il convienne de différencier davantage les types de S-PVC, du point de vue de la demande, selon leur qualité K<sup>3</sup>.

26. Le Secrétariat conclut par conséquent qu'une segmentation approfondie des produits est inappropriée. C'est pourquoi, le marché de produit en cause est défini comme étant le marché du S-PVC de base.

#### **B.5.1.1.2. Marché géographique**

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

28. La Commission européenne a considéré, précédemment, que le marché géographique du S-PVC ne se limitait pas au marché national et pourrait s'étendre au moins au marché de l'EEE<sup>4</sup>.

29. Les Parties considèrent qu'il n'y a pas de barrière significative au commerce de S-PVC entre les Etats-membres de l'EEE et la Suisse étant donné que les coûts de transport sont bas et reviendraient, en moyenne, à moins de [10] % du prix de vente. Ainsi, il existerait d'importants flux commerciaux de S-PVC à travers et au-delà de l'EEE (Suisse incluse). L'expédition du S-PVC de base peut couvrir une distance allant jusqu'à 2'000 km, avec 60 % de la production exportée en dehors du pays du site de production.

30. Au vu de ces éléments, le Secrétariat considère le marché pour le S-PVC de base se mesurant à l'échelle de l'EEE (Suisse incluse).

#### **B.5.1.2 E-PVC**

##### **B.5.1.2.1. Marché de produit**

31. En sus du S-PVC, certains des actifs qui seront placés dans la JV par Solvay et INEOS produisent de l'E-PVC. La polymérisation par émulsion est la technologie

la moins utilisée pour produire du PVC. L'E-PVC constitue moins de 5 % du marché global du PVC.

32. La technologie est similaire au procédé de suspension, à l'exception de la grande quantité d'agents émulsifiants utilisée.

33. L'E-PVC peut être utilisé comme revêtement mural, tissus enduits, produits d'étanchéité automobile, cuirs artificiels, gants etc. et ses différentes variétés bénéficient souvent d'un haut degré de substituabilité. La plupart des consommateurs utilisent en réalité une large palette de variétés d'E-PVC.

34. En adéquation avec la Commission européenne<sup>5</sup>, les Parties considèrent que l'E-PVC constitue un marché de produit différent de celui du S-PVC, mais n'inclut pas le PVC d'extension étant donné qu'il est considéré comme un segment de marché du S-PVC, et inclut les PVC en micro-suspension vu que leur procédé est le résultat du même produit fini.

35. En outre, les Parties considèrent que les différentes variétés d'E-PVC devraient être considérées comme appartenant au même marché de produit, bien que leur utilisation soit différente, étant donné qu'elles peuvent être produites en utilisant le même équipement et le même procédé dans la majorité des cas. Certaines variétés nouvelles peuvent nécessiter certains changements<sup>6</sup>.

36. Ceci étant, les consommateurs s'approvisionnent souvent en variétés d'E-PVC particulières auprès d'un producteur spécifique. En effet, les producteurs qui gèrent différentes lignes de production d'E-PVC optimisent leur production en se concentrant sur certaines variétés.

37. En adéquation avec les décisions récentes de la Commission européenne, le Secrétariat considère que l'E-PVC, sans différentier entre ses diverses variétés, constitue un marché de produit différent du marché du S-PVC, mais n'inclut pas le PVC d'extension étant donné que ce dernier est considéré comme étant un segment de marché du S-PVC, et inclut le PVC à micro-suspension pour les raisons mentionnées supra.

<sup>2</sup> Décision de la Commission européenne du 16.07.2011, COMP/M.6218 - INEOS/Tessenderlo group S-PVC Assets ; décision de la Commission européenne du 30.01.2008, COMP/M.4734 - INEOS/Kerling ; décision de la Commission européenne du 26.06.2007, COMP/M.4572 - Vinnolit/INEOS CV Speciality PVC Business ; décision de la Commission européenne du 04.06.2012, COMP/M.6563 - Mexichem SIH/Waivin.

<sup>3</sup> Cf. COMP/M.4734 - INEOS/Kerling ; décision de la Commission européenne du 26.06.2007, N 21-23.

<sup>4</sup> Décision de la Commission européenne du 04.06.2012, COMP/M.6563 - Mexichem SIH/Waivin.

<sup>5</sup> Décision de la Commission européenne du 26.07.2011, COMP/M.6218 - INEOS/Tessenderlo group S-PVC Assets, N 12 ; décision de la Commission européenne du 30.01.2008, COMP/M.4734 - INEOS/Kerling, N 16 ; décision de la Commission européenne du 26.06.2007, COMP/M.4572 - Vinnolit/INEOS CV Speciality PVC Business, N 7-9.

<sup>6</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 84-92.

### B.5.1.2.2. Marché géographique

38. Les Parties considèrent qu'il n'existe pas de barrières considérables au commerce étant donné que les coûts de transport sont bas et, en moyenne, ne dépassent pas les [10] % du prix de vente. Ainsi, il existe d'importants flux commerciaux à travers et au-delà de l'EEE et de la Suisse.

39. A la vue de ce qui précède, le Secrétariat considère que le marché de l'E-PVC est mondial ou qu'il s'étend du moins à l'échelle de l'EEE (Suisse comprise).

### B.5.1.3 Soude caustique liquide (« CSL »)

#### B.5.1.3.1. Marché de produit

40. Solvay et INEOS placeront tous deux leurs activités de soude caustique liquide dans la JV. Solvay apportera également ses activités en lien avec la soude caustique solide. INEOS ne produit pas de soude caustique solide. Cependant, en raison de l'absence de chevauchement horizontal et de relation verticale en Suisse, aucune problématique de concurrence ne semble se poser en relation avec le segment de la soude caustique solide.

41. La soude caustique est un sous-produit courant obtenu dans le cadre de la production de chlore, elle est généralement produite à partir de saumure subissant un procédé dans une unité d'électrolyse.

42. La soude caustique existe sous forme liquide et sous forme solide. La forme solide est obtenue à partir de la forme liquide grâce à l'utilisation d'un équipement spécial d'évaporation.

43. Les deux formes sont de fortes bases chimiques, principalement utilisées comme réactifs chimiques et régulateurs de pH.

44. La soude caustique solide est utilisée moins fréquemment que la soude caustique liquide (« CSL ») et ses prix sont nettement supérieurs.

45. La CSL est principalement utilisée pour la production de produits chimiques organiques et non-organiques mais connaît également une vaste palette d'applications dans l'industrie chimique, l'industrie de pâte à papier et de papier, les traitements aqueux, la production d'aluminium, le raffinage de pétrole ainsi que pour la production de savons, de détergents et de textiles.

46. Les Parties considèrent que, en adéquation avec les précédentes décisions de la Commission européenne<sup>7</sup>, la CSL et la soude caustique solide ne font pas partie du même marché étant donné que leur utilisation, leur production et leur prix sont différents. En raison de l'absence de spécificités en Suisse en ce qui concerne la CSL, le Secrétariat admet également que le marché de produit soit le marché de la CSL.

#### B.5.1.3.2. Marché géographique

47. La CSL est sujette à de différents niveaux de commerce à l'intérieur de l'Europe (Suisse incluse). Les Parties estiment qu'au moins un tiers de toutes les ventes de CSL traverse au moins une frontière en Europe entre le site de production et la consommation. Solvay et INEOS exportent tous deux d'importants volumes de CSL vers de différents pays européens autres que ceux de la situation du site de production. De façon similaire, tous les

plus grands fournisseurs de CSL vendent dans de multiples pays européens, y compris dans ceux qui n'ont pas de site de production. En particulier, Solvay exporte de la soude caustique produite sur ses sites de production en Belgique par transport maritime depuis le port d'Anvers vers les pays Scandinaves, le Royaume-Uni et au-delà ainsi que depuis ses sites de production en Espagne vers le Portugal et au-delà. Solvay exporte également par transport ferroviaire depuis ses sites de production de Tavaux (Jura français) vers la Suisse et par transport routier vers l'Allemagne<sup>8</sup>.

48. De façon similaire, INEOS exporte de la CSL de ses sites de production en Belgique, Allemagne, Norvège et au Royaume-Uni à un certain nombre d'autres pays européens, y compris les Pays-Bas, le Danemark, la France, l'Irlande, la Finlande, l'Italie, l'Espagne et la Suède (en sus de ses ventes en Belgique, Allemagne, Norvège et au Royaume-Uni)<sup>9</sup>.

49. Ainsi, à la lumière du niveau des exportations et des flux commerciaux significatifs traversant l'Europe ainsi qu'en raison de l'homogénéité des prix, les Parties considèrent que le marché géographique pertinent pour la CSL se situe au niveau de l'EEE (Suisse comprise). Privilégiant également cette définition du marché géographique, la Commission européenne a finalement pu laisser ouverte la définition géographique de marché dans ses dernières décisions<sup>10</sup>. Sur cette base, le Secrétariat considère que l'EEE (Suisse comprise) constitue le marché géographique de référence.

### B.5.1.4 Hypochlorite de sodium

#### B.5.1.4.1. Marché de produit

50. L'hypochlorite de sodium est le résultat de la réaction entre le chlore et la soude caustique, il est produit autant volontairement qu'involontairement par les producteurs de chlore. Il s'agit en premier lieu d'un sous-produit de la production de chlore, soit d'un composé chimique qui est vendu en sa forme de solution liquide, communément appelée eau de javel.

51. Il est utilisé à différentes intensités pour diverses applications, par exemple en tant qu'agent désinfectant et de blanchissement dans un contexte industriel ou ménager.

52. La préparation, les prix et les conditions de livraison ne diffèrent pas selon les diverses applications. En outre, les deux Parties produisent de l'hypochlorite de sodium pour des applications tant industrielles que ménagères. Ainsi, le marché de l'hypochlorite de sodium, à la lumière de la pratique de la Commission<sup>11</sup>, devrait être considéré comme un marché de produit unique.

<sup>7</sup> Décision de la Commission européenne du 30.01.2008, COMP/M.4734 - INEOS/Kerling, N 33-35.

<sup>8</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 102.

<sup>9</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 103.

<sup>10</sup> La Commission européenne a tout de même admis que le marché géographique dépassait vraisemblablement les frontières nationales; décision de la Commission européenne 09.04.2002, COMP/M.2690 - Solvay/Montedison-Ausimont, N 94 et N 97.

<sup>11</sup> Décision de la Commission européenne du 09.04.2002, COMP/M.2690 - Solvay/Montedison-Ausimont, N 116-118; décision de la Commission européenne du 26.07.2011, COMP/M.6218 - INEOS/Tessenderlo group S-PVC Assets, N 52-53.

#### B.5.1.4.2. Marché géographique

53. La Commission européenne considère que, étant donné sa stabilité limitée, son taux élevé d'eau et son caractère corrosif, l'hypochlorite de sodium est habituellement vendu dans un rayon de 300 km à partir de son site de production. Le marché de référence est dans ce sens principalement national.

54. Dans tous les cas, aux fins de la présente affaire, la définition du marché géographique pour l'hypochlorite de sodium pourrait être laissée ouverte étant donné que même selon la définition la plus étroite possible (le marché national suisse), la JV n'affecterait pas la concurrence sur ce marché.

#### B.5.1.5 Acide Hydrochlorique

##### B.5.1.5.1. Marché de produit

55. Les deux Parties produisent le gaz de chlorure d'hydrogène comme un sous-produit d'un certain nombre de procédés de production différents. Ce chlorure d'hydrogène peut être absorbé dans l'eau et vendu sur le marché libre en tant qu'acide chlorhydrique.

56. Différentes sortes d'acide chlorhydrique peuvent être produites, soit comme sous-produit, soit comme produit primaire dans une forme plus pure. La question de savoir s'il s'agit du même marché peut être laissée ouverte ici.

57. En effet, dans le cadre de cette notification, la définition exacte du marché du produit peut être laissée ouverte étant donné qu'INEOS n'est pas actif dans la production d'acide chlorhydrique sur le marché suisse et qu'ainsi, sur la base des parts de marché de Solvay en Suisse, ce produit ne doit pas être considéré comme appartenant aux marchés affectés (art. 11 al. 1 let. d OCCE), aucun chevauchement horizontal ni aucune relation verticale n'étant présente en Suisse.

##### B.5.1.5.2. Marché géographique

58. Les Parties considèrent que le marché géographique pertinent pour l'acide chlorhydrique est probablement national, mais pourrait également être régional étant donné que la concurrence opère dans un rayon de 400 km autour du site de production<sup>12</sup>. Cependant, la définition peut être laissée ouverte étant donné que ce produit ne constitue pas un marché suisse affecté (au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE) par la JV.

#### B.5.2 Marchés de moindre importance

59. En plus des marchés principaux mentionnés ci-dessus, les Parties vont également transférer d'autres produits à la JV. Selon les informations fournies par les Parties<sup>13</sup>, seuls les produits de moindre importance suivants peuvent être qualifiés comme faisant partie des marchés affectés en Suisse : Les composés S-PVC, le chlorure d'allyle, l'épichlorhydrine, les paraffines chlorées et la potasse caustique.

##### B.5.2.1 Composés S-PVC

###### B.5.2.1.1. Marché de produit

60. Tant Solvay qu'INEOS produisent des composés S-PVC, des produits intermédiaires entre le S-PVC et les produits finis de S-PVC. Les composés S-PVC sont fabriqués par mélange de compléments, tels que des pig-

ments et des agents plastifiants, avec du S-PVC et sont ensuite traités afin de produire des produits finis S-PVC.

61. INEOS exploite des installations de mélange de S-PVC dans plusieurs pays et en Suisse notamment.

62. Étant donné que les Parties ne transféreront pas leurs activités de composition de S-PVC à la JV, il n'y aura pas de chevauchement horizontal concernant les composés S-PVC. Cependant, en raison de la JV notifiée, une relation verticale entre les Parties sera créée par le transfert à la JV des activités de ventes sur le marché libre du S-PVC et de celles en aval dans le cadre de la production de composés S-PVC pour laquelle ce produit est un composé important.

63. En adéquation avec la jurisprudence de la Commission européenne<sup>14</sup> le Secrétariat considère que les composés constituent un marché distinct de celui du S-PVC de base. Dans le cadre de son analyse, le Secrétariat considère donc le marché des composés S-PVC comme étant le marché de produit de référence. En raison de l'acceptation des Parties d'étendre, dans le cadre de la JV, les charges et conditions soumises par la Commission européenne au marché Suisse, la définition du marché de produit en cause en fonction d'une segmentation plus marquée entre les composites peut être laissée en suspens.

###### B.5.2.1.2. Marché géographique

64. Les Parties considèrent que, en adéquation avec la jurisprudence de la Commission européenne<sup>15</sup>, le marché en cause pour les composés S-PVC est plus large que simplement national et pourrait être au moins étendu à l'échelle de l'EEE (Suisse incluse), si ce n'est sur le plan mondial.

65. Les Parties considèrent qu'il n'y a pas de barrières au commerce importantes sur le marché des composés S-PVC étant donné que les coûts de transport sont bas et devraient, en moyenne, rester en dessous de [10] % du prix de vente.

66. A la vue de ces éléments, le Secrétariat considère que le marché géographique de référence des composés de S-PVC se situe à l'échelle de l'EEE (Suisse comprise). En raison de l'acceptation des Parties d'étendre, dans le cadre de la JV, les charges et conditions soumises par la Commission européenne au marché Suisse, la définition du marché géographique en cause en fonction d'une segmentation plus étroite peut être laissée en suspens.

<sup>12</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 113.

<sup>13</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 114.

<sup>14</sup> Décision de la Commission européenne du 30.01.2008, COMP/M.4734 - INEOS/Kerling; décision de la Commission européenne du 26.07.2011, COMP/M.6218 - INEOS/Tessengerlo group S-PVC Assets, N 73-75.

<sup>15</sup> Décision de la Commission européenne du 26.07.2011, COMP/M.6218 - INEOS/Tessengerlo group S-PVC Assets, N 164-165.



## B.5.2.2 Chlorure d'allyle

### B.5.2.2.1. Marché de produit

67. Le chlorure d'allyle (« CAL ») est produit par la chloration du propylène. Le CAL est principalement utilisé comme input de production de l'épichlorhydrine (« ECH »), il est notamment utilisé pour des traitements aqueux dans la fabrication de produits pharmaceutiques et de pesticides.

68. Le Secrétariat considère que, basé sur ses caractéristiques distinctives et vu l'absence de substituts pour ses utilisations particulières<sup>16</sup>, le CAL peut être considéré comme le marché de produit de référence.

69. Solvay produit du CAL sur ses sites de production de Tavaux (France) et Rheinberg (Allemagne). INEOS n'est pas actif dans la production de CAL et il n'y a par conséquent pas de chevauchement horizontal entre les Parties en Suisse.

### B.5.2.2.2. Marché géographique

70. Les Parties considèrent que le marché s'étend sur le plan mondial, le CAL peut être vendu facilement à des acheteurs éloignés et est transporté dans des fûts ou des containers par voie routière, ferroviaire ou maritime. En 2012, Solvay a vendu plus de [...] % de sa production à l'extérieur de l'EEE.

71. Dans tous les cas, dans le cadre de cette affaire, la question de la définition du marché géographique exact du CAL peut être laissée ouverte étant donné que, même en prenant la définition du marché la plus étroite possible (le marché national suisse), la JV ne soulèverait pas de problèmes liés à la concurrence pour ce marché.

## B.5.2.3 Epichlorhydrine (« ECH »)

### B.5.2.3.1. Marché de produit

72. L'ECH est une résine liquide obtenue soit à partir de CAL, soit à partir de glycérine raffinée. Les deux types d'ECH sont semblables et totalement substituables.

73. L'ECH a été considérée par la Commission européenne comme un élastomère synthétique<sup>17</sup>.

74. Les Parties considèrent que le marché du produit en cause consiste en l'ECH étant donné qu'il n'y a pas de substitut proche pour l'ECH et qu'il n'est pas possible de passer à l'utilisation d'un élastomère différent à l'utilisation de l'ECH en peu de temps<sup>18</sup>.

75. Solvay produit de l'ECH sur ses sites de production de Tavaux (France) et Rheinberg (Allemagne). INEOS n'est pas actif dans la production d'ECH et il n'y a ainsi pas de chevauchement horizontal entre les Parties en Suisse.

### B.5.2.3.2. Marché géographique

76. En adéquation avec l'analyse de la Commission européenne<sup>19</sup>, les Parties considèrent que le marché s'étend au moins à l'échelle de l'EEE (Suisse incluse), mais estime qu'il pourrait même être mondial étant donné que les coûts de transport ne représentent pas une barrière au commerce [15] % et que ce produit est échangé sur le plan mondial.

77. Dans tous les cas, aux fins de la présente affaire, la définition du marché géographique pour l'ECH peut être laissée ouverte étant donné que même selon la définition la plus étroite possible (le marché national suisse), la JV n'affecterait pas la concurrence sur ce marché.

## B.5.2.4 Paraffines chlorées

### B.5.2.4.1. Marché de produit

78. INEOS produit de la paraffine chlorée sur ses sites au Royaume-Uni et en France. Solvay ne produit pas de paraffines chlorées.

79. Les paraffines chlorées sont utilisées comme plastifiants secondaires pour le PVC flexible, comme additifs à pression extrême pour les fluides de traitement des métaux et comme plastifiants/matière ignifuge pour les adhésifs et les matériaux d'étanchéité ainsi que les peintures spécialisées (revêtements protecteurs marins, de maçonnerie et d'aciérie). En tant que plastifiants secondaires, les paraffines chlorées sont utilisées comme substituts partiels à d'autres plastifiants.

80. Étant donné que les paraffines chlorées sont substituables à des plastifiants pour certaines utilisations, les Parties considèrent qu'elles pourraient faire partie du marché des produits plastifiants. Cependant, étant donné que même le marché défini au sens étroit – c'est-à-dire le marché des paraffines chlorées – n'est pas un marché affecté au sens de l'art 11 al. 1 let. d OCCE, la définition exacte du marché de produit peut être laissée ouverte.

### B.5.2.4.2. Marché géographique

81. Les paraffines chlorées sont vendues globalement par INEOS dans une multitude de pays tels que la Corée du Sud, le Brésil, la Turquie, l'Inde et la Suisse.

82. Ainsi, les Parties considèrent que le marché est mondial.

83. Cependant, étant donné que ce marché n'est pas un marché affecté au sens de l'art 11 al. 1 let. d OCCE, la définition exacte du marché géographique peut être laissée ouverte.

## B.5.2.5 Potasse caustique (« KOH »)

### B.5.2.5.1. Marché de produit

84. INEOS produit de la potasse caustique sur son site de production en Belgique uniquement. Solvay ne produit pas de potasse caustique.

85. La potasse caustique est un puissant alcalin semblable à la soude caustique et peut être utilisée comme substitut dans la plupart des applications. Cependant, étant donné son prix élevé, elle est souvent utilisée dans les cas où le potassium est plus avantageux que le sodium, comme par exemple pour la production de composés de potassium, de certains savons/détergents, des batteries à électrolyte et de biocarburants.

<sup>16</sup> Cf. notification reçue le 19 septembre 2013, N 123.

<sup>17</sup> Décision de la Commission européenne du 21.02.1996, COMP/M.663 – Dow/Dupont.

<sup>18</sup> Cf. notification reçue le 19 septembre 2013, N 129.

<sup>19</sup> Décision de la Commission européenne du 26.08.2005, COMP/M.3876 – Diester Industries/Bunge/JV; Décision de la Commission européenne du 21.02.1996, COMP/M.663 – Dow/Dupont.

86. Etant donné que la potasse caustique est partiellement substituable à la soude caustique, les Parties considèrent que la potasse caustique pourrait faire partie d'un plus vaste marché pour certaines de ses utilisations. Cependant, étant donné que même le marché défini au sens étroit – c'est-à-dire le marché de la potasse caustique – n'est pas un marché affecté au sens de l'art 11 al. 1 let. d OCCE, la définition exacte du marché de produit peut être laissée ouverte.

#### B.5.2.5.2. Marché géographique

87. La potasse caustique est vendue globalement par INEOS à une multitude de pays différents tels que la Russie, la Turquie, le Brésil, la Suisse et l'Ukraine.

88. La potasse caustique peut être facilement transportée dans sa forme solide, mais peut également être transportée en tant que solution liquide par la voie maritime.

89. Ainsi, les Parties considèrent que le marché est mondial.

90. Cependant, étant donné que ce marché n'est pas un marché affecté au sens de l'art 11 al. 1 let. d OCCE, la définition exacte du marché géographique peut être laissée ouverte.

#### B.5.3 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

91. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, il faut, pour admettre une affectation de la concurrence, que deux ou plusieurs entreprises détiennent, une part de marché de 20 % ou

plus ou que la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes soit de 30 % ou plus.

92. En Suisse, le principal marché affecté horizontalement par la JV notifiée est celui du S-PVC.

93. Les activités des Parties affectent également les marchés en relation avec l'E-PVC, la CSL, l'hypochlorite de sodium ainsi qu'avec deux autres produits de moindre importance, à savoir le CAL et l'ECH. Finalement, les composés S-PVC constituent un marché verticalement affecté.

94. Quant aux marchés de l'acide chlorhydrique (Solvay détient une part de marché de [20-30] % en Suisse), des paraffines chlorées (INEOS détient une part de marché de [20-30] % en Suisse) et de la potasse caustique (INEOS détient une part de marché de [0-10] %), les pourcentages de parts de marché sont en-dessous de la limite de 30 %, cela sans chevauchement horizontal et ils ne constituent pas des marchés verticalement affectés par la JV. En conséquence, comme cela a déjà été mentionné supra, ces marchés ne sont pas considérés comme des marchés affectés au sens de l'art. 11 par. 1 let. d OCCE. Leur analyse n'est donc pas requise.

#### B.5.3.1 S-PVC, E-PVC et CSL

##### a. Concurrence actuelle

95. En adéquation avec les décisions récentes de la Commission européenne, les marchés du S-PVC, de l'E-PVC et de la CSL possèdent un marché géographique s'étendant au moins à l'échelle de l'EEE (Suisse incluse). Nous présentons ici les parts de marchés pour 2012.

**Tableau 1 : Parts de marché en 2012 (EEE+Suisse)**

	S-PVC		E-PVC		CSL	
	Volume (kt)	Part (%)	Volume (kt)	Part (%)	Volume (kt)	Part (%)
INEOS	[1000-1100]	[20-30]	[50-60]	[10-20]	[1100-1200]	[10-20]
SOLVIN	[700-800]	[20-30]	[80-90]	[10-20]	[1000-1100]	[10-20]
<b>Combinés</b>	<b>[1700-1900]</b>	<b>[40-60]</b>	<b>[130-150]</b>	<b>[20-40]</b>	<b>[2100-2300]</b>	<b>[20-40]</b>
Concurrent 1	[500-600]	[10-20]	[130-140]	[30-40]	[800-900]	[10-20]
Concurrent 2	[300-400]	[0-10]	[80-90]	[20-30]	[600-700]	[10-20]
Concurrent 3	[200-300]	[0-10]	[60-70]	[10-20]	[600-700]	[0-10]

Source : informations des Parties contenues dans la notification reçue le 19 septembre 2013

96. Les parts de marchés conséquentes sur ces marchés de référence ne permettent pas d'exclure la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché du S-PVC, de l'E-PVC et de la CSL. Le marché de référence étant défini à l'échelle européenne, les charges et conditions fixées par la Commission européenne afin de limiter l'effet sur la concurrence de la JV seront également efficaces en Suisse<sup>20</sup>. Il est donc possible de re-

noncer à une analyse détaillée en ce qui concerne ces marchés.

<sup>20</sup> Les Parties se sont engagées à respecter les charges et conditions fixées par la Commission européenne sur le territoire suisse également.

b. Concurrence potentielle

97. Etant donné que les Parties se sont engagées à appliquer également en Suisse les charges et conditions fixées par la Commission européenne, le Secrétariat peut renoncer à l'analyse de la concurrence potentielle sur les marchés du S-PVC, de l'E-PVC et de la CSL.

qu'aucun transfert de cette production n'est envisagé, la JV n'entraînerait pas de chevauchement horizontal. Cependant, suite à la JV, il y aurait une relation verticale entre les activités de la JV en lien avec le S-PVC de base et les activités de composition de S-PVC conservées par les Parties. Nous présentons ici les parts de marché pour le marché de référence.

### B.5.3.2 Composés S-PVC

a. Concurrence actuelle

98. Etant donné que les Parties vont continuer de produire des composés S-PVC après la création de la JV et

**Tableau 2 : Parts de marché en 2012 (EEE+Suisse)**

	Composés S-PVC	
	Volume (kt)	Part (%)
INEOS	[100-110]	[10-20]
SOLVAY	[120-130]	[10-20]
<b>Combinés</b>	<b>[220-240]</b>	<b>[20-40]</b>
Concurrent 1	[80-90]	[0-10]
Concurrent 2	[70-80]	[0-10]
Concurrent 3	[40-50]	[0-10]

Source : informations des Parties contenues dans la notification reçue le 19 septembre 2013 ; calculs du Secrétariat

99. Les parts de marchés importantes sur le marché du S-PVC de base ne permettent pas d'exclure la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché du S-PVC, entraînant un risque de coordination des Parties au niveau des composés S-PVC<sup>21, 22</sup>. Le marché de référence étant défini à l'échelle européenne, cela aussi bien au niveau du S-PVC de base que des composés S-PVC, les charges et conditions fixées par la Commission européenne afin de limiter l'effet sur la concurrence seront également efficaces en Suisse. Il est donc possible de renoncer à une analyse détaillée en ce qui concerne ce marché.

b. Concurrence potentielle

100. Etant donné que les Parties se sont engagées à appliquer également en Suisse les charges et conditions fixées par la Commission européenne, le Secrétariat renonce à l'analyse de la concurrence potentielle sur le marché des composés S-PVC, ce marché se situant en aval du marché du S-PVC de base.

### B.5.3.3 Hypochlorite de sodium

a. Concurrence actuelle

101. INEOS ne possède pas de part de marché en ce qui concerne l'hypochlorite de sodium en Suisse. Solvay détient environ [...] % des parts de marché. Les parts de marché pour 2012 sont présentées ici pour le marché de référence (national) :

<sup>21</sup> Cf. schéma 1.

<sup>22</sup> La Commission estime cependant ce risque comme faible : cf. décision de la Commission européenne du 30.01.2008, COMP/M.4734 - INEOS/Kerling, N 205-207.

**Tableau 3 : Parts de marché en 2012 (Suisse)**

Hypochlorite de Sodium		
	Volume (kt)	Part (%)
INEOS	0	0
SOLVAY	[5300-5400]	[30-40]
<b>Combinés</b>	<b>[5300-5400]</b>	<b>[30-40]</b>
Concurrent 1	[4100-4200]	[20-30]
Concurrent 2	[2000-2100]	[10-20]
Concurrent 3	NA	NA

Source : informations des Parties contenues dans la notification reçue le 19 septembre 2013

102. Il n'y a pas de chevauchement horizontal sur le marché de référence<sup>23</sup>. De plus, la JV continuera à faire face à d'importantes contraintes de concurrence de la part de concurrents de taille conséquente.

b. Concurrence potentielle

103. En plus de l'absence de chevauchement horizontal et de toute relation verticale sur le marché de référence, le marché de l'hypochlorite de sodium est caractérisé par une importante capacité de production excédentaire, par de faibles barrières à l'entrée, ainsi que par la facilité de changer de fournisseur<sup>24</sup>.

c. Résultat intermédiaire

104. L'absence de chevauchement horizontal ainsi que la concurrence potentielle importante sur le marché de référence permettent d'éliminer le risque de création ou de renforcement d'une position dominante au sens de l'art. 10 LCart.

#### B.5.3.4 CAL et ECH

105. Il n'y a pas de chevauchement horizontal en Suisse sur les marchés du CAL et de l'ECH.

106. En ce qui concerne le CAL, en 2012, Solvay a vendu [20-30] tonnes de CAL pour une valeur de [...] euros. Sa part de marché peut être estimée [20-50] % en Suisse. INEOS n'est pas active sur le marché du CAL.

107. En 2012, Solvay a vendu [20-30] tonnes d'ECH pour un montant total de [...] millions d'euros en Suisse. Selon les estimations de Solvay, les parts de marché en Suisse de Solvay se chiffrent [60-70] %.

108. INEOS n'étant pas active dans la production d'ECH, la JV n'engendrera pas de hausse des parts de marché en Suisse.

109. En l'absence de tout chevauchement horizontal ou de toute relation verticale entre les Parties en Suisse dans le cadre du CAL et de l'ECH et au vu des petites quantités commercialisées en Suisse, le Secrétariat considère que la concurrence ne sera pas entravée avec la création de la JV.

#### B.5.4 Résultat

110. Les marchés de l'acide chlorhydrique, des parafines chlorées et de la potasse caustique ne peuvent pas être considérés comme des marchés affectés, les pourcentages de parts de marché se situant en-dessous de la limite de 30 %, sans chevauchement horizontal et ne constituant pas des marchés verticalement affectés par la JV (art. 11 al. 1 let. d OCCE).

111. Pour les raisons énoncées précédemment, notamment l'absence de chevauchement horizontal, il appert au terme de l'examen préalable que la JV, ni ne créera, ni ne renforcera une position dominante sur les marchés suivants : l'hypochlorite de sodium, le CAL et l'ECH.

112. La question d'établir si la JV créera ou renforcera une position dominante sur les marchés du S-PVC de base, de l'E-PVC, de la CSL et des composés S-PVC peut être laissée ouverte dans la mesure où ces marchés peuvent être délimités au niveau de l'EEE (Suisse incluse) et que les Parties se sont engagées à appliquer en Suisse également les charges et conditions fixées par la Commission européenne. 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 al. 1 LCart.

#### C. Publication

113. Lorsque la COMCO décide de ne pas procéder à un examen de concentration, rien ne l'empêche de publier la prise de position et la motivation de sa décision. Selon l'art. 49 al. 1 LCart, le Secrétariat et la COMCO doivent informer le public de leurs activités, afin d'établir une pratique transparente, de susciter le débat et d'améliorer les décisions futures.

114. La présente prise de position de la COMCO sera publiée intégralement après élimination des secrets d'affaires.

<sup>23</sup> Ce n'est pas le cas pour 2012 uniquement, cela se vérifie également en 2010 et 2011; cf. notification du 19 septembre 2013, N 240.

<sup>24</sup> Cf. notification du 19 septembre 2013, N 243-253.

**D. Conclusions**

Pour les raisons énoncées ci-dessus, il appert au terme de l'examen préalable que l'opération de concentration en cause, ni ne créera, ni ne renforcera une position dominante susceptible de supprimer la concurrence sur les marchés pertinents. En effet, INEOS et Solvay se sont engagées par écrit vis-à-vis de la COMCO à ne pas procéder à la création de la joint-venture en Suisse, tant que la Commission européenne ne l'aura pas autorisée.

En outre, elles se sont engagées à respecter en Suisse, toutes conditions et charges, concernant directement ou indirectement la Suisse, que pourrait leur imposer la Commission européenne, dans le cadre de la procédure de contrôle parallèlement en cours. Dès lors, la COMCO décide :

- de renoncer à un examen de concentration au sens de l'art. 10 al. 1 LCart.

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	<b>1. Arrêt du 2 septembre 2013, recours de [...] contre la décision incidente de la Commission de la concurrence (voir aussi B 2.2, chiffre 2, décision incidente du 1<sup>er</sup> juillet 2013 dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR)</b>

*Arrêt B-4363/2013 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 2 septembre 2013, [A.], représenté par [...], contre Commission de la concurrence COMCO – Objet: Cartels – obligation de renseigner (art. 40 LCart).*

#### Faits:

##### A.

Le [...], le Secrétariat de la Commission de la concurrence, avec l'accord d'un membre de la Présidence de la Commission de la concurrence (COMCO; ci-après: autorité inférieure [cf. consid. 1.2]), a ouvert une enquête au sens de l'art. 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251) contre plusieurs banques et intermédiaires financiers concernant des accord possibles et autres restrictions à la concurrence dans le but d'influencer les taux d'intérêts LIBOR (London Interbank Offered Rate) pour les monnaies yen et franc suisse et TIBOR (Tokyo Interbank Offered Rate) pour le yen et l'Euroyen. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence étudie également si des accords sur les *spreads* (différence entre la vente et le prix d'achat) ont été conclus entre les banques opérant sur le marché des dérivés de taux d'intérêt à court terme. Cette enquête examine si de telles restrictions illicites ont affecté la concurrence conformément à l'art. 5 LCart.

Au cours de l'enquête, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a trouvé des indices d'accord entre les banques dans le but d'influencer le taux d'intérêt EURIBOR et les prix d'achat et de vente des produits dérivés basés sur ce taux de référence.

Afin de clarifier ces points, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a adressé le [...] une demande d'informations à A.\_\_\_\_ (ci-après: recourante).

Dans sa réponse du [...], A.\_\_\_\_ a pris acte du fait que l'enquête en cours n'était pas dirigée directement contre elle et a précisé qu'elle n'était partie à aucune procédure devant la Commission européenne. Elle a en outre mentionné la [la loi du pays B.\_\_\_\_], qui empêche tout transfert d'information de nature économique financière ou commerciale à des autorités étrangères. De ce fait, A.\_\_\_\_ ne serait pas en mesure de répondre à la demande du Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Le [...], le Secrétariat de la Commission de la concurrence, avec l'accord d'un membre de la Présidence, a élargi son enquête à, notamment C.\_\_\_\_.

Par courrier du même jour, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a informé la recourante de l'ouverture d'une enquête C.\_\_\_\_. Elle a invité la recourante à répondre jusqu'au 22 mai 2013 au questionnaire annexé, intitulé « *Questionnaire for C.\_\_\_\_* ».

Par un autre courrier du même jour, l'autorité inférieure a informé la recourante de l'élargissement de l'enquête aux comportements prétendus anticoncurrentiels qui concernent le taux de référence EURIBOR. Elle l'a priée de répondre à une série de questions jusqu'au [...].

Par courrier du 17 mai 2013 adressé à l'autorité inférieure, la recourante a pris note du fait qu'elle n'était pas visée par l'enquête en cours et a indiqué comprendre que les questionnaires et demandes d'informations contenus dans les deux courriers du 22 avril 2013 ne la concernaient en réalité pas. Elle a ajouté que C.\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_ étaient deux entités distinctes et que A.\_\_\_\_ n'avait pas qualité pour recevoir de notifications ou autres correspondances destinées à une autre entité juridique. Elle a conclu qu'elle n'était par conséquent pas en mesure de donner suite aux deux courriers du 22 avril 2013 ni de prendre quelque autre mesure que ce soit en relation avec des actes, avis ou notifications qui ne lui sont manifestement pas destinés.

##### B.

Le [...], l'autorité inférieure a rendu une décision incidente (ci-après: décision attaquée) selon laquelle la recourante est tenue de lui transmettre d'ici au [...] (compte tenu des jours fériés judiciaires) les réponses au questionnaire et aux autres demandes de renseignement figurant dans ses deux courriers datés du 22 avril 2013. Le dispositif de cette décision prévoit en outre que les frais engendrés par la décision, d'un montant de Fr [...], sont mis à la charge de la recourante.

Se référant à l'art. 2 LCart, l'autorité inférieure indique que les entreprises doivent être appréhendées de façon économique, quelle que soit leur structure juridique, et qu'un groupe de sociétés doit être considéré comme une entité économique unique lorsque la maison mère a la possibilité de contrôler ses filiales et exerce ce contrôle. Affirmant que la recourante est une filiale à 100 % de C.\_\_\_\_, elle soutient que « l'existence d'un groupe prédomine, de sorte que [C.\_\_\_\_] est considéré comme une entreprise au sens de l'art. 2 LCart ». Elle poursuit en indiquant que, en tant que filiale de C.\_\_\_\_, la recourante ne dispose pas de la position de partie indépendante, mais que, comme destinataire formel, elle peut valablement lui notifier une décision ou lui envoyer des demandes de renseignements, en lui laissant le soin

de les transmettre à sa société mère. En d'autres termes, la recourante représenterait le groupe en Suisse et serait considérée comme destinataire des décisions et des demandes d'information. Il ne serait pas pertinent de savoir où les informations demandées sont localisées. En tant que filiale du groupe D.\_\_\_\_\_, la recourante aurait manifestement la possibilité de les transmettre à l'autorité inférieure.

Selon l'autorité inférieure, l'obligation de renseigner prévue par l'art. 40 LCart est fondée sur le droit suisse et le fait que la transmission des informations pourrait violer une loi étrangère (en particulier [la loi du pays B.\_\_\_\_\_]) ne change rien. Il n'existerait par ailleurs pas de norme supérieure, par exemple une convention internationale, qui s'opposerait à l'obligation de fournir ces informations.

L'autorité inférieure poursuit en indiquant que « les communications électroniques des employés [de C.\_\_\_\_\_] avec les banques du panel ne sont pas accessibles publiquement et demeurent dans la sphère d'influence [de C.\_\_\_\_\_]. Selon le Secrétariat, il existe des soupçons que des employés des différentes banques ou intermédiaires financiers se sont mis d'accord sur les soumissions des taux d'intérêts et ont influencé les *spreads* des produits dérivés. Dans ce contexte, les communications avec les banques du panel sont essentielles pour la compréhension des éventuels accords en matière de concurrence et ainsi évaluer la participation des employés [de C.\_\_\_\_\_] dans la violation des lois anticoncurrentielles en vigueur. C'est pour cette raison que le Secrétariat a besoin des informations [de C.\_\_\_\_\_] et des autres parties. Les autres instruments prévus par la loi pour l'acquisition d'informations par le Secrétariat, nommément les auditions et les perquisitions (art. 42 LCart), sont moins appropriés au stade actuel de la procédure (dans la mesure où les données / informations nécessaires paraissent ne pas se trouver en Suisse), respectivement ne constituent pas une alternative moins contraignante. Les informations demandées dans le questionnaire ainsi que les autres questions concernant l'établissement des faits sont nécessaires et adéquates afin de clarifier et d'évaluer l'état de fait ». L'autorité inférieure ajoute que, « selon le questionnaire du Secrétariat, les données et informations relatives aux taux de référence [...] sont requises à condition que la banque fasse partie du panel de soumission. En outre, les chiffres d'affaires et rendement brut demandés sont en relation avec les faits sous enquête. L'obligation de renseigner est par nature associée à une certaine charge de travail. Toutefois, étant donné l'importance de cette information dans l'enquête en cours, le délai de réponse imparti et éventuellement avec une prolongation de délai suffisant pour répondre aux dites demandes de renseignements. [A.\_\_\_\_\_] n'a par ailleurs pas soutenu - à l'exception de la mention faite [de la loi du pays B.\_\_\_\_\_] - qu'il était impossible ou déraisonnable de fournir les informations demandées. La décision sur l'obligation de renseigner est donc également proportionnée au sens strict. » L'autorité inférieure mentionne enfin l'art. 25 LCart, selon lequel les autorités en matière de concurrence sont soumises aux secrets de fonction et d'affaires.

Considérant que les informations requises sont nécessaires à l'établissement de l'état de fait et se référant aux

principes d'économie de procédure, de célérité et d'égalité de traitement, l'autorité inférieure juge que, « dans l'intérêt de toutes les parties et dans le cadre d'une procédure efficace, l'effet suspensif à un éventuel recours contre la présente décision est retiré ».

Enfin, l'autorité inférieure avertit que, « si [A.\_\_\_\_\_] devait ne pas fournir les informations demandées », elle pourrait, « conformément aux art. 52 et 55 LCart, infliger une sanction administrative à l'entreprise, respectivement une sanction pénale aux personnes physiques responsables au sein de l'entreprise de la décision de ne pas répondre au questionnaire et aux autres questions concernant l'établissement des faits ». Elle ajoute que la sanction découle directement de la loi, de sorte qu'il est possible de renoncer à une menace de sanction dans le dispositif.

### C.

Par recours formé devant le Tribunal administratif fédéral le 31 juillet 2013 contre cette décision incidente de l'autorité inférieure, la recourante demande - avec suite de frais et dépens - que son recours soit déclaré recevable, puis, préalablement, que l'effet suspensif soit restitué au recours et, principalement, que la décision attaquée soit annulée. Elle demande par ailleurs au Tribunal administratif fédéral de dire et constater que la recourante n'est pas tenue de donner les renseignements réclamés dans la demande de renseignement du [...], de dire et constater que les décisions de l'autorité inférieure concernant C.\_\_\_\_\_ ne peuvent être valablement notifiées à la recourante et de condamner l'autorité inférieure à tous les frais et dépens de l'instance, y compris concernant la procédure de première instance, lesquels comprendront une indemnité de procédure constituant une équitable participation aux honoraires des conseils de la recourante. Elle demande enfin d'être acheminée à prouver par toute voie de droit utile les faits allégués dans la présente écriture.

La recourante soutient pour l'essentiel que la décision attaquée lui impose de fournir des informations qu'elle ne détient pas. Cette décision viserait en effet uniquement C.\_\_\_\_\_.

Pour la recourante, la décision attaquée est une décision incidente qui est susceptible de faire l'objet d'un recours conformément à l'art. 46 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Répétant qu'elle est impliquée dans une procédure qui ne la vise pas, la recourante affirme que l'admission de son recours permettrait de la mettre hors de cause à un stade précoce de la procédure en conformité avec la maxime d'économie de procédure. Elle ajoute que la décision attaquée est susceptible de lui causer un préjudice considérable. Son recours serait ainsi recevable. La recourante aurait par ailleurs qualité pour recourir au sens de l'art. 48 PA, car elle serait directement touchée par la décision attaquée.

Au niveau des faits, la recourante conteste être la filiale de C.\_\_\_\_\_. Elle affirme être la filiale de E.\_\_\_\_\_, elle-même filiale de F.\_\_\_\_\_, elle-même filiale de C.\_\_\_\_\_. La recourante ajoute qu'elle est une société distincte de C.\_\_\_\_\_ (qui n'a pas sur elle une maîtrise directe et immédiate) et qu'il ne peut pas être considéré qu'elle

forme avec C.\_\_\_\_\_ une entreprise unique au sens de l'art. 2 LCart.

La recourante considère que, en retirant l'effet suspensif au recours contre la décision attaquée, l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation. Elle soutient qu'un éventuel refus d'assortir son recours d'un effet suspensif serait en particulier "susceptible de lui causer un préjudice considérable tant d'un point de vue financier que d'un point de vue réputationnel".

Sur le fond, la recourante est d'avis que la théorie de l'unité économique, qui vise à tenir compte de la réalité économique dans l'application du droit de la concurrence, ne permet à l'autorité inférieure ni de faire abstraction des dispositions procédurales relatives à la notification (en lui notifiant directement la décision attaquée) ni de lui faire supporter des obligations auxquelles seule la société qui est à la tête du groupe est en mesure de répondre. La recourante soutient que, en lui notifiant la décision attaquée, l'autorité inférieure ne s'est pas limitée à l'informer d'une décision qui pourrait la concerner, mais lui a imposé une obligation spécifique, à savoir répondre à un questionnaire que l'autorité inférieure s'est refusée à transmettre à son destinataire matériel. Ce faisant, l'autorité inférieure aurait converti le destinataire formel d'une décision destinée à un tiers (destinataire matériel) en un destinataire matériel d'une décision distincte portant sur des obligations de comportement spécifiques (obligation de répondre). La recourante insiste en outre sur le fait que l'autorité inférieure aurait dû notifier la décision attaquée à son destinataire matériel (C.\_\_\_\_\_), dont les droits et obligations sont directement touchés. Elle reproche également à l'autorité inférieure d'exiger de sa part qu'elle incite C.\_\_\_\_\_ à violer [la loi du pays B.\_\_\_\_\_]. La recourante affirme par ailleurs que l'obligation de renseigner prévue par l'art. 40 LCart ne saurait être comprise comme allant au-delà des renseignements et pièces en possession de la personne concernée et comme obligeant la personne concernée à se procurer auprès de tiers les renseignements et pièces dont elle ne dispose pas. La recourante conteste enfin ne pas avoir fait valoir des moyens tirés de l'art. 17 PA.

#### D.

Par décision incidente du 8 août 2013, le Tribunal administratif fédéral a restitué à titre superprovisionnel l'effet suspensif au recours jusqu'à ce qu'il statue de manière définitive sur la restitution de l'effet suspensif. En lui transmettant un double de l'acte de recours, accompagné de ses annexes, il a invité l'autorité inférieure, d'une part, à déposer, jusqu'au 19 août 2013, ses observations au sujet de la demande de restitution de l'effet suspensif et des autres questions formelles soulevées dans le recours (notamment celle du préjudice irréparable) et, d'autre part, à déposer, jusqu'au 9 septembre 2013, ses observations au sujet des questions matérielles soulevées dans le recours. Le Tribunal administratif fédéral a enfin invité la recourante à payer une avance sur les frais de procédure présumés de [...] jusqu'au 30 août 2013.

#### E.

L'autorité inférieure a adressé au Tribunal administratif fédéral le 22 août 2013, à savoir dans le délai prolongé

au 23 août 2013, ses observations au sujet de la demande de restitution de l'effet suspensif et des autres questions formelles soulevées dans le recours (notamment celle du préjudice irréparable). Elle conclut - sous suite de frais et dépens - au rejet de la demande de procédure de restitution de l'effet suspensif et à ce qu'un délai pour répondre au questionnaire et aux autres demandes de renseignement figurant dans les deux courriers datés du [...] soit fixé à la recourante.

L'autorité inférieure commence par relever que, malgré l'absence d'une indication à ce sujet dans le dispositif de la décision attaquée, tant le Tribunal administratif fédéral que la recourante, sur la base de la motivation de la décision attaquée, partent pertinemment du principe que les autorités de la concurrence ont retiré l'effet suspensif au recours contre la décision attaquée. Ce n'est par conséquent que pour le cas où cela s'avérerait inexact et où la décision attaquée devait ne pas avoir retiré l'effet suspensif au recours que l'autorité inférieure formule la conclusion subsidiaire selon laquelle le retrait de l'effet suspensif doit être prononcé par le Juge instructeur en application de l'art. 22 al. 2 PA.

Pour l'autorité inférieure, un groupe de sociétés en tant que tel doit être considéré comme une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart, de sorte que la destinataire de la décision au sens matériel est la maison mère du groupe qui garantit et impose une direction uniforme à l'ensemble des entreprises qui en font partie. L'autorité inférieure soutient que, en l'espèce, la recourante se trouve dans une telle relation de groupe, en dépit du fait que son lien de filiation avec la société mère passe par deux autres sociétés. Selon l'autorité inférieure, il est possible de requérir de la part de la recourante toutes les informations concernant le groupe, indépendamment du lieu où elles se trouvent, et de lui notifier des décisions destinées à l'entreprise au sens de l'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart. Toutes les entreprises membres du groupe seraient ainsi représentantes du groupe dans le cadre de l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart.

En ce qui concerne le fait que la livraison des informations demandées violerait [la loi du pays B.\_\_\_\_\_], l'autorité inférieure soutient que, selon l'art. 40 LCart, le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par les art. 16 et 17 PA, qui ne prévoient pas la violation du droit étranger comme motif de refus, que le droit supérieur ne prévoit pas non plus un tel motif de refus et que le droit [du pays B.\_\_\_\_\_] ne prime pas sur le droit suisse. La recourante n'aurait dès lors aucune raison de faire valoir [la loi du pays B.\_\_\_\_\_] pour refuser de fournir des renseignements.

Enfin, l'autorité inférieure justifie le retrait de l'effet suspensif au recours par un intérêt public à l'application conforme à son but du droit des cartels, lequel se manifeste entre autres dans le fait que les autorités de la concurrence doivent pouvoir dans la mesure du possible clarifier sans retard l'état de fait (international et complexe), ainsi que par l'intérêt privé des participants à la procédure à la poursuite de cette procédure et à l'observation de l'égalité de traitement. Se fondant sur un pronostic défavorable au recours déposé par la recourante et considérant que le retrait de l'effet suspensif ne causerait aucun préjudice irréparable à la recourante, l'auto-



rité inférieure arrive à la conclusion que l'intérêt public des autorités de la concurrence et l'intérêt des autres parties à une application de la LCart conforme à son but et dans un délai raisonnable sont supérieurs à ceux mis en avant par la recourante. La demande de restitution de l'effet suspensif devrait dès lors être rejetée, ce qui conduirait à ce qu'un bref délai (dont la durée est laissée à la libre appréciation du Tribunal administratif fédéral) soit fixé à la recourante pour exécuter la décision attaquée.

## F.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

## Droit

### 1.

**1.1** Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

**1.2** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF

En l'espèce, la décision attaquée constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 2 PA. Elle a été rendue par le Secrétariat de la Commission de la concurrence avec un membre de la présidence. D'un point de vue externe, le Secrétariat forme un tout avec la Commission de la concurrence (VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [éd.]. Droit de la concurrence. Commentaire romand. 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, ad art. 23 LCart N21). Il convient dès lors de considérer que la décision attaquée a été rendue par la Commission de la concurrence, qui est une autorité au sens de l'art. 33 let. f LTAF (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7084/2010 du 6 décembre 2010 consid. 1.2). Aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisées, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours.

**1.3** Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

**1.4** La décision attaquée, rendue en application de l'art. 40 LCart, est une décision incidente (BENOÎT MERKT, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [éd.]. Droit de la concurrence. Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, ad art. 40 LCart N 17).

Un recours contre une décision incidente, notifiée séparément, ne portant ni sur la compétence ni sur une demande de récusation (cf. art. 45 PA), est recevable aux conditions fixées par l'art. 46 al. 1 PA, applicable à la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 37 LTAF et de l'art. 39 LCart. Il convient ainsi d'examiner si la décision attaquée peut faire l'objet d'un recours immédiat sur la base de l'art. 46 al. 1 PA, soit parce qu'elle peut causer un préjudice irréparable (let. a), soit parce que l'admission du recours

peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b).

### 1.4.1

**1.4.1.1** L'art. 46 al. 1 let. a PA ne définit pas la notion de préjudice irréparable. Selon la jurisprudence, le préjudice doit avoir sa cause dans la décision incidente attaquée elle-même et son caractère irréparable tient généralement au désavantage que subirait le recourant s'il devait attendre la décision finale pour entreprendre la décision incidente (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4935/2009 du 31 août 2009 consid. 1.4). A la différence de ce qui prévaut en principe sous l'angle de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF RS 173.110) (BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF Berne 2009, ad art. 93 N 16), l'art. 46 PA n'exige pas un dommage de nature juridique. Il suffit d'un préjudice de fait, même purement économique, pour autant que celui-ci ne se résume pas à prévenir une augmentation des coûts de la procédure. Point n'est besoin d'ailleurs que le dommage allégué soit à proprement parler « irréparable »; il suffit qu'il soit d'un certain poids. Autrement dit, il faut que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision incidente soit immédiatement annulée ou modifiée, sans attendre le recours ouvert contre la décision finale.

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir les raisons pour lesquelles la décision attaquée lui cause - ou menace de lui causer - un dommage au sens de ce qui précède, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5107/2009 du 13 avril 2010 consid. 3 et B-2390/2008 du 6 novembre 2008 consid. 2.1.2). Le recourant supporte ainsi le fardeau de la preuve du préjudice irréparable (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5436/2011 du 5 mars 2012 consid. 3.4).

**1.4.1.2** La recourante soutient que la décision attaquée est susceptible de lui causer un préjudice considérable en raison des conséquences financières liées à son implication dans des procédures administratives ou judiciaires concernant des comportements auxquels elle est étrangère. Elle ajoute qu'elle risque, ainsi que ses organes, d'être sanctionnée si les informations requises par l'autorité inférieure ne pouvaient pas lui être transmises. Elle soutient enfin que, si l'effet suspensif n'était pas restitué à son recours, elle pourrait, ainsi que ses organes, être sanctionnée, ce qui inciterait certainement l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) à conduire des investigations quant au respect de l'exigence d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c et c<sup>bis</sup> de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0).

### 1.4.1.3

**1.4.1.3.1** En lien avec la décision attaquée, il se pose tout d'abord la question de savoir qui est visé par la demande de renseignements au sens de l'art. 40 LCart.

**1.4.1.3.1.1** Les décisions de l'autorité inférieure règlent les rapports juridiques avec les entreprises au sens de l'art. 2 LCart. Au sens matériel, les destinataires d'une

décision sont les personnes physiques ou morales dont les droits ou les obligations sont réglés par la décision. Au sens formel, les destinataires d'une décision sont les personnes auxquelles la décision est notifiée, sans que leurs droits ou leurs obligations ne soient directement touchés par la décision (cf. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 6 N 7 et les références citées). Les destinataires au sens formel ne sont pas parties au rapport juridique concerné. Leurs intérêts sont certes directement touchés, mais pas leurs droits ou obligations (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2977/2007 du 27 avril 2010 consid. 4.5; cf. décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-1100/2007 du 6 décembre 2007 consid. 3.3.1; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1983, p. 148).

**1.4.1.3.1.2** En l'espèce, le courrier de l'autorité inférieure du [...] est adressé à A.\_\_\_\_\_. Il est intitulé « [...] LIBOR/TIBOR - Demande d'information à [C.\_\_\_\_\_] ». Il précise que « [a]ctuellement, l'enquête de la Commission de la concurrence suisse ne concerne pas [C.\_\_\_\_\_] ». La demande de l'autorité inférieure est formulée de la manière suivante: « Pour éclaircir cet état de fait, nous vous prions de nous fournir les mêmes informations concernant EURIBOR pour les années [...] à [...] que celles que vous avez fournies à la Commission Européenne ».

Le premier courrier de l'autorité inférieure du [...] est adressé à « [A.\_\_\_\_\_] ». Intitulé « [...] Ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart contre [C.\_\_\_\_\_] [...] », il commence par donner des informations au sujet de cette enquête. La demande de l'autorité inférieure est ainsi formulée: « [...] nous avons besoin de vos informations et nous vous invitons à répondre aux questions contenues dans le questionnaire en annexe [...] ». Ce questionnaire porte le titre suivant :

« [...] LIBOR/TIBOR  
Questionnaire for [C.\_\_\_\_\_]  
of the [...] »

Le second courrier de l'autorité inférieure du [...] est adressé à « [A.\_\_\_\_\_] ». Il est intitulé « [...] LIBOR/TIBOR - Annonce de la poursuite de l'enquête à l'EURIBOR / Autres questions concernant l'établissement des faits ». Les demandes de l'autorité inférieure sont formulées ainsi :

« 1. Veuillez nous communiquer [...] le chiffre d'affaires réalisé annuellement par votre mandante sur [...]. De plus, veuillez nous indiquer le chiffre d'affaires annuel par trader ou si ce n'est pas possible par équipe de traders.

2. Veuillez nous communiquer [...] le chiffre d'affaires réalisé annuellement sur le commerce des produits dérivés basés sur les taux de référence JPY LIBOR, EUROYEN TIBOR, JPY TIBOR, CHF LIBOR et EURIBOR, traités de manière directe ou indirecte (par l'intermédiaire d'une société de courtage), pour chaque contrepartie bancaire dont le siège est en Suisse.

3. Veuillez nous indiquer le produit brut que votre banque a réalisé en Suisse [...]. »

Bien que ces trois courriers soient adressés à la recourante, il ressort clairement, notamment de l'intitulé du courrier du [...] (« [...] LIBOR/TIBOR - Demande d'information à [C.\_\_\_\_\_] ») et du titre du questionnaire joint au premier courrier du [...] (« Questionnaire for [C.\_\_\_\_\_] »), que c'est bien C.\_\_\_\_\_ qui est visée par la demande de renseignement et non pas la recourante.

La décision attaquée a été notifiée à A.\_\_\_\_\_. Elle indique notamment que, « [dans la mesure où [A.\_\_\_\_\_] est une filiale [de C.\_\_\_\_\_] ], il ne dispose pas de la position de partie indépendante, en raison de son appartenance au groupe. Toutefois, comme destinataire formel, le Secrétariat peut valablement lui notifier une décision ou lui envoyer des demandes de renseignements, en lui laissant le soin de les transmettre à sa société mère. En d'autres termes, [A.\_\_\_\_\_] représente le groupe en Suisse et est considéré comme destinataire des décisions et des demandes d'information. Pour le Secrétariat, il n'est pas pertinent de savoir où les informations demandées sont localisées. En tant que filiale [de ... D.\_\_\_\_\_] ], [A.\_\_\_\_\_] a manifestement la possibilité de les transmettre au Secrétariat ».

La décision attaquée elle-même qualifie la recourante de « destinataire formel » de la décision attaquée. Rien n'indique par ailleurs que la recourante en soit également le destinataire matériel. Au contraire, la recourante est uniquement appelée à jouer un rôle d'intermédiaire. L'autorité inférieure ne considère en effet la recourante que comme un représentant. La décision attaquée confirme ainsi le fait que c'est bien C.\_\_\_\_\_ qui est visé par la demande de renseignements et qui en est donc le destinataire matériel.

Le dispositif de la décision attaquée prévoit certes que « [A.\_\_\_\_\_] » est tenue de transmettre à l'autorité inférieure les renseignements demandés. Toutefois, vu l'intention claire de l'autorité inférieure de s'adresser non pas à la recourante, mais bien à C.\_\_\_\_\_, il convient de considérer que la recourante n'est pas matériellement concernée par la décision attaquée et que, en tant que simple destinataire formel, ses droits et ses obligations ne sont pas directement touchés. Une telle conclusion est d'ailleurs confirmée par les observations de l'autorité inférieure du 22 août 2013 (« [...] peu importe [que la recourante] soit la destinataire formelle de la décision du [...] qui met en cause matériellement [C.\_\_\_\_\_] » [p. 4 (ch. 16)]).

**1.4.1.3.2** Il ressort des observations de l'autorité inférieure du 22 août 2013 (p.4 [ch. 13]) que la décision attaquée exige de la recourante qu'elle transmette la demande de renseignements, au moyen de la voie interne, à la société mère de son groupe. L'autorité inférieure ajoute que la destinataire de la décision attaquée ne subit aucun préjudice du fait de cette transmission.

Selon le Tribunal administratif fédéral, outre cette transmission de la demande de renseignements, il peut également être demandé à la recourante de faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir les informations de la part de C.\_\_\_\_\_ et, le cas échéant, de recevoir et de faire parvenir à l'autorité inférieure les informations qui lui sont fournies par C.\_\_\_\_\_.

Il ne peut en revanche pas être exigé de la recourante qu'elle entreprenne des démarches qui relèvent de la seule compétence de C.\_\_\_\_\_. La recourante ne saurait ainsi être tenue de fournir les informations demandées par l'autorité inférieure si C.\_\_\_\_\_ a le pouvoir et la responsabilité exclusifs de décider de leur transmission.

Il ne fait aucun doute qu'C.\_\_\_\_\_e, même si les actes qui peuvent être exigés de la recourante (à savoir transmettre la demande de renseignements, faire des démarches auprès de C.\_\_\_\_\_ et, le cas échéant, faire parvenir les informations à l'autorité inférieure) devaient constituer pour elle un préjudice, ce préjudice ne pourrait être qualifié d'irréparable.

En outre, du fait qu'elle n'a aucune obligation matérielle de renseigner ou de produire des documents, la recourante ne risque aucune sanction administrative fondée sur l'art. 52 LCart dès le moment où elle établit qu'elle a accompli tous les actes qui entraînent dans sa sphère de compétence. Pour les mêmes raisons, les personnes physiques disposant d'un pouvoir décisionnel au sein de l'entreprise n'encourent pas de sanctions pénales au sens de l'art. 55 LCart.

Quant au risque soulevé par la recourante, que l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) conduise des investigations portant sur le respect de l'exigence d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c et c<sup>bis</sup> LB, il ne saurait être considéré comme la conséquence directe d'une (éventuelle) sanction à l'encontre de la recourante et/ou de ses organes. Comme le relève l'autorité inférieure, l'ouverture de l'enquête contre C.\_\_\_\_\_ a été publiée dans la Feuille fédérale et la FINMA pourrait donc s'intéresser depuis longtemps aux agissements des sociétés du groupe.

Enfin, la recourante n'allègue pas qu'elle serait susceptible de subir un préjudice irréparable du fait que la décision attaquée pourrait causer un préjudice à C.\_\_\_\_\_. La recourante ne prétend par ailleurs pas agir (également) au nom de C.\_\_\_\_\_ de sorte qu'il ne convient pas de prendre en considération un (éventuel) préjudice subi par C.\_\_\_\_\_.

**1.4.1.3.3** En conclusion, la décision attaquée ne saurait causer à la recourante un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA.

**1.4.2** Reste donc à examiner si la décision attaquée peut faire l'objet d'un recours immédiat sur la base de l'art. 46 al. 1 let. b PA.

**1.4.2.1** Selon cette disposition, les décisions incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. La recevabilité du recours est ainsi soumise à deux conditions cumulatives: le fait que l'admission du recours puisse conduire immédiatement à une décision finale, d'une part, et le fait que cette décision finale permette d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse, d'autre part (ALFRED KOLZ/ISABELLE HANER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 915).

**1.4.2.2** En lien avec l'art. 46 al. 1 let. b PA, la recourante considère pour l'essentiel que, en cas d'admission de son recours, elle serait mise hors de cause à un stade précoce de la procédure (recours, p. 8).

**1.4.2.3** En l'espèce, l'autorité inférieure a ouvert une enquête au sens de l'art. 27 LCart contre plusieurs banques et intermédiaires financiers le 2 février 2012 et l'a élargie à C.\_\_\_\_\_ le [...]. C'est dans le cadre de cette enquête que, dans le but d'obtenir des renseignements, l'autorité inférieure a rendu la décision incidente attaquée. L'admission du présent recours empêcherait certes l'autorité inférieure d'exiger les renseignements demandés. Force est toutefois de constater qu'elle ne mettrait pas un terme à l'enquête ouverte par l'autorité inférieure et ne conduirait donc pas immédiatement à une décision finale. Pour cette raison déjà, la décision attaquée ne saurait faire l'objet d'un recours sur la base de l'art. 46 al. 1 let. b PA.

**1.4.3** En conclusion, vu que la décision attaquée ne peut causer un préjudice irréparable et que l'admission du présent recours ne peut conduire immédiatement à une décision finale, la décision attaquée ne saurait faire l'objet d'un recours immédiat (art. 46 al. 1 PA).

**1.5** Vu ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable. Par conséquent, la demande de restitution de l'effet suspensif contenue dans le recours est également irrecevable.

Par ailleurs, le présent arrêt met un terme à la mesure superprovisionnelle prononcée le 8 août 2013 par le Tribunal administratif fédéral selon laquelle l'effet suspensif était restitué au recours. Vu que le délai fixé dans la décision attaquée pour donner suite à la demande de renseignements de l'autorité inférieure est arrivé à échéance le 16 août 2013, le Tribunal administratif fédéral laisse à l'autorité inférieure le soin de fixer à la recourante un nouveau délai qui tiendra équitablement compte de la durée de la présente procédure.

**2.1** Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à [...] et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ils seront compensés par l'avance de frais de [...] versée par la recourante le 26 août 2013. Le solde de [...] sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

**2.2** Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

Quant à la Commission de la concurrence, respectivement son Secrétariat, ils n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF; cf. Arrêt du Tribunal administratif

fédéral B-2390/2008 et B-4129/2008 du 6 novembre 2008 consid. 5).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:**

**1.**

Le recours est irrecevable.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de [...], sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de [...]. Le solde de [...] sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire; annexes: copie des observations de l'autorité inférieure du 22 août 2013 et formulaire « Adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...]; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (acte judiciaire)

[Indication des voies de droit]

B 3	<b>2. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013, Pfizer AG/ Eli Lilly (Suisse) AG/Bayer (Schweiz) AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)</b>
-----	---

*In der Sache „Hors-Liste“ hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden der Pharmahersteller Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 2. November 2009 (RPW 2010/4, S. 479) gutgeheissen, soweit es auf sie eingetreten ist. Das nachfolgend abgedruckte Urteil betreffend die Pfizer AG (Urteil B-364/2010) steht exemplarisch für die nicht aufgeführten Urteile, welche mit der gleichen Begründung bezüglich der anderen beiden Hersteller von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion ergangen sind (Urteile B-360/2010 und B-362/2010).*

*Auch die gemeinsame Beschwerde der e-mediat AG, Galexis AG und Unione Farmaceutica Distribuzione SA wurde gutgeheissen (Urteil B-323/2010, s.u. B 3/3. Seite 740. Auf die Beschwerde einer Apotheke ist das Bundesverwaltungsgericht nicht eingetreten (Urteil B-320/2010).*

*Soweit das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entschieden hat, wurde von Seiten der WEKO Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt (betreffend die Urteile B-323/2010, B-360/2010, B-362/2010 und B-364/2010). Alle fünf Urteile sind noch nicht rechtskräftig.*

*Alle Urteile sind auf der Internet-Seite des Bundesverwaltungsgerichts (<http://www.bvger.ch/>) abrufbar.*

*Urteil B-364/2010 vom 3. Dezember 2013, Pfizer AG, vertreten durch [...] gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)*

#### Sachverhalt:

##### A.

**A.a** Die Pharmaunternehmen Pfizer AG (Pfizer), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly) vertreiben unter anderem ihre (vom Mutterkonzern hergestellten und - bis auf Viagra - zur Zeit noch patentgeschützten) Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) und Cialis (Eli Lilly), für die es hierzulande gegenwärtig noch keine amtlich zugelassenen Generika gibt. Diese auch als "Potenzmittel" bezeichneten Medikamente wirken nicht aphrodisch,

sondern (erst nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Angesichts ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials sind diese Arzneimittel verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; vgl. zu den übrigen Kategorien Art. 23 -27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

In der Schweiz waren im Jahr 2006 insgesamt 4'857 Medikamente heilmittelrechtlich zugelassen. Die nachfolgende Übersicht schlüsselt die Anteile nach Rezeptpflicht bzw. Freiverkäuflichkeit sowie einer allfälligen Listung in der Spezialitätenliste (SL) auf:

Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz:							
4857							
Davon auf der SL: 2146 / 44.0%				Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente: 2711 / 56.0%			
Rezeptpflichtig 1735 / 35.7%		Freiverkäuflich 411 / 8.5%		Freiverkäuflich 1656 / 34.1%		Rezeptpflichtig 1055 / 21.7%	
<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>	<b>D</b>	<b>D</b>	<b>C</b>	<b>B</b>	<b>A</b>
391 / 8.0%	1344 / 27.7%	161 / 3.3%	250 / 5.2%	1232 / 25.4%	414 / 8.5%	891 / 18.4%	164 / 3.4%

(Quelle: Wettbewerbskommission in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4, S. 650)

**A.b** Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Pfizer, Bayer und Eli Lilly damals zu Viagra, Levitra und Cialis unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen.

**A.c** Angesichts von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden eröffnete das Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) am 26. Juni 2006 eine kartellgesetzliche Untersuchung (1.)

gegen die Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, (2.) gegen die Grossisten Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG und Amedis-UE AG, (3.) gegen die Datenbankbetreiberin e-mediat AG, (4.) gegen alle in der Schweiz niedergelassenen 1'672 Apotheken sowie (5.) gegen alle dort praktizierenden 3'693 selbstdispensierenden Ärzte. Veröffentlicht wurde diese Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt (BBI 2006 9123).

**B.**

Nach einer umfangreichen Untersuchung und nachdem alle Parteien, zum Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 Stellung genommen hatten, erliess die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine 90-seitige Sanktionsverfügung (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

- Pfizer: CHF [...]

- Eli Lilly: CHF [...]

- Bayer: CHF [...]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. *(Rechtsmittelbelehrung)*

9. *(Eröffnung einzeln)*

10. *(Eröffnung durch amtliche Publikation)*"

**B.a** Zur Begründung wurde festgehalten, Viagra, Cialis und Levitra seien nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt. Deshalb vergü-

te die Grundversicherung den Patienten die Kosten dieser Medikamente nicht. Da staatlich keine Höchstpreise festgesetzt würden, dürften die "Verkaufsstellen" die Publikumspreise frei festlegen.

Insbesondere nach der Auflösung des Vereins Sanphar und der von ihm geregelten Margen- und Rabattordnung, die für alle Arzneimittel auf allen Vertriebsstufen den Wettbewerbsparameter "Preis" ausgeschaltet hatte, müssten sich die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den "funktionierenden Markt-mechanismus" ergeben.

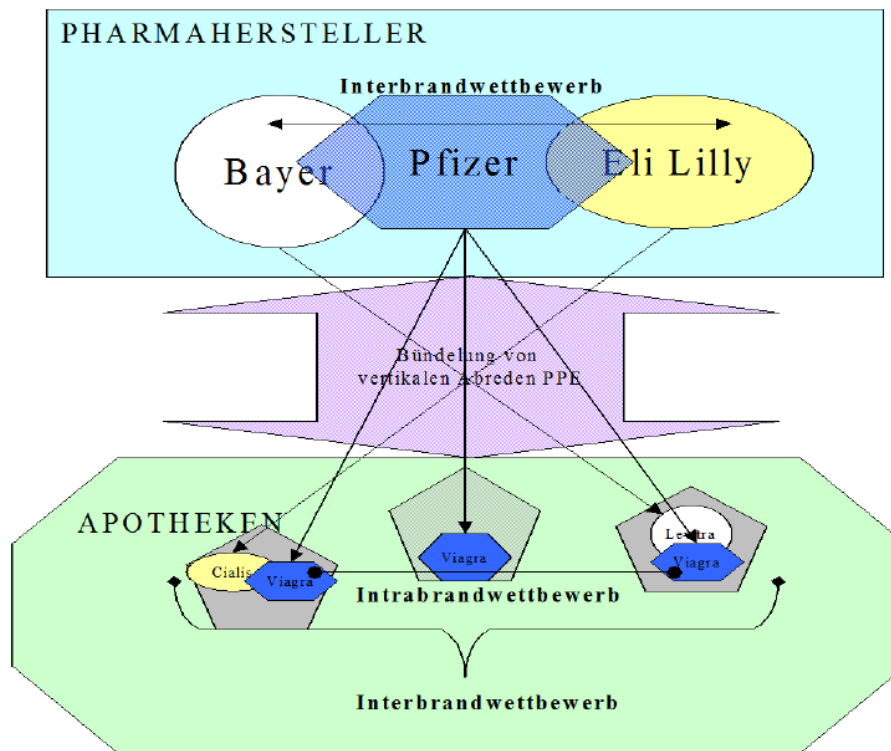
**B.b** Die in den Datenbanken der e-mediat AG, Pharmavista und Galdat, veröffentlichten Publikumspreisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente würden über Galdat in die Lieferscheine der Grossisten übernommen und an die Kunden weitergegeben.

Die von den meisten Apotheken abonnierte Datenbank Galdat diene dem Austausch spezifischer Artikeldaten für den Betrieb von "Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt". Ferner diene Galdat der Informatisierung der Bestellprozesse. Die Preisempfehlungen würden manuell oder informatikbasiert ins Kassensystem eingegeben und mit den im Galdat enthaltenen bzw. auf Medikamentenpackungen aufgedruckten Artikelnummern verbunden. Beim Scannen an der Kasse werde das Arzneimittel identifiziert und der empfohlene Preis automatisch eingelesen, sofern bei gewährten Rabatten kein anderer Preis eingegeben werde. Auch im textorientierten Abfrageinstrument Pharmavista seien die Fabrikabgabepreise sowie Publikumspreisempfehlungen enthalten.

**B.c** Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen zog die Vorinstanz den Schluss, das untersuchte Verhalten der Parteien unterstehe dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Zu Viagra, Cialis und Levitra bestünden keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung oder solche, die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben besondere Rechten verliehen, weshalb (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich sei, sondern auch gefordert werde.

**B.d** Die Vorinstanz legte ihrer Analyse folgende Wettbewerbsverhältnisse zu Grunde



(Quelle: WEKO in RPW 2010/4, S. 674)

und hielt dazu fest:

**B.d.a** Trotz anfänglich fast identischer Preise für Viagra, Cialis und Levitra habe eine horizontale Preisabrede nicht nachgewiesen werden können.

**B.d.b** Indessen seien die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den "Verkaufsstellen" überwiegend befolgten Publikumspreisempfehlungen drei nebeneinander bestehende vertikale Wettbewerbsabreden. Diese wirkten sich wie Festpreise aus. Als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beseitigten sie den wirksamen Wettbewerb völlig. Dazu hielt die Vorinstanz im Einzelnen fest:

**B.d.b.a** Preisempfehlungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, wonach Richt- oder Listenpreise einzuhalten seien, seien als aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen aufzufassen. Solche einseitigen Anweisungen sowie die öffentliche Bekanntgabe von Preisen könnten zu einer kollusiven Preisfestsetzung unter Wettbewerbern führen. Davon sei auszugehen, wenn mehrere Wettbewerber ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Wettbewerber anpassten, ohne dass Marktstrukturen oder exogene Faktoren ein solches Parallelverhalten erzwingen.

**B.d.b.b** Folgende Faktoren legten hier eine den Preiswettbewerb beseitigende, abgestimmte Verhaltensweise nahe: (1.) Der hohe Befolgungsgrad, (2.) die weiterhin die Marktteilnehmer massgeblich beeinflussende ehemalige Margenordnung Sanphar, (3.) die Interessenlage der beteiligten Unternehmen sowie (4.) weitere Kriterien:

(1.) In den Jahren 2005 und 2006 hätten 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Publikumspreise für Viagra, Cialis und Levitra

nach dem empfohlenen Preis festgelegt; die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig davon festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

Realitätsfremd sei das Argument, die Publikumspreisempfehlungen seien als unverbindliche grobe Orientierungshilfe gedacht gewesen bzw. die Apotheker hätten den Verkaufspreis ausgehend von der Betriebskostenstruktur selbständig festgelegt. Die Pharmaunternehmen hätten gewusst, dass ihre Empfehlungen häufig als Preisvorgabe wahrgenommen würden, auch wenn sie deren Befolgung angeblich nicht überprüften. Die Datenbanken hätten die Kollusion begünstigt. Die Versuchung sei gross, an der Kasse eingelesene Preisempfehlungen auch einzuhalten.

(2.) Zudem sei die unzulässige Margen- und Rabattordnung des vor zehn Jahren aufgelösten Vereins Sanphar zumindest eine Mitursache für das heutige System weitgehend eingehaltener Publikumspreisempfehlungen. Bei wirksamem Wettbewerb hätte die Aufhebung von Sanphar einen nennenswerten Teil der "Verkaufsstellen" veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Indes sei wegen der Empfehlungen die starre Preisordnung bis heute fast unverändert geblieben. Wäre der Preis betriebswirtschaftlich berechnet worden, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering gewesen, dass 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken den gleichen Verkaufspreis verlangten.

(3.) Zwar hätten die Pharmaunternehmen keinen Druck auf die "Verkaufsstellen" ausgeübt, die Publikumspreisempfehlungen einzuhalten. Vielmehr hät-



ten diese im Jahre 2004 gedroht, alle substituierbaren Medikamente von Pfizer aus dem Sortiment zu nehmen, sollte Pfizer wie angekündigt die Abgabe der Empfehlungen einstellen. Deshalb habe Pfizer die Empfehlungen wieder kommunizieren müssen. Auch Bayer und Eli Lilly hätten nicht darauf verzichten können.

Alle hätten die Vorteile dieser Empfehlungen erkannt. Insbesondere die Pharmaunternehmen wären an deren Veröffentlichung interessiert, um so die "Verkaufsstellen" von zu hohen, reputationsschädigenden Medikamentenpreisen abzuhalten. Andererseits dienten die Empfehlungen dazu, den "Verkaufsstellen" - ähnlich wie bei San-phar - eine erhebliche, über diejenigen von SL-Medikamenten liegende Marge zu sichern. Zudem bestünde dank der Koordination kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Die Ansicht von Pfizer und Eli Lilly, wonach beide nicht an hohen Margen interessiert seien, da sie zum gegebenen Fabrikabgabepreis möglichst viele Einheiten verkaufen und durch die gesetzte Obergrenze die Handelsmargen tief halten wollten, überzeuge nicht. Denn der Preis spiele erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle. Allerdings existiere auf dieser Stufe zwischen Medikamenten kein Interbrand Wettbewerb mehr, weshalb sich zu hohe Verkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der "Verkaufsstellen" und nicht auf diejenigen der Hersteller auswirkten. Bei einem überhöhten Verkaufspreis würde ein verschriebenes Medikament einfach in einer billigeren Apotheke gekauft.

(4.) Zwar seien die fraglichen Preisempfehlungen im Internet, d.h. im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz", publiziert und (für Viagra und Cialis) auch auf den Internetseiten der Hersteller. Diese Quelle enthalte jedoch Fachinformationen für Ärzte, Apotheken und Spitäler und diene weniger der Information des Publikums. Nur wenige Personen suchten und fänden die Preisinformationen. Zudem sei Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel heil-mittelrechtlich verboten. Die Kommunikation der Empfehlungen durch automatisierte Kassensysteme lasse die Öffentlichkeitsinformation gegenüber der Preisfestsetzung für den Verkauf in den Hintergrund treten. Ausserdem sei eine weitgehend eingehaltene Empfehlung angesichts der übrigen Umstände selbst dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie im Arzneimittel-Kompendium als "unverbindlich" bezeichnet werde.

**B.d.b.c** Zusammenfassend erachtete die Vorinstanz das Veröffentlichen der fraglichen Empfehlungen sowie deren "weitgehende" Einhaltung durch die "Verkaufsstellen" als aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen verschiedener Marktstufen, obschon weder eine Verpflichtung zum Einhalten noch Sanktionsmechanismen festgestellt worden waren.

Die Vorinstanz bezeichnete die Grossisten und die e-mediat als Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen und hielt dazu fest, das Weiterleiten der Preisempfehlungen durch die Grossisten und das entsprechende Zurverfügungstellen im

Galdat durch e-mediat seien "Gehilfenhandlungen" zu einer Wettbewerbsabrede, die inskünftig zu unterlassen seien, falls die Abrede unzulässig sein sollte.

**B.d.b.d** Zu den Auswirkungen hielt die Wettbewerbskommission fest, auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen seien als "Festsetzung von Festpreisen" aufzufassen, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitigten.

Entgegen der Auffassung von Eli Lilly, wonach hier keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliege, seien in den Jahren 2005 und 2006 rund 63 % der von Apotheken und 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben worden. Somit wirkten sich die Preisempfehlungen auf dem Markt wie Fest- und nicht wie Maximalpreise aus. Daher greife die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

**B.d.b.e** Indes müsste für eine allfällige Widerlegung dieser Vermutung wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestehen, d.h. Wettbewerb unter den Abredeteiligen bzw. Wettbewerb durch die nicht an der Abrede beteiligten "Verkaufsstellen". Wegen den Besonderheiten vertikaler Abreden sei auf dem relevanten schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente Viagra, Cialis und Levitra der Intrabrand Wettbewerb (Innen- und Aussenwettbewerb) sowie der Interbrand Wettbewerb zu analysieren.

**B.d.b.e.a** Zur Intensität des Intrabrand Wettbewerbs wurde ausgeführt, der Innen-, Aussen- und Restwettbewerb reiche nicht aus, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen. Auch der Verkauf übers Internet wirke nicht disziplinierend. Zur Frage der Marktauswirkungen der durch die Empfehlungen festgelegten Verkaufspreise spiele es eine wichtige Rolle, wie viele Packungen eine Verkaufsstelle zum empfohlenen Publikumspreis verkauft habe:

- Der Anteil der von Apotheken empfehlungsgemäss verkauften Packungen umfasse im Jahr 2005 63.5 % (18.9 % mit Rabatt bzw. 17.6 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 63.4 % (19.1 % mit Rabatt bzw. 17.5 % ohne Preisempfehlungen).
- Der Anteil der zu den Empfehlungen durch selbstdispensierende Ärzte abgesetzten Packungen betrage im Jahr 2005 72.8 % (2.7 % mit Rabatt bzw. 24.5 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 70.6 % (3.1 % mit Rabatt bzw. 26.3 % ohne Preisempfehlungen).

Die Einhaltung der Abreden habe sich im Laufe der berücksichtigten Periode stabilisiert. Es seien rund 63 % aller in der Schweiz über Apotheken ausgehändigten Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft worden. Dieser Prozentsatz belaufe sich auf 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Medikamente. Nach Angabe der selbstdispensierenden Ärzte und Apotheken, die auf den empfohlenen Preisen Rabatte gewährten, beliefen sich die mit Rabatt verkauften Packungen auf nur 31 % bzw.



39 % der durch diese selbstdispensierenden Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen.

Somit hätten im Innen-Intrabrand Wettbewerb diejenigen "Verkaufsstellen", die auf empfohlenen Publikumspreisen Rabatte gewährt hätten, eine marginale Rolle gespielt. Diese Rabatte seien Kundenrabatte gewesen.

Betreffend Aussen-Intrabrand Wettbewerb seien in der berücksichtigten Periode bei der Preisfestsetzung nur 18.3 % der selbstdispensierenden Ärzte und 10.7 % der Apotheken von den empfohlenen Preisen abgewichen, weshalb sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten. Im Jahr 2006 seien in der Schweiz von allen vertriebenen Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen nur 26.3 % von selbstdispensierenden Ärzten und 17.5 % von Apotheken verkauft worden.

Zwar liesse sich diese Vermutung durch den Nachweis widerlegen, dass auf einem Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter sei, und es trotz dessen Ausschaltung angesichts anderer Faktoren (wie Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle) noch zu einem - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten - Rest- oder Teilwettbewerb komme. Indes liesse sich die Vermutung hier selbst bei Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegen. Denn die fraglichen verschreibungspflichtigen Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden, wobei die dafür erforderliche Fachberatung beim Arzt stattfinde. In der Apotheke bestehe kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich diese nicht durch eine kompetente Beratung "profilieren" könne. Selbst wenn eine solche tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre die Beratung nur beim erstmaligen Medikamentenkauf bedeutsam.

Weitere nicht preisbezogene Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den Verkaufsstellen erhöhen könnten, bestünden nicht. Zwar könne auch der Schamfaktor als Parameter bedeutsam sein. Er könne aber von den "Verkaufsstellen" nicht beeinflusst werden.

**B.d.b.e.b** Schliesslich reiche auch der Interbrand Wettbewerb, der zum schwachen Intrabrand Wettbewerb hinzutrete, nicht aus, um die Vermutung zu widerlegen:

Fraglich sei, inwiefern allfälliger Druck von Interbrand Wettbewerb die Pharmaunternehmen dazu zwingen, den Produktabsatz durch Preisempfehlungen zu koordinieren. Denn solange die Preise von Viagra, Cialis und Levitra nicht wesentlich voneinander abwichen, seien diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend. Die drei Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden. Daher spielten die selbstdispensierenden Ärzte eine zentrale Rolle bei der Auswahl eines der drei Medikamente und für den Interbrand Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Diese wüssten, dass der Publikumspreis ihrer Produkte für die Wahl des Patienten bloss von untergeordneter Bedeutung sei. Erst beim Wiederverkauf sei der Preis nicht mehr sekundär.

Im Jahr 2006 seien 63.4 % der von Apotheken abgesetzten Packungen zum empfohlenen Preis verkauft worden. Die Veröffentlichung bzw. Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb. Nur 10.7 %

der Apotheken hätten einen anderen als den empfohlenen Preis angewendet und insgesamt 17.5 % Packungen verkauft. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert. Dies reduziere das Risiko, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren und garantiere eine interessante Gewinnmarge.

**B.d.c** Aber auch für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung als widerlegt zu betrachten wäre, hielt die Vorinstanz fest, müsse der Wettbewerb als erheblich beeinträchtigt gelten. Die drei vertikalen Abredebündel seien qualitativ und quantitativ erheblich. Schädlich seien die Abreden, weil sie tatsächlich von vielen "Weiterverkäufern" oder Händlern befolgt werden. Nur 36 % bzw. 28 % der vertriebenen Packungen seien zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft worden.

In diesem Zusammenhang verneinte die Vorinstanz mit eingehender Begründung das Bestehen wirtschaftlicher Effizienzgründe, welche die beanstandeten Empfehlungen allenfalls hätten rechtfertigen können. Insbesondere hielt die Vorinstanz eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung von Vertriebskosten für nicht plausibel. Auch der Rechtfertigungsgrund der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren wurde verworfen. Ferner liess die Vorinstanz auch das Argument nicht gelten, die Publikumspreisempfehlungen seien wegen des Problems der Doppelmarginalisierung gerechtfertigt, wonach Herstellern erlaubt sein soll, Einzelhandelshöchstpreise festzusetzen, um marktmächtige Lieferanten/Händler davon abzuhalten, von den Endkonsumenten eine den Monopolpreis übertreffende Rente einzufordern.

**B.e** Abschliessend legte die Vorinstanz zur Sanktion und ihrer Bemessung dar, die Parteien hätten die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen "verschuldetermassen" bewirkt, wobei einzig Pfizer, Eli Lilly und Bayer direkt zu sanktionieren seien.

**B.e.a** Das Verhalten der drei Pharmaunternehmen und der "Verkaufsstellen", welche die Publikumspreisempfehlungen eingehalten hätten, sei eine wettbewerbsbeseitigende abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG. Diese erfülle den Sanktionstatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG. Aber selbst bei widerlegter Vermutung wäre dieser Tatbestand erfüllt, da der Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigt wäre, ohne dass rechtfertigende Effizienzgründe vorlägen.

Alle Beteiligten hätten die kartellrechtliche Problematik der fraglichen Preisempfehlung erkennen müssen. Die Pharmaunternehmen und die "Verkaufsstellen" hätten sicherstellen müssen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhielten. Dies sei unterblieben. Die Pharmaunternehmen hätten erklärt, es sei von untergeordnetem Interesse und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die "Verkaufsstellen" mit der Preisempfehlung machten. Auch all die "Verkaufsstellen", die aus Bequemlichkeit die im Galdat gespeicherten Preisempfehlungen direkt übernommen hätten, hätten in Kauf genommen, dass viele andere "Verkaufsstellen" dasselbe tun würden.

Vorliegend seien keine falschen Behördeninformationen gegeben worden, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Weder die Vertikal-Bekanntmachung noch die Aussagen von WEKO-Mitgliedern zur

angestrebten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellgesetzes hätten Vertrauen erweckt, da sie nicht vorbehaltlos erfolgt seien.

Auch die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) sei keine Vertrauensgrundlage. Diese vermöge die Anwendung des Kartellgesetzes nicht auszuschliessen. Ungeachtet, ob die PBV für rezeptpflichtige Medikamente die Publikation von Preisempfehlungen zulasse, könnten sich die Parteien nicht darauf berufen, da eine unzulässige Abrede über die Festsetzung von Verkaufspreisen vorliege. Selbst wenn nach der besagten Verordnung die Veröffentlichung von Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente erlaubt wäre, würde dies die kartellrechtliche Unzulässigkeit nicht berühren. Doch sei die unglücklich formulierte PBV bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

Pfizer, Eli Lilly und Bayer (mit dem Veröffentlichenden der Publikumspreisempfehlungen) sowie die "Verkaufsstellen" (mit dem Befolgen dieser Empfehlungen) hätten sich zumindest fahrlässig verhalten. Dies sei subjektiv vorwerfbar, weshalb diese Parteien für ihr Verhalten ab dem 1. April 2004 grundsätzlich zu sanktionieren seien.

**B.e.b** Gestützt auf detaillierte Ausführungen setzte die Vorinstanz die Sanktion für Pfizer auf Fr. (...) fest. Gleichzeitig wurden auch Bayer und Eli Lilly mit einem Sanktionsbetrag belastet, der für alle drei Unternehmen insgesamt Fr. 5.7 Millionen ausmache (und entsprechend publiziert wurde: vgl. dazu die Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2009, veröffentlicht auf: [www.WEKO.admin.ch](http://www.WEKO.admin.ch) > Startseite > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2009).

**B.e.c** Indessen verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf, die als mit-schuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" zu sanktionieren:

Die Untersuchung sei gegen alle tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 selbstdispensierenden Ärzte eröffnet worden. Doch sei es kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte aller Parteien überhaupt gewahrt werden könnten. Es könne nicht in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob ein Unternehmen die Publikumspreisempfehlungen tatsächlich befolgt habe. Hausdurchsuchungen bzw. Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien ausgeschlossen, was den Rückgriff auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen nahe legen könnte. Indes sei deren Vertrauenswürdigkeit für eine Sanktionierung fraglich.

Selbst wenn sich die gesetzesverletzenden "Verkaufsstellen" ermitteln liessen, müsste der Sanktionsbetrag für jedes "Unternehmen" einzeln berechnet werden. Dies sei unverhältnismässig, da viele "Verkaufsstellen" nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft hätten und die Sanktion jeweils nur wenige Franken betrüge. Es würde jeden vernünftigen Rahmen sprengen, die "Verkaufsstellen", welche eine Preisempfehlung befolgt hätten, individuell zu sanktionieren. Die durchschnittliche Höhe der Bussen stünde in keinem Verhältnis zum dafür erforderlichen Aufwand. Daher sei gegenüber den "Verkaufsstellen" auf die Berechnung und Eintreibung einer

Sanktion zu verzichten. Trotzdem stelle das Verhalten der "Verkaufsstellen", welche die Empfehlungen eingehalten hätten, eine unzulässige, sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung dar.

Die einseitige Sanktionierung der Pharmaunternehmen verletze das Gleichbehandlungsgebot nicht. Auch genüge der Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediat nicht für eine Sanktionierung dieser Gehilfinnen.

**B.f** Schliesslich setzte die Wettbewerbskommission die Kosten der Untersuchung auf insgesamt Fr. 692'118.- fest, wobei sie nur Pfizer, Eli Lilly und Bayer für kostenpflichtig erklärte und von den "Verkaufsstellen", den Grossisten und e-mediat "aus Praktikabilitätsgründen" keine Kosten erhob. Für Pfizer wurde ein zu tragender Kostenanteil von einem Sechstel der gesamten Kosten, ausmachend Fr. 115'353.-, ausgeschrieben.

### C.

Diese Sanktionsverfügung focht Pfizer (Beschwerdeführerin), anwaltlich vertreten durch Dr. iur. Marcel Meinhardt und lic. iur. Daniel Hufschmid, am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 sei - mit Ausnahme von Ziffer 5 des Dispositivs - vollumfänglich aufzuheben.

2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 - mit Ausnahme von Ziffer 5 des Dispositivs - aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden, ohne Sanktionsfolge für die Beschwerdeführerin. Allfällige Verfahrenskosten seien entsprechend dem Verursacherprinzip aufzuerlegen.

3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 - mit Ausnahme von Ziffer 5 des Dispositivs - aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Allfällige Verfahrenskosten seien entsprechend dem Verursacherprinzip aufzuerlegen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

Gleichzeitig stellte die Beschwerdeführerin zwei Verfahrensanträge:

"1. Falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu entscheidet, sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören.

2. Falls das Bundesverwaltungsgericht die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweist, sei diese anzuweisen, ihre internen Berechnungsgrundlagen (inkl. erfasste Rohdaten von den Fragebögen) für die Einhaltungsgarde der Preisempfehlungen (mit Verweisen auf die für die Berechnungen verwendeten Aktenstücke) elektronisch und in nachvollziehbarer Form zu den Verfahrensakten zu nehmen und der Beschwerdeführerin eine elektronische Kopie davon und ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zuzustellen."

**C.a** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei einseitig zu ihren Lasten begründet worden und beruhe (1.) auf einer qualitativ und quantitativ nicht repräsentativen Teilnehmerbefragung, (2.) auf einer unzulänglichen Instruktionsmethode, (3.) auf einem veralteten, nicht repräsentativen Untersu-

chungszeitraum und stütze sich auf viele unbelegte, teilweise sogar aktenwidrige Behauptungen.

Das angeblich abgestimmte Verhalten bzw. die angebliche erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung seien nie nachgewiesen worden: Die Qualitätskriterien für die statistische Auswertung der Befragungen habe die Vorinstanz nie offengelegt. Dem angeblich hohen Einhaltungsgangrad, der ausserhalb des Einflussbereiches von Pharmaunternehmen liege, lasse sich nicht entnehmen, weshalb "Verkaufsstellen" Publikumspreisempfehlungen einhielten. Deshalb sei dieser Befolgungsgangrad kein geeignetes Kriterium, um eine abgestimmte Verhaltensweise zu bestimmen. Dies entspreche auch der Praxis in der EU. Die gegenteilige Auffassung würde faktisch ein Verbot unverbindlicher Preisempfehlungen bedeuten.

Des Weiteren sei entgegen der Behauptungen der Vorinstanz insbesondere das Sanphar-System für die Untersuchung irrelevant, da heute keine Vereinbarungen über Margenordnungen mehr existierten und die Verkaufsstellenverbände keine Preisempfehlungen mehr abgäben.

**C.b** Zur Sache wird kritisiert, die Vorinstanz habe den relevanten Markt falsch abgegrenzt, indem sie den starken Wettbewerbsdruck verkannt habe, der von psychosexuellen Therapiealternativen sowie vom Internethandel und illegalen Importen ausgehe.

**C.b.a** Insbesondere weil die Vorinstanz zu Unrecht die legal oder illegal über das Internet erfolgten Verkäufe nicht berücksichtigt habe, liessen sich keine verlässlichen Aussagen zu den Auswirkungen des angeblich koordinierten Verhaltens auf den Preiswettbewerb machen.

**C.b.b** Auch habe die Vorinstanz die regulatorischen Rahmenbedingungen und andere wesentliche Marktfaktoren übersehen, welche die relevanten Wettbewerbsparameter entscheidend beeinflussten und die wettbewerbliche Bedeutung des Preises stark relativierten. Wesentliche Parameter würden ausgeblendet und der Wettbewerb unvollständig nur auf der Stufe der Apotheken gewürdigt, obschon dieser wegen der Verschreibungspflicht vorab auf der Stufe der Ärzte zu prüfen gewesen wäre.

**C.c** Abgesehen davon seien die unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen für Viagra keine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG. Mit widersprüchlichen Argumenten werde den Parteien ein abgestimmtes Verhalten zur Festsetzung von Festpreisen vorgeworfen. Dies wäre erst anzunehmen, wenn die Entscheidungsfreiheit der Wiederverkäufer, tiefere Preise festzulegen, völlig oder teilweise eingeschränkt würde.

**C.c.a** Hier aber gehe die Vorinstanz falsch vor, indem sie abgestimmtes Vertikalverhalten mit horizontalen Kriterien prüfe und den strukturellen Zielkonflikt zwischen Herstellern und Händlern ausblende. Die Preisempfehlungen seien nie in einer Form abgegeben worden, welche den Wettbewerb beschränken könnte. Bei der Einführung von Viagra seien die Empfehlungen als Preisobergrenze kommuniziert worden. Seither wirkten sie pro-kompetitiv als Höchstpreisempfehlungen, die zu hohe Preise verhinderten. Als solche würden sie auch von den in der Untersuchung angefragten Krankenversi-

chernern SWICA und Concordia aufgefasst, welche diese Empfehlungen für die Ausrichtung von Zusatzversicherungsleistungen brauchten. Die Empfehlungen seien immer als "unverbindlich" gekennzeichnet und ohne Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen publiziert worden. Damit seien alle Vorgaben der Vorinstanz und der EU-Kommission eingehalten worden.

**C.c.b** Über die Hälfte der meistverkauften Viagra-Packungen seien zu einem tieferen Preis als dem empfohlenen verkauft worden, weshalb sich die Empfehlungen lediglich als zulässige Höchstpreise auswirkten. Hersteller und "Verkaufsstellen" hätten nicht bewusst zusammengewirkt, um ein Einhalten der Empfehlungen zu gewährleisten. Vielmehr habe die Untersuchung gezeigt, dass Apotheken und selbstdispensierende Ärzte die Verkaufspreise autonom festlegten und die meisten Viagra-Packungen unter dem empfohlenen Preis verkauften. Richtig berechnet ergäbe sich für Viagra ein Einhaltungsgangrad der Empfehlungen von unter 50 %.

**C.d** Aber selbst wenn es zur Abstimmung von Herstellern und "Verkaufsstellen" gekommen wäre, würde diese ein erlaubtes Parallelverhalten darstellen, da bewusst praktiziertes Parallelverhalten an sich noch keine abgestimmte Verhaltensweise sei, selbst wenn es in der Erwartung erfolge, dass sich die übrigen Marktteilnehmer gleich verhalten würden.

**C.e** Auch wenn eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorläge, könnten die Empfehlungen den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, da genügend Interbrand Wettbewerb bestünde, um die Vermutung umzustossen. Auch wegen des starken Interbrand- und Intra-brand Wettbewerbs läge keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, da starker aktueller und potenzieller Wettbewerb vorhanden sei.

**C.f** Würde fälschlicherweise eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs angenommen, so wären die Preisempfehlungen für Viagra aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt.

**C.f.a** Als kommunizierte Preisobergrenze seien die Empfehlungen notwendig: Die Konzentration der Grosshändler und ihre vertikale Integration begünstige doppelte Marginalisierungen, da viele "Verkaufsstellen" angesichts geringer Viagra-Absatzmengen kaum Nachfragemacht hätten. Daher bestehe die grosse Gefahr, dass Grosshändler ohne empfohlene Preisobergrenze zu hohe Margen verlangten. Auch "Verkaufsstellen" könnten, wenn es die Empfehlungen nicht gäbe, wegen des Werbeverbots versucht sein, mit zu hohen Preisen das Diskretionsbedürfnis der Patienten auszunützen.

**C.f.b** Zudem seien die "Verkaufsstellen" in der Regel über die Nachfragebedingungen schlecht informiert. Für jene entstünden hohe Fixkosten "für die Untersuchung des Marktes zur Bestimmung des 'richtigen' Preises". Die bescheidenen Umsätze mit "ED-Medikamenten" stünden in keinem Verhältnis zu den Fixkosten für Marktforschung und Preisberechnung. Preisempfehlungen als kommunizierte Preisobergrenzen seien wegen der grossen Informationsasymmetrie zwischen Herstellern und kleinen Verkaufsstellen effizient, diese von zu hohen Preisen abzuhalten, die das Markenimage schädigen und den Medikamentenabsatz reduzieren würden.

Auch für Krankenkassen und Zusatzversicherer, die für "ED-Medikamente"-Kosten übernehmen, seien die Empfehlungen ein notwendiger Orientierungspunkt, um allfällige Rückvergütungen festlegen zu können.

**C.g** Eine Sanktion sei ausgeschlossen, weil keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Aber selbst wenn dies bejaht würde, dürfte nicht sanktioniert werden, da die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wäre.

Ferner hält die Beschwerdeführerin eine Sanktionierung für unzulässig, weil ihr subjektiv nichts vorgeworfen werde könne: Sie habe die Praxis der Vorinstanz und der EU-Wettbewerbsbehörden sowie alle relevanten gesetzlichen Kriterien sorgfältig geprüft und die Publikumspreisempfehlungen in guten Treuen für zulässig halten dürfen, zumal die angefochtene Verfügung eine nicht vorhersehbare Praxisänderung einleite. Weil ihre Empfehlungen immer als unverbindlich deklariert worden seien, habe sie diese nach der Vertikal-Bekanntmachung sowie nach der bisherigen Praxis der Vorinstanz und der EU-Behörden für zulässig halten dürfen.

**C.h** Selbst wenn eine Sanktion gefällt werden müsste, wäre diese falsch berechnet worden. Die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Schwere des Verhaltens zu Recht eine reduzierte Vorwerfbarkeit angenommen, jedoch übersehen, dass alle ebenfalls zu berücksichtigenden Vertrauensgrundlagen die Vorwerfbarkeit ganz entfallen liessen. Hier könne höchstens ein leichter Verstoss vorliegen. Insbesondere hätte strafmildernd berücksichtigt werden müssen, dass die "Verkaufsstellen" trotz aktiver Mitwirkung am angeblichen Kartellrechtsverstoss nicht bestraft worden seien. Dieses stossende Ergebnis müsste durch eine erhebliche Reduktion der Sanktion gemindert werden. Aber eigentlich dürfte überhaupt keine Sanktion ausgesprochen werden, da die ausschliessliche Bestrafung der drei Hersteller das Gleichbehandlungsgebot verletze. Die meisten Verfahrensbeteiligten seien nicht sanktioniert worden, was für alle gelten müsse.

#### **D.**

Am 20. April 2010 informierte das Bundesverwaltungsgericht durch amtliche Publikation im Bundesblatt alle von der Vorinstanz nicht direkt angeschriebenen Adressaten der Sanktionsverfügung, dass dagegen am 18. Januar 2010 Beschwerde erhoben worden war (vgl. BBl 2010 2518).

#### **E.**

**E.a** Am 12. Juli 2010 liess sich die Vorinstanz nach erstreckter Frist mit dem Antrag vernehmen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

**E.b** Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Gelegenheit ein, zur vorinstanzlichen Vernehmung bis zum 20. September 2010 Stellung zu nehmen.

#### **F.**

**F.a** Mit Eingabe vom 14. September 2010 beantragte die Beschwerdeführerin eine Verlängerung der ihr gesetzten

Frist mit dem Hinweis auf fehlerhafte Fussnoten- und Randziffern-Verweise, die eine Stellungnahme zur Vernehmung stark erschwerten.

**F.b** Am 27. September 2010 räumte das Sekretariat ein, die beanstandeten Randziffern und Fussnoten stimmten unerklärlicherweise nicht mit denjenigen der elektronischen Version überein. Gleichzeitig reichte das Sekretariat eine Tabelle ein mit einer Neuordnung der Verweise.

**F.c** Am 7. Oktober 2010 liess die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht eine Kopie ihres Schreibens vom 6. Oktober 2010 an die Beschwerdeführerin zukommen (samt einer korrekt durchnummerierten Version der angefochtenen Verfügung).

#### **G.**

**G.a** Obschon das Bundesverwaltungsgericht formell keinen zweiten Schriftenwechsel eröffnet hatte, reichte die Beschwerdeführerin am 1. November 2010 eine als "Replik" bezeichnete Stellungnahme ein. Darin hält sie an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest.

**G.b** Am 3. November 2010 liess das Bundesverwaltungsgericht dieses Schreiben der Vorinstanz zur Kenntnis zukommen.

#### **H.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2010 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Verfahren, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien, bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts zu den bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (in Sachen Swisscom/Mobil-terminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (in Sachen Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

#### **I.**

**I.a** Mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 beantragte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht, (1.) der Vorinstanz sei "umgehend Frist zur Vernehmung zur Replik der Beschwerdeführerin vom 1. November 2010 anzusetzen" bzw. (2.) es sei das Verfahren erst nach erfolgter Vernehmung der Vorinstanz zur Replik der Beschwerdeführerin vom 1. November 2010 zu sistieren.

**I.b** Am 9. Dezember 2010 verzichtete die Vorinstanz darauf, zu den Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen, und stellte es dem Ermessen des Gerichts anheim, über eine allfällige Sistierung bzw. Fristansetzung zu entscheiden.

**I.c** Mit Zwischenverfügung vom 13. Dezember 2010 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, ein eigentlicher zweiter Schriftenwechsel sei nie eröffnet worden. Gegenwärtig bestünden keine Gründe, die am 18. November 2010 verfügte Sistierung aufzuheben, indes werde die Vorinstanz bei der Wiederaufnahme des Verfahrens Gelegenheit für eine Stellungnahme erhalten.

**J.**

Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf, nachdem das Bundesgericht am 29. Januar 2013 die Begründung des öffentlich beratenen Urteils 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 im Fall Publigruppe SA (teilweise publiziert in BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

Gleichzeitig brachte das Bundesverwaltungsgericht die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. November 2011 der Vorinstanz zur Kenntnis und lud diese ein, sich bis zum 1. März 2013 dazu sowie zu der ihr am 3. November 2010 zugestellten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 1. November 2010 vernehmen zu lassen.

**K.**

**K.a** Nach erstreckter Frist nahm die Vorinstanz am 27. März 2013 zu diesen Eingaben Stellung.

**K.b** Am 9. April 2013 liess das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme der Beschwerdeführerin mit der Mitteilung zukommen, ein weiterer Schriftenwechsel dränge sich nicht auf.

**L.**

**L.a** Mit Eingabe vom 28. Juni 2013 erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie "auf die Durchführung einer Verhandlung gemäss dem Verfahrensantrag unter der Nummer 1" verzichte und stellte als neue Verfahrensanträge, (1.) "die WEKO (sei) zu verpflichten, den "fil rouge" an das Bundesverwaltungsgericht auszuhändigen" und (2.) "es seien nach Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht die für das Beschwerdeverfahren objektiv bedeutsamen Elemente des "fil rouge" zu den Akten des Beschwerdeverfahrens zu nehmen und der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme auszuhändigen".

**L.b** Am 3. Juli 2013 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, sich dazu vernehmen zu lassen.

**L.c** Am 12. Juli 2013 beantragte die Vorinstanz die Abweisung dieser Begehren mit der Begründung, es sei nicht nötig, den "fil rouge", der ein verwaltungsinternes Dokument sei, den Parteien zugänglich zu machen.

**L.d** Am 17. Juli 2013 liess das Bundesverwaltungsgericht diese Antwort der Beschwerdeführerin zukommen und forderte die Vorinstanz auf, den "fil rouge" einstweilen dem Gericht zur Einsichtnahme vorzulegen.

**L.e** Am 20. August 2013 reichte die Vorinstanz zwei "fils rouges" (vom 24. August bzw. vom 2. November 2009) ein und nahm dazu Stellung.

**L.f** Diese Stellungnahme übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin am 3. September 2013. Gleichzeitig schickte es die zwei "fils rouges" an die Vorinstanz zurück, da diese mangels Beweiseignung nicht zu den Akten zu nehmen seien.

Diese Zwischenverfügung liess sie gleichentags anonymisiert den Beschwerdeführerinnen und dem Beschwerdeführer in den vier zur gleichen Sache hängigen Beschwerdeverfahren B-320/2010, B-323/2010, B-360/2010, B-362/2010 zur Orientierung zukommen.

**M.**

Mit Eingabe vom 22. Oktober 2013 reichte die Beschwerdeführerin eine Kostennote ein, welche der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht wurde.

**N.**

Auf die dargelegten und die weiteren Argumente der Verfahrensbeteiligten wird, soweit jene für das Urteil erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1.** Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. November 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die von eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt auch die von der Vorinstanz erlassene Verfügung.

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2.** Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; vgl. BGE 133 II 181 E. 3.2), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde einem Verfügungsadressaten verschaffen würde oder - anders ausgedrückt - im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (vgl. für viele BGE 133 V 188 E. 4.3.1). Das "besondere Berührtsein" nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 188 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

Diese Legitimationsvoraussetzungen bezwecken, die Popularbeschwerde auszuschliessen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12 zu Art. 48 VwVG).

**1.2.1.** In der angefochtenen Verfügung vom 2. November 2009 wird der Beschwerdeführerin im Wesentlichen vorgeworfen, sie sei - im Zeitraum vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 - durch das Veröffentlichen von Publikumspreisempfehlungen für Viagra an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt gewesen. Das Veröffentlichen sowie das Befolgen der Viagra-Publikumspreisempfehlungen habe sich als Verhaltensabstimmung auf den Markt wie ein Festpreis ausgewirkt, was den

Intrabrand Preiswettbewerb unter den "Verkaufsstellen" in sanktionswürdiger Weise beseitigt habe. Deshalb wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Verwaltungsanktion von Fr. (...) und Verfahrenskosten von Fr. 115'353.- zu bezahlen (vgl. Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 7 der angefochtenen Verfügung). Gleichzeitig wurde ihr verboten, für Viagra weiterhin Publikumspreisempfehlungen zu veröffentlichen (vgl. Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung).

**1.2.2.** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung insoweit besonders berührt, als sie darin verpflichtet worden ist, (1.) eine Verwaltungsanktion sowie Verfahrenskosten zu bezahlen und (2.) inskünftig die Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen für Viagra zu unterlassen.

Insofern ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.2.3.** Soweit die Beschwerdeführerin indes "mit Ausnahme von Ziffer 5 des Dispositivs" die "vollumfängliche" Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist sie durch die Dispositiv-Ziffer 3, die ein gegenüber den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat ausgesprochenes Verbot von "Gehilfenhandlungen" enthält, weder direkt betroffen, noch vermöchte sie als sog. Drittbeschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung geltend zu machen. Dies nimmt sie zu Recht auch nicht in Anspruch.

Inwiefern schliesslich die Beschwerdeführerin durch die Dispositiv-Ziffer 6 (Verweis auf Art. 50 und 54 KG), die sich auf eine Wiederholung der ex lege geltenden Rechtsordnung erschöpft, beschwert sein könnte, ist nicht ersichtlich.

Insoweit ist auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten.

**1.3.** Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

**1.4.** Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten, als darin die Aufhebung der Sanktion (und der dazugehörenden Feststellung einer unzulässigen Abrede), die Aufhebung der auferlegten Verfahrenskosten sowie die Aufhebung des Veröffentlichungsverbots für Publikumspreisempfehlungen verlangt wird.

## 2.

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Rechtmässigkeit der verhängten Sanktion ist neben den kartellgesetzlichen Normen (vgl. E. 2.1) insbesondere der heilmittelrechtliche Regulierungsrahmen (vgl. E. 2.2) von entscheidender Bedeutung.

**2.1.** Im Rahmen seiner Wettbewerbspolitik erlässt der Bund nach Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder

sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

Gestützt auf diese verfassungsrechtliche Kompetenznorm wurde das Kartellgesetz (zitiert im Sachverhalt unter B.c) erlassen. Es bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

**2.1.1.** Es gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 bis KG).

Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: (a.) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen; (b.) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

**2.1.2.** Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

Nach Abs. 3 von Art. 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Gemäss Abs. 4 von Art. 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese

durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

**2.1.3.** Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 erster Satz KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

**2.1.4.** Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49 a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 von Art. 49 a KG vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

## 2.2.

**2.2.1.** Das Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) soll zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass nur qualitativ hoch stehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 HMG). Es soll zudem: (a) Konsumentinnen und Konsumenten von Heilmitteln vor Täuschung schützen; (b) dazu beitragen, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet werden; (c) dazu beitragen, dass eine sichere und geordnete Versorgung mit Heilmitteln, einschliesslich der dafür nötigen fachlichen Information und Beratung, im ganzen Land angeboten wird (Art. 1 Abs. 2 HMG). Das HMG gilt u.a. nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a HMG für den Umgang mit Heilmitteln (Arzneimittel und Medizinprodukte), insbesondere für die Herstellung und das Inverkehrbringen.

**2.2.1.1** Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG gelten als Arzneimittel Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen (...).

**2.2.1.2** Nach Art. 23 Abs. 1 HMG werden die Arzneimittel in Kategorien mit und ohne Verschreibungspflicht eingeteilt. Der Bundesrat legt die Einteilungskriterien fest, wobei das Institut jedes von ihm zugelassene Arzneimittel einer Kategorie zuordnet (vgl. Art. 23 Abs. 3 HMG). Verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben dürfen: (a) Apothekerinnen und Apotheker auf ärztliche Verschreibung und in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ärztliche Verschreibung; (b) weitere Medizinalpersonen entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation; (c) entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Personen nach den Buchstaben a und b (Art. 24 Abs. 1 HMG). Bei der Verschreibung und der Abgabe von Arzneimitteln müssen die anerkannten Regeln der medizinischen und

pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden (Art. 26 Abs. 1 HMG). Ein Arzneimittel darf nur verschrieben werden, wenn der Gesundheitszustand der Konsumentin oder des Konsumenten bzw. der Patientin oder des Patienten bekannt ist (Art. 26 Abs. 2 HMG).

**2.2.1.3** Nach Art. 27 Abs. 1 HMG ist der Versandhandel mit Arzneimitteln grundsätzlich untersagt. Nach dem Abs. 2 dieses Artikels wird eine Bewilligung nur erteilt, wenn: (a) für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt; (b) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen; (c) die sachgemässe Beratung sichergestellt ist; (d) eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist. Nach den Absätzen 3 und 4 regelt der Bundesrat die Einzelheiten und die Kantone erteilen die Bewilligung.

**2.2.1.4** Zur Frage der Werbung und Preisvergleichen legt Art. 31 Abs. 1 HMG fest, dass grundsätzlich zulässig ist: (a) Werbung für alle Arten von Arzneimitteln, sofern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben; (b) Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Nach Art. 31 Abs. 2 HMG regelt der Bundesrat die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Er kann zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung die Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen beschränken oder verbieten sowie für die grenzüberschreitende Werbung Bestimmungen erlassen (Art. 31 Abs. 3 HMG).

Unzulässig ist Werbung: (a) die irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht; (b) die zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann; (c) für Arzneimittel, die in der Schweiz nicht in Verkehr gebracht werden dürfen (Art. 32 Abs. 1 HMG).

Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG ist unter anderem die Publikumswerbung unzulässig für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen.

**2.2.1.5** Nach Art. 33 Abs. 1 HMG dürfen Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels geldwerte Vorteile weder gewährt noch angeboten noch versprochen werden. Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen (Art. 33 Abs. 2 HMG). Zulässig sind jedoch: (a) geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert, die für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind; (b) handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken (Art. 33 Abs. 3 HMG).

**2.2.2.** Gestützt auf die Artikel 31 -33 HMG hat der Bundesrat am 17. Oktober 2001 die Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV, SR 812.212.5) erlassen. Diese regelt nach Art. 1 Abs. 1 die Fach- und die Publikumswerbung für verwendungsfertige Arzneimittel (Arzneimittel) der Human- und der Veterinärmedizin.

**2.2.2.1** Nach Art. 2 Bst. a AWW gelten als Arzneimittelwerbung alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, welche zum Ziel haben, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern. Nach Art. 2 Bst. b AWW gilt als Publikumswerbung die Arzneimittelwerbung, welche sich an das Publikum richtet. Demgegenüber gilt als Fachwerbung die Arzneimittelwerbung, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechnete Fachpersonen richtet (Art. 2 Bst. c AWW).

**2.2.2.2** Nach Art. 14 AWW ist Publikumswerbung nur erlaubt für Arzneimittel der Verkaufskategorien C, D und E nach der Arzneimittelverordnung (zitiert unter A.a), es sei denn, sie werde durch gesetzliche Bestimmungen eingeschränkt oder verboten.

### 3.

**3.1.** Einer der Auslöser für die vorinstanzliche Untersuchung - und der Hauptstreitpunkt im vorliegenden Beschwerdeverfahren - sind die Publikumspreisempfehlungen, welche die Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 für ihr Arzneimittel Viagra veröffentlichte. Da auch ihre Konkurrentinnen, Bayer und Eli Lilly, für ähnliche Medikamente solche Empfehlungen publizierten und weil angesichts des Preisniveaus für diese Medikamente der Verdacht auf wettbewerbswidrige Praktiken aufkam, führte die Vorinstanz bei über 800 Marktteilnehmern eine langjährige und mit grossem Erhebungs- und Auswertungsaufwand verbundene Untersuchung durch, um die Wettbewerbssituation unter den Marktakteuren im Allgemeinen sowie um unter anderem die wettbewerblichen Auswirkungen der strittigen Preisempfehlungen auszuleuchten.

Die Vorinstanz prüfte im Wesentlichen die konkreten Wettbewerbsbedingungen auf dem Vertriebsmarkt für Viagra, Levitra und Cialis. Ausgehend von der zutreffenden Perspektive, dass der "Absatzmarkt für Medikamente" insofern kein "normaler Markt" ist, als nur Apotheken und selbstdispensierende Ärzte zum Arzneimittelverkauf gesundheitspolizeilich zugelassen sind (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 283), berücksichtigte die Vorinstanz den Umstand, dass Viagra, Levitra und Cialis als "komplexe Produkte" wegen des nicht zu unterschätzenden Gefährdungspotenzials für die Gesundheit rezeptpflichtig sind und "Anwenderkenntnisse" verlangen, weshalb Patienten zur Untersuchung und Beratung einen Arzt aufsuchen müssten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 280), bevor ihnen allenfalls das medizinisch indizierte Medikament verschrieben werden darf.

Angesichts der damit verbundenen komplexen rechtlichen Verhältnisse auf diesem - krankensicherungs-, heilmittel- wie auch medizinalberufsrechtlich - regulierten "Medikamenten-Markt" ging die Vorinstanz in den folgenden drei denkbaren Konstellationen der Frage nach, ob erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorliegen könnten und zwar,

- ob erstens unter den Pharmaherstellerinnen Wettbewerb für Viagra, Cialis und Levitra herrsche (sog. Interbrand Wettbewerb ["Marken im Wettbewerb"], nachfolgend unter E. 3.2),

- ob zweitens diese Medikamente auch auf der nachgelagerten Stufe des Grosshandels bzw. der Apotheken zueinander im Wettbewerb stünden (ebenfalls Interbrand Wettbewerb, nachfolgend unter E. 3.3) und schliesslich
- ob drittens die Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzte sich untereinander bei den einzelnen Medikamenten jeweils einen Preiswettbewerb lieferten (Intrabrand Wettbewerb ["Wettbewerb innerhalb der Marke"], nachfolgend unter E. 3.4).

### 3.2.

**3.2.1.** Anfänglich prüfte die Wettbewerbskommission bestehende Anhaltspunkte für horizontale Absprachen zwischen der Beschwerdeführerin, Eli Lilly und Bayer, wobei sie bereits in einem frühen Stadium ihrer Untersuchung zum Schluss kam, dass sich horizontale Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht rechtsgenügend erhärten liessen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 305-321).

**3.2.1.1** Zum Interbrand Wettbewerb zwischen Viagra, Cialis und Levitra, hielt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung fest, angesichts nahezu identischer Publikumspreisempfehlungen zu diesen Medikamenten (insbesondere betreffend die jeweils empfohlenen Tagesdosierungen) hätten Mitte 2006 Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede zwischen der Beschwerdeführerin, Bayer und Eli Lilly bestanden. Indessen habe die Marktanteilsentwicklung gezeigt, dass die Einführung von Levitra im Jahr 2003 und diejenige von Cialis im Jahr 2004 die Marktanteile von Viagra stark reduziert hätten.

Die korrelierende Verkaufsentwicklung der drei "Produkte" bestätige deren Zugehörigkeit zum gleichen sachrelevanten Markt. Dieser sei stark gewachsen, so dass der Wettbewerb zwischen den drei Medikamenten zu einer Übertragung von Marktanteilen zugunsten von Eli Lilly geführt habe. Anfänglich seien die Preisunterschiede zwischen Viagra, Cialis und Levitra marginal gewesen. Erst nach Verfahrenseröffnung hätten sich die Preise etwas auseinander entwickelt: Während Bayer den Preis für Levitra nicht und die Beschwerdeführerin denjenigen für Viagra nur moderat angehoben hätten, habe Eli Lilly den Preis für Cialis mehrmals erhöht. Seit kurzer Zeit bestehe ein gewisser, wenn auch nicht gewichtiger Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten.

Zunächst habe die Marktpräsenz von Viagra die Preisbestimmung der Neueintretenden beeinflusst. Die Beschwerdeführerin habe ihr Produkt gegen erektile Funktionsstörungen 1998 neu auf den Markt gebracht und damals den Fabrikabgabe- und den Publikumspreis (inkl. die von den Vertreibern geforderte handelsübliche Marge) selber bestimmen können, ohne Konkurrenten Rechnung tragen zu müssen. So habe die Beschwerdeführerin eine Monopolrente erzielt und während Jahren von den Informationen zum Verhalten der Konsumenten und deren Einstellungen zum Medikament profitiert. Bayer habe seit der Markteinführung von Levitra die Preispolitik der Beschwerdeführerin angenommen und den Verteilern nicht eine geringere Marge vorschlagen können als diejenige der Beschwerdeführerin, ansonsten diese Viagra bevorzugt hätten. Anfänglich habe auch Eli



Lilly diese Strategie gewählt, sich aber später davon gelöst und die Fabrikabgabepreise unter Beibehaltung einer interessanten Marge für die Verkaufsstellen erhöht.

Im Ergebnis liesse sich eine horizontale Preisabsprache zwischen den drei Pharmaherstellerinnen nicht nachweisen. Denkbar sei vielmehr ein erlaubtes Parallelverhalten bzw. eine Preisführerschaft: Bei der Preisfestlegung seien Bayer und Eli Lilly der Beschwerdeführerin als "Price-Maker" gefolgt. Wären die Publikumspreisempfehlungen von Cialis bzw. Levitra beim Markteintritt, d.h. als die Eigenschaften und Wirkungen dieser "Produkte" noch unbekannt waren, deutlich über denjenigen der damals marktführenden Beschwerdeführerin gelegen, hätte dies möglicherweise einen nennenswerten Marktanteilsgewinn verhindert. Wäre umgekehrt der Preis für diese neuen Medikamente deutlich unterhalb des Preises von Viagra festgesetzt worden, hätte dies möglicherweise anfänglich zu einem Wechsel der "Konsumenten" von Viagra weg zu Cialis oder Levitra geführt. Als Reaktion hätten die Konkurrenten die Preise reduzieren müssen, was schliesslich die Margen aller geschmälert hätte.

Insbesondere Eli Lilly habe, um sich von der Konkurrenz abzuheben, eine eigene Preispolitik verfolgt, als im Laufe der Zeit die Vor- und Nachteile von Cialis, Levitra und Viagra (wie unterschiedliche Wirkungsdauer, Nebenwirkungen) sichtbar und für die Patienten neben dem Preis auch andere Kaufkriterien wichtig geworden seien: Um die Vorteile von Cialis (insbesondere die viel längere Wirkungsdauer) zu betonen, habe Eli Lilly den Preis höher angesetzt und seither auch auf höherem Niveau beibehalten und trotzdem Marktanteile gewinnen können.

In diesem Zusammenhang scheint unbestritten zu sein, dass die Beschwerdeführerin ihre Ex-factory-Preispolitik für Viagra zu keinem Zeitpunkt nach Sanphar ausgerichtet hat (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 317) und insofern ebenfalls eine unabhängige Preisstrategie verfolgt hatte.

**3.2.1.2** Des Weiteren beurteilte die Vorinstanz auch die Auswirkungen der Publikumspreisempfehlungen auf den Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen und kam zum Schluss, dass auf dieser Ebene die zentrale Rolle den selbst- und den nichtselbstdispensierenden Ärzten zukomme, zumal diese im Interesse des Patienten eines der drei Medikamente auswählen müssten. Da sich die Publikumspreise der drei Medikamente sehr ähnelten, hätten die Beschwerdeführerin, Bayer und Eli Lilly mit ihren Produkten gegen erektile Funktionsstörungen einen Wettbewerb zu führen, der primär die Produktwirksamkeit und Produktverträglichkeit betreffe (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141 und 222).

Im gleichen Sinn vertritt auch die Beschwerdeführerin diese Auffassung und betont, der Interbrand Wettbewerb sei vor allem ein Qualitäts- und Innovationswettbewerb, der auf der Stufe der Ärzte ausgetragen werde. Denn der verschreibende Arzt müsse für den Behandlungsentscheid vor allem Qualität, Wirkung und mögliche Nebenwirkungen des Medikaments sowie die Prädispositionen des Patienten berücksichtigen. Deshalb sei es für die Hersteller zentral, dem Arzt die Wirksamkeit und

Verträglichkeit des Medikaments zu demonstrieren (vgl. Beschwerde Rz. 269).

**3.2.1.3** Zu dieser Fragestellung wird der Befund der Vorinstanz, wonach die drei Pharmaunternehmen jedenfalls den Wettbewerb zwischen Viagra, Levitra und Cialis nicht durch irgendwelche horizontal wirksamen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beeinträchtigt hätten, von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Zweifel gezogen. Diese betont vielmehr, der wirksame Wettbewerb werde durch die Entwicklung der Marktanteile der drei Medikamente belegt (vgl. Beschwerde Rz. 316). Unbestrittenermassen beeinträchtigten ihre Publikumspreisempfehlungen nicht den Interbrand Wettbewerb unter den Herstellern (vgl. Beschwerde Rz. 242). Dieser sei bedeutsam für die Beurteilung der Preisempfehlungen, da genügender Interbrand Wettbewerb schädliche Auswirkungen vertikaler Restriktionen ausschliesse (vgl. Beschwerde Rz. 242).

**3.2.1.4** Die von der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin im Wesentlichen übereinstimmend beurteilte Frage, wie die Verhältnisse des Interbrand Wettbewerbs auf der Stufe der drei Herstellerinnen in der sanktionierten Periode im Einzelnen zu werten sind, braucht nachfolgend nicht näher erörtert zu werden, zumal selbst die Vorinstanz den Wettbewerb zwischen der Beschwerdeführerin, Bayer und Eli Lilly für die vorliegend angefochtene Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht als massgeblich (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 197) bzw. als bedeutungslos (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 223) erachtet.

**3.2.1.4.1.** Auch soweit die vorliegenden Akten Aufschluss zu geben vermögen, sind für das Bundesverwaltungsgericht keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche die Feststellungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz zum im fraglichen Zeitraum festgestellten wirksamen Interbrand Wettbewerb zwischen Viagra, Levitra und Cialis in Frage stellen könnten.

Ob und mit welcher Intensität - nach dem Ablauf des Patentschutzes für Viagra am 23. Juni 2013 - der absehbare Eintritt von Generika (insbesondere) den Interbrand Preiswettbewerb unter den besagten drei Medikamenten verschärfen könnte, wird sich noch erweisen müssen. Darüber kann zur Zeit nur spekuliert werden (und dürfte wohl auch Gegenstand künftiger Marktbeobachtungen durch die Vorinstanz bzw. deren Sekretariat werden). In diesem Zusammenhang vertritt die Vorinstanz die Auffassung, vom Eintritt neuer Medikamente sei keine allzu grosse disziplinierende Wirkung zu erwarten, solange nicht deren Preise deutlich von demjenigen der Originalpräparate abwichen. Die Beschwerdeführerin hält dafür, diese Aussage stehe im Widerspruch zur Feststellung in der angefochtenen Verfügung, wonach nach dem Markteintritt von Levitra und Cialis der Marktanteil von Viagra drastisch gesunken sei. Diesbezüglich weist die Beschwerdeführerin darauf hin, im Jahre 2014 sei wegen der (bereits jetzt über inoffizielle Verkaufskanäle erhältlichen) Viagra-Generika mit aktuellem Interbrand Wettbewerb zu rechnen. Insbesondere sei per 1. November 2010 Vivanza von Berlis in der Schweiz neu eingeführt worden. In der Fachwerbung werde dieses Medikament gegen erektile Dysfunktion als bis zu 37 % günstiger beworben.

Angesichts des Streitgegenstandes (vgl. E. 1.2.1) ist auf diese Aspekte, die sich auf die Zukunft und nicht auf den sanktionierten Zeitraum beziehen, nachfolgend nicht weiter einzugehen.

**3.2.1.4.2.** Diese Überlegungen zeigen, dass nach der übereinstimmenden Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin der Interbrand Wettbewerb auf der Stufe der Herstellerinnen jedenfalls für den sanktionierten Zeitraum keinerlei kartellrechtliche Probleme aufwirft. Insofern hat das Bundesverwaltungsgericht auch nicht weiter auf die ausführlichen Argumente der Beschwerdeführerin zu den angeblich "pro-kompetitiven" Auswirkungen ihrer Publikumspreisempfehlungen auf den Wettbewerb mit ihren Konkurrentinnen (vgl. Beschwerde Rz. 285 ff.) einzugehen, indem, wie die Beschwerdeführerin beispielsweise geltend macht, ihre Empfehlungen für die verschreibenden Ärzte und Patienten ein Minimum an wettbewerbsintensivierender Markttransparenz geschaffen hätten (vgl. Beschwerde Rz. 290 ff.).

### 3.3.

**3.3.1.** In Bezug auf die zweite Fragestellung, ob Viagra, Levitra und Cialis auch auf der nachgelagerten Vertriebsstufe des Grosshandels bzw. der Apotheken zueinander im Wettbewerb stehen, vertritt die Vorinstanz eine differenzierte Sichtweise.

**3.3.1.1** Auf der Grosshandelsstufe habe unter Grossisten im fraglichen Zeitraum grundsätzlich Wettbewerb geherrscht (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 294).

**3.3.1.2** Demgegenüber erachtet die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin, dass die heilmittelgesetzliche Verschreibungspflicht den Interbrand Wettbewerb unter den Apotheken gänzlich ausschalte, da verschreibungspflichtige Medikamente nur gegen ärztliches Rezept verkauft werden dürfen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67, 141, 164 und 224) und deshalb ein Kunde nicht auf billigere Substitute ausweichen kann, wenn er mit seinem Rezept das ihm verschriebene Medikament abholen (oder per Post von einer zugelassenen Versandapotheke zusenden lassen) will.

Insofern geht die Vorinstanz jedenfalls im Ergebnis von einer heilmittelgesetzlich vorgegebenen Rahmenordnung aus, welche auf der Vertriebsstufe den Preiswettbewerb unter den drei Arzneimitteln Viagra, Levitra und Cialis ausschliesst. Folgerichtig bezieht sich die vorinstanzliche Kritik an den Preisempfehlungen auch nicht auf den Interbrand Preiswettbewerb.

**3.3.2.** Dazu im Widerspruch scheint die etwas apodiktisch gefasste Aussage der Vorinstanz zu stehen, wonach die den Markt regulierenden Vorschriften "den Wettbewerb" nicht ausschliessen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 164). Vielmehr sei "im Bereich der drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich, sondern auch gefordert" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Dieser Standpunkt ist in dieser, den Interbrand wie auch den Intrabrand Wettbewerb gleichermaßen umfassenden absoluten Formulierung kaum haltbar, wie in den nachfolgenden E. 6 und E. 7 noch zu vertiefen sein wird.

Zwar bestehen, was zu Recht auch nicht bestritten wird, keine gesundheitspolizeilichen oder heilmittelrechtlichen

Normen, die auf der Stufe der Hersteller im Sinne eines Vorbehaltes nach Art. 3 Abs. 1 KG den dortigen Interbrand Wettbewerb ausschliessen würden (vgl. E. 3.2). Wie indessen in der E. 3.3.1.2 gezeigt wurde, schaltet die heilmittelgesetzliche Verschreibungspflicht bereits auf der nachgelagerten Vertriebsstufe den Interbrand Wettbewerb unter den Apotheken gänzlich aus, was zu Recht unstrittig und deshalb auch nicht weiter zu erörtern ist.

### 3.4.

**3.4.1.** Den sanktionswürdigen kartellrechtlichen Verstoss ortet die Vorinstanz erst bei der dritten untersuchten Fragestellung, nämlich ob und inwiefern der Intrabrand Preiswettbewerb vorab unter den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärzten für die einzelnen Medikamente spiele bzw. wie sich die Publikumspreisempfehlungen auf der Stufe des Verkaufs von Viagra wettbewerblich auswirkten.

Hier wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sie habe sich durch das Veröffentlichen ihrer Publikumspreisempfehlungen für Viagra (vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008) an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt. Das Veröffentlichen und das Befolgen dieser Empfehlungen (durch Apotheken und selbstdispensierende Ärzte) habe sich - angesichts der gleichgerichteten Interessenlage von Pharmaherstellerinnen und Verkäufern - als Verhaltensabstimmung wie ein Festpreis ausgewirkt. Dies habe unter den Verkaufsstellen den Intrabrand Preiswettbewerb für Viagra beseitigt.

**3.4.2.** Der streitgegenständliche Bussenbetrag gegenüber der Beschwerdeführerin wurde denn auch einzig auf dieser sachverhaltlichen Grundlage ausgefällt (vgl. E. 1.2.1).

### 4.

**4.1.** Die Vorinstanz hält zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes fest, bezüglich Viagra, Levitra und Cialis bestünden keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung, die (jedenfalls auf der "Verteilerstufe") den Intrabrand Preiswettbewerb grundsätzlich verunmöglichen würden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Deshalb hätte nach Auffassung der Vorinstanz ohne die strittigen Publikumspreisempfehlungen für Viagra unter den Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzten ein wirksamer Intrabrand Preiswettbewerb entstehen müssen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227).

**4.2.** Die Beschwerdeführerin verwirft diesen Standpunkt kurz zusammengefasst mit den Argumenten, die Vorinstanz habe den Einfluss verkannt, den (1.) die regulatorische Ordnung, (2.) der Interbrand Wettbewerb auf der Stufe der Ärzte, (3.) der Internethandel und (4.) der "Schamfaktor" auf den Wettbewerb hätten (vgl. Beschwerde Rz. 247 ff.).

Im Wesentlichen beklagt sie, die Publikumspreisempfehlungen beseitigten den Intrabrand Wettbewerb nicht. Die Vorinstanz übersehe, dass der Wettbewerbsparameter "Preis" durch das absolute Publikumsverbot für Viagra erheblich eingeschränkt werde. Wären die Marktverhältnisse unter Berücksichtigung der regulatorischen

Ordnung und der relevanten nichtpreislichen Wettbewerbsparameter geprüft worden, hätten sich vielmehr die wohlfahrtsteigernden Auswirkungen der Empfehlungen gezeigt. Die von einem starken Diskretionsbedürfnis geleiteten Patienten würden wegen des "Schamfaktors" lieber auf den Internethandel oder Apotheken ausweichen, wo sie anonym bleiben könnten. Nicht die Publikumspreisempfehlungen, sondern vielmehr die gesetzlichen Rahmenbedingungen (Limitierung und Regulierung der Abgabestellen und striktes Publikumswerbverbot) zusammen mit dem "Schamfaktor" führten dazu, dass sich die Abgabestellen bei den untersuchten Medikamenten keinen intensiveren Preiswettbewerb hätten liefern können.

Die Vorinstanz sei von falsch erhobenen Marktverhältnissen ausgegangen. Unter Rückgriff auf einen bedeutend weiteren, auch medikationsfreie psychosexuelle Therapien und den illegalen Internethandel umfassenden relevanten Markt schätzt die Beschwerdeführerin die Auswirkungen der Publikumspreisempfehlungen auf den Intra-brand Preiswettbewerb unter den Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten im Unterschied zur Vorinstanz als positiv ein. Diesbezüglich beklagt die Beschwerdeführerin, dass sie "starkem Wettbewerb durch illegale Parallelimporte, illegale Generika, gefälschte Produkte, pflanzliche Alternativen etc. ausgesetzt" sei (vgl. Beschwerde Rz. 140).

**4.3.** Vorab ist auf die strittige Abgrenzung des relevanten Marktes einzugehen, auch wenn in der angefochtenen Verfügung diese Frage erst bei der Prüfung der "Intensität des Wettbewerbs", d.h. bei der Prüfung der Marktauswirkungen der strittigen Publikumspreisempfehlungen (im Zusammenhang mit einer allfälligen Umstossung der gesetzlichen Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG), diskutiert wird (Kapitel B.4.2.2.1 der angefochtenen Verfügung [Rz. 162 ff.]).

Denn erst danach lässt sich die Frage überhaupt beantworten, ob - für den hier als massgeblich zu erachtenden relevanten Markt - tatsächlich, wie sinngemäss behauptet wird, vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, welche, wie die Beschwerdeführerin im Ergebnis rügt, den Intra-brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte in einem so erheblichen Ausmass beeinträchtigen, dass die sanktionierte Wettbewerbssituation nicht hauptsächlich durch die Publikumspreisempfehlungen verursacht sein könnte.

Wären hier, was von Amtes wegen zu prüfen ist, tatsächlich die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG zu bejahen, würde dies der angefochtenen Sanktionsverfügung bereits die Legitimationsgrundlage entziehen, nachdem diese Verfügung, wie in der E. 3.4 erwähnt, einzig mit dem angeblich kausal durch die Empfehlungen verursachten Ausschluss von Intra-brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte begründet wurde und der Beschwerdeführerin auch im horizontalen Verhältnis keine Wettbewerbsbeschränkungen vorgeworfen werden können (vgl. E. 3.2 f.).

Soweit nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften auf einem konkreten Markt den materiellen Anwendungsbereich der Bestimmungen des Kartellgesetzes

einschränken, worauf in der nachfolgenden E. 6 näher einzugehen ist, wäre die Vorinstanz in einem solchen "wettbewerbsfreien" Marktbereich materiell-rechtlich gar nicht ermächtigt, sanktionierend einzugreifen (vgl. VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence [CR Concurrence], 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 12 f. zu Art. 3 Abs. 1 KG; PETER MÜNCH, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK-KG], Basel 2010, Rz. 22 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

## 5.

**5.1.** Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht.

Eine entsprechende Definition, welche für Unternehmenszusammenschlüsse, für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt und für die nachfolgende Beurteilung massgeblich ist (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1), lässt sich Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) entnehmen.

**5.1.1.** Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

Demnach erfolgt die Definition des sachlichen Marktes aus Sicht der Marktgegenseite; deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite, wobei daneben weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Nachfrager bestehen (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, BGE 129 II 18 E. 7.3.1; BVGE 2011/32 E. 9.1).

**5.1.2.** 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).

## 5.2.

**5.2.1.** Als relevant bezeichnet die Vorinstanz den schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente gegen erektile Funktionsstörungen mit den "Produkten" Viagra, Cialis und Levitra. Begründet wird dies wie folgt:

Den Pharmaunternehmen und "Verkaufsstellen" stünden - als Marktgegenseite - Patienten gegenüber, die an Erektionsstörungen leidend ein Bedürfnis nach Erektionsmitteln hätten. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei bei Arzneimitteln der Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index (ATC-Klassifikation) massgebend. Seit 2008 bildeten "Produkte" gegen Erektionsstörungen eine eigene ATC-3-Kategorie mit den Mitteln Viagra (mit dem Wirkstoff Sildenafil), Cialis (Wirkstoff Tadalafil), Levitra (Wirkstoff

Vardenafil), Caverject/Caverject DC bzw. Muse (beide mit dem Wirkstoff Alprostadilum).

Gemäss der Patienteninformation von Bayer habe jeder zehnte Mann aus körperlichen und/oder psychischen Gründen gelegentlich Probleme, eine Erektion zu bekommen oder beizubehalten (wegen Änderungen in Muskeln und Blutgefässen und ungenügender Blutmenge im Penis). Nach zunächst rein psychologischen Therapiemethoden und ersten Schwellkörperprothesen in den 1960-er Jahren seien später Gefässoperationen aufgekommen. 1982 seien direkt in den Penis einspritzbare Substanzen entdeckt worden. Mit der Einführung 1998 von oral einzunehmende PDE5-Inhibitoren durch die Beschwerdeführerin sei die Therapieeffektivität "dramatisch verbessert" worden. Für den Patienten vorteilhaft sei die Therapie mit Filmtabletten, weil der Nephrologe die Behandlung vornehmen könne.

Viagra, Cialis und Levitra wirkten gleich: Erektionen entstünden durch ein Gleichgewicht zweier körpereigenen Substanzen: die eine führe zu Erektionen, die andere lasse sie abklingen. Bei gestörtem Gleichgewicht bleibe die Erektion aus oder lasse vorzeitig nach. Die Erektionsmittel wirkten durch die Hemmung der zweiten Substanz (PDE5) mit der Folge einer Gefässerweiterung und einer verbesserten Durchblutung des Penis. Dies erlaube Männern mit Erektionsstörungen, auf sexuelle Stimulation zu reagieren. Unterschiedlich seien die Medikamente einzig betreffend Standarddosierung, Einnahme bzw. Kontraindikationen, Wirkungsdauer (Viagra/Levitra: 4-10 h; Cialis: bis 36 h), Halbwertszeit und Nebenwirkungen. Dennoch seien diese Medikamente im Wesentlichen untereinander substituierbar und gehörten daher zum selben sachlichen Markt.

**5.2.2.** Alternative Therapien zur Behandlung von Erektionsstörungen bilden gemäss der Vorinstanz:

- Das kassenpflichtige Medikament Caverject; dieses werde vom Patienten unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr in seinen Penis injiziert und führe - anders als bei Viagra/Cialis/Levitra - direkt (ohne Nervenstimulationen oder sexuelle Reize) zu einer Erektion. Nachteilig sei die umständlichere und schmerzhaftere Handhabung (10-15 % der Patienten klagten über Gliedschmerzen). Zudem drohten bei unsachgemässer Applikation mehrstündige schmerzhafteste Dauererektionen, Verletzungen von Harnröhre/Gefässen/Nerven oder Penisdeformation. Caverject werde deshalb nur angewendet, wenn die orale Behandlung bei sehr schweren Krankheitsformen nicht angezeigt sei (wie nach radikaler Prostatektomie oder bei Querschnittlähmung).
- Muse (Minizäpfchen/Gel) werde vor dem Geschlechtsverkehr mittels "Applikator" in die Harnröhre gebracht, um sich von dort in die Penisschwellkörper auszubreiten und - ohne Nervenstimulation bzw. sexuelle Reize - eine Erektion auszulösen (Nachteile: zuweilen Brennen in der Harnröhre, unangenehmere Handhabung und deutlich weniger hohe Erfolgsrate als Viagra/Cialis/Levitra, zudem teurer).

- Mit der Vakuumpumpe werde am Penis ein Unterdruck erzeugt, damit die sich füllenden Blutgefässe eine Gliedversteifung bewirkten. Mit einem Gummiband an der Penisbasis werde der Abfluss des venösen Bluts verhindert und die Erektion aufrecht erhalten. Nötig dafür seien genaue Instruktion, Geschicklichkeit und Partnereverständnis.
- Beim Implantieren einer mechanischen Schwellkörperprothese (sog. "Penisprothese") werde das intrakavernöse Penistissue irreversibel geschädigt und der Schwellkörper verliere jegliche Erektionsfähigkeit. Diese radikale Behandlung erfordere eine besonders sorgfältige Diagnose, da psychogene Störungen ausgeschlossen sein müssten.

Andere Behandlungsformen wie psychosexuelle Therapien (bei Angst vor Versagen, Partnerschaftskonflikten, Depressionen usw.), Hormontherapien (bei Hormonstörungen) oder chirurgische Eingriffe (bei venösen Lecks) seien nur bei fachärztlich diagnostizierter Erkrankung indiziert, bildeten aber keine Alternativen für Viagra, Cialis und Levitra.

**5.2.3.** Da Erektionsstörungen mit oral einzunehmenden Medikamenten einfach behandelt werden könnten, seien die oben erwähnten Therapiealternativen zurückgedrängt worden. Der behandelnde Arzt müsse immer die individuelle Situation seines Patienten beachten und die mildeste Therapie verschreiben, weshalb die Wahl meistens auf Viagra, Cialis oder Levitra fallen dürfte. Erst beim Scheitern dieser Behandlung kämen die Alternativen in Frage. Daher seien andere Therapien nur beschränkt mit den drei PDE5-Inhibitoren austauschbar, also keine (nahen) Substitute.

**5.2.4.** Viagra, Cialis und Levitra würden primär über Apotheken, erst in zweiter Linie über selbstdispensierende Ärzte und nur sehr beschränkt über Spitäler (0.1-0.7 %) vertrieben. Zusätzlich könnten diese Medikamente auch im Internet gekauft werden; dieser Vertriebsweg sei allerdings inoffiziell und rechtlich umstritten. Zwar sei aus Sicht der Nachfrager der relevante Markt lokal (bezüglich Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten), aber trotzdem national abzugrenzen (ohne Berücksichtigung grenznaher ausländischer Apotheken, deren Preise von Viagra, Cialis und Levitra die Konsumenten nicht besonders interessieren dürften).

Entgegen der Beschwerdeführerin und Eli Lilly, die auf die Rolle des legalen bzw. illegalen Internetvertriebs und die Bedeutung zulässiger Importe für den Eigengebrauch hingewiesen hätten, sei der Markt keineswegs international zu fassen. Der Kauf dieser "Produkte" über das Internet sei nicht zu berücksichtigen, da nicht ersichtlich sei, inwiefern Internetkäufe die Pharmaunternehmen unter Druck setzten. Der hier massgebende Wettbewerb spiele zwischen den Verkaufsstellen, welche die drei Medikamente über offizielle Vertriebskanäle bezögen und nicht zwischen den Pharmaunternehmen. Vertriebskanäle, welche die gesetzlichen Bestimmungen missachteten, seien keine Alternative zum heilmittelrechtlich zugelassenen Medikamentenkauf in Apotheken oder "per Versandapotheken" und gehörten daher nicht zum relevanten Markt. Insbesondere illegale, d.h. bei

nicht zugelassenen Stellen und ohne Rezepte erfolgende, Käufe im Internet seien für den um seine Gesundheit besorgten "Nachfrager" keine Alternative, da ein Verzicht auf ärztliche Untersuchung risikoreich und die Gefahr gross sei, gesundheitsschädliche Fälschungen zu erhalten.

### 5.3.

**5.3.1.** Dem widerspricht die Beschwerdeführerin: Sie hält dafür, dass auch der Internethandel hätte berücksichtigt werden müssen. Fälschlicherweise bezeichne die Vorinstanz - aus Patientensicht - den Markt für Medikamente gegen erektile Dysfunktion als lokal in Anlehnung an das Kaufverhalten für Güter des täglichen Bedarfs. Indessen seien diese Medikamente wegen der Rezeptpflicht gerade keine solchen Güter, da dem Kauf ein Arztbesuch vorausgehen müsse. Hinzu komme, dass die erektile Dysfunktion noch immer ein Tabuthema sei und das Diskretionsbedürfnis des Patienten dessen Verhalten direkt beeinflusse, indem er das Mittel dort einkaufe, wo er anonym bleiben könne. Zu Unrecht habe die Vorinstanz den Internetvertrieb vom relevanten Markt ausgeschlossen.

Im Rahmen des wirksamen Interbrand Wettbewerbs könnten zu hohe Preise für Viagra den "Verbraucher" dazu bringen, billigeres (illegales) Viagra, illegale Viagra-Generika oder ein anderes Medikament im Internet zu kaufen. Ferner sei wissenschaftlich belegt, dass fast ein Drittel der Männer, die PDE5-Inhibitoren kauften, dies aus Diskretionsgründen ohne vorgängigen Arztbesuch und ohne Rezept täten. Daher sei sie einem starken Wettbewerb durch illegale Parallelimporte, illegale Generika, gefälschte Produkte und pflanzliche Alternativen ausgesetzt, weshalb der sachlich relevante Markt weiter zu fassen sei. Dabei sei unerheblich, ob der Vertriebsweg offiziell, inoffiziell oder rechtlich umstritten sei. Denn er existiere und müsse deshalb in die wettbewerbliche Analyse einbezogen werden. Nach dem ökonomischen Expertengutachten von RBB Economics sei die Untergrenze der illegalen Importe in der Schweiz auf mindestens zwanzig Prozent zu schätzen. Nicht erheblich sei, dass sich innerhalb "des boomenden Geschäfts mit illegalen Potenzmitteln der durchschnittliche Nachfrager der gesundheitlichen Risiken des illegalen Kaufs gerade nicht bewusst sei". Daher müsse der räumlich relevante Markt weiter als national abgegrenzt werden. Doch selbst bei nationaler Abgrenzung müssten illegale Verkäufe und Importe zum Eigengebrauch wegen des mit ihnen verbundenen Wettbewerbsdrucks berücksichtigt werden.

**5.3.2.** Ebenfalls zu Unrecht habe die Vorinstanz medikationsfreie psychosexuelle Therapieformen vom sachrelevanten Markt ausgeschlossen. Nach wissenschaftlichen Erkenntnissen seien in rund fünfzig Prozent der Fälle psychische Faktoren für eine erektile Dysfunktion verantwortlich, wobei in zwanzig Prozent der Fälle organische Faktoren hinzutreten. Es sei wissenschaftlich ebenfalls belegt, dass psychosexuelle Therapien bzw. sexuelle Beratung wirksame Alternativen zu einer medikamentösen Therapie mit PDE5-Inhibitoren bildeten. Diese alternative Behandlungsmethoden gehörten zum selben Markt, da hinreichend viele "Nachfrager" in der Lage seien, auf ein anderes Produkt auszuweichen. Der

behandelnde Arzt müsse immer die individuelle Situation seines Patienten berücksichtigen und die mildeste Therapieform wählen.

### 5.4.

**5.4.1.** In ihren Eingaben wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die sachliche und räumliche Marktabgrenzung der Vorinstanz, indem sie vor allem den illegalen Internethandel mit häufig gefälschten Medikamenten in die Marktabgrenzung mit einbeziehen lassen möchte. Gleichzeitig verlangt sie auch den Miteinbezug psychosexueller Therapiealternativen, welche die Vorinstanz als marktfremd ausgeklammert hat (vgl. E. 5.2.2).

Soll indes eine Marktabgrenzung den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werden, was erst eine Analyse der konkreten Wettbewerbsverhältnisse auf dem für relevant erachteten Markt ermöglicht, dann muss die Frage allfälliger Substitutionsbeziehungen für medikamentöse Therapien im Lichte des einschlägigen Gesundheitsrechts und im Kontext der ärztlichen Behandlung "erektiler Dysfunktion" - als behandlungsbedürftiges Leiden - erörtert werden.

Insofern trifft der vorinstanzliche Standpunkt, wonach die an Erektionsstörungen leidenden Patienten die "Marktgegenseite" der Pharmaunternehmen und der Verkäufer bildeten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 166), nicht zu; insbesondere wenn auch die entscheidende Rolle des verschreibenden Arztes berücksichtigt und veranschlagt wird, dass der Patient eben nicht einfach unmittelbar als "Konsument" eines Konsumproduktes den entsprechenden "Anbietern" bzw. "Verkaufsstellen" (Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten) gegenüber tritt, sondern dass er das Heilmittel erst nach einer ärztlichen Untersuchung bei entsprechender Indikation verschrieben erhalten kann. Im Widerspruch zum überwählten Standpunkt räumt die Vorinstanz, wenn auch in anderem Zusammenhang, immerhin ein, dass sich der "Konsument bzw. Patient" in einem ersten Schritt von einem Arzt untersuchen lassen müsse, wobei jener nach der Diagnosestellung letztlich entscheide, welches Medikament er verschreiben wolle, auch wenn sein Patient ein gewisses Mitspracherecht bei der Wahl der Behandlungsmethode (z.B. Filmtablette oder intrakavernöse Injektion) haben dürfte (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 81).

Ebenfalls korrekt hält die Vorinstanz fest, dass Medikamente gegen erektile Dysfunktion wegen des erheblichen Gefährdungspotenzials für die Gesundheit rezeptpflichtig sind und fundierte Anwenderkenntnisse verlangen, was einen Arztbesuch notwendig macht (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 280). Die nicht zu unterschätzende Wichtigkeit einer sorgfältigen ärztlichen Untersuchung wird auch durch den Umstand unterstrichen, dass die erektile Dysfunktion eines Patienten unter Umständen bloss ein Symptom für eine dahinterliegende schwerere Erkrankung sein kann (vgl. PSYCHREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl., Berlin/New York 2010, S. 605 f.). Auch das Bundesgericht hat in einem strafrechtlichen Urteil zu Viagra die ihm vorgelegte obergerichtliche Einschätzung bestätigt und festgehalten, die Einnahme von Viagra könne unter bestimmten Umständen die Gesundheit gefährden. Eine solche Gefährdung könne eintreten, wenn der "Konsument" gewisse Prädis-

positionen wie Herzkrankheiten aufweise, oder wenn er noch andere, mit Viagra unverträgliche Medikamente einnehme. Ein medizinischer Laie könne die Information in der Packungsbeilage zwar verstehen, sei jedoch ohne ärztliche Beratung nicht in der Lage, die gesundheitlichen Risiken aus Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten zu erkennen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_115/2008 vom 4. September 2008 E. 2.3.1).

**5.4.2.** Demnach ist für die sachliche Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU vom Therapiebedürfnis des an "Erektionsstörungen" leidenden Patienten auszugehen, der zum Arzt geht, um nach einer sorgfältigen Diagnose seiner körperlichen und seelischen Verfassung einen Therapievoranschlag zu erfahren (insbesondere auch unter Darlegung allfälliger Behandlungsrisiken und allfälliger Therapiealternativen).

Weil Ärzte bei rezeptpflichtigen Präparaten gewissermassen als "Verbrauchsdisponenten" ihrer Patienten fungieren (vgl. PETER HEER, Zum Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" am Beispiel des Pharmamarktes, in: Schürmann [Hrsg.], Probleme des Kartellverwaltungsrecht, Bern 1991, S. 123) und gleichzeitig als "akkreditierte Gesundheitsspezialisten" das Verschreibungsmonopol für rezeptpflichtige Medikamente besitzen (vgl. Balz Hösly, Arzt und Politik, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 66 und S. 92), muss zunächst das öffentlich-rechtlich sowie privat-rechtlich komplex strukturierte Arzt-Patientenverhältnis - im Kontext der gesundheitsrechtlich relevanten Normen und mit Blick auf die beruflich-gesellschaftliche Stellung des Arztes - vertieft dargestellt werden. Erst dieses Vorgehen erlaubt eine sachgerechte Analyse der strittigen Wettbewerbsproblematik.

Dies drängt sich auch umso mehr auf, als die Vorinstanz den selbstdispensierenden und ebenfalls wettbewerbswidriger Praktiken bezichtigten Ärzten eine ökonomisch wichtige Rolle beim Verkauf rezeptpflichtiger "ED-Medikamente" zuspricht und dafür hält, diese seien an Massnahmen zur Steigerung des eigenen Medikamentenabsatzes interessiert, da pharmazeutische Unternehmen ihre Produkte "nicht über" selbstdispensierende Ärzte verkauften, sondern "mit ihnen" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 253). Damit scheint die Vorinstanz andeuten zu wollen, bei der Behandlung von Patienten würde die Entscheidung über die Verwendung von Arzneimitteln nicht primär nach medizinisch-pharmazeutischen, sondern nach eigennützigen finanziellen Überlegungen gefällt.

**5.4.2.1** Im heutigen System der Gesundheitsversorgung tragen Ärzte gewichtige gesellschaftspolitische Aufgaben:

Sie sind nicht nur Träger grosser Verantwortung, sie werden auch gesetzlich mit einer gewissen Monopolstellung, vor allem dem Verschreibungsrecht für Arzneimittel, ausgestattet (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 66). Zudem erhalten nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) zugelassene Ärzte durch das System der Bezahlung ihrer Leistungen durch die obligatorische Krankenversicherung eine gewisse wirtschaftliche Sicherheit. Nicht zu unterschätzen ist auch ihr Privileg, für Versicherer und Behörden Arztberichte anzufertigen sowie ihre Patienten

aus medizinischen Gründen mit Arzzeugnissen im Beruf und als Staatsbürger von ihren Pflichten zu dispensieren (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 72; HANSPETER KUHN/GIAN ANDREA RUSCA/SIMON STETTLER, *Rechtsfragen der Arztpraxis*, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 288, wonach der Arzt "Notar der Nation" sei).

Daneben unterstehen Ärzte gesetzlichen Meldepflichten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Gesundheit betroffener Patienten (MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, *Arzt und Berufsrecht*, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 257).

Daher weist Paul Richli - mit zustimmendem Verweis auf Peter Saladin - darauf hin, dass Ärzte und Ärztinnen keine "gewöhnliche" Gewerbetreibende sind, sondern in einem besonderen Netz von Rechten und Pflichten stehen (RICHLI, *Instrumente des Gesundheits- und Lebensmittelschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte*, AJP 3/2002, S. 347 Fn. 49).

**5.4.2.2** Diese Privilegien und Pflichten sind an ein rigides System von Zulassungen, Bewilligungen und weiteren Vorschriften gebunden (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 66). Dies soll sicherstellen, dass Ärzte nicht nur über die praxisnotwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen, sondern dass sie ihre Kenntnisse sorgfältig und gewissenhaft anwenden und die mit dem Arztberuf verbundene hohe Verantwortung im sozialen, ethischen und persönlichen Bereich wahrnehmen können. Der hohe Gefährdungsgrad ärztlicher Tätigkeit erklärt die beträchtliche Normendichte, welche dem Schutze der Gesellschaft dient (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 233).

**5.4.2.2.1.** So benötigt etwa, wer berufsmässig und entgeltlich selbständig als Arzt arbeiten will, eine Bewilligung nach Art. 34 ff. des *Medizinalberufegesetzes* vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11). Diese Berufsausübungsbewilligung zur selbständigen Tätigkeit (auch "Praxisbewilligung" genannt) visiert als Polizeierlaubnis das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit an (MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 238) und bezweckt, das Publikum vor unfähigen und pflichtverletzenden Personen zu schützen sowie das Vertrauen aufrechtzuerhalten, das die Gesellschaft Ärzten entgegenbringt (MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 238).

**5.4.2.2.2.** Ausserdem müssen selbständig tätige Ärzte, die ihre Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen wollen, über eine entsprechende Zulassungsbewilligung verfügen (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 245; KUHN/RUSCA/STETTLER, a.a.O., S. 305 ff., sowie zur Zulassungsordnung des KVG: TOMAS POLEDNA, *Arzt und Krankenversicherung*, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 393 ff.).

**5.4.2.2.3.** Nach den in Art. 40 MedBG verankerten Berufspflichten üben Ärzte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus und halten sich dabei an die Grenzen der fachlichen Kompetenzen, die sie während der Aus-, Weiter- und Fortbildung erworben haben; insbesondere haben sie unter anderem folgende Pflichten zu beachten:

- Nach Art. 40 Bst. d MedBG machen sie nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich

ist - untersagt sind demnach Anpreisungen und Heilversprechen (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 249).

- Nach Art. 40 Bst. e MedBG wahren sie bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen. Das heisst insbesondere unzulässig sind Provisionszahlungen an überweisende Ärzte oder die Annahme geldwerter Vorteile für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels (vgl. Art. 33 Abs. 2 HMG, vgl. dazu im Einzelnen Urs Saxer, Korruption im Arzneimittelhandel - zum Vorteilsverbot gemäss Art. 33 HMG und dessen Koordination mit Art. 56 Abs. 3 KVG, AJP 12/2002, S. 1463 ff.; MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 249 f.; UELI KIESER, Heilmittel, in: Poledna/Kieser [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII. Gesundheitsrecht [SBVR VIII - Gesundheitsrecht], Basel/Genf/München 2005, Rz. 48, S. 172; THOMAS EICHENBERGER/MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Die Regulierung der Arzneimittelwerbung, recht 2003/6, S. 227 und S. 236; URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzt und Heilmittel, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 485 f.).

Insofern ist der Arzt entsprechend dem von ihm abgelegten Hippokratischen Eid einzig auf das Wohl des individuellen Patienten verpflichtet (RAINER J. SCHWEIZER/BENEDIKT VAN SPYK, Arzt und Forschung, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 536 und S. 541 f.).

Diese Berufspflichten sind disziplinarrechtlich von Bedeutung, weshalb einem betroffenen Patienten nur die Anzeige an die Aufsichtsbehörde offen steht (WALTER FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 140; MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 246). Mit dem Disziplinarrecht soll sichergestellt werden, dass Ärzte ihre Berufspflichten beachten (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 257).

**5.4.2.3** Traditionell ist der Arzt der Experte, der dem Betroffenen im Krankheitsfall hilft, seine Gesundheit wieder herzustellen, aber auch im klassischen Sinne eine Vertrauensperson (HÖSLY, a.a.O., S. 63). Insofern umfasst die Kerntätigkeit der Ärzte primär die individuelle Betreuung von Patientinnen und Patienten, das Erkennen, Behandeln und Heilen von Krankheiten (HÖSLY, a.a.O., S. 60; SCHWEIZER/VAN SPYK, a.a.O., S. 536 und S. 541 f.).

Dabei schuldet der Arzt dem Patienten eine auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Mit seinem Wissen und Können muss er auf den erwünschten Erfolg hinwirken, wobei er jedoch nicht einen bestimmten Erfolg schuldet. Insofern muss er einzig für eine auf Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete, sorgfältige Behandlung einstehen (FELLMANN, a.a.O., S. 118).

**5.4.2.4** Im Rahmen seiner Kerntätigkeit hat der Arzt den Patienten mit den Mitteln moderner Diagnostik zu untersuchen, um zu einer richtigen Diagnose zu gelangen. In deren Rahmen hat der Arzt gewissenhaft zu prüfen, was

für den Patienten erforderlich und ausreichend ist, indem eine Indikation für eine bestimmte Heilbehandlung oder diagnostische Untersuchung zu stellen ist. Insofern obliegt es dem Arzt, die im Einzelfall richtige Therapie zu wählen und darauf zu achten, dass keine Unverträglichkeiten bestehen (FELLMANN, a.a.O., S. 123 f.).

**5.4.2.4.1.** Der Arzt verfügt in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer Massnahmen oftmals über einen Entscheidungsspielraum, wenn mehrere Therapien in Frage kommen (sog. Therapiefreiheit; vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 122; RICHLI, a.a.O., S. 345). Bei seinem Entschluss hinsichtlich der anzuwendenden Behandlungsmethode darf sich der Arzt nur von den anerkannten Regeln der Heilkunde und von seinem Gewissen leiten lassen. Zudem muss er die gebotene Sorgfalt beachten und im Einverständnis mit dem Patienten handeln (THOMAS GÄCHTER/DIANA TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 21). Indirekt eingeschränkt wird seine Therapiefreiheit indes durch den Leistungskatalog der Krankenversicherung, da die obligatorische Grundversicherung nur die darin aufgeführten Leistungen übernimmt (GÄCHTER/TREMP, a.a.O., S. 39).

**5.4.2.4.2.** Bei der anschliessenden Behandlung hat der Arzt nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft zu verfahren, die zur Erreichung des gesteckten Ziels bestimmt und geeignet sind; er hat die passende Therapie anzuwenden, allenfalls die richtigen Medikamente zu wählen und diese richtig zu dosieren (FELLMANN, a.a.O., S. 123 f.).

Dabei muss der Arzt das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten (vgl. Art. 32 Abs. 1 und 56 Abs. 1 KVG).

**5.4.2.4.3.** In diesem Zusammenhang erlauben die kantonalen Gesundheitsgesetze in der Regel allen Ärzten (und Zahnärzten) im Rahmen ihrer Fachkompetenzen die unmittelbare Anwendung von Heilmitteln sowie die Abgabe in Notfällen, bei Hausbesuchen und bei der Erstversorgung. Diese Art der Abgabe ist anerkannter Teil ärztlicher Berufsausübung.

Hingegen ist die Führung einer Privatapotheke und die Abgabe von Arzneimitteln im Sinne der Selbstdispensation, d.h. des Verkaufs von Medikamenten anstelle der Ausstellung eines in der Apotheke einzulösenden Rezepts (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 475), nicht in allen Kantonen anerkannt (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 461; vgl. Art. 37 Abs. 3 KVG, wonach die Kantone bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte und Ärztinnen mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern und Apothekerinnen gleichgestellt sind; dabei berücksichtigen sie insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten und Patientinnen zu einer Apotheke; vgl. POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 403).

Dazu hält das Bundesgericht in ständiger Praxis fest, der Schutz der Apotheken vor Konkurrenz durch Ärzte entspreche einem öffentlichen Interesse: Eine breite, regionale Streuung der Apotheken und damit ein dichtes Apothekennetz diene der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 476 mit Verweis auf BGE 111 Ia 184, BGE

118 Ia 175, BGE 119 Ia 433, Urteil des Bundesgerichts 2P.52/2001 vom 24. Oktober 2001). In einem jüngeren Urteil hat das Bundesgericht betont, dass die Regelungen der Selbstdispensation nicht den Kern der ärztlichen Tätigkeit, sondern nur einen potenziellen Nebenbereich derselben betreffen, welcher aufgrund der ausbildungsbedingten Aufgabenteilung zwischen Ärzten und Apothekern so oder so von untergeordneter Bedeutung bleiben muss und legitimerweise nicht zu einem wichtigen Teil der ärztlichen Erwerbstätigkeit werden darf. Insofern muss die Selbstdispensation für den Arzt von untergeordneter Bedeutung bleiben (vgl. BGE 131 I 205 E. 3.2).

Bei Arzneimitteln ist zudem zu beachten, dass solche nach Art. 26 Abs. 2 HMG nur verschrieben und abgegeben werden dürfen, wenn der Gesundheitszustand der Patientin oder des Patienten bekannt ist (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 474 f.; KIESER, a.a.O., Rz. 38, S. 167 f.). Als Sorgfaltsmassstab gilt nach Art. 26 Abs. 1 HMG, dass bei der Verschreibung und der Abgabe von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden müssen.

Der Umgang mit Heilmitteln ist ausserordentlich stark reguliert und sowohl das Heilmittel- als auch das Krankenversicherungsrecht enthalten neben den Rechten auch verschiedene Pflichten, die Ärzte bei der Verschreibung, Anwendung oder Abgabe von Heilmitteln erfüllen müssen. Diese Pflichten schränken die ärztliche Wirtschaftsfreiheit (vgl. RICHLI, a.a.O., 347) zwar ein, sind jedoch durch das öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt (vgl. Art. 118 Abs. 1 sowie Abs. 2 Bst. a BV; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 474).

**5.4.2.5** Aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]) des Arztes folgt eine umfassende Pflicht zur Aufklärung des Patienten. Diese ist aus medizinischer Sicht Teil der Therapie, indem sie hilft, das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zu festigen (FELLMANN, a.a.O., S. 168).

Insofern soll der Patient in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der Behandlung und möglicher Alternativen informiert werden (FELLMANN, a.a.O., S. 170), wobei sich die Aufklärung nach den Informationsbedürfnissen des Patienten zu richten hat und Informationsdefizite beseitigen soll (FELLMANN, a.a.O., S. 174). Insbesondere sind Ärzte verpflichtet, ihre Patienten über die korrekte Anwendung der von ihnen verschriebenen oder abgegebenen Heilmittel zu informieren und sie ausdrücklich über allfällige unerwünschte Wirkungen oder Interaktionen aufzuklären (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 476).

**5.4.2.6** Mit Blick auf den vorliegende Fall ist insbesondere die Pflicht des Arztes wichtig, den Patienten über die wirtschaftlichen Aspekte eines Eingriffs aufzuklären, vor allem was die Kosten eines teuren, von der Krankenversicherung nicht gedeckten Eingriffs betrifft. Dazu gehört die Aufklärung über den Selbstbehalt bei Originalpräparaten und Generika sowie die Frage, ob Heilmittel vergütet werden, zumal verschriebene Arzneimittel von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur bezahlt werden, wenn sie in der Spezialitätenliste (vgl. Art. 52

Abs. 1 Bst. b KVG) stehen (vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 127 und S. 132 f. mit Hinweisen; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 477).

**5.4.2.6.1.** Demgegenüber übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung grundsätzlich die Kosten für die Leistungen, welche der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG). Erfasst sind dabei die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden (POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 401).

**5.4.2.6.2.** Nach Art. 43 Abs. 1 KVG erstellen Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen, wobei die Preise im ärztlichen Bereich keine Rolle spielen, da ärztliche Leistungen im Rahmen der Gesamtrevision Arzttarif und Spitalleistungskatalog (TARMED) abgerechnet werden (vgl. POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 408).

**5.4.2.6.3.** Zu beachten ist schliesslich, dass die Sozialversicherung eine gewinnorientierte Tätigkeit der Sozialversicherungsträger grundsätzlich ausschliesst, weshalb sich Ärzte bei ihrer Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung auch nicht (oder nur äusserst beschränkt) auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. Denn der Arzt ist im Rahmen der sozialen Krankenversicherung als sogenannter "Leistungserbringer" Teil des Versicherungssystems und soll seine Leistungen auf die Zwecke der sozialen Krankenversicherung ausrichten, wie dies im Ergebnis aus Art. 56 Abs. 1 KVG hervorgeht (vgl. BGE 130 V 377; POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 416 f.).

**5.4.3.** Vor diesem vielschichtigen Hintergrund lässt sich die Frage der sachlichen Marktabgrenzung wie folgt beantworten:

**5.4.3.1** Das komplex strukturierte Rechtsverhältnis, in das Ärzte und Patienten bei Heilbehandlungen erektiler Dysfunktion eingebunden sind, zeigt, dass ausgehend vom Therapiebedürfnis des Patienten - entgegen der Vorinstanz - nur der behandelnde Arzt als diejenige "Marktgegenseite" zu erachten ist, deren Perspektive letztlich als entscheidend betrachtet werden kann zur Beantwortung der Frage, welche Behandlungsmethode mit einer medikamentösen PDE5-Inhibitor-Therapie allenfalls substituierbar ist.

**5.4.3.1.1.** Denn es liegt in seiner therapeutischen Verantwortung (vgl. E. 5.4.2.4) für die jeweils individuelle Patientensituation mit Blick auf das Therapieziel das bestgeeignete Präparat (bzw. die beste Therapieform) auszuwählen, so dass ein rationaler Arzneimittelentscheid gesichert ist (vgl. HEER, a.a.O., S. 123).

Hierbei zeigt sich aber, dass die einzelnen Patienten - je nach diagnostiziertem Krankheitsbefund und Krankheitsbild und der dafür konkret indizierten Therapieform - in verschiedene, voneinander zu unterscheidende "Nachfragegruppen" fallen. Dies wiederum erlaubt im Sinne der Vorinstanz durchaus den Schluss, dass, wenn nach ärztlicher Diagnose bei einer erektilen Funktionsstörung eine Therapie grundsätzlich mit oral einzunehmenden Medikamenten, wie Viagra, Levitra oder Cialis, indiziert sein sollte, eine entsprechend zu therapierende



Nachfragegruppe auszuscheiden, was vorliegend den sachrelevanten Markt auf die entsprechende PDE5-Inhibitoren einschränkt.

Diese Sicht vertritt auch Peter Heer, der einleuchtend anmerkt, dass pro Therapiegruppenteilmarkt in der Regel unterschiedliche Wirksubstanzen und Therapieverfahren im Wettbewerb stehen können, nachdem die Nachfrage bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln insofern funktional aufgespalten ist, als der Arzt nach seiner Diagnose das therapiewirksamste Präparat auswählt und der Patient es für seine Heilbehandlung einnimmt (HEER, a.a.O., S. 122 f.). Insofern spielt bei Arzneimitteln der Wettbewerb innerhalb derjenigen Produkte, die ärztlich-indikatorisch als äquivalent anzusehen sind (HEER, a.a.O., S. 127 Fn. 13 mit Verweis auf Erich Hoppmann, wonach "das Abgrenzungskriterium [zur Feststellung des sachlich relevanten Marktes] die subjektiv-funktionelle Austauschbarkeit im Sinne der ärztlich-indikatorischen Äquivalenz" ist, weshalb die Austauschbarkeit aus der Sicht des "verständigen Arztes" zu erfolgen habe).

**5.4.3.1.2.** Offengelassen werden muss an dieser Stelle die von der Vorinstanz - im Zusammenhang mit der Charakterisierung von Viagra als "Life Style-Medikament" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 81 und 280) - angeschnittene und heftig umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen "Erektionsstörungen" überhaupt als "regelwidrigen Krankheitszustand" im Sinne des Krankheitsbegriffs von Art. 1 a Abs. 2 Bst. a KVG anerkannt werden können (vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Denn dies würde einzig die hier nicht zur Diskussion stehende Frage betreffen, ob die erwähnten Präparate für eine Aufnahme in die Spezialitätenliste (vgl. im Sachverhalt unter A.a) in Betracht kommen und damit krankensicherungsrechtlich vergütungspflichtig werden könnten (vgl. BGE 129 V 32 E. 4.2.3).

**5.4.3.2** Im Lichte dieser Überlegungen lässt sich - entgegen den detaillierten Ausführungen der Beschwerdeführerin - der Standpunkt der Vorinstanz nicht beanstanden, dass neben der Oralmedikamentation (mit Viagra, Levitra und Cialis) allenfalls konkret indizierte Therapiealternativen, wie insbesondere psychosexuelle Therapien (sowie Hormontherapien oder chirurgische Eingriffe) nicht als nahe Substitute der drei obgenannten PDE5-Inhibitoren gelten können, zumal je nach medizinisch indizierter Therapie ganz unterschiedliche Nachfragegruppen auszuscheiden sind.

Diese Perspektive der Marktabgrenzung steht dem (von der Beschwerdeführerin nachdrücklich betonten und mit Hinweis auf wissenschaftliche Untersuchungen belegten) Umstand nicht entgegen, dass Erektionsstörungen bei vielen Patienten auch auf rein psychologische Faktoren zurückgeführt werden können (vgl. PSYCHREMBEL, a.a.O., S. 605 f.), weshalb aus medizinischer Sicht primär (medikamentfreie) psychosexuelle Therapien indiziert sein könnten. Diesfalls könnten Viagra, Cialis und Levitra konsequenterweise auch nicht als medizinisch indizierte Alternativen in Betracht fallen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 184 und Rz. 188), selbst wenn gewisse Patienten als "persönlichen Konsumwunsch" rein psychisch verursachte Erektionsstörungen allenfalls

lieber medikamentös behandeln lassen möchten. Hier läge es in der Verantwortung des Arztes das Problem der Medizinalisierung von Alltagsnöten (HÖSLY, a.a.O., S. 82) im Lichte seiner Berufspflichten (vgl. E. 5.4.2.2.3) ernst zu nehmen und mit den angemessenen, milderen Therapieformen einer ungerechtfertigten Medikalisierung gesundheitlicher Beschwerden entgegenzuwirken (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 63).

**5.4.3.3** Soweit die Vorinstanz jedoch - neben den Apotheken - auch auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte von einem "Verkaufsmarkt" für Viagra, Levitra und Cialis auszugehen scheint, sind Zweifel angebracht:

Der selbstdispensierende Arzt handelt als Vertreter eines Heilberufs mit strengen berufsethischen Verpflichtungen (vgl. E. 5.4.2.2.3). Er untersucht, diagnostiziert und verschreibt ein Medikament nach einer sorgfältig zu erstellenden Diagnose (E. 5.4.2.3 ff.), weshalb er - entgegen dem was die Vorinstanz anzudeuten scheint, hier nicht einfach als "Verkäufer" dem Apotheker gleichgestellt werden kann (vgl. E. 5.4.2.4.3 sowie insbes. BGE 131 I 205 E. 2.2, wonach zwischen Apothekern und Ärzten [solange diesen der unbeschränkte Handverkauf verwehrt bleibt] keine direkte Konkurrenz besteht, sowie Urteil des Bundesgerichts 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003 E. 2.3).

Hinzukommt, dass, wie bereits in der E. 5.4.3.1.1 erwähnt, auch die "Nachfrageseite" (des von der Vorinstanz auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte angenommenen Marktes), d.h. die Patienten, durch die zwingend vorgesehene medizinische Beratung in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt werden. Wünscht ein Patient eine bestimmte Arznei, wie Viagra, Levitra oder Cialis, so kann er diese nicht einfach "kaufen", sondern er erhält sie nur nach gründlicher ärztlicher Untersuchung und bei entsprechender Diagnose und Verschreibung.

Auf diese Besonderheiten der von der Vorinstanz beleuchteten "Abgabestellen" im relevanten Markt, der sich von einem Markt für beliebige Konsumgüter ganz wesentlich unterscheidet, ist im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung zurückzukommen (vgl. die folgenden E. 7.3.1.3.3 und E. 7.3.2.4.2).

**5.4.3.4** Im Kontext dieser gesundheits- und heilmittelrechtlich stark regulierten Marktordnung ist die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach der angeblich weit verbreitete illegale Internethandel (mit Medikamenten gegen erektile Dysfunktion) auch in die sachliche Marktabgrenzung hätte mit einbezogen werden müssen, zu verwerfen:

Wie die Vorinstanz zu Recht betont, können "rezeptfrei" und bei nicht zugelassenen "Händlern" erfolgende, illegale Käufe im Internet nicht als (legale) Substitute für - die erst nach sorgfältiger ärztlicher Untersuchung indizierten und deshalb verschriebenen - Originalpräparate anerkannt werden, zumal Apotheken (einschliesslich zugelassene Internetapotheken) und selbstdispensierende Ärzte die Echtheit und Integrität der von ihnen verkauften Medikamente garantieren können, was bei den illegalen Quellen nutzenden "Internethändlern" nicht der Fall ist.

Entgegen der Sicht der Beschwerdeführerin kann der Umstand, dass es eine leichtsinnig-risikofreudige Nach-

fragegruppe gibt, die das unkalkulierbare Risiko auf sich nimmt, allenfalls gesundheitsschädliche Fälschungen zugesandt zu erhalten, und sich deshalb auf das Wagnis illegaler Internetbestellungen (und den damit verbundenen erheblichen Gesundheitsrisiken) einlassen will, nicht zu einer Berücksichtigung dieses illegalen Internetmarktes in der sachlichen Marktabgrenzung führen.

**5.4.4.** Auch der von der Vorinstanz rein national abgegrenzte räumlich relevante Markt lässt sich nicht beanstanden.

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin, wie übrigens teilweise auch die Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 191), den Einbezug des illegalen Internethandels auch unter dem Gesichtspunkt der räumlichen Marktabgrenzung erörtert (vgl. Beschwerde Rz. 143), bringt sie gegen die erfolgte Begrenzung auf den inländischen Markt im Wesentlichen als weiteres Argument vor, Patienten bezögen Medikamente gegen erektile Dysfunktion nicht nur aus dem umliegenden Ausland, sondern ganz generell aus dem Ausland, zumal heilmitelrechtlich eine Einzelperson Arzneimittel für den Eigengebrauch auch auf dem Postweg einführen dürfe (für Viagra 20 Tabletten pro Monat). Die Vorinstanz hat diese weiteren Gesichtspunkte mit eingehender Begründung nicht für genügend erachtet, um eine Ausweitung des räumlich relevanten Marktes zu rechtfertigen. Dazu kann auf die entsprechenden zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtene Verfügung Rz. 190-199).

Somit ist für die nachfolgende Analyse der auf die Schweiz beschränkte Markt für die oral einzunehmenden Arzneimittel Viagra, Levitra und Cialis massgebend.

## 6.

Als Nächstes müssen, wie in der E. 4.3 angesprochen, Sinn und Tragweite von Art. 3 Abs. 1 KG im verfassungsrechtlichen Kontext vertieft dargestellt werden. Erst danach kann untersucht werden, ob für den vorliegend relevanten Markt tatsächlich vorbehaltene Vorschriften bestehen.

**6.1.** Art. 3 Abs. 1 KG lautet wie folgt:

"1 Vorschriften sind vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: (a.) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen; (b.) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten."

Dieser Artikel zielt, wie die Marginalie "Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften" zeigt, darauf ab, die Anwendung des Kartellgesetzes mit der Anwendung allfälliger bundes-, kantonaler oder gemeinderechtlicher Vorschriften zu koordinieren, die "Wettbewerb" einschränken bzw. aufheben. Mit dieser Koordinationsnorm soll ein allfälliger Konflikt gelöst werden, der sich daraus ergeben kann, dass spezialgesetzliche Vorschriften im Widerspruch zum materiellen Kartellrecht stehen (MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

Art. 3 Abs. 1 KG ist in diesem Zusammenhang im Lichte von Art. 94 BV zu sehen, wonach sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

halten (Abs. 1), wobei Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere auch gegen den Wettbewerb gerichtete Massnahmen, nur zulässig sind, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (vgl. Abs. 4).

**6.1.1.** Die Wirtschaftsfreiheit, die nach Art. 27 Abs. 2 BV insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst und als Individualrecht primär als Abwehrrecht gegenüber dem Staat konzipiert ist, garantiert die wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs und der Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes (vgl. KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung [St. Galler Kommentar], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 3 und 6 ff. zu Art. 27 BV sowie Rz. 4 f. zu Art. 94 BV).

Dieser ordnungspolitische Grundentscheid bedeutet vor allem die Absage an eine merkantilistische Wirtschaftslenkung zugunsten des Grundsatzes freien Wettbewerbs und individueller wirtschaftlicher Selbstbestimmung (VALLENDER, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 27 BV). Demnach folgt nach Klaus A. Vallender aus Art. 94 Abs. 1 und Abs. 4 BV ordnungspolitisch (1.) die Bindung an die zentralen Elemente des "Marktmechanismus" und (2.) das Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des "Spiels von Angebot und Nachfrage" und folglich des "Preismechanismus" (a.a.O., Rz. 7 zu Art. 94 BV; vgl. dazu BVGE 2011/32 E. 11.3.1.2 mit vielen Hinweisen zum Denkmodell des "Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage" im marktwirtschaftlichen Preisbildungsprozess).

Die zentrale Frage aber, wie weit privates Wirtschaften durch Wettbewerb oder allenfalls durch Kartelle erfolgen darf, lässt sich aus der Abwehrfunktion der Grundrechtsgarantien allein nicht beantworten. Hier stellt sich vielmehr die Frage nach der Geltung der Wirtschaftsfreiheit unter Privaten (sog. Drittwirkung). Dies wiederum bedingt eine Auslegung von Art. 94 BV im Kontext von Art. 27 BV, Art. 96 BV sowie Art. 35 Abs. 3 BV (VALLENDER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 94 BV sowie Rz. 51 zu Art. 27 BV; RETO JACOBS, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 96 BV), worauf später einzugehen ist (vgl. E. 6.3.5).

**6.1.2.** Die Wirtschaftsfreiheit gilt indessen nicht absolut. Vielmehr darf sie nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden (BGE 131 I 223 E. 4.1; VALLENDER, a.a.O., Rz. 49 zu Art. 27 BV).

**6.1.2.1** Grundsätzlich zulässig und damit grundsatzkonform sind Eingriffe, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der Bundesverfassung für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft im Einklang stehen.

Dazu zählen verhältnismässige, wirtschaftspolizeiliche Massnahmen, also Massnahmen, welche der Gefahrenabwehr (Polizeigüterschutz im Bereich der Wirtschaft) dienen, sowie bestimmte Vorschriften, die "polizeiverwandte" sozialpolitische Ziele verfolgen, und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind (VALLENDER, a.a.O., Rz. 50 f. zu

Art. 27 BV sowie Rz. 5 zu Art. 94 BV; vgl. dazu BGE 132 I 282 E. 3.3, BGE 131 I 223 E. 4.2).

**6.1.2.2** Grundsatzwidrig sind demgegenüber Eingriffe, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, indem sie sich beispielsweise gegen den Wettbewerb richten.

Zu denken ist an wirtschaftslenkende Eingriffsmassnahmen, die als wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen ein strukturpolitisches Ziel verfolgen, wie die Erhaltung eines bestimmten Gewerbes oder bestimmter Bewirtschaftungsformen, Schutz gegen Konkurrenz, Steuerung von Angebot und Nachfrage, Preisvorschriften, Kontingente, Einfuhrverbote usw. (VALLENDER, a.a.O., Rz. 5 f. zu Art. 94 BV; vgl. BGE 131 I 205 E. 2.3.1 zum Konkurrenzschutz durch kantonale Selbstdispensationsverbote und E. 2.3.2 zur Aufgabenteilung zwischen Apotheken und Ärzten für die Leistungserbringung innerhalb der Krankenversicherung [vgl. auch E. 5.4.2.4.3]). Solche Eingriffe sind prinzipiell verboten, weil sie dem verfassungsrechtlichen Vorentscheid widersprechen, ökonomische Entscheidungen den Privaten zu überlassen.

Ausnahmsweise zulässig sind solche grundsatzwidrigen Massnahmen nach Art. 94 Abs. 4 BV, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind oder durch kantonale Realrechte begründet werden (VALLENDER, a.a.O., Rz. 52 ff. zu Art. 27 BV; JACOBS, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 96 BV). Insofern ist ohne besondere Verfassungsgrundlage auch eine staatliche Bedürfnislenkung ausgeschlossen (BGE 131 I 223 E. 4.2).

Wo allerdings die Marktkoordination zu suboptimalen Ergebnissen führt, wie z.B. im Bereich öffentlicher oder meritotischer Güter, wie intakte Natur, saubere Luft, sauberes Wasser (usw.), hat der Staat durch Massnahmen der Wirtschaftspolitik für Korrekturen zu sorgen, die letztlich der Wirtschaftsfreiheit dienen (VALLENDER, a.a.O., Rz. 12 f. zu Art. 94 BV). Daher sind in zahlreichen Artikeln der Bundesverfassung Vorbehalte für grundsatzwidrige Massnahmen des Bundes vorgesehen (vgl. Art. 100 Abs. 3 BV zur Konjunktur, Art. 101 Abs. 2 BV zur Aussenwirtschaft, Art. 102 Abs. 2 BV zur Landesversorgung, Art. 103 BV zur Strukturpolitik, Art. 104 Abs. 2 BV zur Landwirtschaft; vgl. zu allen JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N. 923; vgl. VALLENDER, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 27 BV und REICH, a.a.O., N. 924 ff. zu impliziten Abweichungskompetenzen).

Nicht grundsatzwidrig hingegen sind angesichts ihres freiheitsfördernden Zweckes alle Eingriffe, die den freien Marktzugang gewährleisten, sei es gegenüber dem Staat mittels Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02), sei es gegenüber Privaten mittels Kartellgesetz (VALLENDER, a.a.O., Rz. 55 ff. zu Art. 27 BV).

**6.2.** Mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine Privatwirtschaft (Art. 27 und Art. 94 BV) und dem Auftrag, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen (Art. 96 BV), räumt der Bundesverfassungsgeber zwar dem Koordinationsprinzip Wettbewerb einen besonderen Stellenwert ein.

Dennoch wird dieses Prinzip nicht verabsolutiert, da der verfassungsrechtliche Auftrag darauf beschränkt ist, einzig gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen vorzugehen (VALLENDER, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 94 BV; JACOBS, a.a.O., Rz. 13 f. zu Art. 96 BV).

Mit dem Grundentscheid für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft folgt der Verfassungsgeber der Erfahrung, dass wirksamer wirtschaftlicher Wettbewerb in der Regel günstige und erwünschte ökonomische Ergebnisse zeitigt, wie beispielsweise die freie Entfaltung des wirtschaftenden Individuums, Wohlstandsförderung, Steuerung der Einkommensverteilung, Förderung von Anpassung und Innovation, optimale Faktorallokation (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 20-41; JACOBS, a.a.O., Rz. 16 zu Art. 96 BV; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 7. Aufl., Oxford/New York 2012, S. 4 ff.). Deshalb besteht heute ein Konsens zur Frage, dass wirksamer Wettbewerb im Regelfall für die Wirtschaft ein nützliches Organisationsprinzip ist (VALLENDER, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 94 BV).

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass die Bundesverfassung dem Staat eine Vielzahl von Verantwortungen im Bereich der Wirtschaft und in anderen Politikbereichen zuweist, die teilweise auch Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit erlauben oder gar gebieten (VALLENDER, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 94 BV). So ist beispielsweise die Sozialversicherung der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen (vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.2 f.; BGE 130 I 26 E. 4.3 und E. 6.2, wonach kein Anspruch darauf besteht, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu generieren).

Insbesondere die in der E. 6.1.2.2 erwähnten verfassungsrechtlichen Ermächtigungen zu gesetzlichen Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip tragen der wohl kaum mehr strittigen Erkenntnis Rechnung, dass in gewissen Konstellationen das Wettbewerbsprinzip nicht die von ihm erwünschten Ergebnisse zu bewirken vermag (vgl. zur ökonomischen Diskussion für viele WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 9-15; GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, Economics for Competition Lawyers, Oxford/New York 2011, S. 17 ff.; MATHIAS BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe - Warum wir immer mehr Unsinn produzieren, Freiburg im Breisgau/Basel/Wien 2010, S. 39 ff. sowie E. 8.2.1.1). Deshalb können fallweise nach Art. 94 Abs. 4 BV Massnahmen gegen den Wettbewerb angezeigt sein, insbesondere dann wenn ein Zielkonflikt zwischen einer wettbewerbsgesteuerten Ordnung und punktuell für höherrangig erachteten Zielsetzungen auftritt, der die in den E. 6.1.2.1 oder E. 6.1.2.2 geschilderten Konstellationen betreffen kann (vgl. dazu die nachfolgende E. 8.3.5 sowie INGO SCHMIDT, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 9. Aufl., München 2012, S. 142 ff.).

**6.2.1.** Bevor jedoch vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund die nach Art. 3 Abs. 1 KG zu klärende Abgrenzungsfrage beurteilt werden kann, ob und, wenn ja, inwiefern allenfalls auf einem bestimmten Markt "vorbehalten" - d.h. Wettbewerb nicht zulassende - Vorschriften tatsächlich bestehen, müssten bereits in genügender Konkretisierungsdichte die genauen ökonomischen We-

sensmerkmale des jeweils in Frage stehenden und als schutzwürdig zu erachtenden "Wettbewerbs" festgestellt werden (können), dessen (allenfalls) unzulässige Beeinträchtigung (bzw. Sanktionierung) auf einem bestimmten Markt zur Diskussion steht.

**6.2.1.1** Diese Feststellung wird indes durch die normative Offenheit des Kartellgesetzes erheblich erschwert:

Denn der Kartellgesetzgeber definiert den ordnungspolitisch zu schützenden "wirksamen Wettbewerb" (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) - als das grundlegende marktwirtschaftliche Koordinationsprinzip - im Kartellgesetz nirgends, weil er ein Wettbewerbsverständnis postuliert, das "in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist" (Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Botschaft 1994], BBl 1995 I 512; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 mit Hinweisen [RPW 2008/2, S. 361 ff.]; VALLENDER, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 94 BV, wonach sich die Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung nicht mit einem bestimmten wirtschaftswissenschaftlichen Ordnungsmodell gleichsetzen lässt; JACOBS, a.a.O., Rz. 3 und 17 zu Art. 96 BV).

**6.2.1.1.1.** Eine kartellgesetzliche Definition von Wettbewerb wird als verzichtbar erachtet, weil in der Wirtschaftswissenschaft und in der Industrieorganisationslehre kein Konsens darüber herrscht, wie der Wettbewerbsgrad auf einem bestimmten Markt konkret zu ermitteln ist. Insbesondere fehlen Wirtschaftsindikatoren, die eine definitive Beantwortung dieser Frage erlauben würden (so der Befund im Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle des Bundes [Das Kartellrecht: Standortbestimmung - Bericht vom 11. Oktober 2000, BBl 2001 3346, insbes. S. 3366], zitiert vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2).

Hinzuweisen ist darauf, dass auch im Recht der Europäischen Union eine klärende Definition von Wettbewerb fehlt (HELGE PEUKERT, Das Wettbewerbskonzept der EU aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, Dimensionen des Wettbewerbs, Tübingen 2010, S. 89 f., wonach in der EU eine wettbewerbstheoretische Erörterung oder ein klares Leitbild fehlen sowie S. 103, wonach in der EU das eher rudimentäre wettbewerbpolitische Leitbild Zuflucht nehme "zu einem gewissen technokratischen Effizienzdenken und dem Schutzpanzer der formalen Ökonomie [als Zielersatz?]; WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 19 ff.; GERHARD WIEDEMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 1 N. 3, S. 3).

**6.2.1.1.2.** So fehlt es zwar keineswegs an (z.T. gegenläufigen) Definitionen des Wettbewerbs, aber an allgemeiner Akzeptanz eines für zutreffend gehaltenen wirtschaftlichen Begriffs davon, der wiederum der Wirtschaftspolitik als operables Leitbild dienen könnte (vgl. HARALD ENKE/ADOLF WAGNER, Zur Zukunft des Wettbewerbs - in memoriam Karl Brandt [1923-2010] und Alfred E. Ott [1929-1994], Marburg 2012, S. IX f.).

Daher wird in den Wirtschaftswissenschaften generell keine essentialistische Definition des Wettbewerbs vertreten, sondern es wird versucht, ihn durch die Beschreibung verschiedener Dimensionen zu erfassen: Von der Verhaltensdimension aus gesehen, lässt er sich durch ein versuchtes Übertreffen und Rivalität beschreiben ("Konfrontation statt Kooperation"). Strukturell betrachtet, wird auf die nötige (Mindest-)Anzahl der Akteure oder das ausreichende Vorliegen von marktvermittelten Angeboten oder Nachfragen rekurriert. Darüber hinaus lässt sich Wettbewerb auch von den Wirkungen/Marktergebnissen, den Zielen (Wachstum, Effizienz, Verteilung), den Voraussetzungen (Preis-Mengen-Konkurrenz) her kennzeichnen oder hinsichtlich seiner dynamischen (erwünschten) Eigenschaften, z.B. der "schöpferischen Zerstörung" (im Sinne von Joseph Schumpeter) und der Ermöglichung von Innovationen. Schliesslich wird Wettbewerb auch als Ausdruck eines institutionalisierten Regelsystems beschrieben, das notwendig ist, damit die Gesamtwohlfahrt steigernde Wirkungen von ihm ausgehen, wobei die Frage der Notwendigkeit, Breite und Tiefe solcher regulatorischer Eingriffe die wirtschaftspolitische Streitfrage überhaupt ist (PEUKERT, a.a.O., S. 81).

Dies ist letztlich der Grund dafür, dass sich insbesondere auch dem Kartellgesetz kein operabler Massstab entnehmen lässt, um "wettbewerbliche" von "wettbewerbswidrigen" Marktprozessen unterscheiden zu können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 mit Verweis auf den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 E. 6.2 in Sachen 20-Minuten, veröffentlicht in RPW 2006/2, S. 347 ff. mit Hinweisen; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in RPW 2007/2, S. 331 ff.; vgl. auch BVGE 2011/32 E. 4.5.1; vgl. für viele zur vergleichbaren Situation in der EU SIMON BISHOP/MIKE WALKER, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3. Aufl., London 2010, S. 49 ff.).

**6.2.1.2** Insofern obliegt es den Wettbewerbsbehörden, die im Kartellgesetz offen formulierte Wettbewerbspolitik (als Wirtschaftsprozesspolitik) zu konkretisieren und zu implementieren, wobei der Verzicht auf allzu feine Differenzierungen in Kauf zu nehmen ist und einzig sicher gestellt werden kann, dass die vom "Wettbewerb als vielgestaltigen, dynamischen Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen" zur "Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte" ausreichend erfüllt werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.2 in Sachen 20-Minuten, a.a.O., mit Verweis auf die Botschaft 1994, a.a.O., S. 512 f.; BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 35 f.).

Denn idealtypisch gesehen, was auch als die Legitimation der marktwirtschaftlichen Ordnung angesehen wird (VALLENDER, a.a.O., Rz. 78 zu Art. 27 BV), hat "funktionierender Marktwettbewerb" die Aufgabe dafür zu sorgen, dass durch eine optimale Anpassung der Produktion die Bedürfnisse der Nachfrager möglichst effizient und preisgünstig befriedigt werden (vgl. dazu BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 15; WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 4 ff.; JACOBS, a.a.O., Rz. 16 zu Art. 96 BV).

Oftmals wird dieser Wettbewerb auch aufgeschlüsselt nach dominanten Wettbewerbsparametern verstanden, d.h. nach den Gesichtspunkten, die für die jeweilige Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss bedeutsam sind, wie beispielsweise der Preis, die Qualität und/oder der Service (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 47, HEER, a.a.O., S. 129 Fn. 16), weshalb dementsprechend von Preiswettbewerb, Qualitätswettbewerb bzw. Servicewettbewerb die Rede sein kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.3.4 und E. 9).

**6.3.** Bei dieser komplexen Ausgangslage hat der Gesetzgeber bei der rechtlichen Regelung der jeweiligen Wirtschaftsbereiche - angesichts der dort agierenden Akteure und ihrer Interessen - im Lichte der jeweils für massgeblich erachteten privaten und öffentlichen Interessen die Frage normativ zu entscheiden, ob und inwieweit das Wettbewerbsparadigma in einer bestimmten Wirtschaftssphäre überhaupt wirtschaftlich oder sozial wünschbare Ergebnisse zeitigt oder aber durch vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG gemeinwohlverträglich relativiert werden muss, wenn in dieser Sphäre der Wettbewerb die ihm zugedachte gemeinwohlförderliche Steuerungsfunktion nicht zu leisten vermag.

**6.3.1.** Zur Erläuterung von Art. 3 Abs. 1 KG hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Kartellgesetz fest, das schweizerische Wirtschaftsrecht enthalte eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die das freie Spiel von Angebot und Nachfrage - mithin die Wettbewerbsverhältnisse - beeinträchtigten. Die Eingriffe erfolgten durch den verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber und fänden in Bereichen statt, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich erfülle (Botschaft 1994, a.a.O., S. 537).

Dazu zählten auch Fälle des sogenannten Marktversagens, in denen das Marktsystem nicht in der Lage sei, höherstehenden Interessen (wie beispielsweise Gerechtigkeits- oder Verteilungsüberlegungen) Rechnung zu tragen (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538). Nach Auffassung des Bundesrats zeigten die Bereiche des Marktversagens vielschichtige Problemlagen auf, für welche unterschiedliche gesetzgeberische Lösungsansätze zur Verfügung stünden (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538). Je nach Intensität des Marktversagens und dessen Gewichtung hinsichtlich der betroffenen öffentlichen Interessen habe der Gesetzgeber differenzierte Lösungen zu entwickeln. So könne es sich aufdrängen, für den gesamten vom Marktversagen betroffenen Bereich eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu erlassen, die anstelle des freien Spiels von Angebot und Nachfrage die Allokationsfunktionen zwischen den interessierten Wirtschaftsteilnehmern erfülle. Die politische Gewichtung des betroffenen Bereiches könne jedoch auch nur eine punktuelle staatliche Intervention notwendig machen, indem es zur Lösung des Marktversagens allenfalls genügen könne, dass einzelnen Wirtschaftsteilnehmern besondere Rechte zur Erfüllung der anstehenden öffentlichen Aufgaben zugesprochen werden. Diesen tatsächlichen Gegebenheiten trage der Gesetzesentwurf Rechnung, indem er eine differenzierte Regelung enthalte je nachdem, ob das marktwirtschaftliche System grundsätzlich durch eine staatliche Ordnung substituiert werde oder ob

bloss einzelne Teilaspekte eines Wirtschaftsbereichs dem Wettbewerbsprinzip entzogen seien (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538).

Zu der in Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG genannten "staatlichen Markt- oder Preisordnung" hielt der Bundesrat fest, der Gesetzesentwurf anerkenne, dass staatliche Markt- oder Preisordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen könnten, wie das Paradebeispiel des sektoriellen Wettbewerbsausschlusses in der Landwirtschaft zeige. Diesfalls beabsichtige der Kartellgesetzgeber nicht, mit dem Erlass von Wettbewerbsvorschriften derartige staatliche Markt- oder Preisordnungen in Frage zu stellen. Diese sollten auch unter dem neuen Kartellgesetz vollumfänglich weiterbestehen können, vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lasse, sei das Kartellgesetz anwendbar - gegebenenfalls unter Berücksichtigung des zusätzlichen Vorbehalts in Bst. b von Art. 3 Abs. 1 KG (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538).

**6.3.2.** Dieser Entwurf zu Art. 3 Abs. 1 KG ist vom eidgenössischen Gesetzgeber ohne Modifikationen und ohne Diskussionen zu den soeben zitierten bundesrätlichen Überlegungen übernommen worden (AB 1995 N 1073; AB 1995 S 852; MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

**6.3.3.** Ausgehend von einer prinzipiell umfassend geltenden Wettbewerbsordnung wird im Kartellgesetz anerkannt, dass der Wettbewerb in bestimmten Bereichen aus politischen Gründen durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sein kann (BGE 129 II 497 E. 3.3.1).

Wie indessen Jürg Borer zutreffend anmerkt, lässt sich dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KG nicht entnehmen, welche Qualität die jeweiligen Vorschriften haben müssen, die zu einem Ausschluss des Wettbewerbsprinzips führen (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 3 KG). Insofern sind diesem Autor zufolge auch wettbewerbsausschliessende Vorschriften als nach Art. 3 Abs. 1 KG "vorbehalten" anzuerkennen, bei denen sich der Wille des Gesetzgebers, Wettbewerb nicht zuzulassen, nicht stringent nachweisen lasse (BORER, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 3 KG). Dieser Meinung hat sich das Bundesgericht in BGE 129 II 497 (E. 3.3.2) angeschlossen:

"Selon les travaux préparatoires et une partie de la doctrine, l'art. 3 al. 1 LCart n'entre en ligne de compte que lorsque l'intention du législateur était d'exclure effectivement un secteur donné de la concurrence (FF 1995 I 539 s.; BISCHOF, op. cit., p. 160; PALASTHY, op. cit., p. 304; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 13 ad art. 3 LCart). Selon les règles générales d'interprétation, qui sont aussi valables dans le droit de la concurrence, il ne faut pas comprendre par là que la volonté expresse du législateur historique d'exclure un domaine de la concurrence doit être absolument établie. On ne saurait l'exiger, ne serait-ce que parce qu'il existe des prescriptions qui ont été adoptées à une époque où le droit des cartels ne s'appliquait pas aux activités étatiques, si bien que le législateur ne pouvait soustraire délibérément un domaine à la concurrence. Il est

donc suffisant - mais nécessaire - que le secteur concerné ne soit pas soumis au droit de la concurrence selon une interprétation ordinaire de la réglementation spéciale en cause (CARRON, op. cit., n. 32 ad art. 3 LCart). Cela peut aussi résulter implicitement du fait que la loi contient des règles qui ne sont pas compatibles avec la concurrence (BORER, op. cit., n. 4 ad art. 3 LCart; Rentsch, op. cit., p. 179)."

Somit kann nach der Auffassung des Bundesgerichts ein Wettbewerbsausschluss durch gesetzliche Vorschriften auch implizit - ohne eine nachgewiesene gesetzgeberische Absicht - erfolgen, soweit sich solche Vorschriften mit dem Wettbewerbsprinzip nicht vereinbaren lassen (BGE 129 II 497 E. 3.3.2; MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 Abs. 1 KG; a.M. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/ Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 12 zu Art. 3 KG). Doch will das Bundesgericht insofern eine eher restriktive Auslegung der in Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG beispielhaft aufgezählten Arten von (wettbewerbsausschliessenden) Vorschriften gelten lassen, als mit Blick auf die wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und Art. 96 Abs. 1 BV) ein Wettbewerbsausschluss nur dann anzunehmen ist, wenn "une législation claire" wettbewerbswidriges Verhalten anordnet oder erlaubt (BGE 129 II 497 E. 3.3.3; MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 3 Abs. 1 KG). Als Beispiel erwähnt das Bundesgericht in BGE 129 II 497 (E. 5.4.9) den Gesundheitsbereich:

"Il en va de même dans le domaine de la santé où les hôpitaux publics sont financés partiellement par des fonds publics, ce qui entrave l'accès des hôpitaux privés à la concurrence ou son exercice, mais cela a été voulu par le législateur, si bien que les art. 5 et 7 LCart ne sont pas applicables (DPC 1998 p. 562, ch. 12 ss p. 564/565; DPC 1999 p. 184, consid. 6 p. 197; RAMA 4/1997 p. 257, consid. 11.2 p. 268; Clerc, op. cit., n. 102 ad art. 7 LCart; Margareta Lauterburg, Gesundheits- und Versicherungsmärkte - kartellrechtliche Fragen in der Praxis der Wettbewerbsbehörde, in Hürlimann/Poledna/Rübel [éd.], Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zurich 2000, p. 101 ss, 111 s.)."

**6.3.4.** Somit ist davon auszugehen, dass die in Art. 3 Abs. 1 KG erwähnten vorbehaltenen wettbewerbsrelevanten Normen insofern die kartellgesetzlichen Bestimmungen zu verdrängen vermögen, als sie keinen Raum für Wettbewerb lassen (PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 160 f.). Daher ist unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 KG im Einzelfall nicht nur zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen (oder marktwirksame Massnahmen) den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, inwieweit, das heisst mit welcher Intensität, sie dies zu tun vermögen (MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 3 Abs. 1 KG). Infolgedessen bleiben kartellrechtliche Bestimmungen nur insoweit anwendbar, als einzelne Wettbewerbsparameter vom staatlichen Eingriff unberührt bleiben (vgl. MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

**6.3.5.** Aus BGE 129 II 497 (E. 3.3.3) schliesst die herrschende Lehre, die Auslegung vorbehaltener Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG müsse zum Ergebnis führen,

die betreffende staatliche Regulierung ziele darauf ab, mit Hilfe eines Wettbewerbsausschlusses ein Marktversagen zu korrigieren (für viele MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 3 Abs. 1 KG; MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 7 f. zu Art. 3 Abs. 1 KG mit Hinweisen; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 12 f. zu Art. 3 KG). Damit wäre an sich einzig die in der E. 8.1.2.2 angesprochene Kategorie "grundsatzwidriger Eingriffe" in die Wirtschaftsfreiheit angesprochen, wie beispielsweise die in Bst. a von Art. 3 Abs. 1 KG namentlich genannte "staatliche Markt- oder Preisordnung", welche massgebende Wettbewerbsparameter (wie z.B. Produktion oder Preisgestaltung) aus wirtschaftspolitischen Gründen den Marktkräften entzieht (HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 164 f.).

Indessen zeigt gerade der vorliegende, im gesundheitspolizeilich und sozialpolitisch hochnormierten Gesundheitswesen angesiedelte Kontext (vgl. E. 5.4.2), dass sorgfältig differenziert werden muss.

**6.3.5.1** Zwar ist einzuräumen, dass regelmässig primär die Frage im Vordergrund stehen dürfte, ob der gesetzgeberische Entscheid (explizit oder implizit) darauf gerichtet war, aus wirtschaftspolitischen Gründen wettbewerbsausschliessende Vorschriften zu erlassen, weil wegen Marktversagens das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer nicht durch freien Wettbewerb, sondern ganz oder teilweise durch Gruppenvereinbarung, zentralplanwirtschaftlich oder anders koordiniert werden soll (vgl. dazu ZÄCH, a.a.O., Rz. 279; PEUKERT, a.a.O., S. 83 f., sowie die vorstehende E. 6.1.2.2).

Nach der Auffassung von Ueli Kieser zählt dazu auch, wie in der E. 5.4.2.6 erwähnt, die gesundheits- und sozialpolitisch motivierte Preisaufsicht des Bundes für die (nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG) auf die Spezialitätenliste gesetzten Arzneimittel (KIESER, a.a.O., Rz. 4, S. 146 f. mit Hinweisen; REICH, a.a.O., N. 926; URS JAISLI, in: Eichenberger/Jaisli/ Richli [Hrsg.], Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel/Genf/München 2006, Rz. 40 zu Art. 31 HMG):

Wie die Vorinstanz diesbezüglich grundsätzlich richtig festhält, legt das Bundesamt für Gesundheit für solche Medikamente - als Pflichtleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung - den (maximalen) Ex-factory- und Publikumspreis fest, was "die Anwendung des Kartellgesetzes in Frage" stelle (vgl. Ziff. 62 der angefochtenen Verfügung). Auch wenn die Formulierung der Vorinstanz dies nicht so deutlich zum Ausdruck bringt, kann damit nur gemeint sein, dass der gesundheits- und sozialpolitisch motivierte staatliche Eingriff in die Preisordnung letztlich eine preiswettbewerbsfreie Verkaufssphäre schafft, was eine Anwendung des Kartellgesetzes im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliesst.

**6.3.5.2** Wie indes die in Art. 3 Abs. 1 KG erwähnte, lediglich beispielhafte Aufzählung (ersichtlich am klaren Gesetzeswortlaut "insbesondere"/"notamment"/"in particolare") zeigt, sind damit Konstellationen keineswegs ausgeschlossen, in denen auch einzig aus polizeilichen Gründen, d.h. zum Schutz besonders hochstehender Rechtsgüter wie die Gesundheit, durch Vorschriften in einem entscheidenden Ausmass auf das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer Einfluss genommen wird, so dass bestimmte Formen von Wett-

bewerb (wie z.B. Preis- oder Qualitätswettbewerb) dadurch alleine - oder kumulativ durch gegebenenfalls hinzukommende weitere kausal wettbewerbsbeeinflussende Faktoren - verunmöglicht werden. Insofern kann Art. 3 Abs. 1 KG nicht nur die Funktion zukommen, der Abgrenzung wirtschafts- oder sozialpolitischer Ausnahmehereiche zu dienen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 279), was mit den beispielhaft aufgezählten Kategorien in den Bst. a und b von Art. 3 Abs 1 KG statuiert wird (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1). Vielmehr bestehen auch gesundheitspolizeiliche Ausnahmehereiche, die in ihrer Regulierungsdichte gewisse Formen wirksamen Wettbewerbs faktisch unmöglich machen können, wie bereits in den E. 3.3.1.2 und E. 3.3.2 erwähnt.

Damit ist auch das Vorhandensein einer weiteren, von Lehre und Rechtsprechung bisher noch nicht diskutierten Normenkategorie belegt, die nicht einfach nur auf eine wirtschafts- oder sozialpolitische Korrektur von Marktversagen ausgerichtet ist, sondern in gewissen Bereichen bestimmte Formen von Wettbewerb im Interesse höher gewichteter Rechtsgüter rechtlich und faktisch auszuschliessen vermag.

Dass neben wirtschafts- und sozialpolitischen auch polizeiliche Gründe auf einem bestimmten Markt Wettbewerb nicht zulassen können, unterstreicht den herrschenden Grundkonsens, dass Wettbewerb letztlich als ein Mittel der Gemeinwohlerwirklichung und nicht als Selbstzweck zu betrachten ist (vgl. für viele HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 111 f.; BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 66; vgl. für die gleiche Lage in der EU HERMANN-JOSEF BLANKE/ALEXANDER THUMFART, Generalbericht, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, a.a.O., S. 22; MASSIMO MOTTA, Competition Policy - Theory and Practice, 12. Aufl., Cambridge/New York 2009, S. 14).

Dies wird gerade im Gesundheitsbereich deutlich, wo die schwierige Suche nach einer qualitativ hochstehenden allgemeinen Gesundheitsversorgung zu vernünftigen Kosten gesetzgebungspolitisch immer wieder hohe Wellen aufwirft (vgl. beispielhaft BGE 128 V 272 E. 7 zum gesetzgeberisch gewollten, wettbewerbsfeindlichen Charakter des dringlichkeitsrechtlich eingeführten Risikoausgleichs zur Verhinderung der gezielten Anwerbung von so genannten "guten Risiken" durch Krankenversicherer). Da das heutige System der Gesundheitsversorgung "kostentreibend" ausgelegt ist, dreht sich die gesundheitspolitische Debatte vorab um die Frage, wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen und "Anreizsysteme" zu gestalten sind, damit schliesslich auch die erwünschte Qualität stimmt (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 85).

7.

**7.1.** Die Vorinstanz begründet ihren Standpunkt, wonach auf dem relevanten inländischen Verkaufsmarkt (für Viagra, Levitra und Cialis, vgl. E. 5) der (von ihr als schutzwürdig betrachtete) Intrabrand Preiswettbewerb nicht durch vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG verunmöglicht werde, wie folgt:

**7.1.1.** Vorab bestünden keine kartellgesetzausschliessenden Vorschriften, welche im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG die von der Untersuchung betroffenen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit beson-

deren Rechten zur Festsetzung der Preise von Viagra, Cialis und Levitra ausstatten würden.

Auch existierten keine staatlichen Vorschriften zur Preisgestaltung von Hors-Liste Medikamenten. Wollte der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, habe er gesetzlich ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren. Indessen sei eine staatliche Marktordnung nur anzunehmen, wenn der Gesetzgeber das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich habe ausschalten wollen. Vorliegend bestünde kein krankenversicherungsrechtlicher Vorbehalt. Ein kartellgesetzausschliessender staatlicher Eingriff in die Preisordnung bestehe einzig bei den auf der Spezialitätenliste aufgeführten, kassenpflichtigen Medikamenten, deren (maximale) Fabrikabgabe- und Publikumspreise vom BAG festgesetzt werden. Da dies nur für Medikamente auf der Spezialitätenliste gelte, seien im Umkehrschluss nach dem Willen des Gesetzgebers die Preise für Hors-Liste Medikamente vom freien Markt und im Wettbewerb zu bestimmen.

**7.1.2.** Auch heilmittelrechtlich seien keine vorbehaltenen Vorschriften ersichtlich. Zwar existiere mit der Verschreibungspflicht und dem absoluten Publikumsverbot eine gewisse Marktregulierung. Doch diese wirke sich - mangels staatlich verordneter Höchstpreise - nicht auf die Preisfestsetzung aus. Intrabrand Wettbewerb (mit dem Preis als Hauptwettbewerbsparameter) sei unter Apotheken grundsätzlich möglich, nicht aber Interbrand Wettbewerb zwischen den verschiedenen Medikamenten, da diese in der Apotheke nur gegen ärztliches Rezept verkauft würden.

**7.1.3.** Schliesslich bestünden auch keine lauterkeitsrechtlichen Vorschriften, welche bezüglich der fraglichen Empfehlungen die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würden. Insbesondere die gesetzliche Pflicht zur Preisangabe schütze den Konsumenten vor unlauterem Wettbewerb und irreführenden Preisen. Doch werde keine staatliche Markt- oder Preisordnung statuiert, die Preiswettbewerb ausschalten wolle. Darauf sei auch nicht Art. 18 Abs. 2 PBV gerichtet, wonach Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten Preise oder Richtpreise bekannt geben oder jenen bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen dürfen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden.

Fraglich sei, ob die Abgabe von Preisempfehlungen für rezeptpflichtige Medikamente überhaupt von der ratio legis der Preisbekanntgabeverordnung erfasst werde, da solche Medikamente erst nach ärztlicher Untersuchung und Rezeptverschreibung gekauft werden könnten. Die Preisbekanntgabepflicht bzw. die Möglichkeit, Konsumenten (Richt-)Preise bekannt zu geben, legten keine massgeblichen ökonomischen Parameter (wie die Preisgestaltung) fest, sondern dienten vielmehr der Förderung des Wettbewerbs, indem Konsumenten aufgrund der Preisbekanntgabe Produkte miteinander vergleichen und ihre Wahl treffen könnten. Daran ändere auch der im Kapitel "Werbung" stehende Art. 13 Abs. 2 PBV nichts, wonach Hersteller, Importeure und Grossisten für die Werbung "Richtpreise bekanntgeben" könn-



ten. Denn heilmittelrechtlich sei für Levitra, Cialis und Viagra jegliche Publikumswerbung verboten.

**7.1.4.** Des Weiteren macht die Vorinstanz, ohne jedoch auf die heilmittelrechtliche Ordnung näher einzugehen, geltend, angesichts der heterogen strukturierten Verkaufsstellen hätte die Aufhebung der Margen- und Rabattordnung Sanphar vor rund zehn Jahren bei funktionierendem Wettbewerb einen nennenswerten Teil der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Wegen der Publikumspreisempfehlungen sei die starre Preisordnung bis heute nahezu unverändert geblieben (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 129). Die Veröffentlichung und die Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb, dem die "Verkaufsstellen" ohne Empfehlungen ausgesetzt wären, und sichere gleichzeitig Herstellerinnen und Verkaufsstellen eine "bequeme Marge" (vgl. Vernehmlassung Rz. 69). Auf diese Weise würden "Verkaufsstellen" die Höhe des Fabrikabgabepreises weniger in Frage stellen. Die Boykottandrohungen gegenüber der Beschwerdeführerin hätten gezeigt, dass die Apotheken vor allem Preisempfehlungen wollten, die ihnen eine interessante Marge einräumten. Diese Erwartungen erfülle die Berechnungsweise der Pharmaunternehmen, weshalb die Apotheken die Empfehlungen auch einhielten. Auf diese Weise würden die "Verkaufsstellen" ihre Stellung gegenüber den Kunden verbessern, Rabattdiskussionen vermeiden und höhere Preise durchsetzen. Die weitgehende Einhaltung der Preisempfehlungen habe neben der hohen Marge weitere Vorteile: Dank Koordination bestünde kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Insbesondere hätten die drei Hersteller über eine vertikale Restriktion den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der effizientesten Vertriebsform beeinträchtigt:

(1.) Die preisempfehlenden Pharmaunternehmen seien an effizienten (dichten, qualitativ hohen und kostengünstigen) Vertriebsstrukturen interessiert, wären aber in einem Interessenskonflikt zwischen den Vor- und Nachteilen von mittels Publikumspreisempfehlungen festgesetzten Endverbraucherpreisen.

(2.) Apotheken seien an einem effizienten Vertrieb im eigenen Geschäft und primär an Massnahmen interessiert, die den eigenen Absatz positiv fördern. Sie hätten jedoch auch ein Interesse an effizienten Vertriebswegen auf dem Medikamentenmarkt.

(3.) Die Haupttätigkeit der selbstdispensierenden Ärzte bestehe in der Patientendiagnose und weiteren Behandlungsleistungen. Zweitrangig sei der Medikamentenverkauf. Dennoch seien selbstdispensierende Ärzte für den Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente wichtig. Denn die Pharmaunternehmen versuchten, über jene die "Kunden" zu erreichen, da diese nicht direkt beworben werden dürften. Pharmaunternehmen verkauften somit nicht über die (selbstdispensierenden) Ärzte, sondern mit ihnen. Denn diese erhielten dafür geldwerte Vorteile sowie handelsübliche Rabatte. Die aus der Medikamentenabgabe entstehenden Kosten würden durch die mit der Empfehlung sichergestellten Marge gedeckt. Deshalb interessierten sich selbstdispensierende Ärzte auch

für Massnahmen, die den eigenen Medikamentenabsatz steigerten.

**7.1.4.1** Jede einzelne Publikumspreisempfehlung wirke sich "zuerst auf den Intra-brand Wettbewerb aus", indem deren hohe Befolgung "zu weitgehend einheitlichen Publikumspreisen auf dem Markt" führe und "den Preis als Wettbewerbsparameter für das jeweilige Medikament" ausschalte (vgl. Vernehmlassung Rz. 65). Darüber hinaus wirkten sich die drei Publikumspreisempfehlungen "kumulativ" auf den gesamten relevanten Markt aus. In ihrer kumulativen Wirkung beschränkten die Publikumspreisempfehlungen neben dem Intra-brand Preiswettbewerb auch die Wettbewerbsfähigkeit der Apotheken untereinander. Zudem würden die kumulativen Wirkungen dieser Empfehlungen den Preiswettbewerb auf dem ganzen Markt ausschalten bzw. zumindest erheblich beschränken (vgl. Vernehmlassung Rz. 65).

**7.1.4.2** Apotheken könnten mit tieferen Preisen als den empfohlenen versuchen, mehr "Konsumenten" von Viagra, Cialis und Levitra zu gewinnen; die Herabsetzung des einheitlichen Packungspreises würde durch erhöhte Verkäufe wettgemacht werden. Daher sei für den Intra-brand Wettbewerb bedeutsam, in welchem Masse der "Patient/Kunde" die Möglichkeit habe, diejenige Apotheke zu wählen, die das verordnete Produkt billiger als der empfohlene Preis anbiete. Sehr wahrscheinlich würde ein "Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen" sehe, mehr Zeit für die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis aufwenden, wenn die Empfehlungen nicht mehr eingehalten würden. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert, weil dies das Risiko reduziere, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren, und gleichzeitig eine interessante und fixe Gewinnmarge garantiere.

**7.2.** Die Beschwerdeführerin wendet gegen diese Sicht ein, die Publikumspreisempfehlungen vermöchten den Intra-brand Wettbewerb nicht zu beseitigen.

**7.2.1.** Insbesondere nicht nachvollziehbar und aktenwidrig sei die Behauptung, wonach der angeblich hohe Einhaltunggrad der Empfehlungen den Intra-brand Preiswettbewerb beseitige. Die Vorinstanz übersehe, dass das absolute Publikumsverbot für Viagra den Wettbewerbsparameter "Preis" erheblich einschränke. Selbst die blosse Information über Preise von Arzneimitteln stelle Werbung dar, wenn sie bestimmt und geeignet sei, das "Konsumverhalten" zu beeinflussen. Dieses Werbeverbot werde von den Behörden strikt angewendet, weshalb "Verkaufsstellen" den Verkauf von "ED-Medikamenten" nicht aktiv bewerben dürften. Diese regulatorische Ordnung beeinflusse sowohl den Inter-brand Wettbewerb wie auch den Intra-brand Wettbewerb.

**7.2.2.** Hinzu komme, dass die erektile Dysfunktion ein Tabuthema sei und im Patienten ein grosses Diskretionsbedürfnis wecke. Es beeinflusse als "Schamfaktor" dessen Kaufverhalten entscheidend. Angesichts der Regulierung von Viagra und des Diskretionsbedürfnisses der Patienten würden diese auch ohne Preisempfehlungen wohl kaum häufiger Preise vergleichen oder in Apotheken/Arztpraxen darüber verhandeln. Viel eher würden preissensitive Patienten auf anonyme Vertriebskanäle oder auf die im Internet zur Kostenreduktion angebotenen Pillenteilungswerkzeuge (sog. "pill-cutter") auswei-



chen. Insofern sei der Preis nur noch ein untergeordneter Wettbewerbsparameter. Viel wichtiger seien andere, in der Untersuchung von der Vorinstanz fälschlicherweise ausgeblendete Parameter ("wie Beratungswettbewerb, Lage und Grösse der Verkaufsstelle bzw. diskrete Bedienung, Öffnungszeiten, Möglichkeit anonym einzukaufen, Gewissheit der Echtheit des Medikaments").

**7.2.3.** Daher herrsche auf dem fraglichen Markt unbestrittenermassen Interbrand Wettbewerb und zwar auf der Stufe der verschreibenden selbstdispensierenden Ärzte. Dieser sei vor allem ein Qualitäts- und Innovationswettbewerb, da die Hersteller dem Arzt Wirksamkeit und Verträglichkeit des Medikaments demonstrieren müssten, wobei zu Testzwecken auch Gratismuster abgegeben werden könnten. Indessen erhielten selbstdispensierende Ärzte für die Vermittlung rezeptpflichtiger Medikamente keine Entschädigungen. Zur Frage, ob die Preisempfehlungen diesen Wettbewerb beeinträchtigten, hätte die Vorinstanz die Ärzte zur Bedeutung des Preises bei der Wahl des Präparates befragen müssen, was unterlassen worden sei.

Abgesehen davon garantierten - unabhängig vom Preis - die weiteren Wettbewerbsparameter, wie Qualität, Wirkungsdauer, Nebenwirkungen und Beratung, den "wirksamen Wettbewerb", zumal starker potenzieller Wettbewerb mit neuen innovativen Produkten oder Generika herrsche bzw. absehbar sei. Der starke Innovationswettbewerb (in der Forschung nach besseren Wirkstoffen) wirke sich auf die Hersteller und die Verkaufsstellen aus.

**7.2.4.** Wären die einschlägigen Marktverhältnisse unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte sowie der regulatorischen Ordnung und aller relevanten nichtpreislichen Wettbewerbsparameter geprüft worden, hätte sich die wohlfahrtsteigernden Auswirkungen der Publikumspreisempfehlungen gezeigt.

**7.3.** Bevor in der nachfolgenden E. 7.3.2 die von Amtes wegen zu klärende Hauptfrage zum angeblichen Wettbewerbsausschluss durch vorbehaltene Vorschriften untersucht werden kann, ist in der E. 7.3.1 vertieft auf die einzelnen Argumente der Vorinstanz zu den auf dem relevanten Markt jeweils herrschenden Wettbewerbsverhältnissen näher einzugehen.

### 7.3.1.

**7.3.1.1** Zu Recht unbestritten und nicht weiter zu prüfen sind die Darlegungen der Vorinstanz, wonach hier keine vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG im Sinne einer Ausstattung der Pharmaherstellerinnen (als "Angebotsseite") mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Diskussion stehen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 85 f.).

**7.3.1.2** Des Weiteren geht die Vorinstanz, wie bereits in der E. 6.3.5.1 gezeigt wurde, von der zutreffenden (und ebenfalls unbestrittenen) Annahme aus, dass bei kasenspflichtigen Medikamenten staatlich in die Preisordnung eingegriffen wird, indem die (maximalen) Fabrikabgabe- und Publikumspreise amtlich festgesetzt werden, was die Anwendung des Kartellgesetzes nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliesst.

Dass jedoch, wie die Vorinstanz geltend macht, ausgehend von dieser Prämisse im Umkehrschluss die Preise aller Hors-Liste Medikamente vom "freien Markt" und im Wettbewerb bestimmt werden müssten, kann jedenfalls lediglich in Bezug auf den Interbrand- und den Intra-brand-Wettbewerb der nicht verschreibungspflichtigen Hors-Liste Medikamente unbedingte Geltung beanspruchen, da hier weder die Verschreibungspflicht (vgl. Art. 23 Abs. 1 HMG, zitiert in E. 2.2.1.2) noch ein Publikumsverbot (vgl. Art. 31 Abs. 1 HMG, zitiert in E. 2.2.1.4) wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten können (und auch keine weiteren einschlägigen Faktoren ersichtlich sind).

**7.3.1.3** Zu hinterfragen ist jedoch die Erwägung der Wettbewerbskommission, wonach für Viagra, Levitra und Cialis keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung bestünden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), was (Preis-)Wettbewerb ermögliche (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Dies trifft - entgegen der Vorinstanz - lediglich in Bezug auf die horizontale Ebene des Interbrand Wettbewerbs und da auch nur teilweise zu:

**7.3.1.3.1.** Wie bereits in der E. 3.2 aufgezeigt, finden sich keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften, welche auf der Stufe der Hersteller einem Interbrand Preiswettbewerb entgegenstehen würden.

**7.3.1.3.2.** Indessen bestehen solche Vorschriften auf der Stufe der Apotheken (vgl. E. 3.3.1.2, E. 3.3.2 und E. 6.3.5.2). Diese können deshalb nicht miteinander in einen Interbrand Wettbewerb treten, zumal das Rezept für ein bestimmtes Medikament den Bezug eines Konkurrenzproduktes ausschliesst. Zu Recht wird denn auch von niemandem geltend gemacht, dass sich die Publikumspreisempfehlungen für Viagra unter diesem Blickwinkel kritisieren liessen.

**7.3.1.3.3.** Anders wiederum ist die Lage auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte zu beurteilen: Die Vorinstanz erachtet im Ergebnis eine Diskussion über möglichen Interbrand Preiswettbewerb auf dieser Stufe als von untergeordneter Bedeutung (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141 und 222), da dort nicht der Preis der primäre Wettbewerbsparameter sei. Vielmehr hätten die Pharmahersteller mit ihren Arzneimitteln auf dieser Stufe einen Qualitätswettbewerb (vgl. E. 6.2.1.2) zu führen, der sich auf die Wirksamkeit und Verträglichkeit der entsprechenden Produkte bezieht.

Auch wenn die Bedeutsamkeit des hier angesprochenen Qualitätswettbewerbs nicht zu bestreiten ist, trägt die Vorinstanz indes mit ihrer nicht näher belegten Behauptung, wonach der Arzneimittelpreis erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle spiele (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141), den Besonderheiten ärztlicher Behandlung nicht genügend Rechnung. Hier wird übersehen, dass der Preis insofern bereits auf der Stufe der behandelnden Ärzte eine wichtige Rolle spielt, als den Arzt bei der Verschreibung des Medikaments eine wesentliche Aufklärungspflicht trifft, wie in der E. 5.4.2.6 gezeigt wurde. Denn der Arzt, unabhängig davon, ob er selbst dispensieren darf oder nicht (vgl. E. 5.4.2.4.3), muss seinen Patienten nach der Diagnose beim Therapievorschlag (und einer allfälligen Information zu therapeutischen Alternativen) über die preisliche Seite von

Arzneimitteln (insbesondere auf deren allfällige Nichtkassenpflichtigkeit) aufmerksam machen. So wurde denn im Untersuchungsverfahren, wie auch die Beschwerdeführerin zutreffend anmerkt, etwa von ärztlicher Seite zu Recht verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Arzt seine Patienten, gerade weil die fraglichen nichtkassenpflichtigen Arzneimittel zur Behandlung erektiler Dysfunktion so ausgesprochen teuer sind, auch über die (stark) preisreduzierende Möglichkeit des sogenannten "pill-cutting" aufzuklären habe. Dabei wird so verfahren, dass der Arzt im Einvernehmen mit seinem Patienten die vergleichsweise billigere, aber (im Vergleich zur therapieindizierten Dosis) mit doppeltem Wirkstoffgehalt versehene Pille verschreibt, welche der Patient entsprechend der ärztlichen Therapieanweisung vor der Einnahme mit einem sog. "pill-cutter"-Gerät halbieren muss (unter Aufbewahrung der Resthälfte für die nächste Einnahme).

**7.3.1.4** Nicht zu folgen ist der Vorinstanz auch, wenn sie etwas apodiktisch dafür hält, dass der Staat, wenn er bereichsspezifisch Wettbewerb beschränken wolle, ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren habe (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 60). Hier scheint sie zu übersehen, dass nicht nur Konstellationen existieren, in denen der Gesetzgeber vom (bewussten) Willen getragen ist, aus übergeordneten (vorab wirtschafts- oder sozialpolitischen) Gründen Wettbewerb (in allen oder nur bestimmten Formen, vgl. E. 6.2.1.2) zu beschränken oder auszuschalten (vgl. E. 6.3.5.1).

Abgesehen von einer staatlichen Preisbestimmung, welche den entsprechenden Preiswettbewerb zwingend ausschliesst (vgl. E. 6.3.5.1 und E. 7.3.1.2), kann nämlich auch eine rechtliche bzw. faktische, nicht auf Preisregulierung gerichtete Ordnung, soweit sie gewisse Wettbewerbsformen wesentlich einzuschränken vermag, wirksamen Preiswettbewerb ausschliessen (vgl. E. 6.3.5.2) oder jedenfalls in so erheblichem Masse schwächen, dass allfällige andere wettbewerbsbeschränkende Faktoren kaum mehr kausal ins Gewicht zu fallen vermögen.

Wie in der E. 6.3.5.2 gezeigt wurde, werden von Art. 3 Abs. 1 KG auch vorbehaltene Vorschriften erfasst, mit deren Hilfe einzig aus polizeilichen Gründen, d.h. zum Schutz besonders hochstehender Rechtsgüter (wie die Gesundheit), in einem entscheidenden Ausmass auf das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer Einfluss genommen wird, so dass bestimmte Formen von Wettbewerb (wie z.B. Preis- oder Qualitätswettbewerb) dadurch alleine - oder gegebenenfalls kumulativ durch hinzukommende weitere Faktoren - verunmöglicht werden. Auch ohne die explizite Absicht des Gesetzgebers, Wettbewerb (oder allenfalls nur eine spezifische Form davon) ausschalten zu wollen, können gesetzliche Normierungen den Wettbewerb faktisch ausschalten oder (in graduell unterschiedlichem Masse) erschweren (vgl. E. 6.3.5).

Ob hier, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, eine solche Konstellation vorliegt, ist nachfolgend zu untersuchen.

**7.3.2.** Die Vorinstanz anerkennt zu Recht, dass der von ihr ausgeschiedene relevante Markt durch die heilmittelrechtliche Verschreibungspflicht und das Publikumswer-

beverbot reguliert wird (angefochtene Verfügung Rz. 67).

Dass sich diese Regulierung nach Ansicht der Vorinstanz mangels staatlich verordneter Höchstpreise nicht auf die Preisfestsetzung auswirke (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67), ist auch insofern richtig, als den Apothekern (bzw. den selbstdispensierenden Ärzten) keine staatlichen Preisvorgaben gemacht werden, die bereits a priori Preiswettbewerb ausschliessen würden. Indessen ist nach den in der obigen E. 7.3.1 angestellten Überlegungen der vorinstanzliche Schluss nicht zwingend, wonach sich vorab die vom absoluten Publikumsverbot geprägte Marktregulierung mangels staatlicher Höchstpreise nicht auf die Preisfestsetzung auswirke und eben deshalb Intra-brand Preiswettbewerb (mit dem Preis als dem massgeblichen Wettbewerbsparameter) unter Apotheken grundsätzlich möglich sein müsse.

Diese Sichtweise übersieht die Existenz anderer wettbewerbsbeschränkender Faktoren, weshalb nachfolgend, wie die Beschwerdeführerin zu Recht fordert, die praktische Tragweite des Publikumsverbotssatzes zusammen mit dem "Schamfaktor" näher zu beleuchten und deren Auswirkungen auf die konkret strittigen Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen sind.

**7.3.2.1** Die in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Freiheit unternehmerischer Betätigung (vgl. E. 6.1.1) gewährleistet - neben der freien Wahl (1.) der Mitarbeiter (BGE 122 I 44 E. 3/b/cc), (2.) der Organisation (BGE 135 V 237 E. 4.2) und (3.) der Geschäftsbeziehungen (BGE 129 III 35 E. 6.1) - insbesondere auch die Freiheit der Werbung (BGE 128 I 295 E. 4b, BGE 123 I 201 E. 4, BGE 118 Ib 356 E. 4/c, Urteil des Bundesgerichts 2C\_559/2011 vom 20. Januar 2012 E. 4.2; VALLENDER, a.a.O., Rz. 20, 22 zu Art. 27 BV; JAISLI, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 31 HMG). In BGE 123 I 201 E. 4 hat das Bundesgericht zur Wichtigkeit der Werbung festgehalten, diese sei in einem marktwirtschaftlichen System "une manière naturelle, voire nécessaire, de pratiquer la vente, car les producteurs et les négociants doivent renseigner les consommateurs sur les prix et les qualités de leurs marchandises".

**7.3.2.1.1.** Für den Gesundheitsbereich jedoch steht die im Heilmittelgesetz nicht näher definierte Arzneimittelwerbung, welche als Oberbegriff für die Fach- und Publikumswerbung gebraucht wird, in einem Spannungsfeld zwischen Gesundheitsschutz und Umsatzförderung (JAISLI, a.a.O., Rz. 16, 19 und 31 zu Art. 31 HMG).

Nach Art. 2 Bst. a AWW gehören zur Arzneimittelwerbung - verstanden als kommerzielle Kommunikation (BGE 125 I 417 E. 3a, BGE 120 Ib 142 E. 3a; URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittel-Werbeverordnung, Bern 2006, Rz. 9 zu Art. 2 AWW) - alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, die zum Ziel haben, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 8 ff. und 15 ff. zu Art. 2 AWW; vgl. zur Absatzwerbung als Massnahme, um Konsumverhalten [absatzfördernd] zu beeinflussen, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB 67.134 E. 4.1.2 sowie EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 2 AWW).

**7.3.2.1.2.** Nach Art. 2 Bst. b AWV gilt als Publikumswerbung die Arzneimittelwerbung, die sich an das Publikum, d.h. an Nicht-Fachleute, richtet (vgl. JAISLI, a.a.O., Rz. 28 ff. zu Art. 31 HMG; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 2 AWV). Sie umfasst nach Art. 15 AWV (a.) Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, Prospekte, Plakate, Rundbriefe usw.; (b.) Werbung auf Gegenständen; (c.) Anpreisungen mittels Einsatzes audiovisueller Mittel und anderer Bild-, Ton- und Datenträger und Datenübermittlungssysteme, wie zum Beispiel im Internet; (d.) Anpreisungen anlässlich von Hausbesuchen und Vorträgen vor Laien; (e.) Anpreisungen in Arztpraxen, Tierarztpraxen sowie an den Abgabestellen (Schaufenster, Behälter für Verkaufsware usw.) sowie (f.) die Abgabe von Mustern. Insofern umfasst die Publikumswerbung zahlreiche Massnahmen der Wort-, Ton- und Anschauungswerbung sowie die Wertwerbung. Massgebend ist nicht das Medium, sondern der Zweck der Massnahme. Somit gilt Art. 15 AWV umfassend und zwar unabhängig von der Art der Werbung oder vom Werbemedium (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 15 AWV). Zu beachten ist, dass der Geltungsbereich der Publikumswerbung weit gefasst ist, indem nicht nur Hersteller oder Vertreiber eines Arzneimittels, sondern generell alle Personen, die für ein Arzneimittel gegenüber dem Publikum Werbung machen, darunterfallen (JAISLI, a.a.O., Rz. 32 zu Art. 31 HMG).

**7.3.2.1.3.** Von dieser ans Publikum gerichteten Werbung zu unterscheiden ist die nach Art. 31 Abs. 1 Bst. a HMG auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich zulässige Fachwerbung (JAISLI, a.a.O., Rz. 22 ff. zu Art. 31 HMG). Darunter ist nach Art. 2 Bst. c AWV die Arzneimittelwerbung zu verstehen, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechnete Fachpersonen richtet.

**7.3.2.1.4.** Nicht als Werbung gelten demgegenüber nach Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV alle Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten, sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen (wie Packungsmaterial oder Arzneimittelinformation; JAISLI, a.a.O., Rz. 33 ff. zu Art. 31 HMG).

**7.3.2.2** Nach Art. 31 Abs. 1 HMG ist Werbung für Arzneimittel grundsätzlich erlaubt, wobei Publikumswerbung nur für rezeptfrei erhältliche Arzneimittel gemacht werden darf (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG] vom 1. März 1999 [Botschaft HMG], BBl 1999 III 3453, S. 3517).

Insofern gilt die Freiheit der Werbung nicht absolut und insbesondere dann nicht, wenn zum Polizeigüterschutz verhältnismässige gesundheitspolizeiliche Einschränkungen angezeigt sind (vgl. JAISLI, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 31 HMG; Urteil des Bundesgerichts 2C\_367/2008 vom 20. November 2008 E. 4.1; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2 AWV), welche die Sicherheit der Herstellung und den Schutz der Patienten bezwecken und in mehr oder weniger starkem Ausmass das Wettbewerbsverhalten auf dem entsprechenden Markt zu beeinflussen vermögen (vgl. HEER, a.a.O., S. 123).

**7.3.2.2.1.** Von nicht sachgerecht in Verkehr gebrachten Heilmitteln kann eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Gesundheit - als besonders hochwertiges Rechtsgut (BGE 118 Ia 427 E. 6b) - ausgehen (KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 mit Verweis auf VPB 2003 IV 1340 f.). Da der Gesundheitsschutz eine (grundrechtskonforme) Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zulässt (KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 f. mit Hinweisen), steht im Heilmittelgesetz die gesundheitspolizeiliche Zwecksetzung im Vordergrund (vgl. Art. 1 Abs. 1 HMG). Mit ihr soll verhindert werden, dass Patientinnen und Patienten zu viele oder nicht die optimalen Arzneimittel einnehmen (BGE 123 I 201 E. 4; KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 mit Hinweisen sowie Rz. 44, S. 170; JAISLI, a.a.O., N. 46 zu Art. 31 HMG); TOMAS POLEDNA, Allgemeiner Überblick, SBVR VIII - Gesundheitsrecht, a.a.O., Rz. 48, S. 32).

Mit anderen Worten geht es beim erstrebten Schutz der öffentlichen Gesundheit um die Bekämpfung eines übermässigen oder missbräuchlichen Konsums therapeutischer Substanzen (BGE 123 I 201 E. 5a; EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 232; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 44 und 48 zu Art. 2 AWV sowie Rz. 53 zu Art. 5 AWV; RICHLI, a.a.O., S. 344 ff.). Auf diese Weise dient das Heilmittelgesetz, welches frei von sozialpolitisch motivierten Regelungen ist, dem Anliegen einer zweckentsprechenden sowie massvollen Verwendung von Heilmitteln (EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 233 und S. 235).

**7.3.2.2.2.** Aus den oberwähnten gesundheitspolizeilichen Gründen ist nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG Publikumswerbung für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung hin abgegeben werden dürfen, unzulässig. Nach Art. 21 AWV ebenso unzulässig ist auch: (a.) das Bewerben von Indikationen oder Anwendungsmöglichkeiten, für die es eine ärztliche oder eine tierärztliche Diagnose oder Behandlung braucht; (b.) jede aufdringliche, marktschreierische Werbung; (c.) Werbung, die den Anschein erweckt, es handle sich um einen redaktionellen Beitrag; (d.) das Entgegennehmen von Arzneimittelbestellungen anlässlich von Hausbesuchen, Ausstellungen, Vorträgen, Werbefahrten und dergleichen sowie auf Grund von adressierter Direktwerbung; (e.) die direkte Abgabe von Arzneimitteln zum Zwecke der Verkaufsförderung; (f.) das Abgeben von Gutscheinen für Arzneimittel; (g.) jede Aufforderung zur Kontaktnahme mit der Zulassungsinhaberin; (h.) die Durchführung von Wettbewerben.

Mit der Beschränkung der Publikumswerbung auf Arzneimittel, die nicht verschreibungspflichtig sind, soll insbesondere verhindert werden, dass sich Patienten mit Krankheiten, die einer ärztlichen Diagnose und Therapie bedürfen, selbst behandeln oder als Folge solcher Werbung von ihrem Arzt bestimmte Arzneimittel verlangen (Botschaft zum HMG, a.a.O., S. 3518; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 AWV sowie Rz. 5 zu Art. 14 AWV).

**7.3.2.2.3.** Mit diesem umfassend ausgestalteten Publikumsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel wird allen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten generell verboten, in Werbemedien für solche Produkte mit Preis- oder Sachinformationen auf das eigene

Angebot aufmerksam zu machen, was ihnen erst erlauben würde, sich von der "Konkurrenz" zu profilieren.

Dies ist insofern wichtig, als für Nachfrager von Wirtschaftsgütern im Vorfeld von Kaufentscheidungen in der Regel die Suche nach Preisinformationen sehr bedeutsam ist (vgl. SEBASTIAN VAN BAAL, *Das Preissuchverhalten der Konsumenten - Ein verhaltensökonomisches Erklärungsmodell auf der Basis der Theorie des Anspruchsniveaus*, Diss. Köln 2011, S. 1). Voraussetzung dafür wäre indessen Markt- bzw. Preistransparenz (vgl. dazu JOCHEN SCHUMANN/ULRICH MEYER/WOLFGANG STRÖBELE, *Grundzüge der mikro-ökonomischen Theorie*, 9. Aufl., Berlin 2011, S. 216). Bei - idealtypischer - Preistransparenz kennen alle Marktteilnehmer vollständig, zutreffend und aktuell die am jeweiligen Markt angebotenen Leistungen und deren Preise. Ökonomisch betrachtet verschärft eine hohe Preistransparenz für die Anbieter die Risiken, die mit einer zu hohen Preisfestsetzung verbunden sind, da die hohe Preistransparenz zu vermehrter Preisflexibilität führt, indem Preisveränderungen von Konkurrenten schnell marktwirksam werden. Wie hoch der Grad an Preistransparenz auf einem Absatzmarkt tatsächlich ist, hängt wesentlich vom Umfang der Werbemöglichkeiten für die abzusetzenden Produkte ab sowie von einem allfälligen Aufwand für die nachfragegeseitige Informationsbeschaffung. Insofern spielen die Werbemöglichkeiten für die Markt- wie auch Preistransparenz eine entscheidende Rolle.

Dürfen verschreibungspflichtige Medikamente weder von Herstellern, noch von Apotheken noch von selbstdispensierenden Ärzten beworben werden, fehlen den Endkonsumenten die entsprechenden Informationen, welche für Preistransparenz unabdingbar sind. Insbesondere entfällt die Möglichkeit, sich über das Internet zu den Preisen zu informieren. Zur Bedeutung dieses umwälzenden Informationskanals halten Arnold Picot und Rahild Neuburger zutreffend fest (PICOT/NEUBURGER, in: Hoeren/Sieber [Hrsg.], *Multimedia-Recht*, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012, Rz. 111-113):

"Das Internet verändert jedoch nicht nur die Anzahl der potenziellen Konkurrenten. Es führt vor allem zu einer größeren Transparenz über vorhandene Produkte und Konditionen. Die typischen Märkte der klassischen Ökonomie lassen sich durch einen geringen bis mittleren Grad an Markttransparenz charakterisieren. Dies bedeutet, dass die Nachfrager nur einen geringen bis mittleren Überblick über die Zahl der Anbieter sowie über Preis und Qualität der Angebote haben. Die zunehmende Durchdringung der Märkte mit Internet und Informations- und Kommunikationstechniken sowie die damit einhergehende umfassende und allzeitige Verfügbarkeit von Informationen auch für Nachfrager führen zu einer steigenden Markttransparenz. Nachfrager können sich bei gleichen Transaktionskosten in Form von Such- und Informationskosten weitaus mehr Informationen über Anbieter, Produkte, Leistungen und insbesondere Preise einholen als dies früher der Fall war."

Mit dem fraglichen Publikumsverbot für verschreibungspflichtige Medikamente wird Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten untersagt, sich durch Werbung (irgendwelcher Art) gegenüber der Konkurrenz mit preislich günstigeren Angeboten im Bewusstsein der Patienten zu präsentieren. Damit lässt dieses Werbeverbot die Markttransparenz für solche Medikamente entfallen oder schränkt sie zumindest sehr stark ein.

Insofern bedeutet das Publikumsverbot für Viagra nach der informationsökonomischen Theorie der Werbung eine sogenannte "negative Markttransparenz", und ist insofern mit stark eingeschränkten "Markttransparenzeffekten" verbunden (vgl. dazu BURKHART MENKE, *Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht*, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung, GRUR 1993, S. 718 ff.).

Damit schafft das in Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG (i.V.m. Art. 14 und Art. 21 AWW) verankerte Publikumsverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes im Ergebnis eine praktisch preiswettbewerbsfreie Sphäre, was zweifellos ein einschneidender Eingriff in den Wettbewerb, insbesondere in die Wirtschaftsfreiheit, bedeutet (vgl. KIESER, a.a.O., Rz. 12, S. 150 f.; vgl. insbes. auch HELMUT KÖHLER, in: Köhler/Bornkamm, *Beck'sche Kurzkommentare - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 30. Aufl., München 2012, Rz. 13.28 zu § 4 D-UWG, wonach mit staatlichen Werbeverboten hoheitlich in den Wettbewerb zwischen Privaten eingegriffen wird; EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 232).

**7.3.2.3** Dieser Umstand erhält umso mehr Gewicht, wenn er insbesondere vor dem Hintergrund folgender Überlegung gesehen wird:

Wenn eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 93 ff.), eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken bzw. bezwecken muss, so setzt dies voraus, dass im fraglichen Markt Wettbewerb auch in einem hinlänglichen Masse möglich sein muss, indem Marktverhältnisse herrschen sollten, welche den, wie auch immer umschriebenen und als schützenswert postulierten Wettbewerb (vgl. E. 6.2.1.1 ff.) in genügendem Ausmass zulassen, so dass dieser in der Folge auch durch entsprechende kartellwidrige Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen - (zumindest) direktkausal - beeinträchtigt werden könnte.

**7.3.2.3.1.** Gegen diese Sichtweise liesse sich einwenden, dem im Kartellgesetz nicht definierten Begriff des wirksamen Wettbewerbs (vgl. E. 6.2.1.1) lasse sich keinerlei Untergrenze für die herrschende Wettbewerbsintensität entnehmen, welche das Bedürfnis nach Schutz gegen allfällige zusätzliche private Beschränkungen entfallen liesse. So gesehen liesse sich argumentieren, bei einem durch Publikumsverbot "reduzierten Wettbewerbsrahmen" könne dem Kartellgesetz allenfalls sogar noch eine viel höhere Bedeutung zukommen als bei "frei herrschendem Wettbewerb".

Dazu ist einzuräumen, dass tatsächlich nicht jegliche staatliche, den Wettbewerb tangierende Marktintervention zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs (verstanden als Rivalitätsprinzip) führt. Indes drängt sich unabweisbar die Frage auf, bei welcher Intensität eines entsprechenden Eingriffs in die konkret in Frage stehende "Wettbewerbsstruktur" bzw. in den konkreten "Wettbewerbsprozess" davon auszugehen wäre, dass eine den Wettbewerb beeinträchtigende Regelung noch genügend Raum für eine sinnvolle Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt.

**7.3.2.3.2.** Obschon alle Apotheken, wie die Vorinstanz zu Recht einräumt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 252), ein Interesse an einem effizienten Vertrieb und an Massnahmen haben mögen, die primär den eigenen Absatz fördern, nimmt ihnen das Publikumsverbot ihr wirksamstes Kommunikationsinstrument für Preiswettbewerb aus der Hand, nämlich die Preiswerbung.

Solange das aus gesundheitspolizeilichen Erwägungen eingeführte Publikumsverbot (E. 7.3.2.2.1 f.) eine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten nicht erlaubt, lässt sich, wie bereits erwähnt, keine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz herstellen. Genau diese Transparenz wäre aber eine unabdingbare Voraussetzung für wirksamen Intra-brand Preiswettbewerb unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten, wie ihn die Vorinstanz fordert. Denn der vom Kartellgesetzgeber postulierte wirksame Wettbewerb bedarf des Mediums der Werbefreiheit (vgl. E. 7.3.2.1). Dies wird besonders deutlich, nachdem sich Apotheken sowie selbstdispensierende Ärzte nur mit dieser Freiheit, ihre Produkte umfassend bewerben zu dürfen, gegenüber ihren "Konkurrenten" als "bessere Geschäftspartner" positionieren können, wenn sie mit günstigeren Preisen auf sich aufmerksam machen wollen.

Aber selbst diese Einschätzung ist zumindest in Bezug auf selbstdispensierende Ärzte fragwürdig, wenn das rechtlich und psychologisch komplex strukturierte Arzt-Patienten-verhältnis im Lichte der gesundheitsrechtlich relevanten Normen (E. 5.4.2), insbesondere seiner berufsethischen Pflichten (E. 5.4.2.2.3 und E. 5.4.2.4.2) betrachtet und bedacht wird, dass der Medikamentenverkauf für den Arzt nur eine untergeordnete Rolle spielen darf (vgl. E. 5.4.2.4.3 und E. 5.4.3.3; BGE 131 I 205 E. 3.2).

Dass, wie die Vorinstanz meint, die Werbung für Medikamente gegen erektile Dysfunktion nicht a priori verboten sei, sondern eine allgemeine Werbung für entsprechende Produkte ohne konkrete Nennung eines bestimmten Arzneimittels erlaubt wäre (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67), ist nicht relevant, da die Vorinstanz eine Form des Preiswettbewerbs auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte schützen möchte, den sie - kausal betrachtet - einzig durch die Empfehlung als beseitigt erachtet.

**7.3.2.3.3.** Erneut zu betonen ist, dass es - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - hier nicht um eine allfällige wirtschaftspolitische Intervention in den "marktwirtschaftlichen Mechanismus der Preisbildung" geht, sondern um die wirtschaftspolizeiliche Intervention in den Wettbewerb zum Schutz der Patienten vor übermässigem oder unsachgemässen Medikamentenkonsum sowie zur Verhinderung unsachlicher Einflussnahme auf den verschreibenden Arzt (vgl. E. 7.3.2.2.2). Diese hoheitliche Intervention ist als Publikumsverbot ausgestaltet und beschränkt die Marktauftrittsmöglichkeiten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärzte in so entscheidendem Ausmass, dass sinnvoller Intra-brand-Preiswettbewerb, wie ihn die Vorinstanz postuliert, bereits im Ansatz als illusorisch erscheint.

Wird daher Preiswettbewerb bereits durch Werbeverbote faktisch verunmöglicht, muss von einer gesundheitspoli-

zeilichen Rahmenordnung ausgegangen werden, welche einer kartellgesetzlichen Intervention insofern Schranken setzt, als bereits die Möglichkeit sinnvollen Preiswettbewerb zu betreiben, wirksam unterbunden wird und zwar durch die im öffentlichen Interesse liegenden gesundheitspolizeilichen Vorschriften zur Verhinderung von Medikamentenmissbrauch und verantwortungsloser Selbstmedikation (vgl. E. 7.3.2.2.1). Mit anderen Worten führt das Publikumsverbot - als absolutes Verbot wirtschaftlicher Kommunikation zur Herstellung von Preistransparenz auf dem fraglichen Markt - zu einer so weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips, dass nicht nur kein genügender Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien mehr besteht, sondern erst Recht kaum noch Raum verbleibt für die von der Vorinstanz erhobenen wettbewerbsrechtlichen Vorwürfe.

**7.3.2.3.4.** Für diese Sichtweise spricht insbesondere auch der Umstand, dass der Bundesrat in Art. 31 Abs. 2 HMG beauftragt wird, die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu regeln. In seiner Botschaft zum Heilmittelgesetz hielt der Bundesrat fest (a.a.O., S. 3517):

"Das Publikum benötigt andererseits aber Informationen, damit es vom Wettbewerb profitieren kann. Beispielsweise soll ein Patient ohne grosse Suchkosten mögliche Preisunterschiede von Arzneimitteln ermitteln können. So sollen namentlich auch die Krankenkassen ihre Versicherten auf günstige Bezugsquellen aufmerksam machen dürfen. Absatz 2 hält deshalb die Zulässigkeit von Preisvergleichen bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch für den Fall fest, dass diese Art Werbung sich ans Publikum richtet. Um der Gefahr zu begegnen, dass unter dem Vorwand von Preisvergleichen in erster Linie für das Produkt geworben wird und somit die Werbeverbotsvorschriften gemäss Artikel 32 umgangen werden, erhält der Bundesrat den Auftrag, die genauen Bedingungen zu definieren, die diese Art Anpreisung respektieren muss. Mit diesen Regeln soll jede Werbung, die direkt oder indirekt eine Mengenausweitung verursachen könnte, untersagt bleiben."

Dieser Rechtsetzungsauftrag kann sinnvollerweise nur als Ausdruck dafür aufgefasst werden, dass der Gesetzgeber hier ein Korrektiv gegen fehlenden Preiswettbewerb setzen wollte, sich also von der Einsicht leiten liess, dass gerade durch das Publikumsverbot (für verschreibungspflichtige Arzneimittel) der von der Vorinstanz geforderte Preiswettbewerb in einem Ausmass verhindert wird, was den entsprechenden Rechtsetzungsauftrag zur Ermöglichung von Preisvergleichen notwendig machte. Denn ohne diese "Gegenausnahme" zum Publikumsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, welche erst das Terrain für (freilich gesundheitspolizeilich eingeschränkte) Preisvergleiche ermöglichen würde, lässt sich - mangels Preistransparenz - ein wirksamer Preiswettbewerb kaum denken, wie der Bundesrat in seiner Botschaft mit der Wendung ("vom Wettbewerb profitieren") klar zum Ausdruck bringt (Botschaft zum HMG, a.a.O., S. 3517). Damit wird zutreffend unterstellt, dass ohne (staatlich regulierte) Bekanntgabe von Preisvergleichen, welche erst die für Preiswettbewerb notwendige Preistransparenz herstellen könnte, "das Publikum" vom Wettbewerb eben nicht profitieren könne.

Anzumerken ist, dass der Bundesrat den ihm in Art. 31 Abs. 2 HMG übertragenen Rechtsetzungsauftrag bis heute nicht umgesetzt hat (vgl. VPB 70.92 E. 4.1).

**7.3.2.4** Ob allerdings die mit dem heilmittelrechtlichen Publikumsverbot verbundene "negative Markttransparenz" für sich alleine (und rein abstrakt betrachtet) bereits ausreicht, um als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gelten zu können, kann hier offengelassen werden, wenn nachfolgend die Wirkung des Publikumsverbots vor dem Hintergrund des von der Beschwerdeführerin beklagten "Schamfaktors" beleuchtet wird.

**7.3.2.4.1.** Während die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang rügt, das Publikumsverbot wirke sich erheblich auf den wirksamen Intra-brand Preiswettbewerb aus, blendet die Vorinstanz diesen Gesichtspunkt völlig aus, indem sie betont, insbesondere die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert, weil dies das Risiko reduziere, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren, und gleichzeitig eine interessante und fixe Gewinnmarge garantiere (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 226).

**7.3.2.4.2.** Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass das für Apotheken und selbstdispensierende Ärzte geltende Publikumsverbot deren Auftrittsmöglichkeiten auf dem Markt (mit Blick auf den von der Vorinstanz geforderten wirksamen Preiswettbewerb) ganz entscheidend einschränkt (vgl. E. 7.3.2.2.3 ff.), wobei der bei "Erektionsstörungen" vorhandene, psychologisch nicht zu unterschätzende "Schamfaktor" das Verhalten des Patienten bei der Suche nach (und beim Besuch in) Apotheken wohl kaum in wettbewerbsförderlicher Weise zu beeinflussen vermag.

In diesem Zusammenhang bemängelt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den "Schamfaktor" wegen dessen Abhängigkeit vom potenziellen Käufer (und der fehlenden Beeinflussbarkeit durch die einzelnen "Verkaufsstellen") nicht als wirksamen Wettbewerbsparameter gelten lassen will (angefochtene Verfügung Rz. 216). Demgegenüber misst die Beschwerdeführerin diesem Faktor eine grosse Bedeutung für den Intra-brand Preiswettbewerb im untersuchten Markt zu.

**7.3.2.4.3.** Entgegen der Meinung der Vorinstanz ist der Schamfaktor als wettbewerbserschwerende psychologische Grösse ein Parameter von nicht zu unterschätzender Relevanz, wenn die Frage zu prüfen ist, ob dieser zusammen mit dem Publikumsverbot (als ebenfalls stark wettbewerbserschwerender regulatorischer Parameter) geeignet ist, konkret zu einem Wettbewerbsausschluss zu führen.

So dürfte es wohl kaum überraschen, dass ein ärztliches Rezept für Viagra vom Patienten wohl in der Regel als schamerregendes "Attest" seiner "Impotenz", "Erektionsschwierigkeiten" oder gar "Unzulänglichkeiten als Mann" aufgefasst werden dürfte, was auch die grosse Wirksamkeit des "Schamfaktors" als wettbewerbsbeeinflussender, psychologischer Parameter erklären mag.

Die nicht zu leugnende Möglichkeit, dass der an Erektionsstörungen leidende Patient den Preis bei Apotheken oder selbstdispensierenden Ärzten nachfragen kann, um sich so ein Bild über die Preisverhältnisse und eine all-

fällige Rabattbereitschaft der "Verkaufsstellen" machen zu können, kann angesichts der Wirksamkeit des "Schamfaktors" vernachlässigt werden. Insofern vermöchte die Auskunftsermächtigung der Apotheker die preiswettbewerbsunterdrückende Auswirkung des heilmittelgesetzlichen Werbeverbotes wohl kaum wirksam zu kompensieren. Dass, wie die Beschwerdeführerin glaubt, auch insofern etwas Restwettbewerb existieren könnte, als Patienten des Preises wegen bei Apotheken "herumtelefonieren", kann wohl kaum ernsthaft als der Preiswettbewerb bezeichnet werden, den sich die Vorinstanz idealtypisch als schützenswert vorzustellen scheint. Mit anderen Worten erweist sich ein etwaiger Preisvergleich der Patienten durch direkte Preisabfragen bei Apotheken oder gar selbstdispensierenden Ärzten angesichts des "Schamfaktors" als eher unwahrscheinlich. Denkbar wäre aufgrund des "Schamfaktors" allenfalls ein Preisvergleich, indem ein Patient bei mehrmaligen Bezügen in verschiedenen Apotheken diejenige mit dem günstigsten Preis ermittelt hat und inskünftig dort seinen Bedarf an solchen Medikamenten deckt. Abgesehen von diesem Fall, dürfte der Schamfaktor regelmässig dazu führen, dass die ohnehin schon aufgrund des Werbeverbots äusserst stark eingeschränkte Preistransparenz durch das Konsumentenverhalten nochmals eingeschränkt wird, so dass wohl kaum mehr ausreichende Preistransparenz vorliegen dürfte.

Für die Plausibilität dieses Gedankengangs spricht die grosse Bedeutung des "Schamfaktors", die sich indirekt am unbestrittenen massiven rasanten Anstieg des (grössenteils illegalen) Internethandels mit den Arzneimitteln Viagra, Levitra und Cialis ablesen lässt. Dies wiederum hängt ganz offensichtlich mit der hochgeschätzten Anonymität des Internets zusammen. Gerade weil wegen des "Schamfaktors", wie die Beschwerdeführerin sinngemäss meint, viele Nachfrager von "ED-Medikamenten" Risiken in Kauf zu nehmen bereit sind, die objektiv betrachtet aus der Sicht eines um seine Gesundheit besorgten "Konsumenten" nicht zu verantworten sind, ist wohl kaum damit zu rechnen, dass Patienten (mit dem ihre "Erektionsstörung" attestierenden Arztrezept) grosse Recherchen nach der billigsten Apotheke unternehmen werden.

**7.3.2.5** Wie vorstehend gezeigt wurde, ist der wettbewerbliche Einfluss des heilmittelrechtlichen Publikumsverbots auf den Intra-brand Preiswettbewerb (zwischen Abgabestellen) nicht nur erheblich. Vielmehr muss, mit dem Schamfaktor zusammen betrachtet, von einer so erheblichen Einschränkung des fraglichen Preiswettbewerbs ausgegangen werden, dass im vorliegenden Fall funktional betrachtet eine heilmittelrechtliche Regulierung anzunehmen ist, die angesichts der besonderen wettbewerbsdeterminierenden Umstände (Schamfaktor) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG "für bestimmte Waren" (Viagra, Cialis und Levitra) Wettbewerb, das heisst den (von der Vorinstanz als beseitigt betrachteten) Intra-brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte nicht zulässt.

Insofern ist das Kartellgesetz in der strittigen Konstellation nicht anwendbar, was der angefochtenen Verfügung die Grundlage entzieht (vgl. E. 4.3).

**7.3.2.5.1.** Vor diesem Hintergrund vermag die Ansicht der Vorinstanz, wonach - kausal betrachtet - einzig die Veröffentlichung und Einhaltung der Empfehlungen den Preiswettbewerb verhindere, weshalb Apotheken mit tieferen als den empfohlenen Preisen versuchen könnten, mehr "Konsumenten" von Viagra, Levitra und Cialis zu gewinnen und durch erhöhte Verkäufe die entsprechenden "Verluste" der Preisherabsetzung wettzumachen, ebenso wenig zu überzeugen, wie die Auffassung, wonach ein "Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen" sehe, wahrscheinlich mehr Zeit für die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis aufwenden würde, wenn die Empfehlungen nicht mehr eingehalten würden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 225).

Hier hätte sich die Vorinstanz wohl fragen müssen, auf welche legale (insbesondere nicht den illegalen Internethandel umfassende) Weise sich denn die vermeintlichen "Kunden", d.h. die an Erektionsstörungen leidenden Patienten, über tiefere Medikamentenpreise orientieren könnten, wenn das Publikumsverbot einen direkten Preisvergleich a priori verunmöglicht und sich der "Schamfaktor" angesichts der Natur des Medikaments derart auswirkt, dass wohl kaum ernsthaft mit Nachfragen in Apotheken bzw. mit Preisverhandlungen zu rechnen ist. Mit anderen Worten muss hier wohl insbesondere das Publikumsverbot als Faktor gewichtet werden, welcher die Informations- und Vergleichsmöglichkeiten und damit die Preistransparenz und Preispublizität in einem Ausmass erschwert, dass der hinzutretende Schamfaktor - als wirksame psychologische Barriere - den in Frage stehenden Preiswettbewerb geradezu ausschliesst. Insofern dürfte auch die Auffassung der Vorinstanz, wonach bei überhöhten Verkaufspreisen ein verschriebenes Medikament einfach in einer anderen, billigeren Apotheke gekauft würde (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141), wohl kaum der Lebenswirklichkeit entsprechen.

**7.3.2.5.2.** Inwiefern die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach sich die Publikumspreisempfehlungen auf dem relevanten Markt insgesamt generell "pro-kompetitiv" auswirkten, braucht hier nicht näher untersucht zu werden.

**7.3.3.** Angesichts dieses Ergebnisses muss auf die in der E. 7.1.3 zur Preisbekanntgabeverordnung aufgeworfenen Fragen nicht näher eingegangen werden.

Ebenso erübrigt sich eine Diskussion der weiteren Rügen, wonach die Publikumspreisempfehlungen nicht Bestandteil einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede gewesen seien und, selbst wenn dies bejaht würde, angesichts von Rechtfertigungsgründen zulässig wären.

Ebenfalls nicht zu behandeln sind die zusätzlich gestellten Verfahrensanträge, die einzig für den Fall eines Sachentscheides durch das Bundesverwaltungsgericht bzw. einer Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz gestellt worden waren.

## 8.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission mit der verfügten Sanktion sowie dem Veröffentlichungsverbot für die strittigen Publikumspreisempfehlungen Bundesrecht verletzt.

**8.1.** Obschon die Vorinstanz den "Absatzmarkt" für die (wegen ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials) verschreibungspflichtigen Medikamente Viagra, Levitra und Cialis angesichts der gesundheitspolizeilichen Regulierung grundsätzlich zu Recht nicht als einen "normalen Markt" bezeichnet, unterstellt sie im Widerspruch dazu im Ergebnis doch einen gewöhnlichen Konsumgütermarkt, ohne die Auswirkungen des Zusammenspiels zwischen heilmittelgesetzlichem Publikumsverbot und dem psychologisch wirksamen "Schamfaktor" auf den Intra-brand Preiswettbewerb sorgfältig zu analysieren. Insbesondere würdigt sie die Besonderheiten der Rolle selbstdispensierender Ärzte in der Behandlung ihrer Patienten nicht gebührend.

Wie in der E. 7 detailliert aufgezeigt wurde, vermögen beim strittigen Medikament Viagra die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht sowie Publikumsverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" (als wettbewerbsbeschränkender Parameter) den Intra-brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen in einem Ausmass auszuschalten, dass hier von einem gesetzlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen ist (E. 7.3.2.5).

**8.2.** Insofern hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht in der Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen für Viagra eine nach Art. 49 a Abs. 1 KG sanktionswürdige - und zudem nach Art. 30 Abs. 1 KG verbotswürdige - Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG angenommen.

Erweist sich damit die zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgesprochene Sanktion sowie das entsprechende Veröffentlichungsverbot als rechtlich nicht haltbar, muss die angefochtene Verfügung insoweit als bundesrechtswidrig aufgehoben werden. Die Beschwerde ist deshalb, soweit darauf eingetreten werden kann (E. 1.4), begründet und gutzuheissen. Dementsprechend sind die Ziffer 1 insgesamt sowie die Ziffern 2 und 4 des Verfügungsdispositivs, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufzuheben.

**8.3.** Bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls aufzuheben ist die Ziff. 7 des Verfügungsdispositivs, soweit sich diese auf die Beschwerdeführerin bezieht. Aufgrund des vorstehenden Ergebnisses darf die Beschwerdeführerin nicht zur Tragung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten verpflichtet werden, zumal sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte hinsichtlich einer allfällig unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigung, welche die Eröffnung der Untersuchung veranlasst hatten, nicht erhärtet hatten (vgl. Art. 53a KG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 [GebV-KG, SR 251.2]).

**8.4.** Da die Beschwerdeführerin im Wesentlichen obsiegt, erübrigt sich eine Diskussion ihrer weiteren Rügen, wonach die strittigen Publikumspreisempfehlungen nicht Bestandteil einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede gewesen seien und, selbst wenn dies bejaht würde, angesichts von Rechtfertigungsgründen zulässig wären (vgl. E. 7.3.3).

Ebenfalls nicht weiter zu behandeln sind die Verfahrensanträge, welche für den Fall eines Sachentscheides durch das Bundesverwaltungsgericht bzw. einer Rück-

weisung der Streitsache an die Vorinstanz gestellt worden waren (vgl. E. 7.3.3).

## 9.

### 9.1.

**9.1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**9.1.2.** Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion sowie das Veröffentlichungsverbot für die Preisempfehlungen im Streit lagen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. E. 1.2.3).

**9.1.3.** Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanten Umstände auf Fr. 1'200.- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 24'000.- verrechnet, weshalb der Beschwerdeführerin der Restbetrag von Fr. 22'800.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

### 9.2.

**9.2.1.** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

**9.2.2.** Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung - in dieser Streitsache mit einem hohen finanziellen Streitwert - ist der Beschwerdeführerin, da sie überwiegend obsiegt, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**9.2.3.** Die Beschwerdeführerin hat am 22. Oktober 2013 für ihre Rechtsvertretung eine detailliert begründete Kostennote eingereicht. Ausgehend von Stundenansätzen (zwischen Fr. 300.-/h und Fr. 400.-/h) macht sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht - ausgehend von rund 103.7 aufgewendeten Stunden - Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 41'267.15 (inkl. Auslagen und MWST) geltend.

**9.2.3.1** Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.1 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte Erwägung]). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil des Bundesgerichts 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 E. 8.3.4, a.a.O.).

**9.2.3.2** Der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdeführerin von insgesamt Fr. 41'267.15, welcher auch Auslagen und MWST beinhaltet, wird nachvollziehbar aufgelistet und lässt sich angesichts der Komplexität der Streitsache nicht beanstanden. Der Beschwerdeführerin ist somit zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung im beantragten, jedoch reduzierten Umfang, d.h. insgesamt ausmachend Fr. 39'203.80 (inkl. MWST), zuzusprechen. Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufgehoben.

#### 2.

Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 1'200.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 24'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 22'800.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

#### 3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine leicht reduzierte Parteientschädigung von Fr. 39'203.80 (inkl. MWST) zugesprochen.

#### 4.

Dieses Urteil geht an:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]



B 3	<b>3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013, e-mediat AG, Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)</b>
-----	--

*In der Sache „Hors-Liste“ hat das Bundesverwaltungsgericht nicht nur die Beschwerden der Pharmahersteller weitgehend gutgeheissen (s.o. B 3/2., Seite 704), sondern auch der gemeinsamen Beschwerde der e-mediat AG, Galexis AG und Unione Farmaceutica Distribuzione SA entsprochen (s. das nachfolgend abgedruckte Urteil B-323/2010). Auch gegen dieses Urteil wurde von Seiten der Wettbewerbskommission (WEKO) Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt*

*Alle Urteile sind auf der Internet-Seite des Bundesverwaltungsgerichts (<http://www.bvger.ch/>) abrufbar.*

*Urteil B-323/2010 vom 3. Dezember 2013, e-mediat AG, Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, vertreten durch [...] gegen WEKO – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra)*

Sachverhalt:

**A.**

**A.a** Die Pharmaunternehmen Pfizer AG (Pfizer), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly) vertreiben unter anderem ihre (vom Mutterkonzern hergestellten und - bis auf Viagra - zur Zeit noch patentgeschützten) Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) und Cialis (Eli Lilly), für die es hierzulande gegenwärtig noch keine amtlich zugelassenen Generika gibt. Diese auch als "Potenzmittel"

bezeichneten Medikamente wirken nicht aphrodisisch, sondern (erst nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Angesichts ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials sind diese Arzneimittel verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; vgl. zu den übrigen Kategorien Art. 23-27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

In der Schweiz waren im Jahr 2006 insgesamt 4'857 Medikamente heilmittelrechtlich zugelassen. Die nachfolgende Übersicht schlüsselt die Anteile nach Rezeptpflicht bzw. Freiverkäuflichkeit sowie einer allfälligen Listung in der Spezialitätenliste (SL) auf:

<b>Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz:</b>							
4857							
<b>Davon auf der SL:</b>				<b>Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente:</b>			
2146 / 44.0%				2711 / 56.0%			
<b>Rezeptpflichtig</b>		<b>Freiverkäuflich</b>		<b>Freiverkäuflich</b>		<b>Rezeptpflichtig</b>	
1735 / 35.7%		411 / 8.5%		1656 / 34.1%		1055 / 21.7%	
<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>	<b>D</b>	<b>D</b>	<b>C</b>	<b>B</b>	<b>A</b>
391 / 8.0%	1344 / 27.7%	161 / 3.3%	250 / 5.2%	1232 / 25.4%	414 / 8.5%	891 / 18.4%	164 / 3.4%

(Quelle: Wettbewerbskommission in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4, S. 650)

**A.b** Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Pfizer, Eli Lilly und Bayer damals zu Levitra, Viagra und Cialis unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen.

**A.c** Angesichts von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden eröffnete das Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) am 26. Juni 2006 eine kartellgesetzliche Untersuchung (1.) gegen die Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, (2.) gegen die Grossisten Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG und Amedis-UE AG, (3.) gegen die Datenbankbetreiberin e-mediat AG, (4.) gegen alle in der Schweiz niedergelassenen 1'672 Apotheken sowie (5.) gegen alle dort praktizierenden 3'693 selbstdispensierenden Ärzte. Veröffentlicht wurde

diese Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt (BBI 2006 9123).

**B.**

Nach einer umfangreichen Untersuchung und nachdem alle Parteien, zum Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 Stellung genommen hatten, erliess die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine 90-seitige Sanktionsverfügung (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediati dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

- Pfizer: CHF [...]
- Eli Lilly: CHF [...]
- Bayer: CHF [...]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. (Rechtsmittelbelehrung)

9. (Eröffnung einzeln)

10. (Eröffnung durch amtliche Publikation)"

**B.a** Zur Begründung wurde festgehalten, Viagra, Cialis und Levitra seien nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt. Deshalb vergütete die Grundversicherung den Patienten die Kosten dieser Medikamente nicht. Da staatlich keine Höchstpreise festgesetzt würden, dürften die "Verkaufsstellen" die Publikumspreise frei festlegen.

Insbesondere nach der Auflösung des Vereins Sanphar und der von ihm geregelten Margen- und Rabattordnung, die für alle Arzneimittel auf allen Vertriebsstufen den Wettbewerbsparameter "Preis" ausgeschaltet hatte,

müssten sich die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den "funktionierenden Marktmechanismus" ergeben.

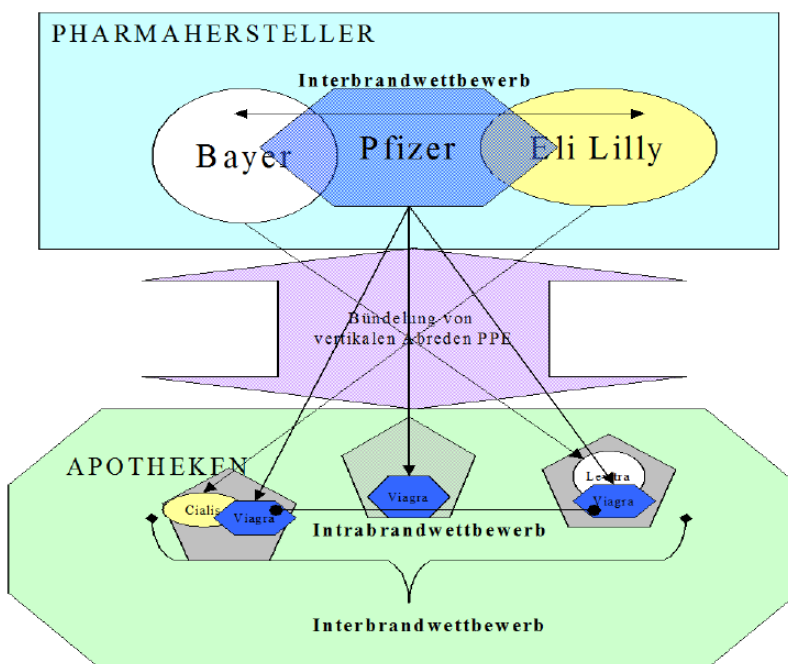
**B.b** Die in den Datenbanken der e-mediati AG, Pharmavista und Galdat, veröffentlichten Publikumspreisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente würden über Galdat in die Lieferscheine der Grossisten übernommen und an die Kunden weitergegeben.

Die von den meisten Apotheken abonnierte Datenbank Galdat diene dem Austausch spezifischer Artikeldaten für den Betrieb von "Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt". Ferner diene Galdat der Informatisierung der Bestellprozesse. Die Preisempfehlungen würden manuell oder informatikbasiert ins Kassensystem eingegeben und mit den im Galdat enthaltenen bzw. auf Medikamentenpackungen aufgedruckten Artikelnummern verbunden. Beim Scannen an der Kasse werde das Arzneimittel identifiziert und der empfohlene Preis automatisch eingelesen, sofern bei gewährten Rabatten kein anderer Preis eingegeben werde. Auch im textorientierten Abfrageinstrument Pharmavista seien die Fabrikabgabepreise sowie Publikumspreisempfehlungen enthalten.

**B.c** Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen zog die Vorinstanz den Schluss, das untersuchte Verhalten der Parteien unterstehe dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Zu Viagra, Cialis und Levitra bestünden keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung oder solche, die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben besondere Rechten verliehen, weshalb (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich sei, sondern auch gefordert werde.

**B.d** Die Vorinstanz legte ihrer Analyse folgende Wettbewerbsverhältnisse zu Grunde



(Quelle: WEKO in RPW 2010/4, S. 674)

und hielt dazu fest:

**B.d.a** Trotz anfänglich fast identischer Preise für Viagra, Cialis und Levitra habe eine horizontale Preisabrede nicht nachgewiesen werden können.

**B.d.b** Indessen seien die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den "Verkaufsstellen" überwiegend befolgten Publikumspreisempfehlungen drei nebeneinander bestehende vertikale Wettbewerbsabreden. Diese wirkten sich wie Festpreise aus. Als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beseitigten sie den wirksamen Wettbewerb völlig. Dazu hielt die Vorinstanz im Einzelnen fest:

**B.d.b.a** Preisempfehlungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, wonach Richt- oder Listenpreise einzuhalten seien, seien als aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen aufzufassen. Solche einseitigen Anweisungen sowie die öffentliche Bekanntgabe von Preisen könnten zu einer kollusiven Preisfestsetzung unter Wettbewerbern führen. Davon sei auszugehen, wenn mehrere Wettbewerber ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Wettbewerber anpassten, ohne dass Marktstrukturen oder exogene Faktoren ein solches Parallelverhalten erzwingen.

**B.d.b.b** Folgende Faktoren legten hier eine den Preiswettbewerb beseitigende, abgestimmte Verhaltensweise nahe: (1.) Der hohe Befolgungsgrad, (2.) die weiterhin die Marktteilnehmer massgeblich beeinflussende ehemalige Margenordnung Sanphar, (3.) die Interessenlage der beteiligten Unternehmen sowie (4.) weitere Kriterien:

(1.) In den Jahren 2005 und 2006 hätten 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Publikumspreise für Viagra, Cialis und Levitra nach dem empfohlenen Preis festgelegt; die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig davon festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

Realitätsfremd sei das Argument, die Publikumspreisempfehlungen seien als unverbindliche grobe Orientierungshilfe gedacht gewesen bzw. die Apotheker hätten den Verkaufspreis ausgehend von der Betriebskostenstruktur selbständig festgelegt. Die Pharmaunternehmen hätten gewusst, dass ihre Empfehlungen häufig als Preisvorgabe wahrgenommen würden, auch wenn sie deren Befolgung angeblich nicht überprüften. Die Datenbanken hätten die Kollusion begünstigt. Die Versuchung sei gross, an der Kasse eingelesene Preisempfehlungen auch einzuhalten.

(2.) Zudem sei die unzulässige Margen- und Rabattordnung des vor zehn Jahren aufgelösten Vereins Sanphar zumindest eine Mitursache für das heutige System weitgehend eingehaltener Publikumspreisempfehlungen. Bei wirksamem Wettbewerb hätte die Aufhebung von Sanphar einen nennenswerten Teil der "Verkaufsstellen" veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Indes sei wegen der Empfehlungen die starre Preisordnung bis heute fast unverändert geblieben. Wäre der Preis betriebswirtschaftlich berechnet worden, so wäre die Wahr-

scheinlichkeit gering gewesen, dass 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken den gleichen Verkaufspreis verlangten.

(3.) Zwar hätten die Pharmaunternehmen keinen Druck auf die "Verkaufsstellen" ausgeübt, die Publikumspreisempfehlungen einzuhalten. Vielmehr hätten diese im Jahre 2004 gedroht, alle substituierbaren Medikamente von Pfizer aus dem Sortiment zu nehmen, sollte Pfizer wie angekündigt die Abgabe der Empfehlungen einstellen. Deshalb habe Pfizer die Empfehlungen wieder kommunizieren müssen. Auch Bayer und Eli Lilly hätten nicht darauf verzichten können.

Alle hätten die Vorteile dieser Empfehlungen erkannt. Insbesondere die Pharmaunternehmen wären an deren Veröffentlichung interessiert, um so die "Verkaufsstellen" von zu hohen, reputationsschädigenden Medikamentenpreisen abzuhalten. Andererseits dienten die Empfehlungen dazu, den "Verkaufsstellen" - ähnlich wie bei Sanphar - eine erhebliche, über diejenigen von SL-Medikamenten liegende Marge zu sichern. Zudem bestünde dank der Koordination kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Die Ansicht von Pfizer und Eli Lilly, wonach beide nicht an hohen Margen interessiert seien, da sie zum gegebenen Fabrikabgabepreis möglichst viele Einheiten verkaufen und durch die gesetzte Obergrenze die Handelsmargen tief halten wollten, überzeuge nicht. Denn der Preis spiele erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle. Allerdings existiere auf dieser Stufe zwischen Medikamenten kein Interbrand Wettbewerb mehr, weshalb sich zu hohe Verkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der "Verkaufsstellen" und nicht auf denjenigen der Hersteller auswirkten. Bei einem überhöhten Verkaufspreis würde ein verschriebenes Medikament einfach in einer billigeren Apotheke gekauft.

(4.) Zwar seien die fraglichen Preisempfehlungen im Internet, d.h. im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz", publiziert und (für Viagra und Cialis) auch auf den Internetseiten der Hersteller. Diese Quelle enthalte jedoch Fachinformationen für Ärzte, Apotheken und Spitäler und diene weniger der Information des Publikums. Nur wenige Personen suchten und fänden die Preisinformationen. Zudem sei Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel heilmitelrechtlich verboten. Die Kommunikation der Empfehlungen durch automatisierte Kassensysteme lasse die Öffentlichkeitsinformation gegenüber der Preisfestsetzung für den Verkauf in den Hintergrund treten. Ausserdem sei eine weitgehend eingehaltene Empfehlung angesichts der übrigen Umstände selbst dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie im Arzneimittel-Kompendium als "unverbindlich" bezeichnet werde.

**B.d.b.c** Zusammenfassend erachtete die Vorinstanz das Veröffentlichen der fraglichen Empfehlungen sowie deren "weitgehende" Einhaltung durch die "Verkaufsstellen" als aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen verschiedener Marktstufen, obschon weder eine

Verpflichtung zum Einhalten noch Sanktionsmechanismen festgestellt wurden.

Die Vorinstanz bezeichnete die Grossisten und die e-mediat als Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen und hielt dazu fest, das Weiterleiten der Preisempfehlungen durch die Grossisten und das entsprechende Zurverfügungstellen im Galdat durch e-mediat seien "Gehilfenhandlungen" zu einer Wettbewerbsabrede, die inskünftig zu unterlassen seien, falls die Abrede unzulässig sein sollte.

**B.d.b.d** Zu den Auswirkungen hielt die Wettbewerbskommission fest, auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen seien als "Festsetzung von Festpreisen" aufzufassen, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitigten.

Entgegen der Auffassung von Eli Lilly, wonach hier keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliege, seien in den Jahren 2005 und 2006 rund 63 % der von Apotheken und 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben worden. Somit wirkten sich die Preisempfehlungen auf dem Markt wie Fest- und nicht wie Maximalpreise aus. Daher greife die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

**B.d.b.e** Indes müsste für eine allfällige Widerlegung dieser Vermutung wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestehen, d.h. Wettbewerb unter den Abredeteiligen bzw. Wettbewerb durch die nicht an der Abrede beteiligten "Verkaufsstellen". Wegen den Besonderheiten vertikaler Abreden sei auf dem relevanten schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente Viagra, Cialis und Levitra der Intrabrand Wettbewerb (Innen- und Aussenwettbewerb) sowie der Interbrand Wettbewerb zu analysieren.

**B.d.b.e.a** Zur Intensität des Intrabrand Wettbewerbs wurde ausgeführt, der Innen-, Aussen- und Restwettbewerb reiche nicht aus, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen. Auch der Verkauf übers Internet wirke nicht disziplinierend. Zur Frage der Marktauswirkungen der durch die Empfehlungen festgelegten Verkaufspreise spiele es eine wichtige Rolle, wie viele Packungen eine Verkaufsstelle zum empfohlenen Publikumspreis verkauft habe:

- Der Anteil der von Apotheken empfehlungsgemäss verkauften Packungen umfasse im Jahr 2005 63.5 % (18.9 % mit Rabatt bzw. 17.6 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 63.4 % (19.1 % mit Rabatt bzw. 17.5 % ohne Preisempfehlungen).
- Der Anteil der zu den Empfehlungen durch selbstdispensierende Ärzte abgesetzten Packungen betrage im Jahr 2005 72.8 % (2.7 % mit Rabatt bzw. 24.5 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 70.6 % (3.1 % mit Rabatt bzw. 26.3 % ohne Preisempfehlungen).

Die Einhaltung der Abreden habe sich im Laufe der berücksichtigten Periode stabilisiert. Es seien rund 63 %

aller in der Schweiz über Apotheken ausgehändigten Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft worden. Dieser Prozentsatz belaufe sich auf 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Medikamente. Nach Angabe der selbstdispensierenden Ärzte und Apotheken, die auf den empfohlenen Preisen Rabatte gewährten, beliefen sich die mit Rabatt verkauften Packungen auf nur 31 % bzw. 39 % der durch diese selbstdispensierenden Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen.

Somit hätten im Innen-Intrabrand Wettbewerb diejenigen "Verkaufsstellen", die auf empfohlenen Publikumspreisen Rabatte gewährt hätten, eine marginale Rolle gespielt. Diese Rabatten seien Kundenrabatte gewesen.

Betreffend Aussen-Intrabrand Wettbewerb seien in der berücksichtigten Periode bei der Preisfestsetzung nur 18.3 % der selbstdispensierenden Ärzte und 10.7 % der Apotheken von den empfohlenen Preisen abgewichen, weshalb sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten. Im Jahr 2006 seien in der Schweiz nur 26.3 % aller vertriebenen Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen von selbstdispensierenden Ärzten und 17.5 % von Apotheken verkauft worden.

Zwar liesse sich diese Vermutung durch den Nachweis widerlegen, dass auf einem Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter sei, und es trotz dessen Ausschaltung angesichts anderer Faktoren (wie Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle) noch zu einem - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten - Rest- oder Teil-Wettbewerb komme. Indes liesse sich die Vermutung hier selbst bei Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegen. Denn die fraglichen verschreibungspflichtigen Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden, wobei die dafür erforderliche Fachberatung beim Arzt stattfinde. In der Apotheke bestehe kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich diese nicht durch eine kompetente Beratung "profilieren" könne. Selbst wenn eine solche tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre die Beratung nur beim erstmaligen Medikamentenkauf bedeutsam.

Weitere nicht preisbezogene Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den Verkaufsstellen erhöhen könnten, bestünden nicht. Zwar könne auch der Schamfaktor als Parameter bedeutsam sein. Er könne aber von den "Verkaufsstellen" nicht beeinflusst werden.

**B.d.b.e.b** Schliesslich reiche auch der Interbrand Wettbewerb, der zum schwachen Intrabrand Wettbewerb hinzutrete, nicht aus, um die Vermutung zu widerlegen:

Fraglich sei, inwiefern allfälliger Druck von Interbrand Wettbewerb die Pharmaunternehmen dazu zwingt, den Produktabsatz durch Preisempfehlungen zu koordinieren. Denn solange die Preise von Viagra, Cialis und Levitra nicht wesentlich voneinander abwichen, seien diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend. Die drei Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden. Daher spielten die selbstdispensierenden Ärzte eine zentrale Rolle bei der Auswahl eines der drei Medikamente und für den Interbrand

Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Diese wüssten, dass der Publikumspreis ihrer Produkte für die Wahl des Patienten bloss von untergeordneter Bedeutung sei. Erst beim Wiederverkauf sei der Preis nicht mehr sekundär.

Im Jahr 2006 seien 63.4 % der von Apotheken abgesetzten Packungen zum empfohlenen Preis verkauft worden. Die Veröffentlichung bzw. Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb. Nur 10.7 % der Apotheken hätten einen anderen als den empfohlenen Preis angewendet und insgesamt 17.5 % Packungen verkauft. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert. Dies reduziere das Risiko, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren und garantiere eine interessante Gewinnmarge.

**B.d.c** Aber auch für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung als widerlegt zu betrachten wäre, hielt die Vorinstanz fest, müsse der Wettbewerb als erheblich beeinträchtigt gelten. Die drei vertikalen Abredebündel seien qualitativ und quantitativ erheblich. Schädlich seien die Abreden, weil sie tatsächlich von vielen "Weiterverkäufern" oder Händlern befolgt werden. Nur 36 % bzw. 28 % der vertriebenen Packungen seien zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft worden.

In diesem Zusammenhang verneinte die Vorinstanz mit eingehender Begründung das Bestehen wirtschaftlicher Effizienzgründe, welche die beanstandeten Empfehlungen allenfalls hätten rechtfertigen können. Insbesondere hielt die Vorinstanz eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung von Vertriebskosten für nicht plausibel. Auch der Rechtfertigungsgrund der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren wurde verworfen. Ferner liess die Vorinstanz auch das Argument nicht gelten, die Publikumspreisempfehlungen seien wegen des Problems der Doppelmarginalisierung gerechtfertigt, wonach Herstellern erlaubt sein soll, Einzelhandelshöchstpreise festzusetzen, um marktmächtige Lieferanten/Händler davon abzuhalten, von den Endkonsumenten eine den Monopolpreis übertreffende Rente einzufordern.

**B.e** Abschliessend legte die Vorinstanz zur Sanktion und ihrer Bemessung dar, die Parteien hätten die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen "verschuldetermassen" bewirkt, wobei einzig Pfizer, Eli Lilly und Bayer direkt zu sanktionieren seien:

**B.e.a** Das Verhalten der drei Pharmaunternehmen und der "Verkaufsstellen", welche die Publikumspreisempfehlungen eingehalten hätten, sei eine wettbewerbsseitig abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG. Diese erfülle den Sanktionstatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG. Aber selbst bei widerlegter Vermutung wäre dieser Tatbestand erfüllt, da der Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigt wäre, ohne dass rechtfertigende Effizienzgründe vorlägen.

Alle Beteiligten hätten die kartellrechtliche Problematik der fraglichen Preisempfehlung erkennen müssen. Die Pharmaunternehmen und die "Verkaufsstellen" hätten sicherstellen müssen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhielten. Dies sei unterblieben. Die Pharmaunternehmen hätten erklärt, es sei von untergeordnetem Interesse und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die "Verkaufsstellen" mit der Preisemp-

fehlung machten. Auch all die "Verkaufsstellen", die aus Bequemlichkeit die im Galdat gespeicherten Preisempfehlungen direkt übernommen hätten, hätten in Kauf genommen, dass viele andere "Verkaufsstellen" dasselbe tun würden.

Vorliegend seien keine falschen Behördeninformationen gegeben worden, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Weder die Vertikal-Bekanntmachung noch die Aussagen von WEKO-Mitgliedern zur angestrebten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellgesetzes hätten Vertrauen erweckt, da sie nicht vorbehaltlos erfolgt seien.

Auch die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) sei keine Vertrauensgrundlage. Diese vermöge die Anwendung des Kartellgesetzes nicht auszuschliessen. Ungeachtet, ob die PBV für rezeptpflichtige Medikamente die Publikation von Preisempfehlungen zulasse, könnten sich die Parteien nicht darauf berufen, da eine unzulässige Abrede über die Festsetzung von Verkaufspreisen vorliege. Selbst wenn nach der besagten Verordnung die Veröffentlichung von Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente erlaubt wäre, würde dies die kartellrechtliche Unzulässigkeit nicht berühren. Doch sei die unglücklich formulierte PBV bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

Pfizer, Eli Lilly und Bayer (mit dem Veröffentlichenden der Publikumspreisempfehlungen) sowie die "Verkaufsstellen" (mit dem Befolgen dieser Empfehlungen) hätten sich zumindest fahrlässig verhalten. Dies sei subjektiv vorwerfbar, weshalb diese Parteien für ihr Verhalten ab dem 1. April 2004 grundsätzlich zu sanktionieren seien.

**B.e.b** Gestützt auf detaillierte Ausführungen belastete die Vorinstanz die Pharmaunternehmen Bayer, Eli Lilly und Pfizer je einzeln mit Sanktionsbeträgen, die zusammen genommen Fr. 5.7 Millionen ausmachen (vgl. dazu die entsprechende Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2009, veröffentlicht auf: [www.WEKO.admin.ch](http://www.WEKO.admin.ch) > Startseite > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2009).

**B.e.c** Gleichzeitig verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf, die als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" zu sanktionieren:

Die Untersuchung sei gegen alle tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 selbstdispensierenden Ärzte eröffnet worden. Doch sei es kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte aller Parteien überhaupt gewahrt werden könnten. Es könne nicht in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob ein Unternehmen die Publikumspreisempfehlungen tatsächlich befolgt habe. Hausdurchsuchungen bzw. Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien ausgeschlossen, was den Rückgriff auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen nahe legen könnte. Indes sei deren Vertrauenswürdigkeit für eine Sanktionierung fraglich.

Selbst wenn sich die gesetzesverletzenden "Verkaufsstellen" ermitteln liessen, müsste der Sanktionsbetrag für jedes "Unternehmen" einzeln berechnet werden. Dies sei unverhältnismässig, da viele "Verkaufsstellen" nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft hätten und die Sanktion jeweils nur wenige Franken betrüge.

Es würde jeden vernünftigen Rahmen sprengen, die "Verkaufsstellen", welche eine Preisempfehlung befolgt hätten, individuell zu sanktionieren. Die durchschnittliche Höhe der Bussen stünde in keinem Verhältnis zum dafür erforderlichen Aufwand. Daher sei gegenüber den "Verkaufsstellen" auf die Berechnung und Eintreibung einer Sanktion zu verzichten. Trotzdem stelle das Verhalten der "Verkaufsstellen", welche die Empfehlungen eingehalten hätten, eine unzulässige, sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung dar.

Die einseitige Sanktionierung der Pharmaunternehmen verletze das Gleichbehandlungsgebot nicht. Auch genüge der Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediator nicht für eine Sanktionierung dieser Gehilfen.

### C.

Diese Sanktionsverfügung fochten e-mediator, Galaxis und Unione (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch die Rechtsanwältinnen Dr. iur. Thomas Bähler, Dr. iur. Daniel Emch und lic. iur. Kathrin Enderli, am 15. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren an:

- "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter: Ziff. 3 des Dispositivs des Entscheids der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 sei aufzuheben.
3. Subeventualiter: Die Sache sei zur Neubeurteilung und/oder zur Ergänzung des Verfahrens an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen."

**C.a** Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die angefochtene Verfügung beruhe auf einem unrichtig und unvollständig ermittelten Sachverhalt und verletze aus vielen Gründen Bundesrecht.

**C.a.a** Die Publikumspreisempfehlungen erfüllten als unilaterales Verhalten der Hersteller weder die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG noch diejenigen der Vertikalbekanntmachung, da von den darin statuierten fünf Kriterien nur das Kriterium des Befolungsgrades erfüllt sei. Die "exzessive Auslegung" dieser Norm verstosse gegen das Bestimmtheitsgebot sowie das Verschuldensprinzip und widerspreche der Preisbekanntgabeverordnung, welche die Veröffentlichung solcher Empfehlungen erlaube.

**C.a.b** Überdies könnten Preisempfehlungen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nur erfüllen, wenn sie sich infolge von Druck oder der Gewährung von Anreizen wie eine Abrede über Fest- oder Mindestpreise auswirkten. Dies sei angesichts der gegenläufigen Interessen der "Verkaufsstellen" und der Hersteller nicht der Fall, weshalb die unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen eher den Charakter von Höchstpreisen hätten. Insofern führten die Empfehlungen weder zu einer Beseitigung noch zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, weil die Nachfrager angesichts der atomistischen Angebotsstruktur auf "Verkaufsstellen" ausweichen könnten, die die Empfehlungen nicht befolgen.

**C.a.c** Zwischen den "Verkaufsstellen" herrsche ein grosser Qualitäts-, Standort- und Diskretionswettbewerb. Die Vorinstanz habe die Bedeutung des Preises als Wettbe-

werbsfaktor überschätzt und die heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen, den Schamfaktor sowie den Beratungsbedarf der "Nachfrager von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion" zu wenig beachtet. Wegen des Schamfaktors und des Verbots von Preiswerbung bestehe eine geringe Preissensibilität dieser "Nachfrager". Insbesondere mache der Schamfaktor den Parameter Preis bedeutungslos.

Zudem seien die Auswirkungen des Interbrand-Wettbewerbs falsch gewürdigt worden: Dieser finde auf der Stufe der Ärzte bei der Verschreibung eines Medikaments gegen erektile Dysfunktion statt, wobei der Preis eine massgebliche Rolle spiele, da dem Arzt eine Beratungs- und Aufklärungspflicht obliege. Insbesondere genüge bereits der hier nachgewiesene Interbrand-Wettbewerb, um eine Beseitigung bzw. erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auszuschliessen.

**C.a.d** Ferner seien die Empfehlungen aus Effizienzgründen gerechtfertigt, da hohe Vertriebstransaktionskosten gespart werden könnten und ohne die Empfehlungen die entsprechenden Preise tendenziell steigen würden.

**C.a.e** Das mit der angefochtenen Verfügung beabsichtigte Verbot von Publikumspreisempfehlungen würde den Preiswettbewerb nicht intensivieren, da bereits die regulatorischen Rahmenbedingungen, wie das Publikumsverbot, einen solchen Wettbewerb stark erschweren.

**C.b** Zum Verbot von "Gehilfenhandlungen", das die Vorinstanz ihnen in der Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung auferlegt hatte, führen die Beschwerdeführerinnen aus, dieses Verbot sei bundesrechtswidrig, da Gehilfenhandlungen nicht vom Kartellgesetz erfasst seien. Parallel ausgesprochene Verbote an sie und die Hersteller seien unverhältnismässig, da ein an die Hersteller gerichtetes Verbot der Abgabe von Preisempfehlungen bereits genügen würde. Der konstruierte Vorwurf der Gehilfenschaft führe zu grosser Rechtsunsicherheit, da nicht erkennbar sei, wann Gehilfenschaft zu einer abgestimmten Verhaltensweise führe:

**C.b.a** Diesbezüglich bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz verbiete ihnen die Publikation dieser Empfehlungen in ihren Informationssystemen und drohe für den Widerhandlungsfall Sanktionen an, ohne das Verbot hinreichend zu begründen. Die Vorinstanz meine, ihre Verhaltensweisen würden nur "in einem gewissen Sinn eine Gehilfenhandlung zu einer Wettbewerbsabrede" darstellen, sage aber nicht klar, ob solche tatsächlich vorgenommen worden seien.

Art. 25 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), wonach milder bestraft werde, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, sehe Voraussetzungen vor, welche die Vorinstanz weder geprüft noch dargelegt habe. Nicht erklärt werde, weshalb dieses Rechtsinstitut im Kartellrecht Anwendung finde.

**C.b.b** Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Kartellgesetz sei nicht auf sie anwendbar, da sie nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen seien, sondern nur "in einem gewissen Sinn Gehilfenhandlungen zu einer Wettbewerbsabrede" erbracht hätten. Wettbe-



werbsabreden umfassten aber keine Gehilfenhandlungen. Aus diesem Grunde sei die Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

**C.b.c** Präzisierend halten die Beschwerdeführerinnen fest, sie hätten kein eigenes Interesse an der Einhaltung dieser Empfehlungen. Deren Aufnahme in die Informationssysteme von e-mediat und in die Lieferscheine von Unione und Galexis erfolge nicht mit der Absicht oder der Anweisung, dass die "Verkaufsstellen" die Empfehlungen befolgen müssten, sondern nur aus eigenen kommerziellen Interessen. Den Kunden soll eine möglichst komplette Dokumentation zur Verfügung gestellt werden, ohne dass dabei die Mitwirkung an einer Wettbewerbsabrede gebilligt oder in Kauf genommen würde. Deshalb seien weder Art. 25 StGB noch die einschlägigen Kriterien des Europäischen Wettbewerbsrechts erfüllt.

**C.c** Darüber hinaus habe die Vorinstanz das Gebot der Rechtsgleichheit missachtet, da nur den vier grössten Grossisten die Weiterleitung von Preisempfehlungen verboten werde, nicht aber den rund 800 weiteren Medikamentendistributoren.

#### D.

Am 20. April 2010 informierte das Bundesverwaltungsgericht durch amtliche Publikation im Bundesblatt die von der Vorinstanz nicht direkt angeschriebenen Adressaten der Sanktionsverfügung, dass dagegen am 18. Januar 2010 Beschwerde erhoben worden war (vgl. BBl 2010 2518).

#### E.

**E.a** Am 12. Juli 2010 liess sich die Vorinstanz nach erstreckter Frist mit dem Antrag vernehmen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Die Vorinstanz betont, aus der angefochtenen Verfügung gehe klar hervor, was die Gehilfenschaft beinhalte. Die Grossisten seien nur ein Bindeglied, wobei die Abrede zwischen den Pharmaunternehmen und den "Verkaufsstellen" bestehe. Die Software von e-mediat und der Grossisten ermögliche eine einfache und flächendeckende Verbreitung der Publikumspreisempfehlungen und erleichtere deren Einhaltung durch die "Verkaufsstellen". Dies mache die - nicht sanktionierte - Gehilfenstellung aus, die nicht im strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Sinne zu verstehen sei. Aus Gründen der Opportunität sei nur der Tatbeitrag der Beschwerdeführerinnen ermittelt und die Rolle der tausenden, an den Abreden Direktbeteiligten analysiert worden.

**E.b** Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit ein, zur vorinstanzlichen Vernehmlassung bis zum 20. September 2010 eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

#### F.

**F.a** Am 26. August 2010 ersuchten die Beschwerdeführerinnen das Bundesverwaltungsgericht um Fristverlängerung bis zum 20. Oktober 2010 und beantragten - unter Hinweis auf den engen Zusammenhang der Sachverhalte und die gleichen Rechtsfragen - die Vereinigung der Beschwerdeverfahren B-323/2010, B-320/2010, B-

360/2010, B-362/2010 und B-364/2010. Gleichzeitig ersuchten sie um erweiterte Akteneinsicht.

**F.b** Am 31. August 2010 verfügte das Bundesverwaltungsgericht die Aussetzung der am 19. August 2010 verfügten Frist für eine allfällige Stellungnahme. Gleichzeitig teilte es den Beschwerdeführerinnen mit, über eine allfällige Verfahrensvereinigung sowie über die beantragte erweiterte Akteneinsicht werde später entschieden.

**F.c** Mit Zwischenverfügung vom 16. September 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Antrag auf Vereinigung der Beschwerdeverfahren wie auch den Antrag auf erweiterte Akteneinsicht ab. Gleichzeitig verlängerte es den Beschwerdeführerinnen die Frist für eine allfällige Stellungnahme bis zum 15. Oktober 2010.

#### G.

**G.a** Nach gewährter Fristerstreckung reichten die Beschwerdeführerinnen am 12. November 2010 ihre Stellungnahme ein. Darin halten sie an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde fest.

**G.b** Mit Zwischenverfügung vom 16. November 2010 brachte das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme der Vorinstanz zur Kenntnis und sistierte gleichzeitig das Beschwerdeverfahren, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien, bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts zu den bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen

B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (in Sachen Swisscom/Mobilterminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (in Sachen Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

#### H.

Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf, nachdem das Bundesgericht am 29. Januar 2013 die Begründung des öffentlich beratenen Urteils 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 im Fall Publigroupe SA (teilweise publiziert in BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

#### I.

Mit Schreiben vom 3. September 2013 informierte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerinnen, dass sich in einem ebenfalls hängigen Beschwerdeverfahren zur gleichen Sanktionsverfügung Fragen zum sog. "fil rouge" gestellt hätten, die auch eine gewisse Bedeutung für das vorliegende Verfahren hätten.

Gleichzeitig liess die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen eine anonymisierte Kopie der Zwischenverfügung B-364/2010 vom 3. September 2013 zukommen, woraus ersichtlich ist, dass die entsprechenden "fils rouges" der Untersuchung 22-0326 als Internamangels Beweiseignung - in keinem Beschwerdeverfahren als Bestandteil der Akten anzuerkennen seien.

#### J.

Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil er-

heblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2 [BVGE 2008/48]).

**1.1.** Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. November 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die von eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die von der Vorinstanz erlassene Verfügung.

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **1.2.**

**1.2.1.** Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; vgl. BGE 133 II 181 E. 3.2), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde einem Verfügungsadressaten verschaffen würde oder - anders ausgedrückt - im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1). Das "besondere Berührtsein" nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 188 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

Diese Legitimationsvoraussetzungen bezwecken, die Popularbeschwerde auszuschliessen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12 zu Art. 48 VwVG).

**1.2.2.** Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, BGE 133 II 249 E. 1.1; VERA MARANTELLI-SONANINI/ SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.]: VwVG, Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungs-

verfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 5 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde nicht ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

**1.2.3.** Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Durch die angefochtene Verfügung sind sie insoweit besonders berührt, als ihnen in der Dispositiv-Ziff. 3 verboten wird, bezüglich der Publikumspreisempfehlungen weiterhin "Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.)" vorzunehmen.

Soweit sie daher in der Ziff. 2 ihres Beschwerdebegehrens hinsichtlich der für unzulässig erklärten Publikumspreisempfehlungen die Aufhebung des Verbots ihrer Gehilfenhandlungen verlangen, sind sie nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

#### **1.2.4.**

**1.2.4.1** Soweit die Beschwerdeführerinnen indessen die "vollumfängliche" Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragen, sind sie durch die Dispositiv-Ziffer 2, welche Pfizer, Eli Lilly und Bayer verbietet, die von ihnen abgegebenen Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen, nicht direkt betroffen. Als materielle Adressaten dieser Anordnung sind in erster Linie Pfizer, Eli Lilly und Bayer beschwerdebefugt, zumal nur ihnen gegenüber rechtsverbindlich ein Veröffentlichungsverbot für ihre Preisempfehlungen auferlegt wird (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 48 VwVG). In der Tat haben diese drei Unternehmen die vorliegend strittige Verfügung ebenfalls angefochten, zumal ihnen gegenüber neben dem Verbot insbesondere auch erhebliche Sanktionsbeträge (inkl. Verfahrenskosten) auferlegt worden sind (Beschwerdeverfahren B-360/2010 betr. Eli Lilly, B-362/2010 betr. Bayer und B-364/2010 betr. Pfizer).

Soweit die Beschwerdeführerinnen die Dispositiv-Ziffer 2 anfechten, scheinen sie zu Gunsten der besagten Pharmaunternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, welches über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausgehen würde (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4364/2009 vom 18. November 2009

**E. 2.4** mit Hinweisen). Insbesondere ist hier keine der in der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen für eine zulässige Beschwerde zu Gunsten eines belasteten Dritten ersichtlich (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 34-36 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

**1.2.4.2** In der Dispositiv-Ziffer 4 wurde Pfizer, Bayer und Eli Lilly für das in der Dispositiv-Ziffer 1 genannte Verhalten (für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008) je ein (den Beschwerdeführerinnen gegenüber nicht offen gelegter) Sanktionsbetrag auferlegt. Wie bereits in der Erwägung 1.2.4.1 erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben.



Auch hier scheinen die Beschwerdeführerinnen, die selbst nicht mit einem Sanktionsbetrag belastet worden sind, zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich ihre Interessenlage von der eines Populärbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

**1.2.4.3** Inwiefern des Weiteren die Beschwerdeführerinnen durch die Dispositiv-Ziffer 5 (Einstellung der Untersuchung) bzw. die Dispositiv-Ziffer 6 (Verweis auf Art. 50 und 54 KG), die sich auf eine Wiederholung der ex lege geltenden Rechtsordnung erschöpft, beschwert sein könnten, ist nicht ersichtlich.

**1.2.4.4** In der Dispositiv-Ziffer 7 schliesslich werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 692'118.- je zu einem Sechstel einzig den sanktionierten Pharmaunternehmen auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen selbst wurden mit keinerlei Verfahrenskosten belastet.

Entsprechend den in der Erwägung 1.2.4.2 angestellten Überlegungen verfügen die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

**1.2.5.** Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

**1.3.** Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten, als darin in Bezug auf die für unzulässig erklärten Publikumspreisempfehlungen die Aufhebung des Verbots von Gehilfenhandlungen verlangt wird.

## 2.

**2.1.** Die von den Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aufgeworfene Streitfrage zur Zulässigkeit eines Verbotes angeblicher "Gehilfenhandlungen" ist rein akzessorisch zu dem in der angefochtenen Sanktionsverfügung geregelten und an die Pharmaherstellerinnen Pfizer, Eli Lilly und Bayer gerichteten Verbot, weiterhin Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra zu veröffentlichen.

**2.2.** Mit den am selben Tag - wie das vorliegende Urteil - gefällten Urteilen in den Beschwerdeverfahren B-360/2010 (betr. Eli Lilly), B-362/2010 (betr. Bayer) und B-364/2010 (betr. Pfizer) hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass die Wettbewerbskommission mit der verfügten Sanktion sowie dem Veröffentlichungsverbot für die strittigen Publikumspreisempfehlungen Bundesrecht verletzte. Dementsprechend hat es die drei Beschwerden, soweit darauf einzutreten war, teilweise gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 7 der angefochtenen Verfügung aufgehoben. Dazu hat es im Einzelnen Folgendes festgehalten:

**2.2.1.** Die Wettbewerbskommission habe zwar den "Absatzmarkt" für die wegen ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials verschreibungspflichtigen Medikamente Viagra, Levitra und Cialis angesichts der gesundheitspolizeilichen Regulierung grundsätzlich zu Recht nicht als einen "normalen Markt" bezeichnet. Dennoch habe die Vorinstanz im Widerspruch dazu im Ergebnis einen gewöhnlichen Konsumgütermarkt unterstellt, ohne die

Auswirkungen des Zusammenspiels zwischen heilmittelgesetzlichem Publikumsverbot und dem psychologisch wirksamen "Schamfaktor" auf den Intra-Brand-Preiswettbewerb sorgfältig zu analysieren. Insbesondere habe die Vorinstanz die Besonderheiten der Rolle selbstdispensierender Ärzte in der Behandlung ihrer Patienten nicht gebührend gewürdigt.

**2.2.2.** Bei den strittigen Medikamenten Viagra, Levitra und Cialis hätten die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht und Publikumsverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" (als wettbewerbsbeschränkender Parameter) den Intra-Brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen in einem Ausmasse ausgeschaltet, dass hier von einem gesetzlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen sei. Insofern habe die Vorinstanz zu Unrecht in der Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen eine nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige - und zudem nach Art. 30 Abs. 1 KG verbotswürdige - Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG angenommen.

**2.3.** Diese Beurteilung gilt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Lassen sich die beanstandeten Publikumspreisempfehlungen zu Viagra, Levitra und Cialis kartellgesetzlich nicht beanstanden, kann folgerichtig auch die von den Beschwerdeführerinnen geleistete Weiterverbreitung dieser Empfehlungen nicht kartellgesetzlich unzulässig sein. Insofern ist das gegenüber ihnen ausgesprochene Verbot der (von der Vorinstanz fälschlicherweise als unzulässig bezeichneten) "Gehilfenhandlungen" aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen.

## 3.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist, als darauf eingetreten werden kann.

## 4.

### 4.1.

**4.1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**4.1.2.** Bei diesem Verfahrensausgang sind die Beschwerdeführerinnen überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen das Verbot angeblicher "Gehilfenhandlungen" im Streite lag. Deshalb sind den Beschwerdeführerinnen in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf deren Beschwerde nicht einzutreten ist (E. 1.2.4) und sie zudem die Kosten für die Zwischenverfügung vom 16. September 2010, ausmachend Fr. 300.-, zu tragen haben (vgl. unter F.c).

**4.1.3.** Diese Kosten machen insgesamt Fr. 800.- aus und werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet, weshalb den Beschwerdeführerinnen der Restbetrag von Fr. 1'700.- nach Eintritt der

Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

## 4.2.

**4.2.1.** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1).

**4.2.2.** Das Bundesverwaltungsgericht trifft den Entscheid über die Parteientschädigung von Amtes wegen und, sofern vorhanden, aufgrund der Kostennote, sowie den Akten und in der Regel ohne eingehende Begründung. Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist den Beschwerdeführerinnen, da sie überwiegend obsiegen, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen haben keine Kostennote eingereicht und ihre notwendigen

Auslagen nicht nachgewiesen. Die entsprechende Parteientschädigung ist aufgrund der Akten und nach freiem richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung der Kürzung auf Fr. 16'000.- (inkl. MWST) festzusetzen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1, Art. 8, Art. 13 Bst. a und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben.

#### 2.

Den Beschwerdeführerinnen werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 800.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'700.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

#### 3.

Den Beschwerdeführerinnen wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 16'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

#### 4.

Dieses Urteil geht an:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<p><b>4. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gegen WEKO – Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG</b></p>
-----	--

*Urteil B-506/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO - Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG*

**Sachverhalt:**

**I. Einleitung**

**A.**

**A.a** Die Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil entwickelt und vertreibt seit über 60 Jahren Mund- und Zahnpflegeprodukte, darunter Zahnpasten, Zahnpülungen, Gelees und Zahnbürsten. Zu ihren bekannten Marken gehören Elmex und Meridol. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. In Österreich ist die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, seit 25 Jahren Lizenznehmerin von Gaba. Gebro ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert.

**A.b** Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Lizenzvertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

*"GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."*

**A.c** Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Products". Hinsichtlich des Vertriebs von Gaba-Produkten in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 vor:

*"The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply*

*of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."*

**A.d** Die Denner AG (Denner) mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Ferner beliefert Denner rund 300 Denner-Satelliten. Im Nachgang an das von der Wettbewerbskommission (WEKO, im Folgenden: Vorinstanz) mit Verfügung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligte Zusammenschlussvorhaben wurde Denner durch den Migros-Genossenschafts-Bund (hiernach: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

**II. Vorinstanzliches Verfahren**

**B.**

**B.a** Die Denner AG (hiernach: die Anzeigerin) reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Vorinstanz eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein und beantragte die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Sie machte geltend, dass ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien. In ihrer Anzeige monierte sie insbesondere die Lieferverweigerung durch Gaba, die wegen des must-stock-Charakters von Elmex rot bewirkte Wettbewerbsbehinderung, Gabas Selektivvertriebssystem für Elmex rot sowie die Verhinderung von Parallelimporten aus Österreich.

**B.b** Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und schickte sowohl Gaba als auch verschiedenen Schweizer Detailhändlern Fragebögen. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 wurde Gebro vom Sekretariat zu den Gründen für die Nichtbelieferung der Anzeigerin befragt. Mit E-Mail vom 24. Oktober 2006 teilte Gebro dem Sekretariat mit, solche Auskünfte würden erst auf formelle Anfrage hin gegeben.

**B.c** Am 8. Februar 2007 informierte das Sekretariat Gaba und die Anzeigerin über die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz gemäss Art. 27 KG. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Bundesblatt am 13. März 2007 (BBI 2007 1784). Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der

Denner AG mit Elmex rot als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei.

**B.d** Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen an Gaba, Gebro und die Anzeigerin, an diverse Verbände, Detailhändler, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien und Zahnpasta-Hersteller, sowie an das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic, an das Bundesamt für Gesundheit, die Colgate-Palmolive-Gruppe und an verschiedene Zahnärzte. Mit Schreiben vom 3. April 2007 informierte die Anzeigerin das Sekretariat über einen weiteren gescheiterten Importversuch von Elmex rot aus Österreich. Ihr sei vom ausländischen Lieferanten beschieden worden, dass Gaba die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot aus Österreich nicht erlaube.

**B.e** Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat Gaba und Gebro seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Darin gelangte es zum Schluss, dass Gaba und Gebro aufgrund einer unzulässigen Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG zu sanktionieren seien. Gleichzeitig wurde Gebro informiert, dass die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz auf sie erweitert worden sei. Gaba äusserte sich am 25. März 2009 und Gebro am 30. April 2009 zum Antrag.

**B.f** Am 8. Juni 2009 wurden Gaba und Gebro von der Vorinstanz angehört und ihnen wurde Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Im Anschluss konnten Gaba und Gebro zum Protokoll der Anhörung schriftlich Stellung nehmen. Eine Einvernahme der Anzeigerin als Zeugin fand am 6. Juli 2009 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz und im Beisein von Gaba und Gebro statt. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 erhielten Gaba und Gebro das Protokoll der Zeugeneinvernahme verbunden mit der Aufforderung, sich dazu sowie zur Zeugeneinvernahme zu äussern. Zudem wurden sie mit Schreiben vom gleichen Tag aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

## **B.g**

**B.g.a** Die Vorinstanz erliess am 30. November 2009 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

*"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.*

*2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.*

*3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.- belastet.*

*4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.- belastet.*

*5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:*

*Gaba International AG CHF 296'215.-.*

*Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.-.*

*6. [Rechtsmittelbelehrung]*

*7. [Eröffnung]"*

Die Verfügung wurde am 7. Dezember 2009 versandt und am 8. Dezember 2009 zugestellt. Die Veröffentlichung erfolgte in RPW 2010/1, S. 65 ff.

**B.g.b** Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 statuierte Verbot von Aktiv- und Passivverkäufen ausserhalb des vereinbarten Gebiets (sog. absoluter Gebietsschutz) bezwecke oder bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Der den Schweizer Markt abschottende Lizenzvertrag falle unter den Vermutungstatbestand der vertikalen Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und sei folglich als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Der absolute Gebietsschutz könne nicht durch die Notwendigkeit eines selektiven Vertriebs legitimiert werden, zumal dieser gegenüber der Anzeigerin nicht diskriminierungsfrei praktiziert worden sei. Auch durch die Unterstellung unter die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfervereinbarungen, TT-GVO) könne das Verkaufsverbot nicht als zulässig erklärt werden, da der Lizenzvertrag die in der Verordnung vorgeschriebenen Kriterien nicht erfülle. Aus diesen Gründen kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb als vermutungsweise beseitigt anzusehen sei.

**B.g.c** In der angefochtenen Verfügung wird weiter festgestellt, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne zwar auf dem relevanten Markt, welcher laut Vorinstanz das Gebiet der Schweiz für Zahnpasta des täglichen Bedarfs umfasst, aufgrund des in geringem Umfang existierenden Intra-brand-Wettbewerbs in Kombination mit dem vorhandenen Inter-brand-Wettbewerb widerlegt werden. Indes seien absolute Gebietsschutzklauseln im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG besonders schädlich und würden deshalb das qualitative Element einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ihrem Wesen nach erfüllen. In quantitativer Hinsicht sei bei absoluten Gebietsschutzabreden auf die potenziellen Auswirkungen von Parallelimporten abzustellen. Aufgrund von Marktstellung und Marktanteil von Elmex rot, den Preisunterschieden zu Österreich und den spürbaren Auswirkungen auf den Endpreis von Elmex rot, welche auf dem Schweizer Markt nach der Belieferung von Denner mit Elmex rot festgestellt worden seien, sei auch das quantitative Kriterium der Erheblichkeit zu bejahen. Der bis zum 1. September 2006 zwischen Gaba und Gebro bestehende Lizenzvertrag sei deshalb als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sei nicht möglich.

**B.g.d** Die Vorinstanz kommt ferner zum Schluss, die von Gaba und Gebro getroffene Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG falle aufgrund unzulässiger erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung in den Anwendungsbereich von Art. 49a Abs. 1 KG. Die Abrede sei Gaba überdies trotz Bestehens eines Compliance-Programmes vorwerfbar, da sie bewusst umgesetzt worden sei und ihre Unzulässigkeit als Gaba bekannt vorausgesetzt werden dürfe. Insgesamt stelle das Verhalten von Gaba mindestens einen mittelschweren Verstoss dar, weshalb von einem Basisbetrag von 5 % des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes der letzten drei Jahre auszugehen sei. Dieser Betrag sei gestützt auf die Dauer des praktizierten Wettbewerbsverstosses von rund 2 ½ Jahren um 20 % anzuheben. Weitere erschwerende oder mildernde Umstände lägen nicht vor. Aus diesen Gründen werde Gaba mit einer Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- belegt. Zudem habe Gaba von den Gesamtkosten der Vorabklärung und der Untersuchung in Höhe von CHF 306'215.- den Betrag von CHF 296'215.- zu tragen.

**B.h** Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 konnte das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG aus Sicht der Vorinstanz nicht erstellt werden.

### III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

#### C.

**C.a** Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. November 2009 erhob Gaba (hiernach: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

*"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 sei bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben.*

*2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.*

*3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neubeurteilung zurückzuweisen.*

*Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.*

#### Verfahrensantrag

*Falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entscheidet, sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."*

**C.b** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, einen Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz, die Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sowie die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Vorinstanz. Zur Gehörsverletzung führt sie aus, sie sei nicht zu den Änderungen der angefochtenen Verfügung angehört wor-

den, ihr sei keine Einsicht in gewisse Eingaben der Anzeigerin und in Notizen ihrer Gespräche mit der Vorinstanz gewährt worden, es liege ein Aktenführungsmangel vor, und die Vorinstanz habe sich mit verschiedenen Argumenten nicht auseinandergesetzt. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes trägt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe sich mit wesentlichen Vorbringen und Beweismitteln nicht auseinandergesetzt und zahlreiche Behauptungen ungenügend begründet. Die strafrechtliche Unschuldsvermutung sieht die Beschwerdeführerin durch eine Medienkampagne der Anzeigerin sowie durch öffentliche Äusserungen der Vorinstanz als verletzt an. Schliesslich rügt sie eine Verletzung der Ausstandsregeln, da ein Mitglied des Verwaltungsrates der Anzeigerin, welches gleichzeitig Mitglied der Vorinstanz gewesen sei, im vorliegenden Verfahren nicht in den Ausstand getreten sei.

**C.c** Materiell macht die Beschwerdeführerin erstens eine Verletzung von Bundesrecht geltend, weil die Vorinstanz sowohl das Kartellgesetz als auch das Lebensmittelrecht unrichtig angewendet habe. So werde der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 nicht vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, da er unter die Technologietransferverordnung der EU falle und folglich auch nach Schweizer Kartellrecht zulässig sei. Ferner regle der Vertrag ausschliesslich den österreichischen Markt, weswegen das Schweizer Kartellrecht mangels unmittelbarer Auswirkungen des Vertrags in der Schweiz nicht anwendbar und die Vorinstanz nicht zuständig sei. Zudem hätten die Beschwerdeführerin und Gebro die Gebietsschutzklausel seit 2003 weder befolgt noch durchgesetzt, womit diese faktisch nicht beachtet und damit aufgehoben gewesen sei. Auch aus diesem Grund sei eine Auswirkung auf den Schweizer Markt nicht gegeben gewesen. Des Weiteren sei eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG bereits durch den Umstand ausgeschlossen, dass es sich bei Elmex rot um eine selektiv vertriebene Zahnpasta mit medizinischem Image handle und Denner mangels Erfüllung der Selektionskriterien nicht beliefert worden sei. Schliesslich seien Importe im untersuchungsrelevanten Zeitraum aufgrund regulatorischer Vorschriften beschränkt gewesen. Im Übrigen sei das Legalitätsprinzip verletzt, da Art. 5 Abs. 4 KG in casu nicht als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung dienen könne.

**C.d** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht ausserdem, die Vorinstanz habe in mehrfacher Hinsicht den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt. Des Weiteren sei die strafrechtliche Unschuldsvermutung verletzt, da die Beschwerdeführerin sanktioniert worden sei obwohl sie kein Verschulden treffe und sie über ein funktionierendes Compliance-Programm verfüge. Schliesslich habe die Vorinstanz das KG und die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) unrichtig angewendet, indem sie Art, Schwere und Dauer des Verstosses falsch beurteilt sowie mildernde Umstände nicht berücksichtigt habe.

**C.e** Hinsichtlich der Verfahrenskosten rügt die Beschwerdeführerin schliesslich eine Verletzung des Verursacher- und Unterliegerprinzips, da ihr die Gebühren

für das gesamte Untersuchungsverfahren auferlegt worden seien, obwohl sich bei zwei von drei Untersuchungspunkten die Verdachtsmomente nicht hätten erhärten lassen und sie somit höchstens mit einem Sechstel der Kosten zu belasten sei.

**D.** Parallel hierzu erhob die Gebro Pharma GmbH mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-463/2010).

**E.** Mit Verfügung vom 3. Februar 2010 teilte der Instruktionsrichter der Anzeigerin mit, es stehe ihr frei, allfällige Parteirechte bis zum 5. März 2010 geltend zu machen. Die Anzeigerin ersuchte mit Eingabe vom 3. März 2010 für die Entscheidung über die Ausübung allfälliger Parteirechte im vorliegenden Verfahren um Zustellung der Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen. Zudem erklärte sie, sie werde nach wie vor weder von europäischen Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin noch von Gebro zu europäischen Preisen beliefert. Mit Schreiben vom 24. März 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des Gesuches der Anzeigerin um Zustellung der Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen, da diese nicht über das parteirechtliche Akteneinsichtsrecht verfüge solange nicht über ihre Stellung im vorliegenden Verfahren entschieden worden sei. Die Vorinstanz verzichtete in ihrer Eingabe vom 17. März 2010 auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Anzeigerin.

**F.** Da die Anzeigerin sich nicht als Partei konstituierte, wies das Bundesverwaltungsgericht am 30. März 2010 das Gesuch der Anzeigerin vom 3. März 2010 um Einsicht in die Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen ab. Zudem forderte es die Anzeigerin auf, allfällige Parteirechte bis zum 30. April 2010 geltend zu machen.

**G.** Die Vorinstanz liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 19. April 2010 zum vorliegenden Verfahren vernehmen und reichte die vorinstanzlichen Akten ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 25. Januar 2010 unter Kostenfolge.

**H.** Mit Verfügung vom 18. Mai 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Anzeigerin nicht innert der ihr mit Verfügung vom 30. März 2010 gewährten Frist zur Geltendmachung allfälliger Parteirechte hat vernehmen lassen, weswegen ihr im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung zukommt. Sie wird zu gegebenem Zeitpunkt über den Ausgang des Verfahrens informiert.

**I.** Angesichts des Vorgehens der Vorinstanz, in der Vernehmung vom 19. April 2010 sowohl zur Rechtschrift der Beschwerdeführerin als auch zu derjenigen von Gebro Stellung zu nehmen, beantragte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. Mai 2010 die Zustellung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Kopie der Beschwerde von Gebro. Mit Verfügung vom 1. Juni 2010 lud das Bundesverwaltungsgericht Gebro zur Einreichung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version der Beschwerde vom 25. Januar 2010 sowie einer Stellungnahme zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. Mai 2010 ein. Die mit Schreiben vom 8. Juni 2010 übersandte, um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Kopie der Beschwerde von Gebro vom 25. Januar 2010 wurde

der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 14. Juni 2010 zugestellt.

**J.** Die Beschwerdeführerin hielt innert erstreckter Frist in ihrer Replik vom 25. August 2010 an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Anträgen fest.

**K.** Angesichts der zu erwartenden präjudizierenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Wirkung auf das vorliegende Verfahren (insbesondere in den vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteilen B-2050/2007 i.S. Swisscom [Schweiz] AG und B-2977/2007 i.S. Publigroupe SA) sistierte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 31. August 2010 das Verfahren B-506/2010, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien bis zum 13. September 2010. Die Fortsetzung der Verfahrensinstruktion wurde auf den Zeitpunkt nach Eröffnung der vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteile angekündigt. Zudem wurde der Vorinstanz ein Doppel der Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 inkl. Beilagenverzeichnis zugestellt.

**L.** Die Vorinstanz ersuchte das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 8. September 2010 um Übermittlung der Beilagen 4 und 5 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010. Diese wurden ihr nach Einräumung des rechtlichen Gehörs an die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. September 2010 übersandt.

**M.**

**M.a** Innert erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin am 30. September 2010 eine Stellungnahme zur Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Sistierung des Verfahrens B-506/2010 mit folgenden Anträgen ein:

*"1. Das vorliegende Verfahren sei nicht zu sistieren und die Verfahrensinstruktion sei fortzusetzen.*

*2. Der Vorinstanz sei umgehend Frist zur Vernehmung zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 anzusetzen.*

*3. Eventualiter sei das Verfahren erst nach erfolgter Vernehmung der Vorinstanz zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 zu sistieren."*

**M.b** Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, die in der Verfügung vom 31. August 2010 erwähnten, vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteile hätten mangels engen Zusammenhangs keine präjudizielle Wirkung auf das vorliegende Verfahren. Zum einen handle es sich um unterschiedliche Sachverhalte: vor Bundesgericht werde eine Verletzung des "nulla poena sine lege"-Grundsatzes geltend gemacht bezüglich der Frage der Bestimmtheit von Art. 7 KG, während die Beschwerdeführerin in casu vortrage, für eine Sanktionierung fehle die gesetzliche Grundlage bzw. der vorliegende Sachverhalt falle nicht in den Anwendungsbereich der Sanktionsnorm. Zum anderen beträfen die vor Bundesgericht hängigen Verfahren den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, während vorliegend eine angebliche vertikale Wettbewerbsabsprache zu beurteilen sei.

**M.c** In den vor Bundesgericht anhängig gemachten Rechtssachen sei zudem die Unvereinbarkeit der institutionellen Organisation der Vorinstanz mit den Garantien der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) geltend gemacht worden. Wie das Bundesverwaltungsgericht mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Bundesgerichts festgestellt habe, sei das Schweizerische Kartellsystem EMRK-konform, solange das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition rechtskonform ausübe. Weil diese Frage immer einzelfallbezogen zu beantworten sei, hätten die vor Bundesgericht angefochtenen Urteile keine präjudizielle Wirkung auf den vorliegenden Fall.

**M.d** Zudem sprächen gewichtige öffentliche und private Interessen gegen die Sistierung. Einerseits habe die Vorinstanz ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek 07, BBl 2007 7597) an die neue, in der angefochtenen Verfügung angewandte Praxis angepasst. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei daher möglichst rasch über deren Rechtmässigkeit zu befinden. Ferner müssten, wenn das Bundesverwaltungsgericht die behaupteten Mängel des schweizerischen Kartellverfahrens trotz etablierter Rechtsprechung des Bundesgerichts als eine grundlegende Rechtsfrage erachte, aus Gründen der Rechtsgleichheit sämtliche künftigen Beschwerdeverfahren betreffend Sanktionsverfügungen der Vorinstanz sistiert werden, was mit dem in Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) statuierten Verbot der Rechtsverzögerung und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie nicht vereinbar sei. Überdies erheischen private Interessen, namentlich die Vermeidung von Rechtsunsicherheit in Bezug auf die erhobenen Vorwürfe, die von der Beschwerdeführerin gebildeten Rückstellungen sowie der Reputationsschutz eine rasche Verfahrenserledigung.

**M.e** Schliesslich ergebe sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführerin anzusetzen sei. Dies und der anschliessende Abschluss des Schriftenwechsels hätten vor einer allfälligen Sistierung des Verfahrens zu erfolgen. Die Vorinstanz ersuchte mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 um Zustellung der Beilage 3 zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010, welche ihr am 20. Oktober 2010 übersandt wurde.

**N.** Mit Zwischenverfügung vom 11. November 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz um Einreichung einer allfälligen Duplik. Gleichzeitig hob es die am 31. August 2010 angeordnete Sistierung des vorliegenden Verfahrens B-506/2010 auf und verfügte die neue Sistierung ab Eingang der Duplik der Vorinstanz bis zur schriftlichen Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts in den Verfahren gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 sowie B-2977/2007.

**O.** Die Vorinstanz reichte am 24. Januar 2011 innert erstreckter Frist eine Duplik ein, in der sie an ihren bisherigen Ausführungen festhielt.

**P.** Mit Urteil vom 11. April 2011 entschied das Bundesgericht über die Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/32 "Swisscom" (BGE 137 II 199). Die Parteien erhielten das schriftliche Urteil am 20. April 2011. Nach öffentlicher Beratung vom 29. Juni 2012 stellte das Bundesgericht zudem in der Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 ("Publigroupe") den Parteien das schriftliche Urteil am 28. Januar 2013 zu (BGE 139 I 72). Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Verfügung vom 6. Februar 2013 die Sistierung des Verfahrens B-506/2010 auf. Des Weiteren setzte es der Beschwerdeführerin Frist zur Mitteilung, ob sie an ihrem Verfahrensantrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalte. Schliesslich ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin sowie die Vorinstanz um Stellungnahme zur Frage, ob das Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" aus ihrer Sicht Auswirkungen auf das vorliegende Beschwerdeverfahren habe und wenn ja, um welche Auswirkungen es sich ihrer Meinung nach handle.

**Q.** In ihrer Eingabe vom 18. Februar 2013 führte die Vorinstanz aus, der Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 I 72 "Publigroupe" bestätige ihre Haltung hinsichtlich zwei wichtiger Punkte: einerseits sei klargestellt worden, dass es aus Sicht der EMRK keiner institutionellen Strukturänderungen im schweizerischen Kartellverfahren bedürfe. Andererseits habe das Bundesgericht festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis kartellrechtsrelevanter Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden dürften.

**R.**

**R.a** Mit Stellungnahme vom 13. März 2013 hielt die Beschwerdeführerin an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Rechtsbegehren fest und stellte folgende Verfahrensanträge:

1. a) *Es sei eine Instruktionsverhandlung i.S.v. Art. 57 Abs. 2 VwVG durchzuführen.*
- b) *Eventualiter: Es sei eine öffentliche Parteiverhandlung i.S.v. Art. 40 Abs. 1 VGG durchzuführen.*
2. *Die WEKO sei unter Fristansetzung durch das Bundesverwaltungsgericht zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den "fil rouge" auszuhändigen."*

**R.b** Zum Antrag auf Durchführung einer Instruktionsverhandlung macht die Beschwerdeführerin geltend, bei kartellrechtlichen Bussgeldverfahren seien regelmässig komplexe Wirtschaftssachverhalte und Sanktionen mit strafähnlichem Charakter zu beurteilen, weswegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine solche Verhandlung angezeigt sei. Auf jeden Fall habe die Beschwerdeführerin gemäss Art. 40 Abs. 1 VGG Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung, da in casu strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beurteilen seien.

**R.c** Bezüglich der Einsicht in den "fil rouge" trägt die Beschwerdeführerin erstmals vor, das Sekretariat der Vorinstanz habe im Wettbewerbsverfahren die Funktion

einer Untersuchungsbehörde, während die Vorinstanz selbst die Funktion eines "Richters" mit Strafkompetenz innehat. Das Sekretariat habe die Vorinstanz mit vertraulichen Akten, dem sog. "fil rouge" instruiert, in welche die Beschwerdeführerin bis heute keine Einsicht erhalten habe, womit sie nicht wisse, ob und wie sich die Vorinstanz mit ihren Argumenten auseinandergesetzt habe. Gemäss Art. 6 EMRK müsse die Beschwerdeführerin in der Lage sein, ihre Rechte im Strafverfahren wirksam wahrzunehmen, was Kenntnis der Beschuldigungen, des Beweisergebnisses und auch der zur Verfügung stehenden Verteidigungsrechte voraussetze. Deswegen sei das Anlegen von Geheimakten durch die Strafbehörden unzulässig.

**R.d** Schliesslich führt die Beschwerdeführerin zum Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 I 72 "Publigroupe" aus, die EMRK-Konformität des vorliegenden Verfahrens könne nur dadurch hergestellt werden, dass das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Einwände der Beschwerdeführerin "Punkt für Punkt" prüfe. Dabei dürfe es sich nicht auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum Beweismass in Wettbewerbsverfahren stützen, da es im vorliegenden Fall um eine Würdigung der Beweislage gehe, namentlich um die tatsächliche Frage, ob die Beschwerdeführerin durch eine angebliche Parallelimportbeschränkung den Wettbewerb in der Schweiz beschränkt habe. Wie bereits in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 dargelegt, habe die Vorinstanz den Sachverhalt ungenügend untersucht. Weil es bei der Frage der Beschränkung von Parallelimporten um "harte Fakten" gehe, sei eine hypothetische Beweisführung aufgrund ökonomischer Annahmen per se ausgeschlossen.

**S.** Das Bundesverwaltungsgericht forderte mit Verfügung vom 20. März 2013 die Vorinstanz auf, eine Kopie des vollständigen "fil rouge" unter Bezeichnung allfälliger Geheimhaltungsinteressen bzw. Geschäftsgeheimnisse einzureichen. Zudem wurde die Vorinstanz aufgefordert, zur Frage Stellung zu nehmen, ob der Beschwerdeführerin Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren sei.

**T.**

**T.a** Mit Eingabe vom 8. April 2013 reichte die Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht den "fil rouge" ein und stellte folgende Anträge:

*"Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren."*

Eventualantrag:

*"Sollte das Gericht entscheiden, dass einzelne Elemente aus dem "fil rouge" keine verwaltungsinternen Informationen darstellen, sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einsicht in diese Elemente des "fil rouge" zu gewähren."*

**T.b** Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, es seien drei Versionen des "fil rouge" erstellt worden: (i) für die Eintretensdebatte und die Anhörung der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009, (ii) für die erste Entscheiddebatte der Vorinstanz, sowie (iii) für die verfahrensabschliessende Entscheidungsdiskussion. Während die ersten beiden Versionen in erster Linie der Strukturierung der Diskussion anlässlich der Plenarsitzung der Vorinstanz gedient hätten, habe die dritte Version den Inhalt des

vom Sekretariat zu Händen der Vorinstanz verfassten Verfügungsentwurfs zusammengefasst. Beim "fil rouge" handle es sich um eine verwaltungsinterne Akte, welcher kein Beweischarakter zukomme. Im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zur Einsichtnahme in verwaltungsinterne Akten sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren. Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass einzelne Elemente im "fil rouge" eine "objektive Bedeutung für die verwaltungswesentliche Sachverhaltsfeststellung" hätten, so sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einblick in diese Elemente zu gewähren.

**T.c** Im Zwischenentscheid vom 17. April 2013 gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass es sich beim "fil rouge" um eine verwaltungsinterne Akte handelt. Das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Einsicht in diese wurde abgewiesen.

**U.** Mit prozessleitender Anordnung vom 28. August 2013 holte das Bundesverwaltungsgericht bei der Vorinstanz Unterlagen im Zusammenhang mit Sitzungen der Vorinstanz ein.

**V.** Am 10. Oktober 2013 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin beantragte Verhandlung statt. Im Anschluss an das mündliche Plädoyer der Vorinstanz stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei ihr zu gestatten, auf dieses schriftlich zu replizieren. Der Antrag wurde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz in der Verhandlung gutgeheissen.

**W.** Mit Verfügung vom 15. Oktober stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz das Protokoll der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 zur freien Stellungnahme zu. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihre schriftliche Replik zum mündlichen Plädoyer der Vorinstanz einzureichen. Die Stellungnahme der Vorinstanz zum Protokoll der Verhandlung ging am 22. Oktober 2013 ein.

**X.** Die Beschwerdeführerin reichte am 31. Oktober 2013 innert erstreckter Frist ihre schriftliche Replik zum mündlichen Plädoyer der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung ein. Die entsprechende Duplik der Vorinstanz wurde dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 11. November 2013 zugestellt. Am 5. November 2013 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz telefonisch um Einreichung einer detaillierten Aufstellung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Diese wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 12. November 2013 übermittelt. Die Eingaben wurden den Parteien und die Kostenaufstellung wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zugestellt.

**Y.** Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie entscheidenderheblich sind, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### 1. Prozessvoraussetzungen

#### 1.

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundes-



verwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen.

**1.2** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 m.w.H.). Der angefochtene Entscheid der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinne von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

Auf die Beschwerde vom 25. Januar 2010 ist daher einzutreten.

## 2. Ausgangslage

### 2.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- auferlegt, da sie zum Schluss gelangte, der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestehende Lizenzvertrag habe eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) enthalten. In der betreffenden Klausel seien sowohl ein Aktiv- als auch ein Passivverkaufsverbot vereinbart worden. Dabei definierte die Vorinstanz einerseits den aktiven Verkauf als die aktive Ansprache einzelner Kunden in einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Andererseits umschrieb sie den passiven Verkauf als die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Die massgebliche Dauer für die Berechnung der Sanktion ist der Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 1. September 2006. Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Vorliegen einer vertikalen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG nicht erstellt sei. Dem vorliegenden Urteil liegt demnach der bis zum 1. September 2006 geltende Sachverhalt zugrunde.

## 3. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

### i. Persönlicher Anwendungsbereich

#### 3.

**3.1** Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz, welches gemäss Art. 1 KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellgesetz ist nach Art. 2 Abs. 1 KG auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar, worunter sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess zu verstehen sind, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Als Herstellerin und Vertreiberin von Zahnpasta, Zahnpflegemitteln, Gelees und Zahnbürsten ist die Beschwerdeführerin Anbieterin von Gütern im Wirtschaftsprozess und fällt demnach unter den Unternehmensbegriff im Sinne des Kartellgesetzes.

### ii. Sachlicher Anwendungsbereich

#### 3.2

**3.2.1** In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend bestand zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 ein schriftlicher Lizenzvertrag. Es ist zu prüfen, ob dieser Vertrag als Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist.

**3.2.2** Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (siehe statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, hier nach: BSK-KG, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 Rn. 79 ff.). Der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 bestehende, schriftliche Vertrag erfüllt diesen Tatbestand zweifelsohne.

**3.2.3** Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie den Preis oder die Lieferbedingungen) in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.1 m.w.H.). Um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbe-

schränkung, die Abrede muss noch keine Wirkung zeitigt haben. Dabei ist die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. NYDEGER/NADIG, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 50 und 69 ff.; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpfli's Handkommentar zum KG, Bern 2007, hiernach Baker-Kommentar KG, Art. 4 Rn. 24).

**3.2.4** Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 sah vor, dass einerseits der Beschwerdeführerin die Ausfuhr von Elmex rot nach Österreich sowie der direkte und indirekte Vertrieb von Elmex rot in Österreich untersagt waren. Andererseits wurde festgelegt, dass Gebro Elmex rot ausschliesslich in Österreich herstellen und vertreiben und weder direkte noch indirekte Exporte in andere Länder tätigen durfte. Der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 statuierte demnach für beide Vertragsparteien eine Einschränkung ihrer Freiheit, Elmex rot herzustellen bzw. zu vertreiben. Ob diese Klausel eingehalten wurde oder nicht, ist für die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht erheblich. Es genügt bereits, wie hiervor ausgeführt, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wurde. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 fällt demnach in den sachlichen Anwendungsbeereich des Kartellgesetzes.

### iii. Örtlicher Anwendungsbereich

#### 3.3

**3.3.1** Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 die Verletzung von Bundesrecht sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung, da gemäss dem Auswirkungsprinzip das Kartellgesetz nur auf Sachverhalte anwendbar sei, welche sich in der Schweiz auswirkten. Es werde eine unmittelbare Auswirkung vorausgesetzt, was auch Spürbarkeit im Sinne einer möglichen Wahrnehmung der Beschränkung verlange. Der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 bestehende Lizenzvertrag habe Letzterer das Recht für die Herstellung und den Vertrieb der lizenzierten Produkte in Österreich gewährt und regle somit ausschliesslich den österreichischen Markt. Es sei aktenkundig, dass Gebro nie Anfragen von Schweizer Unternehmen bezüglich Lieferungen von Elmex rot in die Schweiz erhalten habe. Insbesondere habe die Anzeigerin nie versucht, Elmex rot zu importieren. Schliesslich halte die Vorinstanz selber fest, dass von den Schweizer Detailhändlern nur Spar Schweiz und die Anzeigerin ein Interesse an Importen gehabt haben könnten. So habe die Befragung der Schweizer Detailhändler ergeben, dass in der Periode 2004 bis 2006 kein Händler versucht habe, Elmex rot in die Schweiz zu importieren. Aus diesen Gründen sei klar, dass der Lizenzvertrag nie unmittelbare oder spürbare Auswirkungen in der Schweiz gehabt habe, weswegen das Schweizer Kartellrecht nicht anwendbar und die Wettbewerbskommission nicht zuständig sei. In ihrer Replik vom 23. August 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest.

Ergänzend fügt sie an, die generellen Preissenkungen von Coop im Jahre 2009 hätten nichts mit den Jahren 2004 bis 2006 zu tun. Auch habe sich die Marktstruktur im Detailhandel seither signifikant verändert, weshalb keine sinnvollen Rückschlüsse möglich seien.

**3.3.2** Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung vom 19. April 2010 aus, der in Frage stehende Lizenzvertrag habe sehr wohl Auswirkungen in der Schweiz zeitigt. Ein Vertrag, der passive Verkäufe in gewisse Länder untersage, habe insofern Auswirkungen auf diese Länder, als passive Anfragen aus diesen Ländern nicht bedient werden könnten und der Wettbewerb durch Parallelimporte nicht intensiviert werden könne. Feststellbare Auswirkungen könnten sich in einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, beispielsweise durch ein höheres Preisniveau, zeigen. Seit der Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot im März 2009 habe der Intra-brand-Wettbewerb um Elmex rot deutlich zugenommen. Der Detailhändler Coop habe im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin den Preis für Elmex rot um rund 10 % gesenkt. Im Februar 2010 habe die Anzeigerin den Preis von Elmex rot erneut um rund 15 % reduziert, was gemäss ihren Angaben nur aufgrund von Parallelimporten möglich gewesen sei. In der Folge habe Coop den Preis für Elmex rot ebenfalls auf denjenigen der Anzeigerin gesenkt. Diese Reaktionen zeigten, dass nachhaltige Parallelimporte im untersuchungsrelevanten Zeitraum in der Schweiz preissenkende Wirkungen gehabt hätten, wenn es sie gegeben hätte. Seit im Schweizer Markt bekannt sei, dass Parallelimporte über Gebro möglich seien, hätten im Übrigen etliche Schweizer Detailhändler bei Gebro Lieferanfragen getätigt, und dies in einem Umfang, dass die Mengen laut Angaben von Gebro nicht für alle Gesuche hätten bereitgestellt werden können. Solche Parallelimporte, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum aufgrund des absoluten Gebietschutzes nicht möglich gewesen seien, dürften den Intra-brand-Preiswettbewerb in der Schweiz zusätzlich erhöhen. In ihrer Duplik vom 24. Januar 2011 hält die Vorinstanz an diesen Ausführungen fest. Ergänzend führt sie aus, aus den Beilagen 1 und 2 zur Replik von Gebro im Verfahren B-463/2010 gehe hervor, dass die Beschwerdeführerin [...]. Daraus sei zudem ersichtlich, dass Spar Schweiz Produkte der Beschwerdeführerin zu attraktiven Konditionen vermutlich bei [...] beziehen könne. Hieraus lasse sich indes nicht schliessen, dass Spar kein ernsthaftes Interesse an Parallelimporten hätte. Auch die Tatsache, dass die Anzeigerin im Zeitpunkt der Duplik noch keinen Liefervertrag mit Gebro geschlossen hatte, lasse nicht auf ein mangelndes Interesse Ersterer schliessen. [...] Ausserdem stehe nicht fest, dass Schweizer Detailhändler in Zukunft die Produkte der Beschwerdeführerin nicht direkt bei Gebro beziehen würden. Im Gegenteil erscheine es wahrscheinlicher, dass die Konkurrenten der Anzeigerin infolge des intensiveren Intra-brand-Wettbewerbs um Elmex rot seit deren Belieferung vermehrt Interesse an Parallelimporten zeigen würden, um attraktive Einstandspreise zu erhalten.

**3.3.3** Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 regle nur den österreichischen Markt und das Schweizer KG sei deshalb vorliegend nicht anwendbar, ist auf den zweiten Satz von Ziff. 3.2 zu verweisen. Die Bestimmung lautet: "GEBRO

verpflichtet sich ihrerseits die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen." Zwar trifft es zu, dass diese Klausel dem Wortlaut nach die Herstellung von Elmex rot in Österreich sowie den Vertrieb in Österreich regelt, und nicht die Schweiz als Gebiet zuweist bzw. Verkäufe in die Schweiz verbietet. Ebenfalls zutreffend ist, dass gemäss Art. 5 Abs. 4 KG eine Wettbewerbsbeseitigung vermutet wird bei der Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe "in diese" Gebiete ausgeschlossen werden. Wie aber die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist die Schweiz von einer solchen Regelung insofern betroffen, als gestützt darauf Lieferungen aus Österreich in die Schweiz verhindert werden können. Aus dem Umstand, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages das Gebiet Schweiz nicht ausdrücklich nennt, kann nicht gefolgert werden, dass sich die Vorschrift nicht auf den Schweizer Markt bezieht. Indem sowohl der direkte als auch der indirekte Export aus Österreich verboten wird, wird auch der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit haben, wie die Vorinstanz treffend festhält, jedenfalls nach dem Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages passive Anfragen aus der Schweiz nicht bedient werden können. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist somit zurückzuweisen.

**3.3.4** Die Beschwerdeführerin macht darüber hinaus geltend, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 habe sich nicht spürbar auf den Schweizer Markt ausgewirkt. Da aber gemäss Art. 2 Abs. 2 KG eine unmittelbare und spürbare Auswirkung auf den Schweizer Markt Voraussetzung für die Anwendung des Kartellrechts sei, finde dieses in casu keine Anwendung und sei die Vorinstanz nicht zuständig. Die Vorinstanz nimmt hingegen an, der Lizenzvertrag habe sich in mehrfacher Hinsicht in der Schweiz ausgewirkt (vgl. oben. E. 3.3 f.).

**3.3.5** Dem Bundesverwaltungsgericht stellt sich folglich einleitend die Frage, ob Art. 2 Abs. 2 KG für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Sachverhalte mit internationalem Bezug eine bestimmte Art der Auswirkung auf den Schweizer Markt verlangt und wie intensiv diese Auswirkung sein muss. Das ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei folgen das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht einem pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50 E. 5.1 BGE 132 III 707 E. 2 BVGE 2010/48 E. 3).

**3.3.6** Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ergibt sich lediglich, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, welche Auswirkungen in der Schweiz haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Sachverhalte im Ausland veranlasst worden sind. Die Bestimmung schreibt für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine besondere Art oder Intensität der Auswirkung vor. Auch aus der systematischen Stellung der Norm in den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes lässt sich für die Frage der Art der Auswirkung nichts ableiten.

**3.3.7** Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468; nachfolgend: Botschaft KG 95) stellt fest, es werde "[i]n Anlehnung an die herrschende internationale und auch schweizerische Praxis [...] zur Begründung des örtlichen Geltungsbereichs auf das Auswirkungsprinzip verwiesen" (BBI 1995 I 535). Ein nationales Gesetz dürfe sich auf extraterritoriale Sachverhalte beziehen, "wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht" (BBI 1995 I 535). Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes wurde bewusste weit umschrieben. Sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit werden vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Beschränkung des Wettbewerbs ergeben kann. Nach der Botschaft KG 95 sagt die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts aus über die wettbewerbsrechtliche Würdigung des unternehmerischen Verhaltens, bedeutet keinerlei Werturteil. Zur Anwendung der materiellen Bestimmungen müssen die erwähnten Wettbewerbsabreden in ihrer Wirkung auf den Wettbewerb untersucht werden (BBI 1995 I 553). Für die Beurteilung der Auswirkung einer Abrede auf den Wettbewerb muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden (BBI 1995 I 554). Die Würdigung erfolgt erst bei der Anwendung der Art. 5 ff. KG. Ziel dieser weiten Umschreibung des Geltungsbereiches ist die rechtsgleiche Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen. Allein die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes sollen für die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit unternehmerischen Verhaltens massgebend sein (BBI 1995 I 533). Das Kriterium der Erheblichkeit wird denn auch erst im Zusammenhang mit den materiellen Bestimmungen behandelt (siehe BBI 1995 I 554).

**3.3.8** Das in Art. 2 Abs. 2 KG statuierte Auswirkungsprinzip wurde vom Bundesgericht bereits im Jahre 1967 im Entscheid BGE 93 II 192 unter dem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (AS 1964 53; hiernach KG 62) anerkannt. In Auslegung des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 62, welcher für Klagen aus Wettbewerbsbehinderung als Gerichtsstand den Begehungsort vorsah, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hatte, stellte das Bundesgericht fest: "L'art. 7 al. 2 litt. b permet [...] d'assigner en Suisse des organisations étrangères dont les accords de cartel produisent en Suisse des résultats illicites selon l'art. 4 L.Cart., quel que soit le lieu où ces accords ont été conclus. Cela est conforme à son but qui est de protéger la libre concurrence, jugée conforme à l'intérêt général. Cette disposition doit dès lors réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès

qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse" (BGE 93 II 192 "Librairie Hachette" E. 3). Diese Rechtsprechung wurde in einem Fusionskontrollfall betreffend die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch eine französische und eine amerikanische Unternehmung, die nach dem KG 95 zu prüfen war, bestätigt. Die Parteien wollten die Anwendbarkeit des Gesetzes an eine qualifizierte Auswirkung der Fusion auf den schweizerischen Markt knüpfen. Das Bundesgericht stellte hingegen fest: "Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi [...]. Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse [...]" (BGE 127 III 219 "Rhône-Poulenc" insb. E. 3a).

**3.3.9** Ein Teil der schweizerischen Literatur vertritt die Ansicht, dass eine Auswirkung auf den Schweizer Markt unmittelbar und wesentlich (also spürbar) sein müsse, damit das Kartellgesetz örtlich zur Anwendung gelange. So sieht beispielsweise ZÄCH aufgrund des Wortlautes von Art. 2 Abs. 2 KG die Zuständigkeit der WEKO nur als gegeben an, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar auf den schweizerischen Märkten auswirkt, was auch eine gewisse Spürbarkeit im Sinne einer Möglichkeit der Wahrnehmung der Beschränkung verlange (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 268). BORER zufolge soll mit dem Kriterium der Wesentlichkeit verhindert werden, dass von den materiellen Tatbestandsmerkmalen her eigentlich erfasste, bloss mögliche Wirkungen durch Wettbewerbsabreden zum Anlass für die Einleitung eines nationalen Kartellverfahrens genommen werden, auch wenn im Inland keine Wirkungen tatsächlich spürbar sind (JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, Art. 2 Rn. 21). Andere Autoren fordern eine unmittelbare Wirkung auf den schweizerischen Markt, wobei allfällige Weiterwirkungen auf nachgelagerte Märkte oder Rückwirkungen ausser Betracht bleiben müssten (vgl. insbesondere Rolf Bär, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 92; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker-Kommentar KG, Art. 2 Rn. 32). ZURKINDEN/TRÜEB wiederum wollen auf die Spürbarkeit der wettbewerbschädlichen Auswirkungen abstellen (PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 Rn. 10). Es wird indessen auch die Auffassung vertreten, durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und insbesondere der Spürbarkeit werde eine materielle Prüfung der Abrede vorweggenommen. Das Kartellgesetz komme zur Anwendung aufgrund einer Auswirkung auf den Schweizer Markt, ein Mindestmass an Intensität sei nicht verlangt. Die Intensität sei im Rahmen der materiellen Prüfung der Abrede zu untersuchen. Unwesentliche Auswirkungen würden denn auch nicht zu einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Weil im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersu-

chung die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oft nicht abzuschätzen seien, müsse für die Einleitung eines Verfahrens die Möglichkeit von (wesentlichen) Auswirkungen genügen. Bei Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG reiche bereits das Bezwecken einer (wesentlichen) Auswirkung auf den Schweizer Markt (vgl. JENS LEHNE, in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 53; MARIELE HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 209; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier/ [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, [hiernach Commentaire Romand], Art. 2 LCart Rn. 92; siehe auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 2 Rn. 40, nach dem das Kriterium der "Spürbarkeit" in der Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs enthalten ist). Nach SCHNYDER schliesslich schützt das Kartellrecht auf dem insbesondere räumlich relevanten Markt die Allgemeinheit und einzelne Betroffene vor Wettbewerbsbehinderungen. In kollisionsrechtlicher Hinsicht sei daher funktional eine Anknüpfung zu verwirklichen, welche diesem Schutzgedanken Rechnung trage. Aus funktionalen Gründen könne es sich das Wettbewerbsrecht nicht leisten, nur wegen der Lokalisierung einzelner, ebenfalls relevanter Anknüpfungspunkte ausserhalb des betroffenen Marktes auf seine Durchsetzung zu verzichten (ANTON K. SCHNYDER, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007 [hiernach Münchener Kommentar EuWettbR], Einleitung: Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Extraterritoriale Anwendung, Rn. 848 ff.). Ferner könne bei der Handhabung des Auswirkungsprinzips nicht auf abstrakte Kriterien wie Spürbarkeit, Unmittelbarkeit oder Vorhersehbarkeit abgestellt werden, sondern es bedürfe einer Rückkopplung auf Sachnormen und deren Anwendungskriterien, wie Bestimmung des relevanten Marktes, beherrschende Stellung usw. Marktauswirkungen seien dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst werde (SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927 ff.). Insbesondere die immer wieder genannten Voraussetzungen "Spürbarkeit" (i.S.v. Erheblichkeit), "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" seien zu abstrakt bzw. zu einschränkend (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 929 ff.).

**3.3.10** Das Auswirkungsprinzip hat seine völkerrechtliche Grundlage im Lotus-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60 ff. und 86). Demnach sind Handlungen von Personen, die sich zum Tatzeitpunkt auf dem Territorium eines anderen Staates aufhalten, nichtdestotrotz als Handlungen anzusehen, welche innerhalb eines Staatsgebietes begangen wurden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, insbesondere die Auswirkungen der Tat, sich im Inland realisiert hat (S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60).

**3.3.11** Im Kartellrecht wurde das Auswirkungsprinzip entscheidend durch das U.S.-amerikanische Recht, und vor allem die amerikanischen Gerichte, geprägt (für eine Übersicht über die Entwicklung des Auswirkungsprinzips im U.S.-amerikanischen Recht vgl. CARL BAUDENBACHER, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR, 146. Jahrgang 2012, S. 590 ff.; DIETMAR BAETGE, *Globalisierung des Wettbewerbsrechts, Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht*, Tübingen 2009, S. 262 ff.). Der Sherman Act (15 U.S.C. §§ 1-7) sah von Beginn an in Section 1 die Möglichkeit vor, das Kartellverbot auch dann anzuwenden, wenn der Handelsverkehr mit anderen Staaten betroffen war. Davon machte die Rechtsprechung erstmals 1945 im sog. Alcoa-Fall Gebrauch (*United States v. Aluminium Co. of America et al.*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416). Allerdings sollten ausländische Abreden nur dann erfasst werden, "if they were intended to affect imports and did affect them" (S. 444). Dieser Ansatz wurde vom Obersten Gerichtshof der U.S.A. in *Hartford Fire Ins. v. California* bestätigt (509 U.S. 764, 1993). Der sog. "effects-test" wurde 1982 durch den Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA; Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1246 [1982]) förmlich in den Sherman Act aufgenommen. Das U.S.-Kartellrecht ist damit auf Verhalten anwendbar, welches direkte, erhebliche und hinreichend vorhersehbare Auswirkungen auf den Binnen- bzw. indirekten Importhandel oder auf den Exporthandel eines U.S.-Exporteurs hat (vgl. Section 7 Sherman Act). Die neueste amerikanische Rechtsprechung liegt auf der von SCHNYDER vertretenen Linie. Nach dem Urteil des Bundesberufungsgerichts des Siebten Bezirkes der U.S.A. in *Minn-Chem Inc. V. Agrium Inc.* vom 27. Juni 2012 (No. 10-1712), das auf eine Privatklage hin erging, sind die Begriffe "direct", "substantial" und "foreseeable" keine Zuständigkeitsregeln, d.h. Regeln, welche die Zuständigkeit begrenzen, sondern Vorschriften betreffend die Begründetheit.

**3.3.12** Das Kartellrecht der früheren EWG und heutigen EU, auf welches sich das KG in grossen Teilen stützt (BBI 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.), findet seit 1964 Anwendung auf Unternehmen ausserhalb des Gemeinsamen Marktes (für eine Übersicht über die extraterritoriale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vgl. SCHNYDER, in: *Münchener Kommentar EuWettbR*, Rn. 855 ff.). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich bisher nicht ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt, sondern das europäische Kartellrecht zunächst über die Theorie der wirtschaftlichen Einheit (EuGH, R. 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg. 1972, 619, Rn. 132/135 f.; EuGH, verb. Rs. 6 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223, Rn. 36 ff.) und danach über das Durchführungsprinzip (EuGH, Rs. 89/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193) auf Drittstaatsunternehmen angewendet. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) anerkannte in *Gencor* indirekt das Auswirkungsprinzip als es prüfte, ob der in Frage stehende Zusammenschluss zweier Südafrikanischer Gesellschaften in der Gemeinschaft eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung haben würde (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879). Diese Begriffe legte es wie folgt aus: die

unmittelbare Wirkung bestand darin, dass der Zusammenschluss Bedingungen schaffte, welche missbräuchliche Verhaltensweisen möglich machten und auch wirtschaftlich vernünftig erschienen liessen. Die Erheblichkeit der Wirkung wurde bejaht, weil sich durch das entstehende Duopol die Anteile auf den relevanten Märkten erheblich ändern würden. Schliesslich sei es vorhersehbar, dass die Schaffung eines beherrschenden Duopols auf einem Weltmarkt auch zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung in der Gemeinschaft geführt hätte (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879, Rn. 94, 97 f. und 100). Zwar haben sich EuGH und EuG nie ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt. Aufgrund der von den beiden Gerichten gebilligten Praxis der Europäischen Kommission ist allerdings anzunehmen, dass es grundsätzlich in der EU Anwendung findet, auch wenn nicht restlos geklärt ist, wie und in welchem Umfang (vgl. RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press 2012, S. 495 ff., insbesondere S. 496).

**3.3.13** Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in den Rechtsordnungen der EU und der USA ein gewisses Mindestmass an Intensität für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangt wird. Unklar bleibt die Definition der Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" und deren Anwendung in der Praxis.

### 3.3.14

**3.3.14.1** Das Schweizer Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Der dort verwendete Begriff der "Auswirkung" ist mit dem in Art. 2 Abs. 2 KG gebrauchten nicht deckungsgleich. Art. 2 Abs. 2 KG ist aber im Lichte des Art. 1 KG zu lesen. Erstere Norm dient u.a. dazu, Letztere zu verwirklichen. Das Kartellgesetz soll den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt vor Störungen schützen, damit ein freier und nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierender Wettbewerb ermöglicht wird. Das Auswirkungsprinzip soll dabei der Anwendung des Kartellgesetzes ausdrücklich auch in Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen der Wettbewerbsverstoss im Ausland begangen wurde. Insofern ist die schweizerische Regelung deutlich klarer als Art. 101 AEUV, wo das Auswirkungsprinzip erst durch die Praxis der Kommission und der Gerichte anerkannt wurde. Wie oben aufgezeigt, ist für die Beantwortung der Frage der Natur einer Auswirkung ein Abstellen auf die abstrakten Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" mit erheblichen Unsicherheiten für die Rechtsunterworfenen verbunden. Zielführender ist es, wie SCHNYDER zum EU und US-Amerikanischen Recht ausführt, Marktauswirkungen dort zu bejahen, "wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird" (vgl. SCHNYDER, in: *Münchener Kommentar EuWettbR*, Rn. 927). Der in diesem Sinne weit gefasste örtliche Anwendungsbereich wird auch ausdrücklich einleitend zu Art. 2 KG in der Botschaft KG 95 postuliert (s. oben E. 3.3.7). Erst im Rahmen der

materiellen Bestimmungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung durchzuführen. Wie die Botschaft KG 95 festhält, ist mit der Unterstellung von Vertikalabreden unter das Gesetz nämlich noch nichts über die materielle Beurteilung solcher Praktiken im Einzelfall ausgesagt. Gerade bei den Vertikalabreden gibt es zahlreiche Spielarten, mit denen die Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlich effizienten Ausgestaltung ihrer Marktbeziehungen legitime Strategien verfolgen (BBI 1995 I 546). Im Übrigen ist nur mit einer weiten Fassung des örtlichen Anwendungsbereichs gewährleistet, dass das KG nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird. Denn es sind Fälle denkbar, in denen Unternehmen mit Sitz ausserhalb eines Staatsgebietes einen Lieferverzicht in dieses Territorium vereinbaren. Dass Sachverhalte, in denen ein Unterlassen Gegenstand einer Kartellabrede ist, vom Kartellgesetz erfasst werden, liegt auf der Hand. Würde man in einer solchen Situation die Anwendung des Kartellgesetzes von positiven Auswirkungen im Inland abhängig machen, würde das Kartellgesetz zum toten Buchstaben verkommen. Unternehmen könnten dadurch nach Belieben Märkte national abschotten, was dem Ziel des Kartellgesetzes diametral entgegenstehen würde (siehe Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [hiernach: Botschaft KG 03], BBI 2002 2032). Ferner ist der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auch deswegen weit zu fassen, damit gewährleistet ist, dass das Sekretariat überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob eine Abrede beschränkend wirkt. Eine sozusagen materielle Vorprüfung im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 KG ist nicht Sinn und Zweck des Auswirkungsprinzips, ja wäre sogar unlogisch. Es kann nicht sein, dass das Sekretariat anhand des Kartellgesetzes prüft, ob es eine Auswirkung gibt, um festzustellen, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der nach Art. 2 Abs. 2 KG breit zu fassende Anwendungsbereich des Kartellgesetzes in zweifacher Hinsicht eingeschränkt wird: Zum einen ist das Gesetz in sachlicher Hinsicht, wie oben (E. 3.2.1) ausgeführt, nur auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (Art. 4 Abs. 1 KG). Andererseits wird gerade im Rahmen der umfangreichen materiellen Prüfung untersucht, wie erheblich eine Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt, oder ob sie sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sogar positiv auf den relevanten Markt auswirkt (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 KG). Selbst wenn eine Abrede vermutungsweise den Wettbewerb beseitigt, kann durch Nachweis genügenden Restwettbewerbs die Vermutung widerlegt werden. Hinzu kommen die verfahrensrechtlichen Garantien des Kartellgesetzes. Erst nachdem das Sekretariat gestützt auf eine Vorabklärung Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ermittelt hat, wird eine formelle Untersuchung eingeleitet, und dies auch nur im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz (Art. 26 f. KG). All diese Vorschriften verhindern, dass gegen Unternehmen Sanktionen ausgesprochen werden für Wettbewerbsbeschränkungen, welche nur geringe oder keine Auswirkungen in der Schweiz zeitigen.

**3.3.14.2** Auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin ändern nichts an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Fall. Erst im Rahmen eines allfälligen Umstossens der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG ist der Restwettbewerb und sind damit konkrete Parallelimporte zu prüfen, und nicht schon bei der Frage des Anwendungsbereiches des Gesetzes. Dasselbe trifft auf die Argumente zu, dass die generellen Preissenkungen von Coop im Jahre 2009 nichts mit den Jahren 2004 bis 2006 zu tun hätten und sich die Marktstruktur im Detailhandel seither signifikant verändert habe, weshalb keine sinnvollen Rückschlüsse möglich seien. Diese Behauptungen betreffen materielle Fragen, welche nicht unter dem Titel Anwendungsbereich des Gesetzes zu prüfen sind. Schliesslich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie einerseits geltend macht, das Schweizer Kartellgesetz sei mangels Auswirkungen in der Schweiz nicht anwendbar auf den vorliegenden Sachverhalt, und andererseits vorträgt, das europäische Recht komme "aufgrund des Auswirkungsprinzips grundsätzlich auf den Lizenzvertrag zur Anwendung". Der vorliegende Sachverhalt mit internationalem Bezug fällt folglich in den Anwendungsbereich des Schweizer Kartellgesetzes. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren diesbezüglichen Rügen der Unangemessenheit und der Verletzung von Bundesrecht nicht durch.

#### **iv. Vorbehaltene Vorschriften**

**3.4** Dem Kartellgesetz vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, sowie solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG). Nicht unter das Gesetz fallen zudem Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Wettbewerbswirkungen ergeben sich nicht unmittelbar aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus dem Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982. Dieser unterliegt deshalb, wie von der Vorinstanz festgestellt und der Beschwerdeführerin nicht bestritten, auch gemäss Art. 3 KG der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

#### **Formelle Rügen**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 4), einen Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz (E.5), die Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung (E.6) sowie die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Vorinstanz (E. 7). Auf die verschiedenen Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

#### **4. Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs**

##### **4.**

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 in formeller Hinsicht erstens eine mehrfache Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

geltend. Die Vorinstanz hält diese Vorbringen für unbegründet. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird hiernach im Einzelnen eingegangen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG), auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), sowie auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidungsfindung (Art. 32 VwVG; vgl. statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1, beide m.w.H.; s. auch ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rn. 1681). Im Kartellverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.4). Wie das Bundesgericht festgestellt hat, beschränkt sich der Gehörsanspruch auf rechtserhebliche Sachfragen. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.2.3). Das Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG) soll zusammen mit dem die Behörde verpflichtenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 4.1, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 "20 Minuten"). Die Begründung eines Entscheids darf sich auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet. Sie muss aber darlegen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1; Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 "Cablecom-Headends" E. 4.3, veröffentlicht in: RPW 1999/4, S. 618 ff.; vgl. auch MICHELE ALBERTINI, *Der*

verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, 404).

#### 4.1

**4.1.1** Die Beschwerdeführerin sieht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör erstens dadurch als verletzt an, dass die angefochtene Verfügung in den Erwägungen und im Ergebnis grundlegend vom Verfügungsentwurf abweiche, ohne dass sie sich dazu habe äussern können. Zum einen habe das Dispositiv betreffend Rechtsgrundlage und Begründung eine erhebliche Änderung erfahren. Die Vorinstanz gehe nämlich neu davon aus, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne zwar umgestossen werden, doch liege eine nicht zu rechtfertigende erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Zum anderen sei die Verfügung bezüglich wesentlicher Sachverhaltselemente grundlegend verändert worden. Replicando trägt die Beschwerdeführerin vor, würde man der Ansicht der Vorinstanz folgen, müsste anwaltlich vertretenen Unternehmen das rechtliche Gehör quasi nie gewährt werden, da die Kaskadenprüfung von Art. 5 KG bekannt sei. Das rechtliche Gehör beziehe sich indes auf den Inhalt der behördlichen Prüfung.

**4.1.2** Die Vorinstanz ist demgegenüber der Auffassung, der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör sei gewahrt, weil diese sich vor Erlass der Verfügung zu allen rechtserheblichen Punkten habe äussern können, und zwar nicht nur im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, sondern auch anlässlich der mündlichen Anhörung vom 8. Juni 2009, der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 sowie schriftlich zu den entsprechenden Protokollen. Zudem habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 die Gelegenheit erhalten, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin durch auf Kartellrecht spezialisierte Rechtsanwälte vertreten werde, welche selbst davon ausgegangen seien, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegbar sei, sei die Prüfung der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede aufgrund der Gesetzessystematik des KG weder unvorhersehbar noch überraschend gewesen. Weil keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Stellungnahmen der Beschwerdeführerin zum Antrag des Sekretariats und den Vorbringen zur angefochtenen Verfügung bestünden, sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zum gegenteiligen Schluss käme, müsse vorliegend aufgrund der Kognition des Gerichtes der Mangel als geheilt angesehen werden. Mit Duplik vom 24. Januar 2011 ergänzt die Vorinstanz, sie habe nie behauptet, dem Gehörsanspruch sei genüge getan, wenn eine Partei Rechtsvertreter habe, welche Kenntnis vom gesetzlichen Prüfungsraaster hätten. Indes habe es sich den Rechtsvertretern im vorliegenden Fall geradezu aufgedrängt, sich zur Frage der Erheblichkeit und zum Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe zu äussern, was sie denn auch in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf getan hätten.



**4.1.3** Wie ausgeführt, besteht nebst dem im Verwaltungsverfahren allgemein geltenden Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Kartellverfahren aufgrund von Art. 30. Abs. 2 KG ein erweiterter Gehörsanspruch (vgl. oben E. 4). Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach in beider Hinsicht zu untersuchen, ob die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin gewahrt hat.

In casu erhielt die Beschwerdeführerin den Verfügungsantrag mit Schreiben vom 16. Dezember 2008. Sie nahm dazu am 25. März 2009 schriftlich Stellung. Am 8. Juni 2009 wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz mündlich angehört. Anlässlich der Anhörung reichte sie eine schriftliche Kopie ihrer Präsentation zu den Akten. Ferner nahm sie an der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 teil und konnte sich schriftlich sowohl zum Protokoll der Anhörung als auch zum Protokoll der Einvernahme äussern. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens insgesamt sieben Mal äussern, sowohl schriftlich und mündlich zum Verfügungsentwurf, als auch schriftlich zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung durch die Vorinstanz. Dadurch wurde ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 VwVG gewahrt. Darüber hinaus liegt auch keine Verletzung des erweiterten Gehörsanspruchs nach Art. 30 Abs. 2 KG vor. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör im Kartellverfahren nicht, dass eine Verfahrensbeteiligte die Gelegenheit erhalten muss, zu jedem möglichen Ergebnis Stellung zu nehmen, welches von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. In diesem Sinne braucht die Behörde ihre Begründung nicht den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 "Swisscom/TDC" E. 4.2). Dies war in casu der Fall. Die Beschwerdeführerin konnte zum Verfügungsantrag des Sekretariats und zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung schriftlich Stellung nehmen, sowie sich anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 und der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 mündlich u.a. zur Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung äussern (vgl. u.a. Folien 9-12 der Präsentation der Beschwerdeführerin an der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 351; Protokoll der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 366; Protokoll der Einvernahme von Denner vom 6. Juli 2009, act. 370). Ausserdem erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, schriftlich zu den Protokollen der Zeugeneinvernahme Stellung zu nehmen. Das Abweichen der Vorinstanz vom Antragsentwurf stellt denn auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern kann (muss aber nicht) sogar die Folge desselben sein. Die WEKO ist an den Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht gebunden (siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 7.1). Auch hinsichtlich der weiteren von der Beschwerdeführerin vorgetragene Punkte

ist eine Gehörsverletzung nicht ersichtlich. Entweder konnte sich die Beschwerdeführerin im Verlauf des Verfahrens zu diesen Fragen äussern (vgl. z.B. zum Strategiewechsel von Coop S. 10 des Protokolls der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 366; oder zu Parallelimporten Folien 7-12 der Präsentation der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 351), oder sie moniert eine abweichende Sachverhaltswürdigung durch die Vorinstanz, was keine Verletzung des Gehörsanspruches darstellt. Jedenfalls macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz habe sich auf nachträglich eingetretene oder der Beschwerdeführerin unbekannt Tatsachen gestützt. Auch kann nach dem Gesagten nicht behauptet werden, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung neue, unvorhersehbare Rechtsgrundlagen herangezogen. Eine Gehörsverletzung liegt daher auch in diesem Punkt nicht vor.

**4.1.4** Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel der Gehörsverletzung weiter geltend, es sei fraglich, ob tatsächlich die Wettbewerbskommission selbst verfügt habe, da die Vorinstanz die Unterschriftenzeile der angefochtenen Verfügung nicht geändert habe. Zwar trifft es zu, dass die angefochtene Verfügung in der Unterschriftenzeile "Wettbewerbskommission Sekretariat" als verfügende Behörde nennt und insofern einen Fehler enthält. Indes handelt es sich hierbei offensichtlich um ein Redaktionsversehen, welches weder die Entscheidformel noch den erheblichen Inhalt der Begründung tangiert. Es muss der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin auch klar gewesen sein, dass es trotz des Wortlautes der Unterschriftenzeile die Vorinstanz war, die in casu verfügt hat. Das folgt nicht zuletzt aus der Tatsache, dass deren damaliger Präsident die Verfügung unterzeichnet hat. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz um Berichtigung der Unterschriftenzeile im Sinne von Art. 69 Abs. 3 VwVG nachsuchen können, was sie nicht getan hat. Jedenfalls wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht durch einen redaktionellen Fehler in der Unterschriftenzeile der angefochtenen Verfügung verletzt.

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts. Das Akteneinsichtsrecht im Kartellrecht richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG, soweit das Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorsieht (vgl. Art. 39 KG). Die Einsichtnahme hat am Sitz der verfügenden Behörde oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde stattzufinden (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Die verfügende Behörde ist demnach grundsätzlich nicht verpflichtet, den Parteien die Akten zuzustellen. Weil indes im Kartellrecht meist umfangreiche Untersuchungen durchgeführt werden, ist es den Parteien nicht zuzumuten, sich regelmässig über den Stand der Akten zu informieren. Die Vorinstanz bzw. ihr Sekretariat hat deswegen die Parteien regelmässig über den aktuellen Stand der Untersuchungsakten zu orientieren und den Parteien Gelegenheit zu geben, zu beweiserelevanten Dokumenten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen. Dies bedeutet einerseits, dass die Vorinstanz ein chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung



geschlossenes (paginiertes) Dossier zu erstellen hat. Andererseits ist mit Zustellung des Verfügungsentwurfes den Parteien ein vollständiges Verzeichnis der Untersuchungsakten zu übermitteln, in dem insbesondere festgehalten wird, ob diese einsehbar sind oder nicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 "Ausstand Sekretariatsmitarbeiter" E. 5.5; Entscheid der REKO/WEF FB/1998-1 vom 12. November 1998 "Fachhändlerverträge" E. 3.2, insb. E.3.2.2, veröffentlicht in: RPW1998/4, S. 655 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht ist wie das Recht auf vorgängige Anhörung formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwer wiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (BGE 132 V 387 E. 5.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 9C\_419/2007 vom 11. März 2008 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1). Durch eine Heilung dürfen schliesslich der Beschwerdeführerin keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, was allenfalls bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen ist (BGE 122 II 274 E. 6; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 193 f.).

**4.2.1** Die Verletzung ihres Rechts auf Akteneinsicht sieht die Beschwerdeführerin darin, dass sie keine Stellung habe nehmen können zu Eingaben von und Gesprächen mit der Anzeigerin, welche nach Anhörung zum Verfügungsentwurf gemacht worden seien bzw. stattgefunden hätten, obwohl diese in die Entscheidungsfindung der Vorinstanz eingeflossen seien. Ausserdem habe die Vorinstanz ihr kein aktualisiertes Aktenverzeichnis zukommen lassen und ihr auch das Antwortschreiben der Vorinstanz auf eine Eingabe der Anzeigerin nicht zugestellt. Die Vorinstanz sei aufgrund einer Eingabe der Anzeigerin vom 30. September 2009 in der angefochtenen Verfügung neu zum Schluss gekommen, es bestehe ein beträchtlicher Preisunterschied zwischen der Schweiz und dem Ausland. Auch habe sich die Vorinstanz mit materiellen Fragen, zu denen sich die Anzeigerin geäussert habe, in der angefochtenen Verfügung nicht auseinandergesetzt, so zum Problem der selektiven Vertriebsysteme, zu Einkaufspreisen, zu den Auswirkungen von Parallelimporten und zur Belieferung von diversen Anbietern in Deutschland. Zur Wahrung des Gehörsanspruchs hätte die Beschwerdeführerin zu jeder Eingabe, welche Eingang in die Akten finde, angehört werden müssen. Es sei nicht allein an der Vorinstanz,

darüber zu entscheiden, ob eine Eingabe entscheiderelevant sei. Da sich die Beschwerdeführerin zu den Eingaben der Anzeigerin nicht habe äussern können, sei ihr Gehörsanspruch sowie ihr Recht auf Akteneinsicht verletzt. Eine Heilung komme vorliegend nicht in Frage, da es sich um eine schwerwiegende Gehörsverletzung handle und sich das Bundesverwaltungsgericht "bei der Überprüfung trotz formal voller Kognition regelmässiger Zurückhaltung" auferlege. Überdies liege in casu ein Aktenführungsmangel vor, weil sich im Aktenverzeichnis keine Protokolle zu zwei Telefongesprächen zwischen der Vorinstanz und der Anzeigerin befänden.

**4.2.2** Die Vorinstanz hält einleitend fest, dass das Anhörungsrecht der Parteien bis zum Abschluss des Schriftenwechsels bzw. der verwaltungsbehördlichen Sachverhaltsabklärung gelte. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sei gewahrt worden, da in casu die Sachverhaltsabklärung mit der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin abgeschlossen gewesen sei und die Beschwerdeführerin sich bis zu diesem Zeitpunkt zu jedem ins Untersuchungsdossier aufgenommene Dokument habe äussern können. Zu den von der Beschwerdeführerin genannten Eingaben merkt die Vorinstanz an, dass diese nach Abschluss der Sachverhaltsermittlungen dem Sekretariat zugestellt worden seien. Aus Rn. 58 der angefochtenen Verfügung gehe ausserdem hervor, dass das Sekretariat die Eingaben nicht als entscheiderelevant angesehen habe, da sie keine Fakten oder sonstigen wichtigen Gesichtspunkte enthielten. Die Schreiben seien zu den Akten genommen worden um das widersprüchliche Verhalten der Anzeigerin zu dokumentieren. Diese habe zunächst starkes Interesse am Verfahren gezeigt, dann aber plötzlich eine Desinteresseerklärung abgegeben, nur um sich schliesslich wiederum für das Verfahren zu interessieren. Als nicht an der Untersuchung beteiligte Drittbetroffene i.S.v. Art. 43 Abs. 1 KG habe es ihr zwar frei gestanden, der Vorinstanz jederzeit Informationen zukommen zu lassen. Da ihr Verhalten widersprüchlich gewesen sei und sie in casu wohl in erster Linie Partikularinteressen verfolgt habe, seien ihre Schreiben besonders kritisch gewürdigt worden. Die Aussagen der Anzeigerin seien nicht konstant sowie vom Umfang und materiellen Gehalt her wenig aussagekräftig gewesen. Ihre Behauptungen habe sie zudem nicht rechtsgenügend dokumentieren können. Aus den Eingaben hätten keine relevanten Erkenntnisse abgeleitet werden können, weswegen sie keinen Einfluss auf den Entscheidungsprozess gehabt hätten.

**4.2.3** In casu erhielt die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. September 2009 letztmals Akten sowie ein Aktenverzeichnis zugestellt. Am 30. November 2009 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung. Es stellt sich die Frage, ob die Eingaben der Anzeigerin vom 4. und 30. September 2009, vom 5. und 26. Oktober 2009 und vom 6. November 2009 sowie das Antwortschreiben der Vorinstanz auf eine Eingabe der Anzeigerin der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme hätten zugestellt werden müssen. Das Bundesgericht hat im Jahr 2007 gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) entschieden,

dass die zum Anwendungsbereich dieser Norm entwickelten Garantien in allen Verfahren Anwendung finden. Demnach haben die Parteien das Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich, soweit sie es für erforderlich halten, dazu zu äussern. Dabei ist unerheblich, ob die Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob ein Dokument eine Stellungnahme erfordert (BGE 133 I 100 E. 4.3 und 4.6; siehe auch PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, hiernach: VwVG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 30 Rn. 2; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, hiernach: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 Rn. 58). Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die besagten Aktenstücke vor Eröffnung der angefochtenen Verfügung zur Stellungnahme übermitteln müssen. Sie hat durch ihr Vorgehen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Es stellt sich die Frage, ob in casu eine Heilung möglich ist.

**4.2.4** Mit Beschwerde kann vor Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher über die volle Kognition und somit über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Grundsätzlich ist das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, seine Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht voll auszuschöpfen. Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar. Das Gericht hat die rechtserheblichen Tatsachen selbst zu ermitteln und den festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften zu subsumieren. Auch die Rechtsfolge ist uneingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit dem massgebenden Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV) überprüfbar. Trotz voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Bereichen des Sachverständigenermessens, vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann. Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes, der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestanden Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes zu prüfen. Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht Punkt für Punkt mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat. Insofern anerkennt der EGMR, dass die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten den Gerichten oftmals erlaubt, sich bei der Beurtei-

lung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung aufzuerlegen, was auch in verwaltungsrechtlichen Fällen gilt, welche in Bezug auf gewisse Sanktionen strafrechtsähnlich sind. Entscheidend ist, dass die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK erfüllt werden (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.5 m.w.H.). Zur Aussage der Beschwerdeführerin, eine Heilung komme deshalb nicht in Frage, weil sich das Bundesverwaltungsgericht "bei der Überprüfung trotz formal voller Kognition regelmässiger Zurückhaltung" auferlege, ist einerseits festzuhalten, dass das Erfordernis der nicht engeren Überprüfungsbeugnis nicht abstrakt gilt, sondern sich immer auf diejenigen Fragen bezieht, die sich im konkreten Fall stellen. In diesem Sinne kann eine Rechtsmittelinstanz einen Mangel ausnahmsweise selbst dann heilen, wenn die Kognition der Vorinstanz umfassender ist. Zum Beispiel kann eine Rechtsmittelinstanz, welche angefochtene Entscheide nur auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen kann, einen Verfahrensmangel heilen, wenn ausschliesslich Rechtsfragen im Streit liegen und die Behörde ihre Kognition in diesem Bereich voll ausübt (WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rn. 119). Andererseits hat das Bundesgericht bestätigt, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition voll ausübt und sich nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, regelmässig Zurückhaltung auferlegt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.6). Eine Heilung der geltend gemachten Gehörsverletzung ist demnach grundsätzlich möglich.

**4.2.5** Sodann ist festzuhalten, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Einsicht in alle Verfahrensakte gewährt und ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Eine weitere Gelegenheit zur Darlegen ihres Standpunktes nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. März 2013 zur Einsicht in den "fil rouge" wahr. Zudem fand am 10. Oktober 2013 eine Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, wo die Beschwerdeführerin die Gelegenheit erhielt, Fragen zur Verdeutlichung, Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhalts zu stellen und einen Parteivortrag zu halten. Auf den Parteivortrag der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 hat sie mit Eingabe vom 30. Oktober 2013 schriftlich repliziert. Damit konnte die Beschwerdeführerin sich sowohl mündlich als auch schriftlich umfassend äussern. Ferner ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei einer Rückweisung und nochmaligen Anhörung der Beschwerdeführerin zu den besagten Aktenstücken nicht anders entscheiden würde. In der angefochtenen Verfügung werden diese nur im Rahmen der Verfahrensgeschichte genannt, eine explizite Bezugnahme auf die Akten in der materiellen Begründung findet sich nicht. Insbesondere das von der Beschwerdeführerin genannte Schreiben vom 30. September 2009 kann nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung in erheblicher Weise auf die Eingaben der Anzeigerin Bezug genommen hat. Denn einerseits stützt sich die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung bei ihren Aussagen über das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich auf Angaben der Beschwerdeführerin selbst. Andererseits hätte eine Bezugnahme auf das Schreiben der Anzeigerin vom 30. September 2009 an dieser Stelle keinen Sinn gemacht, bezieht sich dieses doch auf das Preisgefälle

Schweiz-Deutschland bzw. Schweiz-Niederlande, und nicht, wie die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung, auf das Preisgefälle Schweiz-Österreich. Eine Rückweisung an die Vorinstanz käme nach dem Gesagten einem formalistischen Leerlauf gleich. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass aus prozessökonomischen Gründen die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens als geheilt zu betrachten ist. Sie wird allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (vgl. unten E. 16.2).

**4.2.6** Die Beschwerdeführerin rügt ferner, im Aktenverzeichnis der Vorinstanz würden Protokolle zu zwei Telefongesprächen mit der Anzeigerin fehlen. Aus act. 288 und 393 geht tatsächlich hervor, dass diese Telefonate stattgefunden haben, wobei sich im Aktenverzeichnis keine Protokolle zu den Gesprächen finden. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dadurch ihrer Protokollierungspflicht unzureichend nachgekommen ist und dadurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV verletzt hat. Gemäss ständiger Rechtsprechung unterliegt die Verwaltung einer Aktenführungspflicht. Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten was zur Sache gehört und entscheidwichtig sein kann. Damit Parteien ihr Recht auf Akteneinsicht wahren können, muss die Aktenführung geordnet und übersichtlich sein. Dieser verfassungsmässige Anspruch verpflichtet Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen. Behörden sind verpflichtet, die Akten von Beginn an in chronologischer Reihenfolge abzulegen. Ferner ist ein Aktenverzeichnis zu erstellen, welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachten Eingaben zu enthalten hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2; Entscheid der REKO/WEF FB/1998-1 vom 12. November 1998 "Fachhändlerverträge" E.3.2.2, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Form von Beweisvorkehren im Verwaltungsverfahren allgemein erkannt, Auskünfte von Drittpersonen hätten grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft stelle nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit bloss Nebensachen, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen festgestellt würden. Seien hingegen von Drittpersonen Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen, falle grundsätzlich nur die Form der schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht. Würden Auskunftspersonen zu wichtigen tatbestandlichen Fragen dennoch mündlich befragt, sei eine Einvernahme durchzuführen und darüber ein Protokoll aufzunehmen. Es entspricht einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind. Dazu gehört auch die Pflicht zur Protokollführung über entscheidwichtige Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren (BGE 130 II 473 E. 4.2 m.w.H.; s. auch Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 "Cablecom-Headends" E. 4.5, veröffentlicht in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

**4.2.7** Act. 288 ist ein Schreiben vom 8. Oktober 2008 der Anzeigerin an das Sekretariat der Vorinstanz. Darin wird ausgeführt: "Wir beziehen uns auf Ihren Telefonanruf vom 3. Oktober 2008 und lassen Ihnen in der Beilage wie von Ihnen gewünscht eine Kopie der E-Mail Korrespondenz zwischen [...] betreffend Belieferung mit Elmex-Artikeln aus dem Ausland zukommen. [...] Auch aus dieser Korrespondenz ergibt sich, dass eine Belieferung durch Lieferanten im Ausland verhindert werden soll und verhindert wird." Beigelegt ist die besagte E-Mail-Korrespondenz. Die Beschwerdeführerin bringt vor, zu diesem Telefonat hätte ein Protokoll erstellt werden sollen. Diesem Vorbringen kann nach dem in der vorherigen Erwägung Ausgeführten nicht gefolgt werden. Eine Behörde hat Protokoll zu führen über die entscheidwichtigen Tatsachen eines Telefongesprächs. Wie sich aus dem Schreiben vom 8. Oktober 2008 jedoch ergibt, hat die Mitarbeiterin des Sekretariats der Vorinstanz lediglich telefonisch um Nachreichung von bestimmten Unterlagen ersucht. Die Anzeigerin stellt zwar zusätzlich mit der Übermittlung der Akten erneut ihre eigene Sicht dar. Dass sie dies auch anlässlich des Telefongesprächs getan hat, lässt sich indes nicht aus dem Schreiben entnehmen. Zudem ist festzuhalten, dass gerade in einer kartellrechtlichen Untersuchung, in der mehrere Hunderte von Akten einzuholen sind, es einer Behörde schon aus Praktikabilitätsgründen möglich sein muss, weitere Unterlagen mit einem einfachen Telefonanruf einzufordern. Müsste sie jedes Mal auf dem Schriftweg vorgehen, würde sich das Verfahren ungebührlich verzögern, was nicht im Sinne der betroffenen Unternehmen wäre. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach über entscheidwichtige Abklärungen, Zeugeneinvernahmen, Augenscheine und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren Protokoll zu führen ist. Da in casu lediglich um Nachreichung von Akten ersucht wurde, musste das Sekretariat der Vorinstanz diesen Vorgang nicht zusätzlich in einer Aktennotiz protokollieren. Es genügt der Protokollierungspflicht, dass sie das Schreiben der Anzeigerin inkl. Beilagen in die Akten aufgenommen hat. Auch hinsichtlich der Tatsache, dass das in act. 393 erwähnte Telefongespräch nicht in einer Aktennotiz festgehalten wurde, kann keine Gehörsverletzung erblickt werden. Im Schreiben der Anzeigerin vom 30. September 2009 wird ausgeführt: "Im Nachgang zur telefonischen Besprechung erlaube ich mir, folgendes festzuhalten: [...]" Auf den nachfolgenden Seiten äussert die Anzeigerin zum wiederholten Mal ihre Ansichten gegenüber dem Sekretariat der Vorinstanz. Aus der Formulierung des Schreibens lässt sich ableiten, dass die Anzeigerin ihre bereits mündlich vorgetragenen Argumente noch einmal schriftlich nachreichte. Sodann ist festzustellen, dass sich in der angefochtenen Verfügung keine Hinweise darauf finden, dass die Vorinstanz die in beiden Telefonaten vorgetragenen Ansichten als entscheidrelevante Tatsachen einfliessen liess. Im Gegenteil hat sie, wie sie auch in Rn. 20 f. der Vernehmlassung bekräftigt hat, Eingaben der Anzeigerin vor allem deswegen zu den Untersuchungsakten genommen, um deren widersprüchliches Verhalten aufzuzeigen. Dies zeigt sich exemplarisch bei den Ausführungen zum Sachverhalt und Verfahren sowie insbesondere bei Rn. 18 der angefochtenen Verfügung, wo festgehalten wird: "Mit Eingabe vom 8. Oktober 2008 informierte

Denner das Sekretariat über einen erneuten Belieferungsversuch. Aus dem vorgelegten E-Mail-Verkehr vom April 2007 ergibt sich eine Lieferanfrage über dieselbe [...] Zwischenhändlerin. Hingegen hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 vor der WEKO ausgesagt, dass nach der Anfrage im November 2005 keine weiteren Versuche unternommen worden seien. Auch kam die Anfrage von April 2007 nach den Ausführungen von Gebro nie bei ihr an. Denner verweigerte nähere Angaben zu den angegangenen Kontaktpersonen, unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und auf den Umstand, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde." Die Vorinstanz stützte sich sodann nicht auf die Eingaben, sondern kam im Gegenteil in Rn. 128 zum Schluss, es sei nicht erstellt, dass tatsächlich eine direkte oder indirekte Lieferanfrage an Gebro ergangen sei. Insbesondere eine indirekte Anfrage habe nicht nachgewiesen werden können. Als Indiz für eine möglich Anfrage nennt die Vorinstanz den E-Mail-Austausch aus dem Jahr 2005 und nicht den mit act. 288 im Jahr 2008 eingereichten Austausch. Demnach liegt auch hier keine Gehörverletzung vor.

### 4.3

**4.3.1** Die Beschwerdeführerin sieht drittens ihr rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass sich die Vorinstanz mit wesentlichen Vorbringen und Beweismitteln der Beschwerdeführerin nicht auseinandergesetzt und zahlreiche Behauptungen ungenügend begründet habe, so (i) zum mangelnden Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung, (ii) zum Beleg im RBB Economics Expertengutachten vom 24. März 2009, wonach Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keine erheblichen Wettbewerbsauswirkungen hätte haben können (hiernach: RBB Expertengutachten), (iii) zum Nachweis im RBB Economics Kurzgutachten vom 20. August 2009, die allfällige Belieferung von Denner hätte keine Auswirkungen auf die Preispolitik von Coop (im Folgenden: Kurzgutachten RBB), (iv) zu verschiedenen Analysen im RBB Expertengutachten betreffend den Interbrand-Wettbewerb (Vergleich relativer Preise, Difference-in-Difference Schätzung, Streudiagramme und Schätzung der Elastizitäten) sowie (v) zum Beleg der Beschwerdeführerin für das Vorhandensein von wirksamem Intra-Brand-Wettbewerb. Replicando hält die Beschwerdeführerin fest, die Vorinstanz sei nicht auf die Frage eingegangen, wie eine Bestimmung, welche im untersuchungsrelevanten Zeitraum nie zur Anwendung gekommen sei, den Wettbewerb erheblich habe beeinträchtigen können. Ausserdem habe sie im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung das RBB Expertengutachten und das Kurzgutachten RBB nicht berücksichtigt. Ähnlich äusserte sich die Beschwerdeführerin anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013.

**4.3.2** Die Vorinstanz macht geltend, dem Anspruch auf rechtliches Gehör sei in casu Genüge getan. Auf die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der Wettbewerbsbeschränkung sei in Rn. 98 ff. und 224 ff. der angefochtenen Verfügung im Detail eingegangen worden. Es liege in der Natur der Sache, dass die Beschwerdeführerin behaupte, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sei nie zur Anwendung gekommen,

da dies wohl die einzige Möglichkeit sei, ein explizites, schriftliches, generelles Exportverbot zu relativieren. Zudem handle es sich hierbei um eine reine Parteibehauptung und nicht um eine erstellte Tatsache. Zum RBB Expertengutachten trägt die Vorinstanz vor, dieses habe als Privatgutachten verglichen mit einer behördlich angeordneten Expertise einen herabgesetzten Beweiswert. Die darin enthaltenen Erkenntnisse seien Parteibehauptungen gleichzusetzen, welche die Vorinstanz inhaltlich zur Kenntnis genommen und mit denen sie sich ernsthaft auseinandergesetzt habe, so z.B. in Rn. 272 ff. der angefochtenen Verfügung.

**4.3.3** Bei der vorliegenden Rüge ist zu differenzieren zwischen der Würdigung der Beweise und der Prüfung der Parteivorbringen durch die Vorinstanz. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten RBB Economics Gutachten sind Beweismittel im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Hinsichtlich dieser ist die gerügte Gehörverletzung nach den Grundsätzen der Beweiswürdigung im Verwaltungsverfahren zu beurteilen. Betreffend der von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumente ist die gerügte Gehörverletzung hingegen nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG zu untersuchen.

**4.3.3.1** Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) gilt für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die Behörden die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Behörde hat alle Beweismittel objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestattet (WALDMANN/WEISSENBERGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 Rn. 15 f. und 20 f. m.w.H.). Hinsichtlich Privatgutachten ist zu beachten, dass diese kein grösseres Gewicht als die rechtlichen Erörterungen in der Rechtsschrift der betreffenden Partei haben, also ausschliesslich Parteivorbringen enthalten (BGE 105 II 1 E. 1; BGE 95 II 364 E. 2).

**4.3.3.2** Die Vorinstanz hat sich in der angefochtenen Verfügung an verschiedenen Stellen mit dem RBB Expertengutachten auseinandergesetzt und dabei jeweils rechtsgenügend das Abweichen von den darin vorgetragene Erkenntnissen begründet. Sofern die Erkenntnisse aus dem Gutachten auch in den Rechtsschriften enthalten waren, hat sich die Vorinstanz zulässigerweise darauf beschränkt, die Argumente in den letzteren zu prüfen. So hat sie hinsichtlich der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung in Rn. 315 der ange-

fochtenen Verfügung sowohl zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Rn. 25 ff. ihrer Eingabe vom 24. August 2009 als auch zu den Erkenntnissen auf S. 9 des RBB Expertengutachtens Stellung genommen und die Gründe dargelegt, aus denen sie diese für nicht stichhaltig hält. Auch die Tatsache, dass in Rn. 271 ff. der angefochtenen Verfügung die auf das RBB Expertengutachten gestützten Vorbringen als unzutreffend bezeichnet werden, spricht nicht für eine mangelhafte Würdigung der Parteivorbringen. Im Gegenteil zeigt die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Expertengutachten in Rn. 271-294 der angefochtenen Verfügung, dass die Vorinstanz die Argumente der Beschwerdeführerin umfangreich überprüft und rechtsgenüchlich dargelegt hat, warum sie die Vorbringen für unzutreffend hält. Mit dem Kurzgutachten RBB betreffend die Änderung der Preispolitik von Coop hat sich die Vorinstanz schliesslich in Rn. 315 der angefochtenen Verfügung auseinandergesetzt und begründet, warum sie die darin enthaltenen Erkenntnisse für nicht stichhaltig hält. Die Vorinstanz hat demnach den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin im Rahmen der Beweiswürdigung gewahrt.

**4.3.3.3** Wie bereits oben ausgeführt, ist die von der Beschwerdeführerin gerügte Gehörsverletzung betreffend die von ihr im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumente nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG zu beurteilen. Es ist demnach zu untersuchen, ob die Vorinstanz einerseits das Vorbringen der Beschwerdeführerin zum fehlenden Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der festgestellten erheblichen Wettbewerbsbeschränkung und andererseits die Argumente zum vorhandenen Intra-brand-Wettbewerb aufgrund zahlreicher Aktionen für Elmex rot mangelhaft geprüft hat. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 bis 33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Nimmt die Behörde zu entscheidungswesentlichen Fragen aus welchen Gründen auch immer keine Stellung, so ist das rechtliche Gehör verletzt und die Streitsache zur Wahrung des gesetzlich vorgesehenen Instanzenzuges grundsätzlich zurückzuweisen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1393/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.5, mit Verweis auf BGE 129 I 232 E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 185; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1709 ff.).

**4.3.3.4** Zur Frage des Kausalzusammenhangs ist auf Rn. 106-118 der angefochtenen Verfügung zu verweisen. An dieser Stelle setzt sich die Vorinstanz mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht eingehalten worden, was sich darin zeige, dass seit mehreren Jahren Parallelimporte stattfänden. Ferner geht die Vorinstanz in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung auf das Argument

ein, wonach die Nichtbelieferung der Anzeigerin möglicherweise auf das Schweizer Heilmittelrecht zurückzuführen sei. Schliesslich ist die Vorinstanz auch im Rahmen der Untersuchung des Intra-brand-Wettbewerbs in Rn. 224 ff. (insb. Rn. 238-246) detailliert auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin eingegangen bevor sie zu Kenntnis nahm, dass die Parteien mit ihren Schlussfolgerungen nicht einverstanden waren. In der Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt ist als die Parteien, kann indes keine Gehörsverletzung erblickt werden.

**4.4** Damit ist erstellt, dass alle Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs, vorbehaltlich des in E. 4.2.5 Ausgeführten, zurückzuweisen sind.

## **5. Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes**

### **5.**

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht des Weiteren mehrere Verstösse gegen den Untersuchungsgrundsatz geltend.

Ein Verstoß gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie haben die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, wobei die Parteien gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht trifft. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können (BGE 117 V 282 E. 4a; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 "Ticketcorner" E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff.). Zudem gilt im ordentlichen Verwaltungsverfahren recht grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin der Gewissheit. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 "Swisscom/COLT" E. 13.2; BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4 m.w.H.; so auch das Bundesgericht in seinem jüngsten Entscheid, vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 8.3.2). Der Untersuchungsgrundsatz erfährt eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Diese besteht für Parteien insbesondere, soweit sie in einem Verfahren selbständige Begehren stellen (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunftspflicht obliegt. Eine solche findet sich in Art. 40 KG, wonach Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen -und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben-. Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sam-

melrevers" E. 10; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 162; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13 Rn. 32 ff.).

## 5.1

**5.1.1** Zur Verletzung der Untersuchungsmaxime trägt die Beschwerdeführerin erstens vor, die Vorinstanz habe einen angeblichen Kartellrechtsverstoss von 2004 bis 2006 gestützt auf Marktdaten der Periode 2007 und 2009 beurteilt. Die angefochtene Verfügung halte fest, dass (i) die Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 belegten, dass der Intra- und Interbrand-Wettbewerb um Elmex rot zu gering sei, (ii) aufgrund der Marktanteile der Hersteller in 2007 der Interbrand-Wettbewerb zu schwach sei, und (iii) Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erheblich sei, weil aus dem Verhalten von Coop im Jahr 2009 geschlossen werden könne, dass ein Import von Elmex rot zu tieferen Preisen geführt hätte. Dieses Vorgehen sei insbesondere deshalb nicht nachvollziehbar, weil sich der Schweizer Detailhandelsmarkt in den letzten Jahren grundlegend verändert habe. Denner sei ohne Denner-Satelliten 2004/2005 von der Grösse her mit Spar Schweiz vergleichbar gewesen. Zudem seien damals Pick-Pay und Carrefour noch am Markt aufgetreten. Schliesslich sei Denner noch nicht Teil des Migros-Konzerns gewesen, weshalb Coop nicht auf diese neue Konkurrenz mit besagtem Strategiewechsel in der Preisgestaltung habe reagieren müssen. Die Vorinstanz mache es sich zu einfach, wenn sie sage, sie kenne die genaueren Umstände des Strategiewechsels nicht. Wenn sie diese Tatsache für so bedeutend halte, hätte sie Coop dazu befragen müssen. Im verwaltungsinternen Verfahren gelte der Untersuchungsgrundsatz. Damit trage die Vorinstanz, Art. 13 VwVG vorbehalten, die Beweisführungslast. Da die sanktionierbaren Tatbestände gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen Charakter hätten, sei in casu nur der Vollbeweis rechtsgenügend. Replicando macht die Beschwerdeführerin geltend, von 2004 bis 2006 sei Elmex rot mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin und Gebro in die Schweiz importiert worden, was auch die Vorinstanz in Rn. 58 der Verfügung anerkenne. Somit sei der Vollbeweis für das Vorliegen von Parallelimporten in diesem Zeitraum erbracht worden. Bewiesen und aktenkundig sei zudem, dass Denner bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt hätte und kein anderer Detailhändler im untersuchungsrelevanten Zeitraum ein Interesse an Parallelimporten gehabt hätte. Diese Vorbringen hat die Beschwerdeführerin teils auch an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 sowie in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2013 wiederholt.

**5.1.2** Die Vorinstanz führt einleitend aus, der Untersuchungsgrundsatz verpflichte die Behörden, von Amtes wegen die für den Entscheid erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht treffe (Art. 12 f. VwVG). Die Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellungen der Parteien seien für die Behörden indes nicht verbindlich. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung seien angebotene Beweise abzunehmen, sofern sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes relevant seien. Das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen seien (BVGE

2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Im Kartellrecht genüge daher der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und nicht, wie die Beschwerdeführerin behaupte, der Grad des Vollbeweises. Der Erfolg einer wirksamen absoluten Gebietsschutzabrede liege gerade darin, dass keine Parallelimporte stattfänden, womit das Erbringen eines Vollbeweises beinahe unmöglich sei. Die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele angeblicher Parallelimporte seien geprüft und für vernachlässigbar befunden worden. Die Vorinstanz habe Sachverhalte aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen, welche auf ihrer eigenen Sachkunde und praktischen Vernunft zu gründen habe. Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin hält die Vorinstanz fest, im Rahmen der Untersuchung seien bei den Lebensmittelhändlern Angaben zu Aktions- und Normalpreisen sowie den dazugehörigen Absatzmengen für die Jahre 2006, 2007 und 2008 eingeholt worden. In der Vorabklärung habe die Vorinstanz die Verkaufspreise für das Jahr 2005 erhoben, welche sich allerdings mangels Vollständigkeit nicht zur Illustration des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs geeignet hätten. Hierzu seien die Daten für das Jahr 2007 exemplarisch verwendet worden, da es für die Analyse irrelevant gewesen sei, ob das Jahr 2006 oder 2007 herangezogen worden sei. Die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Carrefour habe sich aufgrund der lediglich 12 Verkaufspunkte beschränkt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausgewirkt. Dasselbe gelte für Spar und Pick-Pay. Erst durch Verkauf von Elmex rot bei der Anzeigerin sei der Preis gefallen.

**5.1.3** Zum Vorbringen, die Vorinstanz habe sich für den Nachweis fehlenden Intra- und Interbrand-Wettbewerbs ausschliesslich auf Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 gestützt, ist auf act. 133, 137, 141, 147, 218, 226, 252, 262, 272 und 278 zu verweisen. In diesen Fragebögen wurden die angeschriebenen Detailhändler aufgefordert, die Normal- und Aktionspreise für die Jahre 2006, 2007 und soweit verfügbar 2008 aufzulisten. Vergleicht man die Angaben in den Fragebögen der Detailhändler zu Normal- und Aktionspreisen von Elmex rot, sieht man, dass die Ergebnisse aus dem Jahr 2006 deckungsgleich sind mit denen aus dem Jahr 2007. Einzige Ausnahmen sind act. 262, wo die Aktionspreise im Jahr 2007 einmal höher und einmal tiefer angegeben werden als im Jahr 2006, sowie act. 147 und 141, wo die Aktionspreise im Jahr 2007 tiefer waren (siehe auch Rn. 67 f. der Vernehmlassung). Insgesamt hat die Vorinstanz in drei von vier Abweichungen durch das Abstellen auf Daten aus dem Jahr 2007 mit tieferen Preisen kalkuliert, womit sie bei Ermittlung der Intensität des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs jedenfalls nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin gerechnet hat. Die Vorinstanz hat sowohl die Zahlen des Jahres 2006 als auch diejenigen von 2007 erhoben, und hat - weil die Verhältnisse gleich waren - auf die Zahlen aus dem Jahr 2007 abgestellt. Durch die exemplarische Verwendung der Daten aus dem Jahr 2007 hat sie somit den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt. Auch bei den Zahlen zu den Aktionswochen sind die Abweichungen derart gering, dass ein Abstellen auf das Jahr 2007 gerechtfertigt erscheint. Zwar geht aus act. 137 und act. 252 hervor, dass die betreffenden Händler im Jahr 2007 je eine Aktionswoche weniger durchgeführt haben. Da aber zwei andere Detailhändler eine bzw. zwei Aktionswochen

mehr durchgeführt haben, wurde unter dem Strich im Jahr 2007 eine Aktionswoche mehr in der Schweiz für Elmex rot durchgeführt (act. 226, 262). Somit hat auch hier das Heranziehen der Daten aus dem Jahr 2007 das Ergebnis jedenfalls nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin beeinflusst. Demnach ist im Abstellen der Vorinstanz auf Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 bei der Ermittlung des Intra-brand-Preiswettbewerbs keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu erblicken.

## 5.2

**5.2.1** Die Beschwerdeführerin macht zweitens geltend, die Vorinstanz habe bei der Ermittlung der Intensität des Intra-brand-Wettbewerbs lediglich auf Marktanteilsdaten aus dem Jahr 2007 abgestellt und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Die Vorinstanz entgegnet, sie habe die Daten von 2005, 2006, 2007 sowie 2008 eingeholt. Die Daten aus dem Jahr 2005 hätten sich mangels Vollständigkeit nicht zur Illustration des Intra-brand-Wettbewerbs geeignet. Für die restliche Zeit seien die Daten des Jahres 2007 exemplarisch herangezogen worden.

**5.2.2** Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass die Vorinstanz die Marktdaten zu den Jahren 2006 und 2007 erhoben und sich dabei u.a. auch auf Eingaben der Beschwerdeführerin gestützt hat (vgl. z.B. act. 20 und 267 sowie Rn. 259 f. der angefochtenen Verfügung). Demnach hat sie nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, lediglich die Zahlen aus dem Jahr 2007 analysiert. Sodann hat die Vorinstanz für die Zeitperiode 2006 bis 2007 in Rn. 267 ff. die Marktanteilsschwankungen untersucht und dadurch der Tatsache Rechnung getragen, dass die Daten aus den Jahren 2006/2007 stammen. Damit hat sie auch in diesem Punkt den Untersuchungsgrundsatz gewahrt.

## 5.3

**5.3.1** Drittens ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt habe, weil sie sich im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung auf Tatsachen aus dem Jahr 2009 stützte. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass an dieser Stelle nur der Frage nachzugehen ist, ob die Vorinstanz sich zu Recht auf Daten aus dem Jahr 2009 gestützt hat. Nicht im Rahmen der formellen Rügen ist hingegen zu prüfen, ob sich Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages im untersuchungsrelevanten Zeitraum erheblich ausgewirkt hat.

**5.3.2** Im Zusammenhang mit der vorliegenden Rüge ist auf Rn. 20, 237 und 248 der angefochtenen Verfügung sowie auf Rn. 50 der Vernehmlassung hinzuweisen. Darin wird festgehalten, dass Denner im März 2009 mit dem Verkauf von Elmex rot begann, worauf Coop im Mai 2009 seinen Preis auf das Niveau von Denner senkte. Coop sei im Frühjahr 2010 gleich vorgegangen, als Denner den Preis erneut herabsetzte. Ausserdem wird festgestellt, die deutlich günstigeren Preise von Denner hätten Coop beeinflusst, da Denner nach Angaben der Beschwerdeführerin über einen Marktanteil von [...] in den Jahren 2006/2007 (im Vergleich zu [...] von Spar) und ein flächendeckendes Verkaufsstellennetz von rund 730 Geschäften verfügt habe (vgl. act. 268). Die Vorinstanz hat angenommen, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages

verhindere Parallelimporte, was zu einem geringeren Preiswettbewerb für Elmex rot in der Schweiz führe. Sie hat hierzu in umfangreichen Masse Befragungen der Marktteilnehmer durchgeführt und regelmässig die Preisentwicklungen überprüft. Dabei ist ihr aufgefallen, dass Coop zweimal (2009 und 2010) den Preis für Elmex rot kurze Zeit nach Denner gesenkt hat, und zwar auf das Preisniveau von Denner. Dass die Vorinstanz für die Prüfung der Auswirkungen des Verkaufs von Elmex rot bei Denner auf den Intra-brand-Wettbewerb sich auf Daten stützte, welche vor und nach diesem Zeitpunkt erhoben wurden, erscheint dem Bundesverwaltungsgericht plausibel. Dabei ist es unerheblich, dass die Daten aus dem Jahr 2009 stammten, da erst ab diesem Zeitpunkt Denner mit Elmex rot beliefert wurde, somit erst ab diesem Moment allfällige Auswirkungen des Verkaufs von Elmex rot überhaupt analysiert werden konnten. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes kann darin nicht erblickt werden.

## 5.4

**5.4.1** Im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime moniert die Beschwerdeführerin viertens eine unzulässige Abwälzung der Sachverhaltsermittlungen des Sekretariats auf die Beschwerdeführerin mit der Begründung, der Verfügungsentwurf der Vorinstanz habe sich weder mit der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung noch mit einer etwaigen Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG auseinandergesetzt. Sei die Vorinstanz im Entwurf noch davon ausgegangen, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs bis zum heutigen Zeitpunkt vorliege, habe sie in der angefochtenen Verfügung nur noch festgestellt, dass der Wettbewerb bis September 2006 erheblich beeinträchtigt worden sei. Die Untersuchung der Erheblichkeit und allfälliger Rechtfertigungsgründe hätte nicht, wie es die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Juli 2009 getan habe, auf die Beschwerdeführerin überwältigt werden dürfen. Die Vorinstanz bestreite dieses Vorgehen, welches nach Ansicht der Beschwerdeführerin den Untersuchungsgrundsatz verletzt, nicht.

**5.4.2** Die Vorinstanz entgegnet, die Aufforderung im Schreiben vom 7. Juli 2009, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die gesetzliche Beseitigungsvermutung widerlegt werden könne, habe der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin gedient. Zudem verweist sie auf die Systematik des Kartellgesetzes. Hiernach müsse bei vermutungsweise den Wettbewerb beseitigenden Abreden der Nachweis erbracht werden, dass diese Vermutung beseitigt werden könne. Gelingen das, stelle sich die Frage der Erheblichkeit solcher Abreden. Das sei auch der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin klar gewesen, welche im Verfahren stets davon ausgegangen sei, dass die gesetzliche Vermutung umgestossen werden könne. Somit habe sich spätestens seit dem Zeitpunkt ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eine Auseinandersetzung mit der Frage der Erheblichkeit aufgedrängt, zumal diese wie auch die Frage des Vorliegens allfälliger Rechtfertigungsgründe anlässlich der mündlichen Anhörung mehrfach aufgegriffen worden seien.

**5.4.3** Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 (act. 376) ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin, "Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseiti-



gung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden könnte. Dabei sind im Lichte von Art. 5 Abs. 2 KG sowie Ziff. 15 der Bekanntmachung über die wettbewerbliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 sämtliche Rechtfertigungsgründe geltend zu machen und detailliert zu belegen." Wie oben (E. 4.1.3) ausgeführt, diene dieses Vorgehen einerseits der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine mögliche abweichende rechtliche Würdigung. Dabei lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin erst zur Stellungnahme ein, nachdem sie am Ende einer umfangreichen, fast zweieinhalb-jährigen Untersuchung zum Schluss kam, dass eine Wettbewerbsbeseitigung nicht vorlag. Andererseits trifft die Parteien, wie oben (E. 5) festgehalten, aufgrund von Art. 13 Abs. 1 Bst. b und c VwVG i.V.m. Art. 40 KG eine Mitwirkungspflicht. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt ermittelt, ist zum Schluss gekommen, die Vermutung könne widerlegt werden, und hat in der Folge die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme eingeladen. Es ist im Verwaltungsverfahren üblich, ja zur Wahrung der Parteirechte sogar unerlässlich, dass Parteien zur Stellungnahme zu entscheidenerheblichen Fragen eingeladen werden, zumal sie eine gesetzliche Pflicht zur Mitwirkung trifft. Darin kann keine Überwälzung der Sachverhaltsermittlung auf die Beschwerdeführerin erblickt werden. Vielmehr hat die Vorinstanz korrekt gehandelt als sie, nachdem sie zum Schluss kam, dass eine Wettbewerbsbeseitigung wohl nicht vorlag und sie den Sachverhalt wohl anders rechtlich würdigen würde, der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör einräumte. Ferner ist festzustellen, dass die Vorinstanz die Erheblichkeit der Abrede in Rn. 301 ff. der angefochtenen Verfügung umfangreich geprüft hat. In Rn. 318 ff. hat sich die Vorinstanz sodann mit den von den Parteien vorgetragenen Rechtfertigungsgründen auseinandergesetzt, um in Rn. 324 zum Schluss zu kommen: "Nebst den von den Parteien vorgebrachten [...] Argumenten sind keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ersichtlich." Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin hat demnach die Vorinstanz auch weitere Rechtfertigungsgründe untersucht und die Sachverhaltsermittlung nicht ausschliesslich auf die Beschwerdeführerin überwälzt. Schliesslich mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits geltend macht, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil sie nicht zum abgeänderten Verfügungsentwurf angehört worden sei, und andererseits der Vorinstanz eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorwirft, weil diese zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zum abgeänderten Verfügungsentwurf vor Erlass der angefochtenen Verfügung eingeräumt hat. Die Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist demnach in diesem Punkt zurückzuweisen.

## 5.5

**5.5.1** Die Beschwerdeführerin rügt ferner unter dem Titel "Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes" in mehrfacher Hinsicht eine unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. So habe die Vorinstanz entgegen bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nachgewiesen, dass der Lizenzvertrag für einen Wettbewerbsverstoss kausal hätte sein können.

Zudem moniert sie, die Vorinstanz habe den Sachverhalt "aufgrund ihrer eigenen Überzeugung" aktenwidrig gewürdigt. Dieses Argument wurde sowohl in ihren Rechtsschriften als auch an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 vorgebracht. Die Vorinstanz weist die Rüge von sich. Aus den nachfolgenden Gründen verzichtet das Bundesverwaltungsgericht darauf, die Argumente im Detail aufzuführen.

**5.5.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Untersuchungsgrundsatz sei verletzt, weil einerseits die Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht nachgewiesen sei, und andererseits die Vorinstanz eine aktenwidrige Würdigung des Sachverhaltes vorgenommen habe. Zum ersten Punkt ist einleitend festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht unter E. 4.3.3.4 zum Schluss gelangt ist, die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages das rechtliche Gehör gewahrt, indem sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Kausalzusammenhang rechtsgenügend geprüft hat. Des Weiteren stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Vorinstanz den Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages und den spärlichen Parallelimporten auch unter Wahrung der Untersuchungsmaxime korrekt geprüft hat. So hat sie analysiert, ob das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer Gründe für die tiefe Anzahl Parallelimporte darstellten. Auch hat die Vorinstanz die Rolle von Spar (dem einzigen Unternehmen, dem es in beschränktem Umfang gelang, Elmex rot indirekt zu importieren) untersucht. Zudem hat die Vorinstanz die Reaktionen auf dem Markt im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot beobachtet. Die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime in formeller Hinsicht ist folglich zurückzuweisen. Der zweite Teil der Rüge geht über den Untersuchungsgrundsatz hinaus und betrifft materielle Fragen. Wie oben (E. 5) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht im Rahmen der Analyse, ob der Untersuchungsgrundsatz verletzt wurde, ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz getroffenen Schlüsse korrekt sind. Dies betrifft materielle Fragen und ist an entsprechender Stelle zu untersuchen (vgl. E. 12).

## 5.6

**5.6.1** Eine weitere Verletzung der Untersuchungsmaxime sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die angefochtene Verfügung bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit nur den Lebensmittelhandel berücksichtigt habe. Dies obwohl die Vorinstanz den Drogerie- und Apothekenvertrieb zum relevanten Markt zähle. Es sei folglich nicht geprüft worden, ob die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel höher seien bzw. ob Beratungsdienstleistungen keine Rolle spielten, womit der Sachverhalt unvollständig ermittelt und der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden sei. Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

**5.6.2** Die Beschwerdeführerin moniert das Vorgehen der Vorinstanz bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Wie oben (E. 5) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte



zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Analyse korrekt ist. Dies ist im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen. Auf die materiellen Aspekte dieser Rüge ist demnach unten unter E. 10.1 einzugehen. Soweit die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht rügt, die Vorinstanz habe die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel nicht untersucht, ist auf die vorinstanzliche Untersuchung zu verweisen. Es wurden 21 Fragebögen an Drogerien und 22 an Apotheken versandt, wovon 19 resp. 21 beantwortet wurden. In beiden Versionen findet sich unter Ziffer 6 folgende Frage: "Bitte nennen Sie die Bandbreite innerhalb welcher sich die Endverkaufspreise von a) Medizinalzahnpasten b) herkömmlichen Zahnpasten bewegen, die Sie verkaufen." Die Vorinstanz hat somit entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin geprüft, wie sich die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel gestalteten. Auch mit der Rüge, die Vorinstanz habe die Rolle von Beratungsdienstleistungen beim Verkauf von Elmex ungenügend untersucht, vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. In Rn. 147 und insbesondere in Rn. 221 f. der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Wichtigkeit von Beratungsdienstleistungen geprüft. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime ist nicht gegeben.

## 5.7

**5.7.1** Ferner macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend, weil die Vorinstanz es entgegen einhelliger Lehre und Praxis unterlassen habe, den potentiellen Wettbewerb zu prüfen. Dies habe sie im Verfügungsentwurf noch getan und sei zum Schluss gelangt, Detailhändler wie Migros, Coop, Aldi und Denner seien innert kurzer Zeit in der Lage, ihre eigenen Produkte zu lancieren und erfolgreich auf dem Markt zu platzieren. Auch das Angebot bzw. die Zunahme an Eigenmarken sowie die Aktivitäten kleiner nationaler Produzenten zeigten, dass tiefe Markteintrittsbarrieren bestünden. Dies werde ferner gestützt durch die Ausführungen in Rn. 179 der angefochtenen Verfügung zur hohen Angebotsumstellungsflexibilität. Auch international tätige Hersteller mit starker Marktstellung im Ausland begründeten potenziellen Wettbewerb. Replicando trägt die Beschwerdeführerin vor, im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung sei der potentielle Wettbewerb nicht untersucht worden.

**5.7.2** Die Vorinstanz entgegnet, der potentielle Wettbewerb sei nicht geprüft worden, weil sie zum Schluss gelangt sei, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne widerlegt werden. Dafür reiche bereits der aktuelle Wettbewerb aus, so dass auf eine Analyse des potentiellen Wettbewerbs habe verzichtet werden können.

**5.7.3** Wie die Beschwerdeführerin selbst festhält, hat die Vorinstanz den potentiellen Wettbewerb im Verfügungsentwurf untersucht (Verfügungsentwurf vom 16. Dezember 2008, B.3.3.2.3.2). Dass sie ihn in der Folge nicht berücksichtigt hat, stellt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Wie oben ausgeführt (E. 5), verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung

des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Analyse korrekt ist. Demnach ist die Rüge, der potentielle Wettbewerb sei nicht untersucht worden, zurückzuweisen. Auch soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, der potentielle Wettbewerb hätte im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen, ist sie an dieser Stelle nicht zuzuhören, da es sich hierbei um eine materielle Frage handelt, welche unter E. 11.1 ff. geprüft wird.

## 5.8

**5.8.1** Die Beschwerdeführerin trägt ausserdem vor, die Untersuchungsmaxime sei verletzt, weil die Vorinstanz in aktenwidriger Weise behauptet habe, es sei unglaublich, dass nachfragemächtige Detailhändler wie Coop und Migros Produkte der Beschwerdeführerin auslisten würden, wenn sie mit den Einstandspreisen nicht einverstanden wären. Die Vorinstanz habe weder Migros noch Coop dazu befragt. Eine Auslistung der Produkte der Beschwerdeführerin durch Migros und Coop sei jederzeit möglich, was sich aus dem Briefwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Migros im 2008 sowie dem Verhalten der Anzeigerin ergebe, welche Ende der neunziger Jahre Elmex rot ausgelistet habe.

**5.8.2** Die Vorinstanz entgegnet, eine Auslistung von Elmex rot sei angesichts der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile unwahrscheinlich, was zu einem gewissen Grad durch die Sortimentsgestaltung der Migros (welche nur Leadermarkenprodukte aufnehme und auch Elmex rot führe) bestätigt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben das Image der Marke Elmex aufgebaut, um ihre Produkte entsprechend im Markt zu positionieren. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtenen Verfügung.

**5.8.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei aktenwidrig zu behaupten, dass eine Auslistung von Elmex rot durch Coop oder Migros unwahrscheinlich sei, da Denner selbst Elmex rot vor über 10 Jahren ausgelistet habe. Wie sich aus dem Begriff selbst ergibt, bedeutet "Aktenwidrigkeit", dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht. Diese Konstellation ist im vorliegenden Verfahren nicht gegeben, weswegen auch keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorliegt. Es ergibt sich nämlich aus den Akten nicht, dass Coop oder Migros Elmex rot je ausgelistet haben. Vielmehr zeigen diese, dass Denner vor über 10 Jahren eine Auslistung von Elmex rot vornahm. Folglich ist auch diese Rüge der Beschwerdeführerin zurückzuweisen. Nicht an dieser Stelle nachzugehen ist der Frage, ob die Vorinstanz in materieller Hinsicht richtigerweise annahm, eine Auslistung sei unwahrscheinlich. Diese Frage ist allenfalls an entsprechender Stelle in der materiellen Beurteilung zu prüfen (vgl. E. 10.1.4).

## 5.9

**5.9.1** Die Untersuchungsmaxime ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin überdies verletzt, weil die angefochtene Verfügung widersprüchliche Angaben zu Spar enthalte. Teilweise würde behauptet, die Parallelimporte von Spar seien nicht zu berücksichtigen, an anderen

Stellen werde hingegen festgehalten, die Parallelimporte seien berücksichtigt worden. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**5.9.2** In den von der Beschwerdeführerin angeführten Randnummern hat die Vorinstanz zum einen die Importe von Spar bei der räumlichen Marktabgrenzung, der Untersuchung des Intrabrand-Wettbewerbs sowie bei der Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses in ihre Beurteilung miteinbezogen (Rn. 204, 250, 252, 359). Zum anderen ist sie in den Rn. 107, 313 und 343 auf das Argument der vorinstanzlichen Parteien eingegangen, wonach Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen ihnen nicht gelebt worden sei, was sich an den Parallelimporten von Spar zeige. Hierzu hält sie fest, Spar sei nicht zu berücksichtigen bei der Frage, ob Gebro Passivanfragen aus der Schweiz direkt bedient habe, da Spar aus den in der Verfügung angeführten Gründen als Spezialfall anzusehen sei. "Nicht berücksichtigen" heisst in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt lassen. Damit wird vielmehr ausgedrückt, das Argument, Spar habe indirekt über ein Drittunternehmen importiert, könne nicht als Beleg dafür dienen, dass direkte Parallelimporte im untersuchungsrelevanten Zeitraum stattfanden. Zudem ist es nicht widersprüchlich und verletzt auch nicht den Untersuchungsgrundsatz, wenn die Vorinstanz trotz dieses Schlusses im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung, bei der Untersuchung des Intrabrand-Wettbewerbs sowie bei der Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses die Parallelimporte von Spar in ihre Beurteilung miteinbezogen hat.

## 5.10

**5.10.1** Schliesslich liegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz vor, weil die Vorinstanz aktenwidrige Behauptungen über ihre Markteteiligungen im Ausland aufgestellt habe. Die Beschwerdeführerin und ihre Tochtergesellschaften würden auch ausserhalb von Österreich über unabhängige Vertriebspartner verfügen, also Dritte, welche Elmex rot an Vertriebspartner oder Konsumenten verkaufen. Damit sei die Beschwerdeführerin "im Ausland nicht direkt am Markt gegenüber Konsumenten tätig". Die gegenteilige Behauptung in Rn. 10 der angefochtenen Verfügung sei falsch und aktenwidrig. Die Vorinstanz trägt vor, sie habe nie behauptet, die Beschwerdeführerin würde im Ausland direkt an Endkunden verkaufen, sondern lediglich festgehalten, dass diese in den umliegenden Ländern, ausser in Österreich, mit gruppeneigenen Gesellschaften tätig sei. Zudem habe sie nie behauptet, dass diese Tochtergesellschaften Elmex rot direkt an Endkunden verkaufen würden.

**5.10.2** In Rn. 10 der angefochtenen Verfügung wird folgendes ausgeführt: "Gaba ist in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig. Eine Ausnahme bildet Österreich, wo Gebro im Rahmen eines Lizenzvertrages sowohl für die Produktion als auch für den Vertrieb von Gaba-Produkten verantwortlich ist." Diese Aussage entspricht den auf der Website der Beschwerdeführerin aufgeführten Informationen ([http://www.gaba.ch/html/503/de\\_CH/Laenderpraesenz.htm](http://www.gaba.ch/html/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm); zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Die Ausführungen in Rn. 10 der angefochtenen Verfügung sind demnach weder falsch

noch aktenwidrig, weswegen auch hier die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge zur Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht durchzudringen vermag.

**5.11** Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Sämtliche formellen Rügen der Beschwerdeführerin hierzu sind zurückzuweisen. Ob die im Rahmen der geltend gemachten Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorgetragenen materiellen Rügen begründet sind, wird im Rahmen der materiellen Prüfung beurteilt.

## 6. Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung

### 6.

#### 6.1

**6.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich in formeller Hinsicht unter dem Titel "Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung" vor, sie sei in mehrfacher Hinsicht im Sommer/Herbst 2009 durch eine Medienkampagne der Anzeigerin vorverurteilt worden. Eine Vorverurteilung sei auch aufgrund der öffentlichen Äusserungen von Mitarbeitern des Sekretariats sowie der Vorinstanz im vorliegenden Fall erfolgt. Zudem habe das Schweizer Fernsehen vor Eröffnung der Verfügung an die Parteien von deren Inhalt erfahren, was ebenfalls eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung darstelle.

Die Beschwerdeführerin vermischt bei ihrer Rüge den Grundsatz der Unschuldsvermutung mit dem Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz. Unter ersteren Grundsatz fällt die Frage, ob durch die Medienkampagne der Anzeigerin und durch die öffentlichen Äusserungen von Mitgliedern des Sekretariats und der Vorinstanz eine Vorverurteilung stattgefunden hat. Hinsichtlich des zweiten Grundsatzes ist zu prüfen, ob sich aus der Medienkampagne eine Befangenheit der Vorinstanz ergab bzw. ob sich eine Befangenheit aus den öffentlichen Äusserungen der Mitarbeiter der Vorinstanz und des Sekretariates erkennen lässt.

**6.1.2** Die strafrechtliche Unschuldsvermutung wird in Anknüpfung an Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) durch Art. 32 Abs. 1 BV garantiert. Diese Norm statuiert unter dem Titel "Strafverfahren": "Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig." Die Unschuldsvermutung ist sowohl Beweislast- als auch Beweiswürdigungsregel. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2a m.w.H.).

**6.1.3** Nach ständiger Rechtsprechung ist die Unschuldsvermutung nur in Verfahren mit Strafcharakter anwendbar ("procédure de caractère pénal"; vgl. statt vieler BGE 121 II 257 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4781/2011 vom 10. Juli 2012 E. 4.2). Wie der Europä-

ische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, haben im Administrativverfahren verhängte Kartellbussen einen "caractère pénal" (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 44; so auch der EFTA-Gerichtshof im Urteil E-15/10, Posten Norge, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 88). Allerdings hat der EGMR im selben Fall festgehalten, dass die Natur eines Verwaltungsverfahrens auf viele Arten von der Natur eines Strafverfahrens im engen Sinne des Wortes abweichen kann. Auch wenn diese Differenzen die Vertragsstaaten nicht von ihrer Verpflichtung entbinden würden, alle strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK zu erfüllen, hätten sie trotzdem Einfluss auf die Bedingungen der Anwendung dieser Garantien (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 62). Auch das Bundesgericht ist in "Publigroupe" in Anlehnung an die europäische, höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass Massnahmen nach Art. 49a KG über einen "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" verfügen (BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 2.2.2; vgl. zu dieser Frage auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 8.1.3; sowie BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 4.2). Dies entspricht im Übrigen auch dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. BBl 2002 2052). Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV sind demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann. Folglich ist über die Tragweite der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

**6.1.4** Adressaten der Unschuldsvermutung sind sowohl die rechtsanwendenden Instanzen als auch politische Behörden. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auch bei Pressedarstellungen über hängige Strafverfahren dem Grundgedanken der Unschuldsvermutung prinzipiell Rechnung zu tragen, wobei offen ist, ob sich dies direkt aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK herleitet oder im Sinne der Lehre von der indirekten Drittwirkung angenommen wird, dass die Unschuldsvermutung prinzipiell überall Geltung haben muss, oder ob man den Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung bei der Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Beschuldigten heranzieht. In Verbindung mit Art. 8 EMRK, welcher das Privatleben und damit das Persönlichkeitsrecht schützt, ergibt sich die Verpflichtung des Staates, zivilrechtliche Möglichkeiten zum Schutz gegen Presseveröffentlichungen zur Verfügung zu stellen, die es dem Einzelnen ermöglichen, Vorverurteilungen in der Presse abzuwehren. Aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung ist ein Gebot gegenüber dem Staat abzuleiten, durch positive Massnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Presse bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren sich in den Grenzen der gebotenen Sachlichkeit hält (BGE 116 IV 31 E. 5aa). Hinsichtlich der Garantie der verfassungsmässigen, unabhängigen und unparteiischen Entscheidungsinstanz i.S.v. Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 und 30 Abs. 1 BV ist festzustellen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Medien-

kampagne und politische Interventionen für sich alleine nicht genügen, um eine Befangenheit der entscheidenden Behörde zu begründen. Auch gilt, dass "l'accesso ai mezzi d'informazione non basta per influenzare i membri di un tribunale e mettere in dubbio la loro indipendenza e la loro obiettività". Es müssen im konkreten Fall objektive Anzeichen für die Beeinflussung der urteilenden Instanz vorliegen (vgl. BGE 116 Ia 14 E. 7b f.).

## 6.2

**6.2.1** Die Beschwerdeführerin trägt in diesem Zusammenhang erstens vor, die Anzeigerin habe für nur einige Tage eine Preisaktion für Elmex rot lanciert mit dem Slogan "Endlich: Elmex-Zahnpasta zu einem bissigen Preis". Die Vorinstanz habe durch die Werbung der Anzeigerin unter starkem medialen und politischen Druck gestanden, die Beschwerdeführerin zu verurteilen. Damit habe die Vorinstanz die Unschuldsvermutung verletzt.

**6.2.2** Die Vorinstanz hebt einleitend hervor, sie habe während der Untersuchung zu keinem Zeitpunkt (weder materiell noch formell) festgestellt, dass die Gebietschutzabrede unzulässig sei. Auch habe sie zu keinem Zeitpunkt vor Erlass der Verfügung in der Öffentlichkeit materielle Kommentare zum laufenden Verfahren abgegeben. Es sei weder un- noch aussergewöhnlich, dass die Anzeigerin einen gewissen medialen Druck aufgebaut habe. Erstens sei sie stärker betroffen gewesen als andere Detailhändler, andererseits sei sie in den Medien regelmässig präsent. Die Vorinstanz habe die in Frage stehende Abrede aus volkswirtschaftlicher Sicht beurteilt, gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel, unabhängig vom Interesse der Anzeigerin.

**6.2.3** Wie oben (E. 6.1.4) ausgeführt, richtet sich die Unschuldsvermutung nur indirekt an Dritte. Es besteht für den Staat gemäss Praxis des Bundesgerichts allerdings eine Verpflichtung, Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen, mit denen Betroffene sich gegen ihrer Ansicht nach unlautere Werbung zur Wehr setzen können. Der Schweizer Gesetzgeber hat dies mit Erlass des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241) getan. In Art. 9 UWG werden zivilrechtliche und in Art. 23 ff. UWG strafrechtliche Behelfe zur Verfügung gestellt. Zudem unterhält die Schweizer Werbebranche eine Selbstkontrolle; jede Person kann sich bei der Lauterkeitskommission über Werbung beschweren, die ihrer Meinung nach unlauter ist. Es kann offen bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin zitierte Werbung tatsächlich unlauter im Sinne des Gesetzes war. Jedenfalls standen ihr mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, gegen diese vorzugehen. Zudem ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung verletzt, weil die Anzeigerin eine Medienkampagne führte. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht Aufgabe der Vorinstanz (und es existiert dafür auch keine Rechtsgrundlage), die Werbestrategie von durch eine kartellrechtliche Untersuchung betroffenen Unternehmen während der Untersuchung zu kontrollieren. Im Gegenteil hätte es an der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin selbst gelegen, mit den aufgezeigten Möglichkeiten sich gegen die Medienkampagne der Anzeigerin zur Wehr zu setzen. Sofern die Beschwerdeführerin mit

diesem Vorbringen gelten machen will, die Vorinstanz sei durch die Medienkampagne in ihrer Entscheidungsfindung befangen gewesen, stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass objektive Anzeichen für die Beeinflussung der urteilenden Instanz durch die Medienkampagne der Anzeigerin fehlen. Die Rüge, die Unschuldsvermutung und das Recht der Beschwerdeführerin auf eine unabhängige und unparteiische Entscheidungsinstanz seien durch die Werbung der Anzeigerin zur Preisaktion für Elmex rot verletzt worden, ist nach dem Gesagten von der Hand zu weisen.

### 6.3

**6.3.1** Zweitens ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Unschuldsvermutung verletzt, weil die Anzeigerin in den Printmedien und im Fernsehen eine Kampagne gegen sie losgetreten habe und sie öffentlich bei jeder sich bietenden Gelegenheit beschuldigt habe, Parallelimporte zu behindern. Als Belege nennt die Vorinstanz zwei "Kassensturz"-Sendungen, eine vom 22. September 2009 und eine vom 24. November 2009. Für das Schweizer Fernsehen sei klar gewesen: "Die WEKO muss ein Zeichen setzen." Aus act. 393 erhelle zudem, dass auch die Vorinstanz die Kampagne als relevant erachtet habe, da sie im Nachgang zur Sendung "Kassensturz" vom 22. September 2009 mit dem Einkaufschef der Anzeigerin telefoniert habe. Die Vorinstanz bringt zu dieser Rüge im Wesentlichen dasselbe wie unter E. 6.2.2 ausgeführt vor. Es kann darauf verwiesen werden.

**6.3.2** Wie bereits unter E. 6.2.3 festgestellt, kann die Vorinstanz nicht dadurch die Unschuldsvermutung verletzen, dass die Anzeigerin gegen die Beschwerdeführerin eine Medienkampagne gefahren hat. Die Beschwerdeführerin bringt zudem keine Belege vor, welche objektive Zweifel an der Unabhängigkeit der Vorinstanz aufkommen lassen würden. Insbesondere act. 393 kann nicht als Beweis für die fehlende Unabhängigkeit der Vorinstanz herangezogen werden. In diesem Schreiben der Anzeigerin an das Sekretariat der Vorinstanz wird einleitend festgehalten: "Am 23.09.09 haben sie mich wegen des Berichts des Kassensturzes im Schweizer Fernsehen vom 22.09.09 zur eingangs erwähnten Sache angerufen. Im Nachgang zur telefonischen Besprechung erlaube ich mir, folgendes festzuhalten: [...]. Tatsache ist, dass es in der Schweiz mehr Aktionen gibt als im umliegenden Ausland, insbesondere in Deutschland. Daraus scheinen Sie zu schliessen, dass die Einkaufspreise für die Detailhändler in der Schweiz nicht höher seien als im umliegenden Ausland. Das ist jedenfalls im vorliegenden Fall Elmex nicht zutreffend: [...]." Es folgen Ausführungen zu den Preisunterschieden für Elmex rot zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland aus Sicht der Anzeigerin. Der Text lässt erkennen, dass der stellvertretende Direktor des Sekretariats der Vorinstanz anderer Auffassung über die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland war als der Vertreter der Anzeigerin. Es lässt sich jedoch nicht erkennen, dass er zu dieser Auffassung aufgrund des "Kassensturz"-Beitrages gelangte. Vielmehr geht aus dem ersten Satz hervor, dass der stellvertretende Direktor diese Annahme traf, da es in der Schweiz mehr Aktionen als im umliegenden Ausland gibt. Diese Information stammt aus den Antworten zu den vom Sekreta-

riat der Vorinstanz versandte Fragebögen (siehe bspw. act. 83, Frage 6 und 7; act. 87, Frage 9 und 10). Ausserdem kann nicht aus der Tatsache, dass die Vorinstanz einen Beitrag in den öffentlichen Medien verfolgte, auf deren mangelnde Unabhängigkeit geschlossen werden. Dies hat umso mehr zu gelten, wenn - wie vorliegend - die Behörde im Anschluss an einen solchen Beitrag selbst Nachforschungen zu den im Medienbeitrag diskutierten Fragen anstellt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass nicht das Schweizer Fernsehen von der Vorinstanz forderte, ein Zeichen zu setzen, sondern dass in dem von der Beschwerdeführerin genannten "Kassensturz"-Beitrag vom 24. November 2009 die damalige Ständerätin und Präsidentin der Stiftung für Konsumentenschutz, Simonetta Sommaruga, sich mit diesem Satz zitieren liess. Auch in diesem Punkt kann keine Verletzung der Unschuldsvermutung und der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz erblickt werden.

### 6.4

**6.4.1** Drittens sieht die Beschwerdeführerin die Unschuldsvermutung als verletzt an, weil die Vorinstanz bereits Anfang 2009 gegenüber den Medien eine baldige Entscheidung angekündigt habe, so in der Handelszeitung vom 28. Januar - 3. Februar 2009 und in der Sonntagszeitung vom 5. Juli 2009. Das Kartellgesetz biete keine Grundlage, laufende Verfahren in der Öffentlichkeit zu diskutieren, um politischen Druck abzuwenden. Die Vorinstanz bringt zu dieser Rüge im Wesentlichen dasselbe wie unter E. 6.2.2 ausgeführt vor. Es wird darauf verwiesen.

**6.4.2** Gemäss Art. 49 Abs. 1 KG informieren das Sekretariat der Vorinstanz sowie die Vorinstanz selbst die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit. Hierdurch soll die schweizerische Wettbewerbspolitik transparenter gestaltet werden (BBl 1995 I 619). Nach dem Wortlaut der Bestimmung haben die Behörden allgemein über ihre Tätigkeit zu informieren. Dass mit dieser Norm nicht nur abgeschlossene Verfahren bzw. erlassene Verfügungen gemeint sind, ergibt sich aus Art. 48 Abs. 1 KG, welcher bereits die Veröffentlichung von Entscheiden regelt. Mit Art. 49 Abs. 1 KG haben die Vorinstanz und ihr Sekretariat einen gesetzlichen Auftrag erhalten, über die Veröffentlichung ihrer Verfügungen hinaus die Publizität ihrer Aktivitäten sicherzustellen (vgl. auch Art. 8 Bst. d sowie Art. 15 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 [GR-WEKO, SR 251.1]). Dazu können Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten zählen (vgl. Art. 45 ff. KG; s. auch Art. 59a KG und die auf der Homepage der Vorinstanz abrufbaren Unterlagen zur Evaluation und Revision des Kartellgesetzes). Aber auch Medienmitteilungen, Pressekonferenzen oder die Beantwortung von Anfragen der Presse fallen unter den Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 KG. Zentral ist, dass die Vorinstanz und ihr Sekretariat bei der Orientierung der Öffentlichkeit stets ausgewogen vorgehen und das Amts- und Geschäftsgeheimnis wahren (Art. 25 KG).

**6.4.3** In dem ins Recht gelegten Artikel der Handelszeitung findet sich folgender Text: "Mit Spannung wird [...] der erste Leitentscheid erwartet, den die WEKO aufgrund des revidierten Kartellrechts fällen wird. Dies dürfte nach Auskunft des stellvertretenden Direktors Patrik

Ducrey demnächst der Fall sein." Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin wurde der vorliegende Fall durch die Vorinstanz nicht in der Öffentlichkeit diskutiert. Vielmehr wurde offenbar der stellvertretende Direktor des Sekretariats von der Zeitung angefragt, wann mit einer Entscheidung zu rechnen sei. Dieser kommentierte das Verfahren selbst nicht. Er gab auch keine konkreten Informationen zum Verfahrensstand oder den Untersuchungsergebnissen preis, sondern beschränkte sich auf den oben genannten Hinweis. Wie bereits ausgeführt, haben die Vorinstanz und ihr Sekretariat die gesetzliche Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren, wozu auch die Beantwortung von Pressefragen zu zählen ist. Durch den Kommentar in der Handelszeitung wurde nach dem Gesagten die Unschuldsvermutung nicht verletzt. Auch im Artikel in der Sonntagszeitung kann keine solche Verletzung erblickt werden. Es wird dort lediglich ausgeführt: "Die Wettbewerbskommission (WEKO) entscheidet am 6. Juli über den Streit zwischen Denner und der Elmex-Zahnpasta-Produzentin Gaba." Aus der Passage geht nicht hervor, woher diese Information stammt, also ob sie überhaupt von der Vorinstanz weitergeleitet wurde. Gegen diese Annahme spricht die Tatsache, dass die Parteien am 7. Juli 2009 aufgefordert wurden, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Es ist unwahrscheinlich, dass angesichts dieses Verfahrensstandes ein Mitglied der Vorinstanz einen Entscheid auf den 6. Juli 2009 angekündigt hat. Sofern die Beschwerdeführerin über die Verletzung der Unschuldsvermutung hinaus geltend macht, aus den beiden von ihr ins Recht gelegten Zeitungspassagen sei eine Befangenheit der Vorinstanz zu erkennen, ist sie ebenfalls nicht zu hören. Wie ausgeführt, beschränkte sich der Stellvertretende Direktor des Sekretariats gegenüber der Handelszeitung auf den Hinweis, dass demnächst mit einer Entscheidung zu rechnen sei. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn die Beschwerdeführerin in diesem sehr allgemein gehaltenen Hinweis eine Befangenheit der Vorinstanz bzw. dessen Sekretariat sieht. Dies gilt a fortiori für den Artikel in der Sonntagszeitung, dessen Ursprung nicht der Vorinstanz bzw. dem Sekretariat zugeordnet werden kann. Demnach ist auch in Bezug auf die beiden Zeitungsartikel die Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung und der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz zurückzuweisen.

**6.5.1** Viertens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Unschuldsvermutung, weil die Sendung "Kassensturz" vor Eröffnung der Verfügung gewusst habe, dass es etwas zu berichten gebe. Die Vorinstanz liess sich hierzu nicht vernehmen.

**6.5.2** Wie unter der sachverhaltlichen Erwägung B.g.a festgehalten, wurde die angefochtene Verfügung am 7. Dezember 2009 versandt und am 8. Dezember 2009 zugestellt. Die Öffentlichkeit wurde mit Medienmittelung vom 8. Dezember 2009 informiert. Somit hat das Schweizer Fernsehen am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung über den Fall berichtet und nicht wie die Beschwerdeführerin geltend macht vor der Eröffnung. Es ist im Übrigen widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin einerseits schreibt, in der Sendung "Kassensturz" vom 8. Dezember 2009 sei vor Eröffnung

der angefochtenen Verfügung darüber berichtet worden, und gleichzeitig eine Verletzung der Unschuldsvermutung rügt, weil der Präsident der Vorinstanz in der besagten Sendung "am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung" erschienen sei (s. unten E. 6.6). Folglich ist auch in diesem Punkt eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu verneinen.

## 6.6

**6.6.1** Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung dadurch verletzt, dass der Präsident der Vorinstanz am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung persönlich in der Sendung "Kassensturz" erschienen sei und den Fall vor laufender Kamera diskutiert habe. Bemerkenswert sei zudem, dass die Fakten des Falles einmal mehr und wie bereits an der Jahrespressekonferenz vom 16. Februar 2007 falsch präsentiert worden seien. In der ganzen Sendung werde auch durch den Präsidenten der Vorinstanz zu Unrecht auf eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin in Österreich verwiesen.

**6.6.2** Die Vorinstanz entgegnet, der Auftritt des Präsidenten sei mehr als eine Woche nach dem Entscheid der Vorinstanz erfolgt, so dass von einer Vorverurteilung bereits aus diesem Grund nicht die Rede sein könne. Weiter sei die Diskussion am Fernsehen in erster Linie auf die in Art. 49 Abs. 1 KG statuierten Orientierungspflicht zurückzuführen. Im Übrigen seien im Wesentlichen die Eckpunkte des Entscheides erläutert worden, ohne dass auf die Rolle oder das Verhalten der Beschwerdeführerin besonders eingegangen wurde. Es seien die Problematik rund um Parallelimporte erörtert, einige Erklärungen zum Sacherhalt (ohne Details) geliefert sowie die Bedeutung des Entscheides für die Konsumenten und den Detailhandel aufgezeigt worden. Die Diskussion sei kurz ausgefallen und habe keine materiellen Aussagen zu den Beschwerdeführerinnen selber oder deren Verhalten enthalten.

**6.6.3** Wie oben unter E. 6.1 ausgeführt und von der Vorinstanz zu Recht geltend gemacht, gilt die Unschuldsvermutung während des hängigen Verfahrens. Dies ergibt sich bereits aus dem Titel von Art. 32 Abs. 1 BV sowie aus dem Sinn der Garantie, wonach eine Person bis zum Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten hat (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 186). Selbst wenn anzunehmen wäre, dass die Unschuldsvermutung auch nach Erlass der Entscheidung Anwendung fände, kann in casu nicht gesagt werden, sie sei verletzt. Der Präsident der Vorinstanz gab im Interview keine Informationen preis, welche nicht in der angefochtenen Verfügung selbst enthalten sind. Er beschränkte sich darauf, eine allgemeine Erklärung zum Wettbewerb und zum Wettbewerbsrecht sowie zu Parallelimporten zu geben, und auf Nachfrage einige Punkte der angefochtenen Verfügung zu erklären. Damit ist er der in Art. 49 Abs. 1 KG statuierten Orientierungspflicht unter Wahrung des Amts- und Geschäftsgeheimnisses nachgekommen (siehe oben E. 6.4.2). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Präsident der Vorinstanz zweimal (Minute 5:37 sowie 6:10) vom Moderator zur "österreichischen Tochtergesellschaft" befragt wurde, worauf er in seiner Antwort auf die zweite Frage ebenfalls von der österreichi-

schen Tochtergesellschaft sprach. Hierbei handelt es sich jedoch offensichtlich um einen Versprecher, der in erster Linie auf die inkorrekten Fragen des Moderators zurückzuführen ist. Im Auftritt des Präsidenten der Vorinstanz in der Sendung "Kassensturz" vom 8. Dezember 2009 kann demnach keine Verletzung der Unschuldsvermutung erblickt werden.

**6.7** Nach dem Gesagten sind die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach im vorinstanzlichen Verfahren die Unschuldsvermutung sowie die Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz verletzt worden sind, allesamt zurückzuweisen.

## 7. Rüge der Befangenheit

### 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt hinsichtlich der Zusammensetzung der Vorinstanz nicht ausdrücklich eine Verletzung der Ausstandspflicht. Allerdings trägt sie in Rn. 28 ihrer Beschwerde vor: "Gestützt auf die Anzeige von Denner eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Gemäss Art. 22 Abs. 1 KG war Professor Zäch, Mitglied des Verwaltungsrates von Denner und Mitglied der Wettbewerbskommission verpflichtet, in den Ausstand zu treten. Aus den Akten ergeben sich dazu jedoch keine Hinweise." Die Vorinstanz liess sich zu dieser Frage nicht vernehmen.

**7.2** Nach Art. 22 Abs. 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund i.S.v. Art. 10 VwVG vorliegt. Diese Normen sind eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV statuierten Anspruches auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Der Anspruch ist formeller Natur; seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d). Unter Verletzung der Ausstandspflicht ergangene Verfügungen und Entscheide sind zunächst gültig. Sie können bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden (vgl. RETO FELLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 10 Rn. 34). Um sicherzustellen, dass eine Partei allfällige Ausstandsgründe rügen kann, muss die entscheidende Behörde grundsätzlich möglichst früh ihre Zusammensetzung bekannt geben. Dies kann auch über das Internet oder andere öffentlich leicht zugängliche Quellen geschehen, was im Übrigen auch der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8F.5/2013 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 vom 27. März 2008 E. 2.4.2; siehe auch FELLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 10 Rn. 35). Nach der Rechtsprechung sind Beschwerdeführende Personen gestützt auf den auch für Private geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet, Ausstandsbegehren frühestmöglich zu stellen. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den

Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3 m.w.H.).

**7.3** Die Vorinstanz besteht aus 11-15 Mitgliedern, wobei die Mehrheit unabhängige Sachverständige sein müssen. Sie ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend ist und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige sind (vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup> GR-WEKO). Die Mitglieder der Vorinstanz legen ihre Interessen in einem Interessenbindungsregister offen (Art. 18 Abs. 2<sup>bis</sup> KG). Die Interessenbindungen der Mitglieder der Vorinstanz sind auf deren Homepage abrufbar unter "Die WEKO" à "Kommission" à "Interessenbindungen" (<http://www.WEKO.admin.ch/>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013).

**7.4** Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus den Akten ergebe sich nicht, dass Herr Zäch in den Ausstand getreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass Roger Zäch Ende 2007 als Mitglied der Vorinstanz zurücktrat (Jahresbericht der Wettbewerbskommission 2007, RPW 2008/1, S. 2). Das Sekretariat unterbreitete der Vorinstanz ihren Antrag am 16. Dezember 2008. Somit war Roger Zäch bereits aus der Vorinstanz ausgeschieden, als der Fall zur Behandlung an die Vorinstanz übertragen wurde. Im Übrigen war der Beschwerdeführerin bekannt, dass Professor Zäch bei der Eröffnung der Vorabklärung am 10. Mai 2006 Mitglied der Vorinstanz war und zugleich im Verwaltungsrat der Anzeigerin sass. Selbst wenn dies nicht zuträfe, wäre es vorliegend nach dem unter E. 7.3 Ausgeführten ein Leichtes gewesen, sich über die Interessenbindungen der Kommissionsmitglieder zu informieren und gegebenenfalls eine diesbezügliche Anfrage an die Vorinstanz zu richten. Zudem musste die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin angesichts der Zusammensetzung der Vorinstanz damit rechnen, dass Professor Zäch - wäre er nicht aus der Vorinstanz ausgeschieden - an der Beschlussfassung teilnehmen könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8F.5/2013 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.1). Da die Interessenbindung bereits bei der Eröffnung der Vorabklärung am 10. Mai 2006 öffentlich bzw. der Beschwerdeführerin bekannt war, hätte sie vor der Vorinstanz den Ausstand des besagten Kommissionsmitgliedes verlangen müssen. Aus alledem folgt, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen nicht zu hören ist.

### Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin, vorbehaltlich des in E. 4.2.5 Ausgeführten, mit ihren formellen Rügen nicht durchzudringen vermag. In einem weiteren Schritt sind die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu untersuchen.

### Materielle Rügen

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die fehlerhafte Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG (E. 8), die Marktabgrenzung durch die Vorinstanz (E.9), die Begründung der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung (E.10), die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E.11), die Untersu-

chung des Kausalzusammenhanges (E.12), die Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungsgründen (E. 13) sowie die Sanktionsbemessung (E. 14).

## 8. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG

8. Art. 5 KG definiert unzulässige Wettbewerbsabreden wie folgt:

- 1 Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.
- 2 Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:
  - a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
  - b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
- 3 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:
  - a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
  - b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
  - c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.
- 4 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Die Beschwerdeführerin macht in verschiedener Hinsicht eine fehlerhafte Anwendung des Kartellgesetzes und insbesondere des Art. 5 Abs. 4 KG geltend. Im nachfolgenden wird auf die einzelnen Rügen eingegangen.

### i. Anwendungsbereich der Norm

#### 8.1

**8.1.1** Die Beschwerdeführerin führt zur Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 4 KG einleitend aus, mangels spürbarer Auswirkungen sei das Kartellgesetz gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar und die Vorinstanz nicht zuständig. Diese Rüge ist mit Verweis auf die Ausführungen unter E. 3.3.14 zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ergänzt, Art. 5 Abs. 4 KG verlange schon von seinem Wortlaut her eine tatsächliche Auswirkung, was auch das Bundesgericht bestätigt habe. Sie führt ferner aus, es sei nicht nach-

vollziehbar, warum die Vorinstanz für die Zeit vor dem 1. September 2006 allein wegen der anderen vertraglichen Grundlage anders entschieden habe. Die Vorinstanz lässt sich dazu nicht vernehmen.

**8.1.2** Zum Vorbringen, Art. 5 Abs. 4 KG verlange von seinem Wortlaut her eine tatsächliche Auswirkung, ist auf diesen zu verweisen: "Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden." Die Norm enthält folglich die Begriffe "tatsächlich" und "Auswirkung" nicht. Vielmehr statuiert sie, dass die Vermutung greift, wenn eine Abrede vorliegt, welche den Passivverkauf verbietet (siehe PETER REINERT, in: Baker-Kommentar KG, Art. 5 Rn. 33; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 557). Dabei sind die Auswirkungen der Abrede nicht bereits bei der Frage zu prüfen, ob die Abrede von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Erst im Rahmen der Prüfung, ob die Vermutung umgestossen werden kann, ist zu untersuchen, ob bzw. wie die Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt hat aufgrund der von ihr tatsächlich ausgehenden Auswirkungen (vgl. dazu ausführlich E. 10 und 11). Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem mit der Revision des KG im Jahr 2003 eingeführten Art. 5 Abs. 4 KG existiert. Auch die Beschwerdeführerin legt keinen Bundesgerichtsentscheid ins Recht, sondern beschränkt sich auf den Hinweis, das Bundesgericht habe ihre Ansicht bestätigt. Es kann somit der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, das Bundesgericht habe entschieden, dass Art. 5 Abs. 4 KG vom Wortlaut her eine tatsächliche Auswirkung verlange. Im Gegenteil hat das Bundesgericht sich im "Sammelrevers"-Fall, also vor Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG dahingehend geäußert, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG greift, wenn eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vorliegt. Dabei ist die Wirkung entscheidend und nicht die verwendeten Mittel. Dies bedeutet aber nicht, dass bereits bei der Frage der Anwendung der Norm die Auswirkungen der Abrede zu prüfen sind. Vielmehr hat auch das Bundesgericht die Abrede dahingehend untersucht, ob sie von ihrer Natur her den Preiswettbewerb auszuschalten vermochte, was es bejahte. Erst in einem Folgeschritt wurde analysiert, ob tatsächlich eine Beseitigung vorlag oder ob durch den Nachweis genügenden Wettbewerbs die Vermutung umgestossen werde (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 6.5.4 f. und 7 f.). In diesem Sinne ist auch Art. 5 Abs. 4 KG auszulegen (vgl. dazu ausführlich E. 10 und 11).

**8.1.3** Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin mit Gebro in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 vereinbart, dass Letzterer der aktive und passive Verkauf von Elmex rot aus Österreich und somit auch in die Schweiz (vgl. E. 3.3.3) untersagt war. Damit wurde im Sinne des Gesetzes eine Gebietszuweisung vorgenommen, die bereits von ihrer Natur her von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Ob die von der Abrede ausgehenden Wirkungen tatsächlich den Wettbewerb beseitigen, ist nicht an dieser Stelle zu prüfen (siehe unten, E. 10 und 11).



Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind somit von der Hand zu weisen.

## ii. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG bei indirekter Gebietszuweisung

**8.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 werde weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, weil er die Schweiz als Gebiet nicht zuweise und Verkäufe in die Schweiz nicht ausschliesse. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**8.2.2** Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 3.3.3 festgestellt hat, werden, indem direkte und indirekte Exporte aus Österreich verboten werden, auch direkte und indirekte Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen. Betreffend die Frage, ob Vertikalabreden von Art. 5 Abs. 4 KG nur erfasst werden, wenn sie ausdrücklich ein Gebiet zuweisen und Verkäufe in dieses Gebiet ausschliessen, ist daran zu erinnern, dass Art. 5 Abs. 4 KG insbesondere auch die Abschottung des Schweizer Marktes verhindern soll (vgl. BBI 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Würde vorausgesetzt, dass jede Gebietsabrede den Wettbewerb vermutungsweise nur beseitigt, wenn sie ausdrücklich einer Partei ein Gebiet zuweist und ausdrücklich Verkäufe in dieses Gebiet verbietet, wäre es nicht nur ein Leichtes, Art. 5 Abs. 4 KG zu umgehen. Eine solche wörtliche Auslegung entspräche auch nicht dem Sinn der Norm, und wird im Übrigen in der Literatur nicht vertreten (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 55). Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG absolute Gebietsabreden unterbinden, unabhängig davon, ob die Parteien sich die Gebiete ausdrücklich zuteilen oder ob die Zuteilung indirekt erfolgt. Indem die Beschwerdeführerin, die mit Ausnahme von Österreich in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit eigenen Tochtergesellschaften am Markt tätig ist, ihrer Vertragspartnerin vorschrieb, dass diese Elmex rot nicht aus Österreich exportieren dürfe, und sich gleichzeitig als Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, welche den Schweizer Markt selbst bewirtschaftet, verpflichtete, Elmex rot nicht nach Österreich auszuführen, hat sie sich indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen. Eine solche Abrede wird von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.

## iii. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf Lizenzverträge

### 8.3

**8.3.1** Die Beschwerdeführerin trägt ferner vor, der Lizenzvertrag falle nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, weil er inhaltlich kein Vertriebsvertrag sei, wie das Gesetz es verlange. Aus den parlamentarischen Arbeiten zu der Bestimmung gehe hervor, dass einzig "Vertriebsverträge" erfasst werden sollten. Die Gebietszuweisung im Rahmen von Lizenzabreden habe von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden sollen. Die Vorinstanz hätte prüfen müssen, ob der Lizenzvertrag hauptsächlich die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten regle. Es gehe nicht, den Vertrag aufgrund des wirklichen Willens der Parteien als Vertriebsvertrag zu qualifizieren, zumal sie diesen nie ermittelt habe. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**8.3.2** In der angefochtenen Verfügung werden Lizenzverträge als Verträge i.S.v. Art. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und als verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG bezeichnet. Deren Wettbewerbsbeschränkungen seien im Einzelfall anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen. Lizenzsysteme seien Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche Zusammenarbeit enthielten, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgingen. Der Lizenzvertrag stelle mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäss Art. 5 KG erfolge. Da mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein könnten, würden sie in der Praxis der EU durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt. In Anwendung des vertragsrechtlichen Grundsatzes "falsa demonstratio non nocet" schliesse alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht dessen Unterwerfung unter Art. 5 Abs. 4 KG aus. Die Wichtigkeit, welche der Vertrieb im Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 einnehme, ergebe sich (i) aus Ziff. 1.2, (ii) aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, (iii) aus dem Umstand, dass Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft in Österreich zukommen sollte, und (iv) aus dem Abschluss des Distribution Agreements für die Zeit nach dem 1. September 2006.

**8.3.3** Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG wird - wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorträgt - eine Wettbewerbsbeseitigung nur vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen. Lizenzverträge zählen zu den Verträgen, welche grundsätzlich vom Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG erfasst werden, sofern die sich aus den Rechten des geistigen Eigentums ergebenden Beschränkungen ausschliesslich auf dem materiellen Gehalt der angerufenen Rechte basieren. Der legitime Schutzbereich, der durch die Rechte aus dem geistigen Eigentum gesichert wird, soll allerdings nicht zur Verwirklichung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen missbraucht werden können (BBI 1995 I 541). Lizenzverträge über die Nutzung von Ausschliesslichkeitsrechten aus dem geistigen Eigentum fallen unter den Begriff der Vertikalabrede. Beim Abschluss eines Lizenzvertrages können die Parteien versucht sein, Abreden zu vereinbaren, die in ihrer Wirkung über die Rechte hinausgehen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. In der Regel ist die Lizenzierung der Ausschliesslichkeitsrechte aus dem geistigen Eigentum nur ein Teilbereich, wenn auch ein zentraler der zwischen den Parteien geplanten oder bestehenden wirtschaftlichen Beziehung. Aus wettbewerbspolitischer Sicht besteht deshalb die Notwendigkeit, bei Lizenzverträgen sorgfältig zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen den Parteien Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die aus der Sicht des involvierten Immaterialgüterrechts als inhaltsfremd oder schutzrechtsfremd anzusehen sind (BBI 1995 I 543; siehe auch BBI 2002 2032; vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 411 f.). Art. 5 Abs. 4 KG findet demnach auf Lizenzverträge mit vertriebsrechtlichen Elementen grundsätzlich Anwendung. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, fällt auch der vorliegende Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 in den Anwendungsbereich der Norm. Bereits aus den in Rn. 102 der angefochtenen Verfügung genannten Elementen geht hervor, dass der Ver-



trieb von Elmex rot einen zentralen Aspekt des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 bildete. Nebst den dort genannten Punkten ist auf Ziff. 1.1 zu verweisen, wo unter dem Titel "Vertragsgegenstand" festgehalten wird, dass die Beschwerdeführerin Gebro das alleinige Herstellungs- und Vertriebsrecht überträgt. Auch das Vertragsgebiet wird sowohl für das Herstellungs- als auch das Vertriebsrecht festgelegt (Ziff. 2.1 des Lizenzvertrages). Ferner werden die Verkaufspreise, Marketing und Werbung sowie der Vertrieb selbst umfangreich geregelt (vgl. Ziff. 9, 10 und 11 des Lizenzvertrages). Überdies ist festzustellen, dass auch das in Ziff. 12.1 statuierte Konkurrenzverbot sich sowohl auf die Herstellung von Elmex rot als auch auf dessen Vertrieb bezieht. Schliesslich führt allein die Tatsache, dass der Vertrag von den Parteien als Lizenz- und nicht Vertriebsvertrag bezeichnet wurde, nicht dazu, dass er aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG fällt. Denn wie bereits der Gesetzgeber 1995 erkannt hat, bestünde eine erhebliche Missbrauchsmöglichkeit, wenn Lizenzverträge einer Überprüfung per se entzogen wären, nur weil sie von den Parteien als Lizenzverträge bezeichnet wurden. Selbst wenn demnach die Lizenzierung von Rechten einen wichtigen Teil eines Lizenzvertrages ausmacht, kann er dennoch auf allfällige Wettbewerbsbeschränkungen hin überprüft werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn wie vorliegend der Vertrieb einen zentralen Aspekt des Vertrages bildet. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin und Gebro für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 den Vertrieb und die Herstellung von Elmex rot in zwei unterschiedlichen Verträgen geregelt haben ("Distribution Agreement" und "Agreement on the Manufacture of Dental Products") deutet darauf hin, dass die Vertragsparteien selbst annahmen, der bis zum 1. September 2006 geltende Lizenzvertrag habe sowohl die Herstellung als auch den Vertrieb abgedeckt.

**8.3.4** Daran ändern auch die ins Recht gelegten ständerrätlichen Voten nichts, in denen darüber diskutiert wurde, ob der Begriff der Marktabschottung verwendet werden oder der Begriff des absoluten Gebietsschutzes in das Gesetz geschrieben werden solle. Keiner der von der Beschwerdeführerin genannten Ständeräte vertrat die Auffassung, Gebietszuweisungen im Rahmen von Lizenzabreden seien zulässig. Im Gegenteil plädierten aus Gründen der Rechtssicherheit alle für die gesetzliche Umschreibung des Begriffes "absoluter Gebietsschutz", weil es einem vertraglich gebundenen Händler erlaubt sein müsse, auf Nachfrage in ein anderes Vertragsgebiet zu verkaufen (vgl. AB 2003 S 318 - 322, 329 f.).

#### **iv. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund der Vertikalbekanntmachung**

##### **8.4**

**8.4.1** Die Beschwerdeführerin trägt des Weiteren vor, Lizenzverträge würden auch aufgrund von Ziff. 8 Abs. 3 VertBek 07 nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst. Auch seien gemäss der damals geltenden europäischen Regelung Gebietszuweisungen im Rahmen von Lizenzverträgen nicht unzulässig gewesen. Hierzu ist einleitend festzustellen, dass es sich bei den Bekanntmachungen der Vorinstanz, wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben, um Verwaltungsverordnungen handelt. Ihre Haupt-

funktion besteht darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis vor allem im Ermessensbereich zu gewährleisten. Auch sind die Bekanntmachungen in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Behörde. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Gerichtsinstanz (Art. 2 VGG) nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern bei deren Überprüfung frei. In der Rechtspraxis werden Verwaltungsverordnungen vom Richter bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-342/2008 vom 23. Juni 2009 E. 4.1.1 m.w.H.).

**8.4.2** Gemäss Ziff. 8 Abs. 3 VertBek 07 war die Bekanntmachung nicht auf vertikale Vereinbarungen anzuwenden, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen. Diese Auslegung ist angesichts des unter E. 8.3.3 Ausgeführten nicht zu beanstanden. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin bereits die alte VertBek 07 vorsah, dass Lizenzverträge nur nicht erfasst würden, sofern sie zur Hauptsache die Lizenzierung regeln und sofern sie sich nicht unmittelbar auf den Verkauf der Ware beziehen. Dies entsprach auch der damals auf europäischer Ebene herrschenden Rechtslage und Rechtspraxis, wo Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen galten und noch heute gelten, für die die Freistellung nicht zum Zuge kommt (vgl. E. 11.1.8; siehe auch Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen [Vertikal-GVO], ABl. L 336 vom 29. Dezember 1999, S. 21; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen [Leitlinien Vertikal-GVO 2000], ABl. C 291 vom 13. Oktober 2000, 1, Rn. 36; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen [Leitlinien Vertikal-GVO 2010], ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, 1, Rn. 37). Den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin ist demnach nicht zu folgen.

#### **v. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf Technologietransfervereinbarungen**

##### **8.5**

**8.5.1** Die Beschwerdeführerin führt ausserdem aus, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 stelle eine zulässige Technologietransfervereinbarung dar im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen (TT-GVO; ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 11), welche aufgrund des Auswirkungsprinzips auch in der Schweiz zur Anwendung gelange. Es handle sich um eine Vereinbarung über die Herstellung von

Vertragsprodukten, die Marktanteilsschwelle von 30 % sei nicht überschritten, und es liege keine Kernbeschränkung vor. Insbesondere komme die Gegenausnahme von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO nicht zum Tragen. Würde man von einer Lizenzgeberin die explizite Auflistung aller ihr vorbehaltenen Gebiete verlangen, wäre das bei europa- bzw. weltweit operierenden Unternehmen nicht praktikabel. "Vorbehalten" im Sinne der Verordnung bedeute, dass der Lizenzgeber im Exklusivgebiet Inhaber von Schutzrechten sei. Ein expliziter Vorbehalt werde weder vom Wortlaut der Bestimmung verlangt, noch sei ein solcher bei mündlichen Verträgen oder abgestimmten Verhaltensweisen denkbar. Zwar gebe Art. 6 Abs. 2 TT-GVO der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten das Recht, einer Vereinbarung im Einzelfall den Rechtsvorteil der Freistellung zu entziehen. Indes seien die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 TT-GVO nicht erfüllt.

**8.5.2** Die Vorinstanz hält einleitend fest, eine direkte Übernahme der europäischen Regeln in der Schweiz sei aufgrund des Missbrauchsprinzips nicht möglich. Allerdings sollten unter Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen in der Schweiz möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung gelangen wie in der EU. Eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welches die Schweiz von den übrigen europäischen Ländern abschotte und dadurch zur Hochpreisinsel Schweiz beitrage, sei gemäss dem Willen des Gesetzgebers vermutungsweise geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Solche Klauseln seien in der Schweiz nicht ohne Einzelprüfung "freistellbar", was nach Ansicht der Vorinstanz auch in der EU gelten würde. Ausserdem liste die Beschwerdeführerin die Umstände für einen Entzug der Freistellung durch die EU-Kommission i.S.v. Art. 6 Abs. 1 TT-GVO auf, und nicht die in casu einschlägigen des Art. 6 Abs. 2 TT-GVO für die Freistellung durch eine nationale Wettbewerbsbehörde. Jedenfalls ergebe sich sowohl aus den Erwägungsgründen (EG) 13 und 16 der TT-GVO als auch aus Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass eine Freistellung entzogen würde. Schliesslich habe die Vorinstanz bereits dargelegt, dass die Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO nicht greife, weil sich die Beschwerdeführerin weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten habe. Es entspreche den allgemeinen Grundsätzen des Gebietsschutzes im Recht der EU, dass eine Gebietszuweisung ausdrücklich erfolgen müsse, was wohl auch für Passivverkaufsverbote in Lizenzverträgen gelte. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

**8.5.3** Die angefochtene Verfügung kommt in Rn. 163. zum Schluss, in analoger Anwendung der TT-GVO handle es sich beim Lizenzvertrag um eine Technologietransfer-Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern im Sinne der Verordnung, wobei die Marktanteilsschwelle von 30 % auf den relevanten österreichischen Märkten von beiden Parteien nicht überschritten werde. Halte man sich indes die in Rn. 105 aufgezeigte Praxis der EU-Behörden vor Augen, sei es unwahrscheinlich, dass ein Vertrag, welcher zu Marktabschottung führe, freigestellt würde. Selbst bei einer allfälligen Freistellung habe sich die Beschwerdeführerin entgegen dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten. Im Übrigen sei

davon auszugehen, dass auch die Voraussetzungen für den Entzug des Rechtsvorteils durch die nationale Wettbewerbsbehörde i.S.v. Art. 6 Abs. 2 TT-GVO gegeben seien.

**8.5.4** Einleitend ist das Argument der Beschwerdeführerin zu untersuchen, dass die Konformität des Lizenzvertrages mit Schweizer Recht anhand der Konformität mit dem Europäischen Recht zu prüfen sei. Dies begründet sie mit dem Auswirkungsprinzip. Wie unter E. 3.3.5 ff. ausgeführt, wird gestützt auf das Auswirkungsprinzip innerstaatliches Recht von innerstaatlichen Gerichten oder Behörden auf Sachverhalte angewendet, die einen extraterritorialen Ursprung haben (vgl. auch E. 3.3.10). Vorliegend ersucht die Beschwerdeführerin indes das Bundesverwaltungsgericht um die Anwendung europäischen Rechts, also ein innerstaatliches Gericht um die Anwendung fremden, von der Schweiz aus gesehen extraterritorialen Rechts. Dies ist gestützt auf das Auswirkungsprinzip nicht möglich. Auch ist das Europäische Recht in der Schweiz nicht direkt anwendbar. Da sich das Schweizer Recht in grossen Teilen an das Europäische anlehnt (BBI 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.; BBI 2002 2051), zieht das Bundesverwaltungsgericht dieses rechtsvergleichend heran (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 9.4.3).

**8.5.5** Art. 2 Abs. 1 TT-GVO definiert eine Technologietransfer-Vereinbarung als eine Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen, die die Produktion der Vertragsprodukte ermöglicht. Gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO sind Beschränkungen des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet zulässig, welches dem Lizenzgeber vorbehalten ist. Nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO kann die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates den Rechtsvorteil entziehen, wenn eine freigestellte Technologietransfer-Vereinbarung im Gebiet eines Mitgliedstaates oder in einem Teil desselben, der alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, im Einzelfall Wirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind. Der von der Beschwerdeführerin zitierte Art. 6 Abs. 1 TT-GVO ist vorliegend nicht einschlägig, da sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht darauf gestützt hat und es vorliegend auch nicht um die Frage geht, ob ein Entzug der Freistellung durch die Europäische Kommission erfolgt wäre. Vielmehr stellt sich die Frage, ob allenfalls die Voraussetzungen für einen Entzug durch die nationale Wettbewerbsbehörde nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO vorlagen.

**8.5.6** In casu ist streitig, ob bereits aufgrund des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO der Lizenzvertrag freigestellt worden wäre. Die Norm besagt, dass eine Beschränkung des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet oder an eine Exklusivkundengruppe, das bzw. die dem Lizenzgeber vorbehalten ist, erlaubt ist. Zwar wird nicht wörtlich festgehalten, dass der Vorbehalt ausdrücklich schriftlich erfolgen muss. Allerdings nennt die Bestimmung sowohl Gebiete als auch Kundengruppen. Für eine Freistellung muss demnach klar sein, welche Gebiete bzw. Gruppen sich der Lizenzgeber selbst vorbehalten hat. Es kann nicht Sinn der Verordnung sein, dass vorbehaltene Kundengruppen schriftlich festgehalten werden müssen, Gebiete indes nicht, weil dies - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - für international

tätige Unternehmen nicht praktikabel sei. Auch erscheint dem Bundesverwaltungsgericht das Vorbringen fragwürdig, dass der europäische Verordnungsgeber davon ausgegangen sei, Gebietszuweisungen müssten bzw. könnten nicht ausdrücklich vorgenommen werden, weil sie im Rahmen von Technologietransfer-Verträgen mündlich oder durch abgestimmte Verhaltensweisen erfolgten. Seit dem EuGH-Urteil Consten und Grundig aus dem Jahr 1966 ist klar, dass absolute Gebietschutzklauseln, welche innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechterhalten, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfälschen und daher vom Kartellverbot erfasst werden (EuGH, verb. Rs. 56 und 58/64, Consten und Grundig, Slg. 1966, 322, 391 f.). Gerade vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die in Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO statuierte Ausnahme eng auszulegen und von den betreffenden Unternehmen ist zu verlangen, dass die vorbehaltenen Kundengruppen bzw. Gebiete ausdrücklich schriftlich vereinbart werden. Dies ergibt sich auch aus Rn. 100 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen zu Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i (ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 2). Darin wird festgestellt, dass der Lizenzgeber nicht im Gebiet bzw. für die betreffende Gruppe produzieren muss, damit diese als ihm vorbehalten angesehen werden können. Er kann sie sich auch für eine spätere Nutzung vorbehalten. Das ist nur möglich, wenn bekannt ist, welche Gebiete bzw. Gruppen sich der Lizenzgeber ausdrücklich vorbehält. Die Wahrscheinlichkeit einer Freistellung aufgrund des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO wurde demnach von der Vorinstanz zu Recht verneint. Selbst wenn man von einer Freistellung ausgehen würde, wäre ein Entzug derselben durch eine nationale Wettbewerbsbehörde nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO sehr wahrscheinlich, da die Schweiz aufgrund der gruppeneigenen Präsenz der Beschwerdeführerin in den an die Schweiz angrenzenden Ländern einen gesonderten räumlichen Markt bildet. In Kombination mit Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages wird somit der Schweizer Markt von den Märkten der umliegenden Länder abgeschottet. Dieses Vorgehen würde sowohl von den nationalen Gerichten und Behörden als auch von der Europäischen Kommission und den europäischen Gerichten kaum als mit Art. 101 Abs. 3 AEUV vereinbar angesehen. Schliesslich legt der neue Lizenzvertrag vom 1. September 2006 den Schluss nahe, dass auch die Parteien nicht davon ausgingen, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine zulässige Technologietransfervereinbarung dar und könne beibehalten werden. Ansonsten hätten sie nicht nur den Aktivverkauf untersagt. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, der Lizenzvertrag und im Speziellen dessen Ziff. 3.2 stelle keine zulässige Technologietransfervereinbarung im Sinne der TT-GVO dar.

#### **vi. Zwischenfazit: Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt**

**8.6** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar. In

einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie sich die Klausel auf den Markt ausgewirkt hat.

#### **9. Marktabgrenzung**

**9.** Um festzustellen, in welchem Masse eine Abrede einen Markt beeinträchtigt, ist der betreffende Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Der Bundesrat hat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) den Begriff des relevanten Marktes umschrieben. Diese Definition gilt auch für Wettbewerbsabreden und für die Ausübung von Marktmacht. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite als austauschbar erachtet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Substituierbarkeit, wobei unterschieden wird zwischen Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept; vgl. BGE 139 I 72 "Publigruppe" E. 5.1 m.w.H.). Bei der Beurteilung der Nachfragesubstituierbarkeit werden die aus Sicht der Abnehmer austauschbaren Güter definiert. Dabei wird in denjenigen Fällen auf die abgeleitete Nachfrage (also die Nachfrage der Endverbraucher) abgestellt, in denen der direkte Abnehmer ein Gut nicht selbst verbraucht, sondern es an seine Abnehmer weiterverkauft (vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 174 m.w.H.). Unter dem Titel der Angebotssubstituierbarkeit wird hingegen untersucht, ob Anbieter als Reaktion auf Preiserhöhungen in der Lage sind, ihre Produktion umzustellen und das betreffende Gut innert kurzer Zeit auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken. Diese Situation liegt in der Regel vor, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen.

Ausgangspunkte bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit sind die Merkmale des Produktes und dessen Verwendungszweck. Diese reichen allerdings für sich alleine gesehen noch nicht aus, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Unterschiedliche Eigenschaften und Verwendungszwecke können sowohl ein Hinweis auf Zuordnung zu getrennten Märkten als auch zum gleichen sachlichen Markt sein. In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, bei der u.a. die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der betreffenden Unternehmen zum Nachfrageverhalten der Abnehmer befragt und allfällige Substitutionen in der Vergangenheit sowie Verbraucherpräferenzen berücksichtigt werden. Ferner ist beispielsweise anhand des SSNIP-Tests zu ermitteln, wie sich das Nachfrageverhalten ändert bei einer kleinen, dauerhaften Preiserhöhung von 5-10 % (small but significant and nontransitory increase in price). Weichen die Nachfrager auf andere Produkte aus, machen sie die Preiserhöhung unrentabel. Die betreffenden Produkte sind dann zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus ist die Angebotssubstituierbarkeit wie oben beschrieben zu prüfen, wobei diese weitgehend mit dem potentiellen Wettbewerb übereinstimmt. Letzterer ist allerdings nicht im Rahmen der Marktabgrenzung zu untersuchen (s. auch unten, E. 11.1; vgl. zudem REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 171; siehe auch GEORG-KLAUS DE BRONNET, in: Josef L. Schulte/Christoph Just, in: Kommentar zum Kartellrecht

[GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht], Köln 2012, Art. 101 AEUV Rn. 57). Bei der Prüfung der Austauschbarkeit ist auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes Rücksicht zu nehmen. Sie ist in einer Gesamtanalyse aller Elemente festzustellen. Eine starre Hierarchie zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen ist, wie das britische Competition Appeal Tribunal in Anlehnung an Rn. 25 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum relevanten Markt (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5]) überzeugend festgestellt hat, abzulehnen (Case No 1009/1/1/02 [2003] CAT 11, Aberdeen Journals v. The Office of Fair Trading, para. 127 f.).

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; vgl. zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung auch Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 6.3.3 f. und 8 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.).

## vii. Sachliche Marktabgrenzung

### 9.1

**9.1.1** Die Beschwerdeführerin stimmt der sachlichen Marktabgrenzung der Vorinstanz zu. Sie führt aus, diese habe zu Recht keine Segmentierung nach Zusatznutzen, Hersteller- oder Handelsmarken vorgenommen. Allerdings bestreitet die Beschwerdeführerin die Feststellung in Rn. 197 der angefochtenen Verfügung, wonach bei Zahnpastakonsumenten eine tiefe Preissensitivität bestehe. Hätte die Vorinstanz empirische Daten erhoben, wäre sie wie die Beschwerdeführerin zum Schluss gelangt, dass für Elmex rot eine signifikante Preissensitivität bestehe. Die Beschwerdeführerin habe dies mit dem RBB Expertengutachten nachgeholt.

**9.1.2** Die Vorinstanz entgegnet, das RBB Expertengutachten habe zahlreiche zentrale Fragen nicht geprüft bzw. nicht dargelegt, auf welche Daten es sich stütze. Sie gewähre nur solchen Parteigutachten Gewicht, die gewissen wissenschaftlichen Standards genügen, was für das RBB Expertengutachten nicht zutrefte. Insbesondere seien die ökonomischen Schätzungen nicht nachvollziehbar, weil die angewendete Methodik zu wenig erläutert werde. Auch würden die lediglich summarisch wiedergegebenen Datensätze eine Überprüfung der Resultate nicht erlauben. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens vermögen daher aus Sicht der Vorinstanz die Ergebnisse in der angefochtenen Verfügung nicht entkräften.

**9.1.3** In der angefochtenen Verfügung wird zunächst ausgehend vom Verhalten der Endverbraucher (abgeleitete Nachfrage) dargelegt, weshalb der Markt für Zahnpasta nicht nach Produktausprägungen sowie Hersteller- und Handelsmarken zu segmentieren ist. Dies wird auch mit der hohen Angebotsumstellungsflexibilität der Zahnpastahersteller begründet. Sodann wird geprüft, ob Elmex rot aufgrund seiner Zusammensetzung als Medizinalzahnpasta anzusehen ist, was die Vorinstanz verneint. Schliesslich wird der Frage nachgegangen, ob

Elmex rot aufgrund ihres Images einen eigenen Markt bildet. Dabei wird zum einen untersucht, wie oft Elmex rot von Zahnärzten empfohlen wird. Zum anderen wurde verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern der SSNIP-Test unterbreitet. In Rn. 196 f. der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, die Frage, ob Elmex rot einen eigenen Markt bilde, könne mangels verfügbarer Informationen zu den Kostenstrukturen der Beschwerdeführerin nicht beantwortet werden. Allerdings tangiere die Preissensitivitätsanalyse das Fazit der sachlichen Marktabgrenzung nicht.

### 9.1.4

**9.1.4.1** Wie bereits unter E. 9 ausgeführt, erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept. Es ist folglich zu untersuchen, welche Produkte aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks geeignet sind, einen bestimmten Bedarf auf gleichwertige Weise zu befriedigen, auch wenn einige der Produkte eine unterschiedliche Qualität oder einen unterschiedlichen Preis aufweisen, oder wenn sie auf andere Art hergestellt wurden. Grundsätzlich ist nach der VKU auf die Marktgegenseite abzustellen, was für Zahnpaste der Detailhandel, Zahnärzte und Dentalhygieniker sowie Apotheken und Drogerien sind. Das Nachfrageverhalten dieser Akteure richtet sich nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, also nach den Endverbrauchern. Folglich ist der sachlich relevante Markt in casu aus Sicht der Endabnehmer zu definieren.

**9.1.4.2** Auf dem Markt ist eine grosse Auswahl an Zahnpasten erhältlich. Einerseits gibt es zahlreiche Hersteller von Zahnpasta, andererseits existieren Sorten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften. Eine Differenzierung aufgrund der verschiedenen Eigenschaften ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, nicht sachgerecht. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist aus Sicht der Endverbraucher zu untersuchen, ob Zahnpasta, welche z.B. für Raucher angeboten wird, austauschbar ist mit Zahnpasta, welche keinen Zusatznutzen anpreist. Angesichts der Tatsache, dass der Endverbraucher Zahnpasta in erster Linie erwirbt zum Zweck der Zahnreinigung, ist diese Frage zu verneinen. Daran ändern auch die im vorinstanzlichen Verfahren von der Beschwerdeführerin behaupteten besonderen medizinischen Eigenschaften (wie die Fluoridkonzentration) nichts. Aus dem Gutachten des Bundesamtes für Gesundheit BAG ergibt sich, dass Elmex rot mit einer Fluoridkonzentration von 0.14 % als kosmetisches Mittel einzustufen ist, und dass auch der Zusatz von Aminfluorid nicht zur Einstufung von Elmex als Zahnpasta mit besonderen medizinischen Eigenschaften führt (vgl. act. 222 S. 2 f.).

**9.1.4.3** Gegen eine Unterscheidung nach Produktausprägung spricht sodann die Angebotsumstellungsflexibilität. Wie oben dargelegt, ist sie dann gegeben, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen und in der Lage sind, innert kurzer Zeit und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken ihre Produktion umzustellen. Es ist unbestritten, dass unter den meisten Hersteller- bzw. Handelsmarken Zahnpasten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften verkauft werden. So führt beispiels-

weise Colgate eine Zahnpasta zur Aufhellung der Zähne, eine für frischeren Atem und eine für die Tiefenreinigung in den Zahnzwischenräumen im Sortiment (<http://www.colgate.ch/app/ColgateTotal/CH/DE/product.s.cwsp>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Auch Odol-med 3 und die Beschwerdeführerin selbst führen mehrere Sorten Zahnpasta mit unterschiedlichen Zusatznutzen (<http://www.odol-med3.de/content/startseite-27#26>; [http://www.gaba.ch/hm/1084/de\\_CH/Produkte.htm](http://www.gaba.ch/hm/1084/de_CH/Produkte.htm); beide zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Die Umstellung der Produktion dürfte sich relativ einfach gestalten, was sich auch aus der Entscheidung der Europäischen Kommission in Smithkline Beecham/Block Drug ergibt (vgl. COMP/M.2192, Rn. 10: "[...] manufacturers can change production between the different variants with relative industrial and financial ease: production facilities are essentially the same, and almost all variants have a certain number of active ingredients in common; the time needed for production changes is not significant, nor are there significant additional financial costs.").

**9.1.4.4** Abzulehnen ist weiter eine Segmentierung des Marktes nach Hersteller- bzw. Handelsmarken. Denn einerseits dienen auch Zahnpasten unterschiedlicher Hersteller- und Handelsmarken in erster Linie der Zahnreinigung. Andererseits lässt sich aus dem Preisniveau keine Differenzierung nach Marken ableiten. Wie sich nämlich aus den Antworten zu den vom Sekretariat versandten Fragebögen ergibt, hängt die Preisgestaltung nicht von der jeweiligen Hersteller- bzw. Handelsmarke ab (vgl. jeweils die Tabellen zu Frage 10 z.B. in act. 134, 141 und 226). All diese Faktoren sprechen für die Zuordnung von Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta.

**9.1.4.5** Auch die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass der Markt für Zahnpasta der relevante Produktmarkt ist. Sie stellt allerdings die Preissensitivitätsanalyse der Vorinstanz in Abrede. In der angefochtenen Verfügung hatte die Vorinstanz festgehalten, die erhobenen Daten deuteten auf eine tiefe Preissensitivität der Konsumenten von Elmex rot hin. Die Beschwerdeführerin macht indes unter Berufung auf ihr Parteigutachten geltend, es bestehe eine signifikante Preissensitivität der Konsumenten. Ob dies zutrifft, kann vorliegend offen bleiben. Wie oben ausgeführt, ist der sachlich relevante Markt anhand einer Gesamtanalyse mehrerer Faktoren zu definieren. Es hat sich sowohl hinsichtlich der Angebots- als auch der Nachfragesubstituierbarkeit gezeigt, dass als relevanter Produktmarkt der Markt für Zahnpasta anzusehen ist. Daran würde auch, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, ein anderes Ergebnis der Preissensitivitätsanalyse nichts ändern.

**9.1.4.6** Nach dem Gesagten stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta gehört.

### viii. Räumliche Marktabgrenzung

**9.2** Wie bereits ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. oben E.9). Auch diese Analyse hat sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht zu erfolgen, wo-

bei unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus Nachfragersicht sind insbesondere die Einkaufspolitik der Nachfrager sowie allfällige sich darauf auswirkende Tatsachen (wie Transportkosten und -distanzen, rechtliche Bedingungen u.ä.) zu untersuchen. Angebotssubstituierbarkeit liegt hingegen vor, wenn eine Preiserhöhung zum Einstieg von neuen Anbietern in den betreffenden Markt führen würde. Dabei sind allfällige Hindernisse für Markteintritte in Betracht zu ziehen, wie z.B. die gesetzliche Lage, Handelshemmnisse, allfällige Vertriebssysteme, Verbraucherpräferenzen, Marktanteile und Umstellungskosten. Auch ein unterschiedliches Preisniveau oder sprachliche Unterschiede können auf einen getrennten räumlichen Markt hindeuten. In jedem Fall ist der räumlich relevante Markt im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen.

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin stellt die von der Vorinstanz vorgenommene, nationale räumliche Marktabgrenzung in Abrede. Der Beschaffungsmarkt, also der Markt, auf dem die Beschwerdeführerin mit anderen Herstellern um den Verkauf ihrer Produkte bei Händlern im Wettbewerb stehe, sei ein internationaler oder zumindest europäischer. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Anzeigerin Zahnpasta auch von Grosshändlern etwa in Deutschland beziehen könne und auch tue. Importeure müssten ihre Ware nicht immer von Herstellern beziehen. Zudem machten die direkten und indirekten (also über die nationalen Vertriebsgesellschaften) Importe bei Zahnpasta rund 70 % der gesamten in der Schweiz verkauften Menge aus. Das belege das RBB Expertengutachten. Im Übrigen würden bereits die in der angefochtenen Verfügung genannten 22-30 % Importe als Beleg für einen weiten räumlichen Markt dienen. Zumindest bestehe erheblicher Wettbewerbsdruck aus dem Ausland. Des Weiteren lege das RBB Expertengutachten dar, dass es für Coop und Migros im Rahmen der regulatorischen Vorschriften möglich wäre, grössere Mengen an Zahnpasta zu importieren. Dies verhindere, dass die Beschwerdeführerin die Grosshandelspreise für Elmex rot überhöht ansetze. Auch kleinere Detailhändler könnten einen signifikanten Teil ihrer Nachfrage importieren. Dies zeige sich am Beispiel der Anzeigerin, welche fast den gesamten Bedarf an Colgate-Zahnpasta von ausländischen Grosshändlern beziehe. Schliesslich gebe die Vorinstanz die Argumente des Expertengutachtens zum Internet-Handel inkorrekt wieder. In casu sei der Markt auf der Grosshandelsstufe international abzugrenzen, trotz eines möglichen nationalen Marktes der Verbraucher. Dies aufgrund zahlreicher Importmöglichkeiten für Einzelhändler, so über den ausländischen Grosshandel, den Internet-Einzelhandel, sowie für Konsumenten über den Internet-Einzelhandel. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz könnte bereits eine Tube Elmex rot versandkostenfrei bezogen werden bei [www.medipreis.de](http://www.medipreis.de). Die Vorinstanz sei darauf nicht eingegangen und gebe auch die Argumente der Beschwerdeführerin inkorrekt wieder. Der räumliche Markt sei international abzugrenzen. Mindestens aber hätte die Vorinstanz den Wettbewerbsdruck mittels tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs angemessen berücksichtigen müssen.

**9.2.2** Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung und ergänzt, die Beschwerdeführerin widerspreche sich selbst, wenn sie einerseits behauptete, der Import von Zahnpasta sei im relevanten Zeitraum regulatorisch eingeschränkt gewesen, und andererseits vorbringe, der Beschaffungsmarkt sei international abzugrenzen. Zudem weist die Vorinstanz den Vorwurf, sie habe es versäumt, den Wettbewerbsdruck aufgrund tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs angemessen zu berücksichtigen, mit Verweis auf Rn. 204 und 220 der angefochtenen Verfügung zurück.

**9.2.3** Aus Rn. 203 der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Beschwerdeführerin die in Rede stehenden Argumente bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. So hat sie geltend gemacht, die direkten und indirekten Importe bei persönlichen Hygieneprodukten bzw. Reinigungsmitteln (und somit auch von Zahnpasta) würden rund 70 % der gesamten in der Schweiz verkauften Menge ausmachen, was sich aus dem Entscheid Coop/Carrefour der Vorinstanz ergebe (RPW 2008/4, S. 608 ff., Rn. 119). Ferner würden kleinere Einzelhändler rund 40 % ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten beziehen. Zudem hätten sich die Parallelimporte im Jahr 2008 auf ca. 4 % der von allen Lebensmittel-Einzelhändlern in der Schweiz verkauften Zahnpasta-Tuben belaufen. Sodann erübrigten sich Parallelimporte, weil die Grossverteiler Migros und Coop durch die Drohung, parallel zu importieren, attraktive Preise erhielten. Schliesslich könne Elmex rot über Internet-Einzelhändler importiert werden. In Rn. 204 der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz dazu fest, Rn. 119 des Coop/Carrefour-Escheides zeige, dass nur 30 % der persönlichen Hygieneprodukte bzw. 22 % der Reinigungsmittel direkt importiert würden. Im Rahmen eines Analogieschlusses anzunehmen, diese Zahlen würden auch für Zahnpasta gelten, sei irreführend, da mit Ausnahme von Spar, Casino und der Anzeigerin in den letzten fünf Jahren kein Unternehmen Importversuche getätigt habe. Casino und Spar stellten insofern Spezialfälle dar, weil beide über separate Bezugsquellen verfügten. Im Übrigen widerspreche sich die Beschwerdeführerin selbst, wenn sie einerseits geltend mache, regulatorische Hindernisse würden den Import von Zahnpasta in die Schweiz behindern, und andererseits den räumlich relevanten Markt mindestens europäisch definieren. Ausserdem sei es nicht möglich, mit den von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen nachzuvollziehen, wie die 40 % Importe berechnet würden und auf welche Produkte sie sich bezögen. Ferner seien die Zahnpastaimporte in Höhe von 4 % nicht ausreichend, um den räumlich relevanten Markt weiter als die Schweiz zu definieren. Im Übrigen stehe die Behauptung, Migros und Coop könnten drohen, bedeutende Mengen zu importieren, im Widerspruch zur Tatsache, dass die Mehrheit der befragten Detailhändler in den letzten 5 Jahren keine Importversuche getätigt hätten. Würde diese Behauptung zutreffen, müssten die Einstandspreise von Coop und Migros vergleichbar sein, was nicht der Fall sei. Schliesslich sei der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vereinbarte absolute Gebietsschutz ein weiteres Indiz für das Bestehen eines nationalen räumlich relevanten Marktes.

**9.2.4** Die Vorinstanz hat insbesondere die Einkaufspolitik der Schweizer Detailhändler, die Höhe der Transportkosten allfälliger Importe sowie den rechtlichen Rahmen untersucht. Zudem hat sie, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, in Rn. 204 und 220 den Wettbewerbsdruck mittels tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs geprüft. Damit hat sie den räumlich relevanten Markt im oben (E. 9.2) beschriebenen Sinne abgegrenzt und richtigerweise einen nationalen räumlichen Markt angenommen. Die von der Beschwerdeführerin dagegen vorgebrachte Argumente vermögen an diesem Schluss aus den folgenden Gründen nichts ändern.

**9.2.5** Die Beschwerdeführerin macht einerseits geltend, Schweizer Detailhändlern stehe die Möglichkeit offen, grosse Mengen an Zahnpasta über Deutsche Grosshändler zu beziehen. Auch Einzelhändler und Konsumenten könnten Zahnpasta von ausländischen Grosshändlern bzw. über Internet-Einzelhändler beziehen. Andererseits macht sie an verschiedenen Stellen geltend, der Grund für die spärlichen Parallelimporte seien regulatorische Vorschriften. Damit widerspricht sich die Beschwerdeführerin selbst. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn trotz der behaupteten regulatorischen Hindernissen die Beschwerdeführerin vorträgt, es könnten und würden erhebliche Mengen an Zahnpasta importiert werden. Sodann wurden im RBB Expertengutachten die Importzahlen aus dem Carrefour/Coop-Escheid inkorrekt wiedergegeben. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ergibt sich aus Tabelle 5 vor Rn. 119 des Carrefour/Coop-Escheides, dass die Direktimporte für Körperpflege/Kosmetik und für Wasch-/Reinigungsmittel 30 % bzw. 22 % betragen, und nicht, wie die Beschwerdeführerin mit Berufung auf das Expertengutachten behauptet, 70 %. Sodann vermag die im RBB Expertengutachten nicht belegte Behauptung, diese Zahlen seien auch auf Zahnpastaimporte zu übertragen, die in Rn. 204 der angefochtenen Verfügung aufgezeigten Argumente nicht entkräften. Zudem ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin genannte Internet-Versandapotheke [www.medipreis.de](http://www.medipreis.de) gemäss eigenen Angaben keine Versandapotheke sondern eine Preisvergleichsmaschine für Medikamente und Apothekenprodukte ist, und dass sie weder Zahnpasta im Allgemeinen noch Elmex rot spezifisch als Produkt führt.

**9.2.6** Schliesslich kann der Beschwerdeführerin angesichts der Tatsache, dass sie dieselben Argumente, welche sie vor Bundesverwaltungsgericht vorträgt, bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat, nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz habe diese Vorbringen nicht berücksichtigt. Allein die Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt wie die Beschwerdeführerin, bedeutet nicht, dass sie die Parteivorbringen nicht berücksichtigt hat. Wie unter E. 4.3.3.1 ausgeführt, hat die Behörde alle Beweismittel (wozu auch Privatgutachten gehören) objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob diese eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten. Die Vorinstanz hat dies in Rn. 204 getan.

**9.2.7** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass in casu der räumlich relevante Markt zu Recht national abgegrenzt wurde.

## ix. Zwischenfazit relevanter Markt

Der relevante Markt ist vorliegend der Schweizer Markt für Zahnpasta für die tägliche Zahnpflege in allen Produktvarianten und von allen Hersteller- und Handelsmarken.

## 10. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung

**10.** Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirklichen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Wird das Vorliegen einer solchen Abrede auf dem relevanten Markt bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob sich die Vermutung durch den Nachweis genügenden Intra- und Interbrand-Wettbewerbs widerlegen lässt.

## x. Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs

### 10.1

**10.1.1** Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend, in der angefochtenen Verfügung sei bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit nur der Lebensmittelhandel berücksichtigt worden. Dies obwohl die Vorinstanz den Drogerie- und Apothekenvertrieb zum relevanten Markt zähle. Es sei folglich nicht geprüft worden, ob die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel höher seien bzw. ob Beratungsdienstleistungen keine Rolle spielten, womit der Sachverhalt unvollständig ermittelt und der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei. Darüber hinaus bringt die Beschwerdeführerin vor, aufgrund der Möglichkeit von Coop und Migros, mit der Auslistung von Elmex rot zu drohen, würden diesen Unternehmen günstige Grosshandelspreise gewährt. Daher könnten die Preise in der Schweiz nicht überhöht sein. Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

**10.1.2** Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt hat, wurde bei der Prüfung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs der Untersuchungsgrundsatz gewahrt (vgl. E. 4.3.3.4 und 5.6.2). In materieller Hinsicht ist im Rahmen der Intra- und Interbrand-Wettbewerbsanalyse zu prüfen, welche Stellung die Beteiligten auf dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt einnehmen und in welchem Ausmass die Marktverhältnisse insgesamt durch die Abrede verändert werden. Nicht zu vernachlässigen ist bei der Beurteilung des Aussenwettbewerbs eine allfällige Verflechtung des schweizerischen Marktes mit dem Weltmarkt. Es ist daher immer auch zu fragen, ob der betreffende Markt geographisch offen ist und insbesondere ausländische Konkurrenten zum Wettbewerb im Inland beitragen können (BBI 1995 I 565). Folglich ist zunächst der sachlich, örtlich und ggf. zeitlich relevante Markt zu bestimmen, bevor auf diesem die Marktverhältnisse analysiert werden und die Auswirkungen der Abrede darauf. Das ist sachlogisch, kann ein Markt doch nur analysiert werden, wenn er vorher definiert wurde. Auf diese Art ist auch die Vorinstanz an die Prüfung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs herangegangen. Sie hat einleitend den Markt abgegrenzt (Rn. 173 ff. der angefochtenen Verfügung), und hat in der Folge die Verhältnisse

auf diesem untersucht, wobei sie den Fokus auf den Preiswettbewerb legte. Dies begründete sie folgendermassen: Erstens hänge die Qualität von Elmex rot von der Beschwerdeführerin ab, sei also in allen Verkaufsstellen gleich; zweitens würden rund [...] der Elmex rot Zahnpasten in der Schweiz im Detailhandel, d.h. ohne Beratung verkauft; drittens sei fraglich, dass Endverbraucher in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta eine Beratung nachfragen würden. Die Untersuchung sei zudem auf den Lebensmittelhandel beschränkt worden, da dieser mit rund [...] Umsatzanteilen Elmex rot den weitaus wichtigsten Absatzkanal darstelle. Schliesslich sei der Fokus auf den Lebensmittelhandel gelegt worden, weil innerhalb des Lebensmittelhandels mehr als [...] der Elmex rot Zahnpasten über Migros und Coop abgesetzt würden. Diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Denn einerseits hat eine Befragung der Hersteller ergeben, dass sieben von zehn Unternehmen insbesondere den Preiswettbewerb als "intensiv" beurteilten (Tabelle 11 der angefochtenen Verfügung). Andererseits ist es sachgerecht, dass die Vorinstanz ihre Untersuchung auf den wichtigsten Absatzkanal fokussiert. Angesichts der erhobenen Umsatzanteilszahlen ist dies zweifelsohne der Lebensmittelabsatzkanal.

**10.1.3** Darüber hinaus ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Relevanz der Beratungsdienstleistungen in Apotheken und Drogerien zu Unrecht nicht untersucht worden sei. Wie in der vorangehenden Erwägung ausgeführt, werden [...] der Umsatzanteile im Lebensmittelhandel erzielt, wo keine Beratung stattfindet. Tabelle 4 der angefochtenen Verfügung weist die Umsatzanteile von Elmex rot auf dem Drugkanal als knapp [...] aus. In Rn. 222 heisst es zudem, es sei fraglich, dass Endverbraucher in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta eine Beratung nachfragen würden. Angesichts der Tatsache, dass, wie die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin übereinstimmend geltend gemacht haben, selbst Medizinalzahnpasten in die allgemeine Kategorie der Mundhygieneprodukte fallen, erscheint dieser Schluss nahelegend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund dieser Tatsachen feststellt, es sei fraglich, ob Konsumenten in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta Beratung in Anspruch nähmen und daraus den Schluss zieht, bei den geringen Umsatzanteilen seien der Drug- und Dentalkanal (und folglich auch allfällige Beratungsdienstleistungen) bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs nicht zu berücksichtigen.

**10.1.4** Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in aktenwidriger Weise behauptet, es sei unglaubwürdig, dass nachfragemächtige Detailhändler wie Coop und Migros Produkte der Beschwerdeführerin auslisten würden, wenn sie mit den Einstandspreisen nicht einverstanden wären. Die Vorinstanz habe weder Migros noch Coop dazu befragt. Eine Auslistung der Produkte der Beschwerdeführerin durch Migros und Coop sei jederzeit möglich, was sich aus dem Briefwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Migros im Jahr 2008 sowie dem Verhalten der Anzeigerin ergebe, welche Ende der neunziger Jahre Elmex rot ausgelistet habe. Die Vorinstanz entgegnet,



eine Auslistung von Elmex rot sei angesichts der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile unwahrscheinlich, was zu einem gewissen Grad durch die Sortimentsgestaltung der Migros (welche nur Leadermarkenprodukte aufnehme und auch Elmex rot führe) bestätigt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben das Image der Marke Elmex aufgebaut, um ihre Produkte entsprechend im Markt zu positionieren. Diese Schlussfolgerung findet sich auch in Rn. 220 der angefochtenen Verfügung.

**10.1.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang bereits unter E. 5.8.3 geprüft, ob in formeller Hinsicht eine Verletzung der Untersuchungsmaxime gegeben ist. Es hat dies verneint. Zum materiellen Aspekt dieser Rüge ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Auslistung wegen der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile von Elmex rot für unwahrscheinlich hielt. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Ausführungen als schlüssig. Insbesondere die Auslistung von Elmex rot durch Denner sowie die Verhandlungen mit Migros sind kein Beleg dafür, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz in diesem Punkt fehlerhaft sind. Wie aus der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 ersichtlich, wird Elmex rot als must-stock-Produkt angesehen, also als eine Ware, die ein Detailhändler aus Sicht der Endkunden im Sortiment führen muss (act. 370 S. 5). Selbst Denner hat also den Auslistungsentscheid rückgängig gemacht, was gemäss ihren Aussagen aus betriebswirtschaftlichen Gründen geschah. Insgesamt kann daher weder in formeller Hinsicht von einer aktenwidrigen Behauptung noch in materieller Hinsicht von einer fehlerhaften Schlussfolgerung durch die Vorinstanz gesprochen werden.

**10.1.6** Nach dem Gesagten ist in der angefochtenen Verfügung auch bei der Prüfung des Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit richtigerweise der Fokus auf den Lebensmittelhandelskanal und innerhalb diesem auf den Detailhandelskanal gesetzt worden.

## **xi. Widerlegung der Vermutung in casu**

### **10.2**

**10.2.1** Die Beschwerdeführerin macht auf S. 56 bis 79 ihrer Beschwerde sowie S. 17 bis 31 ihrer Replik geltend, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne widerlegt werden, weil die vertiefte Analyse des relevanten Marktes zeige, dass in jeder Beziehung reger Intra- und Interbrand-Wettbewerb herrsche. Deshalb sei nicht nur die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt, sondern es sei auch erstellt, dass keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Zudem bringt die Beschwerdeführerin unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor, die Vorinstanz habe bei der Prüfung des Intrabrand-Wettbewerbs mit falschen Zahlen gearbeitet.

**10.2.2** Die Vorinstanz geht in ihren Eingaben auf die Argumente der Beschwerdeführerin ein. Aus den nachfolgenden Gründen erübrigt es sich, die Vorbringen vertieft wiederzugeben. Wie nämlich unter E. 11 aufgezeigt wird, sieht die Struktur des Art. 5 KG hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden folgendes Prüfschema vor: Stellt die Behörde das Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG fest, greift die Vermutung, dass durch

diese der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde. Umgestossen werden kann diese Vermutung durch den Nachweis, dass trotz der Abrede noch wirksamer aktueller und/oder potentieller Aussen- und/oder wirksamer Innenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 "Strassenbeläge Tessin" vom 1. Juni 2010 E. 9 m.w.H.). Gelingt dieser Nachweis, ist die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu analysieren. Dies hat anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu geschehen (s. E. 11).

**10.2.3** Die Vorinstanz hat in Rn. 207 ff. der angefochtenen Verfügung den Intrabrand-Wettbewerb und in Rn. 253 ff. der angefochtenen Verfügung den Interbrand-Wettbewerb geprüft. Gestützt darauf schloss sie in Rn. 300, "dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination des vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden" könne. Wie oben dargelegt, war die Analyse des Intra- und Interbrandwettbewerbs der Vorinstanz korrekt (E. 10.1). Zudem stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangte, ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich somit gegen die Begründung, nicht gegen die aus der Analyse der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen. Hierzu ist festzustellen, dass in der Verfügung festgelegte Fragen, welche Teil des Anfechtungsgegenstandes bilden, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitig sind und somit nicht zum Streitgegenstand zählen, nur geprüft werden, wenn die nichtbeanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nicht zum Streitgegenstand gehören blosser Differenzen bezüglich der Begründung einer Verfügung, weil nur das Verfügungsdispositiv, nicht aber die Begründung anfechtbar ist (vgl. BGE 110 V 48 E. 3c m.w.H.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 8C\_272/2011 vom 11. November 2011 E. 1.3, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4195/2009 vom 18. Oktober 2010 E. 6.1). Da bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, die Vermutung habe widerlegt werden können, ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Widerlegung der Vermutung nicht einzugehen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht schon deshalb fehlt, weil die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wurde. Vielmehr ist die Erheblichkeit anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Es kann hierzu auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (E. 11). Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 5.1.3 und 5.2.2 festgestellt, dass die Vorinstanz bei der Ermittlung des Intrabrand-Wettbewerbs auf die richtigen Daten abgestellt und damit den Untersuchungsgrundsatz gewahrt hat.

## **11. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung**

**11.** Gelingt es, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt zu widerlegen, ist weiter zu untersuchen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Gemäss dieser Bestimmung sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für



bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Erheblichkeit der Abrede falsche Kriterien herangezogen bzw. diese falsch ermittelt. Nachfolgend wird auf die einzelnen Punkte eingegangen.

## **xii. Analyse des potentiellen Wettbewerbs**

### **11.1**

**11.1.1** Die Beschwerdeführerin trägt einleitend vor, die Vorinstanz habe im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung anhand von vier willkürlichen Kriterien darauf geschlossen, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt worden sei. Die Beschwerdeführerin habe weder zu den vier Kriterien noch zu den entsprechenden Ausführungen je Stellung nehmen können. In diesem Zusammenhang verweist sie auf ihre Ausführungen zur unzulässigen Überwälzung der Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz (vgl. oben E. 5.4.1). Die Vorinstanz hätte richtigerweise prüfen müssen, ob ein Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und allfälligen Marktauswirkungen in der Schweiz bestehe und falls ja, ob diese Auswirkungen aufgrund einer Marktanalyse als erhebliche Beeinträchtigungen des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs zu qualifizieren seien. Es sei aktenkundig und unbestritten, dass (auch) im untersuchungsrelevanten Zeitraum mit Wissen von Gebro und der Beschwerdeführerin Elmex rot in die Schweiz importiert worden sei, was die Vorinstanz selbst anerkannt habe. Umso unverständlicher sei es, dass diese in ihrer Vernehmlassung ausführe, der Erfolg einer wirksamen absoluten Gebietsschutzabrede liege in den fehlenden Parallelimporten und die Erbringung eines Vollbeweises sei beinahe unmöglich. Es könne nicht sein, dass die Vorinstanz den Sachverhalt "aufgrund ihrer eigenen Überzeugung" aktenwidrig würdige, obwohl die Beschwerdeführerin bewiesen habe, dass Parallelimporte im relevanten Zeitraum stattgefunden hätten, die Anzeigerin bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt habe und kein anderer Detailhändler daran Interesse gehabt hätte. Letzteres hat sie anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 erneut bekräftigt.

**11.1.2** Die Vorinstanz hat dazu eingehend Stellung genommen. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen wird darauf verzichtet, diese Stellungnahme vertieft darzustellen.

**11.1.3** Sofern die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen in formeller Hinsicht geltend machen will, sie habe zu den genannten Punkten ungenügend Stellung nehmen können, ist sie mit Verweis auf die Ausführungen unter E. 4.1.3 sowie 5.4.3 nicht zu hören. Ebenfalls von der Hand zu weisen ist die Rüge, die Vorinstanz habe den Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages und allfälligen Marktauswirkungen in formeller Hinsicht nicht untersucht (vgl. oben E. 4.3.3.4 und 5.5.2). Auf das Argument, die Vorinstanz hätte im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung den aktuellen und potentiellen Wettbewerb prüfen müssen, wird nachfolgend eingegangen.

**11.1.4** Das Gesetz definiert den Begriff der Erheblichkeit nicht. Die Botschaft KG 95 verweist auf die entsprechende Praxis, da bereits das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85; AS 1986 874) die Erheblichkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der materiellen Kartellbestimmung nannte. Zudem wird festgehalten, dass auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien kennen (BBI 1995 I 554). Wie HOCH CLASSEN allerdings zu Recht ausführt, ist der Verweis auf die Praxis zum KG 85 unsachgemäss. Das KG 85 unterschied im Gegensatz zum KG 95 in materiell-rechtlicher Hinsicht zwischen der zivilrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Unzulässigkeit, weswegen nicht mehr auf den Erheblichkeitsbegriff des alten Rechts abzustellen ist (HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 267).

**11.1.5** Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit auf quantitative und qualitative Kriterien bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer horizontalen Abrede gestützt, wobei es eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dann bejaht, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Gebiet, Menge) betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.1 m.w.H.). Weil das Gesetz davon ausgehe, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt sei (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), stelle eine Aufhebung des Preiswettbewerbs mindestens eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betreffe. Im betreffenden Fall betrug der Marktanteil rund 90%. Das Bundesgericht nahm eine erheblich Beeinträchtigung des Wettbewerbs an (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.2).

**11.1.6** Die Literatur ist sich nicht einig, ob alleine auf quantitative Kriterien abzustellen ist, oder ob daneben auch qualitative Kriterien Berücksichtigung finden müssen. Auch die Praxis der Vorinstanz zur Erheblichkeit war anfangs uneinheitlich (für eine Übersicht über beide siehe Hoch Classen, a.a.O., S. 269 ff. und 271 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 155 ff. und 167 ff.). Jedenfalls kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, gesagt werden, nach einhelliger Lehre und Praxis sei im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung der potentielle Wettbewerb zu untersuchen. Vielmehr gehen die einhellige Literatur und Praxis davon aus, dass der potentielle Wettbewerb im Rahmen des Umstossens der gesetzlichen Vermutung zu prüfen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 vom 1. Juni 2010 "Strassenbeläge Tessin" E. 9 m.w.H.).

**11.1.7** Die Vorinstanz hat von ihrem in Art. 6 KG statuierten Recht Gebrauch gemacht und mit Beschluss vom 18. Februar 2002 die erste Bekanntmachung betreffend die Erheblichkeit vertikaler Abreden erlassen. Darin hat sie konkretisiert, nach welchen Kriterien sie die Erheblichkeit einer vertikalen Wettbewerbsabrede beurteilt. Diese hat sie 2007 resp. 2010 ersetzt. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum existierte die VertBek 02. Wie oben (E. 8.4) dargelegt, handelt es sich bei den Bekanntmachungen der Vorinstanz, wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben, um Verwaltungsverordnungen, die für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend sind.

Sie werden bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-342/2008 vom 23. Juni 2009 E. 4.1.1 m.w.H.).

**11.1.8** Ziff. 3 VertBek 02 zählt diejenigen Abreden auf, die bereits aufgrund ihres Gegenstandes zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führen. Bst. b nennt direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler (qualitatives Kriterium). Andere vertikale Abreden als die in Ziff. 3 VertBek 02 genannten gelten in der Regel nicht als erheblich, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10 % überschreiten (Ziff. 4; Bagatellfälle). Diese Regelung findet sich auch in den Folgebekanntmachungen 2007 und 2010 (vgl. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 bzw. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 16 Abs. 2 VertBek 10). Die Vorinstanz nahm an, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welche ein Passivverkaufsverbot vorschrieb, bereits von ihrer Natur her als qualitativ erheblich einzustufen sei. Diese Praxis ist nicht zu beanstanden. Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien (). Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der Europäischen Union, wo Passivverkaufsverbote grundsätzlich als Kernbeschränkung qualifiziert werden, und es wurde auch in die VertBek 07 sowie die VertBek 10 aufgenommen (vgl. Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2000; Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2010; Ziff. 11 de-minimis-Bekanntmachung; Ziff. 12 Bst. b VertBek 07; Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 10; siehe auch VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 92). Eine solche Auslegung ist auch im Sinne des Gesetzeszwecks: die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung durch Vertikalabreden muss ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden (BBi 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Gerade weil das Schweizer Kartellrecht bei Vertikalabreden eine Einzelfallprüfung vorsieht, ist es nicht zu beanstanden, dass Passivverkaufsverbote wie das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vereinbarte von ihrem Gegenstand her als qualitativ erheblich beurteilt werden, besteht doch immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass selbst auf den ersten Blick qualitativ erhebliche Abreden im Einzelfall wettbewerbsfördernde Wirkungen haben können, welche die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen können.

**11.1.9** Ausserdem hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, die Vorinstanz sich in Rn. 179 mit der Höhe der Angebotsumstellungsflexibilität auseinandergesetzt. Wie oben (E. 9 und insb. E. 9.1.4.3) ausgeführt,

ist die Grenze zwischen potentiell dem Wettbewerb und Angebotsumstellungsflexibilität fliessend (vgl. auch REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 171). Es kann also nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz den potentiellen Wettbewerb völlig ausser Acht gelassen hat. Im Gegenteil hat sie ihn an der richtigen Stelle geprüft.

### xiii. Qualitative Erheblichkeit

**11.2.1** Die Beschwerdeführerin ist des Weiteren der Ansicht, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sei nicht qualitativ erheblich, weil sie nur Importe aus Österreich in die Schweiz betroffen und somit die Schweiz nicht von anderen Ländern abgeschottet habe. Die von der Vorinstanz erwähnten Fälle von vermuteter Abschottung seien allesamt nicht einschlägig. Im Entscheid Volkswagen (RPW 2002/3, S. 196 ff.) sei es um ein Netz von Händlerverträgen in mehreren europäischen Ländern gegangen und es sei nicht festgestellt worden, dass Gebietsabreden per se qualitativ erheblich seien. Auch der Fall Citroën (RPW 2002/3, S. 455 ff.) habe ein Bündel von selektiven Verträgen betroffen. Ferner sei der Lizenzvertrag eine unter EU-Wettbewerbsrecht zulässige Technologievereinbarung.

**11.2.2** Die Vorinstanz erwidert, die genannten Entscheide seien durchaus einschlägig. In Volkswagen habe die Vorinstanz in einem obiter dictum festgehalten, dass das Verbot von Passivverkäufen als erheblich zu qualifizieren wäre, wenn der Beweis für das Vorliegen der Abrede rechtsgenügend hätte erbracht werden können. Zudem habe Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sowohl direkte als auch indirekte Exporte verboten. Somit habe die Klausel auch Importe aus anderen Ländern in die Schweiz als Österreich erfasst. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

**11.2.3** Wie auf der Website der Beschwerdeführerin ersichtlich, ist sie in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. Einzige Ausnahme bildet Österreich, wo Gebro die Produkte der Beschwerdeführerin herstellt und vertreibt. Da somit in allen Ländern ausser in Österreich die Herstellung und der Vertrieb von Elmex rot gruppenintern erfolgen, wurde durch Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 die auf dem einzigen nicht von der Gruppe der Beschwerdeführerin kontrollierten Markt tätige Herstellerin mit einem Passivverkaufsverbot belegt. Hiermit wurde der Schweizer Markt von den Märkten der umliegenden Länder abgeschottet. Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Im Übrigen handelt es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsschutzklausel, welche bereits von ihrer Natur her als qualitativ erheblich anzusehen sind (vgl. oben E. 11.1.7). Schliesslich wurde bereits unter E. 8.5.6 dargelegt, warum der Lizenzvertrag nicht als Technologietransfervereinbarung zu rechtfertigen ist.

**11.2.4** Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem Gesagten fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, Ziff. 3.2 stelle eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Damit handelt es sich, wie vorstehend ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede. Dies gilt auch dann, wenn man die Abrede auf ihre quantitati-

ve Erheblichkeit hin untersucht, was nachfolgend der Vollständigkeit halber aufgezeigt wird.

#### xiv. Quantitative Erheblichkeit

##### 11.3

**11.3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, in quantitativer Hinsicht sei zu prüfen, wie stark der Markt von einer Abrede tatsächlich tangiert sei. Dabei sei insbesondere das Ausmass des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs sowie die Stellung der Marktgegenseite relevant. Es müsse zudem untersucht werden, ob genügend Intra-brand- und Inter-brand-Wettbewerbs bestehe. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien in diesem Punkt widersprüchlich. Einerseits halte sie fest, der aktuelle Wettbewerb spiele in genügendem Ausmass, ein anderes Mal, dass gewisser Inter-brand-Wettbewerb herrsche, und schliesslich, dass Intra-brand-Wettbewerb herrsche. Richtig sei, dass vorliegend wie dargelegt wirksamer Wettbewerb herrsche. Dabei sei logisch und von Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass die quantitative Erheblichkeitsprüfung nach den gleichen Kriterien zu untersuchen sei wie die Frage, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden könne. Die Analyse unterscheide sich nur im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Es sei jedoch immer auch der potentielle Wettbewerb zu prüfen, was die Vorinstanz versäumt habe. Zu den vier Kriterien selbst führt die Beschwerdeführerin folgendes aus: (i) Die Vorinstanz erläutere nicht, welchen Einfluss die Marktstellung und der Bekanntheitsgrad von Elmex rot auf den wirksamen Wettbewerb in der Schweiz gehabt haben sollen. (ii) Die Behauptung, aufgrund der Marktanteile sei die Erheblichkeit der Abrede zu bejahen, sei reine Spekulation. Zudem habe das RBB Expertengutachten die angebliche Marktmacht der Beschwerdeführerin widerlegt. (iii) Das angebliche Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich sei nicht im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu analysieren. Es sei ausserdem gerichtsnotorisch, dass die Preise in der Schweiz für eine grosse Anzahl von Produkten zumindest nicht-kaufkraftbereinigt höher seien als im Ausland. Die Beschwerdeführerin habe gezeigt, dass die Preise in Österreich kaufkraftbereinigt praktisch identisch mit den Schweizer Preisen seien und nicht-kaufkraftbereinigt nur 29 % unter denen in der Schweiz lägen. Zudem sei es schwierig, einen durchschnittlichen Einstandspreis zu ermitteln, die Kosten für den Vertrieb in der Schweiz seien höher und die grossen ausländischen Kunden würden wegen der grossen abgenommenen Mengen grössere Rabatte als die Schweizer Kunden erhalten. Die Analyse der Vorinstanz habe zudem gezeigt, dass in beiden Ländern die gleichen Endverkaufspreise gälten. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz zur Behauptung gelange, Elmex rot werde in der Schweiz vor allem im oberen Bereich verkauft. Schliesslich sei auch die fehlende Aktionstätigkeit für Elmex rot im Ausland völlig ausgeblendet worden. (iv) Die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 seien auf die Fusion Migros/Denner zurückzuführen und nicht, wie die Vorinstanz behaupte, auf die Importe der Anzeigerin. Das zeige sich daran, dass auch die Importe von Spar, dessen Unternehmensgrösse mit derjenigen der Anzeigerin vergleichbar gewesen sei, keinen Einfluss auf die Preispolitik der zwei grossen Detailhändler gehabt hätten. Die Vorinstanz handle wi-

dersprüchlich, wenn sie die Importe von Spar bei der Intra-brand-Wettbewerbsprüfung berücksichtige, bei der qualitativen Erheblichkeit jedoch nicht. Auch der Verkauf von Elmex rot durch die Denner-Satelliten habe im untersuchungsrelevanten Zeitraum die Preise von Migros und Coop nicht beeinflusst; ebenso wenig der Vertrieb über Carrefour, welche ungefähr den gleichen bzw. einen grösseren Marktanteil als die Anzeigerin hatte, wenn nur die Denner-Discount-Läden betrachtet würden. Ähnlich hat sich die Beschwerdeführerin an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 sowie in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2013 geäussert. Die Beschwerdeführerin ist schliesslich der Ansicht, nach einhelliger Lehre und Praxis sei bei der Erheblichkeitsprüfung der potenzielle Wettbewerb zu analysieren, und verweist u.a. auf die hohe Angebotsumstellungsflexibilität.

**11.3.2** Die Vorinstanz bringt zur Frage der Erheblichkeit allgemein vor, es handle sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine Kernbeschränkung, die in der EU in aller Regel unter das Kartellverbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV falle. Aus diesem Grund würde sie weder nach der Vertikal-GVO noch nach der de-minimis-Bekanntmachung als unbedenklich angesehen. Zwar sei gemäss den neuen Leitlinien der Kommission betreffend vertikale Vereinbarungen eine Einzelfreistellung basierend auf einer Effizienzeinrede möglich. Dabei obliege dem Unternehmen die Beweislast, und eine solche Freistellung müsse mit Effizienzgründen gerechtfertigt werden, was vorliegend nicht der Fall sei. Darüber hinaus werde in der EU davon ausgegangen, dass Kernbeschränkungen den Wettbewerb spürbar, also erheblich, beeinträchtigen, was auch in Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 07 übernommen worden sei. Bei solchen Abreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefe Anforderungen. Zu den einzelnen Kriterien bringt die Vorinstanz folgendes vor: (i) Wie die Parteigutachter richtig festgehalten hätten, könne die Austauschbarkeit der Güter selbst innerhalb eines einzigen Marktes unterschiedlich sein. Eine geringere Austauschbarkeit gehe mit einem geringeren Wettbewerbsdruck der übrigen Güter im relevanten Markt einher. Die Vorinstanz habe bei der Marktabgrenzung denn auch festgehalten, dass Elmex rot durch das medizinische Image erfolgreich Produktdifferenzierung betreibe. Diese reiche jedoch nicht aus, um einen eigenen Markt zu definieren. (ii) Die Ausführungen zu den Marktanteilen basierten auf den Ergebnissen der Analyse der aktuellen Konkurrenz. Marktanteile seien ein Indikator für Marktmacht. (iii) Der Konnex zwischen dem Preisgefälle Schweiz-Österreich und der Erheblichkeitsprüfung liege darin, dass bei einem wirksamen Wettbewerbsdruck aus Importen und potentiell Wettbewerbsdruck keine signifikanten Unterschiede mehr bestehen könnten. Zum Abstellen auf kaufkraftbereinigte Preise macht die Vorinstanz zunächst geltend, es sei unwahrscheinlich, dass die höheren Kosten in der Schweiz z.B. für das Marketing einen Preisunterschied von 40 % ausmachen würden. Die Gründe für die Differenz seien jedenfalls bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials unerheblich. Zudem liessen sich die unterschiedlichen Preisdifferenzen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin mit den verwendeten Berechnungsmethoden erklären. Ferner bestehe das Arbitragepotenzial unabhängig von der Kaufkraft, da für einen Importeur die Nominalpreise massgebend seien. Zutreffend sei, dass der Vorinstanz nicht bekannt

sei, welche Mengen zu welchen Endverkaufspreisen in Österreich verkauft würden. Die Erklärung der Vorinstanz zum Preisdifferenzial der Endverkaufspreise im Vergleich zu den Einstandspreisen sei als eine mögliche Erklärung hiervon zu betrachten. Die Differenz der Endverkaufspreise spiele schliesslich bei der Erheblichkeitsprüfung nur eine marginale Rolle. Zentral sei das Preisgefälle der Einstandspreise. Im Übrigen sei nicht aktenkundig, dass im Ausland fast keine Aktionen für Elmex rot durchgeführt würden. Die Beschwerdeführerin belege diese Behauptung nicht. (iv) Zum feststellbaren Effekt von Parallelimporten trägt die Vorinstanz vor, die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Carrefour habe sich aufgrund der lediglich 12 Verkaufspunkte beschränkt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausgewirkt. Dasselbe gelte für Spar und Pick-Pay. Erst durch den Verkauf von Elmex rot bei der Anzeigerin sei der Preis gefallen. Das zeige sich des Weiteren auch daran, dass seit Bekanntwerden der Importmöglichkeit Gebro in einem Umfang Lieferanfragen aus der Schweiz erhalten habe, dass die Mengen nicht für alle Anfragen bereitgestellt werden konnten. Zur Kausalität und der Analyse des potentiellen Wettbewerbs führt die Vorinstanz schliesslich aus, in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung sei die quantitative Erheblichkeitsprüfung aufgezeigt worden. Die Kriterien basierten auf den Ergebnissen der Analyse der aktuellen Konkurrenz. Die Stellung der Marktgegenseite sei von untergeordneter Bedeutung und sei zudem bei der Prüfung des aktuellen Wettbewerbs berücksichtigt worden. Eine Analyse des potentiellen Wettbewerbs hätte am Fazit zudem nichts geändert, da dessen Vorliegen zu keinem signifikanten Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich geführt hätte, was nachweislich nicht der Fall sei. Das Ausmass des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs reiche zur Widerlegung der Vermutung aus, nicht jedoch um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu widerlegen.

**11.3.3** Zum einleitenden Argument der Beschwerdeführerin, nach einhelliger Lehre und Praxis müsse die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede nach denselben Kriterien untersucht werden wie die Frage, ob eine den Wettbewerb vermutlich beseitigende Abrede vorliegt, ist auf die bisherigen Ausführungen hierzu zu verweisen (E. 11). Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht erneut fest, dass der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie der Intra- und Interbrand-Wettbewerb im Rahmen der Widerlegung der vermuteten Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen sind. Im Rahmen des Erheblichkeitstests sind hingegen anhand qualitativer und quantitativer Kriterien die Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb zu analysieren. Zu den von der Vorinstanz geprüften Kriterien ist folgendes festzuhalten:

**11.3.4** Literatur und Praxis sind sich zumindest einig, dass die quantitative Erheblichkeit einer Abrede mittels der Analyse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu prüfen ist (vgl. oben E. 11.1.6). Das wird insbesondere mit dem Gebot der Rechtssicherheit begründet, sowie gestützt auf die europäische Praxis, wo ebenfalls mit Marktanteilsschwellen operiert wird. Allerdings ist zu beachten, dass Passivverkaufsverbote gemäss europäischer Rechtslage als schwerwiegende wettbewerbsbeschränkende Abreden gelten, die unabhängig von den

Marktanteilen nicht von der GVO freigestellt sind (vgl. Art. 4 Bst. b sowohl der GVO 1999 als auch der GVO 2010, wie auch Ziff. 11 der de-minimis-Bekanntmachung). Die Praxis der Vorinstanz ist in dieser Frage differenzierter. Zwar werden Passivverkaufsverbote auch in der Schweiz als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund des Gegenstandes angesehen, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen (vgl. Ziff. 3 Bst. b i.V.m. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek 02; Ziff. 3 Bst. b i.V.m. Ziff. 13 Abs. 1 und Ziff. 14 VertBek 07). Indes hat die Vorinstanz in der Vergangenheit die Erheblichkeit regelmässig anhand qualitativer und quantitativer Kriterien untersucht (für eine Übersicht vgl. HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 271 ff.). Diese Praxis wurde im Übrigen in Ziff. 12 Abs. 1 der VertBek 10 übernommen, wonach die Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, einzelfallweise erfolgt in Abwägung qualitativer wie auch quantitativer Kriterien in einer Gesamtbeurteilung. Die Vorinstanz führt hierzu in ihrer Duplik aus, neuerdings sei auch in der EU eine Einzelfreistellung von Abreden aus Effizienzgründen möglich. Sie verweist auf die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen 2010, insbesondere auf Rn. 47 ff. An dieser Stelle wird auf die Möglichkeit von Unternehmen hingewiesen, im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV wettbewerbsfördernde Wirkungen nachzuweisen, um eine Freistellung der Abrede zu erlangen. Dabei wird auf die Rn. 106 bis 109 der Leitlinien verwiesen. Dort werden dieselben Effizienzgründe aufgelistet, welche sich in Ziff. 5 VertBek 02, Ziff. 4 VertBek 07 bzw. Ziff. 16 VertBek 10 unter dem Titel "Rechtfertigung" finden. Demnach gilt in der EU, dass Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen nicht freigestellt sind, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Solche Verbote werden bereits von ihrer Natur her als qualitativ erhebliche Abreden angesehen, ohne dass das quantitative Kriterium (die Marktanteilsschwellen) zu beachten wären. Eine Rechtfertigung von solchen Abreden ist in der EU nur noch aus den in Rn. 106 ff. der Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen genannten Effizienzgründen möglich. Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.

#### **xv. Zwischenfazit: Erheblichkeit gegeben**

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede dar. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

## 12. Zur Frage des Kausalzusammenhangs

### 12.

**12.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Kausalzusammenhang sowie die Frage, ob der Lizenzvertrag zwischen den Vertragsparteien gelebt wurde, sei in materieller Hinsicht nicht richtig geprüft worden. Dieses Vorbringen hat sie an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 wiederholt. Wie bereits festgestellt, hat die Vorinstanz in formeller Hinsicht unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes in Rn. 106-118 der angefochtenen Verfügung sich eingehend mit der Frage des Kausalzusammenhanges auseinandergesetzt sowie mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht eingehalten worden, was sich darin zeige, dass seit mehreren Jahren Parallelimporte z.B. über Spar stattfänden (vgl. E. 4.3.3.4 und 5.5.2). Hinsichtlich des materiellen Aspekts dieser Rüge ist festzustellen, dass insbesondere in Rn. 107 ff. der angefochtenen Verfügung dargelegt wird, warum die Vorinstanz die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Angesichts der Tatsache, dass Spar Schweiz über [...] indirekt importiert und [...] einer der wichtigsten Kunden von Gabaprodukten in Österreich ist, der obendrein aufgrund der vertraglichen Marktversorgungspflicht von Gebro beliefert werden muss, ist diese Argumentation nicht zu beanstanden. Es ist nach dem Gesagten nicht aktenwidrig, wenn die Vorinstanz aus diesen Tatsachen den Schluss gezogen hat, es hätten keine direkten Lieferungen von Gebro an ein Schweizer Unternehmen stattgefunden. Ferner wird in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung untersucht, ob die Nichtbelieferung der Anzeigerin auf andere Gründe wie das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer zurückzuführen ist. Die Vorinstanz hat demnach geprüft, ob es Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz gab. Als sie keine namhafte Menge feststellen konnte, untersuchte sie, worauf dies zurückzuführen sei. Damit hat sie geprüft, ob es einen Zusammenhang zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung gab, oder ob es andere Gründe für die mangelnden Parallelimporte gab. Im Übrigen ist es, wie die Vorinstanz zu Recht feststellt, gerade der Zweck einer Klausel mit dem Wortlaut "weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen", dass keine Exporte aus Österreich in die Schweiz stattfinden sollen. Daran ändern auch die Vorbringen nichts, die Beschwerdeführerin habe bewiesen, dass die Anzeigerin bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt habe und kein anderer Detailhändler daran Interesse gehabt habe. Zu Ersterem ist auf Rn. 129 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche lautet: "Der Belieferungsversuch von Denner bei Gebro konnte jedoch nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden." Die Vorinstanz hat folglich durchaus die Umstände der Lieferanfrage von Denner berücksichtigt. Die Feststellung, dass der Versuch nicht rechtsgenügend bewiesen werden konnte, ändert nichts an der in den vorangegangenen Randnummern getroffenen Schlussfolgerung bezüglich der Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe nachgewiesen, dass kein anderer Detailhändler Interesse an Parallelimporten gehabt hätte, ist schliesslich auf Rn. 218 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche lautet: "Zusammenfassend kann festge-

halten werden, dass sich ein Parallelimport von Elmex rot laut Aussagen der Marktteilnehmer lediglich für Denner und Spar betriebswirtschaftlich lohnt, wobei Denner dieser Arbitragemöglichkeit erstmals im September 2009 ausnutzte." Ebenfalls berücksichtigt hat die Vorinstanz demnach, ob die spärlichen Parallelimporte sich durch mangelndes Interesse der Marktteilnehmer erklären lassen. Damit wurde ein Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der Wettbewerbsbeschränkung erstellt.

### 12.2

**12.2.1** Die Beschwerdeführerin macht unter den Titeln "Verletzung des rechtlichen Gehörs" und "Verletzung der Untersuchungsmaxime" geltend, die Vorinstanz habe bei der Analyse der Erheblichkeit auf falsche Daten aus dem Jahr 2009 abgestellt und die Argumente im RBB Kurzgutachten nicht berücksichtigt. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits oben festgestellt hat, liegt in diesem Zusammenhang keine Verletzung formeller Rechte vor (vgl. oben E. 4.3.3.2, 4.3.3.4, 5.3.2, 5.4.3). Die Beschwerdeführerin ergänzt, im RBB Kurzgutachten sei dargelegt worden, dass die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 nicht auf die Parallelimporte der Anzeigerin zurückzuführen seien, sondern auf einen Strategiewechsel von Coop. Im Rahmen des Strategiewechsels, welcher aufgrund der Fusion Migros/Denner nötig gewesen sei, habe Coop auf Anfang 2009 die Preise von ca. 600 Markenartikeln gesenkt. Letzteres hat sie auch anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 ausgeführt. Daher sieht die Beschwerdeführerin den Kausalzusammenhang als nicht erstellt an.

**12.2.2** Die Vorinstanz entgegnet, der Preisabschlag von Coop auf Elmex rot sei praktisch zeitgleich mit der Preisreduktion durch die Anzeigerin auf Elmex rot erfolgt. Dies sei die Reaktion von Coop auf die Parallelimporte von Denner gewesen und habe nichts mit den 600 Markenartikeln zu tun, da Elmex rot nicht unter den 600 Markenartikeln zu finden gewesen sei. Dasselbe hat die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung sowie anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 ausgeführt.

**12.2.3** Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Anzeigerin Elmex rot ab dem 16. März 2009 zu einem Preis von CHF 4.40 verkaufte, und dass Coop im Mai 2009 ebenfalls den Preis auf dieses Niveau senkte. Dasselbe tat Coop, als die Anzeigerin im Februar 2010 den Preis für Elmex rot auf CHF 3.75 reduzierte. Dies geschah, obwohl die Beschwerdeführerin per 1. April 2008 den Abgabepreis ihrer Produkte für den Schweizer Markt erhöhte (vgl. Rn. 237 der angefochtenen Verfügung). Die Beschwerdeführerin behauptet nun, das Verhalten von Coop sei auf den Strategiewechsel zurückzuführen, der nach der Fusion Migros/Denner nötig geworden sei. Dies werde auch durch das RBB Kurzgutachten belegt. Hierzu ist folgendes festzustellen: Die Fusion von Migros und Denner wurde durch die Vorinstanz mit Verfügung vom 3. September 2007 genehmigt. Dass Coop darauf erst im Frühjahr 2009 und 2010 reagierte, erscheint unwahrscheinlich. Ein Zusammenhang zwischen den Preissenkungen der Anzeigerin und denjenigen von Coop, welche jeweils einige Monate auseinander lagen, scheint dem Bundesverwaltungsgericht naheliegender

zu sein, zumal Elmex rot von der Preisreduktion auf 600 Markenartikeln (dem sog. Strategiewechsel) nicht betroffen war. Auch mit dem Vorbringen, im RBB Kurzgutachten sei dargelegt worden, dass die Preisreduktionen von Coop auf Elmex rot ab März 2009 sowie Anfang 2010 ein Strategiewechsel dargestellt hätten, vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. Wie die Vorinstanz nämlich zu Recht ausführt, untersuchte das RBB Kurzgutachten die Preispolitik von Coop im Zeitraum August 2006 bis Februar 2009. Indes senkte Coop den Preis für Elmex rot nicht im Rahmen der im Gutachten untersuchten Preisreduktion von Markenartikeln, sondern erst im Mai 2009 und somit 3 Monate nach dem von RBB untersuchten Zeitraum. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen nicht durchzudringen.

### 13. Rechtfertigungsgründe

**13.** Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, 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; und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Vorinstanz habe die von ihr geltend gemachten Rechtfertigungsgründe zu Unrecht nicht berücksichtigt, so das Bestehen eines Selektivvertriebssystems (E. 13.1), das Vorliegen von regulatorischen Importbeschränkungen (E. 13.2), die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs (E. 13.3), den fehlenden Kausalzusammenhang (E. 13.4), den vereinfachten Marktzugang in Österreich (E. 13.5) und die Kapazitätsengpässe von Gebro (E. 13.6). Diese Vorbringen sind nachfolgend einzeln zu untersuchen.

#### xvi. Selektivvertrieb

##### 13.1

**13.1.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages gerechtfertigt, weil sie gemäss ihrem Selektivvertriebssystem nur an Einzelhändler verkaufe, welche die internen, rein qualitativen Kriterien erfüllten. Diese legten einen Mindeststandard bezüglich Ladengestaltung und Erscheinungsbild, Präsentation und Oral-Care-Sortiment und der Schulung des Personals fest. Wie aus den Beschwerdebeilagen 14 und 31 hervorgehe, erfülle und akzeptiere auch die Anzeigerin diese Kriterien, seit sie sich 2008/2009 verpflichtet habe, ihre Kompetenz im Bereich Personal-Care auszubauen und mehrere Artikel von der Beschwerdeführerin ins Sortiment aufzunehmen. Die gegenteilige Behauptung der Vorinstanz, wonach "New Denner" bereits 2004 umgesetzt worden sei, sei aktenwidrig. Der Umbau der

Denner-Läden dauere noch immer an und derjenige der übernommenen Pick Pay-Geschäfte habe erst im Jahre 2005 begonnen, was sich aus dem Protokoll der Zeugenanhörung vom 6. Juli 2009 ergebe (act. 370). Ausserdem gehe aus den Akten hervor, dass die Anzeigerin die notwendigen Anpassungen zum Verkauf von Elmex rot vor Aufnahme der Lieferbeziehungen vorgenommen habe. Hätte die Anzeigerin bereits 2004 mit "New Denner" die Kriterien erfüllt, wären diese Anpassungen nicht notwendig gewesen. Die angefochtene Verfügung behaupte zudem, Elmex rot erfordere als Gut des täglichen Bedarfs keinen Selektivvertrieb, da es in keine der üblichen Kategorien falle und die Qualität von Elmex rot durch die Beschwerdeführerin bestimmt werden. Dabei werde ausgeblendet, dass es keinen Numerus clausus von Produkten gebe, die selektiv vertrieben werden könnten. Vielmehr komme es auf die besondere Vorstellung und das spezielle Image des Produktes an. Bei Elmex rot sei dies das medizinische Image und die überdurchschnittliche Qualität. Die Produktdifferenzierungsstrategie der Beschwerdeführerin sei nur deshalb so erfolgreich gewesen, weil die Beschwerdeführerin ihre Vertriebspartner in der Vergangenheit nach selektiven Kriterien ausgewählt habe. Dies bestätige auch die Marktbefragung. Unerheblich sei, dass andere Zahnpastamarken auch bei Discountern angeboten würden. Nur wegen ihrer abweichenden Vertriebsstrategie habe die Beschwerdeführerin das besondere medizinische Image von Elmex rot erschaffen können. Ebenfalls irrelevant für die Beurteilung des Lizenzvertrages nach Schweizer Recht sei die Vertriebsstrategie im Ausland. Falsch sei zudem die Behauptung, Gebro habe bestätigt, dass ein Selektivvertriebssystem nicht erforderlich sei. Aus Ziff. 11.2 des Lizenzvertrages gehe hervor, dass Gebro in Österreich zuerst nur den Fachhandel beliefert und auf einen Verkauf an Discounter wie Aldi, Lidl oder Norma verzichtet habe. Unzutreffend sei schliesslich die Behauptung, die Beschwerdeführerin setze die selektiven Auswahlkriterien nicht einheitlich um. Es könne nicht sein, dass die Vorinstanz den relevanten Markt national abgrenze und zugleich mit Verweis auf die Anwendung der Kriterien im Ausland deren Umsetzung in der Schweiz für uneinheitlich ansehe. Abgesehen davon werde Elmex rot in Frankreich oder Belgien nur in Apotheken oder Drogerien vertrieben. Auch der Drogeriemarkt Schlecker erfülle im Übrigen die Kriterien.

**13.1.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, das Konzept "New Denner" sei gemäss Pressemitteilung der Anzeigerin vom 3. März 2005 Ende 2004 planmässig zu Ende geführt worden. Dies sei auch anlässlich der Zeugenanhörung vom 6. Juli 2009 bestätigt worden. Zu Pick Pay führt die Vorinstanz aus, zum Zeitpunkt der Übernahme durch die Anzeigerin sei das Unternehmen mit Elmex rot beliefert worden, also müssten die Verkaufsstellen die Auswahlkriterien erfüllt haben. Ferner sei es unwahrscheinlich, dass die Anzeigerin im Jahr 2007/2008 aufgrund der Einführung des Frischprodukte-Konzepts die Selektivvertriebskriterien auf einmal erfüllt habe, zumal der Verkauf von Zahnpasta wenig Gemeinsamkeit mit dem von Frischprodukten habe. Zudem würden entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin die Beschwerdebeilagen 14 und 31 nicht belegen, dass die Anzeigerin erst beliefert worden sei nachdem sie die

notwenigen Anpassungen zum Verkauf von Elmex rot vorgenommen hatte, insbesondere bezüglich der Produktgestaltung, der Schulung des Personals und des Sortiments. Die einzige gemäss Beilage 31 per 17. März 2008 noch nicht umgesetzte Massnahme habe die geplante Aufnahme mehrerer Artikel der Beschwerdeführerin nebst Elmex rot betroffen. Bei den übrigen in den Beilagen 14 und 31 aufgelisteten Tatbeständen handle es sich um Argumente der Anzeigerin, weshalb sie die Selektivkriterien vor und nach den Verhandlungen im Jahr 2008/2009 erfüllt habe. Sodann erscheine es unglaublich, dass die Verpflichtung der Anzeigerin, mehrere Artikel der Beschwerdeführerin nebst Elmex rot ins Sortiment aufzunehmen, die notwendige Anpassung für die Erfüllung der Selektivvertriebskriterien gewesen sei. Im Übrigen ändere dies nichts an der Tatsache, dass es Gebro bis zum 1. September 2006 verboten gewesen sei, direkt oder indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.

**13.1.3** In der angefochtenen Verfügung werden die von der Beschwerdeführerin genannten Selektionskriterien für den Vertrieb von Elmex rot aufgeführt. Sie betreffen die Ladengestaltung und das Erscheinungsbild, die Präsentation der Produkte, das Oral-Care-Sortiment und die Präsentation bei Promotionen. In Rn. 147 der angefochtenen Verfügung gelangt die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschaffenheit von Elmex rot einen selektiven Vertrieb nicht erfordere. Als Gut des täglichen Bedarfs sei es weder ein Prestige- und Luxusobjekt noch ein technisch hochstehendes Produkt, welches besondere Fachkenntnisse bedinge. Dies zeige sich u.a. daran, dass Elmex rot in aller Regel wie andere Zahnpasten auch in den Regalen von Detailhändlern ohne Beratung angeboten werde. Zudem sei die Qualität von Elmex rot von der Beschwerdeführerin abhängig und nicht vom Verkaufspunkt. Gegen das Vorliegen eines Selektivvertriebs in der Schweiz spreche zudem die Tatsache, dass Gebro bestätigt habe, in Österreich existiere keine Vereinbarung über den selektiven Vertrieb. Selbst wenn man annähme, dass die Beschwerdeführerin ein selektives Vertriebssystem in der Schweiz errichtet habe, sei es nicht diskriminierungsfrei angewendet worden. So beliefere die Beschwerdeführerin Denner-Satelliten und Convenience/Tankstellenshops und habe früher auch an Pick Pay verkauft. In Österreich würden zudem der Anbieter Schlecker und in Deutschland der Netto-Markendiscount von EDEKA, die miniMal-Märkte von Rewe, Schlecker sowie die Internethändler Apo-Discount.de, Dent Di und biopa beliefert.

**13.1.4** Bereits in der VertBek 02 wurde als Rechtfertigungsmöglichkeit für erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen das Vorhandensein eines Selektivvertriebssystems vorgesehen (Ziff. 5 Bst. d VertBek 02). Die Definition wurde in die VertBek 07 bzw. 10 übernommen: Demnach liegt ein selektives Vertriebssystem vor, wenn zwischen Lieferant und Händler eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der Anbieter die Vertragswaren oder die Dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Das entsprach dem Wortlaut der damals geltenden VO 2790/1999 und ent-

spricht der heutigen europäischen Rechtslage (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. e VO 330/2010). Die VertBek 07 und 10 definieren zudem den Begriff des rein qualitativen Selektivvertriebs als Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte richten (Ziff. 4 Abs. 2 VertBek 07 und VertBek 10). Solche Vertriebssysteme sind unerheblich, soweit die Beschaffenheit des fraglichen Produkts diese Vertriebsart erfordert, die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, welche einheitlich festgelegt und unterschiedslos angewendet werden und die Kriterien verhältnismässig sind (Ziff. 8 Abs. 4 VertBek 07). Auch diese Regelung stammte vom europäischen Recht ab (vgl. Rn. 185 der Leitlinien Vertikal-GVO 2000; siehe auch Rn. 175 der Leitlinien Vertikal-GVO 2010; EuGH, Rs. 26/76, Metro SB Grossmärkte/Kommission, Slg. 1977, 1875, Rn. 20; EuGH, Rs. 31/80, L'Oréal, Slg. 1980, 3775, Rn. 15 f.), und wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Es ist allerdings zu prüfen, ob sie in casu richtig angewendet wurde.

**13.1.5** Die von der Beschwerdeführerin genannten Selektivvertriebskriterien gelten grundsätzlich als anerkannt. Allerdings ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, welche einen qualitativen Selektivvertrieb erforderlich machen. So muss die Beschaffenheit von Elmex rot den Selektivvertrieb rechtfertigen, etwa zur Qualitätswahrung oder um den richtigen Gebrauch der Ware sicherzustellen. Dies ist in casu aus mehreren Gründen fraglich. Zunächst ist nicht nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin, obwohl sie geltend macht, das sehr hohe Qualitätsimage von Elmex rot mache einen Selektivvertrieb erforderlich, ab 2006 diesen als entbehrlich ansah. Aus dem neuen Lizenzvertrag vom 1. September 2006 ergibt sich, dass die Parteien keinen selektiven Vertrieb vereinbart haben. Insofern ist es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin behauptet, aufgrund der Beschaffenheit von Elmex rot sei ein solcher in der Vergangenheit nötig gewesen. Diese These wird auch durch die Aussagen von Gebro gestützt, wonach in Österreich auch für den Zeitpunkt vor dem 1. September 2006 keine Vereinbarung über den selektiven Vertrieb existierte (vgl. act. 336 Rn. 161). Insofern geht das Vorbringen der Beschwerdeführerin ins Leere, wonach die Behauptung falsch sei, Gebro habe bestätigt, dass ein Selektivvertriebssystem nicht erforderlich sei. Auch ist in dem Vorgehen der Vorinstanz, trotz nationaler Marktabgrenzung den Vertrieb im Ausland zu berücksichtigen, kein Widerspruch zu erblicken. Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, Elmex rot erfordere wegen seiner Beschaffenheit einen Selektivvertrieb. Da die Beschaffenheit in ganz Europa dieselbe ist, müsste - der Argumentation der Beschwerdeführerin folgend - die Beschaffenheit von Elmex rot überall ein Selektivvertriebssystem erfordern. Zur Untersuchung dieser Frage hat die Vorinstanz demnach zu Recht den Vertrieb im Ausland berücksichtigt. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass ein Selektivvertriebssystem für Elmex rot zulässigerweise bestand, muss die Selektion anhand objektiver qualitativer Kriterien erfolgt sein, wel-



che einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet wurden. Wie in Rn. 156 der angefochtenen Verfügung dargestellt, trifft dies nicht zu. Gegen das Vorliegen eines qualitativen Selektivvertriebssystems sprechen sodann die Beschwerdebeilagen 14 und 31. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, zählt darin die Anzeigerin die Gründe auf, weshalb sie aus ihrer Sicht sowohl vor als auch nach 2008/2009 die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Selektivvertriebskriterien erfüllt habe. Sie dienen nicht als Beweis für ein Selektivvertriebssystem, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Dies gilt umso mehr, als fraglich erscheint, dass die Anzeigerin einerseits mit der Aufnahme mehrerer Artikel der Beschwerdeführerin ins Sortiment und andererseits mit der Einführung des Frischprodukte-Konzepts die Selektivvertriebskriterien für eine Zahnpasta erfüllte. Zur Rüge, die Vorinstanz habe in aktenwidriger Weise behauptet, der Umbau von Denner sei 2004 abgeschlossen gewesen, ist auf S. 7 von act. 370 zu verweisen. Dort führt der Zeuge der Anzeigerin aus, die Läden seien vor 2005 umgerüstet und umgestellt worden. Seither seien auch die Pick Pay Läden saniert. Auf Nachfrage erklärt der Zeuge, die Umstellung laufe an. Es würden noch kleinere Umstellungen vorgenommen, wie z.B. das Platzieren von Frischprodukten vorne und von Wein hinten. Demnach fanden zwar noch einige Umstellungen nach dem Umbau statt, der Umbau selbst war hingegen abgeschlossen. Dies ergibt sich auch aus der Medienmitteilung der Anzeigerin vom 3. März 2005 (abrufbar unter <http://www.denner.ch/de/ueber-uns/medien/archiv/03032005/>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Nach dem Gesagten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, dass in casu kein Selektivvertriebssystem vorlag bzw. dass eine Lieferbehinderung von Schweizer Händlern über ausländische Vertriebspartner sich nicht mit einem Selektivvertriebssystem rechtfertigen lasse.

## **xvii. Regulatorische Beschränkungen**

### **13.2**

**13.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe die regulatorischen Beschränkungen für den Import von Zahnpasta aus dem Ausland fehlerhaft berücksichtigt. So habe sie argumentiert, die gesetzlichen Importbeschränkungen seien nicht ursächlich für die fehlenden Parallelimporte, da man sich darüber hinwegsetzen könne. Zudem werte die Vorinstanz Anzeigen der Beschwerdeführerin gegen widerrechtliches Verhalten als Verstoss gegen das Kartellgesetz, was überrasche. Da im Lebensmittelrecht das Prinzip der Selbstkontrolle gelte, fehle es an einer vorgängigen Bewilligung durch die Behörden. Es sei selbstverständlich, dass das Gesetz eingehalten werden müsse. Ein Gleichbehandlungsanspruch im Unrecht gebe es nicht. Die Vorinstanz habe es sodann versäumt, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum geltenden regulatorischen Vorschriften abzuklären. Bis zum 1. April 2008 seien Hinweise auf andere nicht kariesverhütende zahnmedizinische Eigenschaften unzulässig gewesen. Auch die damalige Lehre sei davon ausgegangen, dass mit Ausnahme von Hinweisen auf kariesverhütende Eigenschaften für Zahn- und Mundpflegemittel krankheitsbezogene Heilanzeigen für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände untersagt gewesen seien. Dies

habe sich erst durch das Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006 geändert. Zudem anerkenne auch die Vorinstanz, dass Elmex rot die Fluorverbindung Olaflur enthalte und deshalb gemäss Verordnung des EDI über kosmetische Mittel vom 23. November 2005 (VKos, SR 817.023.31) auf der Verpackung ein sich deutlich vom Text unterscheidender Warnhinweis in drei Amtssprachen angebracht werden müsse. Ausserdem hätten gewisse Produkte im sachlich relevanten Markt auch wegen des in der Schweiz maximal zulässigen Fluoridanteils nicht importiert werden können. Dies treffe auf Zahnpasta für Kinder unter 6 Jahren zu. In ihrer Vernehmlassung anerkenne die Vorinstanz nunmehr das Vorliegen regulatorischer Schranken. Die Vermutungsbasis sei demnach nicht erfüllt.

**13.2.2** Die Vorinstanz erwidert, es sei zutreffend, dass das sog. Dentagard-Urteil regulatorische Einschränkungen von Importen beseitigt habe. Dennoch hätten die Bestimmungen in der Lebensmittel- und Verbrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 de facto kein Importhindernis dargestellt, wie der Parallelimport durch Spar belege. Im Gegensatz zum Fall Colgate Dentagard habe die Muttergesellschaft Colgate-Palmolive im Fall Spar keine Anzeige eingereicht.

**13.2.3** Wie vom Bundesamt für Gesundheit in seiner Antwort vom 6. Juni 2008 auf ein Auskunftsbegehren der Vorinstanz hin dargelegt, bestanden im untersuchungsrelevanten Zeitraum regulatorische Einschränkungen (vgl. act. 222: siehe auch Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz es nicht versäumt, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum geltenden regulatorischen Vorschriften abzuklären. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die rechtliche Lage in der Schweiz nicht als Rechtfertigungsgrund für die Vereinbarung einer expliziten Gebietsschutzabrede dienen kann. Abreden lassen sich nur aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen. Insofern ist die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die rechtliche Lage in der Schweiz stellt demnach keinen Rechtfertigungsgrund für eine Gebietsabrede wie in Ziff. 3.2 statuiert dar. Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die betreffenden Vorschriften nicht für sich alleine ursächlich waren um Parallelimporte einzuschränken. Dies belegt zum einen die Tatsache, dass im Lebensmittelrecht, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, das Prinzip der Selbstkontrolle gilt, also ein Unternehmen das Risiko auf sich nehmen kann, aufgrund von Parallelimporten angezeigt zu werden. Zum anderen wird dies auch durch den von der Beschwerdeführerin genannten Bundesgerichtsentscheid in Sachen Colgate/Dentagard bekräftigt. In besagtem Fall gelangte Denner ans Bundesgericht, weil ihr der Verkauf der aus Deutschland importierten Zahnpasta Colgate Dentagard untersagt worden war. Auf den Zahnpastatuben fand sich unter anderem der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend". Das Bundesgericht hielt fest, Zahnpasten dienten der medizinischen Vorsorge, weswegen auch Hinweise zulässig seien, welche sich nicht nur auf die Vorbeugung von Karies, sondern auch auf die Prophylaxe gegen Parodontitis und Gingivitis beziehen (Urteil des



Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006 E. 4.8). Dieser Fall zeigt, dass auch andere Zahnpastamarken mit Heilanpreisungen parallel importiert wurden obwohl regulatorische Barrieren bestanden. Dies geschah zwar bis zum Colgate/Dentagard-Entscheid in widerrechtlicher Weise. Da aber wie gesagt das Prinzip der Selbstkontrolle galt bzw. gilt, ist die Einfuhr dieser Produkte nicht per se unterbunden. Der Import war im untersuchungsrelevanten Zeitraum grundsätzlich möglich. Wie der Bundesgerichtsentscheid im Colgate/Dentagard-Fall und auch der Import von Elmex rot durch Spar im untersuchungsrelevanten Zeitraum belegen, stellten regulatorische Importbeschränkungen jedenfalls kein derart grosses Hindernis dar, dass dadurch Parallelimporte völlig unterbunden waren. Davon geht offenbar auch die Beschwerdeführerin aus, wenn sie in Rn. 175 ihrer Beschwerde schreibt: "Alle Detailhändler haben die Möglichkeit, im Rahmen der regulatorischen Vorschriften parallel aus Österreich zu importieren [...]." Im Übrigen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, die Vermutungsbasis der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG sei nicht erfüllt. Die Vermutungsbasis ist erfüllt bei Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Erst in einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die Vermutung umgestossen werden kann, und ob die Wettbewerbsabrede als erheblich einzustufen bzw. allenfalls zu rechtfertigen ist (s. E. 11). Ausserdem widerspricht sich die Beschwerdeführerin selbst, wenn sie einerseits für eine internationale Marktabgrenzung plädiert und gleichzeitig geltend macht, Importe seien aufgrund regulatorischer Bestimmungen beschränkt gewesen. Schliesslich kollidiert auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, bis zum 1. April 2008 seien Hinweise auf andere nicht kariesschutzfördernde zahnmedizinische Eigenschaften unzulässig gewesen, mit ihrer Aussage, dass solche Hinweise ab dem Colgate/Dentagard-Entscheid, also ab dem 19. Oktober 2006, zulässig gewesen seien.

### **xviii. Verletzung Untersuchungsgrundsatz und rechtliches Gehör?**

#### **13.3**

**13.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz, es liege eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor, weil sich die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe darauf beschränkt habe, den Vorbringen der Beschwerdeführerin zu widersprechen. Es fänden sich in der angefochtenen Verfügung keine Analysen zu Rechtfertigungsgründen. Auch habe die Vorinstanz aufgrund der bereits dargelegten Gehörsverletzung die im Expertengutachten erhobenen Rechtfertigungsgründe fehlerhaft dargestellt. Sowohl das erwähnte Markenimage als auch die behauptete fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung erwähne das ökonomische Gutachten in ganz anderem Zusammenhang. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin könne nicht dadurch gewahrt werden, dass einzelne Passagen aus einem ökonomischen Gutachten aus dem Zusammenhang gerissen und in einem falschen Kontext und erst noch unvollständig wiedergegeben würden. Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin

Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages als gerechtfertigt an, weil er eine Technologietransfervereinbarung darstelle.

**13.3.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe das Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe geprüft und verneint. Da keine weiteren Rechtfertigungsgründe ersichtlich gewesen seien, hätten sich zusätzliche Ausführungen erübrigt. Ferner habe die Vorinstanz das Parteigutachten nicht falsch zitiert. An besagter Stelle sei das Gutachten auf Effizienzgründe zu sprechen gekommen, auf welche die Vorinstanz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs eingegangen sei. Aufgrund des Aufbaus des Gutachtens habe die Vorinstanz zahlreiche Textstellen aus dem Parteigutachten selbst den relevanten kartellrechtlichen Fragen zuordnen müssen, was sie in Rn. 320 der angefochtenen Verfügung getan habe.

**13.3.3** Die Beschwerdeführerin trägt im Rahmen dieser Rüge drei Punkte vor, namentlich eine Verletzung der Untersuchungsmaxime, eine Gehörsverletzung sowie die Zulässigkeit der Abrede als Technologietransfervereinbarung. Wie ausgeführt, lassen sich den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden nur aus den in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend aufgezählten Gründen rechtfertigen (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die genannten Punkte sind demnach nicht als Gründe der wirtschaftlichen Effizienz anzusehen, welche eine erhebliche Wettbewerbsabrede zu rechtfertigen vermögen. Überdies hat das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt, dass die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zurückzuweisen sind (vgl. E. 4.3.3.2, 4.3.3.4, 5.4.3, 8.5.6). Auch die Frage, ob die behauptete falsche Berücksichtigung des RBB Expertengutachtens als ein Grund anzusehen ist, der eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede rechtfertigen kann, ist angesichts des klaren Wortlautes von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verneinen. Selbst wenn dieses Vorbringen im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfen wäre, wurde das RBB Expertengutachten von der Vorinstanz nicht falsch berücksichtigt. Ziff. 1.2, zweiter Punkt des Gutachtens besagt, dass der 3. Abschnitt die einzelnen Punkte aufzeige, bei deren Vorliegen eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gegeben sei. Wie bereits ausgeführt (E. 11.1.4 ff.), liegt eine erhebliche Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG vor, wenn diese sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Wenn demnach das Gutachten in Abschnitt 3 diese Punkte aufzählt, ist es nicht falsch, dass die Vorinstanz im Kapitel "Rechtfertigungsgründe" sich mit den im Abschnitt 3, und insbesondere mit den unter Abschnitt 3.4 unter dem Titel "Effizienzgründe" genannten Argumente auseinandersetzt. Die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin sind demnach zurückzuweisen.

### **xix. Fehlender Kausalzusammenhang?**

#### **13.4**

**13.4.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe nie Importe von Elmex rot von Österreich in die Schweiz behindert. Der fehlende Kausalzusammenhang wäre von der Vorinstanz als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen gewesen. Im Übrigen widerspreche sich die Vorinstanz, wenn sie sage, die Anzeigerin habe nachgewiesenermassen ein Inte-

resse an Parallelimporten von Elmex rot gehabt, und andererseits zum Schluss komme, Importversuche hätten nicht nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**13.4.2** In Rn. 321 der angefochtenen Verfügung wird festgehalten, dass der fehlende Kausalzusammenhang keinen potenziellen Rechtfertigungsgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG darstellt. Hinsichtlich des Vorbringens betreffend den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler wird darauf hingewiesen, dass die Anzeigerin nachgewiesenermassen ein Interesse an Parallelimporten von Elmex rot gehabt hätte. Darüber hinaus sei nicht auszuschliessen, dass die übrigen Schweizer Detailhändler deshalb keine Parallelimportversuche unternommen hätten, weil sie den damit verbundenen Aufwand in einem Marktumfeld mit mangelndem Intra-brand-Wettbewerb gescheut hätten. Hinsichtlich dem Vorbringen zu divergierenden Rechtsvorschriften in Österreich und der Schweiz wird auf die Ausführungen in Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung verwiesen.

**13.4.3** Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, wurde der Kausalzusammenhang unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes in formeller Hinsicht korrekt geprüft (E. 4.3.3.4 sowie 5.5.2). Sodann ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass die Vorinstanz auch in materieller Hinsicht das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs korrekt geprüft und richtigerweise bejaht hat (vgl. E. 12). Ausserdem ist auf Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verweisen, der den fehlenden Kausalzusammenhang nicht als Rechtfertigungsgrund für eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede nennt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin keinen Widerspruch enthält. Aus der Tatsache, dass keine Importversuche der Anzeigerin nachgewiesen werden konnten, lässt sich nicht ableiten, dass die Anzeigerin kein Interesse an Parallelimporten gehabt hätte. Im Gegenteil hat die vorinstanzliche Untersuchung gezeigt, dass ein Interesse vorhanden war (vgl. Rn. 208 ff. der angefochtenen Verfügung). Diese Rügen der Beschwerdeführerin sind somit zurückzuweisen.

## **xx. Rechtfertigung durch vereinfachten Marktzugang in Österreich?**

### **13.5**

**13.5.1** Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, der Lizenzvertrag erlaube einen effizienten und vereinfachten Zugang zum österreichischen Markt. Indem die Beschwerdeführerin vom Vertriebsnetz von Gebro habe profitieren können, hätten die Vertriebskosten für Elmex rot gesenkt, die Produktion effizient organisiert und technisches Know-how verbreitet werden können. Ohne einen minimalen Gebietsschutz hätten die Parteien den Lizenzvertrag im Jahre 1982 nicht abgeschlossen. Die Vorinstanz verweist hierzu auf die angefochtene Verfügung.

**13.5.2** In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 321 mit Verweis auf Ziff. 15 Abs. 4 Bst. a VertBek 07 ausgeführt, ein temporärer absoluter Gebietsschutz könne geeignet sein, um Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte zeit-

lich begrenzt zu schützen. Wolle ein Hersteller in einen neuen räumlichen Markt eintreten, müsse der Vertragspartner unter Umständen besondere Anlaufinvestitionen tätigen, um die betreffende Marke in dem Markt zu etablieren. Um den Vertragspartner (Gebro) vor Ort von diesen Investitionen zu überzeugen, müsse ihm der Hersteller (die Beschwerdeführerin) gegebenenfalls einen Gebietsschutz gewähren, damit die Investitionen durch vorübergehend höhere Preise wieder hereingeholt werden könnten. Im vorliegenden Fall sei es um die Erschliessung des österreichischen Marktes durch die Schweizer Beschwerdeführerin gegangen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin für das Gebiet Schweiz einen solchen Schutz benötigt hätte. Im Übrigen vermöge ein absoluter Gebietsschutz Investitionen für die Erschliessung neuer Märkte nur zeitlich begrenzt zu rechtfertigen. Bei einem absoluten Gebietsschutz, der während rund 25 Jahren in Kraft gewesen sei, könne überdies von Kurzfristigkeit keine Rede sein.

**13.5.3** Die in der angefochtenen Verfügung dargelegte Rechtslage entspricht derjenigen in der EU. Gemäss Rn. 61 der Leitlinien Vertikal-GVO 2010 schränken vertikale Beschränkungen im Zusammenhang mit der Erschliessung neuer Märkte den Wettbewerb grundsätzlich nicht ein, wenn sie für die Dauer von zwei Jahren im Anschluss an die Markteinführung gelten und ein Händler beträchtliche Mittel für die Erschliessung aufwenden muss (vgl. auch Rn. 119 Ziff. 10 der alten Leitlinien Vertikal-GVO 2000),

**13.5.4** Wie in VertBek 07 und VertBek 10 richtigerweise ausgeführt, kann ein zeitlich begrenzter Schutz für gewisse Märkte und Produkte notwendig sein, wobei nicht pauschal festgelegt werden kann, wie lange der Schutz für welche Märkte und Produkte dauern kann. Die Antwort auf diese Frage kann von verschiedenen Faktoren abhängen und ist anhand einer Einzelfallprüfung festzulegen. Es kann vorliegend offen bleiben, ob für ein Produkt wie Elmex rot ein zeitlich begrenzter Schutz für die Erschliessung des österreichischen Marktes notwendig war, da jedenfalls die vereinbarte Gebietsabrede vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand. Es ist nicht ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, warum sie für den Zugang zum österreichischen Markt einen beinahe 25 Jahre dauernden Gebietsschutz benötigte. Wie ausserdem die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist das Argument der Beschwerdeführerin insofern irreführend, als sie geltend macht, die Erschliessung des österreichischen Marktes hätte einen absoluten Gebietsschutz in der Schweiz nötig gemacht. Die Beschwerdeführerin kann sich somit nicht auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages lasse sich nicht mit Verweis auf den grundsätzlich zulässigen zeitlich begrenzten Schutz rechtfertigen.

## **xxi. Rechtfertigung durch Kapazitätsengpässe von Gebro?**

### **13.6**

**13.6.1** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Produktionseinschränkungen von Gebro kein Rechtfertigungsgrund

sein sollten. Eine Belieferung von ausländischen Unternehmen sei bis vor kurzem gar nicht möglich gewesen. Wie Gebro selbst ausgeführt habe, sei die Produktion maschinentechnisch und personell von ca. 2003 bis ca. Mitte 2008 an der Kapazitätsgrenze gelaufen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**13.6.2** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird festgestellt, die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien überhaupt lediglich kurzfristiger Natur gewesen. So habe ein Vertreter von Gebro anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der Vorinstanz zu Protokoll gegeben, dass Gebro einen Auftrag zur Lieferung von 20'000 Tuben Zahnpasta angenommen und infolge von Kapazitätsengpässen zwar nicht sofort, aber zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt hätte. Somit sei eine Abweisung von Lieferantenanfragen in casu nicht mit kontinuierlichen Kapazitätsengpässen begründbar.

**13.6.3** Wie bereits erläutert, sind Abreden aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz 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. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapazitätsengpässe können somit nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Gebietsabrede dienen. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 sich ein Vertreter von Gebro wie folgt hat vernehmen lassen: "[...] erläutert, dass wenn damals Denner mit einer solchen Lieferanfrage an Gebro herangetreten wäre, man mit Denner verhandelt und wahrscheinlich einen Zeitpunkt gefunden hätte, zu welchem keine Kapazitätsengpässe mehr bestanden hätten. Ab Frühsommer wäre eine Lieferung möglich gewesen. 20'000 Tuben würden einer Absatzsteigerung von [...] entsprechen; eine solche Möglichkeit hätte man sich sicher nicht entgehen lassen" (act. 366, S. 5). Demnach waren die geltend gemachten Kapazitätsengpässe, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, lediglich kurzfristiger Natur. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts ändern, weswegen die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin zurückzuweisen sind. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz richtigerweise die vorgerichteten Kapazitätsengpässe nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen hat.

#### **xxii. Zwischenfazit: unzulässige Wettbewerbsabrede**

**13.7** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche sich nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lasse. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin sind somit zurückzuweisen.

## **14. Sanktionierung**

**14.** Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Beteiligung an der Abrede erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

Einleitend stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Sanktionierung sich auf verschiedene strafrechtliche Garantien der EMRK und der BV beruft. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 6.1.3 ausgeführt hat, handelt es sich beim Kartellrecht nicht um reines Strafrecht. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter (s. oben. E. 6.1.3). Zwar sind die Garantien der EMRK und BV im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist allerdings jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

#### **xxiii. Rüge der Verletzung des Grundsatzes nulla poena sine lege**

**14.1.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, der Grundsatz nulla poena sine lege sei verletzt, wenn eine Handlung, die im Gesetz nicht als strafbar bezeichnet werde, strafrechtlich verfolgt werde oder wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiere, die darunter nicht subsumiert werden könne. Das Gesetzmässigkeitsprinzip erfordere, dass eine gesetzliche Quelle als Voraussetzung der Strafnorm bestehe. Ausserdem leite sich daraus das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot ab. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verbiete das Prinzip, über den dem Gesetz zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt sei. In casu sei das Gesetzmässigkeitsprinzip verletzt, weil (i) der vorliegende Sachverhalt mangels Vorliegen einer Gebietsabrede im Sinne einer wörtlichen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht von der Norm erfasst werde; (ii) kein Vertriebsvertrag i.S.d. Wortlautes von Art. 5 Abs. 4 KG vorliege, sondern ein Lizenzvertrag; (iii) auch nach Sinn und Zweck der Norm sowie dem europäischen Recht Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages nicht unzulässig sei. Da der vorliegende Sachverhalt weder aufgrund einer wörtlichen Auslegung noch gestützt auf Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werde, habe die Vorinstanz durch Verfügung einer Sanktion das Gesetzmässigkeitsprinzip verletzt.

**14.1.2** Die Vorinstanz trägt vor, getreu dem obligationenrechtlichen Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* vermöge allein die Bezeichnung als Lizenzvertrag nichts daran ändern, dass zu einem nicht unbedeutenden Teil der Vertrag Elemente des Produktvertriebs regle und

daher von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich erfasst sein könne. Da der Lizenzvertrag aus dem Jahre 1982 stamme, sei davon auszugehen, dass infolge der langjährigen Zusammenarbeit die lizenzvertraglichen Aspekte wohl noch geregelt worden seien, aber nicht mehr im Vordergrund der Partnerschaft gestanden hätten.

**14.1.3** Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen. Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, denen ein strafrechtsähnlicher Charakter zukommt. Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen. Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können. Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach der Konventionsrechtsprechung vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können. In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu. Indes lässt sich aus Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung ableiten. Die Rechtsprechung muss aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein. Im Einzelfall lässt sich eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht. Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls vorausgesetzten Bestimmtheits- und Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigruppe" E. 8.1.2 ff. und insbesondere E. 8.1.4 m.w.H.; s. auch BGE 139 I 72 "Publigruppe" E. 8.2.1 m.w.H. sowie BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 4.3).

**14.1.4** Die bisherige Prüfung hat ergeben, dass zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vorlag. Die Beschwerdeführerin trägt vor, eine Sanktionierung verletzte das Gesetzmässigkeitsprinzip, da der

vorliegende Sachverhalt weder aufgrund einer wörtlichen Auslegung noch gestützt auf Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werde. Dies wäre nach dem unter der vorangehenden Erwägung Gesagten der Fall, wenn (i) das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten im Gesetz überhaupt nicht als sanktionierbar bezeichnet wird, oder (ii) wenn ein Verhalten unter eine Norm subsumiert wird, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann. Wie bereits oben ausgeführt (vgl. E. 3.3.12, 11.1.8, 8.4), ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG, den Vertikalbekanntmachungen der Vorinstanz, der Lehre und der europäischen Rechtslage, dass Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen gelten. In der Schweiz greift in einem solchen Fall die Vermutung, dass sie den Wettbewerb beseitigen. Dass durch die Bezeichnung als Lizenzvertrag die Klausel 3.2 von Art. 5 Abs. 4 KG weiterhin erfasst wird, ergibt sich sodann gestützt auf eine Auslegung nach den massgebenden Grundsätzen (vgl. E. 8.3.3 f.). Die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung ist nicht zu beanstanden. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz den Grundsatz *nulla poena sine lege* bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht verletzt hat.

#### **xxiv. Zur Frage der Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen**

**14.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, eine Sanktionierung sei bei Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG und demnach in casu nicht möglich. Andernfalls würden gleichermassen schädliche Abreden, die den Wettbewerb nur erheblich beeinträchtigen, ungleich behandelt. Diese Auslegung ergebe sich auch aus den Materialien zum revidierten Kartellgesetz. Während im erläuternden Bericht zur Vernehmlassung die Sanktionierung noch explizit bei der Widerlegung der Vermutung vorgesehen worden sei, habe eine solche Präzisierung in der Botschaft gefehlt und sei auch nicht in der parlamentarischen Beratung vorgenommen worden. Da die Sanktionen nach Art. 49a KG strafrechtlicher Natur i.S.v. Art. 6 EMRK seien, würde eine Ausdehnung der Sanktionen auf den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG aufgrund des Legalitätsprinzips eine Präzisierung des Gesetzeswortlauts erfordern. Auch aus dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot ergebe sich, dass eine Sanktionierung nur bei Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG möglich sei.

**14.2.2** Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Ergänzend führt sie aus, dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG zufolge sei für die direkte Sanktionierbarkeit eines Unternehmens die "Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" erforderlich. Auch das Bundesgericht habe jüngst in BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" festgestellt, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten Abreden geschaffen worden sei. Somit sei klar, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sanktioniert werden könnten. Zu der daraus angeblich entstehenden Ungleichbehandlung führt die Vorinstanz aus, die Unzulässigkeit ergebe sich auch bei einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG nur in

Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG. Es komme demnach auf den Gegenstand einer Abrede an, was auch Art. 49a Abs. 1 KG zu entnehmen sei. Tatbestandsvoraussetzung sei die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Vom Gegenstand her sei es nicht ersichtlich warum diejenigen Abreden, bei denen die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt werden könne und solche, bei denen sie widerlegt werden aber nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könne, unterschiedlich behandelt werden sollten. Wäre dem so, wäre der Gesetzgeber in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) von wettbewerbsbeseitigenden Abreden ausgegangen. Schliesslich könne es nicht dem Sinn der Revision des Kartellgesetzes 2003 entsprechen, mit dem eine Verschärfung des Sanktionssystems beabsichtigt gewesen sei, nur die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb beseitigenden Abreden einzuführen. Dies würde dazu führen, dass kaum direkte Sanktionen ausgesprochen werden könnten.

**14.2.3** Bezüglich der Sanktionierbarkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG im Falle des Umstossens der gesetzlichen Vermutung wird in Rn. 329 ff. der angefochtenen Verfügung ausgeführt, in Übereinstimmung mit der aktuellen Praxis der Vorinstanz müssten zwei Voraussetzungen erfüllt sein: (i) Es müsse sich um eine in Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Wettbewerbsabrede handeln und (ii) eine solche Abrede müsse unzulässig sein. Da Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthalte, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergebe, sei die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede unabhängig davon gegeben, ob der Wettbewerb beseitigt oder "nur" erheblich beeinträchtigt werde. Zudem ergebe sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genüge. Dafür müsse eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Da vorliegend zwar die Gesetzesvermutung umgestossen werden könne, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede sich indes nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse, sei diese als unzulässig zu qualifizieren.

**14.2.4.1** Wie oben erwähnt, folgt das Bundesverwaltungsgericht bei der Auslegung des Rechts einem pragmatischen Methodenpluralismus, wobei es den Wortlaut, den Sinn und Zweck und die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode heranzieht. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. ausführlich dazu E. 3.3.5). Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG werden Unternehmen für eine Beteiligung an einer "unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" gebüsst. Der Wortlaut der Norm nennt demnach nur die Vermutungstatbestände, was gegen eine Sanktionierung sprechen würde. Allerdings verlangt Art. 49a KG keine

den Wettbewerb beseitigende Abrede, sondern spricht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch der Titel des 1. Abschnittes, unter dem Art. 5 KG geregelt wird, lautet "Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen". Sodann ist Art. 5 KG selbst mit "Unzulässige Wettbewerbsabreden" übertitelt. Art. 49a KG geht zwar vom Wortlaut her von der Sanktionierbarkeit unzulässiger Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aus. Das kann nach dem Ausgeführten allerdings auch so verstanden werden, dass Abreden erfasst werden, bei denen die Vermutung widerlegt werden kann, sofern es sich um Gebietsabreden im Sinne des Gesetzes handelt.

**14.2.4.2** Die Literatur ist sich uneinig in der Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktionierbar ist. Der Teil der Lehre, der sich gegen die Sanktionierbarkeit ausspricht, argumentiert primär mit dem aus ihrer Sicht klaren Wortlaut von Art. 49a KG, der Botschaft KG 03, dem Legalitätsprinzip, dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a Rn. 8; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rn. 766; Niggli/Riedo, in: BSK-KG, vor Art. 49a-53 Rn. 101 ff.; alle m.w.H.). Auch wird auf die parlamentarischen Debatten verwiesen, aus denen sich weder ein Wille für die Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsabreden noch eine angestrebte Gleichsetzung des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht erkennen liessen (siehe ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 5 Rn. 11 m.w.H.). Der Teil der Lehre, der die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden bejaht, argumentiert mit der Wirksamkeit des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der "police économique" (ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 49 Rn. 10; siehe auch REINERT, in: Baker-Kommentar KG, Art.49a Rn. 8; beide m.w.H.). Da es beinahe unmöglich sei, eine Beseitigung sämtlichen Wettbewerbs nachzuweisen, könne die Vermutung praktisch immer umgestossen. Damit könnte kaum eine Abrede sanktioniert werden. Dies habe nicht dem Sinn der KG-Revision 2003 entsprochen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49 Rn. 6 ff. m.w.H.). Auch wird argumentiert, wenn bei der Frage der Sanktionierbarkeit auf den Gegenstand der Abrede abgestellt werde, statt auf ihre Wirkung auf den Wettbewerb, so werde die Rechtssicherheit erhöht (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.).

**14.2.4.3** Weil der Bundesrat mit der Revision das direkte Sanktionssystem nicht auf Vertikalabreden ausdehnen wollte, ist das Heranziehen der Botschaft KG 03 zu dieser Frage nicht zielführend. Erst im Parlament wurden die entsprechenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Daher ist unter Rückgriff auf die Debatten in den Räten zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden ein direktes Sanktionssystem einführen wollte. Wie aus den Voten hervorgeht, sprach sich die Mehrheit der Parlamentarier für die Einführung direkter Sanktionen auch bei Vertikalabreden aus. Der Gedanke dahinter war, dass die Marktabschottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bühner, NR 2002 S. 1293; R. Büttiker, SR 2003 S. 330). Die Minderheit wollte eine Formulierung für Art. 5 Abs. 4 KG finden,

welche nicht zur Sanktionierbarkeit von sich positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vertikalabreden wie Service-, Ersatzteil- oder Garantieverträgen führen würde. Auch sollte verhindert werden, dass Selektivvertriebsverträge erfasst würden (vgl. Antrag Minderheit Spuhler und Antrag Triponez zu Art. 5 Abs. 4 KG, NR 2002 S. 1434). Aus diesem Grund wurde der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG auf Preis- und Gebietsabreden beschränkt (H. Raggenbass, NR 2002 S. 1436; siehe auch H. Fässler, welche die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt erklärte: "Die WEKO hat in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt, was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden. Deshalb hat die Mehrheit der Kommission diesem Zusatz [Art. 5 Abs. 4 KG] zugestimmt."). Mit der Revision sollte ein Kartellgesetz geschaffen werden, welches der Vorinstanz die Möglichkeit geben würde, den Wettbewerb schädigende Gebiets- und Preisabreden direkt zu sanktionieren. Dass damit auch Abreden betroffen sind, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, die den Wettbewerb aber erheblich beeinträchtigen, zeigt sich auch aus der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Da diese Bestimmungen selbst keine Rechtsfolge vorsehen, ergibt sich die Unzulässigkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG. Auch ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach durch das Abstellen auf die Wirkung einer Abrede bei der Frage der Sanktionierbarkeit Rechtsunsicherheit entstehen würde (siehe Zäch, a.a.O., S. 535 f.). Diesfalls müssten nämlich Unternehmen ihre Abreden auf allfällige von ihnen ausgehende Wirkungen überprüfen, während beim Abstellen auf den Gegenstand der Abrede jedem Unternehmen bei ihrem Abschluss klar ist, mit welchen Rechtsfolgen es zu rechnen hat. All das spricht für eine Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden.

**14.2.4.4** Indirekt wird diese Auslegung auch durch BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" gestützt, wo sich die Frage stellte, ob ein Unternehmen ein Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG hat. Die Vorinstanz war im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss gekommen, die gemeldete Abrede stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar. In E. 3 wird festgestellt, der angefochtene Entscheid verletze kein Bundesrecht, aber "die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen [seien] wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich". Sodann gelangt das Bundesgericht zum Schluss: "Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten" (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.1 in fine). Das deutet darauf hin, dass auch das Bundesgericht von der Sanktionierbarkeit von Abreden ausgeht, welche den Wettbewerb

erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

**14.2.5** Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz das Legalitätsprinzip nicht verletzte, als sie die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG annahm.

## xxv. Verschulden

**14.3.1** Die Beschwerdeführerin führt zudem aus, es sei ihr entgegen der Praxis der vormaligen Rekurskommission kein Verschulden nachgewiesen worden. Noch im Verfügungsentwurf sei von einer wissentlichen und willentlichen, zumindest aber eventualvorsätzlichen Umsetzung der Abrede ausgegangen worden. Die angefochtene Verfügung komme plötzlich zum Schluss, dies sei bewusst geschehen. Das sei aus den folgenden Gründen nicht nachvollziehbar: (i) Ziff. 3.2 sei weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, weswegen die Beschwerdeführerin von dessen Zulässigkeit habe ausgehen dürfen; (ii) der Vertrag sei auch nach Europäischem Recht zulässig, weswegen die Beschwerdeführerin habe annehmen dürfen, dass dies auch in der Schweiz gelten würde; (iii) spätestens seit 2003 sei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht mehr durchgesetzt worden, und die Parteien hätten keine Kenntnis von Anfragen für Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz; (iv) die Beschwerdeführerin verfüge über ein Compliance Programm, was auch die Vorinstanz anerkenne. Insbesondere seit der Übernahme durch Colgate im Jahre 2004 sei dieses verstärkt worden. Es gehe nicht an, das Programm nicht zu berücksichtigen mit der Begründung, von einem gut organisierten und tadellos funktionierenden Compliance Programm hätte erwartet werden dürfen, dass dadurch eine Gebietsschutzabrede aufgedeckt und behoben werde. Folge man dieser Argumentation, könnte ein Compliance Programm das Verschulden gar nie beeinflussen, da eine Sanktion immer eine Verletzung und damit ein Versagen des Compliance Programms voraussetze. Die Vorinstanz verletzte die Unschuldsvermutung wenn sie behauptete, ein Verschulden läge bereits vor wenn ein Unternehmen ein Passivverkaufsverbot eingehe, ohne es umzusetzen, da sie damit ein per se Verbot statuieren. Schliesslich hätten die Parteien, entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz, bereits im September 2005 mit den Verhandlungen zu den neuen Verträgen begonnen, d.h. vor Eröffnung der Vorabklärung.

**14.3.2** Die Vorinstanz führt hierzu aus, eine Gebietsabrede liege bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kartellrechtlicher Sachverhalte und im Lichte des Auswirkungsprinzips insbesondere vor, wenn dadurch Parallelimporte ver- bzw. behindert würden. Den Vorwurf, sie statuieren ein per se-Verbot, weist die Vorinstanz zurück. Sie habe lediglich festgestellt, dass das Eingehen eines Passivverkaufsverbotes zumindest kritisch hätte hinterfragt werden müssen. Es sei fragwürdig, dass die Beschwerdeführerin erst rund zwei Jahre nach der Über-

nahme durch Colgate und erst nach der Einleitung einer Vorabklärung durch die Vorinstanz den alten Lizenzvertrag ersetzt habe. Das sei wohl damit zu erklären, dass die Beschwerdeführerin das Passivverkaufsverbot bewusst in Kauf genommen habe. Selbst wenn die Parteien vor Eröffnung der Vorabklärung mit den Verhandlungen begonnen hätten, hätte der absolute Gebietsschutz trotz Inkrafttretens des revidierten Kartellgesetzes mindestens ein Jahr existiert. Das sei mindestens auf Organisationsverschulden zurückzuführen, zumal auch die Beschwerdeführerin dokumentiert habe, dass seit der Übernahme durch Colgate das Compliance-Programm implementiert worden sei. Aufgrund der Grösse von Colgate sei zudem stark zu bezweifeln, dass anlässlich des Due-Diligence-Verfahrens Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht aufgedeckt worden sei. Ausserdem habe das Compliance-Programm das Verschulden der Beschwerdeführerin vorliegend in casu nicht zu beeinflussen vermocht und könne demnach nicht schuldumdernd berücksichtigt werden. Schliesslich sei die Schlussfolgerung, die Parteien hätten den absoluten Gebietsschutz bewusst umgesetzt, auf eine unterschiedliche rechtliche Würdigung des Sachverhaltes zurückzuführen. Zur Durchsetzung des Lizenzvertrages sowie allfälliger Kenntnisse von Importanfragen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung und ergänzt, Kenntnisse von Anfragen könnten lediglich ein Indiz für die Behinderung von Parallelimporten sein. Der klare Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sowie das Fehlen relevanter Parallelimporte in untersuchungsrelevanten Zeitraum seien für die Vorinstanz die entscheidenden Punkte gewesen.

**14.3.3** In Rn. 333 ff. der angefochtenen Verfügung wird einleitend ausgeführt, Kartellbussen könnten als Verwaltungssanktionen ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden. Die Botschaft KG 03 setze explizit kein Verschulden voraus. Die Vorinstanz nehme in ihrer aktuellen Praxis Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden dürfe, sondern auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssten (Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002 "Rhône-Poulenc" E. 3.3.1, veröffentlicht in: RPW 2002/2, S. 386 ff.). Vorwerfbarkeit liege dann vor, wenn eine Person wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können. In der Lehre werde betont, ein Unternehmen sei bereits sanktionierbar, wenn im Unternehmen Organisationsmängel festgestellt werden, auch ohne dass die Handlung einer bestimmten Person zugeordnet werden könne. In casu liege eine Abrede vor, welche Exporte in die Schweiz untersage. Die Gesetzesvermutung könne zwar umgestossen werden, die Abrede führe allerdings zu einer erheblichen und somit unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Für die Einführung und Aufrechterhaltung des absoluten Gebietsschutzes sei die Beteiligung beider Parteien notwendig gewesen, und sie hätten die Abrede aus den folgenden Gründen bewusst umgesetzt: (i) Der Wortlaut der Gebietsschutzklausel sei klar und unzweideutig. Die Parteien seien sich über die Bedeu-

tung und die Tragweite der Gebietsschutzabrede im Klaren gewesen; (ii) Die Parteien seien in ganz Europa tätig, weswegen ihnen die wettbewerbsrechtlichen Probleme bei der Behinderung von Parallelimporten bekannt gewesen seien, zumal eine Behinderung von Parallelimporten auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig sei; (iii) Die Unternehmensgrösse der Parteien lasse darauf schliessen, dass beide über Organisationen verfügten, von welchen erwartet werden dürfe, sich über die Tragweite ihres Handelns zu informieren. Von dem von der Beschwerdeführerin beschriebenen Compliance-Programm hätte die Aufdeckung und Aufhebung von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erwartet werden dürfen. Es sei schwer nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin vom Datum der Einführung des Programms am 1. April 2004 bis zum 1. September 2006 zugewartet habe, um den Vertrag anzupassen, also bis zu einem Zeitpunkt, wo die Abrede den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt gewesen sei. Zwar sei anzuerkennen, dass die Beschwerdeführerin seit der Übernahme durch Colgate ein Compliance-Programm habe. Dieses sei aber für den Zeitraum bis zum 1. September 2006 nicht in der Lage gewesen, die unzulässige, vertraglich vereinbarte Gebietsschutzabrede aufzudecken und zu beheben. Eine sanktionslose Aufhebung der unzulässigen Abrede wäre gestützt auf die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 während eines Jahres nach Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz per 1. April 2004 möglich gewesen (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385).

**14.3.4** Weder der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG noch derjenige der KG-Sanktionsverordnung nennen das "Verschulden" als Merkmal. Die Botschaft KG 03 hält dazu fest: "Mit Artikel 49a wird das KG durch eine Verwaltungssanktion ergänzt. [...] Die Verwaltungssanktion setzt im Gegensatz zu einer Strafsanktion kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist es möglich, die Unternehmen als Normadressaten zu belangen. [...] Subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff (insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit usw.) von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden" (BBl 2002 2034). Auch aus der Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012 (Botschaft KG 12) geht klar hervor, dass der Gesetzgeber kein Verschulden für die Sanktionierbarkeit voraussetzt. Unter dem Titel, der sich mit der Motion befasst, wonach Compliance-Programme sanktionsmindernd zu berücksichtigen seien, wird ausdrücklich festgestellt, dass diese Neuerung nichts am Sanktionskonzept der KG-Revision 2003 ändere. "Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a KG für einen KG-Verstoss sanktioniert werden kann. Der Umstand, dass ein Unternehmen ein hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm betrieben hat, hat in Umsetzung der überwiesenen Motion jedoch in die Sanktionsbemessung einzufließen" (BBl 2012 3931).



Der Gesetzgeber hat demnach sowohl in der Botschaft KG 03 als auch in der Botschaft KG 12 ausdrücklich festgehalten, ein Verschulden werde für die Sanktionierbarkeit nicht vorausgesetzt.

**14.3.5** Die Literatur ist sich in dieser Frage uneinig (für eine Übersicht siehe TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a Rn. 10). Derjenige Teil, der das Verschulden als Tatbestandsmerkmal sieht, stützt sich insbesondere auf die besagte Entscheidung der ehemaligen REKO/WEF zu aArt. 50 ff, wo ein Verschulden vorausgesetzt wurde. In seinem neusten Entscheid hat auch das Bundesgericht angenommen, Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stelle das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend sei ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens. Allerdings hat es an dessen Vorliegen keine allzu hohen Anforderungen gestellt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 12.2.2). Das Bundesverwaltungsgericht folgt dieser Rechtsauffassung.

**14.3.6** Vorliegend ist erstellt, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom Wortlaut sowie von Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Auch dessen Unvereinbarkeit mit dem Europäischen Recht wurde ausführlich dargelegt (vgl. oben E. 8.1 ff.). Insbesondere da die Beschwerdeführerin sowohl im vorinstanzlichen als auch im vorliegenden Verfahren regelmässig die europakompatible Auslegung des Schweizer Kartellgesetzes gefordert hat, muss es auch ihr klar gewesen sei, dass eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, die ein absolutes Passivverkaufsverbot statuierte und zu einer Abschottung des Schweizer Marktes führte und somit auch in Europa als Kernbeschränkung galt bzw. gilt, zumindest eine wettbewerbsrechtlich problematische Klausel darstellte. Auch war der Beschwerdeführerin bewusst, dass solche Verhaltensweisen nach Massgabe von Art. 49a Abs. KG sanktioniert werden können. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen die Schlussfolgerungen in der angefochtenen Verfügung zur Vorwerfbarkeit nicht entkräften. Auch das Argument, aufgrund des Compliance-Programms sei die Vorwerfbarkeit nicht gegeben, ist aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zurückzuweisen. Am 1. April 2004 traten die Bestimmungen des revidierten KG in Kraft, die eine Sanktionierung von Wettbewerbsabreden wie der vorliegenden einführten. Etwa zeitgleich wurde die Beschwerdeführerin von Colgate übernommen und führte nach ihren Angaben regelmässige und umfangreiche Compliance-Trainings durch, insbesondere mit Schwerpunkt auf Kartellrecht. Ende 2005, also über ein Jahr nach der Übernahme begannen nach Angaben der Beschwerdeführerin die Verhandlungen für den Abschluss des neuen Distribution Agreements. Von einem Compliance-Training von der in Rn. 338 der angefochtenen Verfügung beschriebenen Art darf erwartet werden, dass es innerhalb einer kürzeren Zeitspanne eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aufdeckt und behebt. Gerade weil die Beschwerdeführerin in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig ist, hätte ein besonderes Augenmerk auf die den Vertrieb in Österreich regelnden Vertragsklauseln gerichtet werden müssen, ist doch allgemein bekannt, dass gerade Vertriebsverträge oft wettbewerbsrechtlich bedenkliche Klauseln enthalten. Schliesslich ist zum Argument,

im September 2005 hätten die Parteien mit den Verhandlungen zu den neuen Verträgen begonnen, also noch vor Eröffnung der Vorabklärung, folgendes festzuhalten: wenn die Beschwerdeführerin damit geltend machen will, sie habe bereits im September 2005 Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages ersetzen wollen und demnach Vertragsverhandlungen aufgenommen, welche bis 2006 dauerten und somit auch die Dauer des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 verlängerte, so ändert dies nichts an der Vorwerfbarkeit. Hätte die Beschwerdeführerin tatsächlich Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages Ende 2005 entdeckt und abändern wollen, hätten die Parteien mit einer simplen Vertragsergänzung den Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 rechtskonform anpassen können. Im Übrigen zeigen die 2005 ins Auge gefassten und 2006 übernommenen Änderungen im Distribution Agreement, dass die Parteien bereits damals das Passivverkaufsverbot aufzuheben gedachten und somit wohl auch von dessen Unzulässigkeit ausgingen. Da die Beschwerdeführerin Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages weiterbestehen liess, und aufgrund der hiervoor dargestellten Gründe ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin als vorwerfbar angesehen hat. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz korrekterweise ein Verschulden seitens der Beschwerdeführerin annahm.

## **xxvi. Sanktionsbemessung für die Beschwerdeführerin**

**14.4.1** Die Beschwerdeführerin macht zur Sanktionsbemessung einleitend geltend, die Vorinstanz habe die Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin für das Jahr 2004 erst 2 Tage nach Erlass der angefochtenen Verfügung erhalten. Zudem entspreche die ausgesprochene Sanktion [...] der Maximalsanktion. Diese stelle für die konkrete Berechnung der Sanktion eine absolute Obergrenze dar, welche für horizontale Abreden sachgerecht sein möge. Bei Vertikalabreden sei indes eine Sanktion von rund [...] der Maximalsanktion unverhältnismässig, was die EU-Praxis und die damals in der EU geltenden Geldbussen-Leitlinien zeigten (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden; ABI. C 9 vom 14. Januar 1998, S. 3). Auf diese verweise auch die Vorinstanz, weswegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages höchstens einen minder schweren Verstoss im Sinne der Geldbussen-Leitlinie sowie der Sanktionsverordnung darstelle, und die von der Wettbewerbskommission verhängte Sanktion in jeder Beziehung unverhältnismässig sei. Konkret macht die Beschwerdeführerin folgende Ausführungen: (i) Zur Art und Schwere des Verstosses trägt sie vor, die angefochtene Verfügung berücksichtige nicht, dass die Klausel wie das Beispiel Spar zeige nie durchgesetzt worden sei, sowie dass ausreichender Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb geherrscht habe. Ausserdem beruhe das ganze Verfahren sowie die angefochtene Verfügung auf Behauptungen von Denner, welche erwiesenermassen allesamt nicht hätten erhärtet werden können. Es sei demnach höchstens von einem besonders leichten Verstoss auszugehen. (ii) Die Dauer des Verstosses könne nur der Zeitraum ab dem 1. April 2004 sein. Da Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages jedoch seit



2003 nicht eingehalten worden sei, könne gar keine Sanktion ausgesprochen werden. (iii) Es lägen mildern- de Umstände i.S.v. Art. 6 SVKG vor. Die Beschwerdeführerin habe aktiv mit den Behörden zusammengearbeitet und von Anfang an dargelegt, dass sie keine Parallelimporte verhindert habe. Sie habe mehr als die erforderlichen Informationen geliefert. Ausserdem importiere Spar seit 2003, und es habe kein anderes Unternehmen Interesse an Importen gehabt. Sodann habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass der Lizenzvertrag eine zulässige Technologietransfervereinbarung darstelle, da auch die österreichische Wettbewerbsbehörde keine Einwände dagegen erhoben habe. Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf ihr Compliance-Programm. Zusammenfassend hält sie fest, die Sanktion sei in unzulänglicher Weise berechnet worden, indem der Basisbetrag zu hoch, das Rückwirkungsverbot nicht beachtet und die Schwere des Verbotes unzulänglich beurteilt worden seien. Replicando trägt die Beschwerdeführerin vor, als mildernder Umstand sei zudem die Verletzung der Unschuldsvermutung zu berücksichtigen.

**14.4.2** Die Vorinstanz entgegnet mit Verweis auf die Definition eines schweren Verstosses i.S.d. Geldbussen-Leitlinien, ein Passivverkaufsverbot erfülle die Voraussetzungen zweifelsohne. Zu den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen mildern- den Umständen hält die Vorinstanz fest, es erstaune nicht, dass anlässlich einer Fusionskontrollmeldung in Österreich keine Einwände gegen den Lizenzvertrag erhoben worden seien. Zudem habe die Beschwerdeführerin dies lediglich behauptet und nie eine offizielle Stellungnahme der österreichischen Wettbewerbsbehörde eingereicht. Zu den Ausführungen betreffend Spar, der Technologietransfervereinbarung sowie dem Compliance-Programm wird auf die entsprechenden Passagen der angefochtenen Verfügung verwiesen. Schliesslich hält die Vorinstanz zur Kooperation der Beschwerdeführerin fest, diese habe sich darauf beschränkt, ihren gesetzlich obliegenden Verpflichtungen gemäss Art. 40 KG nachzukommen, was sich aus den Eingaben zeige. Die besagten Unterlagen seien ausserdem erst auf Nachfrage eingereicht worden. Dass die Beschwerdeführerin den Vorwurf von Beginn an zu entkräften versucht habe, sei in erster Linie auf die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte zurückzuführen gewesen.

**14.4.3** In Rn. 346 ff. der angefochtenen Verfügung werden die Sanktionsbemessungskriterien aufgezählt. Demnach ist in einem ersten Schritt die Maximalsanktion zu bestimmen. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie weitere Kriterien (erschwerende und mildernde Umstände) zu berücksichtigen. Auf diese Weise ist die Vorinstanz vorgegangen. Sie hat die Maximalsanktion auf 10 % der in den Geschäftsjahren 2004, 2005 und 2006 in der Schweiz erzielten Umsätze festgesetzt. Dies entspricht dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und ist nicht zu beanstanden. Insbesondere vermag der Verweis der Beschwerdeführerin auf die EU-Geldbussen-Leitlinien an dieser Stelle nichts an der Korrektheit der im Schweizer Recht vorgeschriebenen Berechnung zu ändern. Sodann hat

die Vorinstanz die obere Grenze des Basisbetrags nach Massgabe von Art. 3 SVKG auf 10 % des Umsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz festgelegt. Dies entspricht ebenfalls dem klaren Wortlaut von Art. 3 SVKG und kann ebenfalls nicht durch den Hinweis auf die Geldbussen-Leitlinien als widerrechtlich eingestuft werden. In einem weiteren Schritt ist bei der konkreten Festlegung des Basisbetrages zu ermitteln, um welche Art von Verstoss es sich handelt. Hierzu hat die Vorinstanz festgestellt, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe ein absolutes Passivverkaufsverbot vorgesehen, was auch nach Praxis und Rechtslage in der EU als schwerer Wettbewerbsverstoss einzustufen sei. Da die Parallelimporte von Spar zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt wurden, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass in casu mindestens ein mittelschwerer Verstoss vorliege, und setzte den Basisbetrag auf 5 % des Umsatzes fest. Auch dies ist nicht zu beanstanden. Daran vermag insbesondere der allgemeine Verweis der Beschwerdeführerin auf die Praxis und Rechtslage in der EU nichts ändern, da die Beschwerdeführerin keine Fälle hierzu nennt und keine Belege ins Recht legt, welche die von der Vorinstanz in Rn. 105 der angefochtenen Verfügung angeführte Praxis widerlegen könnten. Insbesondere aus den Geldbussen-Leitlinien der Kommission lässt sich nicht ableiten, dass Ziff. 3.2. von der Europäischen Kommission als minder schwerer Wettbewerbsverstoss eingestuft würde. Im Gegenteil ist es mehr als fraglich, dass die Europäische Kommission diese Auffassung in einem Fall wie dem vorliegenden vertreten würde. Daran ändern auch die Vorbringen nichts, Ziff. 3.2 sei nicht gelebt worden, es habe genügend Intra- und Interbrand-Wettbewerb geherrscht und das gesamte Verfahren und die angefochtene Verfügung basierten ausschliesslich auf Behauptungen der Anzeigerin. Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits oben zum Schluss gekommen, dass die Behauptung zur Vertragswirklichkeit zurückzuweisen ist (E. 12). Sodann kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie entgegen der herrschenden Praxis und Lehre behauptet, im Rahmen der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sei der Inter- und Intra-brand-Wettbewerb zu prüfen (s. statt vieler Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, Art. 49a Rn. 50 ff.). Dieser ist, wie ausgeführt (vgl. E. 10), insbesondere bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen. Schliesslich ist das Argument der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wonach das gesamte Verfahren und die angefochtene Verfügung ausschliesslich auf Behauptungen der Anzeigerin basierten. Dies erhellt bereits ein summarischer Blick auf die in Rn. 24 ff. der angefochtenen Verfügung aufgezeigte Verfahrensgeschichte. Die Vorinstanz hat ein mehrjähriges Untersuchungsverfahren durchgeführt, und dabei u.a. Auskünfte eingeholt von Verbänden, Detailhändlern, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien, Zahnpasta-Herstellern, dem Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic, dem Bundesamt für Gesundheit, der Colgate-Palmolive-Gruppe, von verschiedenen Zahnärzten, sowie in erheblichem Masse auch von der Beschwerdeführerin und Gebro. Das entsprechende Vorbringen ist von der Hand zu weisen.

**14.4.4** Im Rahmen der Rüge zur Sanktionsbemessung macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rückwirkungsverbots bei der Berechnung der Dauer des

Wettbewerbsverstosses geltend. Sie trägt vor, für die Dauer der Berechnung sei der Zeitpunkt ab dem 1. April 2004 massgebend. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass in Rn. 363 der angefochtenen Verfügung die Vorinstanz die Dauer des Verstosses ab dem 1. April 2004 berechnet hat. Folglich ist die Rüge der Verletzung des Rückwirkungsverbots bei der Berechnung der Dauer des Verstosses als gegenstandslos zurückzuweisen.

**14.4.5** Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe die Umsatzzahlen für die Berechnung der Maximalsanktion für das Jahr 2004 erst 2 Tage nach Erlass der angefochtenen Verfügung erhalten. Indes macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, die Vorinstanz habe mit fehlerhaften Umsatzzahlen kalkuliert. Wie die Beschwerdeführerin selbst mehrfach betont hat, besteht für die Vorinstanz die Pflicht zur Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen (Art. 12 VwVG; s. auch E. 5). Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz die Umsatzzahlen zum Geschäftsjahr 2004 von sich aus ermittelt hat, kann nicht auf die Fehlerhaftigkeit der Sanktionsbemessung geschlossen werden. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz die korrekten Zahlen verwendet hat, was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Sie ist folglich mit ihrem Vorbringen nicht zu hören.

**14.4.6** Die Beschwerdeführerin trägt vor, ihre gute Kooperation sowie die Verletzung der Unschuldsvermutung durch die Vorinstanz seien als mildernde Umstände zu berücksichtigen. Ob eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu einer Reduktion der Sanktion führt, ist fraglich, kann aber letztlich offen bleiben, da das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 6.7 festgestellt hat, dass in casu keine Verletzung ist. Für eine Reduktion der Busse aufgrund guter Kooperation muss das Verhalten der Beschwerdeführerin über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird. Wie aus dem vorinstanzlichen Verfahren ersichtlich, ist die Kooperation der Beschwerdeführerin nicht über dieses übliche Mass hinausgegangen. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht sanktionsmildernd zu berücksichtigen ist. Soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, die Importe durch Spar, die Zulässigkeit von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Technologietransfervereinbarung sowie das Compliance-Training seien sanktionsmildernd zu berücksichtigen, ist dies mit Verweis auf die jeweiligen Ausführungen hierzu zurückzuweisen (E. 8.5.6, 12, 14.3.6), bzw. ist festzustellen, dass die Vorinstanz in Rn. 359 der angefochtenen Verfügung die Importe von Spar angemessen berücksichtigt hat. Schliesslich legt die Beschwerdeführerin keine Beweise für ihre Behauptung vor, wonach die österreichische Wettbewerbsbehörde gegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keine Einwände erhoben habe. Selbst wenn dies zuträfe, wäre es - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - nicht erstaunlich. Die Beschwerdeführerin trägt vor, sie habe den Lizenzvertrag im Rahmen der Fusionskontrollmeldung bei der österreichische Wettbewerbsbehörde eingereicht. In diesem Verfahren liegt der Fokus nicht auf der Ermittlung einer allenfalls wettbewerbswidrigen Abrede, sondern es werden die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses geprüft. Nur weil im Rahmen eines Fusionskontroll-

verfahrens keine Einreden gegen eine Wettbewerbsabrede erhoben wurden, bedeutet das e contrario nicht, dass sie von der Wettbewerbsbehörde freigestellt wurde.

Nach dem Gesagten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Sanktionsbemessung in casu nicht zu beanstanden ist.

## **xxvii. Sanktionsbemessung für Gebro**

**14.5.1** Die Beschwerdeführerin bringt zur Sanktionsbemessung von Gebro vor, der Untersuchungsgrundsatz sei verletzt, weil in der angefochtenen Verfügung ohne Befragung der Parteien angenommen werde, dass Gebro in einer schwächeren Position gewesen sei. Dies belege auch die Tatsache, dass weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz dieser Frage anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 oder in einem Fragebogen nachgegangen sei. Auch die Behauptung, die Beschwerdeführerin habe durch die Durchsetzung der Gebietsschutzklausel die Zunahme von Wettbewerbsdruck verhindern können und deshalb ein höheres Interesse an der Gebietsschutzklausel gehabt, entbehre jeglicher Grundlage. Zudem habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt, weil sie sich nicht mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, sondern sich damit begnügt habe, diese stichwortartig wiederzugeben. Zum Lizenzvertrag von 1982 führt sie aus, die Gebietsschutzklausel sei auch im Interesse von Gebro gewesen, da sich die Beschwerdeführerin verpflichtet habe, weder direkt noch indirekt nach Österreich zu liefern. Gebro sei ein international tätiger Konzern, von dem nicht anzunehmen sei, dass er einen Vertrag eingeleite der die Beschwerdeführerin einseitig begünstigen würde. Sodann wiederholt die Beschwerdeführerin erneut ihre Vorbringen zu Spar, zur fehlenden Auswirkung des Lizenzvertrages sowie zu ihrer angeblich falsch wiedergegebenen Gruppenstruktur. Schliesslich hält die Beschwerdeführerin fest, die Höhe der Gebro auferlegten Sanktion belege, dass diejenige der Beschwerdeführerin unverhältnismässig sei. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**14.5.2** In der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, aus einer Gegenüberstellung der Interessen der Parteien zeige sich, dass ein Ungleichgewicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin geherrscht habe. [...] Die Beschwerdeführerin hätte hingegen andere Möglichkeiten gehabt, um auf dem österreichischen Markt tätig zu werden. [...] So habe die Beschwerdeführerin gewisse Bedingungen gegenüber Gebro durchsetzen können. Hinsichtlich der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede falle ins Gewicht, dass Gebro der Vorinstanz mitgeteilt habe, ihr Hauptaugenmerk gelte dem österreichischen Markt. Die Beschwerdeführerin habe hingegen die Zunahme von Wettbewerbsdruck mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede verhindern können, insbesondere den Druck auf die Einstandspreise durch Parallelimporte der Anzeigerin. Da die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien seit mehr als 25 Jahren bestehe und Gebro in dieser Zeit Investitionen in die Produktion und den Vertrieb getätigt habe, sei davon auszugehen, dass Gebro kaum die Kündigung der bestehenden Verträge riskieren würde.

**14.5.3** Die Beschwerdeführerin rügt an dieser Stelle die Sanktionsbemessung für Gebro. Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung hat. Dieses kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Es muss sich aber um ein unmittelbares, persönliches Interesse handeln. Die beschwerdeführende Person muss darlegen, dass die angefochtene Verfügung ihr einen Nachteil verursacht oder sie eines Vorteils beraubt hat (ISABELLE HÄNER, in: VwVG-Kommentar, Art. 48 Rn. 20). Ein solcher kann für die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nicht in der gegen Gebro ausgesprochenen Sanktion erblickt werden. Auf die Rügen zur Sanktion von Gebro ist daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz nicht auf ihre Argumente eingegangen und damit das rechtliche Gehör verletzt habe, ist mit Verweis auf Rn. 349 ff. sowie 374 ff. der angefochtenen Verfügung zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sich nicht damit begnügt, deren Argumente aufzulisten, sondern hat sie Punkt für Punkt widerlegt. Ebenfalls aus einem Vergleich von Rn. 349 ff. und 374 ff. der angefochtenen Verfügung zeigt sich, dass die Vorinstanz die Sanktionen für die Beschwerdeführerin und Gebro separat berechnet und deren unterschiedliche Höhe begründet hat. Es kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Höhe der Sanktion von Gebro zeige die Unangemessenheit ihrer eigenen Busse. Im Gegenteil erhellt das Vorgehen der Vorinstanz, dass diese unter Berücksichtigung aller Tatsachen für jedes Unternehmen die Busse festgelegt und somit korrekt gehandelt hat. Schliesslich sind die Vorbringen zu Spar, zur fehlenden Auswirkung des Lizenzvertrages sowie zur angeblich falsch wiedergegebenen Gruppenstruktur mit Hinweis auf die obigen Ausführungen zurückzuweisen (siehe E. 5.10.2, 8.1, 12).

## 15. Fazit: Abweisung der Beschwerde

### 15.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- belegt hat für eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind demnach zurückzuweisen. Einzige Ausnahme bildet die unter E. 4.2.5 gerügte Gehörsverletzung. Da das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelangt ist, dass der Mangel als geheilt zu betrachten ist, vermag dies das Fazit nicht zu ändern. Diese Tatsache wird allenfalls, wie bereits erwähnt, bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sein. Demnach ist die Beschwerde vom 25. Januar 2010 abzuweisen.

## 16. Kosten und Entschädigung

### xxviii. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

#### 16.1

**16.1.1** Die Beschwerdeführerin trägt zur Verlegung der Verfahrenskosten durch die Vorinstanz vor, diese habe nicht dem Verursacher- und dem Unterliegerprinzip entsprochen. Da sich bei zwei Dritteln der Untersuchungs-

punkte die Verdachtsmomente nicht hätten erhärten lassen, sei gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) der Beschwerdeführerin höchstens ein Sechstel der ihr tatsächlich auferlegten Kosten aufzuerlegen, d.h. maximal CHF 51'036.-. Dies entspreche einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, welcher gemäss Praxis im kartellrechtlichen Verfahren analog anwendbar sei.

**16.1.2** Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung sowie auf ihre bisherige Praxis. In der angefochtenen Verfügung werden gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV-KG die Kosten der vorinstanzlichen Vorabklärung und der Untersuchung berechnet. Die Kosten der Vorabklärung werden auf CHF 19'845.-, diejenigen für die Untersuchung auf insgesamt CHF 286'370.- festgesetzt. Total betragen die Kosten CHF 306'215.-, wovon CHF 296'215.- der Beschwerdeführerin und CHF 10'000.- der Gebro Pharma GmbH auferlegt wurden. Diese Aufteilung erfolgte gemäss den Ausführungen der Vorinstanz in Rn. 390 der angefochtenen Verfügung "[i]n Analogie zu den Überlegungen zur Verwaltungsanktion (vgl. Rz. 374 ff.) bezüglich der Interessensymmetrie zwischen Gaba und Gebro [...]." Das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Aufteilung als nachvollziehbar und schlüssig.

**16.1.3** Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 26 ff. KG (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Gemäss dem in Art. 2 Abs. 1 GebV-KG statuierten Verursacherprinzip ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebühren bezahlen Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG, Unterliegerprinzip). Der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Bundesgerichtsentscheid BGE 128 II 247 ist vor Erlass des Art. 53a KG ergangen. Da zum Urteilszeitpunkt die GebV-KG noch nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine eigenständige Grundlage im KG verfügte, relativierte das Bundesgericht das Verursacherprinzip, insofern es ausführte, dass die in Art. 3 Abs. 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen seien. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gebe, d.h. mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Art. 30 KG auslöse, könne als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2). Die Lehre nimmt an, dass diese Rechtsprechung auch nach Erlass des Art. 53a KG weiterhin Gültigkeit besitzt, da Art. 53a KG lediglich die bisherige Praxis auf eine genügende gesetzliche Grundlage gestellt habe (für eine Übersicht, siehe TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 53a Rn. 5). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gebührenpflichtig gemäss der GebV-KG ist nur, wer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG eine Untersuchung verursacht hat und nur hinsichtlich derjenigen Punkte, die sich haben erhärten lassen und die zum Erlass einer Verfügung geführt haben (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG). In

casu erging die angefochtene Verfügung nur hinsichtlich einem der drei Punkte, weshalb der Beschwerdeführerin die Gebühren lediglich zu 1/3 aufzuerlegen sind. Dies ergibt den Betrag von CHF 98'738.30. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 abzuändern ist und die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden, vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf CHF 98'738.30 festzulegen sind.

## **xxix. Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht**

### **16.2**

**16.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen auferlegt. Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr (also den Kosten für das Kopieren von Rechtsschriften und dem für Dienstleistungen normalerweise anfallenden Verwaltungsaufwand) und den Auslagen (insbesondere den Kosten für Übersetzungen und für die Beweiserhebung; vgl. Art. 1 VGKE).

**16.2.2** Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 unterlegen. Ausnahmen bilden die unter E. 4.2.5 festgestellte Gehörsverletzung sowie die Kostenverlegung durch die Vorinstanz (siehe E. 16.1.3). Da sie bei diesem Verfahrensausgang als überwiegend unterliegende Partei zu betrachten ist, hat sie die Verfahrenskosten, welche gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 VGKE auf CHF 50'000.- festzusetzen sind, wie nachfolgend dargelegt zu tragen.

**16.2.3** Die Beschwerdeführerin wurde in der angefochtenen Verfügung zur Zahlung von insgesamt CHF 5'116'795.- verurteilt (CHF 4'820'580 Sanktion plus CHF 296'215 Verfahrenskosten). Aufgrund des unter E. 16.1.3 Ausgeführten ist dieser Betrag um CHF 197'476.70 zu reduzieren. Damit hat sie im Umfang von ca. 4 % obsiegt. Die Verfahrenskosten von CHF 50'000.- sind demnach um den Betrag von CHF 2'000.- zu reduzieren und auf CHF 48'000.- festzulegen. Nach Rechtskraft des Urteils sind sie mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 8'000.- ist innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

**16.2.4** Aufgrund dieser Feststellungen hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese ist entsprechend dem Stundenaufwand für den Kostenpunkt auf CHF 1'000.- festzulegen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin diesen Betrag nach Rechtskraft des Urteils zu entrichten.

## **17. Berichtigung von Amtes wegen**

**17.** Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 30. November 2009 lautet:

*"Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."*

Wie aus act. 20 hervorgeht, datiert der Lizenzvertrag nicht vom 1. Juli 1982 sondern vom 1. Februar 1982. Dieser redaktionelle Fehler im Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist vom Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu korrigieren. Er wirkt sich nicht auf den Prozessausgang aus.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird betreffend die Sanktionierung der Beschwerdeführerin abgewiesen.

#### **2.**

Betreffend die von der Vorinstanz vorgenommenen Kostenliquidation wird die Beschwerde vom 25. Januar 2010 teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt abgeändert:

*"5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:*

*Gaba International AG CHF 98'738.30."*

#### **3.**

Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

*"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."*

#### **4.**

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von insgesamt CHF 50'000.- werden der Beschwerdeführerin CHF 48'000.- auferlegt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 8'000.- innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

#### **5.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'000.- zulasten der Vorinstanz zugesprochen.

#### **6.**

Dieses Urteil geht an:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<b>5. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gegen WEKO – Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG</b>
-----	---

*Urteil B-463/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO - Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG*

#### **Sachverhalt:**

#### **I. Einleitung**

##### **A.**

**A.a** Die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert. Seit 25 Jahren ist sie Lizenznehmerin der Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Schweiz. Gaba entwickelt und vertreibt seit über 60 Jahren Mund- und Zahnpflegeprodukte, darunter Zahnpasten, Zahnspülungen, Gelees und Zahnbürsten. Zu ihren bekannten Marken gehören Elmex und Meridol. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig.

**A.b** Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Lizenzvertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

*"GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."*

**A.c** Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Products". Hinsichtlich des Vertriebs von Gaba-Produkten in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1. vor:

*"The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply*

*of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."*

**A.d** Die Denner AG (Denner) mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Ferner beliefert Denner rund 300 Denner-Satelliten. Im Nachgang zu dem von der Wettbewerbskommission (WEKO, im Folgenden: Vorinstanz) mit Verfügung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligten Zusammenschlussvorhaben wurde Denner durch den Migros-Genossenschafts-Bund (hiernach: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

#### **II. Vorinstanzliches Verfahren**

##### **B.**

**B.a** Die Denner AG (hiernach: Anzeigerin) reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Vorinstanz eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein und beantragte die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Sie machte geltend, dass ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien. In ihrer Anzeige monierte sie insbesondere die Lieferverweigerung durch Gaba, die wegen des must-stock-Charakters von Elmex rot bewirkte Wettbewerbsbehinderung, Gabas Selektivvertriebssystem für Elmex rot sowie die Verhinderung von Parallelimporten aus Österreich.

**B.b** Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und schickte sowohl Gaba als auch verschiedenen Schweizer Detailhändlern Fragebögen. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 wurde Gebro vom Sekretariat zu den Gründen für die Nichtbelieferung der Anzeigerin befragt. Mit E-Mail vom 24. Oktober 2006 teilte Gebro dem Sekretariat mit, solche Auskünfte würden erst auf formelle Anfrage hin gegeben.

**B.c** Am 8. Februar 2007 informierte das Sekretariat Gaba und die Anzeigerin über die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz gemäss Art. 27 KG. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Bundesblatt am 13. März 2007 (BBI 2007 1784). Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der

Denner AG mit Elmex rot als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei.

**B.d** Am 12. April 2007 informierte das Sekretariat Gebro darüber, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden und ersuchte sie um fristgerechte Einreichung von Korrekturen und Ergänzungen.

**B.e** Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen an Gaba, Gebro und die Anzeigerin, an diverse Verbände, Detailhändler, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien und Zahnpasta-Hersteller, sowie an das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic, an das Bundesamt für Gesundheit, die Colgate-Palmolive-Gruppe und an verschiedene Zahnärzte. Mit Schreiben vom 3. April 2007 informierte die Anzeigerin das Sekretariat über einen weiteren gescheiterten Importversuch von Elmex rot aus Österreich. Ihr sei vom ausländischen Lieferanten beschieden worden, dass Gaba die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot aus Österreich nicht erlaube.

**B.f** Am 9. April 2008 und am 3. Oktober 2008 verschickte das Sekretariat Fragebögen an Gebro mit entsprechender Information an die Österreichische Bundeswettbewerbsbehörde. Die Antworten gingen am 13. Mai bzw. 20. Oktober 2008 ein.

**B.g** Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat Gaba und Gebro seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Darin gelangte es zum Schluss, dass Gaba und Gebro aufgrund einer unzulässigen Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG zu sanktionieren seien. Gleichzeitig wurde Gebro informiert, dass die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz auf sie erweitert worden sei. Gaba äusserte sich am 25. März 2009 und Gebro am 30. April 2009 zum Antrag.

**B.h** Am 8. Juni 2009 wurden Gaba und Gebro von der Vorinstanz angehört und ihnen wurde Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Im Anschluss konnten Gaba und Gebro zum Protokoll der Anhörung schriftlich Stellung nehmen. Eine Einvernahme der Anzeigerin als Zeugin fand am 6. Juli 2009 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz und im Beisein von Gaba und Gebro statt. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 erhielten Gaba und Gebro das Protokoll der Zeugeneinvernahme verbunden mit der Aufforderung, sich dazu sowie zur Zeugeneinvernahme selbst zu äussern. Zudem wurden beide Unternehmen mit Schreiben vom gleichen Tag aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

## **B.i**

**B.i.a** Die Vorinstanz erliess am 30. November 2009 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

*"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.*

*2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.*

*3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.- belastet.*

*4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.- belastet.*

*5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:*

*Gaba International AG CHF 296'215.-.*

*Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.-.*

*6. [Rechtsmittelbelehrung]*

*7. [Eröffnung]"*

Die Verfügung wurde am 7. Dezember 2009 versandt und am 8. Dezember 2009 zugestellt. Die Veröffentlichung erfolgte in RPW 2010/1, S. 65 ff.

**B.i.b** Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 statuierte Verbot von Aktiv- und Passivverkäufen ausserhalb des vereinbarten Gebiets (sog. absoluter Gebietsschutz) bezwecke oder bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Der den Schweizer Markt abschottende Lizenzvertrag falle unter den Vermutungstatbestand der vertikalen Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und sei folglich als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Der absolute Gebietsschutz könne nicht durch die Notwendigkeit eines selektiven Vertriebs legitimiert werden, zumal dieser gegenüber der Anzeigerin nicht diskriminierungsfrei praktiziert worden sei. Auch durch die Unterstellung unter die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Europäischen Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen (ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfervereinbarungen, TT-GVO) könne das Verkaufsverbot nicht als zulässig erklärt werden, da der Lizenzvertrag die in der Verordnung vorgeschriebenen Kriterien nicht erfülle. Aus diesen Gründen kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb als vermungsweise beseitigt anzusehen sei.

**B.i.c** In der angefochtenen Verfügung wird weiter festgestellt, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne zwar auf dem relevanten Markt, welcher laut Vorinstanz das Gebiet der Schweiz für Zahnpasta des täglichen Bedarfs umfasst, aufgrund des in geringem Umfang existierenden Intra-brand-Wettbewerbs in Kombination mit dem vorhandenen Inter-brand-Wettbewerb widerlegt werden. Indes seien absolute Gebietsschutzklauseln im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG besonders schädlich und würden deshalb das qualitative Element einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ihrem Wesen nach erfüllen. In quantitativer Hinsicht sei bei absoluten Gebietsschutzabreden auf die potenziellen Auswirkungen von Parallelimporten abzustellen. Aufgrund von Marktstellung und Marktanteil von Elmex rot, den Preisunterschieden zu

Österreich und den spürbaren Auswirkungen auf den Endpreis von Elmex rot, welche auf dem Schweizer Markt nach der Belieferung von Denner mit Elmex rot festgestellt worden seien, sei auch das quantitative Kriterium der Erheblichkeit zu bejahen. Der bis zum 1. September 2006 zwischen Gaba und Gebro existierende Lizenzvertrag sei deshalb als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sei nicht möglich.

**B.i.d** Die Vorinstanz kommt ferner zum Schluss, die von Gaba und Gebro getroffene Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG falle aufgrund unzulässiger erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung in den Anwendungsbereich von Art. 49a Abs. 1 KG. Die Vertragsparteien hätten die Abrede über die Zuweisung von Gebieten bewusst und gewollt umgesetzt. Da Gebro mit einer eigenen Tochtergesellschaft in der Schweiz vertreten sei, welche Arzneimittel der Gebro sowie von Partnerfirmen in der Schweiz vertreibt, sei sie mit den wettbewerbsrechtlichen Regeln des Landes vertraut gewesen. Die Abrede sei Gebro im Sinne des Kartellgesetzes vorwerfbar. Im Rahmen der Sanktionsbemessung hielt die Vorinstanz fest, dass der bis zum 1. September 2006 geltende Lizenzvertrag Gaba einseitig begünstigt habe. [...] Weil Gebro praktisch nichts anderes übrig geblieben sei als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren, auferlegte die Vorinstanz ihr eine symbolische Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- sowie Verfahrenskosten in Höhe von CHF 10'000.-.

**B.j** Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 konnte das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG aus Sicht der Vorinstanz nicht erstellt werden.

### III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

#### C.

**C.a.a** Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. November 2009 erhob Gebro (hiernach: die Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei aufzuheben und die Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei ohne Folgen für Gebro Pharma GmbH einzustellen.*
- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten des Staates."*

#### **Verfahrensanträge:**

- "1. Die Akten der Vorinstanz seien für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen.*
- 2. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.*
- 3. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen."*

**C.a.b** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, einen Verstoss gegen das Recht auf ein gesetzmässiges bzw. unabhängiges Gericht, willkürliches Handeln durch die Vorinstanz sowie eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsumutung. Zur Gehörsverletzung trägt sie vor, sie sei nicht zu den Änderungen der angefochtenen Verfügung angehört worden, obwohl diese sich wesentlich vom Antrag des Sekretariates vom 16. Dezember 2008 unterscheide. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht macht die Beschwerdeführerin geltend, die am Entscheid mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz seien nie bekannt gegeben worden. Zudem hätten an der Anhörung vom 8. Juni 2009 zwei Mitglieder der Vorinstanz nicht teilgenommen. Falls diese an der Verfügung mitgewirkt hätten, sei der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht verletzt. Ihr Recht auf ein unabhängiges Gericht sieht die Beschwerdeführerin als nicht gewahrt an, da die Vorinstanz sowohl Untersuchungs- als auch Entscheidungsbehörde sei und ihr Vertreter von wirtschaftlichen Interessengruppen angehört. Sodann habe die Vorinstanz Akten unterschlagen und in der Folge den Sachverhalt in willkürlicher Weise gewürdigt. Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin die strafrechtliche Unschuldsumutung als verletzt an, weil die Vorinstanz den ihr unterstellten Gesetzesverstoss nicht über jeden vernünftigen Zweifel bewiesen habe, und weil ihr eine Sanktion auferlegt worden sei, obwohl sie kein Verschulden treffe.

**C.a.c** Materiell rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in mehrerer Hinsicht den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt und fälschlicherweise gestützt darauf auf die Existenz eines Passivverkaufsverbotes geschlossen. Ausserdem sei die von der Vorinstanz vorgenommene Erheblichkeitsanalyse fehlerhaft und die Vorinstanz habe zahlreiche Rechtfertigungsgründe nicht berücksichtigt. Überdies seien die Voraussetzungen für die Verhängung einer Sanktion in casu nicht gegeben. Schliesslich sei die Sanktion willkürlich bemessen worden.

**C.a.d** Hinsichtlich der Kostenverlegung durch die Vorinstanz erhebt die Beschwerdeführerin die Willkürüge, da ihr die Kosten nicht im Verhältnis der Sanktion auferlegt worden seien, sondern sie einen Betrag in Höhe der Sanktion selbst zahlen müsse.

**D.** Parallel hierzu erhob die Gaba International AG mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-506/2010).

**E.** Mit Verfügung vom 3. Februar 2010 teilte der Instruktionsrichter der Anzeigerin mit, es stehe ihr frei, allfällige Parteirechte bis zum 5. März 2010 geltend zu machen. Die Anzeigerin ersuchte mit Eingabe vom 3. März 2010 für die Entscheidung über die Ausübung allfälliger Parteirechte im vorliegenden Verfahren um Zustellung der Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen. Zudem erklärte sie, sie werde nach wie vor weder von europäischen Tochtergesellschaften der Gaba noch von der Beschwerdeführerin zu europäischen Preisen beliefert. Mit Schreiben vom 26. März 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des Gesuches der Anzeigerin um Zustellung der Beschwerdeschrift

vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen, da diese nicht über das parteirechtliche Akteneinsichtsrecht verfüge solange nicht über ihre Stellung im vorliegenden Verfahren entschieden worden sei. Die Vorinstanz verzichtete in ihrer Eingabe vom 17. März 2010 auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Anzeigerin.

**F.** Da die Anzeigerin sich nicht als Partei konstituierte, wies das Bundesverwaltungsgericht am 30. März 2010 ihr Gesuch vom 3. März 2010 um Einsicht in die Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen ab. Zudem forderte es die Anzeigerin auf, allfällige Parteirechte bis zum 30. April 2010 geltend zu machen.

**G.** Die Vorinstanz liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 19. April 2010 zum vorliegenden Verfahren vernehmen und reichte die vorinstanzlichen Akten ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 25. Januar 2010 unter Kostenfolge.

**H.** Mit Verfügung vom 18. Mai 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Anzeigerin nicht innert der ihr mit Verfügung vom 30. März 2010 gewährten Frist zur Geltendmachung allfälliger Parteirechte hat vernehmen lassen, weswegen ihr im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung zukommt. Sie wird zu gegebenem Zeitpunkt über den Ausgang des Verfahrens informiert.

**I.** Angesichts des Vorgehens der Vorinstanz, in der Vernehmlassung vom 19. April 2010 sowohl zur Rechtschrift der Beschwerdeführerin als auch zu derjenigen von Gaba Stellung zu nehmen, beantragte Gaba mit Schreiben vom 27. Mai 2010 die Zustellung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Kopie der Beschwerde der Beschwerdeführerin. Mit Verfügung vom 1. Juni 2010 lud das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin zur Einreichung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version der Beschwerde vom 25. Januar 2010 sowie einer Stellungnahme zum Schreiben von Gaba vom 27. Mai 2010 ein. Die mit Schreiben vom 8. Juni 2010 übersandte, um Geschäftsgeheimnisse bereinigte, Kopie der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2010 wurde Gaba mit Verfügung vom 14. Juni 2010 zugestellt.

**J.**

**J.a** Die Beschwerdeführerin hielt innert erstreckter Frist in ihrer Replik vom 23. August 2010 an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Anträgen fest. Ergänzend stellte sie folgenden Antrag:

*"4. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei bis zum Entscheid des Bundesgerichts in dessen Beschwerdeverfahren 2C\_344/2010 [Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission und Bundesverwaltungsgericht betreffend Sanktionsverfügung Terminierung Mobilfunk] zu sistieren."*

**J.b** Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, vor Bundesgericht sei die Frage zu klären, ob aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren jede Instanz ein unabhängiges oder zumindest ein gesetzmässiges Gericht sein müsse. Aus

prozessökonomischen Gründen sei das vorliegende Verfahren demnach zu sistieren.

**K.** Angesichts der zu erwartenden präjudizierenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Wirkung auf das vorliegende Verfahren (insbesondere in den vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteilen B-2050/2007 i.S. Swisscom [Schweiz] AG und B-2977/2007 i.S. Publigroupe SA) sistierte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 31. August 2010 das Verfahren B-506/2010 unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien bis zum 13. September 2010. Die Fortsetzung der Verfahrensinstruktion wurde auf den Zeitpunkt nach Eröffnung der vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteile angekündigt. Zudem wurde der Vorinstanz ein Doppel der Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 inkl. Beilagenverzeichnis zugestellt.

**L.** Die Vorinstanz ersuchte das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 8. September 2010 um Übermittlung der Beilagen 1 und 2 zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010. Diese wurden ihr nach Einräumung des rechtlichen Gehörs an die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 22. September 2010 übersandt.

**M.** Mit Zwischenverfügung vom 11. November 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz um Einreichung einer allfälligen Duplik. Gleichzeitig hob es die am 31. August 2010 angeordnete Sistierung des vorliegenden Verfahrens B-463/2010 auf und verfügte die neue Sistierung ab Eingang der Duplik der Vorinstanz bis zur schriftlichen Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts in den Verfahren gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 sowie B-2977/2007. Damit gab es dem Eventualantrag von Gaba vom 30. September 2010 im Verfahren B-506/2010 statt, wonach das Verfahren erst nach erfolgter Vernehmlassung der Vorinstanz zu sistieren sei.

**N.** Die Vorinstanz reichte am 24. Januar 2011 innert erstreckter Frist eine Duplik ein, in der sie an ihren bisher gemachten Ausführungen festhielt.

**O.** Mit Urteil vom 11. April 2011 entschied das Bundesgericht über die Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/32 "Swisscom" (BGE 137 II 199). Die Parteien erhielten das schriftliche Urteil am 20. April 2011. Nach öffentlicher Beratung vom 29. Juni 2012 stellte das Bundesgericht zudem in der Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-2977/2007 ("Publigroupe SA") den Parteien das schriftliche Urteil am 28. Januar 2013 zu (BGE 139 I 72).

**P.** Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Verfügung vom 6. Februar 2013 die Sistierung des Verfahrens B-463/2010 auf. Des Weiteren setzte es der Beschwerdeführerin Frist zur Mitteilung, ob sie an ihrem Verfahrensantrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalte. Schliesslich ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin sowie die Vorinstanz um Stellungnahme zur Frage, ob das Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" aus ihrer Sicht Auswirkungen auf das vorliegende Beschwerdeverfahren habe und



wenn ja, um welche Auswirkungen es sich ihrer Meinung nach handle.

**Q.** In ihrer Eingabe vom 18. Februar 2013 führte die Vorinstanz aus, der Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 I 72 "Publigroupe" bestätige ihre Haltung hinsichtlich zwei wichtiger Punkte: einerseits sei klargestellt worden, dass es aus Sicht der EMRK keiner institutionellen Strukturänderungen im schweizerischen Kartellverfahren bedürfe. Andererseits habe das Bundesgericht festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis kartellrechtsrelevanter Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden dürften.

**R.** Die Beschwerdeführerin teilte mit Stellungnahme vom 15. Februar 2013 ihren Verzicht auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung mit und zog ihren Verfahrensantrag 2 der Beschwerde vom 25. Januar 2010 zurück. Zum Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" führte die Beschwerdeführerin folgendes aus: (i) der Entscheid bestätige, dass die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK bzw. Art. 30 und 32 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in KG-Sanktionsverfahren Anwendung fänden; (ii) das Bundesgericht relativiere zwar das Standard-Beweismass des Beweises über jeden vernünftigen Zweifel. Dies sei allerdings in casu nicht anwendbar, da es um einfache Tatfragen gehe und nicht um komplexe ökonomische Zusammenhänge; (iii) aus demselben Grund müsse das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen. Eine Einschränkung der Kognition gestützt auf Sachverständigenermessen sei unzulässig; (iv) mangels Organ- bzw. Organisationsverschulden könne der Beschwerdeführerin kein Schuldvorwurf gemacht werden, womit die angefochtene Sanktion unabhängig von ihrem materiellen Gehalt anfechtbar und aufzuheben sei.

**S.** Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie entscheidenderheblich sind, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

#### **1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen.

**1.2** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 m.w.H.). Der angefochtene Entscheid der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 stellt eine Verfügung

im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinne von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

Auf die Beschwerde vom 25. Januar 2010 ist daher einzutreten.

### **2. Ausgangslage**

#### **2.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- auferlegt, da sie zum Schluss gelangt ist, der zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestehende Lizenzvertrag habe eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) enthalten. In der betreffenden Klausel seien sowohl ein Aktiv- als auch ein Passivverkaufsverbot vereinbart worden. Dabei definierte die Vorinstanz einerseits den aktiven Verkauf als die aktive Ansprache einzelner Kunden in einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Andererseits umschrieb sie den passiven Verkauf als die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Die massgebliche Dauer für die Berechnung der Sanktion ist der Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 1. September 2006. Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Vorliegen einer vertikalen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG nicht erstellt sei. Dem vorliegenden Urteil liegt demnach der bis zum 1. September 2006 bestehende Sachverhalt zugrunde.

### **3. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes**

#### **i. Persönlicher Anwendungsbereich**

#### **3.**

**3.1** Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz, welches gemäss Art. 1 KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellgesetz ist nach Art. 2 Abs. 1 KG auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar, worunter sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess zu verstehen sind, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Als Herstellerin und Vertreiberin von chemischen und phar-

mazeutischen Produkten ist die Beschwerdeführerin Anbieterin von Gütern im Wirtschaftsprozess und fällt demnach unter den Unternehmensbegriff im Sinne des Kartellgesetzes.

## ii. Sachlicher Anwendungsbereich

### 3.2

**3.2.1** In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend bestand zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 ein schriftlicher Lizenzvertrag. Es ist zu prüfen, ob Bestimmungen dieses Vertrages als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.

**3.2.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Sie habe im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot weder bezweckt noch bewirkt. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe ein solches nur auf dem Papier vorgesehen. Dies zeige sich aufgrund verschiedener indirekter und direkter Exporttätigkeiten der Beschwerdeführerin sowie aufgrund der Tatsache, dass eine Lieferanfrage der Anzeigerin bei der Beschwerdeführerin nicht habe nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz habe Urkunden, welche dies belegen würden, in der angefochtenen Verfügung unterschlagen. Allfällige Lieferabsagen der Beschwerdeführerin seien zudem auf Kapazitätsengpässe zurückzuführen. Grund für die Seltenheit von Parallellieferungen sei nicht der Lizenzvertrag, sondern das Desinteresse der Schweizer Abnehmer. Das zeige sich auch daran, dass die im Anschluss an den Erlass der angefochtenen Verfügung bei der Beschwerdeführerin eingegangenen Lieferanfragen von den schweizerischen Detailhändlern wieder zurückgezogen worden seien. Auch sei es abwegig, für die Feststellung eines allfälligen Anstiegs von Lieferanfragen auf das Datum der Publikation der angefochtenen Verfügung abzustellen. Vielmehr hätte geprüft werden müssen, ob die Anfragen seit Abschluss des neuen Lizenzvertrages vom 1. September 2006 zugenommen hätten, da ab diesem Moment nach der Logik der Vorinstanz kein Passivverkaufsverbot mehr bestanden habe. Im Übrigen würde es auch dann an einer Abrede fehlen, wenn Gaba ein Passivverkaufsverbot bezweckt haben sollte. Da dies nämlich nie die Absicht der Beschwerdeführerin gewesen sei, läge in einem solchen Fall höchstens ein wettbewerbsrechtlich unerhebliches, einseitiges Verhalten von Gaba vor. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**3.2.3** Aus Rn. 88 der angefochtenen Verfügung wird deutlich, dass die Beschwerdeführerin diese Vorbringen bereits vor der Vorinstanz vorgetragen hat. Diese kam zum Schluss, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe dem Wortlaut nach klar und unzweideutig ein Verbot aktiver und passiver Verkäufe zu Lasten von Gebro vorgesehen. Eine anderslautende Abrede habe bis zum 1. September 2006 nicht bestanden. Es fehlten auch sonst Hinweise, welche auf die Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen lassen würden. Im Markt selber habe Denner keine Parallelimporte tätigen können. Importe aus Österreich fänden

jedoch in bescheidenem Umfang über den Spezialfall Spar statt, welche indirekt importiere.

**3.2.4** Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (siehe statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, hiernach: BSK-KG, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 Rn. 79 ff.). Der zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba bis zum 1. September 2006 bestehende, schriftliche Vertrag erfüllt diesen Tatbestand zweifelsohne.

**3.2.5** Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, die Vorinstanz sei der Untersuchungsmaxime nicht nachgekommen, da sie nicht nachgewiesen habe, dass sie und Gaba im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot im Sinne des Gesetzes bezweckt oder bewirkt hätten. Ohne diesen Nachweis fehle es an einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Das gelte auch dann, wenn Gaba irgendwann nach 2003 wieder ein Passivverkaufsverbot bezweckt haben sollte. In jedem Fall habe die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer kontinuierlichen Exporttätigkeit seit 2003 kein solches mehr bewirkt, womit höchstens ein einseitiges Verhalten von Gaba, jedoch keine Abrede vorliege. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**3.2.6** Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie des Preises oder der Lieferbedingungen) in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.1 m.w.H.). Um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden, genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Dabei ist die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 50 und 69 ff.; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, Bern 2007, hiernach Baker-Kommentar KG, Art. 4 Rn. 24).

**3.2.7** Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 sah vor, dass einerseits Gaba die Ausfuhr von Elmex rot nach Österreich sowie der direkte und indirekte Vertrieb von Elmex rot in Österreich untersagt war. Andererseits wurde festgelegt, dass die Beschwerdeführerin Elmex rot ausschliesslich in Österreich herstellen und vertreiben und weder direkte noch indirekte Exporte in andere Länder tätigen durfte. Der Lizenzvertrag vom 1. Februar

1982 statuierte demnach für beide Vertragsparteien eine Einschränkung ihrer Freiheit, Elmex rot herzustellen bzw. zu vertreiben. Ob diese Klausel eingehalten wurde oder nicht, ist für die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht erheblich. Es genügt bereits, wie oben ausgeführt, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wurde, was in casu zu bejahen ist. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 fällt demnach in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

### iii. Örtlicher Anwendungsbereich

#### 3.3

Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 in E. 3.3.5 ff. und insbesondere E. 3.3.14 ausgeführt, ist das Kartellgesetz auch in örtlicher Hinsicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

### iv. Vorbehaltene Vorschriften

**3.4** Dem Kartellgesetz vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, sowie solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG). Nicht unter das Gesetz fallen zudem Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Wettbewerbswirkungen ergeben sich nicht unmittelbar aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus dem Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982. Dieser unterliegt deshalb, wie von der Vorinstanz festgestellt und der Beschwerdeführerin nicht bestritten, auch gemäss Art. 3 KG der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

### Formelle Rügen

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 4), einen Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz (E. 5), die Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht (E. 6) bzw. des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht (E. 7), sowie die Verletzung des Verschuldensprinzips. Bei letzterer Rüge handelt es sich allerdings um ein materielles Vorbringen, welches im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen ist (vgl. E. 13.2). Auf die formellen Vorbringen wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

### 4. Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs

#### 4.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin mehrere Verletzungen ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz hält die Vorbringen für unbegründet. Auf

die Argumente der Verfahrensbeteiligten wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Er verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG), auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), sowie auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidungsfindung (Art. 32 VwVG; vgl. statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1, beide m.w.H.; s. auch ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. ULRICH HÄFFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rn. 1681). Im Kartellverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.4). Wie das Bundesgericht festgestellt hat, beschränkt sich der Gehörsanspruch auf rechtserhebliche Sachfragen. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.2.3). Das Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG) soll zusammen mit dem die Behörde verpflichtenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 4.1, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 "20 Minuten"). Die Begründung eines Entscheids darf sich auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet. Sie muss aber darlegen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1; Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 "Cablecom-Headends" E. 4.3, veröffentlicht in: RPW 1999/4, S. 618 ff.; vgl. auch Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im*

Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, 404).

#### 4.1

**4.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt einerseits in ihrer Beschwerde unter dem Titel "Nichtwahrnehmung der Beweislast durch die WEKO" und andererseits in ihrer Replik unter dem Titel "Rechtliches Gehör" vor, das vorinstanzliche Verfahren sei von Beginn weg unrechtmässig gewesen. Die Untersuchung sei ihr gegenüber erst mit Zustellung des Verfügungsantrages vom 16. Dezember 2008 eröffnet worden. Sie sei im Rahmen der vorangehenden Auskunftersuchen nie darauf hingewiesen worden, dass sie möglicherweise als Beschuldigte in Frage komme. Damit sei faktisch eine Anklage ohne vorherige Untersuchung ergangen. Hätte die Beschwerdeführerin dies vorgängig gewusst, hätte sie sich durch Mandatierung eines Rechtsvertreters besser verteidigen können. Es reiche nicht, dass sie ab Untersuchungseröffnung ihre Rechte wahrnehmen können, da das Ergebnis durch den Verfügungsantrag bereits vorgespurt gewesen sei. Erfahrungsgemäss weiche die Vorinstanz nur mit grösster Zurückhaltung vom Antrag des Sekretariats ab. Die Beschwerdeführerin habe daher das Verfahren mit ihren Stellungnahmen nur noch in beschränktem Masse beeinflussen können. Dies sei auch hinsichtlich des Anspruchs auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) problematisch.

**4.1.2** Die Vorinstanz erwidert, erst im Laufe der Untersuchung gegen Gaba wegen möglicher Marktbeherrschung habe sich herausgestellt, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba vorliege. Der Antrag des Sekretariats sei der Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2008 übermittelt worden. Die endgültige Verfügung habe sie rund ein Jahr später am 7. Dezember 2009 erhalten. Die Beschwerdeführerin habe ab Untersuchungseröffnung ihre Verteidigungsrechte voll wahrnehmen können. Würde man den Vergleich zum Strafrecht ziehen, hätte die Beschwerdeführerin auch erst ab Anklageerhebung das Recht gehabt, umfassend über die ihr gegenüber erhobenen Anschuldigungen in Kenntnis gesetzt zu werden. Dies sei in casu geschehen.

**4.1.3** Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sieht das Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vor: einerseits die Untersuchung (Art. 27 bis 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG) im Sinne eines informellen "Nichtverfügungsverfahrens" (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 "Maestro Interchange Fee" E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 "Sellita Watch" E. 2.3.4). Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Die Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG soll im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG primär erlauben, die Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären und soweit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden sind, ent-

sprechende Verbotsverfügungen (bzw. einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG) vorzubereiten, um den beeinträchtigten Wettbewerb wiederherzustellen, sowie gegebenenfalls die (vorliegenden bzw. vergangenen) Wettbewerbsbeschränkungen zu sanktionieren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 "Maestro Interchange Fee" E. 6.1 m.w.H.). Soweit die Wettbewerbskommission keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beanstanden hat, ist die Untersuchung einzustellen (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht. 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 1000).

**4.1.4** Vor Untersuchungseröffnung kann das Sekretariat eine Vorabklärung durchführen, entweder von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin (Art. 26 Abs. 1 KG). Hinsichtlich beider Verfahren steht den Wettbewerbsbehörden - auch betreffend der Opportunität der Abklärungen - ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Die Vorabklärung hat "Triage"-Funktion; weder die an einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten oder an einer Absprache Beteiligten noch Dritte haben einen Anspruch darauf, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission tätig wird und eine Vorabklärung einleitet; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.2 m.w.H.). Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Akteneinsichtsrecht (Art. 26 Abs. 3 KG). Unternehmen, deren Verhalten Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung ist, unterliegen der Auskunftspflicht im Sinne von Art. 40 KG. Das Gesetz schreibt demnach nicht zwingend die Durchführung einer Vorabklärung vor, sondern erlaubt auch die direkte Eröffnung einer Untersuchung, wenn genügend Anhaltspunkte für eine unzulässige Beschränkung bestehen (vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 27 Rn. 48 f. m.w.H.)

**4.1.5** Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin um Mitteilung des Grundes für die Nichtbelieferung der Anzeigerin. In ihrer Antwort vom 24. Oktober 2006 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass solche Auskünfte nur auf formelle Anfrage hin erteilt würden. Am 12. April 2007 informierte das Sekretariat die Beschwerdeführerin darüber, dass gegen Gaba eine Untersuchung eröffnet worden sei, und dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen würden. Zudem wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit eingeräumt, Korrekturen und Ergänzungen zu ihren bisher eingereichten Unterlagen anzubringen. Mit Schreiben vom 9. April 2008 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin den Gegenstand der Untersuchung gegen Gaba mit und stellte ihr einen Fragebogen zu. Die Antwort der Beschwerdeführerin ging am 13. Mai 2008 beim Sekretariat ein. Auf die Zusendung eines weiteren Fragebogens am 3. Oktober 2008 reagierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Oktober 2008. Im Begleitschreiben zu den Fragebögen wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sich das Verfahren nicht gegen sie richte und sie daher nicht verpflichtet sei, das Auskunftsbegehren zu beantworten. Am 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin ihren Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu. Gleichzeitig

wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz die Untersuchung auf sie erweitert worden sei. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 30. April 2009 Stellung zum Antrag. Am 8. Juni 2009 wurde sie von der Vorinstanz angehört und reichte eine schriftliche Kopie ihrer Präsentation zu den Akten. Zum Protokoll der Anhörung nahm die Beschwerdeführerin schriftlich Stellung. An der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 erhielt die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, der Anzeigerin Fragen zu stellen. Zudem wurde ihr das Protokoll der Einvernahme zugestellt mit der Aufforderung, sich zum Protokoll sowie zur Einvernahme selbst zu äussern. Schliesslich wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 ersucht, Stellung zu nehmen für den Fall der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

**4.1.6** Nach dem eben gesagten kann nicht behauptet werden, die Beschwerdeführerin hätte ihre Verfahrensrechte nicht ausreichend wahren können. Wie bereits dargelegt, ist das Sekretariat nicht verpflichtet, vor Untersuchungseröffnung eine Vorabklärung durchzuführen. Wenn die Behörde über hinreichend Beweise für das Vorliegen von wettbewerbswidrigem Verhalten verfügt, kann sie ohne weiteres direkt eine Untersuchung gegen ein Unternehmen eröffnen (s. z.B. RPW 2002/1, S. 131 ff. "Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek SLB" Rn. 4). Auch kann sie Beweise gegen Unternehmen A, welche sie im Rahmen einer Untersuchung gegen Unternehmen B erlangt hat, verwenden, um eine Untersuchung gegen Unternehmen A zu eröffnen. In einem solchen Fall kann die Untersuchungseröffnung auch mit Zustellung des Verfügungsantrages erfolgen. Damit ergeht nicht - wie die Beschwerdeführerin behauptet - eine Anklage aus heiterem Himmel, zumal die Beschwerdeführerin aufgrund des Schreibens des Sekretariates vom 12. April 2007 von der Untersuchungseröffnung gegen Gaba wusste und auch den Untersuchungsgegenstand kannte. Im Gegenteil wurde der Sachverhalt betreffend die Beschwerdeführerin erst ab Untersuchungseröffnung vertieft durch das Sekretariat abgeklärt. Der Verfügungsantrag ist denn auch erst ein Vorschlag des Sekretariates, wie es den bisher erhobenen Sachverhalt zu würdigen gedenkt. Er ist für die Vorinstanz nicht verbindlich. Die Zustellung des Antrags zur Stellungnahme dient vor allem der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Dass ein Teil des Sachverhaltes bereits in einer Vorabklärung gegen Gaba erhoben wurde, ändert nichts an der Zulässigkeit des Vorgehens der Vorinstanz. Zentral ist, dass die Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin voll gewahrt werden - was in casu geschehen ist. Bevor eine förmliche Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin eröffnet wurde, wurde sie lediglich um die Beantwortung von zwei Fragebögen ersucht, beide Male mit dem Hinweis, dass für sie keine Auskunftspflicht bestehe. Auch bestanden aus verfahrensrechtlicher Sicht keine Gründe, vor Untersuchungseröffnung eine Vorabklärung durchzuführen. Da das Sekretariat offensichtlich über hinreichende Anhaltspunkte zur Eröffnung einer Untersuchung verfügte, hätte eine Vorabklärung zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens geführt, was nicht im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen hätte. Des Weiteren war die Beschwerdeführerin durch die Zustel-

lung des Verfügungsantrages und die gleichzeitige Untersuchungseröffnung in der Lage, sich gezielter zu verteidigen: das Sekretariat hatte den Fall vollumfänglich offen gelegt und die Beschwerdeführerin konnte sich unter Kenntnis sämtlicher Fakten vollständig verteidigen. Damit herrschte relativ früh im Verfahren Rechtssicherheit für die Beschwerdeführerin hinsichtlich der ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe. Ausserdem konnte die Beschwerdeführerin ihre Verfahrensrechte erst durch die Untersuchungseröffnung voll wahren, da - wie erwähnt - im Verfahren der Vorabklärung kein Akteneinsichtsrecht besteht. Auch unter diesem Gesichtspunkt war es zielführender und lag auch im Interesse der Beschwerdeführerin, auf die Durchführung einer Vorabklärung zu verzichten. Dass die Beschwerdeführerin in der Lage war, ihre Verfahrensrechte im vorinstanzlichen Verfahren umfassend zu wahren, zeigt sich im Übrigen auch an ihren umfangreichen Eingaben. Sofern die Beschwerdeführerin pauschal vorbringt, sie habe das Verfahren mit ihren Stellungnahmen nur noch in beschränktem Masse beeinflussen können, da die Lösung durch den Verfügungsantrag bereits vorgespurt gewesen sei und die Vorinstanz erfahrungsgemäss nur mit grösster Zurückhaltung vom Antrag des Sekretariates abweiche, ist sie nicht zu hören. Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht erneut fest, dass die WEKO an den Verfügungsentwurf des Sekretariates nicht gebunden ist (siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 7.1). Im Übrigen mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits im Rahmen der Rüge zur Gehörsverletzung vorträgt, die Vorinstanz weiche so gut wie nie vom Verfügungsantrag des Sekretariates ab, und andererseits eine Gehörsverletzung geltend macht, weil die Vorinstanz erheblich vom Verfügungsantrag abgewichen sei.

## 4.2

**4.2.1** Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Gehörsanspruchs geltend, weil sie zum überarbeiteten Verfügungsentwurf der Vorinstanz nicht habe Stellung nehmen können. So habe die Vorinstanz die Kapitel "Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung" und "Rechtfertigungsgründe" neu eingefügt. Zudem seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihren Stellungnahmen vom 30. April 2009 bzw. 24. August 2009 betreffend die Existenz von Rechtfertigungsgründen und zur Widerlegung des Vorliegens einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung mit neuen Argumenten zurückgewiesen worden. Schliesslich sei auch die Berücksichtigung der Exporttätigkeiten mit einer neuen Begründung abgelehnt worden.

**4.2.2** Die Vorinstanz ist demgegenüber der Auffassung, der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör sei gewahrt, weil diese sich vor Erlass der Verfügung zu allen rechtserheblichen Punkten habe äussern können, und zwar nicht nur im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, sondern auch anlässlich der mündlichen Anhörung vom 8. Juni 2009, der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin vom 6. Juli 2009 sowie schriftlich zu den entsprechenden Protokollen. Zudem habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 die Gelegenheit erhalten, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin durch auf Kartellrecht spezialisierte Rechtsanwälte vertreten werde, welche selbst davon ausgegangen seien, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegbar sei, sei die Prüfung der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede aufgrund der Gesetzessystematik des KG weder unvorhersehbar noch überraschend gewesen. Weil keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Stellungnahmen der Beschwerdeführerin zum Antrag des Sekretariats und den Vorbringen zur angefochtenen Verfügung bestünden, sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zum gegenteiligen Schluss käme, müsse vorliegend aufgrund der Kognition des Gerichtes der Mangel als geheilt angesehen werden. Mit Duplik vom 24. Januar 2011 ergänzte die Vorinstanz, sie habe nie behauptet, dem Gehörsanspruch sei Genüge getan, wenn eine Partei Rechtsvertreter habe, welche Kenntnis vom gesetzlichen Prüfungsrastrer hätten. Indes habe es sich den Rechtsvertretern im vorliegenden Fall geradezu aufgedrängt, sich zur Frage der Erheblichkeit und zum Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe zu äussern, was sie denn auch in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf getan hätten.

**4.2.3** Wie ausgeführt, besteht nebst dem im Verwaltungsverfahren allgemein geltenden Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Kartellverfahren aufgrund von Art. 30. Abs. 2 KG ein erweiterter Gehörsanspruch (vgl. oben E. 4). Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach in beider Hinsicht zu untersuchen, ob die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin gewahrt hat.

**4.2.4** In casu erhielt die Beschwerdeführerin den Verfügungsentwurf mit Schreiben vom 16. Dezember 2008. Sie nahm dazu am 30. April 2009 schriftlich Stellung. Am 8. Juni 2009 wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz mündlich angehört. Anlässlich der Anhörung reichte sie eine schriftliche Kopie ihrer Präsentation zu den Akten. Ferner nahm sie an der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 teil und konnte sich schriftlich sowohl zum Protokoll der Anhörung als auch zum Protokoll der Einvernahme äussern. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Dies tat sie mit Eingabe vom 24. August 2009. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens insgesamt sieben Mal äussern, sowohl schriftlich und mündlich zum Verfügungsentwurf als auch schriftlich zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung durch die Vorinstanz. Dadurch wurde ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 VwVG gewahrt. Darüber hinaus liegt auch keine Verletzung des erweiterten Gehörsanspruchs nach Art. 30 Abs. 2 KG vor. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör im Kartellverfahren nicht, dass eine Verfahrensbeteiligte die Gelegenheit erhalten muss, zu jedem möglichen Ergebnis Stellung zu nehmen, welches von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. In diesem Sinne braucht die Behörde ihre Begründung nicht den Parteien vorweg zur Stel-

lungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 "Swisscom/TDC" E. 4.2). Dies war in casu der Fall. Die Beschwerdeführerin konnte zum Verfügungsentwurf des Sekretariats und zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung schriftlich Stellung nehmen, sowie sich anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 und der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 mündlich u.a. zur Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung, allfälligen Rechtfertigungsgründen sowie der behaupteten regen Exporttätigkeit äussern (vgl. Folien 2-4, 6 und 10 der Präsentation der Beschwerdeführerin an der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 352; Stellungnahme vom 24. August 2006 S. 2-12 sowie 18-22, act. 388). Ausserdem erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, schriftlich zu den Protokollen der Zeugeneinvernahme Stellung zu nehmen. Das Abweichen der Vorinstanz vom Antragsentwurf stellt denn auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern kann (muss aber nicht) sogar die Folge desselben sein. Die WEKO ist an den Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht gebunden (siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 7.1). Auch hinsichtlich der weiteren von der Beschwerdeführerin vorgetragene Punkte ist eine Gehörsverletzung nicht ersichtlich. Insbesondere kann keine Verletzung darin erblickt werden, dass die Vorinstanz neue Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht mit denselben Argumenten widerlegt, mit denen sie auf die bisherigen Vorbringen eingegangen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass neue Beweise und Argumente einzeln geprüft werden und mitunter aus anderen Gründen berücksichtigt bzw. nicht berücksichtigt werden als bereits angebotene Beweise. Jedenfalls macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz habe sich auf nachträglich eingetretene oder der Beschwerdeführerin unbekannt Tatsachen gestützt. Auch kann nach dem Gesagten nicht behauptet werden, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung neue, unvorhersehbare Rechtsgrundlagen herangezogen. Eine Gehörsverletzung liegt daher auch in diesem Punkt nicht vor.

### 4.3

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts. Das Akteneinsichtsrecht im Kartellrecht richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG, soweit das Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorsieht (vgl. Art. 39 KG). Die Einsichtnahme hat am Sitz der verfügenden Behörde oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde stattzufinden (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Die verfügende Behörde ist demnach grundsätzlich nicht verpflichtet, den Parteien die Akten zuzustellen. Weil indes im Kartellrecht meist umfangreiche Untersuchungen durchgeführt werden, ist es den Parteien nicht zuzumuten, sich regelmässig über den Stand der Akten zu informieren. Die Vorinstanz bzw. ihr Sekretariat hat deswegen die Parteien regelmässig über den aktuellen Stand der Untersuchungsakten zu orientieren und den Parteien Gelegenheit zu geben, zu beweiserelevanten

Dokumenten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen. Dies bedeutet einerseits, dass die Vorinstanz ein chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier zu erstellen hat. Andererseits ist mit Zustellung des Verfügungsentwurfes den Parteien ein vollständiges Verzeichnis der Untersuchungsakten zu übermitteln, in dem insbesondere festgehalten wird, ob diese einsehbar sind oder nicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 "Ausstand Sekretariatsmitarbeiter" E. 5.5; Entscheid der REKO/WEF FB/1998-1 vom 12. November 1998 "Fachhändlerverträge" E. 3.2, insb. E.3.2.2, veröffentlicht in: RPW1998/4, S. 655 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht ist wie das Recht auf vorgängige Anhörung formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwer wiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (BGE 132 V 387 E. 5.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 9C\_419/2007 vom 11. März 2008 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1). Durch eine Heilung dürfen schliesslich der Beschwerdeführerin keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, was allenfalls bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen ist (BGE 122 II 274 E. 6; vgl. auch Kötz/Häner/Bertschi, a.a.O., S. 193 f.).

**4.3.1** Die Verletzung ihres Rechts auf Akteneinsicht sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die von der Anzeigerin zwischen September und November 2009 eingereichten Eingaben ihr nicht zur Stellungnahme zugestellt worden seien, obwohl die Vorinstanz in Rn. 21 und 58 der angefochtenen Verfügung darauf Bezug genommen habe. Zudem verwundere es, dass die Anzeigerin ohne Verfahrenspartei zu sein Eingaben tätigen könne, welche Berücksichtigung fänden.

**4.3.2** Die Vorinstanz hält einleitend fest, dass das Anhörungsrecht der Parteien bis zum Abschluss des Schriftenwechsels bzw. der verwaltungs-behördlichen Sachverhaltsabklärung gelte. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sei gewahrt worden, da in casu die Sachverhaltsabklärung mit der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin abgeschlossen gewesen sei und die Beschwerdeführerin sich bis zu diesem Zeitpunkt zu jedem ins Untersuchungsdossier aufgenommene Dokument habe äussern können. Zu den von der Beschwerdefüh-

rerin genannten Eingaben merkt die Vorinstanz an, dass diese nach Abschluss der Sachverhaltsermittlungen dem Sekretariat zugestellt worden seien. Aus Rn. 58 der angefochtenen Verfügung gehe ausserdem hervor, dass das Sekretariat die Eingaben nicht als entscheidrelevant angesehen habe, da sie keine Fakten oder sonstigen wichtigen Gesichtspunkte enthielten. Die Schreiben seien zu den Akten genommen worden um das widersprüchliche Verhalten der Anzeigerin zu dokumentieren. Diese habe zunächst starkes Interesse am Verfahren gezeigt, dann aber plötzlich eine Desinteresseerklärung abgegeben, nur um sich schliesslich wiederum für das Verfahren zu interessieren. Als nicht an der Untersuchung beteiligte Drittbetroffene i.S.v. Art. 43 Abs. 1 KG habe es ihr zwar frei gestanden, der Vorinstanz jederzeit Informationen zukommen zu lassen. Da ihr Verhalten widersprüchlich gewesen sei und sie in casu wohl in erster Linie Partikularinteressen verfolgt habe, seien ihre Schreiben besonders kritisch gewürdigt worden. Die Aussagen der Anzeigerin seien nicht konstant sowie vom Umfang und materiellen Gehalt her wenig aussagekräftig gewesen. Ihre Behauptungen habe sie zudem nicht rechtsgenügend dokumentieren können. Aus den Eingaben hätten keine relevanten Erkenntnisse abgeleitet werden können, weswegen sie keinen Einfluss auf den Entscheidungsprozess gehabt hätten.

**4.3.3** Einleitend ist zu untersuchen, ob die Anzeigerin trotz fehlender Parteistellung zu Recht Eingaben einreichen durfte. Der einschlägige Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG besagt, dass Personen, welche aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, ihre Beteiligung an der Untersuchung dieser Beschränkung anmelden können. Abs. 2 bestimmt, dass bei Gruppen von mehr als fünf Personen mit gleichen Interessen das Sekretariat die gemeinsame Vertretung verlangen kann. Zudem kann es die Beteiligung auf eine Anhörung beschränken. Zu den Beteiligten zählen die aktuellen Konkurrenten, die sich auf dem Markt bewegen, auf dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Art. 43 KG unterscheidet zwischen Dritten mit Parteistellung und Dritten ohne dieselbe. Daraus folgt allerdings nicht, dass nur Dritte mit Parteistellung Eingaben tätigen können. Die Differenzierung führt nur dazu, dass die Beteiligung von Dritten ohne Parteistellung auf eine Anhörung beschränkt werden kann (Art. 43 Abs. 2 KG), was im Einzelfall zu prüfen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beteiligung Dritter nicht nur in deren Interesse liegt, sondern auch wesentlich zur Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts beiträgt und damit die Qualität der Entscheide erhöht. Daneben dient die Ordnung des Art. 43 KG einem effizienten Verfahren. Das zeigt sich insbesondere in der abschliessenden Umschreibung des Kreises der Beteiligungsberechtigten, dem Anmeldefordernis für die Beteiligung (Art. 43 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 28 Abs. 2 KG) sowie der Möglichkeit, eine gemeinsame Vertretung zu verlangen und die Beteiligungsrechte auf eine Anhörung zu beschränken (Art. 43 Abs. 2 KG). Art. 43 KG stimmt demnach das Interesse der unter Umständen zahlreichen Dritten an der Mitwirkung auf die Erfordernisse eines rechtmässigen und effizienten Verfahrens ab (Urteil des Bundesgerichts 2C\_1054/2012 vom 5. Juni 2013 "Ticketcorner/Hallenstadion" E. 4.2 f. m.w.H.). Dabei lässt die Norm dem Sekretariat einen



grossen Ermessensspielraum. Sie besagt lediglich, dass Dritte ihre Beteiligung anmelden können und statuiert keine Pflicht des Sekretariats, sie nach erfolgter Anmeldung als Beteiligte anzuerkennen. Die Möglichkeit der Anmeldung ist auch mit ein Grund, warum in Art. 28 KG die amtliche Publikation für die Bekanntgabe der Untersuchungseröffnung vorgeschrieben wird. Gemäss Art. 43 Abs. 2 KG kann das Sekretariat die Beteiligung bei Dritten, welche keine Parteistellung im Untersuchungsverfahren haben, auf eine Anhörung beschränken. Allerdings kann es solchen Dritten auch erlauben, im Verlauf des Verfahrens Eingaben zu tätigen. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG verlangt lediglich, dass die Dritten durch die Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind, und statuiert somit einen weiten Kreis der Teilnahmeberechtigten. Ob die Voraussetzungen für eine Beteiligung vorliegen, ist vom Sekretariat im Einzelfall zu prüfen. In casu hat Denner am 30. November 2005 eine 8-seitige Anzeige inkl. 25 Beilagen gegen Gaba eingereicht. Darin moniert sie zum einen die Nichtbelieferung von Elmex rot durch Gaba. Zum anderen führt sie aus, dass Parallelimporte aus Österreich nicht möglich seien und vermutlich durch Gaba verhindert würden. Gestützt darauf machte sie geltend, sie erleide Umsatz- bzw. Ertrags- sowie Image-schäden. Die Anzeigerin hat ihre Betroffenheit damit hinreichend substantiiert. Somit durfte das Sekretariat der Vorinstanz die Betroffenheit der Anzeigerin annehmen und ihr als Drittbeteiligte i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG das Einreichen von Akten im Untersuchungsverfahren gestatten.

**4.3.4** In einem weiteren Schritt ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, es liege eine Gehörsverletzung vor, weil die von der Anzeigerin zwischen September und November 2009 eingereichten Eingaben ihr nicht zur Stellungnahme zugestellt worden seien, obwohl die Vorinstanz in Rn. 21 und 58 der angefochtenen Verfügung darauf Bezug genommen habe. Aus der Verfahrensgeschichte erhellt, dass der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. September 2009 letztmals Akten sowie ein Aktenverzeichnis zugestellt wurden. Am 30. November 2009 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung. Es stellt sich die Frage, ob die Eingaben der Anzeigerin vom 4. und 30. September 2009 vom 5. und 26. Oktober 2009 sowie vom 6. November 2009 der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme hätten zugestellt werden müssen. Das Bundesgericht hat im Jahr 2007 gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK entschieden, dass die zum Anwendungsbereich dieser Norm entwickelten Garantien in allen Verfahren Anwendung finden. Demnach haben die Parteien das Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich, soweit sie es für erforderlich halten, dazu zu äussern. Dabei ist unerheblich, ob die Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Es ist Sache der Parteien, zu beurteilen, ob ein Dokument eine Stellungnahme erfordert (BGE 133 I 100 E. 4.3 und 4.6; siehe auch PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, hiernach: VwVG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 30 Rn. 2; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in:

Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, hiernach: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 Rn. 58). Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die besagten Aktenstücke vor Eröffnung der angefochtenen Verfügung zur Stellungnahme übermitteln müssen. Sie hat durch ihr Vorgehen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Es stellt sich die Frage, ob in casu eine Heilung möglich ist.

**4.3.5** Die Beschwerdeführerin macht allgemein zur Heilung formeller Fehler durch das Bundesverwaltungsgericht geltend, diese komme per se nicht in Frage. Zwar verfüge das Gericht de iure über die volle Kognition nach Art. 49 VwVG. De facto übe es diese volle Kognition aber nicht aus oder sei dazu aufgrund beschränkter personeller Ressourcen für Beweiserhebungen nicht in der Lage.

**4.3.6** Mit Beschwerde kann vor Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher über die volle Kognition und somit über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Grundsätzlich ist das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, seine Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht voll auszuschöpfen. Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar. Das Gericht hat die rechtserheblichen Tatsachen selbst zu ermitteln und den festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften zu subsumieren. Auch die Rechtsfolge ist uneingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit dem massgebenden Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV) überprüfbar. Trotz voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Bereichen des Sachverständigenermessens, vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann. Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes, der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestanden Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes zu prüfen. Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht Punkt für Punkt mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat. Insofern anerkennt der EGMR, dass die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten den Gerichten oftmals erlaubt, sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung aufzuerlegen, was auch in verwaltungsrechtlichen Fällen gilt, welche in Bezug auf gewisse Sanktionen strafrechtsähnlich sind. Entscheidend ist, dass die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK erfüllt werden (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.5 m.w.H.). Zur Behauptung, eine Heilung formeller Mängel durch das Bundesverwal-



tungsgerichts sei per se wegen angeblich de facto nie ausgeübter Kognition nicht möglich, ist folgendes festzuhalten: Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hatte sich bereits im "Swisscom"-Fall in gleicher Weise geäußert. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil umfassend dargelegt, dass es Rügen im Lichte der Anforderungen der EMRK zu überprüfen und allenfalls auch Verletzungen formellen Rechts zu heilen vermag. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. BVE 2011/32 E. 5.6; siehe auch BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.4 f.). Zudem hat das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil bestätigt, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition voll ausübt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.6). Eine Heilung der Gehörsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht ist demnach grundsätzlich möglich.

**4.3.7** Im Rahmen einer Heilung im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Einsicht in alle Verfahrensakten gewährt und ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Damit konnte die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt umfassend darlegen und sich insbesondere zweimal zu den besagten Eingaben der Anzeigerin äussern. Zudem ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei einer Rückweisung und nochmaligen Anhörung der Beschwerdeführerin zu den fünf Eingaben nicht anders entscheiden würde. In der angefochtenen Verfügung werden diese nur im Rahmen der Verfahrensgeschichte genannt, eine explizite Bezugnahme auf die Akten in der materiellen Begründung findet sich nicht. Dies bestätigt indirekt auch die Beschwerdeführerin, wenn sie vorträgt, auf die Eingaben werde nur in Rn. 21 (Kapitel "Relevanter Sachverhalt") und Rn. 58 (Kapitel "Verfahren") der angefochtenen Verfügung Bezug genommen, aber keine Bezugnahme auf die Unterlagen im materiellen Teil nennt. Eine Rückweisung an die Vorinstanz käme nach dem Gesagten einem formalistischen Leerlauf gleich. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass aus prozessökonomischen Gründen die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens als geheilt zu betrachten ist. Sie wird allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (vgl. unten E. 15).

#### 4.4

**4.4.1** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich unter dem Titel "Verletzung der Unschuldsvermutung" vor, die Vorinstanz habe nicht rechtsgenüßlich nachgewiesen, dass keine Rechtfertigungsgründe für die unterstellte erhebliche Wettbewerbsabrede bestünden und sich nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Im Gegenteil kannte die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin in den Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 336 und 388) zur Existenz von Rechtfertigungsgründen in einer einzigen Randziffer auf einer halben Seite ab. Solche unfundierten Bestreitungen bilden nach Ansicht der Beschwerdeführerin keinen Beweis. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass diese Rüge nicht die Unschuldsvermutung betrifft, sondern vielmehr die Frage, ob die Vorinstanz die Parteivorbringen unter Wahrung des rechtlichen Gehörs korrekt geprüft hat, was nachfolgend zu untersuchen ist.

**4.4.2** Die Vorinstanz verweist auf den im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wonach die Behörde frei darüber zu entscheiden habe, ob ein Beweis erbracht worden sei. Angebotene Beweise seien abzunehmen, wenn sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes relevant seien. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext seien allerdings gemäss Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen (BVE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Die Vorinstanz habe den Sachverhalt aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen, welche auf ihrer eigenen Sachkunde und der praktischen Vernunft zu gründen habe. Dies sei in casu geschehen, weswegen keine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorliege.

**4.4.3** Wie ausgeführt, betrifft die vorliegende Rüge den Bereich des rechtlichen Gehörs. Demnach ist zu untersuchen, ob die von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumente zu allfälligen Rechtfertigungsgründen unter Wahrung des Gehörsanspruchs nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG geprüft wurden. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 bis 33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Nimmt die Behörde zu entscheidungswesentlichen Fragen, aus welchen Gründen auch immer, keine Stellung, so ist das rechtliche Gehör verletzt und die Streitsache ist zur Wahrung des gesetzlich vorgesehenen Instanzenzuges grundsätzlich zurückzuweisen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1393/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.5, mit Verweis auf BGE 129 I 232 E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 185; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rn. 1709 ff.).

**4.4.4** Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren in ihren Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 336 und 388) die folgenden Rechtfertigungsgründe für Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages genannt: (i) Kapazitätsengpässe in der Produktion und im Lagerbestand hätten dazu geführt, dass sie keine neuen Kunden hätte beliefern können (act. 336 S. 20-26, 50-52 sowie act. 388 S. 4-10); (ii) Aufgrund der regulatorischen Importbeschränkungen hätte Rechtsunsicherheit bezüglich Exporte aus Österreich in die Schweiz bestanden (act. 336 S. 56); (iii) Aus Gründen der Produktionsplanung müsse die Beschwerdeführerin wissen, welche Mengen zu welchen Konditionen an welchen Abnehmer zu liefern seien. Da die Anzeigerin ihre angebliche Lieferanfrage nicht direkt an die Beschwerdeführerin gerichtet habe, sei eine effiziente Produktionsplanung und daher eine Belieferung der Anzeigerin nicht möglich gewesen (act. 388 S. 10 f.). (iv) Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz würden die Effizienz des Marketing in Österreich und in der Schweiz beeinträchtigen. Das Marketing in Österreich für Elmex

rot werde im Umfang der Parallelimporte überflüssig. Gleiches gelte für das Marketing von Gaba in der Schweiz. (v) Da die Beschwerdeführerin über einen Marktanteil von weniger als 30 % verfüge und Ziff. 3.2 kein Passivverkaufsverbot enthalte, sei die Norm gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 gerechtfertigt.

**4.4.5** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung setzt sich die Vorinstanz mit diesen Vorbringen auseinander. Zu (i) den Kapazitätsengpässen stellt sie fest, ein Vertreter der Beschwerdeführerin selbst habe anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 bestätigt, dass diese nur vorübergehend vorgelegen hätten, und dass die von der Anzeigerin gewünschte Menge zu einem späteren Zeitpunkt hätte geliefert werden können. Zu (ii) verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen zu den regulatorischen Importbeschränkungen in Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung. Sowohl die dort genannten Argumente als auch die Tatsache, dass eine Unternehmung mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin Elmex rot in die Schweiz importiere, entkräfte diesen Rechtfertigungsgrund. (iii) Zum dritten Punkt hält die Vorinstanz fest, eine effiziente Produktionsplanung richte sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte zählen könnten. Jedenfalls erfordere eine solche Planung keinen absoluten Gebietschutz. (iv) Selbst wenn das behauptete Trittbrettfahrerproblem vorliegen würde, wäre eine harte Kartellabrede in Form eines absoluten Gebietschutzes nicht das mildeste Mittel dagegen. Das zeige sich auch aufgrund der zwischen den Parteien für die Periode nach dem 1. September 2006 vereinbarten Kompensationszahlungen, die ein milderer Mittel darstellten. Zum fünften Punkt äusserte sich die Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung der Rechtfertigungsgründe nicht.

**4.4.6** Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, hat sich die Vorinstanz nicht darauf beschränkt, die Argumente der Beschwerdeführerin "abzukanzeln". Vielmehr hat sie unter Rückgriff auf verschiedene Akten (darunter auch auf solche, die von der Beschwerdeführerin eingereicht wurden) sowie auf die im vorinstanzlichen Verfahren ermittelten Erkenntnissen Punkt für Punkt dargelegt, warum sie die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für nicht stichhaltig hält. Insbesondere kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe sich ungenügend mit den Argumenten in den Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 339 und 388) auseinandergesetzt. Sie hat jedes Argument aufgegriffen und widerlegt. Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz dies auf einer halben Seite tat, kann nicht abgeleitet werden, sie habe das rechtliche Gehör verletzt. Wichtig ist, dass die Vorinstanz sich mit jedem Argument einmal auseinandersetzt. Wenn die Beschwerdeführerin Rechtfertigungsgründe in ihren Stellungnahmen wiederholt vorträgt bzw. in einer einzigen Stellungnahme mehrfach anführt, ist dem Anspruch des rechtlichen Gehörs Genüge getan, wenn die Vorinstanz auf jedes Argument einmal eingeht. Dies hat sie in Rn. 323 der angefochtenen Verfügung getan. Zum letzten von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtfertigungsgrund betreffend ihre Marktanteile ist folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz ist im Laufe des Verfahrens zum Schluss gelangt, es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Gebietszuweisung im Sinne von Art. 5

Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG vor. Wie aus Ziff. 15 Abs. 2 der VertBek 07 hervorgeht, gilt nach der Praxis der Vorinstanz eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede ohne Einzelprüfung als gerechtfertigt, wenn der Marktanteil des Lieferanten 30 % auf dem relevanten Markt nicht überschreitet. Dies gilt allerdings nur, wenn keine Abrede im Sinne der Ziff. 12 VertBek 07 vorliegt, was auch von der Beschwerdeführerin selbst vorgetragen wird. Die in Ziff. 12 VertBek 07 genannten Abreden gelten aufgrund ihres Gegenstandes als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dazu gehören auch direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes für den Weiterverkauf (Ziff. 12 Bst. b VertBek 07). Wenn also die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages eine Abrede nach Ziff. 12 VertBek 07 darstellt, ist ein Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile nach der Praxis der Vorinstanz nicht mehr möglich. Die Vorinstanz musste sich demnach mit diesem Rechtfertigungsgrund an dieser Stelle nicht mehr auseinandersetzen, da sie bereits in Rn. 317 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangt war, es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrer Rüge demnach nicht durchzudringen.

**4.5** Damit ist erstellt, dass alle Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs, vorbehaltlich des in E. 4.3.7 Ausgeführten, zurückzuweisen sind.

## **5. Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes**

**5.** Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel "Verletzung der Unschuldsvermutung", dass die Vorinstanz sowohl die ihr obliegende Beweisführungslast nicht wahrgenommen als auch das erforderliche Beweismass nicht erfüllt habe. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht rechtsgenügend abgeklärt. Da es hier um die Beurteilung einer strafrechtlichen Anklage gehe, genüge nur das strikte Beweismass des Beweises "über jeden vernünftigen Zweifel". Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass die Beschwerdeführerin die Untersuchungsmaxime und den Grundsatz der Unschuldsvermutung vermischt. Die von ihr vorgebrachten Rügen betreffen die Frage, ob die Vorinstanz den Sachverhalt rechtsgenügend abgeklärt hat, also ob im vorinstanzlichen Verfahren die Untersuchungsmaxime gewahrt worden ist.

Ein Verstoß gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie haben die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, wobei die Parteien gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht trifft. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können (BGE 117 V 282 E. 4a; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 "Ticketcorner" E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff.). Zudem gilt im ordentlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin der Gewissheit. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind

indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 "Swisscom/COLT" E. 13.2; BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4 m.w.H; gleich das Bundesgericht in seinem jüngsten Entscheid, vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 8.3.2). Der Untersuchungsgrundsatz erfährt eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Diese besteht für Parteien insbesondere, soweit sie in einem Verfahren selbständige Begehren stellen (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunft- oder Offenlegungspflicht obliegt. Eine solche findet sich in Art. 40 KG, wonach Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen -und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben-. Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 10; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 162; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13 Rn. 32 ff.).

## 5.1

**5.1.1** Die Beschwerdeführerin moniert erstens, die Vorinstanz habe nicht nachgewiesen, dass sie im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot bezweckt oder bewirkt habe. Hingegen habe die Beschwerdeführerin mit Urkunden belegt, dass sie mit Gaba weder ein Aktiv- noch ein Passivverkaufsverbot und auch keine Behinderung von Parallelimporten bewirkt oder bezweckt habe. Dies belegten die Lieferungen an Spar. Die relevanten Beweisstücke seien von der Vorinstanz durchwegs unterschlagen worden. Zudem habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise angenommen, dass keine Beweise für die Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages vorlägen. Ausserdem habe eine Lieferanfrage von Denner bei der Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen werden können.

**5.1.2** Die Vorinstanz führt einleitend aus, der Untersuchungsgrundsatz verpflichte die Behörden, von Amtes wegen die für den Entscheid erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht treffe (Art. 12 f. VwVG). Die Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellungen der Parteien seien für die Behörden indes nicht verbindlich. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung seien angebotene Beweise abzunehmen, sofern sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes relevant seien. Das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen seien (BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Im Kartellrecht genüge daher der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und nicht, wie die Beschwerdeführerin behaupte, der Grad des Vollbeweises. Der Erfolg

einer wirksamen absoluten Gebietsschutzabrede liege gerade darin, dass keine Parallelimporte stattfänden, womit das Erbringen eines Vollbeweises beinahe unmöglich sei. Die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele angeblicher Parallelimporte seien geprüft und für vernachlässigbar befunden worden. Die Vorinstanz habe Sachverhalte aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen, welche auf ihrer eigenen Sachkunde und praktischen Vernunft zu gründen habe. Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin selbst trägt die Vorinstanz vor, die Behauptung, der Lizenzvertrag sei nicht gelebt worden, widerspreche dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. Bezüglich Spar verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung. Zum fehlenden Nachweis eines Importversuches der Anzeigerin hält die Vorinstanz fest, ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob eine absolute Gebietsschutzabrede vorliege, sei der Wortlaut des Lizenzvertrages und seien nicht allfällige Importversuche der Anzeigerin. Schliesslich trägt sie vor, die Behauptung, dass nicht einmal ein Aktivverkaufsverbot gelebt worden sei, widerspreche diametral den im Recht liegenden Beweisen, insbesondere dem ab dem 1. September 2006 geltenden Distribution Agreement.

**5.1.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits unter E. 3.2.7 festgestellt, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG darstellt, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Bei der vorliegenden Rüge ist darüber hinaus zu prüfen, ob die Vorinstanz die Vertragswirklichkeit rechtsgenügend abgeklärt hat. Nicht zu untersuchen ist im Rahmen der formellen Beurteilung der Beschwerde, ob der Lizenzvertrag zwischen den Parteien tatsächlich gelebt wurde. Dieser materiellen Frage ist unten an entsprechender Stelle nachzugehen (E. 8).

**5.1.4** Die Beschwerdeführerin trägt im Wesentlichen vor, die Lieferungen an Spar würden belegen, dass der Lizenzvertrag nicht gelebt worden sei. Die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, da sie die Beweise zu den Lieferungen an Spar durchwegs unterschlagen habe. Dieses Vorbringen ist nicht nachvollziehbar. Bereits in Rn. 19 der angefochtenen Verfügung wird mit Verweis auf die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Urkunden ausgeführt: "Eine schweizerische Unternehmung, die Spar Management AG (nachfolgend: Spar) importiert mit Wissen und Willen der Parteien seit 2003 Gaba Produkte indirekt aus der Produktion von Gebro aus Österreich parallel in die Schweiz". Weitere Berücksichtigung finden die von der Beschwerdeführerin und Gaba eingereichten Unterlagen zu den Importen von Spar in Rn. 60, 63 f., 90 und 106 der angefochtenen Verfügung. Nicht nur hat die Vorinstanz die Beweise nicht unterschlagen. Sie ist in Rn. 107 und 216 der angefochtenen Verfügung auch auf das Argument der Beschwerdeführerin eingegangen, die Importe von Spar würden zeigen, dass der Vertrag nicht gelebt worden sei. Dabei hat sie umfassend dargelegt, warum sie die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Mit diesem Vorgehen hat sie weder willkürlich gehandelt noch kann gesagt werden, sie habe Akten unterschlagen. Vielmehr hat die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen den Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Daran ändert das Vorbringen nichts, eine Lieferanfrage von Denner bei der Beschwerdeführerin habe nicht nachgewiesen werden

können. Die Vorinstanz hat die Umstände der Lieferanfrage untersucht und in Rn. 120 der angefochtenen Verfügung festgehalten: "Tatsächlich konnte im Beweisverfahren eine direkte oder indirekte Lieferanfrage bei Gebro für Denner nicht erstellt werden." Damit hat sie den Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Die Fragen, ob die fehlende Lieferanfrage durch die Vorinstanz korrekt gewürdigt wurde, sowie ob die Vorinstanz in willkürlicher Weise angenommen hat, es lägen keine Beweise für die Ausserkraftsetzung des Lizenzvertrages vor, sind im Rahmen der materiellen Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu untersuchen (vgl. E. 8).

## 5.2

**5.2.1** Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, in der angefochtenen Verfügung fehle der Beweis für das behauptete Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung völlig. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Erheblichkeit des Passivverkaufsverbots im Sanktionszeitraum zu prüfen. Sie erwähne stattdessen die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009, die mit dem vorliegenden Sachverhalt nichts zu tun hätten. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**5.2.2** Auf den Seiten 62 ff. der angefochtenen Verfügung behandelt die Vorinstanz unter B.3.4 die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dabei berücksichtigt sie sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien. Die qualitative Erheblichkeit der Abrede wurde bejaht, da es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsschutzklausel handle. In quantitativer Hinsicht hat die Vorinstanz untersucht, welche potentiellen Auswirkungen durch Parallelimporte zu erwarten seien. Dies weil Sinn und Zweck einer Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages darin lägen, dass keine Parallelexporte vorgenommen würden. In dieser Hinsicht hat sie die Marktstellung von Elmex rot, die Marktanteile sowohl von Gaba als auch von Elmex rot, das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich sowie den feststellbare Effekt im Markt durch den Verkauf von Elmex rot bei Denner nach 2009 analysiert. Somit hat die Vorinstanz nicht nur die Erheblichkeit umfangreich untersucht. Sie hat sich dabei auf verschiedene Elemente gestützt und sich nicht darauf beschränkt, die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 heranzuziehen. Damit wurde der Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Ob die Prüfung der Erheblichkeit in materieller Hinsicht korrekt war, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu untersuchen sein (vgl. E. 11).

## 6. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht

### 6.

**6.1** In formeller Hinsicht trägt die Beschwerdeführerin weiter vor, ihr Anspruch auf ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei verletzt, weil es in der Vorinstanz an einer klaren Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde fehle. Diese sei bereits deswegen kein unabhängiges Gericht, weil ihr auch Vertreter wirtschaftlicher Interessengruppen angehörten. Eine Heilung dieser Rechtsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht sei ausgeschlossen. Zwar verfüge das Gericht de iure über die volle Kognition nach Art. 49 VwVG. De facto übe es diese volle Kognition

aber nicht aus oder sei dazu aufgrund beschränkter personeller Ressourcen zu Beweiserhebungen nicht in der Lage. Eine Heilung komme auch deswegen nicht in Frage, weil es sich um eine schwerwiegende Verletzung von Verfahrensrechten handle, und weil die Heilung die Ausnahme bleiben müsse. Das treffe im Kartellrecht nie zu, da sich die Vorinstanz darauf verlasse, dass der Mangel ihrer fehlenden richterlichen Unabhängigkeit systematisch vor Bundesverwaltungsgericht geheilt werden könne.

**6.2** Die Vorinstanz hält mit Verweis auf das Urteil BVGE 2011/32 "Swisscom" fest, es bestehe kein Anspruch darauf, dass eine Sanktionierung bereits erstinstanzlich von einem Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beurteilt werde. Es reiche aus, wenn eine Sanktionsverfügung durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werde. Das Bundesverwaltungsgericht stelle unbestrittenermassen ein organisatorisch-funktionell "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Darüber hinaus übe das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung aus, so dass die Anforderungen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Kartellverfahren grundsätzlich gewährleistet seien.

**6.3** Nach ständiger Rechtsprechung, der sich auch das Bundesgericht angeschlossen hat, sind die Verfahrensgarantien der EMRK in Verfahren mit Strafcharakter anwendbar ("procédure de caractère pénal"; vgl. statt vieler BGE 121 II 257 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4781/2011 vom 10. Juli 2012 E. 4.2). Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, haben im Administrativverfahren verhängte Kartellbussen einen "caractère pénal" (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 44; so auch der EFTA-Gerichtshof im Urteil E-15/10, Posten Norge, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 88). Allerdings hat der EGMR im Menarini-Fall festgehalten, dass die Natur eines Verwaltungsverfahrens auf viele Arten von der Natur eines Strafverfahrens im engen Sinne des Wortes abweichen kann. Auch wenn diese Differenzen die Vertragsstaaten nicht von ihrer Verpflichtung entbinden würden, alle strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK zu erfüllen, hätten sie trotzdem Einfluss auf die Bedingungen der Anwendung dieser Garantien (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 62). Auch das Bundesgericht ist in "Publigroupe" in Anlehnung an die europäische höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass Massnahmen nach Art. 49a KG einen "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" haben (BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 2.2.2; vgl. zu dieser Frage auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 8.1.3; sowie BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 4.2). Dies entspricht im Übrigen auch dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. BBl 2002 2052). Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV sind demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann.

Folglich ist über die Tragweite der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

**6.4** Nach höchster europäischer Rechtsprechung genügt es zur Wahrung der Ansprüche aus Art. 6 EMRK, dass im gesamten Verfahren mindestens ein Gericht entscheidet, welches über die volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen verfügt. Dabei können die verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 57 ff.; siehe auch Urteil des EFTA-Gerichtshofes E-15/10, Posten Norge, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 100). Zwar entspricht das Sanktionsverfahren der Vorinstanz nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK. Da diese allerdings nicht bereits im Verwaltungsverfahren erfüllt sein müssen, sondern es genügt, dass eine Rechtsmittelinstanz die angefochtene Entscheidung in voller Ausübung der Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen überprüfen kann, ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht nicht verletzt, wenn das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen voll ausübt. Dass es dazu nicht nur in der Lage ist, sondern die Kognition auch tatsächlich voll ausübt, wurde bereits unter E. 4.3.5 ausgeführt. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ist somit nicht verletzt.

## **7. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht**

### **7.**

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Rechts auf Beurteilung durch ein gesetzmässiges Gericht, weil die am Entscheid mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung selbst noch in anderer Weise bekannt gegeben worden seien, obwohl Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Bekanntmachung erforderten. Zudem hätten an der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009 zwei Mitglieder der Vorinstanz nicht teilgenommen. Unter der Annahme, dass diese an der Sanktionsverfügung mitgewirkt hätten, sei der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht verletzt. Eine Heilung komme, wie die Beschwerdeführerin bereits an anderer Stelle mit Hinweis auf die fehlende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts vorgetragen hat, nicht in Frage (vgl. oben E. 4.3.5 und 6.1). Replicando macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei irrelevant, dass ihr die an der Anhörung vom 8. Juni 2009 anwesenden Mitglieder bekannt gewesen seien. Auch die Nennung der Mitglieder auf der Homepage der Vorinstanz genüge nicht. Da es im vorliegenden Fall um eine strafrechtliche Anklage gehe, hätte die Beschwerdeführerin wissen müssen, welche Mitglieder tatsächlich am Entscheid mitgewirkt hätten, bzw. es hätten keine Mitglieder mitwirken dürfen, welche nicht an der Anhörung teilgenommen hätten.

**7.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 seien die an- und abwesenden Mitglieder der Vorinstanz namentlich genannt worden. Darüber hinaus seien die Zusammensetzung der Vorinstanz und allfällige bestehende Interessenbindungen

öffentlich bekannt und auf der Homepage der Vorinstanz abrufbar. Der Vorwurf, zwei Mitglieder der Vorinstanz hätten an der Anhörung der Beschwerdeführerin nicht teilgenommen und trotzdem am Entscheid mitgewirkt, sei dahingehend zu relativieren, dass die Vorinstanz gemäss ihrem Geschäftsreglement beschlussfähig sei, wenn die Hälfte der Mitglieder anwesend und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige seien. Schliesslich verweist die Vorinstanz auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Swisscom" und "Publigroupe" (BVGE 2011/32 bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010).

**7.3** Bei dieser Rüge sind zwei Argumente auseinanderzuhalten: die Beschwerdeführerin bringt einerseits vor, die an der Entscheidung mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz hätten an der Anhörung vom 8. Juni 2009 anwesend sein müssen. Andererseits moniert sie, ihr sei die konkrete Zusammensetzung der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren nicht bekannt gewesen.

**7.3.1** Zum ersten Argument ist auf die Ausführungen unter E. 6.4 zu verweisen. Wie das Bundesverwaltungsgericht an dieser Stelle festgehalten hat, erfüllt zwar das Sanktionsverfahren der Vorinstanz die verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK nicht. Allerdings müssen gemäss höchstrichterlicher europäischer Rechtsprechung die Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht bereits im Verwaltungsverfahren erfüllt sein. Es genügt den Anforderungen von Art. 6 EMRK, dass die Rechtsmittelinstanz die angefochtene Entscheidung in voller Ausübung der Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen überprüft. Dass das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz dazu nicht nur in der Lage ist, sondern die Kognition auch tatsächlich voll ausübt, wurde bereits unter E. 4.3.5 ausgeführt. Somit besteht in Bezug auf den ersten Punkt keine Verletzung des Anspruches auf ein gesetzmässiges Gericht.

**7.3.2** Der zweite Teil der Rüge betrifft die Bekanntgabe der Zusammensetzung der Vorinstanz. Diese Frage hängt eng mit der Frage des Ausstandes zusammen. Nur wenn den Parteien die am Entscheid mitwirkenden Personen bekannt sind, sind sie in der Lage, allfällige Ausstandsgründe zu erkennen und geltend zu machen. Daher muss eine Behörde grundsätzlich möglichst früh ihre Zusammensetzung bekannt geben. Dies kann über das Internet oder andere öffentlich leicht zugängliche Quellen geschehen, was im Übrigen auch der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8F.5/2013 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 vom 27. März 2008 E. 2.4.2; siehe auch Feller, in: VwVG-Kommentar, Art. 10 Rn. 35). Nach der Rechtsprechung sind Beschwerde führende Personen gestützt auf den auch für Private geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet, Ausstandsbegehren frühestmöglich zu stellen. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf

spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3 m.w.H.).

**7.3.3** Die Vorinstanz besteht aus 11-15 Mitgliedern, wobei die Mehrheit unabhängige Sachverständige sein müssen. Sie ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend ist und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige sind (vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup> des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 [GR-WEKO, SR 251.1]). Die Mitglieder der Vorinstanz legen ihre Interessen in einem Interessenbindungsregister offen (Art. 18 Abs. 2<sup>bis</sup> KG). Die Interessenbindungen der Mitglieder der Vorinstanz sind auf deren Homepage abrufbar unter "Die WEKO" à "Kommission" à "Interessenbindungen" (<http://www.weko.admin.ch/>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013).

**7.3.4** Demnach sind nicht nur die Mitglieder der Vorinstanz bekannt, auch ihre Interessenbindungen - welche allenfalls zum Ausstand führen könnten - sind öffentlich. Angesichts des Geschäftsreglements der Vorinstanz musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder am Entscheid mitwirken würden. Ihr hätte es freigestanden, jederzeit eine Anfrage an die Vorinstanz zu ihrer Zusammensetzung im vorliegenden Fall zu richten. Da die Zusammensetzung der Beschwerdeführerin als bekannt vorauszusetzen ist, kann auch in diesem Punkt keine Verletzung der beschwerdeführerischen Verfahrensrechte erblickt werden.

**7.4** Das Bundesverwaltungsgericht kommt daher zum Schluss, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein gesetzmässiges Gericht nicht verletzt wurde.

#### Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin, vorbehaltlich des in E. 4.3.7 Ausgeführten, mit ihren formellen Rügen nicht durchzudringen vermag. In einem weiteren Schritt sind die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu untersuchen.

#### Materielle Rügen

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die Qualifizierung von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Passivverkaufsverbot (E. 8), die Begründung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung (E. 10), die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E. 11), die Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungsgründen (E. 12) sowie die Sanktionsbemessung (E. 13).

### 8. Analyse der Vertragswirklichkeit

**8.** Art. 5 KG definiert unzulässige Wettbewerbsabreden wie folgt:

<sup>1</sup> Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

<sup>2</sup> Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

<sup>3</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

<sup>4</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Die Vorinstanz hat Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren zum vorliegenden Fall festgestellt hat, ist diese Qualifikation korrekt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 8). Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages stelle kein Passivverkaufsverbot dar, da der Vertrag zwischen den Parteien nie gelebt worden sei, was sich durch zahlreiche Tatsachen belegen lasse. Im nachfolgenden wird auf die einzelnen Vorbringen eingegangen.

#### i. Parallelimporte von Spar

##### 8.1

**8.1.1** Die Beschwerdeführerin führt zur Natur von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aus, zahlreiche Exporte in die Schweiz würden belegen, dass die Klausel zwischen den Parteien nie gelebt worden sei. Spar Schweiz importiere mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin und von Gaba seit Jahren Elmex rot in die Schweiz. Diese Importe erfolgten über [...] als Zwischenhändlerin. Sämtliche Unterlagen zu diesen Importen seien von der Vorinstanz unterschlagen worden. Auch die im Jahr 2008 zwischen der Beschwerdeführerin und [...] vereinbarte Langzeit-Lieferantenerklärung zeige, dass die Beschwerdeführerin nie daran gedacht habe, Parallellieferungen zu behindern. Die Vorinstanz liege falsch, wenn sie die Importe von Spar als Spezialfall darstelle. Insbesondere aus folgenden Gründen sei dies nicht zutreffend: (i) Der Umstand, dass Spar Schweiz und [...], hätte keine Auswirkungen auf die Importe gehabt. Insbesondere hätte das die Beschwerdeführerin nicht daran gehindert, Importe zu verhindern, wenn sie es gewollt hätte; (ii) Das Argument, wonach eine Einschränkung des Weiterverkaufs gegenüber [...] als bedeutendem Kunden schwierig durchzusetzen gewesen wäre, stelle eine unbelegte Behauptung dar. Die Beschwerdeführerin habe wissentlich und willentlich an Spar Schweiz exportiert

und zu keinem Zeitpunkt versucht, die Exporte zu behindern; (iii) An diesen Ausführungen ändere auch der Umstand nichts, dass die Lieferungen an Spar Schweiz indirekte Exporte darstellten. Gaba habe auf Anfrage von Spar Schweiz eine Parallellieferung über die Beschwerdeführerin empfohlen. (iv) Aufgrund der lizenzvertraglichen Marktversorgungspflicht bezüglich des österreichischen Marktes sei die Beschwerdeführerin gerade nicht verpflichtet gewesen, Lieferungen in die Schweiz zu tätigen, da sich diese Pflicht nur auf Lieferungen auf dem österreichischen Markt bezogen habe. Obwohl die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass ein Teil der an [...] gelieferten Mengen in die Schweiz exportiert würden, habe sie weiterhin an [...] geliefert, und zwar nicht aufgrund der Marktversorgungspflicht. (v) Auch das Argument, die Parallellieferungen an Spar Schweiz seien deshalb erfolgt, weil die Beschwerdeführerin die Jahresvereinbarungen mit [...] nicht habe verletzen wollen, sei aus der Luft gegriffen. Die Beschwerdeführerin hätte nach Ablauf jedes Kalenderjahres die Liefermengen um die ihr bekannten Exportmengen verringern oder gar keine Vereinbarung mehr abschliessen können. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin dies nicht getan habe, zeige, dass sie niemals Lieferungen in die Schweiz behindert habe. Die Vorinstanz verweist hierzu auf die angefochtene Verfügung.

**8.1.2** In Rn. 107 der angefochtenen Verfügung wird zu den Importen von Spar folgendes festgestellt: (i) Spar Schweiz sei Lizenznehmerin von Spar International und bilde einen Spezialfall, da sie über [...] parallel importieren könne. Die gleiche Möglichkeit stehe anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen, da Spar Schweiz einerseits indirekt zur Spar Österreich-Gruppe gehöre und andererseits einem Franchisesystem angeschlossen sei. (ii) [...] sei ein bedeutender Kunde von Gaba-Produkten aus der Produktion der Beschwerdeführerin. Gegenüber wichtigen Kunden sei eine Einschränkung des Weiterverkaufs an einen bestimmten Abnehmer, der zur selben Gruppe gehöre, schwierig durchzusetzen. (iii) Bei den von den Parteien geltend gemachten Parallelimporten von Spar Schweiz über [...] handle es sich um indirekte Lieferungen. Die Beschwerdeführerin habe gemäss eigenen Angaben nie Vertragsprodukte direkt an Spar Schweiz geliefert. (iv) Die Belieferung von [...] durch die Beschwerdeführerin lasse sich auf die vertragliche Marktversorgungspflicht der Beschwerdeführerin zurückführen. Der Umstand, dass es der Beschwerdeführerin einerseits vertraglich untersagt gewesen sei, Vertragsprodukte zu exportieren, und dass sie sich andererseits in Jahresvereinbarungen mit ihren österreichischen Abnehmern zur Belieferung mit Vertragsprodukten verpflichtet hätte, habe sie zwangsläufig dazu veranlasst, eine Interessensabwägung vorzunehmen: bei Exporten von Vertragsprodukten wie auch bei Nichteinhaltung der Jahresvereinbarungen hätte die Beschwerdeführerin nämlich eine Verletzung des Lizenzvertrages bzw. der Jahresvereinbarungen begangen.

**8.1.3** Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits oben zum Schluss gelangt, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin genannten Akten nicht unterschlagen, sondern im Gegenteil diese ausführlich in der angefochtenen Verfügung dargestellt und gewürdigt hat (vgl.

E. 5.1.3). Wie ferner aus den vorinstanzlichen Akten hervorgeht, importiert Spar Schweiz seit 2003 Elmex rot aus Österreich. Diese Exporte erfolgen über [...], unbestrittenermassen einer der grössten Kunden von Gaba Produkten der Beschwerdeführerin. Vertraglich besteht für die Beschwerdeführerin eine Marktversorgungspflicht für ihre österreichischen Kunden. Zudem existieren zwischen der Beschwerdeführerin und ihren österreichischen Kunden Jahresvereinbarungen, in denen für jedes Jahr die Liefermengen für jede Abnehmerin festgelegt werden. Zu Recht nahm die Vorinstanz gestützt auf diese Tatsachen an, dass sowohl Gaba als auch die Beschwerdeführerin kaum in der Lage waren, die Lieferanfrage von Spar Schweiz abzulehnen, ohne ihre Vertragsbeziehungen zu [...] zu gefährden. Daran ändern auch die weiteren Argumente der Beschwerdeführerin nichts. Insbesondere die ins Recht gelegte Langzeit-Liefervereinbarung kann nicht als Beweis dafür dienen, dass die Beschwerdeführerin Parallelimporte gefördert hat. Wie die Beschwerdeführerin nämlich selbst vorträgt, ist der Abschluss dieser Vereinbarung von [...] ausgegangen - einem der wichtigsten Kunden der Beschwerdeführerin. Auch das Argument, die Beschwerdeführerin habe gegenüber Spar nicht versucht, Parallelimporte zu verhindern, ist kein Beleg für ein fehlendes Passivverkaufsverbot. Vielmehr zeigen sowohl dieser Punkt als auch der Abschluss der Langzeit-Lieferantenerklärung, dass [...] als bedeutender Kunde der Beschwerdeführerin eine starke Verhandlungsposition innehatte, und dass insbesondere eine Lieferverweigerung diesem Unternehmen sowie Spar Schweiz gegenüber nicht hätte durchgesetzt werden können. Schliesslich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die fehlenden direkten Lieferungen seien irrelevant, weil Gaba auf Anfrage von Spar Schweiz eine Parallellieferung über die Beschwerdeführerin empfohlen habe. Denn mit Ausnahme der indirekten Exporte an Spar Schweiz konnte die Vorinstanz keine grenzüberschreitenden Lieferungen in die Schweiz feststellen. Insbesondere gab es im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine direkten Lieferungen aus Österreich in die Schweiz. Die einzigen indirekten Lieferungen erfolgten über einen der grössten Kunden der Beschwerdeführerin, gegenüber dem eine Lieferverweigerung nicht durchzusetzen gewesen wäre.

**8.1.4** Demnach hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, dass die Importe durch Spar Schweiz einen Spezialfall darstellen, und dass sie nichts an der Qualifizierung der Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Passivverkaufsverbot ändern.

## ii. Weitere Exporttätigkeiten

**8.2.1** Zur Frage, ob Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen den Parteien gelebt worden ist, bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, im untersuchungsrelevanten Zeitraum hätten auch Exporte nach [...] stattgefunden. In [...] direkt beliefert worden. Über [...] seien in erheblichem Umfang indirekte Lieferungen nach [...] erfolgt. Selbst wenn diese quantitativ vernachlässigbar seien, zeigten sie, dass die Beschwerdeführerin sich an kein Exportverbot gehalten habe. Auch die über [...] erfolgten indirekten Lieferungen nach [...] würden als Beleg hierfür dienen. Die Behauptung der Vorinstanz, angesichts des mit diesen Unternehmen generierten Um-



satzes in Höhe von rund [...] sei eine Lieferverweigerung nicht möglich gewesen, gehe an der Realität vorbei. Die Exporte würden belegen, dass Parallellieferungen stattgefunden hätten und auch von der Beschwerdeführerin gefördert worden seien. Dies zeige sich nicht zuletzt an der Langzeit-Lieferantenerklärung gegenüber [...]. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**8.2.2** Aus Rn. 108 der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hatte, sie würde Elmex rot direkt an [...] liefern, und über [...] Elmex rot indirekt nach [...] exportieren. Die Vorinstanz stellt hierzu in Rn. 109 der angefochtenen Verfügung fest, während fünf Jahren seien [...] verkauft worden. [...], was die Vermutung nahe lege, dass [...] nicht in kommerzieller Weise und systematisch an Endkunden verkauft würden. Zu den indirekten Exporten nach [...] stellt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin laut ihren eigenen Angaben mit diesen Unternehmen rund [...] ihres Umsatzes mit Gaba-Produkten generiere und daher eine Nichtbelieferung aus betriebswirtschaftlichen Gründen keine Option gewesen wäre. Im Übrigen würden die von der Beschwerdeführerin zu diesen Exporten eingereichten Unterlagen nicht den untersuchungsrelevanten Zeitraum betreffen und könnten somit nicht als Beleg für Exporte in diesem Zeitraum dienen.

**8.2.3** Wie aus Beilage 11 der Beschwerdeführerin hervorgeht, wurden in den Jahren [...] geliefert. Insgesamt wurden in dieser Periode [...] geliefert. [...] hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, es handle sich kaum um einen kommerziellen Verkauf an Endkunden. [...] kann demnach nicht als Beweis dafür dienen, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba nicht gelebt wurde.

**8.2.4** Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht neu geltend, die Vertragsprodukte würden seit Jahren über [...]. Als Beweis für diese Exporte verlangt die Beschwerdeführerin, [...] sei vom Bundesverwaltungsgericht als Zeuge einzunehmen. Dokumente über allfällige Lieferungen reicht sie nicht ein. Ob diese Behauptung als Novum aus dem Recht zu weisen ist, kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

**8.2.5** Das Bundesverwaltungsgericht stellt gemäss Art. 12 VwVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Nötigenfalls, d.h. wenn es der Auffassung ist, der Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt, kann es sich der in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel bedienen. Die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen erfährt ihre Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Beschwerde führende Personen haben dem Bundesverwaltungsgericht alle zur Ermittlung des relevanten Sachverhaltes notwendigen Beweismittel zu übermitteln. Dies gilt insbesondere für Unterlagen, in dessen Besitz nur die beschwerdeführende Partei ist. Lässt sich ein Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären, kann das Bundesverwaltungsgericht die Einvernahme von Zeugen anordnen (Art. 14 Abs. 1 Bst. c VwVG). Als Zeugen gelten am Verfahren nicht beteiligte Dritte, also Personen, die kein schutzwürdiges Interesse am Verfahrensausgang haben. Parteien können nur als Auskunftspersonen gemäss Art. 12 Bst. b

VwVG befragt, nicht aber als Zeugen einvernommen werden. Die Anhörung der Parteien erfolgt grundsätzlich im Rahmen des Schriftenwechsels. Ein Anspruch auf mündliche Stellungnahme besteht vor Bundesverwaltungsgericht nicht (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Auch ein Anspruch auf mündliche Verhandlung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich weder aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) noch aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV) abgeleitet werden. Einzig aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt sich ein Anspruch auf mündliche Verhandlung (siehe BGE 130 II 425 E. 2.1 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-956/2013 vom 17. Juli 2013 E. 3.4.2, beide m.w.H.).

**8.2.6** Nach dem eben Ausgeführten ist eine Zeugeneinvernahme [...] ausgeschlossen. Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, die angeblichen Exporte [...] auf irgendeine Art zu belegen. Sie hat im vorliegenden Verfahren weder [...] oder sonstige Beweise eingereicht. Auch der geltend gemachte Austausch zwischen der Beschwerdeführerin [...] wird von der Beschwerdeführerin durch keine Unterlagen dargelegt. Nachdem eine Einvernahme [...] nicht möglich ist und die Beschwerdeführerin auf eine mündliche Stellungnahme anlässlich einer Verhandlung verzichtet hat, sind ihre Behauptungen zu den Exporten [...] als unbelegt zurückzuweisen.

**8.2.7** Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht vor, es seien in erheblichem Masse indirekte Exporte nach [...]. Als Beweis hierfür reicht sie eine Aufstellung ihrer Umsätze mit Vertragsprodukten im Zeitraum 2004-2008 sowie die zwischen ihr und [...] abgeschlossene Langzeit-Lieferantenerklärung ein. Ferner beantragt sie die Einvernahme [...]. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in der vorangehenden Erwägung festgehalten hat, ist eine solche Einvernahme ausgeschlossen. Zu den anderen beiden Unterlagen ist folgendes festzustellen: Aus der Aufstellung der Umsätze der Beschwerdeführerin für den Zeitraum 2004-2008 lässt sich zwar [...] erkennen. Allerdings geht aus dem Dokument nicht hervor, welches Produkt konkret betroffen ist. Es findet sich lediglich der Hinweis [...]. Ob dies alle Produkte von Gaba umfasst [...] oder nur Elmex rot, ist nicht ersichtlich. Ferner finden sich im Dokument keine Angaben über Exporte nach [...]. Es werden lediglich die Umsatzzahlen angeführt, welche die Beschwerdeführerin mit ihren jeweiligen Abnehmern erzielt hat. Ein solches Dokument kann nicht als Beleg für Exporte nach [...] dienen. Dies trifft auch auf die Langzeit-Lieferantenerklärung zwischen der Beschwerdeführerin und [...] zu. Denn zum einen betrifft diese, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, den Zeitraum 2007 bis 2009 und somit nicht den untersuchungsrelevanten Zeitraum. Zum anderen kann eine Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und [...] nicht als Beweis für Lieferungen an [...] dienen, sind diese Unternehmen doch gar nicht von der Langzeit-Lieferantenerklärung betroffen. Schliesslich ist festzuhalten, dass es sich bei diesen behaupteten Lieferungen um indirekte Exporte handelt. Belege für direkte Exporte bestehen nicht.

**8.2.8** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz die Ausführungen der



Beschwerdeführerin zu den Exporten nach [...] zu Recht unberücksichtigt gelassen hat.

### iii. Fehlende Lieferanfrage von Denner

#### 8.3

**8.3.1** Einen weiteren Beleg dafür, dass der Vertrag nicht gelebt worden sei, erblickt die Beschwerdeführerin in der fehlenden Lieferanfrage der Anzeigerin. Die Vorinstanz stütze ihre These eines Passivverkaufsverbotes einzig auf die Behauptung, dass die Anzeigerin im November 2005 über eine Zwischenhändlerin eine indirekte Lieferanfrage bei der Beschwerdeführerin gestellt und die Beschwerdeführerin diese zurückgewiesen habe. Weitere angebliche erfolglose Lieferanfragen hätten nicht bewiesen werden können. Auch sei nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin je eine direkte oder indirekte Lieferanfrage der Anzeigerin erhalten oder zurückgewiesen hätte. Damit sei der Beweis, dass die Vertragsparteien des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot praktiziert hätten, gescheitert.

**8.3.2** Die Vorinstanz entgegnet, der Importversuch der Anzeigerin habe zwar den Anstoss für das vorliegende Verfahren gegeben. Er sei aber nicht alleine ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage gewesen, ob eine absolute Gebietsschutzabrede vorgelegen habe oder nicht. Der Wortlaut des passiven Verkaufsverbots habe sich nämlich auf sämtliche Exporte der Beschwerdeführerin bezogen.

**8.3.3** Wie aus Rn. 1 der angefochtenen Verfügung hervorgeht, hat Denner bei der Vorinstanz eine Anzeige eingereicht und geltend gemacht, es sei ihr nicht gelungen, Elmex rot von Gaba oder der Beschwerdeführerin zu erwerben. Gestützt auf die Anzeige eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung. Wie aus Rn. 7 der angefochtenen Verfügung hervorgeht, ergaben sich basierend auf Informationen der Anzeigerin, von Gaba sowie von den befragten Marktteilnehmern Anhaltspunkte für das Vorliegen mehrere unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen. Daraufhin eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen Gaba, in deren Rahmen sie u.a. Auskünfte einholte von Verbänden, Detailhändlern, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien, Zahnpasta-Herstellern, dem Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic, dem Bundesamt für Gesundheit, der Colgate-Palmolive-Gruppe, von verschiedenen Zahnärzten, sowie von der Beschwerdeführerin und Gaba. Ausgangspunkt der Analyse der Vorinstanz war insbesondere der Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, wonach es der Beschwerdeführerin untersagt war, direkt noch indirekt Exporte aus Österreich vorzunehmen. In der Folge hat die Vorinstanz - wie erwähnt - umfangreiche Befragungen der Marktteilnehmer sowie Marktanalysen vorgenommen. Demnach kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe ihre These eines Passivverkaufsverbotes einzig auf die Behauptung der Anzeigerin zum erfolglosen Lieferversuch abgestützt. Sodann dient die Tatsache, dass keine Lieferanfrage der Anzeigerin nachgewiesen werden konnte, nicht als Beweis dafür, dass kein Passivverkaufsverbot existierte. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage sind mehrere Faktoren, so u.a. der Wortlaut des Lizenzvertrages von 1982, die Häufigkeit von direkten oder indirekten Parallellieferungen in die

Schweiz und das Arbitragepotential. Demnach kann nicht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, gesagt werden, der Beweis, dass die Vertragsparteien des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot praktiziert hätten, sei gescheitert.

### iv. Analyse des Kausalzusammenhangs

#### 8.4

**8.4.1** Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dass die spärlichen Parallellieferungen nicht auf das angebliche Passivverkaufsverbot zurückzuführen seien, sondern auf Gründe, die sich ihrem Einfluss entziehen würden. So hätten die potentiellen Schweizer Abnehmer gemäss eigenen Angaben nie ein Interesse an Parallelimporten gehabt. Das zeige sich auch daran, dass zwar im Anschluss an die Publikation der angefochtenen Verfügung Lieferanfragen bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien, dass aber in der Zwischenzeit alle Betreffenden ihr Interesse an Parallelimporten wieder verloren hätten. Daher könne das auf der unterschiedlichen Kaufkraft basierende divergierende Preisniveau zwischen der Schweiz und Österreich nicht der Beschwerdeführerin und Gaba angelastet werden. Nebst den von den Detailhändlern genannten Gründen für den Importverzicht bestünden überdies regulatorische Hindernisse, wie aus der angefochtenen Verfügung erhelle. Da das angebliche Passivverkaufsverbot nicht ursächlich für die spärlichen Importe gewesen sei, könne nicht behauptet werden, es sei gelebt worden. Die Beschwerdeführerin moniert überdies, dass die Vorinstanz bei der Beantwortung der Frage, ob Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages gelebt worden sei, auf den falschen Zeitpunkt abstelle. Der Umstand, dass drei Jahre nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum Lieferanfragen bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien, lasse keine Rückschlüsse auf die Zeit vor 2006 zu. Wie nämlich die Vorinstanz selbst festgestellt habe, habe nach 2006 auf jeden Fall kein Passivverkaufsverbot bestanden. Auch die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 seien kein Beweis für das Vorliegen eines Passivverkaufsverbotes. Insbesondere bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen dem Preisrutsch bei Coop und der Belieferung der Anzeigerin. Auch sei es tatsachenwidrig von einem "Preisrutsch im Markt" zu sprechen wenn ausschliesslich Coop die Preise gesenkt habe. Die Preissenkungen von Coop seien der Beweis für einen funktionierenden Intra-brand-Wettbewerb und nicht für das Vorliegen eines Passivverkaufsverbotes. Schliesslich sei der Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht kausal gewesen für die Belieferung der Anzeigerin durch Gaba. Dabei handle es sich um eine Binnenlieferung, die auch von einem Passivverkaufsverbot nicht tangiert worden wäre.

**8.4.2** Die Vorinstanz entgegnet, seit Erlass der angefochtenen Verfügung hätten etliche Schweizer Detailhändler bei der Beschwerdeführerin Anfragen getätigt. Dies sei in einem Umfang geschehen, dass die Mengen gemäss der Beschwerdeführerin nicht für alle Anfragen hätten bereitgestellt werden können. Ausserdem könne nicht ausgeschlossen werden, dass die übrigen Schweizer Detailhändler aufgrund des mangelnden Intra-brand-Wettbewerbs kein Interesse an Parallelimporten gehabt hätten. Zu den Preissenkungen von Coop trägt die Vorinstanz vor, mit der Verfügbarkeit von Elmex rot bei der

Anzeigerin sei die kritische Schwelle an Verkaufspunkten erreicht worden. Dieser Effekt wäre früher eingetreten, hätten Denner oder andere Schweizer Händler erfolgreich importieren können. Darüber hinaus verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung. In ihrer Duplik vom 24. Januar 2011 hält die Vorinstanz an diesen Ausführungen fest. Ergänzend führt sie aus, aus den Beilagen 1 und 2 zur Replik der Beschwerdeführerin gehe hervor, dass [...], welche einen Parallelimport unattraktiv gemacht hätten. Daraus sei zudem ersichtlich, dass Spar Schweiz Gaba-Produkte zu attraktiven Konditionen bei [...] beziehen könne. Hieraus lasse sich indes nicht schliessen, dass Spar kein ernsthaftes Interesse an Parallelimporten hätte. Auch die Tatsache, dass die Anzeigerin im Zeitpunkt der Duplik noch keinen Liefervertrag mit der Beschwerdeführerin geschlossen hatte, lasse nicht auf ein mangelndes Interesse Ersterer schliessen. [...] Ausserdem stehe nicht fest, dass Schweizer Detailhändler in Zukunft Gaba-Produkte nicht direkt bei der Beschwerdeführerin beziehen würden. Im Gegenteil erscheine es wahrscheinlicher, dass die Konkurrenten der Anzeigerin infolge des intensiveren Intra-brand-Wettbewerbs um Elmex rot seit deren Belieferung vermehrt Interesse an Parallelimporten zeigen würden, um attraktive Einstandspreise zu erhalten.

**8.4.3** In Rn. 107 ff. der angefochtenen Verfügung wird der Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und den mangelnden Parallelimporten untersucht. Einleitend wird dargelegt, warum die Vorinstanz die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Wie das Bundesverwaltungsgericht oben festgestellt hat, ist ihre diesbezügliche Argumentation nicht zu beanstanden (vgl. E. 8.1.3 f.). Sodann wird in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung untersucht, ob die Nichtbelieferung der Anzeigerin auf andere Gründe zurückzuführen ist, wie z.B. das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer. Die Vorinstanz hat demnach geprüft, ob es Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz gab. Als sie keine namhafte Menge feststellen konnte, untersuchte sie, worauf dies zurückzuführen sei. Zudem hat die Vorinstanz die Reaktionen auf dem Markt beobachtet im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot. Dabei hat sie festgestellt, dass Coop zweimal (2009 und 2010) den Preis für Elmex rot kurze Zeit nach Denner gesenkt hat, und zwar auf das Preisniveau von Denner. Aufgrund der zeitlichen Nähe der Preissenkungen sowie der Tatsache, dass Coop die Preise für Elmex rot genau den Preisen der Anzeigerin anpasste, sah die Vorinstanz den Kausalzusammenhang zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung als gegeben an. Auch diese Argumentation erscheint dem Bundesverwaltungsgericht schlüssig. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen daran wie nachfolgend dargelegt wird nichts zu ändern.

**8.4.4** Erstens steht die Behauptung, die Schweizer Abnehmer hätten nach 2009 das Interesse an Parallelimporten verloren, im Widerspruch zu den Angaben in der Beilage der Vernehmlassung "Status Anfragen Schweiz Gebro Pharma" sowie zu den Beilagen 1 und 2 der Replik. Aus diesen Dokumenten geht hervor, dass [...] ab 2009 bei der Beschwerdeführerin ihr Interesse an Importen bekundet haben. Mit [...] kam kein Vertragsschluss

zustande, weil [...]. Angesichts dieser Vorgänge kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, von einem Binnensachverhalt gesprochen werden, der mit Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keinen Zusammenhang hat. Überdies belegen die Ausführungen, dass Schweizer Detailhändler Interesse an Parallelimporten hatten. Diesbezüglich ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, die Vorinstanz habe durch Berücksichtigung der Anfragen auf den falschen Zeitpunkt abgestellt, da diese drei Jahre nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien und daher keine Rückschlüsse auf die Zeit vor 2006 zuließen. Vielmehr zeigen die Anfragen im Jahr 2009, dass ab dem Moment, in dem im Schweizer Markt die Möglichkeit von Parallelimporten bekannt wurde, zahlreiche Unternehmen ihr Interesse an solchen Importen bekundeten, dass also ein Interesse an Parallelimporten bestand. Zweitens kann auch der Behauptung, Parallelimporte seien aufgrund regulatorischer Hindernisse und nicht wegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages unterbunden gewesen, nicht gefolgt werden. Wie vom Bundesamt für Gesundheit in seiner Antwort vom 6. Juni 2008 auf ein Auskunftsbegehren der Vorinstanz hin dargelegt, bestanden zwar regulatorische Einschränkungen im untersuchungsrelevanten Zeitraum (vgl. act. 222: siehe auch Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung). Diese waren aber für sich alleine nicht ursächlich für die Einschränkung von Importen. Das belegt zum einen die Tatsache, dass im Lebensmittelrecht das Prinzip der Selbstkontrolle gilt, also ein Unternehmen das Risiko auf sich nehmen kann, aufgrund von Parallelimporten angezeigt zu werden. Zum anderen wird dies auch durch den Bundesgerichtsentscheid in Sachen Colgate Dentagard bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006). In besagtem Fall gelangte Denner ans Bundesgericht, weil ihr der Verkauf der aus Deutschland importierten Zahnpasta Colgate Dentagard untersagt worden war. Auf den Zahnpastatuben fand sich unter anderem der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend". Das Bundesgericht hielt fest, Zahnpasten dienten der medizinischen Vorsorge, weswegen auch Hinweise zulässig seien, welche sich nicht nur auf die Vorbeugung von Karies, sondern auch auf die Prophylaxe gegen Parodontitis und Gingivitis beziehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006 E. 4.8). Dieser Fall zeigt, dass auch andere Zahnpastamarken mit Heilanzeigen parallel importiert wurden obwohl regulatorische Barrieren bestanden. Das geschah zwar bis zum Colgate/Dentagard-Entscheid in widerrechtlicher Weise. Da aber wie gesagt das Prinzip der Selbstkontrolle galt bzw. gilt, ist die Einfuhr dieser Produkte nicht per se unterbunden. Der Import war im untersuchungsrelevanten Zeitraum grundsätzlich möglich. Wie der Bundesgerichtsentscheid im Colgate/Dentagard-Fall und auch der Import von Elmex rot durch Spar im untersuchungsrelevanten Zeitraum belegen, stellten regulatorische Importbeschränkungen jedenfalls kein derart grosses Hindernis dar, dass dadurch Parallelimporte völlig unterbunden waren. Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch mit ihrer Behauptung, die Preissenkungen von Coop in den Jahren 2009 und 2010 seien nicht auf den Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zurückzuführen, nicht durchzudringen. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt

sich, dass die Anzeigerin Elmex rot ab dem 16. März 2009 zu einem Preis von CHF 4.40 verkaufte, und dass Coop im Mai 2009 ebenfalls den Preis auf dieses Niveau senkte. Dasselbe tat Coop, als Denner im Februar 2010 den Preis für Elmex rot auf CHF 3.75 reduzierte. Dies geschah, obwohl Gaba per 1. April 2008 den Abgabepreis ihrer Produkte für den Schweizer Markt erhöhte (vgl. Rn. 237 der angefochtenen Verfügung). Zwar senkte Coop im Rahmen eines Strategiewechsels die Preise von über 600 Markenartikeln. Allerdings war Elmex rot von dieser Reduktion nicht betroffen. Sonach ist es - wie die Vorinstanz zu Recht angenommen hat - naheliegender, dass die Preisreduktionen von Coop auf die Handlungen der Anzeigerin zurückzuführen sind. Die Importe der Anzeigerin, welche zur Reduktion der Preise bei Coop führten, waren erst nach dem Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages möglich. Daher erscheint dem Bundesverwaltungsgericht ein Zusammenhang zwischen den beiden Vorgängen als schlüssig. Schliesslich kann nicht behauptet werden, es habe durch die Preisreduktionen von Coop keinen Preisrutsch am Markt gegeben. Es ist allgemein bekannt, dass die zwei grössten Detailhändler in der Schweiz Coop und Migros sind. Denner wurde 2007 von Migros übernommen. Folglich bleibt als grösster Konkurrent des Migros/Denner-Konzerns nur Coop übrig. Wenn dieser seine Preise für Elmex rot erheblich senkt, ist es nicht falsch, wenn die Vorinstanz von einem Preisrutsch im Markt spricht. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nach dem Gesagten zurückzuweisen.

#### **v. Zwischenfazit: Passivverkaufsverbot gegeben**

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar und sei von den Parteien gelebt worden. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie sich die Klausel auf den Markt auswirkt hat.

### **9. Marktabgrenzung**

**9.** Um festzustellen, in welchem Masse eine Abrede einen Markt beeinträchtigt, ist der betreffende Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Der Bundesrat hat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) den Begriff des relevanten Marktes umschrieben. Diese Definition gilt auch für Wettbewerbsabreden und für die Ausübung von Marktmacht. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite als austauschbar erachtet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Substituierbarkeit, wobei unterschieden wird zwischen Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept; vgl. BGE 139 I 72 "Publigruppe" E. 5.1 m.w.H.). Bei der Beurteilung der Nachfragesubstituierbarkeit werden die aus Sicht der Abnehmer austauschbaren Güter definiert. Dabei wird in denjenigen Fällen auf die abgeleitete Nachfrage (also die Nachfrage der Endverbraucher)

abgestellt, in denen der direkte Abnehmer ein Gut nicht selbst verbraucht, sondern es an seine Abnehmer weiterverkauft (vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 174 m.w.H.). Unter dem Titel der Angebotssubstituierbarkeit wird hingegen untersucht, ob Anbieter als Reaktion auf Preiserhöhungen in der Lage sind, ihre Produktion umzustellen und das betreffende Gut innert kurzer Zeit auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken. Diese Situation liegt in der Regel vor, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen.

Ausgangspunkte bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit sind die Merkmale des Produktes und dessen Verwendungszweck. Diese reichen allerdings für sich alleine gesehen noch nicht aus, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Unterschiedliche Eigenschaften und Verwendungszwecke können sowohl ein Hinweis auf Zuordnung zu getrennten Märkten als auch zum gleichen sachlichen Markt sein. In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, bei der u.a. die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der betreffenden Unternehmen zum Nachfrageverhalten der Abnehmer befragt und allfällige Substitutionen in der Vergangenheit sowie Verbraucherpräferenzen berücksichtigt werden. Ferner ist beispielsweise anhand des SSNIP-Tests zu ermitteln, wie sich das Nachfrageverhalten ändert bei einer kleinen, dauerhaften Preiserhöhung von 5-10% (small but significant and nontransitory increase in price). Weichen die Nachfrager auf andere Produkte aus, machen sie die Preiserhöhung unrentabel. Die betreffenden Produkte sind dann zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus ist die Angebotssubstituierbarkeit wie oben beschrieben zu prüfen, wobei diese weitgehend mit dem potentiellen Wettbewerb übereinstimmt. Letzterer ist allerdings nicht im Rahmen der Marktabgrenzung zu untersuchen (vgl. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 171; siehe auch GEORG-KLAUS DE BRONNET, in: Josef L. Schulte/Christoph Just, in: Kommentar zum Kartellrecht [GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht], Köln 2012, Art. 101 AEUV Rn. 57). Bei der Prüfung der Austauschbarkeit ist auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes Rücksicht zu nehmen. Sie ist in einer Gesamtanalyse aller Elemente festzustellen. Eine starre Hierarchie zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen ist, wie das britische Competition Appeal Tribunal in Anlehnung an Rn. 25 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum relevanten Markt (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5]) überzeugend festgestellt hat, abzulehnen (Case No 1009/1/1/02 [2003] CAT 11, Aberdeen Journals v. The Office of Fair Trading, para. 127 f.).

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; vgl. zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung auch Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 6.3.3 f. und 8 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.).

## i. Sachliche Marktabgrenzung

### 9.1

**9.1.1** In der angefochtenen Verfügung wird zunächst ausgehend vom Verhalten der Endverbraucher (abgeleitete Nachfrage) dargelegt, weshalb der Markt für Zahnpasta nicht nach Produktausprägungen sowie Hersteller- und Handelsmarken zu segmentieren ist. Dies wird auch mit der hohen Angebotsumstellungsflexibilität der Zahnpastahersteller begründet. Sodann wird geprüft, ob Elmex rot aufgrund seiner Zusammensetzung als Medizinalzahnpasta anzusehen ist, was die Vorinstanz verneint. Schliesslich wird der Frage nachgegangen, ob Elmex rot aufgrund ihres Images einen eigenen Markt bildet. Dabei wird zum einen untersucht, wie oft Elmex rot von Zahnärzten empfohlen wird. Zum anderen wurde verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern der SSNIP-Test unterbreitet. In Rn. 196 f. der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, die Frage, ob Elmex rot einen eigenen Markt bilde, könne mangels verfügbarer Informationen zu den Kostenstrukturen der Beschwerdeführerin nicht beantwortet werden. Allerdings tangiere die Preissensitivitätsanalyse das Fazit der sachlichen Marktabgrenzung nicht.

**9.1.2** Wie bereits unter E. 9 ausgeführt, erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept. Es ist folglich zu untersuchen, welche Produkte aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks geeignet sind, einen bestimmten Bedarf auf gleichwertige Weise zu befriedigen, auch wenn einige der Produkte eine unterschiedliche Qualität oder einen unterschiedlichen Preis aufweisen, oder wenn sie auf andere Art hergestellt wurden. Grundsätzlich ist nach der VKU auf die Marktgegenseite abzustellen, was für Zahnpasta der Detailhandel, Zahnärzte und Dentalhygieniker sowie Apotheken und Drogerien sind. Das Nachfrageverhalten dieser Akteure richtet sich nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, also nach den Endverbrauchern. Folglich ist der sachlich relevante Markt in casu aus Sicht der Endabnehmer zu definieren.

**9.1.3** Auf dem Markt ist eine grosse Auswahl an Zahnpasten erhältlich. Einerseits gibt es zahlreiche Hersteller von Zahnpasta, andererseits existieren Sorten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften. Eine Differenzierung aufgrund der verschiedenen Eigenschaften ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, nicht sachgerecht. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist aus Sicht der Endverbraucher zu untersuchen, ob Zahnpasta welche z.B. für Raucher angeboten wird austauschbar ist mit Zahnpasta, welche keinen Zusatznutzen anpreist. Angesichts der Tatsache, dass der Endverbraucher Zahnpasta in erster Linie erwirbt zum Zweck der Zahnreinigung, ist diese Frage zu verneinen.

**9.1.4** Gegen eine Unterscheidung nach Produktausprägung spricht sodann die Angebotsumstellungsflexibilität. Wie oben dargelegt, ist sie dann gegeben, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen und in der Lage sind, innert kurzer Zeit und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken ihre Produktion umzustellen. Es ist unbestritten, dass unter den meisten Hersteller- bzw. Handelsmarken Zahnpas-

ten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften verkauft werden. So führt beispielsweise Colgate eine Zahnpasta zur Aufhellung der Zähne, eine für frischeren Atem und eine für die Tiefenreinigung in den Zahnzwischenräumen im Sortiment (<http://www.colgate.ch/app/ColgateTotal/CH/DE/products.cwsp>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Auch Odol-med 3 und die Beschwerdeführerin selbst führen mehrere Sorten Zahnpasta mit unterschiedlichen Zusatznutzen (<http://www.odol-med3.de/content/startseite-27#26>; [http://www.gaba.ch/htm/1084/de\\_CH/Produkte.htm](http://www.gaba.ch/htm/1084/de_CH/Produkte.htm); beide zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Die Umstellung der Produktion dürfte sich relativ einfach gestalten, was sich auch aus der Entscheidung der Europäischen Kommission in Smithkline Beecham/Block Drug ergibt (vgl. COMP/M.2192, Rn. 10: "[...] manufacturers can change production between the different variants with relative industrial and financial ease: production facilities are essentially the same, and almost all variants have a certain number of active ingredients in common; the time needed for production changes is not significant, nor are there significant additional financial costs.>").

**9.1.5** Abzulehnen ist weiter eine Segmentierung des Marktes nach Hersteller- bzw. Handelsmarken. Denn einerseits dienen auch Zahnpasten unterschiedlicher Hersteller- und Handelsmarken in erster Linie der Zahnreinigung. Andererseits lässt sich aus dem Preisniveau keine Differenzierung nach Marken ableiten. Wie sich nämlich aus den Antworten zu den vom Sekretariat versandten Fragebögen ergibt, hängt die Preisgestaltung nicht von der jeweiligen Hersteller- bzw. Handelsmarke ab (vgl. jeweils die Tabellen zu Frage 10 z.B. in act. 134, 141 und 226). All diese Faktoren sprechen für die Zuordnung von Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta.

**9.1.6** Nach dem Gesagten stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta gehört.

## ii. Räumliche Marktabgrenzung

**9.2** Wie bereits ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. oben E. 9). Auch diese Analyse hat sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht zu erfolgen, wobei unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus Nachfragersicht sind insbesondere die Einkaufspolitik der Nachfrager sowie allfällige sich darauf auswirkende Tatsachen (wie Transportkosten und -distanzen, rechtliche Bedingungen u.ä.) zu untersuchen. Angebotssubstituierbarkeit liegt hingegen vor, wenn eine Preiserhöhung zum Einstieg von neuen Anbietern in den betreffenden Markt führen würde. Dabei sind allfällige Hindernisse für Markteintritte in Betracht zu ziehen, wie z.B. die gesetzliche Lage, Handelshemmnisse, allfällige Vertriebssysteme, Verbraucherpräferenzen, Marktanteile und Umstellungskosten. Auch ein unterschiedliches Preisniveau oder sprachliche Unterschiede können auf einen getrennten räumlichen Markt hindeuten. In jedem Fall ist der räumlich relevante Markt im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen.

**9.3** Das Bundesverwaltungsgericht verweist auf seine Ausführungen im Verfahren B-506/2010 zur räumlichen Marktabgrenzung und stellt fest, dass - wie von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird - der räumlich relevante Markt in casu zu Recht national abgegrenzt wurde (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 9.2).

### iii. Zwischenfazit relevanter Markt

Der relevante Markt ist vorliegend der Schweizer Markt für Zahnpasta für die tägliche Zahnpflege in allen Produktvarianten und von allen Hersteller- und Handelsmarken.

## 10. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung

### 10.

**10.1** Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Wird das Vorliegen einer solchen Abrede auf dem relevanten Markt bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob sich die Vermutung durch den Nachweis genügenden Intra- und Interbrand-Wettbewerbs widerlegen lässt. Die Beschwerdeführerin führt aus, dieser Nachweis gelinge im vorliegenden Fall. Dies habe auch die Vorinstanz anerkannt, als sie festgestellt habe, dass auf dem relevanten Markt ein gewisser Restwettbewerb bestehe. Allerdings ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass nicht bloss ein gewisser, sondern vielmehr ein intensiver Intra- und Interbrand-Wettbewerb bestehe. Die Vorinstanz geht in ihren Eingaben auf die Argumente der Beschwerdeführerin ein. Aus den nachfolgenden Gründen erübrigt es sich, die Vorbringen vertieft wiederzugeben.

**10.2** Die Vorinstanz hat in Rn. 207 ff. der angefochtenen Verfügung den Intra- und Interbrand-Wettbewerb und in Rn. 253 ff. der angefochtenen Verfügung den Interbrand-Wettbewerb geprüft. Gestützt darauf schloss sie in Rn. 300, "dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden" könne. Wie im Parallelverfahren B-506/2010 dargelegt, war die Analyse des Intra- und Interbrandwettbewerbs der Vorinstanz korrekt (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 10.1). Zudem stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangte, ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich somit gegen die Begründung, nicht gegen die aus der Analyse der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen. Hierzu ist festzustellen, dass in der Verfügung festgelegte Fragen, welche Teil des Anfechtungsgegenstandes bilden, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitig sind und somit nicht zum Streitgegenstand zählen, nur geprüft werden, wenn die nichtbeantworteten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nicht zum Streitgegen-

stand gehören bloss Differenzen bezüglich der Begründung einer Verfügung, weil nur das Verfügungsdispositiv, nicht aber die Begründung anfechtbar ist (vgl. BGE 110 V 48 E. 3c m.w.H.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 8C\_272/2011 vom 11. November 2011 E. 1.3 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4195/2009 vom 18. Oktober 2010 E. 6.1). Da bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, die Vermutung habe widerlegt werden können, ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Intra- und Interbrand-Wettbewerb an dieser Stelle nicht einzugehen.

## 11. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

**11.** Gelingt es, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt zu widerlegen, ist weiter zu untersuchen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Gemäss dieser Bestimmung sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe bei der Analyse der Erheblichkeit der Abrede auf falsche Kriterien abgestellt und diese daher zu Unrecht bejaht. Auf die Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

### i. Analyse der Erheblichkeit

#### 11.1

**11.1.1** Das Gesetz definiert den Begriff der Erheblichkeit nicht. Die Botschaft KG 95 verweist auf die entsprechende Praxis, da bereits das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85; AS 1986 874) die Erheblichkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der materiellen Kartellbestimmung nannte. Zudem wird festgehalten, dass auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien kennen (BBI 1995 I 554). Wie Hoch Classen allerdings zu Recht ausführt, ist der Verweis auf die Praxis zum KG 85 unsachgemäss. Das KG 85 unterschied im Gegensatz zum KG 95 in materiell-rechtlicher Hinsicht zwischen der zivilrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Unzulässigkeit, weswegen nicht mehr auf den Erheblichkeitsbegriff des alten Rechts abzustellen ist (vgl. MariEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 267).

**11.1.2** Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit auf quantitative und qualitative Kriterien bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer horizontalen Abrede gestützt, wobei es eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dann bejaht, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Gebiet, Menge) betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.1 m.w.H.). Weil das Gesetz davon ausgehe, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt sei (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), stelle eine Aufhebung des Preiswettbewerbs mindestens eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betreffe. Im betreffenden Fall betrug der

Marktanteil rund 90 %. Das Bundesgericht nahm eine erheblich Beeinträchtigung des Wettbewerbs an (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.2).

**11.1.3** Die Literatur ist sich nicht einig, ob alleine auf quantitative Kriterien abzustellen ist, oder ob daneben auch qualitative Kriterien Berücksichtigung finden müssen. Auch die Praxis der Vorinstanz zur Erheblichkeit war anfangs uneinheitlich (für eine Übersicht über beide siehe Hoch Classen, a.a.O., S. 269 ff. und 271 ff.; Krauskopf/Schaller, BSK-KG Art. 5 Rn. 155 ff. und 167 ff.). Die Vorinstanz hat von ihrem in Art. 6 KG statuierten Recht Gebrauch gemacht und mit Beschluss vom 18. Februar 2002 die erste Bekanntmachung betreffend die Erheblichkeit vertikaler Abreden erlassen (VertBek 02; RPW 2002/2, S. 404). Darin hat sie konkretisiert, nach welchen Kriterien sie die Erheblichkeit einer vertikalen Wettbewerbsabrede beurteilt. Diese hat sie 2007 resp. 2010 ersetzt (VertBek 07 vom 28. Juli 2007, BBl 2007 7597, bzw. VertBek 10 vom 28. Juni 2010, BBl 2010 5078). Im untersuchungsrelevanten Zeitraum existierte die VertBek 02. Hierzu ist einleitend festzustellen, dass es sich bei den Bekanntmachungen der Vorinstanz, wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben, um Verwaltungsverordnungen handelt. Ihre Hauptfunktion besteht darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis vor allem im Ermessensbereich zu gewährleisten. Auch sind die Bekanntmachungen in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Behörde. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Gerichtsinstanz (Art. 2 VGG) nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern bei deren Überprüfung frei. In der Rechtspraxis werden Verwaltungsverordnungen vom Richter bei der Entscheidung mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-342/2008 vom 23. Juni 2009 E. 4.1.1 m.w.H.).

**11.1.4** Ziff. 3 VertBek 02 zählt diejenigen Abreden auf, die bereits aufgrund ihres Gegenstandes zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führen. Bst. b nennt direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler (qualitatives Kriterium). Andere vertikale Abreden als die in Ziff. 3 VertBek 02 genannten gelten in der Regel nicht als erheblich, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10% überschreiten (Ziff. 4; Bagatellfälle). Diese Regelung findet sich auch in den Folgebekanntmachungen 2007 und 2010 (vgl. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 bzw. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 16 Abs. 2 VertBek 10). Die Vorinstanz nahm an, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welche ein Passivverkaufsverbot vorschrieb, bereits von ihrer Natur her als qualitativ erheblich einzustufen sei. Diese Praxis ist nicht zu beanstanden. Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a

maior ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien. Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der Europäischen Union, wo Passivverkaufsverbote grundsätzlich als Kernbeschränkung qualifiziert werden, und es wurde auch in die VertBek 07 sowie die VertBek 10 aufgenommen (vgl. Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2000; Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2010; Ziff. 11 de-minimis-Bekanntmachung; Ziff. 12 Bst. b VertBek 07; Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 10; siehe auch Vincent Martenet/Andreas Heinemann, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 92). Eine solche Auslegung ist auch im Sinne des Gesetzeszwecks: die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung durch Vertikalabreden muss ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden (BBl 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Gerade weil das Schweizer Kartellrecht bei Vertikalabreden eine Einzelfallprüfung vorsieht, ist es nicht zu beanstanden, dass Passivverkaufsverbote wie das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vereinbarte von ihrem Gegenstand her als qualitativ erheblich beurteilt werden, besteht doch immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass selbst auf den ersten Blick qualitativ erhebliche Abreden im Einzelfall wettbewerbsfördernde Wirkungen haben können, welche die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen können.

## ii. Qualitative Erheblichkeit

**11.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, mangels Vorliegens eines Passivverkaufsverbots sei das qualitative Kriterium der Erheblichkeit nicht erfüllt. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 8 festgehalten hat, stellt Ziff. 3.2 eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar. Gemäss den Ausführungen unter E. 11.1.4 ist sie zudem von ihrer Natur her als qualitativ erheblich und damit auch insgesamt als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede einzustufen. Dies gilt auch dann, wenn man die Abrede auf ihre quantitative Erheblichkeit hin untersucht, was nachfolgend der Vollständigkeit halber aufgezeigt wird.

## iii. Quantitative Erheblichkeit

**11.3.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe weder die Auswirkungen von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages im untersuchungsrelevanten Zeitraum noch die Auswirkungen des Wegfalls dieser Klausel untersucht. Sie erwähne lediglich, dass Coop im Mai 2009 den Preis für Elmex rot um 10% gesenkt habe. Diese Behauptung genüge aus folgenden Gründen nicht als Beweis für die Erheblichkeit der Abrede: (i) Die Belieferung der Anzeigerin durch Gaba ab März 2009 sei nicht auf den Wegfall der Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zurückzuführen. (ii) Es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen der Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot und den Preissenkungen von Coop im Jahr 2009. (iii) Ausser Coop werde kein Detailhändler genannt, der seine Endverkaufspreise für Elmex rot nach März 2009, also nach der Belieferung der Anzeigerin, gesenkt habe. (iv) Selbst wenn die Beschwerdeführerin die Lieferanfrage der Anzeigerin im Jahr 2005 für 20'000 Tuben Elmex rot Zahnpasta pro Monat erhalten hätte, hätte diese Menge lediglich [...] des Gesamtmarktvolumens ausge-

macht und somit keine Auswirkungen auf dem relevanten Markt gehabt. Wie die Vorinstanz selbst festgehalten habe, sei die Möglichkeit weiterer Importe durch andere Detailhändler als die Anzeigerin und Spar mangels betriebswirtschaftlicher Rentabilität ausgeschlossen gewesen. (v) Schliesslich zeige der intensive Intra- und Interbrand-Wettbewerb, dass zu keinem Zeitpunkt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgelegen habe.

**11.3.2** Die Vorinstanz bringt zur Frage der Erheblichkeit allgemein vor, es handle sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine Kernbeschränkung, die in der EU in aller Regel unter das Kartellverbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV falle. Aus diesem Grund werde sie weder nach der Vertikal-GVO noch nach der de-minimis-Bekanntmachung als unbedenklich angesehen. Zwar sei gemäss den neuen Leitlinien der Kommission betreffend vertikale Vereinbarungen eine Einzelfreistellung basierend auf einer Effizienzeinrede möglich. Dabei obliege dem Unternehmen die Beweislast und eine solche Freistellung müsse mit Effizienzgründen gerechtfertigt werden, was vorliegend nicht der Fall sei. Darüber hinaus werde in der EU davon ausgegangen, dass Kernbeschränkungen den Wettbewerb spürbar, also erheblich, beeinträchtigen, was auch in Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 07 übernommen worden sei. Bei solchen Abreden genügte in quantitativer Hinsicht tiefe Anforderungen. Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin bringt die Vorinstanz vor, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe auf dem relevanten Markt Auswirkungen in Form von verhinderten Parallelimporten und dem damit verbundenen Mangel an Preisdruck gehabt. Hätten die Anzeigerin oder andere Schweizer Detailhändler Elmex rot parallel importieren können, wäre das kritische Mass an Verkaufsstellen, um einen Preisrutsch auszulösen, früher erreicht worden. Das zeige sich auch daran, dass seit Bekanntwerden der Importmöglichkeit die Beschwerdeführerin in einem Umfang Lieferanfragen aus der Schweiz erhalten habe, dass die Mengen nicht für alle Anfragen bereitgestellt werden konnten.

**11.3.3** In Rn. 310 der angefochtenen Verfügung wurde anhand quantitativer Elemente die von der Abrede ausgehende Intensität der Wettbewerbsbeschränkung untersucht. Mangels feststellbarer, tatsächlicher Handlungen auf dem relevanten Markt (wie z.B. Parallelimporte) hat die Vorinstanz auf die möglichen Auswirkungen abgestellt, welche durch Parallelimporte zu erwarten seien. Dabei untersuchte sie die Marktstellung von Elmex rot, die Marktanteile der Beschwerdeführerin und von Elmex rot, das Preisgefälle Schweiz-Österreich sowie den feststellbaren Effekt im relevanten Markt durch den Verkauf von Elmex rot durch die Anzeigerin. Zu den von der Vorinstanz angewandten quantitativen Kriterien ist folgendes festzuhalten:

**11.3.4** Literatur und Praxis sind sich zumindest einig, dass die quantitative Erheblichkeit einer Abrede mittels der Analyse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu prüfen ist (vgl. oben E. 11.1.3). Das wird insbesondere mit dem Gebot der Rechtssicherheit begründet, sowie gestützt auf die europäische Praxis, wo ebenfalls mit Marktanteilsschwellen operiert wird. Allerdings ist zu beachten, dass Passivverkaufsverbote gemäss europäischer Rechtslage als schwerwiegende wettbewerbsbe-

schränkende Abreden gelten, die unabhängig von den Marktanteilen nicht von der GVO freigestellt sind (vgl. Art. 4 Bst. b sowohl der GVO 1999 als auch der GVO 2010, wie auch Ziff. 11 der de-minimis-Bekanntmachung). Die Praxis der Vorinstanz ist in dieser Frage differenzierter. Zwar werden Passivverkaufsverbote auch in der Schweiz als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund des Gegenstandes angesehen, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen (vgl. Ziff. 3 Bst. b i.V.m. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek 02; Ziff. Bst. b i.V.m. Ziff. 13 Abs. 1 und Ziff. 14 VertBek 07). Indes hat die Vorinstanz in der Vergangenheit die Erheblichkeit regelmässig anhand qualitativer und quantitativer Kriterien untersucht (für eine Übersicht vgl. Hoch Classen, a.a.O., S. 271 ff.). Diese Praxis wurde im Übrigen in Ziff. 12 Abs. 1 der VertBek 10 übernommen, wonach die Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, einzelfallweise erfolgt in Abwägung qualitativer wie auch quantitativer Kriterien in einer Gesamtbeurteilung. Die Vorinstanz führt hierzu in ihrer Duplik aus, neuerdings sei auch in der EU eine Einzelfreistellung von Abreden aus Effizienzgründen möglich. Sie verweist auf die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen 2010, insbesondere auf Rn. 47 ff. An dieser Stelle wird auf die Möglichkeit von Unternehmen hingewiesen, im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV wettbewerbsfördernde Wirkungen nachzuweisen, um eine Freistellung der Abrede zu erlangen. Dabei wird auf die Rn. 106 bis 109 der Leitlinien verwiesen. Dort werden dieselben Effizienzgründe aufgelistet, welche sich in Ziff. 5 VertBek 02, Ziff. 4 VertBek 07 bzw. Ziff. 16 VertBek 10 unter dem Titel "Rechtfertigung" finden. Demnach gilt in der EU, dass Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen nicht freigestellt sind, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Solche Verbote werden bereits von ihrer Natur her als qualitativ erhebliche Abreden angesehen, ohne dass das quantitative Kriterium (die Marktanteilsschwellen) zu beachten wären. Eine Rechtfertigung von solchen Abreden ist in der EU nur noch aus den in Rn. 106 ff. der Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen genannten Effizienzgründen möglich. Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.

**11.3.5** Zum Argument der Beschwerdeführerin, der ihrer Ansicht nach bestehende intensive Intra- und Interbrand-Wettbewerb zeige, dass zu keinem Zeitpunkt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgelegen habe, ist festzuhalten, dass die Struktur des Art. 5 KG hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden folgendes Prüfschema vorsieht: Stellt die Behörde das Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG fest, greift die Vermutung, dass durch diese der wirksame Wettbewerb beseitigt

wurde. Umgestossen werde kann diese Vermutung durch den Nachweis, dass trotz der Abrede noch wirksamer aktueller und/oder potentieller Aussen- und/oder wirksamer Innenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 vom 1. Juni 2010 "Strassenbeläge Tessin" E. 9 m.w.H.). Gelingt dieser Nachweis, ist zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Schliesslich ist zu untersuchen, ob die Abrede allenfalls aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden kann. Demnach ist der Intra- und Interbrand-Wettbewerb im Rahmen der Widerlegung der vermuteten Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen und nicht - wie die Beschwerdeführerin behauptet - als quantitatives Erheblichkeitskriterium.

**11.4** Die Beschwerdeführerin vermag nach dem Gesagten mit ihrem Rügen zur Erheblichkeit nicht durchzudringen.

#### **iv. Zwischenfazit: Erheblichkeit gegeben**

**11.5** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede dar. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

### **12. Rechtfertigungsgründe**

**12.** Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, 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.

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

Die Beschwerdeführerin trägt mehrere Rechtfertigungsgründe vor, so die Höhe ihrer Marktanteile (E. 12.1), das Vorliegen von Kapazitätsengpässen (E. 12.2), die effizientere Produktionsplanung (E. 12.3) sowie regulatorische Importbeschränkungen (E. 12.4). Diese Vorbringen sind hiernach zu untersuchen.

#### **i. Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile?**

##### **12.1**

**12.1.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst wenn eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vorliegen würde, sei diese gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 ohne Einzelprüfung gerechtfertigt, da ihr Marktanteil auf dem relevanten Markt weit unter 30 % liege. Die Vorinstanz entgegnet, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages stelle ein Passivverkaufsverbot dar, welches nach der Vertikalbekanntmachung nicht ohne Einzelfallprüfung gerechtfertigt werden könne.

**12.1.2** Gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen verkauft, 30% nicht überschreitet. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Ziff. 12 VertBek 07 zählt die aufgrund ihres Gegenstandes den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden auf. Darunter fallen u.a. Gebietsabreden, die ein Passivverkaufsverbot statuieren (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b VertBek 07). Wie oben aufgezeigt, war diese Regelung auch in VertBek 02 enthalten. Sie ist, wie das Bundesverwaltungsgericht an entsprechender Stelle festgehalten hat, nicht zu beanstanden (vgl. E. 11.1.4). Demnach war für eine Gebietsabrede wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages bereits nach dem Wortlaut der VertBek 02 bzw. 07 eine Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile nicht möglich. Die gegensätzliche Behauptung der Beschwerdeführerin ist zurückzuweisen.

#### **ii. Rechtfertigung aufgrund von Kapazitätsengpässen?**

##### **12.2**

**12.2.1** Die Beschwerdeführerin trägt des Weiteren vor, ihre Produktion sei von ca. 2003 bis Mitte 2008 sowohl maschinentechnisch als auch personell an der Kapazitätsgrenze gelaufen. Überdies seien die vorhandenen Lagerkapazitäten sehr knapp gewesen. Auch sei es ihr vertragsrechtlich nicht möglich gewesen, gewisse Mengen zulasten der Stammkunden abzuzweigen und an die Anzeigerin zu liefern. Die unterstellte Nichtbedienung einer Lieferanfrage der Anzeigerin durch die Beschwerdeführerin wäre aufgrund der bestehenden Kapazitätsengpässe unumgänglich und gerechtfertigt gewesen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**12.2.2** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird festgestellt, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien wenn überhaupt lediglich kurzfristiger Natur gewesen. So habe ein Vertreter der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der Vorinstanz zu Protokoll gegeben, dass sie einen Auftrag zur Lieferung von 20'000 Tuben Zahnpasta angenommen und infolge von Kapazitätsengpässen zwar nicht sofort, aber zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt hätte. Somit sei eine Abweisung von Lieferantenanfragen in casu nicht mit kontinuierlichen Kapazitätsengpässen begründbar.

**12.2.3** Wie bereits erläutert, sind Abreden aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz 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. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapazitätsengpässe können somit nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Gebietsabrede dienen. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 sich ein Vertreter der Beschwerdeführerin wie folgt hat vernehmen lassen: "[...] erläutert,



dass wenn damals Denner mit einer solchen Lieferanfrage an Gebro herangetreten wäre, man mit Denner verhandelt und wahrscheinlich einen Zeitpunkt gefunden hätte, zu welchem keine Kapazitätsengpässe mehr bestanden hätten. Ab Frühsommer wäre eine Lieferung möglich gewesen. 20'000 Tuben würden einer Absatzsteigerung von [...] entsprechen; eine solche Möglichkeit hätte man sich sicher nicht entgehen lassen" (act. 366, S. 5). Demnach waren die geltend gemachten Kapazitätsengpässe, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, lediglich kurzfristiger Natur. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz richtigerweise die vorgerbachten Kapazitätsengpässe nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen hat.

### iii. Rechtfertigung aufgrund effizienter Produktionsplanung?

#### 12.3

**12.3.1** Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, aus Gründen der Produktionsplanung hätte sie wissen müssen, welche Mengen zu welchen Konditionen an welchen Abnehmer zu liefern seien. Da die Anzeigerin ihre angebliche Lieferanfrage nicht direkt an die Beschwerdeführerin gerichtet habe, sei eine effiziente Produktionsplanung und daher eine Belieferung der Anzeigerin nicht möglich gewesen. Dies gelte a fortiori angesichts der aufgezeigten Kapazitätsengpässe. Die Beschwerdeführerin hätte nicht wissen können, für wen die Ware bestimmt gewesen sei, geschweige denn ob der Empfänger die nötige Kontinuität der Lieferbeziehungen gewährleistet hätte. Die Ablehnung einer solchen Anfrage wäre daher aus Gründen einer effizienten Produktionsplanung notwendig und gerechtfertigt gewesen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**12.3.2** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird auf diesen Rechtfertigungsgrund eingegangen. Die Vorinstanz hält fest, eine effiziente Produktionsplanung richte sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte zählen könnten. Jedenfalls erfordere eine solche Planung keinen absoluten Gebietschutz.

**12.3.3** Die Beschwerdeführerin trägt hier vor, eine allfällige Abweisung einer Lieferanfrage könne aus Gründen der effizienten Produktionsplanung gerechtfertigt sein. Ob dies zutrifft, kann an dieser Stelle offen bleiben. Unter dem Titel Rechtfertigungsgründe wird nämlich untersucht, ob die Abrede sich aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lässt. In casu wurde in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot statuiert. Solche Abreden sind von ihrem Gegenstand her bereits als qualitativ erheblich einzustufen (vgl. E. 11.1.4). An ihre Rechtfertigung sind strenge Massstäbe anzulegen. Eine Gebietsabrede wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welche ein Aktiv- und Passivverkaufsverbot zulasten der Beschwerdeführerin vorsah, lässt sich nicht mit dem Hinweis auf eine effizientere Produktionsplanung rechtfertigen. Das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerin ist zurückzuweisen.

### iv. Rechtfertigung aufgrund divergierender Vorschriften?

#### 12.4

**12.4.1** Die Beschwerdeführerin führt schliesslich aus, aufgrund der divergierenden Vorschriften seien Lieferungen ins Ausland für sie mit einem unkalkulierbaren Risiko von straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen verbunden gewesen. Dies stelle einen objektiven Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung von Lieferungen ins Ausland dar. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtenen Verfügungen.

**12.4.2** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, es sei bereits in Rn. 115 ff. dargelegt worden, dass gesetzliche Vorschriften kein wirksames Importhindernis dargestellt hätten. Angesichts des Umstandes, dass [...] Elmex-Zahnpasta seit mehreren Jahren aus der Produktion und im Wissen der Beschwerdeführerin in die Schweiz liefere, erscheine es unplausibel, dass die gesetzlichen Bestimmungen die Beschwerdeführerin davon abgehalten haben sollten, in die Schweiz zu liefern. Dies insbesondere, da Spar die Zahnpasta in der Schweiz ohne Umetikettierung verkaufe.

**12.4.3** Auch bei dieser Rüge verkennt die Beschwerdeführerin, dass im Rahmen der Rechtfertigung nicht zu prüfen ist, ob die Verweigerung von Lieferungen ins Ausland mit Hinweis auf die Gesetzeslage gerechtfertigt werden kann. Vielmehr geht es hier um die Frage, ob aufgrund der regulatorischen Importbeschränkungen in der Schweiz die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt war. Dies ist klar zu verneinen. Allenfalls könnten abgewiesene Lieferanfragen im Einzelfall mit dem Hinweis auf strafrechtliche Konsequenzen erklärt werden, nicht aber eine absolute Gebietszuweisung. Im Übrigen ist es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin einerseits wiederholt betont, Spar Schweiz würde mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin Elmex rot aus Österreich in die Schweiz importieren, und andererseits bezüglich Lieferungen an die Anzeigerin geltend macht, diese müssten aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen verweigert werden. Die Beschwerdeführerin ist demnach mit ihren Vorbringen nicht zu hören.

### v. Zwischenfazit: unzulässige Wettbewerbsabrede

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche sich nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lasse. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin sind somit zurückzuweisen.

### 13. Sanktionierung

**13.** Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei

Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Beteiligung an der Abrede erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

Die Beschwerdeführerin trägt zur Sanktionsbemessung drei Rügen vor: erstens könne für Abreden, welche den Wettbewerb lediglich erheblich beeinträchtigen, keine Sanktionen ausgesprochen werden (E. 13.1). Sodann habe die Vorinstanz bei der Auferlegung der Sanktion das Verschuldensprinzip verletzt (E. 13.2). Schliesslich sei die Bemessung der Sanktion selbst willkürlich (E. 13.3). Nachfolgend wird auf die einzelnen Rügen eingegangen.

#### **i. Zur Frage der Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen**

##### **13.1**

**13.1.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus dem Gleichbehandlungsgebot folge, dass für Abreden, die den Wettbewerb nur erheblich beeinträchtigen würden, keine Sanktion ausgesprochen werden könne. Nur Abreden, welche den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beseitigten, seien gemäss Art. 49a KG sanktionierbar. Es sei kein Grund ersichtlich, um zwischen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und anderen Abreden zu unterscheiden. Die Art einer Abrede sage nichts über ihre allfälligen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb aus.

**13.1.2** Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Ergänzend führt sie aus, dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG zufolge sei für die direkte Sanktionierbarkeit eines Unternehmens die "Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" erforderlich. Auch das Bundesgericht habe jüngst in BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" festgestellt, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten Abreden geschaffen worden sei. Somit sei klar, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sanktioniert werden könnten. Zu der daraus angeblich entstehenden Ungleichbehandlung führt die Vorinstanz aus, die Unzulässigkeit ergebe sich auch bei einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG nur in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG. Es komme demnach auf den Gegenstand einer Abrede an, was auch Art. 49a Abs. 1 KG zu entnehmen sei. Tatbestandsvoraussetzung sei die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Vom Gegenstand her sei es nicht ersichtlich warum diejenigen Abreden, bei denen die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt werden könne und solche, bei denen sie widerlegt werden aber nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könne, unterschiedlich behandelt werden sollten. Wäre dem so, wäre der Gesetzgeber in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) von wettbewerbsbeseitigenden Abreden ausgegangen. Schliesslich könne es nicht dem Sinn der Revision des Kartellgesetzes 2003 entsprechen, mit dem eine Verschärfung des Sanktions-

systems beabsichtigt gewesen sei, nur die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb beseitigenden Abreden einzuführen. Dies würde dazu führen, dass kaum direkte Sanktionen ausgesprochen werden könnten.

**13.1.3** Bezüglich der Sanktionierbarkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG im Falle des Umstossens der gesetzlichen Vermutung wird in Rn. 329 ff. der angefochtenen Verfügung ausgeführt, in Übereinstimmung mit der aktuellen Praxis der Vorinstanz müssten zwei Voraussetzungen erfüllt sein: (i) Es müsse sich um eine in Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Wettbewerbsabrede handeln und (ii) eine solche Abrede müsse unzulässig sein. Da Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthalte, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergebe, sei die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede unabhängig davon gegeben, ob der Wettbewerb beseitigt oder "nur" erheblich beeinträchtigt werde. Zudem ergebe sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genüge. Dafür müsse eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Da vorliegend zwar die Gesetzesvermutung umgestossen werden könne, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede sich indes nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse, sei diese als unzulässig zu qualifizieren.

**13.1.4** Dem Bundesverwaltungsgericht stellt sich folglich die Frage, ob Abreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, gemäss Art. 49a KG sanktioniert werden können. Das ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei folgen das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht einem pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50 E. 5.1 BGE 132 III 707 E. 2 BVEG 2010/48 E. 3).

**13.1.5** Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG werden Unternehmen für eine Beteiligung an einer "unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" gebüsst. Der Wortlaut der Norm nennt demnach nur die Vermutungstatbestände, was gegen eine Sanktionierung sprechen würde. Allerdings verlangt Art. 49a KG keine den Wettbewerb beseitigende Abrede, sondern spricht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch der Titel des 1. Abschnittes, unter dem Art. 5 KG gere-

gelt wird, lautet "Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen". Sodann ist Art. 5 KG selbst mit "Unzulässige Wettbewerbsabreden" übertitelt. Art. 49a KG geht zwar vom Wortlaut her von der Sanktionierbarkeit unzulässiger Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aus. Das kann nach dem Ausgeführten allerdings auch so verstanden werden, dass Abreden erfasst werden, bei denen die Vermutung widerlegt werden kann, sofern es sich um Gebietsabreden im Sinne des Gesetzes handelt.

**13.1.6** Die Literatur ist sich uneinig in der Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktionierbar ist. Der Teil der Lehre, der sich gegen die Sanktionierbarkeit ausspricht, argumentiert primär mit dem aus ihrer Sicht klaren Wortlaut von Art. 49a KG, der Botschaft KG 03, dem Legalitätsprinzip, dem Analogieverbot, und dem Bestimmtheitsgebot (vgl. JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, Art. 49a Rn. 8; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rn. 766; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, vor Art. 49a-53 Rn. 101 ff.; alle m.w.H.). Auch wird auf die parlamentarischen Debatten verwiesen, aus denen sich weder ein Wille für die Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsabreden noch eine angestrebte Gleichsetzung des Schweizer Rechts mit dem EU Recht erkennen liessen (siehe PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 5 Rn. 11 m.w.H.). Der Teil der Lehre, der die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden bejaht, argumentiert mit der Wirksamkeit des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der "police économique" (ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier/ [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, Art. 49 Rn. 10; siehe auch MANI REINERT, in: Baker-Kommentar KG, Art.49a Rn. 8; beide m.w.H.). Da es beinahe unmöglich sei, eine Beseitigung sämtlichen Wettbewerbs nachzuweisen, könne die Vermutung praktisch immer umgestossen werden. Damit könnte kaum eine Abrede sanktioniert werden. Dies habe nicht dem Sinn der KG Revision 2003 entsprochen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49 Rn. 6 ff. m.w.H.). Auch wird argumentiert, wenn bei der Frage der Sanktionierbarkeit auf den Gegenstand der Abrede abgestellt werde, statt auf ihre Wirkung auf den Wettbewerb, so werde die Rechtssicherheit erhöht (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.).

**13.1.7** Weil der Bundesrat mit der Revision das direkte Sanktionssystem nicht auf Vertikalabreden ausdehnen wollte, ist das Heranziehen der Botschaft KG 03 zu dieser Frage nicht zielführend. Erst im Parlament wurden die entsprechenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Daher ist unter Rückgriff auf die Debatten in den Räten zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden ein direktes Sanktionssystem einführen wollte. Wie aus den Voten hervorgeht, sprach sich die Mehrheit der Parlamentarier für die Einführung direkter Sanktionen auch bei Vertikalabreden aus. Der Gedanke dahinter war, dass die Marktabschottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bühner, NR 2002 S. 1293; R. Büttiker, SR 2003 S. 330). Die Minder-

heit wollte eine Formulierung für Art. 5 Abs. 4 KG finden, welche nicht zur Sanktionierbarkeit von sich positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vertikalabreden wie Service-, Ersatzteil- oder Garantieverträgen führen würde. Auch sollte verhindert werden, dass Selektivvertriebsverträge erfasst würden (vgl. Antrag Minderheit Spuhler und Antrag Triponez zu Art. 5 Abs. 4 KG, NR 2002 S. 1434). Aus diesem Grund wurde der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG auf Preis- und Gebietsabreden beschränkt (H. Raggenbass, NR 2002 S. 1436; siehe auch H. Fässler, welche die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt erklärte: "Die Weko hat in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt, was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden. Deshalb hat die Mehrheit der Kommission diesem Zusatz [Art. 5 Abs. 4 KG] zugestimmt."). Mit der Revision sollte ein Kartellgesetz geschaffen werden, welches der Vorinstanz die Möglichkeit geben würde, den Wettbewerb schädigende Gebiets- und Preisabreden direkt zu sanktionieren. Dass damit auch Abreden betroffen sind, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, die den Wettbewerb aber erheblich beeinträchtigen, zeigt sich auch aus der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Da diese Bestimmungen selbst keine Rechtsfolge vorsehen, ergibt sich die Unzulässigkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG. Auch ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach durch das Abstellen auf die Wirkung einer Abrede bei der Frage der Sanktionierbarkeit Rechtsunsicherheit entstehen würde (siehe ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.). Diesfalls müssten nämlich Unternehmen ihre Abreden auf allfällige von ihnen ausgehende Wirkungen überprüfen, während beim Abstellen auf den Gegenstand der Abrede jedem Unternehmen bei ihrem Abschluss klar ist, mit welchen Rechtsfolgen es zu rechnen hat. All das spricht für eine Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden.

**13.1.8** Indirekt wird diese Auslegung auch durch BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" gestützt, wo sich die Frage stellte, ob ein Unternehmen ein Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG hat. Die Vorinstanz war im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss gekommen, die gemeldete Abrede stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar. In E. 3 wird festgestellt, der angefochtene Entscheid verletze kein Bundesrecht, aber "die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen [seien] wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich." Sodann gelangt das Bundesgericht zum Schluss: "Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten" (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.1 in fine). Das deutet darauf hin, dass auch das Bundesgericht von der Sanktionierbarkeit von Abreden ausgeht, welche den Wettbewerb erheblich

beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

**13.1.9** Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz das Legalitätsprinzip nicht verletzte, als sie die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG annahm.

## ii. Rüge der Verletzung des Verschuldensprinzips

### 13.2

**13.2.1** Die Beschwerdeführerin macht im Rahmen ihrer formellen Rügen geltend, ihr könne aus mehreren Gründen kein Schuldvorwurf gemacht werden. Erstens habe sie Beschwerdeführerin mit Gaba, wie dargelegt, weder ein Aktiv- noch ein Passivverkaufsverbot praktiziert. Dies würden die aufgezeigten Exporttätigkeiten beweisen. Zweitens seien allfällige Abweisungen von Lieferanfragen auf Kapazitätsengpässe zurückzuführen gewesen und nicht auf ein Passivverkaufsverbot. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin aufgrund des intensiven Intra- und Interbrand-Wettbewerbs zu keinem Zeitpunkt annehmen müssen, dass der Wettbewerb durch Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erheblich beeinträchtigt würde.

**13.2.2** Die Vorinstanz trägt vor, Voraussetzung für die Sanktionierung sei der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung. Bei Unternehmen könne dies insbesondere in einem Organisationsmangel bestehen. In der angefochtenen Verfügung sei eine solche Sorgfaltspflichtverletzung aufgezeigt worden. Ein Unternehmen von der Grösse der Beschwerdeführerin hätte sich über die Problematik eines Exportverbotes bewusst sein müssen. Da die Beschwerdeführerin im Sanktionszeitraum keine Anstrengungen unternommen habe, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aufzuheben, sei davon auszugehen, dass sie die Gebietsschutzabrede in Kauf genommen habe. Damit sei ihr Verhalten zumindest als fahrlässig zu bezeichnen. Ausserdem sei nicht ersichtlich, warum die Beschwerdeführerin eine angeblich nicht gelebte Vertragsklausel nicht durch Vertragsanpassung geändert habe. Schliesslich widerspreche das Vorbringen, die Beschwerdeführerin habe nicht einmal ein Aktivverkaufsverbot praktiziert, dem Umstand, dass sie mit Gaba auch im neuen Distribution Agreement ein solches vereinbart habe.

**13.2.3** In Rn. 333 ff. der angefochtenen Verfügung wird einleitend ausgeführt, Kartellbussen könnten als Verwaltungssanktionen ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden. Die Botschaft KG 03 setze explizit kein Verschulden voraus. Die Vorinstanz nehme in ihrer aktuellen Praxis Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden dürfe, sondern auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssten (Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002 "Rhône-Poulenc" E. 3.3.1, veröffentlicht in: RPW 2002/2,

S. 386 ff.). Vorwerfbarkeit liege dann vor, wenn eine Person wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können. In der Lehre werde betont, ein Unternehmen sei bereits sanktionierbar, wenn im Unternehmen Organisationsmängel festgestellt werden, auch ohne dass die Handlung einer bestimmten Person zugeordnet werden könne. In casu liege eine Abrede vor, welche Exporte in die Schweiz untersage. Die Gesetzesvermutung könne zwar umgestossen werden, die Abrede führe allerdings zu einer erheblichen und somit unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Für die Einführung und Aufrechterhaltung des absoluten Gebietsschutzes sei die Beteiligung beider Parteien notwendig gewesen, und sie hätten die Abrede aus den folgenden Gründen bewusst umgesetzt: (i) Der Wortlaut der Gebietsschutzklausel sei klar und unzweideutig. Die Parteien seien sich über die Bedeutung und die Tragweite der Gebietsschutzabrede im Klaren gewesen; (ii) Die Parteien seien in ganz Europa tätig, weswegen ihnen die wettbewerbsrechtlichen Probleme bei der Behinderung von Parallelimporten bekannt gewesen seien, zumal eine Behinderung von Parallelimporten auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig sei; (iii) Die Unternehmensgrösse der Parteien lasse darauf schliessen, dass beide über Organisationen verfügten, von welchen erwartet werden dürfe, dass sie sich über die Tragweite ihres Handelns informierten. Zudem verfüge die Beschwerdeführerin über eine eigene Tochtergesellschaft in der Schweiz, welche im Vertrieb von Arzneimitteln tätig sei. Daher sei sie auch mit den wettbewerbsrechtlichen Regelungen der Schweiz vertraut gewesen. Aus Rn. 342 der angefochtenen Verfügung geht zudem hervor, dass die Beschwerdeführerin die vor Bundesverwaltungsgericht vorgetragene Rügen bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhoben hat. Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Belieferung von Spar sei ein Spezialfall, und die geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien nicht ursächlich für eine mögliche Nichtbelieferung gewesen. Zudem spiele es für die Vorwerfbarkeit keine Rolle, dass neben der Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot zusätzlich Kapazitätsengpässe zu einer Nichtbelieferung eines gebietsfremden Nachfragers geführt hätten. Selbst wenn die Engpässe ursächlich gewesen wären für die Behinderung von Parallelexporten, ändere dies nichts an der Vorwerfbarkeit des vereinbarten Passivverkaufsverbotes. Beteiligte an solchen Abreden müssten von dessen Unzulässigkeit ausgehen, unabhängig von allfälligen (möglichen) Vorwürfen der Wettbewerbsbehörden. Zur Frage des Intra- und Interbrand Wettbewerbs wird auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

**13.2.4** Weder der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG noch derjenige der KG-Sanktionsverordnung nennen das "Verschulden" als Merkmal. Die Botschaft KG 03 hält dazu fest: "Mit Artikel 49a wird das KG durch eine Verwaltungssanktion ergänzt. [...] Die Verwaltungssanktion setzt im Gegensatz zu einer Strafsanktion kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist es möglich, die Unternehmen als Normadressaten zu belangen. [...] Subjektive Aspekte, die im

Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff (insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit usw.) von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden" (BBl 2002 2034). Auch aus der Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012 (Botschaft KG 12) geht klar hervor, dass der Gesetzgeber kein Verschulden für die Sanktionierbarkeit voraussetzt. Unter dem Titel, der sich mit der Motion befasst, wonach Compliance-Programme sanktionsmindernd zu berücksichtigen seien, wird ausdrücklich festgestellt, dass diese Neuerung nichts am Sanktionskonzept der KG-Revision 2003 ändern würden. "Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a KG für einen KG-Verstoss sanktioniert werden kann. Der Umstand, dass ein Unternehmen ein hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm betrieben hat, hat in Umsetzung der überwiesenen Motion jedoch in die Sanktionsbemessung einzufließen" (BBl 2012 3931). Der Gesetzgeber hat demnach sowohl in der Botschaft KG 03 als auch in der Botschaft KG 12 ausdrücklich festgehalten, ein Verschulden werde für die Sanktionierbarkeit nicht vorausgesetzt.

**13.2.5** Die Literatur ist sich in dieser Frage uneinig (für eine Übersicht siehe TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a Rn. 10). Derjenige Teil, der das Verschulden als Tatbestandsmerkmal sieht, stützt sich insbesondere auf die besagte Entscheidung der ehemaligen REKO/WEF zu aArt. 50 ff, wo ein Verschulden vorausgesetzt wurde. In seinem neusten Entscheid hat auch das Bundesgericht angenommen, Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stelle das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend sei ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens. Allerdings hat es an dessen Vorliegen keine allzu hohen Anforderungen gestellt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 12.2.2). Das Bundesverwaltungsgericht folgt dieser Rechtsauffassung.

**13.2.6** Vorliegend ist erstellt, dass es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsabrede im Sinne von Art. 5. Abs. 4 KG handelt. Auch in der EU wird ein schriftlich vereinbartes Passivverkaufsverbot als eine Kernbeschränkung angesehen, was der Beschwerdeführerin bewusst gewesen sein muss. Als europaweit tätiges Unternehmen, das seit fast 40 Jahren über eine Tochtergesellschaft in der Schweiz Arzneimittel vertreibt, waren ihr die wettbewerbsrechtlichen Probleme in Vertriebsverträgen sowohl in der Schweiz als auch in der EU bekannt. Von einem Unternehmen von der Grösse der Beschwerdeführerin darf erwartet werden, dass es sein Handeln rechtlich abklären lässt, und insbesondere eine seiner zentralen Geschäftstätigkeiten - den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte - regelmässig auf seine Rechtskonformität hin überprüfen lässt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hat diese Auslegung nicht zur Konsequenz, dass jeder Kartellrechtsverstoss einen Organisationsmangel und Verschulden begründen würde. Vorliegend geht es um ein schriftlich vereinbartes, während mehreren Jahren bestehendes Passivverkaufsverbot. In der Tatsache, dass

eine solche Abrede nicht aufgedeckt und behoben wurde, ist wie ausgeführt ein Organisationsmangel zu erblicken. Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist ihr demnach vorwerfbar. Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts ändern. Das Argument, der Vertrag sei von den Parteien nicht praktiziert worden, ist aufgrund der Ausführungen unter E. 8 zurückzuweisen. Auch mit ihren Ausführungen zu den Kapazitätsengpässen vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. Die dargelegten Engpässe könnten allenfalls eine vorübergehende Nichtbelieferung begründen. Sie führen aber nicht dazu, dass ein schriftlich vereinbartes Passivverkaufsverbot nicht mehr vorwerfbar ist. Schliesslich ist die Beschwerdeführerin nicht zu hören mit ihrem Vorbringen, aufgrund des intensiven Intra- und Interbrand-Wettbewerbs habe sie davon ausgehen dürfen, dass der Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt gewesen sei. Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung ist bereits erstellt (vgl. E. 11). Bei der Frage der Vorwerfbarkeit ist hingegen zu untersuchen, ob ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens vorliegt, was in casu aufgrund der dargelegten Gründe zu bejahen ist.

### iii. Sanktionsbemessung

#### 13.3

**13.3.1** Im Zusammenhang mit der Sanktionsbemessung erhebt die Beschwerdeführerin schliesslich die Willkürwürde. Das Sekretariat der Vorinstanz habe in seinem Antrag vom 16. Dezember 2008 noch eine Sanktion in Höhe von CHF 1'000.- für angemessen befunden. Die Vorinstanz selbst habe mit derselben Begründung eine zehnfach höhere Sanktion ausgesprochen, was willkürlich sei. Als ebenso willkürlich sieht die Beschwerdeführerin die Höhe der Sanktion an. Ein Betrag von CHF 10'000.- könne nicht als symbolisch bezeichnet werden. In der wettbewerbsrechtlichen Praxis der EU-Behörden würde unter einer symbolischen Sanktion eine Busse in Höhe von EUR 1'000.- verstanden. Nach allgemeiner Lebenserfahrung und allgemeinem Sprachgebrauch wäre eine symbolische Sanktion auf den Betrag von CHF 1.-, höchstens aber auf CHF 1'350.- (= EUR 1'000.-) festzusetzen.

**13.3.2** Die Vorinstanz erwidert, die Abweichung zwischen dem Antrag des Sekretariates und der angefochtenen Verfügung sei auf die unterschiedliche rechtliche Würdigung des Falles zurückzuführen. Angesichts der Umsätze der Beschwerdeführerin im untersuchungsrelevanten Zeitraum sei eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- als angemessen zu betrachten. Der Schweizer Gesetzgeber habe gerade auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle verzichtet, dafür aber der Vorinstanz die Bemessung von Sanktionen mit lediglich symbolhaftem Charakter zugestanden. Als angemessen würden dabei Sanktionen gelten, die im Vergleich zu den realisierten Umsätzen einen als marginal zu bezeichnenden Bruchteil ausmachten. Dies sei in casu der Fall.

**13.3.3** In der angefochtenen Verfügung wird einleitend festgestellt, dass die Behinderung von Parallelimporten grundsätzlich einen schweren Verstoss gegen das Kartellgesetz darstelle. Allerdings beeinflusse in casu das Ungleichgewicht der Interessen der Vertragsparteien die

Sanktionsbemessung. Erstens sei die Beschwerdeführerin [...]. Ihr sei somit nichts anderes übrig geblieben als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren. Zudem habe die Gebietsschutzabrede vor allem Gaba genützt, da durch diese die Zunahme von Wettbewerbsdruck in der Schweiz habe verhindert werden können. Überdies seien Gaba und die Beschwerdeführerin seit mehr als 25 Jahren Vertragspartnerinnen. Die Beschwerdeführerin habe in dieser Zeit in die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten investiert und würde daher kaum eine Kündigung der bestehenden Verträge riskieren. Schliesslich sei Gaba in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit eigenen Tochtergesellschaften am Markt tätig. Nur in Österreich sei die Beschwerdeführerin Lizenznehmerin und Vertriebsgesellschaft von Gaba. [...] Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, dass die Gebietsabrede von den Vertragsparteien bewusst umgesetzt worden sei, dass allerdings die Beschwerdeführerin kaum eine andere Wahl gehabt habe, als sich an der Abrede zu beteiligen. Aufgrund dessen auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.-.

**13.3.4** Art. 49a Abs. 1 KG sieht die maximal zulässige Sanktion vor. Innerhalb dieses Rahmens werden die Bemessungskriterien durch die SVKG konkretisiert. Dabei hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist vom Basisbetrag, der sich je nach Schwere und Art des Verstosses auf höchstens 10% des Umsatzes beläuft, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG). Dieser Basisbetrag wird anschliessend abhängig von der Dauer des Wettbewerbsverstosses und bei Vorliegen erschwerender Umstände erhöht (Art. 4 f. SVKG), bzw. bei Vorliegen mildernder Umstände vermindert (Art. 6 SVKG). Der relativ weit gefasste Sanktionsrahmen und die allgemein gehaltenen Bemessungskriterien zeigen, dass der Gesetzgeber der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung einen sehr grossen Ermessensspielraum einräumen wollte.

**13.3.5** Vorliegend hat die Vorinstanz bei der Festlegung der Sanktionshöhe mehrere Faktoren in Betracht gezogen. So hat sie insbesondere dem Ungleichgewicht der Interessen der Vertragsparteien Rechnung getragen und somit eine auf den Einzelfall angepasste Sanktion festgesetzt. Auch unter Verhältnismässigkeitsaspekten ist eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- nicht zu beanstanden. Sie ist geeignet und erforderlich, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen, und geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist. Sie liegt im Übrigen deutlich unter dem Betrag, der gestützt auf die Umsätze der Beschwerdeführerin hätte berechnet werden können. Angesichts einer möglichen Sanktion in Millionenhöhe kann bei CHF 10'000.- nicht von einem unverhältnismässigen Betrag gesprochen werden. Daran vermag auch die erhobene Willkürüge nichts ändern. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der

tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (siehe statt vieler BGE 137 I 1 E. 2.4 m.w.H.). Vorliegend ist erstellt, dass zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba während Jahren ein schriftliches Passivverkaufsverbot bestand. Unter Berücksichtigung der Interessenasymmetrie zwischen ihr und ihrer Vertragspartnerin kann die Festlegung der Sanktion auf CHF 10'000.- nicht als offensichtlich unhaltbar bezeichnet werden. Daran ändert auch der Hinweis auf die Praxis der Europäischen Kommission nichts. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf die alten Geldbussen-Leitlinien der Kommission (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden; ABl. C 9 vom 14. Januar 1998, S. 3). Der Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Leitlinien, die aus dem Jahr 1998 stammen, nicht eine Geldbusse von EUR 1'000.-, sondern eine solchen von ECU 1'000.- als symbolisch bezeichnen. Ob dieser Betrag - wie die Beschwerdeführerin verlangt - auf das Schweizer Recht übertragen werden sollte, ist fraglich. Denn das starre Festsetzen eines Betrages würde es der Vorinstanz gerade verunmöglichen, die Sanktion unter Berücksichtigung des Einzelfalles und der Verhältnismässigkeit zu bemessen. Das würde dem der Vorinstanz durch den Gesetzgeber eingeräumten weiten Ermessen diametral widersprechen. Schliesslich zeigt auch die weitere Entwicklung in der EU, dass von einer solchen Auslegung abzusehen ist. Die Geldbussen-Leitlinien aus dem Jahr 2006 verzichten darauf, einen konkreten Betrag zu nennen, sondern halten nur noch fest, dass die Kommission eine symbolische Geldbusse verhängen kann (s. Rn. 36 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ABl. C. 210 vom 1. September 2006, S. 2). Demnach ist die Willkürüge der Beschwerdeführerin betreffend die Sanktionsbemessung durch die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **14. Fazit: Abweisung der Beschwerde**

**14.** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- belegt hat für eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind demnach zurückzuweisen. Einzige Ausnahme bildet die unter E. 4.3.4 gerügte Gehörsverletzung. Da das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelangt ist, dass der Mangel als geheilt zu betrachten ist, vermag dies das Fazit nicht zu ändern. Diese Tatsache wird allenfalls, wie bereits erwähnt, bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sein. Demnach ist die Beschwerde vom 25. Januar 2010 abzuweisen.

## 15. Kosten und Entschädigung

### 15.

#### i. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

##### 15.1

**15.1.1** Die Beschwerdeführerin erhebt im Zusammenhang mit der Kostenverlegung durch die Vorinstanz die Willkürklage. Die Vorinstanz hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin ermitteln müssen, welche Anteile am Gesamtbetrag der beiden Sanktionen auf Gaba bzw. die Beschwerdeführerin entfallen würden. Gestützt darauf hätten der Beschwerdeführerin höchstens 0.2 % der gesamten Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, was den Betrag von CHF 633.90 ergebe.

**15.1.2** Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung sowie auf ihre bisherige Praxis. In der angefochtenen Verfügung werden gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) die Kosten der vorinstanzlichen Vorabklärung und der Untersuchung berechnet. Die Kosten der Vorabklärung werden auf CHF 19'845.-, diejenigen für die Untersuchung auf insgesamt CHF 286'370.- festgesetzt. Total betragen die Kosten CHF 306'215.-, wovon CHF 296'215.- Gaba und CHF 10'000.- der Beschwerdeführerin auferlegt wurden. Diese Aufteilung erfolgte gemäss den Ausführungen der Vorinstanz in Rn. 390 der angefochtenen Verfügung "[i]n Analogie zu den Überlegungen zur Verwaltungsstrafe (vgl. Rz. 374 ff.) bezüglich der Interessensymmetrie zwischen Gaba und Gebro [...]." Das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Aufteilung als nachvollziehbar und schlüssig. Insbesondere ist eine von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene starre Berechnung in Analogie zur Sanktion selbst abzulehnen, da sie den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht würde. Jedenfalls kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Bemessung der Kosten sei als willkürlich, also als offensichtlich unhaltbar, anzusehen. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrer Willkürklage zur Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten nicht durchzudringen.

#### ii. Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

**15.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen auferlegt. Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr (also den Kosten für das Kopieren von Rechtsschriften und dem für Dienstleistungen normalerweise anfallenden Verwaltungsaufwand) und den Auslagen (insbesondere den Kosten für Übersetzungen und für die Beweiserhebung; vgl. Art. 1 VGKE).

**15.2.2** Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 unterlegen. Einzige Ausnahme bildet die unter E. 4.3.4 festgestellte Gehörsverletzung. Da sie bei diesem Verfahrensausgang als überwiegend unterliegende Partei zu betrachten ist, hat sie die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen. Diese sind für das gesamte Verfahren gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 VGKE auf CHF 10'000.- festzusetzen. Nach Rechtskraft des Urteils sind sie mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 5'000.- ist innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen. Unter diesen Umständen wird auf das Zusprechen einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

#### 16. Berichtigung von Amtes wegen

**16.** Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 30. November 2009 lautet:

*"Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."*

Wie aus act. 20 hervorgeht, datiert der Lizenzvertrag nicht vom 1. Juli 1982 sondern vom 1. Februar 1982. Dieser redaktionelle Fehler im Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist vom Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu korrigieren. Er wirkt sich nicht auf den Prozessausgang aus.

#### Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

##### 1.

Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird abgewiesen.

##### 2.

Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

*"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."*

##### 3.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 10'000.- festgesetzt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 5'000.- innert 30 Tage nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

##### 4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

##### 5.

Dieses Urteil geht an:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 5	<b>Bundesrat</b> Conseil fédéral Consiglio federale
B 5	<b>1. Etivaz: Refus de mesures provisionnelles – Décision incidente du DEFR</b>

*Décision incidente du Département de l'économie, de la formation et de la recherche DFER du 12 septembre 2013 en l'affaire Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz", 166 l'Etivaz, représentée par [...] contre Alain Cornamusaz, 1551 Trey, représenté par [...] concernant des mesures provisionnelles dans le cadre de la demande d'autorisation exceptionnelle en matière de restriction illicite à la concurrence*

**Vu:**

- la décision du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal) du 8 juin 2012 enjoignant principalement la Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz" (ci-après: la Coopérative) d'admettre M. Alain Cornamusaz comme l'un de ses membres;
- le dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 confirmant sur ce point la décision du Tribunal cantonal;
- la demande d'autorisation exceptionnelle déposée le 1<sup>er</sup> juillet 2013 devant le Conseil fédéral par la Coopérative, représentée par Me Antonella Caraghetti Zwahlen et Me Pierre-Alain Killias, dans laquelle elle requiert à titre de mesures superprovisionnelles: d'accorder à ladite demande l'effet suspensif et dire que l'arrêt du Tribunal fédéral ne sera pas exécutable avant qu'une décision soit prise par le Conseil fédéral sur la présente demande; d'autoriser la Coopérative à ne pas admettre M. Alain Cornamusaz aussi longtemps qu'une décision sur la présente requête d'autorisation exceptionnelle n'aura pas été prise;
- la lettre du 8 juillet 2013 de M. Alain Cornamusaz, représenté par [...], par laquelle il conclut au rejet des mesures superprovisionnelles et fait valoir pour l'essentiel sa qualité de partie à la procédure;
- le complément du 12 juillet 2013 de la Coopérative dans lequel elle motive ses conclusions tendant à l'octroi de mesures superprovisionnelles;
- la détermination de M. Alain Cornamusaz du 19 août 2013 par laquelle il conclut au rejet des mesures provisionnelles requises dans la mesure où elles sont recevables;
- la prise de position de l'Office fédéral de l'agriculture (ci-après : l'OFAG) du 13 août 2013 et celle de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) du 19 août 2013 concluant tous les deux au rejet des mesures superprovisionnelles;
- les autres actes du dossier;

**et considérant:**

que, selon l'article 8 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels; LCart; RS 251), les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants;

qu'aux termes de l'article 31, alinéa 2 LCart, la demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral peut également être présentée dans les 30 jours à compter de l'entrée en force d'une décision notamment du Tribunal fédéral;

qu'en vertu de l'article 31, alinéa 1 LCart en relation avec l'article 19, alinéa 2 LCart une telle demande doit être présentée au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (ci-après: DEFR);

que la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) est applicable aux procédures de la LCart, dans la mesure où les dispositions de la LCart n'y dérogent pas (art. 39 LCart);

que selon l'article 78 PA lorsque le Conseil fédéral statue en instance unique ou en première instance, le département compétent en la matière lui soumet un projet de décision (al. 1); ce département exerce jusqu'à la décision les pouvoirs du Conseil fédéral (al. 2);

que le DEFR est dès lors compétent pour statuer sur la demande d'effet suspensif, respectivement sur les mesures superprovisionnelles requises, puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction;

qu'il convient à titre préalable d'examiner si la présente demande du 1<sup>er</sup> juillet 2013 remplit la condition du respect du délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 (art. 31, al. 2 LCart);

que la Coopérative considère que la computation du délai de 30 jours de l'article 31 LCart commence dès le lendemain de la notification de l'arrêt du Tribunal fédéral au justiciable;

que M. Alain Cornamusaz rappelle que, selon l'article 61 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés et que, sur cette base, le délai de 30 jours de l'article 31, alinéa 2 LCart était donc échu au plus tard le



23 juin 2013, si bien que la demande d'autorisation exceptionnelle du 1<sup>er</sup> juillet 2013 serait tardive;

que la COMCO relève que la position de la Coopérative est défendable, car l'article 15, alinéa 2 LCart ne prévoit pas de délai pour le dépôt de la demande d'autorisation exceptionnelle selon l'article 8 LCart auprès du Conseil fédéral et qu'une application par analogie de l'article 31, alinéa 2 LCart ne doit pas être faite de manière trop stricte ou au détriment de la demanderesse, que les délais de notification des décisions du Tribunal fédéral peuvent varier considérablement et que l'égalité plaide de prendre en compte comme point de départ le moment de la notification;

que, comme le relève à juste titre M. Alain Cornamusaz, les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés (art. 61 LTF);

que sur le plan formel, la force de chose jugée signifie que l'arrêt ne peut plus être attaqué par un moyen juridictionnel ordinaire et qu'il ne peut être remis en cause que par un moyen extraordinaire, telles que la révision ou l'interprétation (JEAN-MAURICE FRÉSARD, Commentaire de la LTF, Stämpfli Editions SA, 2009 ad art. 61, ch. 7);

que d'éventuels délais pour déposer des moyens extraordinaires, comme la révision, commencent en revanche seulement avec la notification de l'arrêt (art. 124 LTF, NICOLAS VON WERDT, Bundesgerichtsgesetz, Stämpfli Handkommentar SHK, 2007, ad art. 61, ch. 3, p. 192);

que la demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral doit être considérée comme un moyen extraordinaire, car, contrairement aux moyens de droits ordinaires (p. ex. la réclamation et le recours), elle permet de remettre en cause une décision entrée en force (PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, Droit administratif, volume II, Stämpfli Editions SA, 2011, p. 624), et qu'il s'ensuit dès lors que le délai pour la déposer ne commence qu'avec la notification de l'arrêt du Tribunal fédéral;

qu'en l'espèce, l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 a été notifié le 30 mai 2013 et que le dépôt de la demande d'autorisation exceptionnelle le 1<sup>er</sup> juillet 2013 a ainsi eu lieu dans le délai de 30 jours prévu à l'article 31, alinéa 2 LCart, compte tenu du report au 1<sup>er</sup> jour ouvrable suivant l'échéance du délai le samedi 29 juin 2013 (art. 20, al. 3 PA);

que l'article 78, alinéa 3 PA prévoit qu'au surplus les articles 7 à 43 PA sont applicables, à savoir les dispositions générales en matière de procédures décisionnelles;

que ces dispositions ne mentionnent pas les mesures provisionnelles, celles-ci étant réglées aux articles 55 (effet suspensif) et 56 (autres mesures provisionnelles) PA relatives à la procédure de recours, mais que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent là une lacune et admettent la licéité des mesures provisionnelles, puisqu'elles tendent à assurer provisoirement la protection du droit au fond (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-

MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, p. 331; ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER, MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Schulthess, 2013, ch. 562);

que l'effet suspensif signifie que les conséquences ou effets juridiques de la décision attaquée ne se produisent provisoirement pas, mais sont interrompus (Hansjörg Seiler, VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Schulthess, 2009, ad art. 55, ch. 8) et que son exécution est reportée au-delà du délai de recours (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, op. cit, p. 203);

que la demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral au sens de l'article 8 LCart, en tant que procédure décisionnelle en instance unique, ne peut avoir d'effet suspensif, celui-ci étant réservé aux procédures de recours et impliquant l'intervention d'une autorité hiérarchique supérieure (art. 55 al. 2, 3 et 4 PA) ce que le Conseil fédéral ne constitue pas à l'égard des autorités judiciaires, en particulier du Tribunal fédéral (cf. décision incidente du Département fédéral de l'économie du 5 novembre 2003 en l'affaire Les Entreprises Electriques Fribourgeoises, contre La Fédération des Coopératives Migros et WATT Suisse AG, concernant des mesures provisionnelles dans le cadre de la demande d'autorisation exceptionnelle en matière de restriction illicite à la concurrence, DPC 2003/4, p. 969 et références citées);

qu'en l'absence d'une situation d'extrême urgence justifiant des mesures superprovisionnelles sans entendre les parties préalablement (PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 306), il convient de traiter la seconde demande de la Coopérative – visant à l'autoriser à ne pas admettre M. Alain Cornamusaz aussi longtemps qu'une décision sur la présente requête d'autorisation exceptionnelle n'aura pas été prise - en tant que demande de mesure provisionnelle et d'examiner si elle peut être prononcée dans la présente cause;

que par le biais de mesures provisionnelles, une situation de fait ou de droit peut provisoirement être maintenue intacte afin de sauvegarder des intérêts compromis (Art. 56 PA ; B. BOVAY, Procédure administrative, Stämpfli Editions SA, 2000, p. 409 ss ; ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER, MARTIN BERTSCHI, op. cit, ch. 559 ss);

que le but premier d'une mesure provisionnelle doit être la création ou le maintien d'un état qui garantit l'efficacité de la décision ultérieure quel que soit son contenu, la décision à rendre ne devant pas être préjudiciée ou rendue impossible (DPC 2003/4, p. 969);

qu'en principe, la prise de mesures provisionnelles est soumise aux conditions cumulatives suivantes: un pronostic décisionnel favorable (1), un préjudice difficilement réparable (2), une urgence (3) et la proportionnalité (4) (PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic ! 3/1998, p. 287ss et références citées);

que l'établissement des faits et l'appréciation juridique se font dans le cadre d'une procédure sommaire caractérisée par une limitation des moyens de preuve et

du niveau probatoire, soit une vraisemblance suffisante (PATRIK DUCREY, op. cit, p. 289);

que les prévisions sur le sort du procès au fond n'entrent toutefois en considération que si elles ne font pas de doute (HANSJÖRG SEILER, op. cit, ad. Art. 56, ch. 28);

qu'en l'espèce, vu que l'on ne peut d'ores et déjà savoir quelle sera la décision sur le fond, le sort du procès (1) n'entre pas en considération (DPC 2003/4, p 970);

qu'il y a lieu d'examiner si un préjudice difficilement réparable (2) menaçant de se produire avant que la décision finale puisse être prise a été rendu vraisemblable (DPC 2003/4, p. 969) ce qui serait le cas notamment si l'existence économique de l'entreprise concernée était sérieusement menacée (PATRIK DUCREY, op. cit, p. 288);

que la Coopérative considère que le refus des mesures provisionnelles, soit l'obligation pour elle d'admettre M. Alain Cornamusaz, aurait un impact négatif sur l'ensemble de ses membres, car ceux-ci ne pourraient écouler la même production que par le passé faute de capacité suffisante dans sa cave et qu'une fois M. Alain Cornamusaz admis au sein de la Coopérative, les statuts de cette dernière ne permettraient pas de l'exclure, sauf motifs particuliers;

que M. Alain Cornamusaz allègue qu'il n'existe aucune raison de penser que la cave de la Coopérative ne disposerait pas d'une capacité suffisante pour accueillir sa production (représentant environ 1 % de la capacité totale de la cave de la Coopérative), car cet argument a été rejeté tant pas le Tribunal cantonal que par le Tribunal fédéral, que depuis les caves ont été agrandies et que la production 2013 n'est pas en augmentation par rapport à celle de l'année précédente;

que la COMCO considère qu'un préjudice grave vraisemblable et difficilement réparable n'est pas apparent, car la Coopérative n'émet que des suppositions nullement étayées concernant les capacités insuffisantes de sa cave, qu'elle n'explique pas en quoi la qualité de sociétaire de M. Alain Cornamusaz constituerait un dommage pour la Coopérative et qu'il lui serait possible d'accepter provisoirement M. Alain Cornamusaz comme sociétaire à la condition résolutoire que le Conseil fédéral rejette sa demande selon l'article 8 LCart;

que l'OFAG est d'avis que la Coopérative avant des arguments contradictoires : elle invoque d'une part un éventuel problème de capacité de cave, alors qu'elle déclare d'autre part être prête à admettre des producteurs de la zone et que ces dernières années elle a agrandi ses caves, afin de répondre à des nouvelles demandes d'adhésion, et que la Coopérative n'a dès lors pas rendu vraisemblable la probabilité d'un préjudice irréparable;

que s'agissant de la capacité effective de la cave de la Coopération force est de constater que cette dernière, à laquelle il incombe de rendre vraisemblable un préjudice difficilement réparable, ne fournit aucune information chiffrée et aucune argumentation convaincante sur l'absence de place disponible pour accueillir la

production de M. Alain Cornamusaz à tout le moins durant la présente procédure;

que, comme le relève à juste titre l'OFAG, jusqu'en 2004 la Coopérative a reçu la production de l'alpage Témey-Aï, qu'en 2005 M. Alain Cornamusaz a pris à bail cet alpage et a demandé son admission en tant que membre de la Coopérative, ce qui lui a été refusé jusqu'à la décision du Tribunal fédéral du 23 mai 2013, car la Coopérative estimait devoir "réserver" une capacité d'affinage résiduelle pour le cas où un jeune agriculteur de la région désirerait adhérer et livrer sa production;

que, parallèlement la Coopérative a agrandi sa cave successivement en 2005 permettant le stockage de 9'180 pièces supplémentaires, et en 2012 avec une augmentation des meules de "L'Etivaz" de 7'000, soit un total de 30'000 meules pouvant être accueillies dans la cave de la Coopérative (cf. observations de l'OFAG, p. 2);

que, comme le relève M. Alain Cornamusaz, se fondant sur les faits retenus par le Tribunal cantonal, sa production annuelle moyenne serait d'environ 300 meules, soit environ 1 % de la capacité de la cave de la Coopérative;

qu'étant donné les circonstances évoquées ci-dessus, en particulier la faible quantité de la production de M. Alain Cornamusaz par rapport aux capacités de stockage de la cave de la Coopérative et du temps écoulé depuis la première demande d'admission de M. Alain Cornamusaz comme membre de la Coopérative permettant à cette dernière de prendre les mesures nécessaires en vue d'accueillir éventuellement ladite production, il convient d'admettre que la Coopérative n'a pas rendu vraisemblable qu'elle n'était pas en mesure de prendre en charge la production de M. Alain Cornamusaz jusqu'à ce que la décision sur sa demande d'autorisation exceptionnelle soit rendue par le Conseil fédéral;

qu'en outre, une admission provisoire de M. Alain Cornamusaz assortie d'une condition résolutoire, telle que proposée par la COMCO, permettrait à la Coopérative d'éviter le préjudice qu'elle invoque, à savoir l'impossibilité selon les statuts d'exclure un membre sauf motifs particuliers;

qu'au vu de ce qui précède, force est d'admettre que la Coopérative n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'un préjudice difficilement réparable justifiant la prise de mesures provisionnelles dans le cas qui nous occupe;

que les conditions posées à la prise de mesures provisionnelles étant en principe cumulatives, la présente demande devrait déjà pour ce motif être rejetée;

qu'au demeurant, le critère de l'urgence (3) suppose que les intérêts à protéger exigent la prise de la mesure provisionnelle et que le renoncement à la mesure entraînerait un préjudice difficilement réparable à l'égard d'intérêts publics ou privés (ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER, MARTIN BERTSCHI, op. cit, ch. 567 et références citées);

que la demanderesse allègue que la perspective que M. Alain Cornamusaz puisse se faire admettre en qualité de membre et que ses statuts ne permettent pas de l'exclure en cas d'admission de la demande d'autorisation exceptionnelle permet de rendre à tout le moins vraisemblable qu'il y a urgence à trancher;

que tant la COMCO que l'OFAG considèrent qu'il n'est pas urgent d'autoriser la demanderesse à ne pas accepter M. Alain Cornamusaz dans la Coopérative avant que le Conseil fédéral n'ait décidé;

qu'étant donné que la Coopérative n'a pas rendu vraisemblable un préjudice difficilement réparable tant au niveau des capacités de sa cave que s'agissant de l'impossibilité d'exclure M. Alain Cornamusaz de la Coopérative en cas d'admission de sa demande, on ne saurait admettre que cette situation exige la prise urgente de mesures provisionnelles;

qu'au vu des circonstances présentes, il s'ensuit que la Coopérative n'a en l'espèce pas rendu vraisemblable que la prise de mesures provisionnelles répondait à une urgence;

qu'il s'agit finalement d'examiner si la mesure est appropriée et nécessaire pour éviter le préjudice allégué et si les intérêts à la prise de la mesure provisionnelle l'emportent sur les autres intérêts en présence (PATRIK DUCREY, op. cit, p. 289) (4);

que, de façon générale, eu égard à la nature de la décision prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces au dossier (DPC 2003/4, p. 970 et références citées; ATF 130 II 149 cons. 2.2);

qu'en ce qui concerne ses intérêts, la Coopérative renvoie à l'argumentation de sa demande d'autorisation exceptionnelle et avance d'un côté que l'obligation pour elle d'admettre M. Alain Cornamusaz, aurait un impact négatif sur l'ensemble de ses membres, car ceux-ci ne pourraient écouler la même production que par le passé faute de capacité suffisante dans sa cave et d'un autre côté que des intérêts publics plaident en faveur de l'admission des mesures provisionnelles requises, respectivement de sa demande d'autorisation exceptionnelle, à savoir: la favorisation de l'agriculture de montagne, la contribution à une occupation décentralisée du territoire par le biais de l'agriculture et l'intérêt à veiller à ce que l'évolution du secteur agricole soit acceptable sur le plan social;

que M. Alain Cornamusaz considère qu'aucun intérêt privé ou public prépondérant justifierait l'octroi de mesures provisionnelles, qu'en effet un agriculteur ayant son exploitation principale dans une région de plaine, comme lui, devrait avoir la possibilité de diversifier son activité et de se lancer dans la production de l'Etivaz, son fromage étant soumis aux mêmes exigences de qualité, et finalement que le refus de l'admettre dans la Coopérative aurait pour effet de restreindre ses possibilités de revenu et le priverait de l'effet incitatif de l'appellation d'origine visant à une production de qualité;

que la COMCO avance que, comme l'éventuel préjudice qui pourrait être engendré par la qualité de

sociétaire de M. Alain Cornamusaz de la Coopérative peut être réparé, les mesures demandées ne sont pas nécessaires pour éviter un préjudice éventuel;

que l'OFAG relève qu'en l'absence de préjudice difficilement réparable, il n'y a pas de raison pour que les intérêts de la Coopérative priment sur ceux de M. Alain Cornamusaz, que si ce dernier devait être admis au sein de la Coopérative les intérêts publics ne sauraient être menacés, que la mesure provisionnelle requise ne paraît pas adéquate, ni nécessaire, et que par conséquent elle ne répond pas au principe de la proportionnalité;

que l'aptitude d'une mesure provisionnelle à écarter le préjudice difficilement réparable est appréciée en fonction de l'élimination d'un préjudice déjà intervenu ou imminent (PATRIK DUCREY, op., cit, p. 289);

qu'étant donné que la Coopérative n'a pas rendu vraisemblable l'imminence d'un tel préjudice en cas de rejet de la mesure provisionnelle requise, la condition de l'aptitude ne saurait être considérée comme remplie;

que s'agissant de la nécessité de la mesure provisionnelle, le même raisonnement s'applique;

qu'au surplus, après un premier examen des pièces au dossier, il apparaît que l'intérêt privé de la Coopérative à la prise de la mesure provisionnelle requise (soit l'autorisation de ne pas admettre M. Alain Cornamusaz aussi longtemps qu'une décision sur la requête d'autorisation exceptionnelle n'aura pas été prise) n'apparaît pas supérieur à celui de M. Alain Cornamusaz que ladite mesure ne soit pas prise, à savoir d'être membre de cette même coopérative et ainsi de pouvoir bénéficier de l'appellation d'origine contrôlée "L'Etivaz";

que, sans anticiper la décision au fond, il convient de relever qu'au-delà de l'énonciation de principes généraux la Coopérative n'a pas rendu vraisemblable qu'en l'espèce un intérêt public commande que la mesure provisionnelle requise soit octroyée avant la décision sur la requête d'autorisation exceptionnelle;

qu'au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la demande d'octroi de l'effet suspensif et la demande de mesures provisionnelles ne se justifient pas et qu'il s'agit, par conséquent, de rejeter les demandes dans ce sens déposées par la Coopérative le 1<sup>er</sup> juillet 2013;

que les frais relatifs à la présente décision seront réglés conjointement avec la question des frais et dépenses de la décisions finale;

que la présente décision incidente est définitive (art. 78 PA).

#### **Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR**

**décide :**

1. L'effet suspensif n'est pas reconnu à la demande d'autorisation exceptionnelle.
2. Les mesures provisionnelles demandées par la Coopérative des producteurs de fromages

- 
- d'alpage "L'Etivaz" dans la présente cause sont refusées.
3. Les frais relatifs à la présente décision seront réglés conjointement avec la question des frais et dépens de la décision finale.
4. La présente décision incidente est définitive.
5. [notification]
6. [communication]
-

B 7	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	<b>1. Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste</b>

*Publikation von kantonalen Urteilen, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen sind (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt hat festgestellt, dass die kantonalen Marktzugangsverfahren für private Sicherheitsdienste, die bereits in einem anderen Kanton ihre Tätigkeit rechtmässig ausüben, vielfach nicht den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entsprechen. Die WEKO führte Beschwerde gegen zwei Verfügungen des Kantons Aargau, wonach ausserkantonale rechtmässig tätige Sicherheitsunternehmen nur unter Auflagen im Kanton Aargau zugelassen wurden. So wurde unter anderem verfügt, dass die Geschäftsführer innerhalb von vier Jahren den eidg. Fachausweis des Verbands Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen VSSU erlangen müssen. Das VGer Aargau hiess die Beschwerde der WEKO gut und kam zum Schluss, dass diese Auflage nicht mit dem Binnenmarktgesetz vereinbar ist (Urteile WBE.2013.101 und 112 vom 19. November 2013). Im zweiten Urteil hält das VGer Aargau fest, dass das Kontrollieren von privaten Parkfeldern (richterliche Verbote) nicht als Sicherheitsdienst gilt und entgegen der behördlichen Praxis ohne Bewilligung ausgeübt werden darf (Urteile WBE.2013.251 und 204 vom 19. November 2013).

**Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil WBE.2013.101 / WBE.2013.112 vom 19. November 2013**

Beschwerdeführer 1 Y

Beschwerdeführerin 2 Wettbewerbskommission

gegen

Regierungsrat des Kantons Aargau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Bewilligung für die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit im Bereich der privaten Sicherheitsdienste

**Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

A.

1.

Am 13. August 2007 erteilte das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) A dem Inhaber der Einzelfirma Y mit damaligem Sitz in K [Kanton Aargau], die Bewilli-

gung für folgende polizeiähnliche Tätigkeit im Kanton Aargau gemäss § 57 Abs. 1 des Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (Polizeigesetz, PolG; SAR 531.200) bis 13. August 2011:

*"c) die Bewachung von Grundstücken, Gebäuden und gefährlichen Gütern im Auftrag von Dritten (gem. Gesuchsformular keine Werttransporte)"*

Die Bewilligung enthielt die Auflage, dass sie nach Ablauf der Gültigkeitsdauer nur erneuert würde, wenn die geschäftsführende Person einen eidgenössischen Fachausweis für Sicherheit und Bewachung (FSB) oder für Personen- und Objektschutz (FPO) vorlege.

2.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2011 ersuchte A um Verlängerung der Bewilligung. Am 12. August 2011 verfügte das DVI, Kantonspolizei, dass die Bewilligung für die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit im Bereich der privaten Sicherheitsdienste im Kanton Aargau nicht verlängert werde. Zur Begründung wurde u.a. angeführt, der Geschäftsführer verfüge nicht über den erforderlichen eidgenössischen Fachausweis. Mit Entscheid vom 30. November 2011 wies der Regierungsrat die dagegen erhobene Beschwerde kostenfällig ab. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Während des Beschwerdeverfahrens wurde der Sitz der Firma Y am 10. Oktober 2011 von K [Kanton Aargau] nach W [Kanton Luzern] verlegt und am 22. November 2011 wurde dem Geschäftsführer A vom Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern die Bewilligung, gewerbsmässig Bewachungsaufträge auszuführen, erteilt.

3.

Am 16. April 2012 stellte A für die Firma Y, neu mit Sitz in W (LU), ein Gesuch um Neuausstellung der Bewilligung für die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit im Bereich der privaten Sicherheitsdienste im Kanton Aargau. Beigelegt waren dem Gesuch die Bewilligung des Kantons Luzern vom 22. November 2011 sowie die gestützt darauf erteilte Bewilligung des Kantons Solothurn vom 21. März 2012 zur gewerbsmässigen Tätigkeit als Privatdetektiv oder zur Aufnahme des Betriebs eines Sicherheitsunternehmens.

4.

Am 25. Mai 2012 erliess das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI), Kantonspolizei, folgende Verfügung:

*"Auf das Gesuch der Fa. Y (...) wird nicht eingetreten."*

## B. 1.

Gegen die Verfügung der Kantonspolizei liess A mit Eingabe vom 28. Juni 2012 Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen:

*"1. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 25. Mai 2012 sei aufzuheben.*

*2. Der Beschwerdeführerin sei die Bewilligung für die Ausübung der gewerbsmässig ausgeübten Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste gemäss § 57 PolG zu erteilen.*

*3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."*

## 2.

Der Regierungsrat wies die Beschwerde mit Entscheid vom 13. Februar 2013 kostenfällig ab.

## 3.

Nachdem die Wettbewerbskommission (WEKO), Bern, mit Schreiben vom 1. März 2013 die formelle Eröffnung des Entscheids verlangt hatte, wurde dieser ihr zugestellt.

## C. 1.

Gegen den Entscheid des Regierungsrats liess A mit Eingabe vom 19. März 2013 Beschwerde erheben. Es wurden folgende Anträge gestellt:

*"1. In Gutheissung der Beschwerde sei der Entscheid des Regierungsrats vom 13. Februar 2013 (Nr. 2013-99) aufzuheben.*

*2. Der Beschwerdeführerin sei die Bewilligung für die Ausübung der gewerbsmässig ausgeübten Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste gemäss § 57 PolG zu erteilen.*

*Eventualiter*

*In Gutheissung der Beschwerde sei der Entscheid des Regierungsrats vom 13. Februar 2013 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*

*3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."*

## 2.

Mit Eingabe vom 26. März 2013 erhob die WEKO, Bern, ebenfalls Beschwerde mit folgendem Antrag:

*"Es sei festzustellen, dass der Entscheid der Vorinstanz vom 13. Februar 2013 betreffend Abweisung der Beschwerde des Verfügungsadressaten gegen die Verfügung der Kantonspolizei vom 25. Mai 2012 (Nichterteilung der Bewilligung für die Ausübung der gewerbsmässigen Tätigkeit im Bereich der privaten Sicherheitsdienste) den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt."*

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

## I.

## 2. (...)

## 2.3.

Der angefochtene Entscheid hat die Erbringung von Dienstleistungen einer im Kanton Luzern domizilierten Firma zum Gegenstand und erging daher in Anwendung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02; siehe hinten Erw. 11.2. f.). Die Behörden und Gerichte stellen der Wettbewerbskommission die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Die Wettbewerbskommission kann Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM). Damit ist die WEKO legitimiert, den Entscheid des Regierungsrats mittels Feststellungsbegehren anzufechten (§ 42 Bst. b VRPG).

## II.

## 1.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Für die Einschränkung des Grundrechts fehle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). § 57 PolG enthalte eine Kompetenzdelegation an das Departement, nicht jedoch an die Kantonspolizei. Das PolG schreibe auch keinen eidgenössischen Fachausweis vor. Sofern ein solcher für die Bewilligung verlangt werde, müsste diese Voraussetzung in einem Gesetz im formellen Sinn vorgeesehen sein. Interne Weisungen genügten nicht. Branchenstandards des Berufsverbands seien als Lenkungsmaßnahmen unzulässig.

## 2.

## 2.1.

Nach Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Die gewerbsmässige Tätigkeit als selbstständiger Sicherheitsdienstleister fällt in den Schutzbereich von Art. 27 BV. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer 1 von Beruf Metzger ist, diesen Beruf auch im Haupterwerb ausübt und ein Sicherheitsdienstleistungsunternehmen mit (vorerst) bescheidenerem Umsatz im Nebenerwerb führt. Art. 27 BV schützt jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns dient (vgl. BGE 125 I 276, Erw. 3a; KLAUS A. VALLENDER, in: St. Galler Kommentar zur BV, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2008, Art. 27 N 20; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1053).

Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht schrankenlos, sondern sie kann, sofern es sich um Massnahmen handelt, die sich nicht gegen den Wettbewerb richten (Art. 94 Abs. 4 BV), gestützt auf Art. 36 BV eingeschränkt werden. Andernfalls wäre zusätzlich eine Bundesverfassungsnorm oder ein kantonales Regelrecht notwendig (Art. 94 Abs. 4 BV); beides trifft vorliegend nicht zu (vgl. BGE 136 I 1 mit Hinweisen).

Die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit erfordert eine gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) ein öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) und die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV; BGE 128 I 92, Erw. 2a).

## 2.2.

Nach § 20 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV; SAR 110.000) hat jede Person das Recht auf freie Wahl und Ausübung eines Berufes und auf freie wirtschaftliche Betätigung. Vorbehalten sind polizeiliche Bestimmungen, die kantonalen Regelrechte und die nach Massgabe des Bundesrechts zulässigen wirtschaftspolitischen Massnahmen (Abs. 2). Die Kantonsverfassung kann die Freiheit der wirtschaftenden Personen nicht enger ziehen als Art. 27 BV und die dazugehörige Rechtsprechung. Der Schutz von Polizeigütern wie Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit sowie Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr wird als zulässiges öffentliches Interesse zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit angesehen (vgl. KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau / Frankfurt a.M. / Salzburg 1986, § 20 N 4, 19).

## 2.3.

Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 1 BV; § 2 KV, Erster Halbsatz; § 2 Abs. 1 VRPG) verlangt, dass die gesetzliche Grundlage eine generell-abstrakte Struktur aufweist (Erfordernis des Rechtssatzes), dass der Rechtssatz demokratisch ausreichend legitimiert ist (Erfordernis des Gesetzes im materiellen bzw. formellen Sinn) und dass er ausreichend bestimmt ist (Erfordernis der genügenden Normdichte). Je gewichtiger der Grundrechtseingriff, desto höhere Anforderungen sind an die Normstufe und Normdichte zu stellen. Schwere Eingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im formellen Gesetz selbst (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 19 N 2, 42; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 379 ff.; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2007, 118).

## 2.4.

Gewerbmässig ausgeübte Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste unterstehen der Bewilligungspflicht (§ 57 Abs. 1 PolG). Die Verfügung, welche auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit zulässt, ist eine Polizeierlaubnis. Für diese ist charakteristisch, dass die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung hat, wenn sie die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2523, 2534; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 44 N 29; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern 1997, Art. 77 N 40). Voraussetzungen der Bewilligungserteilung sind die Handlungsfähigkeit und der gute Leumund der geschäftsführenden Person (§ 57 Abs. 3 PolG). Die Bewilligung wird durch das zuständige Departement für die Dauer von maximal vier Jahren „mit der Auflage erteilt, dass die vom Kanton

anerkannten Qualitätsstandards, insbesondere der Branchen-GAV, eingehalten werden" (Abs. 4). Gemäss § 57 Abs. 5 PolG werden nicht aargauische Bewilligungen anerkannt, sofern sie gleichwertig sind.

## 3.

### 3.1.

Die Kantonspolizei verweigerte dem Beschwerdeführer 1 die Anerkennung der ausserkantonalen Bewilligungen und damit die Bewilligung zur gewerbmässigen Ausübung privater Sicherheitsdienste, weil er als Geschäftsführer über keinen eidgenössischen Fachausweis für Sicherheit und Bewachung (FSB) oder für Personen- und Objektschutz (FPO) des Verbands Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU) aufweisen kann. Sie stützt sich dabei auf die Weisung des Vorstehers des Departements Volkswirtschaft und Inneres (DVI) vom 6. Mai 2011. Danach wird die Bewilligung auf maximal vier Jahre und mit der Auflage erteilt, dass innerhalb der Frist der Geschäftsführer die Weiterbildung mit Abschluss zum eidg. Fachausweis FSB oder FPO absolviert und die vom Kanton anerkannten Qualitätsstandards, insbesondere der Branchen-GAV, eingehalten werden (Weisungen S. 2).

### 3.2.

Die Nichtzulassung zum privaten Sicherheitsdienst im Kanton Aargau berührt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit und schränkt den Beschwerdeführer 1 in der wirtschaftlichen Betätigung ein. In einer solchen Beschränkung und Erschwerung einer Berufsausübung liegt ein Grundrechtseingriff vor, da die entsprechenden Auswirkungen den Beschwerdeführer 1 im Ergebnis in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigt wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis (vgl. BGE 130 II 26, Erw. 4.2 mit Hinweisen; 125 I 182, E. 5b; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 150 f.).

Das Erfordernis, einen Fähigkeitsausweis oder Fachausweis vorzulegen, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, da es im Ergebnis zu einem Verbot der Berufsausübung führt (vgl. BGE 130 I 26, E. 5.1, S. 43 [Nichtzulassung zur obligatorischen Kassenpraxis]; Urteil 2P. 198/2006 vom 9. Mai 2007, E. 2; BGE 125 I 322, Erw. 3b.; Urteil des Bundesgerichts vom 18. August 2004 [2P.46/2004], Erw. 2). Ein solches Verbot muss im Gesetz selbst vorgesehen werden (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV). Daneben werden aufgrund der intensiven Betroffenheit des Schutzobjektes auch höhere Anforderungen an die Normdichte gestellt (vgl. MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, 2006, S. 53 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 143). Art. 78 Abs. 1 KV verlangt, alle wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen. Wichtige Bestimmungen sind jene, welche die Rechte und Pflichten der Bürger festlegen (vgl. dazu EICHENBERGER, a.a.O., § 78, Rz. 13 f.).

### 3.3.

#### 3.3.1.

Die Anerkennung ausserkantonaler (und ausländischer) Bewilligungen setzt Gleichwertigkeit mit der aargau-

schen Bewilligung voraus. Ausser, dass über die Gleichwertigkeit das DVI entscheidet, enthält § 57 Abs. 5 PolG keine weiteren materiellen Anforderungen an die Anerkennung. Für die Gleichwertigkeit ausserkantonaler Bewilligungen sind deshalb § 57 Abs. 1 bis 4 PolG massgebend. Die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss § 57 Abs. 3 PolG werden unbestritten vom Beschwerdeführer 1 erfüllt.

§ 57 Abs. 4 PolG statuiert, dass die Bewilligung mit der Auflage erteilt wird, dass die „vom Kanton anerkannten Qualitätsstandards“ eingehalten werden. Damit enthält das Gesetz einerseits eine Grundlage, die Bewilligung mit Auflagen zu versehen. Andererseits sieht das Gesetz vor, dass mit der Bewilligung qualitative Anforderungen an die Ausübung des Sicherheitsdienstes verbunden werden können. Exemplarisch als Qualitätsstandard führt das Gesetz die Einhaltung des Branchen-GAV an.

Die ausreichende formell gesetzliche Grundlage für das Bewilligungserfordernis ist gegeben (§ 57 Abs. 1 und 2 PolG) und unbestritten. Fraglich ist, ob diese Norm mit ausreichender Bestimmtheit den eidgenössischen Fachausweis FSB oder FPO als Voraussetzung einer Anerkennung ausserkantonaler Bewilligungen bzw. für eine Bewilligungsverlängerung regelt.

### 3.3.2.

Zur Begründung der ausreichenden Normdichte verweist der angefochtene Entscheid auf die Erwägungen im Entscheid vom 30. November 2011. Zur Gesetzmässigkeit des Erfordernis eidgenössischer Fachausweise erwoog die Vorinstanz in diesem Entscheid, dass der Verweis in § 57 Abs. 4 PolG auf die Qualitätsstandards der Sicherheitsbranche ein Anwendungsfall der Anwendbarkeit privater Ausführungsbestimmungen gemäss § 78 Abs. 5 KV sei. Indem das Gesetz die Voraussetzungen einer Bewilligung nicht abschliessend nenne, werde der Verwaltungsbehörde ein pflichtgemäss auszuübendes Ermessen eingeräumt. Die Kantonspolizei habe auch die Weisungen in Zusammenarbeit mit dem VSSU erarbeitet

### 3.3.3.

Gemäss § 78 Abs. 5 KV kann "das Gesetz die Anwendbarkeit privater Ausführungsbestimmungen vorsehen". Diese Verfassungsnorm wurde mit den Reformen der Staatsleitung und der Verwaltungsführung eingeführt, mit dem Ziel, die Möglichkeiten der gesteuerten Selbstregulierung in der Gesetzgebung vermehrt anzuwenden. Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private beschränkt sich auf den Erlass von Ausführungsbestimmungen, wie sie in der aargauischen Praxis, insbesondere im Baurecht (VSS-Normen; SIA-Normen und VKF-Normen) schon vor der Reform praktiziert wurde. Hintergrund ist die Rechtssetzung von Normen mit komplexen technischen Inhalten, die durch eine Selbstregulierung zu einer höheren Qualität führen können (vgl. zum Ganzen Botschaften des Regierungsrats vom 18. Juni 2003, S. 10 [GR.03.150] und vom 18. August 2004 S. 6 f. [GR.04.205]). Voraussetzungen und Grenzen der Anwendbarkeit sind im Gesetz zu regeln (§ 78 Abs. 5 Satz 2 KV).

Die Voraussetzungen der Bewilligung regelt § 57 Abs. 3 PolG. Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ist die Einhaltung der "vom Kanton anerkannten Qualitätsstan-

dards" keine Voraussetzung der Bewilligung, sondern eine Auflage für die Ausübung der bewilligten Sicherheitsdienste.

§ 57 Abs. 4 PolG erwähnt den Branchen-GAV. Dabei handelt es sich um den Gesamtarbeitsvertrag für den Bereich Sicherheitsdienstleistungen vom 4. September 2003, abgeschlossen zwischen VSSU und der Gewerkschaft UNiA. Dieser Gesamtarbeitsvertrag ist allgemeinverbindlich (AS 2008, S. 1658). Die GAV-Bestimmungen befassen sich in Art. 12 mit der Aus- und Weiterbildung. Danach beträgt für die Mitarbeitenden der Kategorie A im Monatslohn, welche vorwiegend in den Bereichen Bewachung, Objekt- und Personenschutz etc. tätig sind (vgl. Art. 2 Ziff. 4 GAV) die Basisausbildung mindestens 20 Stunden. Für Mitarbeitende, die vorwiegend im Bereich Anlass, Sicherheitsassistentendienste, Verkehrsdienste und Geldverarbeitung tätig sind (Kategorie B) und für Mitarbeitende, welche nicht im Monatslohn angestellt sind, ist keine Basisausbildung im GAV vorgesehen. Der Gesamtarbeitsvertrag ist für alle operativ tätigen Mitarbeitenden anwendbar. Ausgenommen sind die Direktoren, Direktionsmitarbeitende und das nicht operativ tätige Personal (Art. 2 Ziff. 2 GAV). Anforderungen hinsichtlich der beruflichen Qualifikation oder mit Bezug auf die notwendigen Fähigkeitsausweise für die Ausübung von Sicherheits- und Bewachungsdienstleistungen finden sich im GAV nicht (vgl. auch Art. 1 GAV). Es bestehen keine anderen gesetzlichen Bestimmungen oder Verordnungen des Regierungsrats, welche sich zu den Qualitätsstandards äussern und bestimmte Branchenstandards ausdrücklich anerkennen. Dem Polizeigesetz lässt sich auch keine Delegationsnorm entnehmen, welche vorsieht, dass den Organisations- oder Verbandsregeln des VSSU für die Ausführungsgesetzgebung eine Bedeutung zukommt.

### 3.3.4.

Der Begriff "Qualitätssicherungsstandards" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Mit solchen werden Voraussetzungen für eine Polizeierlaubnis oft umschrieben und die Bewilligungsbehörde verfügt über einen gewissen Beurteilungsspielraum (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2534; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., §44 N 30; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 50 N 73). Insoweit als in § 57 Abs. 4 PolG nur der Branchen-GAV als Beispiel der Qualitätssicherung aufgeführt ist, ergibt sich ein Ermessensspielraum des Departements bei der Konkretisierung des Qualitätsstandards. Nach den Materialien soll die Qualitätssicherung durch die Einhaltung der Branchenstandards (Anstellungsbedingungen, Ausbildung) und nicht bloss durch rein formale Kriterien wie Leumund und Handlungsfähigkeit gewährleistet werden. Für die Branchenstandards wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich auf den Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU) verwiesen. Diese Massnahme der Qualitätssicherung bezieht sich aber auf die Ausübung der Tätigkeit durch Angestellte von Sicherheitsunternehmungen und steht im Zusammenhang mit dem Verzicht auf eine Bewilligungspflicht für die Mitarbeitenden (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 5 Mai 2004, 04.131, S. 47).



Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die Zuständigkeit des DVI zur Erteilung der Bewilligung und zur Anerkennung ausserkantonaler Bewilligungen in § 57 Abs. 4 und 5 PolG (primär) eine Zuständigkeitsnorm und keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen.

### 3.4.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass das Erfordernis eines eidgenössischen Fachausweises FSB oder FPO bei einem Geschäftsführer einer gesuchstellenden Sicherheitsunternehmung weder im PolG noch im Gesamtarbeitsvertrag geregelt ist.

Bei der internen Dienstanweisung des Vorstehers des DVI vom 6. Mai 2011 handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung, welche sich an die Kantonspolizei richtet. Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Das Verwaltungsgericht ist in der Regel nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden (vgl. AGVE 2006, S. 229, Erw. 2.4.1. mit Hinweisen; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 N 10 f., § 41 N 27; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 49 N 34; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 50 N 58 ff.).

Der Anforderung eines Fachausweises FSB oder FPO fehlt daher eine ausdrückliche formell gesetzliche Grundlage. Insoweit erweisen sich die Weisungen als nicht rechtssatzkonform.

Ob und inwieweit das Fachausweiserfordernis grundsätzlich und generell unzulässig ist, braucht im vorliegenden Fall nicht abschliessend beurteilt zu werden, da die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen ist. Die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip kann entsprechend offen bleiben.

## 4.

### 4.1.

Die Beschwerdeführer rügen im Weiteren, der angefochtene Beschluss verletze die Bestimmungen des BGBM und halte an Erfordernissen fest, welche den freien Marktzugang in unzulässiger Weise beschränkten.

### 4.2.

Nach Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung bzw. ihres Sitzes zulässig ist. Der Gesetzgeber verankerte damit das im EU-Recht geltende sogenannte Cassis-de-Dijon-Prinzip, wonach ein Produkt, welches den in einem Land geltenden Anforderungen entspricht, auch in anderen Ländern vertrieben werden darf, in angepasster Form (vgl. BGE 125 I 322, Erw. 2a; Botschaft zum Binnenmarktgesetz vom 23. November 1994, 94.101, in: Bundesblatt [BBl] 1995 I 1213, 1257, 1263 f.). Es gilt mithin für die Zulässigkeit von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen das Herkunftsprinzip. Einschränkungen dieses Grundsatzes sind nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 3 BGBM möglich (vgl. BGE 125 I 322, Erw. 2a).

Voraussetzung, damit der in Art. 2 BGBM gewährleistete freie Zugang zum Markt überhaupt zum Tragen kommt,

ist jedoch, dass die angebotene Ware oder Dienstleistung im Kanton, in welchem die anbietende Person ihren Sitz oder ihre Niederlassung hat, zulässig ist (vgl. KARL WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht [SZW] 1996, S. 164 ff.). Das ergibt sich aus dem 2. Halbsatz von Art. 2 Abs. 1 BGBM und wird in Abs. 3 Satz 1 noch verdeutlicht. Unter Sitz oder Niederlassung ist dabei der Geschäftssitz oder die Geschäftsniederlassung zu verstehen. Das Binnenmarktgesetz regelt die Rechtsstellung von auswärtigen Anbietern im interkantonalen bzw. interkommunalen Verhältnis, nicht aber diejenige der Ortsansässigen (vgl. BGE 125 I 322, Erw. 2b; Botschaft zum BGBM, a.a.O., in: BBl 1995 I 1285; THOMAS COTTIER/MANFRED WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt [BGBM], in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1995, S. 1583).

### 4.3.

Gemäss Handelsregistereintrag hat die Einzelfirma des Beschwerdeführers 1 ihren Sitz in Kanton Luzern. Der Beschwerdeführer 1 selbst hat nach wie vor seinen Wohnsitz im Kanton Aargau. Als Geschäftsführer verfügt er im Kanton des Geschäftssitzes über eine Bewilligung zur Ausführung gewerbmässiger Bewachungsaufträge. Damit ist er berechtigt, im Kanton Luzern entsprechende Dienstleistungen zu erbringen bzw. diese Erwerbstätigkeit auszuüben. Mit Gesuch vom 16. April 2012 stellte der Beschwerdeführer für dieselbe Firma bei den Behörden des Kantons Aargau ein Gesuch um Ausübung einer bewilligungspflichtigen ähnlichen Tätigkeit. Damit liegen ein interkantonales Verhältnis sowie eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM vor und das BGBM gelangt zur Anwendung (vgl. MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins [ZBJV] 148/2012, S. 380).

### 4.4.

Nach der Dienstleistungsfreiheit hat jede Person das grundsätzliche Recht, Dienstleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM). Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben stellen sicher, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit die Rechte nach Abs. 1 wahren (Art. 2 Abs. 2 BGBM).

In der revidierten Fassung vom 16. Dezember 2005 (in Kraft seit 1. Juli 2006) wurden die Ausnahmebestimmung von Art. 3 BGBM, welche unter gewissen Umständen Beschränkungen des freien Marktzugangs zulässt, enger gefasst und für das Herkunftsprinzip eine widerlegbare Vermutung der Gleichwertigkeit kantonaler und kommunaler Marktzugangsregelungen im Gesetz verankert (Art. 2 Abs. 5 BGBM; vgl. BGE 135 II 12, Erw. 2.1; 134 II 329, Erw. 5.2 und 6; Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, 04.078, in: BBl 2005 481; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007,

S. 420 ff.; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006, S. 449 ff.).

#### 4.5.

Nach § 57 Abs. 5 PolG werden gleichwertige nicht aargauische Bewilligungen anerkannt, wobei über die Anerkennung das DVI entscheidet. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob es sich bei den Voraussetzungen der Luzerner Bewilligung, welche dem Beschwerdeführer 1 erteilt wurde, um eine gleichwertige Marktzugangsregelung wie im Kanton Aargau handelt. Die gesetzliche Vermutung der Gleichwertigkeit von Art. 2 Abs. 5 BGBM bezieht sich auf die Marktzugangsordnungen selber, wie sie sich aus den massgeblichen generell-abstrakten Bestimmungen im kantonalen Recht sowie der darauf gründenden Praxis ergeben (BGE 135 II 12, Erw. 2.4). In diesem Sinne ist auch § 57 Abs. 5 PolG anzuwenden, wenn eine in einem anderen Kanton domizilierte Firma dort bereits über eine Bewilligung zur Erbringung einer ähnlichen Dienstleistung verfügt.

#### 4.6.

Im Verwaltungsprozess gilt bezüglich der Sachverhaltsfeststellung die Untersuchungsmaxime (§ 17 Abs. 1 VRRPG). Die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen. Der Inhalt des ausserkantonalen Rechts, d.h. der massgebenden ausserkantonalen Zugangsvoraussetzungen, ist von Amtes wegen festzustellen. In Bezug auf die konkrete Rechtsanwendung im andern Kanton stellt Art. 2 Abs. 5 BGBM eine Spezialvorschrift auf: Aufgrund der Vermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM obliegt den Behörden diesbezüglich der Nachweis, dass die Zugangsbestimmungen der Kantone nicht gleichwertig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. Mai 2011 [2C\_57/2011], Erw. 3.4).

#### 4.7.

Nach Auffassung der Vorinstanz bestehen für die Erteilung der Bewilligung zu gewerbsmässig ausgeübten Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste im Kanton Aargau höhere Anforderungen als für die Ausführung gewerbsmässig ausgeübter Bewachungsaufträge im Kanton Luzern. Im Unterschied zu den Regelungen der Kantone Luzern und Solothurn, welche übliche Voraussetzungen wie Bürgerrecht, Niederlassung, Handlungsfähigkeit und guter Leumund enthielten, statuiere die Regelung im Kanton Aargau zusätzlich auch qualitative Anforderungen. Nach § 57 Abs. 4 PolG sei die erstmalige, maximal vierjährige Bewilligung mit der Auflage zu versehen, dass die vom Kanton anerkannten Qualitätsstandards einzuhalten seien. Gemäss interner Dienst-anweisung des Vorstehers des DVI vom 6. Mai 2011 werde als Qualitätsstandard nach § 57 Abs. 4 PolG das Vorliegen eines eidgenössischen Fachausweises FSB oder FPO beim Geschäftsführer der gesuchstellenden Sicherheitsfirma verlangt. Mit dem Erfordernis des Erwerbs eines Fachausweises solle sichergestellt werden, dass die verantwortlichen Personen der privaten Sicherheitsdienste über eine zweckmässige berufliche Ausbildung mit genügend Theorie und praktischer Erfahrung verfügten. Dies rechtfertige sich, da private Sicherheitsdienste in einem beschränkten Bereich Aufgaben übernehmen würden, die zum Gewaltmonopol des Staates

und somit zu dessen Kernfunktionen gehörten. Die Schutzwirkung, die der Kanton Aargau mit den qualitativen Anforderungen anstrebe, würde durch die weniger weit gehenden Vorschriften der Kantone Luzern und Solothurn offenkundig nicht erreicht. Es sei daher nicht von gleichwertigen Bewilligungen im Sinne von § 57 Abs. 5 PolG auszugehen.

#### 4.8.

Die Bewilligung zur Ausführung gewerbsmässiger Bewachungsaufträge kann gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über die Luzerner Polizei vom 27. Januar 1998 (PolG LU) erteilt werden, wenn die gesuchstellende Person nachweist, dass sie

- a. handlungsfähig ist,
- b. das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt und Wohnsitz in der Schweiz hat,
- c. in den letzten fünf Jahren vor der Gesuchseinreichung nicht wegen Delikten gegen Leib und Leben, die Sittlichkeit oder das Vermögen verurteilt worden ist und
- d. gut beleumundet ist.

Abs. 2 und Abs. 3 lauten:

2 Juristische Personen bezeichnen für die Bewilligungserteilung eine Vertreterin oder einen Vertreter. Diese müssen jederzeit nachweisen können, dass das mit gewerbsmässigen Bewachungsaufträgen betraute Personal die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt.

3 Die Bewilligung kann unter Auflagen erteilt werden und ist zu entziehen, wenn die Voraussetzungen nicht länger erfüllt sind oder gegen die Auflagen Verstössen wird

Nach § 57 Abs. 1 PolG unterstehen die folgenden, gewerbsmässig ausgeübten Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste der Bewilligungspflicht:

- a) der Personenschutz,
- b) die Privatdetektei,
- c) die Bewachung von Grundstücken, Gebäuden, gefährlichen Gütern und Werttransporten im Auftrag von Dritten,
- d) die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im Auftrag des Kantons oder von Gemeinden.

Sowohl im Kanton Aargau wie auch im Kanton Luzern verfügen private Sicherheitskräfte über keine hoheitlichen Befugnisse (§ 59 Abs. 1 PolG, § 31 Abs. 1 PolG LU).

#### 4.9.

Der Vergleich von § 57 PolG und §§ 29 ff. PolG LU zeigt, dass das Aargauer Polizeigesetz über die Bewachung hinaus weitere Dienstleistungen im Sicherheitsbereich erfasst und diese differenziert: Neben der Bewachung werden mit dem Personenschutz, der Privatdetektei sowie der Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben des Gemeinwesens weitere Bereiche privater Sicherheitsdienstleistungen (explizit) geregelt. Entsprechende Vorschriften fehlen im PolG LU. Unterschiede bestehen sodann hinsichtlich der qualitativen Anforderungen an

die Ausübung der Sicherheitsdienste und mit Bezug auf die Anstellungsbedingungen in den Sicherheitsunternehmen. Mit der aargauischen Regelung vergleichbare Qualitätssicherungsmassnahmen erwähnt das luzernische Polizeigesetz nicht. Nach § 30 Abs. 3 PolG LU kann die Bewilligung allerdings mit Auflagen erteilt werden.

Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen erwog, die Anforderungen für gewerbmässig ausgeübte Tätigkeiten privater Sicherheitsdienstleister seien im Kanton Aargau höher als im Kanton Luzern, so ist dies nicht zu beanstanden. Es ist daher nicht vom Vorliegen gleichwertiger Marktzugangsordnungen im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen. Lägen solche vor, so liesse die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine zusätzliche Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zu (BGE 135 II 12, Erw. 2.4). Erweisen sich zwei Marktzugangsordnungen wie vorliegend als nicht gleichwertig, ist zu prüfen, ob die Verweigerung des Marktzugangs vor den Einschränkungs Voraussetzungen von Art. 3 BGBM stand hält (vgl. NICOLAS F. DIEBOLD, das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 111/2010, S. 146; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Wettbewerbsrecht II Kommentar BGBM, Zürich 2011, Art. 3 N 1).

4.10.

4.10.1.

Nach Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie: a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten; b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und c. verhältnismässig sind. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

Die Bewilligungsvoraussetzungen von § 57 PolG gelten für ortsansässige und ortsfremde Anbieter gleichermassen. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass die Pflicht zur Vorlage des geforderten Fachausweises im Entscheid vom 13. August 2007 aufлагeweise verfügt, die Bewilligung mangels Erfüllung zunächst nicht verlängert und auf erneutes Gesuch hin keine Bewilligung mehr erteilt wurde.

Im Zusammenhang mit dem Binnenmarktgesetz ist zu prüfen, ob die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen zur Anwendung gelangen können, wenn der Gesuchsteller bereits über eine Marktzulassung in einem andern Kanton verfügt. Vorliegend kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer 1 die Ausbildung zur Sicherheitsfachkraft eines privaten Anbieters absolviert hat. Der Beschwerdeführer 1 ist sodann seit September 2007 in den Kantonen Luzern und Solothurn und war vom 13. August 2007 bis 13. August 2011 im Kanton Aargau tätig.

4.10.2.

Die Begründungs- und Beweislast dafür, dass die bisherige Berufspraxis und Ausbildung des Beschwerdeführers 1 den angestrebten Schüfe nicht (hinreichend) gewährleistet, obliegen der Verwaltung (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Mai 2011 [2C\_57/2011], Erw. 3.5).

Zum einen führen die Vorinstanzen diesen Beweis nicht. Zum andern rechtfertigt sich im interkantonalen Verhältnis das Bewilligungserfordernis, einen (eidgenössisch) anerkannten Fachausweis vorzulegen, aufgrund des vom Bundesrecht geforderten freien Marktzugangs und in Nachachtung des binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzips nicht. Dieses Erfordernis dient zwar, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, der Sicherstellung der Qualität, indem von den verantwortlichen Personen privater Sicherheitsdienstleister eine qualifizierte Ausbildung mit praktischer Erfahrung verlangt wird. Diese Voraussetzung erscheint zur Wahrung der übergeordneten öffentlichen Sicherheitsinteressen indessen nicht zwingend notwendig und daher unverhältnismässig. Weder der Kanton Luzern, noch der Kanton Solothurn kennen eine solche Voraussetzung. Ein Vergleich mit dem Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010 (nachfolgend Konkordat), welchem der Kanton Aargau noch nicht beigetreten ist, zeigt, dass auch dieses verschiedene Sicherheitsdienstleistungen erfasst und differenziert (vgl. § 3 Konkordat, vgl. dazu auch die Botschaft des Regierungsrats vom 21. März 2012 [GR.12.63]). Hinsichtlich der spezifischen Bewilligungsvoraussetzungen bestehen solche für Angestellte und Geschäftsführer von Sicherheitsunternehmen. Sie haben die theoretische Grundausbildung für Sicherheitsangestellte (Art. 5 Abs. 1 Bst. e Konkordat) bzw. zum Führen eines Sicherheitsunternehmens (Art. 5 Abs. 2 Bst. e Konkordat) zu absolvieren. Der Inhalt dieser Grundausbildung wird erst noch von der Konkordatskommission der KKJP beantragt (Art. 17 Abs. 1 Bst. c Konkordat). Das Konkordat der französischsprachigen Kantone verlangt einen Ausweis über den erfolgreichen Abschluss einer kantonalen Prüfung über die Berufskennnisse und die massgebende Gesetzgebung (Art. 8 Abs. 1 Bst. f und Art. 9 Abs. 2 sowie Art. 10 Abs. 1 Concordat sur les entreprises de sécurité vom 18. Dezember 1996).

Für den Fachausweis FSB bzw. FPO des Verbands Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU) werden neben den üblichen persönlichen Voraussetzungen wie Handlungsfähigkeit und guter Leumund praktische Erfahrung im Umfang von ein oder zwei Jahren sowie das Bestehen einer eidgenössisch anerkannten Prüfung vorausgesetzt (vgl. dazu Reglement, Ausgabe 2006, einsehbar unter <http://www.vssu.org/Fachausweisprüfungen/SicherheitundBewachung/Berufsinformation/tabid/220/language/de-CH/Default.aspx>, letztmals besucht am 2. Dezember 2013). Der Beschwerdeführer 1 legte seinem Gesuch den Ausweis über die erfolgreiche Ausbildung bei der Elite Guard GmbH, Zug bei. Dieser Ausweis bescheinigt eine Ausbildung als Sicherheitsfachkraft und einen Leistungsausweis über Fach/Branchenlehre, Praxis (Fitness Fachlehre, Organisation). Nach den Angaben der Elite Guard GmbH entspricht diese Ausbildung der Grundausbildung

gemäss Konkordat und wird von den Konkordatskantonen anerkannt (vgl. <http://www.elite-guard.ch/?id=420>, letztmals besucht am 2. Dezember 2013). Hinzu kommt die bisherige mehrjährige Tätigkeit des Beschwerdeführers 1 in den Kantonen Aargau und Luzern bzw. Solothurn, welche offenbar nie zu Beanstandungen Anlass gab. Dies alles muss bei der Prüfung der Qualität und für die Gewährleistung des Qualitätsstandards im interkantonalen Verhältnis jedenfalls aufgrund der bisherigen Begründung der Vorinstanzen und aufgrund der Aktenlage ausreichen. Dies hat in jedem Fall in Bezug auf die vom Beschwerdeführer 1 beantragten Tätigkeiten (Be- und Überwachung von Grundstücken, Gebäuden, Ordnungsdienste, Eingangskontrollen etc., Kontrollgänge und Werttransporte) zu gelten. Dienstleistungen im Bereich des Personenbegleitschutzes, der Detektivdienste sowie der Notruf-Überwachungsanlagen sollen nicht erbracht und Aufgaben für Gemeinden sollen nicht ausgeübt werden. Das Gesuch beschränkt sich auf Sicherheitsdienste nach § 57 Abs. 1 Bst. c PolG.

#### 4.11.

Zusammenfassend ist der Beschwerdeführer 1 zu den Sicherheitsdiensten, welche ihm im Kanton Luzern bewilligt sind, im Kanton Aargau zuzulassen. Ein ausreichendes öffentliches Interesse am Erfordernis eines eidgenössischen Fachausweises ist nicht erkennbar. Das Risiko eines Gewaltmissbrauchs (Entscheid, 5. 6) wird durch die geforderte Ausbildung und die eidgenössische anerkannte Prüfung allein nicht notwendigerweise und zwingend minimiert. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb die Ausbildung, welche der Beschwerdeführer 1 absolvierte, zum Schutz der öffentlichen Interessen und zur Qualitätssicherung seiner Dienstleistung nicht ausreichend ist. Schliesslich liegt auch keine Rechtfertigung dafür vor, dass die Bewerber eine Prüfung bei der VSSU absolviert und bestanden haben.

Das öffentliche Interesse erfasst die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das Bewilligungserfordernis betrifft damit keine hoheitlichen Tätigkeiten im Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel (§ 25 Abs. 2 PolG). Die Anforderungen an das relevante öffentliche Interesse und die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfahren daher keine Einschränkungen (vgl. BGE 136 I 87, Erw. 3.1 und 3.2 mit Hinweis)

Allfälligen Anforderungen von § 57 Abs. 4 PolG an die Qualität der Dienstleistung, welche der Beschwerdeführer 1 trotz seiner Praxis und Ausbildung allenfalls nicht zu genügen vermag, können schliesslich mit Auflagen hinsichtlich der Ausbildung des eingesetzten Personals gemäss GAV (siehe vorne Erw. 3.3.3.) angeordnet werden.

Damit widerspricht die Verweigerung der Anerkennung den Einschränkungsbedingungen von Art. 3 BGBM. Die Voraussetzungen für eine Marktzugangsbeschränkung in Form von eidgenössisch anerkannten Berufsausweisen sind nicht erfüllt. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist teilweise gutzuheissen und der Entscheid des Regierungsrats ist aufzuheben. Die übrigen Rügen brauchen bei diesem Ergebnis nicht beurteilt zu werden.

#### 5.

Ergänzend festgehalten werden kann, dass sich der Beschwerdeführer 1 nicht auf die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen nach Art. 4 Abs. 1 BGBM berufen kann. Weder das PolG LU noch das Solothurner Gesetz über die Kantonspolizei vom 23. September 1990 und die dazugehörige Verordnung über Privatdetektive und Sicherheitsunternehmen vom 21. Mai 1991 stellen über die persönlichen Voraussetzungen hinaus qualitative Anforderungen an den Geschäftsführer eines privaten Sicherheitsunternehmens. Die kantonalen Bewilligungen sind Polizeibewilligungen, keine Anerkennung von Fähigkeitsausweisen und schon gar nicht Bescheinigungen über Fähigkeiten oder besondere Ausbildungen des Beschwerdeführers 1. Die Voraussetzungen wurden auch nicht im Hinblick auf entsprechende Fähigkeiten geprüft (vgl. hierzu: Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001, in: *Recht und Politik des Wettbewerbs* [RPW] 2002/1, S. 210, 214).

#### 6.

##### 6.1.

Hebt das Verwaltungsgericht einen Entscheid auf, kann es in der Sache selbst urteilen oder diese zum Erlass eines neuen Entscheids an eine Vorinstanz zurückweisen (§ 49 VRPG). Für das Vorgehen begleitend ist eine Interessenabwägung (vgl. AGVE 2004, S. 143 f. mit Hinweisen). Vorliegend sprechen die grössere Sachnähe der Kantonspolizei und deren Vertrautheit mit Sicherheitsaspekten sowie den konkreten Verhältnissen für eine Rückweisung an die erste Instanz. Diese wird eine Bewilligung zu erteilen haben, welche zumindest jene Tätigkeiten im Sicherheitsdienst zulässt, welche dem Beschwerdeführer 1 im Kanton Luzern erlaubt sind (siehe vorne Erw. 4.8 und 4.9). Hinsichtlich der Qualitätsanforderungen können Auflagen gemäss § 57 Abs. 4 PolG zur den Aus- und Weiterbildungsanforderungen des eingesetzten Personals gemacht werden. Dabei ist die Ausbildung des Beschwerdeführers 1 bei der Elite Guard GmbH zu beurteilen. Ein Blick auf die im Konkordat vorgesehene Regelung der Bewilligungsvoraussetzungen und die dazugehörenden Übergangsbestimmungen erscheint beim Stand des kantonalen Beitrittsverfahrens (vgl. dazu Botschaft des Regierungsrats vom 21. März 2012 [GR.12.63]; Protokoll des Grossen Rates vom 12. Juni 2012 [Art. 1962] S. 4571 f.) angebracht.

##### 6.2.

Bei diesem Verfahrensausgang ist auch das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin 2 gutzuheissen. Die Wettbewerbskommission kann ihr auf blosser Feststellung ausgerichtetes Beschwerderecht unabhängig von einer allfälligen privaten Beschwerde auf Durchsetzung des Marktzugangs ausüben (Botschaft über die Änderung des BGBM, a.a.O., 490 f.). Daher führt die Aufhebung der angefochtenen Entscheide infolge Gutheissung der ersten Beschwerde nicht zum Entfallen des Feststellungsinteresses.

##### 6.3.

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird teilweise, d.h. mit Bezug auf den Antrag Ziff. 1 und den Even-

tualantrag, gutgeheissen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist gutzuheissen.

\*\*\*

**Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil WBE.2013.251 / WBE.2013.304 vom 19. November 2013**

Beschwerdeführer 1

X. \_\_\_\_\_, [in:] A. \_\_\_\_\_ [Kanton Zürich]

Beschwerdeführer 2

Y. \_\_\_\_\_ GmbH, c/o Z. \_\_\_\_\_ AG, [in:] B. \_\_\_\_\_ [Kanton Nidwalden]

Beschwerdeführerin 3

Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern

gegen

Departement Volkswirtschaft und Inneres, Kantonspolizei, Fachstelle SIWAS, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Bewilligungspflicht für Sicherheitsdienstleistungen

**Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

A.

1.

X. \_\_\_\_\_ ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Y. \_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in B. \_\_\_\_\_ (NW). Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Gesellschaft Dienstleistungen im Bereich Facility Management, insbesondere die Bewirtschaftung von Parkplätzen.

2.

Mit Schreiben vom 26. November 2012 ersuchte der Rechtsvertreter der Y. \_\_\_\_\_ GmbH das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) des Kantons Aargau um einen Vorbescheid zur Frage, ob die Kontrolltätigkeit von Parkflächen ein bewilligungspflichtiger Sicherheitsdienst im Sinne von § 57 Abs. 1 des Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (Polizeigesetz, PolG; SAR 531.200) sei.

3.

Die Kantonspolizei, Fachstelle SIWAS, erliess am 25. März 2013 folgende Verfügung:

„1. Der Gesuchsteller, X. \_\_\_\_\_, [Geb. Datum], untersteht mit seinen sicherheitsdienstlichen Tätigkeiten, namentlich der Parkplatzkontrolle und -bewirtschaftung im

*Auftrag der Liegenschaftseigentümer, der Bewilligungspflicht nach §§ 57 ff. PolG.“*

(...)

B.

1.

Gegen die Verfügung der Fachstelle SIWAS hiessen X. \_\_\_\_\_, [in:] A. \_\_\_\_\_, und die Y. \_\_\_\_\_ GmbH, [in:] B. \_\_\_\_\_, beide vertreten durch [Rechtsanwalt], mit Eingabe vom 23. April 2013 Beschwerde beim Regierungsrat erheben mit folgenden Anträgen:

„1. Der Regierungsrat möge auf seinen Entscheid zu dieser Beschwerde im Sinne von § 51 VRRPG verzichten und sie dem Verwaltungsgericht zur Erledigung überweisen.

2. Es sei festzustellen, dass die von den Beschwerdeführern beabsichtigte hausabwartliche Tätigkeit nicht der Bewilligungspflicht gemäss § 57 PolG unterworfen ist, evtl. sei der Entscheid der Beschwerdegegnerin mit der Weisung aufzuheben, die Beschwerdegegnerin habe die vorgesehene Tätigkeit als nicht bewilligungspflichtig zu erklären.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

(...)

3.

Mit Eingabe vom 28. Mai 2013 erhob die Wettbewerbskommission (WEKO), Bern, ebenfalls Beschwerde gegen die Verfügung der Fachstelle SIWAS vom 25. März 2013 mit folgenden Anträgen:

„1. Es sei auf einen Entscheid durch die verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz zu verzichten und die Sache direkt dem Verwaltungsgericht zur Erledigung zu überweisen.

2. Es sei das vorliegende Verfahren vorläufig zu sistieren, bis das Verwaltungsgerichtsverfahren WBE.2013.112 rechtskräftig entschieden ist.

3. Es sei festzustellen, dass die Feststellungsverfügung der Kantonspolizei vom 25. März 2013 den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

Unter Kostenfolge“

**Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

I.

(...)

3.3.

Der angefochtene Entscheid hat die Erbringung von Dienstleistungen einer im Kanton Nidwalden domizilierten Firma zum Gegenstand und erging in Anwendung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Die Behörden und Gerichte stellen der Wettbewerbskommission die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Die Wettbewerbskommission kann Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den

Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (Art. 9 Abs. 2bis BGBM). Damit ist die WEKO zum gestellten Feststellungsbegehren befugt (§ 42 Abs. 1 Bst. b VRPG).

II.

(...)

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer 1 und 2 beanstanden, ihre Aktivitäten würden nicht unter den Begriff der privaten Sicherheitsdienste nach §§ 57 ff. PoIG und somit nicht unter die Bewilligungspflicht fallen. Sie würden im Auftrag von Liegenschaftseigentümern Parkflächen kontrollieren, für welche ein gerichtliches Verbot nach Art. 258 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) bestehe. Bei fehlbaren Fahrzeuglenkern, welche verbotswidrig Grundstücke nutzen, werde für die entstehenden Kontrollkosten ein Avis unter den Scheibenwischer gelegt. Für den Erlass des gerichtlichen Verbots bestehe ein spezielles Verfahren. Die Durchsetzung des Verbots erfolge durch die Staatsanwaltschaft, welche auf einen Strafantrag angewiesen sei, wobei unerheblich sei, wer diesen stelle.

2.2.

2.2.1.

Wer an einem Grundstück dinglich berechtigt ist, kann beim Gericht beantragen, dass jede Besitzesstörung zu unterlassen ist und eine Widerhandlung auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft wird. Das Verbot kann befristet oder unbefristet sein (Art. 258 Abs. 1 ZPO). Das Gesetz sieht ein spezielles Einspracheverfahren vor (Art. 260 ZPO). Die Bestrafung einer Person, welche gegen das Verbot Verstossen hat, kann gemäss dem Gesetzeswortlaut ausschliesslich auf Antrag erfolgen. Antragsberechtigt ist vorab der dinglich Berechtigte sowie sein Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger. Für die Modalitäten der Antragsstellung sind, sofern diese auf das gerichtliche Verbot angewendet werden können, Art. 30 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) anzuwenden (LUCA TENCHIO/KRISTINA TENCHIO, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, Art. 258 N 24; TARKAN GÖKSÜ, in: Thomas Sutter-Somm / Franz Hasenböhler / Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2013, Art. 258 N 24).

2.2.2.

Das Recht, Strafantrag zu stellen, ist grundsätzlich höchstpersönlicher Natur und nicht übertragbar (zur Unterscheidung von Antragsrecht und Antragsbefugnis: CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., 2013, Art. 30 N 1 ff.). Daraus folgt indes nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass das Antragsrecht nicht auch von einem Vertreter ausgeübt werden kann (Vertretung in der Erklärung, Antragsbefugnis). Hierfür genügt die Erteilung einer generellen Vollmacht. Dem Vertreter kann darüber

hinaus auch die Entscheidung übertragen werden, ob er Strafantrag erheben will (Vertretung im Willen). Die Ermächtigung des Vertreters zur Antragstellung darf namentlich in der Regel angenommen werden, wenn das betreffende Delikt materielle Rechtsgüter verletzt, mit deren Wahrung oder Verwaltung der Vertreter allgemein betraut ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 2012 [6B\_334/2012], Erw. 2.2).

Der Strafantrag ist in Art. 30 ff. StGB, die Form des Antrags in Art. 304 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312) geregelt (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich / St. Gallen 2009, Rz. 1213; CHRISTOF RIEDO, a.a.O., Art. 30 N 58 ff.; CHRISTOF RIEDO/ANASTASIA FALKNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, Art. 304 N 1 ff.; NATHAN LANDSHUT, in: Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich / Basel / Genf 2010, Art. 304 N 1). Soweit sich die Beschwerdeführer 1 und 2 auf das (allgemeine und bewilligungsfreie) Anzeigerecht nach Art. 301 StPO berufen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Das Recht, einen Strafantrag bei Verletzung eines gerichtlichen Verbots zu stellen, richtet sich nach Art. 30 ff. StGB (zur Abgrenzung von Strafantrag und Strafanzeige: CHRISTOF RIEDO, a.a.O., Vor Art. 30 N 17 ff.).

Unzweifelhaft bedürfen die Beschwerdeführer 1 und 2 auch für einen Strafantrag wegen einer Verbotsübertretung zwar einer Ermächtigung des jeweiligen Grundstückseigentümers, aber keiner kantonalen Bewilligung. Die Ausübung von gewerbsmässigen Hauswartsdiensten kennt ebenfalls kein Bewilligungserfordernis.

2.3.

Nach dem Gesellschaftszweck erbringt die Beschwerdeführerin 2 "Dienstleistungen im Bereich Facility Management, insbesondere die Bewirtschaftung von Parkplätzen". Bis 16. November 2012 lautete der Zweckartikel wie folgt: "Die Gesellschaft bezweckt Bewachungs-, Überwachungs- sowie Kontrolldienstleistungen, insbesondere im Immobilienbereich". Nach Darstellung der Beschwerdeführer 1 und 2 umfasst die Dienstleistung die Kontrolle der Einhaltung richterlicher Verbote auf den Grundstücken der Auftraggeber. Bei Fahrzeugen, die unerlaubterweise und entgegen richterlicher Verbote abgestellt sind, wird von den Kontrollpersonen eine schriftliche Aufforderung zur Zahlung einer Umtriebsentschädigung unter den Scheibenwischer geklemmt. Wird die Umtriebsentschädigung nicht bezahlt, erfolgt nach einer oder mehreren Mahnungen eine Strafanzeige bei den Strafverfolgungsbehörden.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin 2 rund ein Dutzend private Auftraggeber im Kanton Aargau hat. Gemeinden gehören nicht zu den Kunden der Beschwerdeführerin 2. Für die Kontrolltätigkeit erhält sie in der Regel von den Auftraggebern kein Entgelt, sondern kann die Umtriebsentschädigungen (zum grössten Teil) behalten.

## 2.4.

## 2.4.1.

Das Polizeigesetz regelt im 3. Abschnitt die privaten Sicherheitsdienste. Nach § 57 Abs. 1 Bst. c PolG untersteht u.a. die gewerbsmässig ausgeübte Bewachung von Grundstücken durch private Sicherheitsdienste der Bewilligungspflicht. Die Bewilligung ist für Selbständigwerbende, Personengesellschaften und juristische Personen erforderlich (§ 57 Abs. 2 PolG) und wird vom Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) erteilt (Abs. 4). Die Anstellung von Arbeitnehmern unterliegt einer Meldepflicht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für die Bewilligung, die Zuständigkeit und die Modalitäten der Ausführung von Sicherheitsdiensten regeln Abs. 3 und 4 von § 57 PolG. Das DVI als sachzuständiges Departement entscheidet auch über die Anerkennung ausserkantonaler Bewilligungen (§ 57 Abs. 5 PolG).

Die Rüge der Beschwerdeführer 1 und 2 der fehlenden Zuständigkeit des DVI ist unbegründet. Innerhalb des zuständigen Departements kann jede Verwaltungseinheit ein Sachgeschäft bearbeiten, sofern in einem (materiellen) Gesetz keine bestimmte Abteilung oder Verwaltungsstelle für zuständig erklärt wird.

## 2.4.2.

Die Bewilligungspflicht der privaten Sicherheitsdienste berührt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit. Sie beschränkt den Zugang der Beschwerdeführer 1 und 2 zur wirtschaftlichen Geschäftstätigkeit im Kanton Aargau. Das Bewilligungserfordernis erschwert die Geschäftsausübung und stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar (Art. 27 BV und §20 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 [KV; SAR 110.000]; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 363f. mit Hinweisen; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 150 f.).

Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht schrankenlos, sondern sie kann, sofern es sich um Massnahmen handelt, die sich nicht gegen den Wettbewerb richten (Art. 94 Abs. 4 BV), gestützt auf Art. 36 BV eingeschränkt werden (BGE 128 I 92, Erw. 2a).

Ein Bewilligungserfordernis für die gewerbsmässige Tätigkeit der Beschwerdeführer 1 und 2 muss im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV). Zudem werden aufgrund der intensiven Betroffenheit des Schutzobjektes auch höhere Anforderungen an die Normdichte gestellt (vgl. MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, S. 53 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 143). Art. 78 Abs. 1 KV verlangt, dass alle wichtigen Bestimmungen des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes erlassen werden. Wichtige Bestimmungen sind namentlich jene, welche aufgrund der Intensität der Regelung für die betroffenen Personen, insbesondere der Betroffenheit in Grundrechtspositionen, wesentlich sind oder finanzielle Auswirkungen für die Privaten zeitigen (vgl. KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau / Frankfurt a.M. / Salzburg 1986, §78 Rz. 13 ff.).

## 2.4.3.

Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 1 BV; § 2 VRPG) verlangt, dass die gesetzliche Grundlage eine generell-abstrakte Struktur aufweist (Erfordernis des Rechtssatzes), dass der Rechtssatz demokratisch ausreichend legitimiert ist (Erfordernis des Gesetzes im materiellen bzw. formellen Sinn) und dass er ausreichend bestimmt ist (Erfordernis der genügenden Normdichte). Je gewichtiger der Grundrechtseingriff, desto höhere Anforderungen sind an die Normstufe und Normdichte zu stellen. Schwere Eingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im formellen Gesetz selbst (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 19 N 2, 42; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 379 ff.; AGVE 2007, 118).

Beim Polizeigesetz handelt es sich um ein Gesetz im formellen Sinn (§ 78 Abs. 1 KV). Das Bewilligungserfordernis für gewerbsmässige Bewachung von Grundstücken durch private Sicherheitsdienste ist im Gesetz selbst vorgesehen (§ 57 Abs. 1 Bst. c PolG).

## 2.5.

## 2.5.1.

Das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) ordnet u.a. den Verkehr auf den öffentlichen Strassen (Art. 1 Abs. 1 SVG). Die Verkehrsregeln (Art. 26-57a) gelten für die Führer von Motorfahrzeugen und die Radfahrer auf allen, dem öffentlichen Verkehr dienenden Strassen (Art. 1 Abs. 2 SVG). Strassen sind die von Motorfahrzeugen, motorlosen Fahrzeugen oder Fussgängern benützten Verkehrsflächen (Art. 1 Abs. 1 der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 [VRV; SR 741.11]). Öffentlich sind Strassen, die nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dienen (Art. 1 Abs. 2 VRV).

Auf öffentlichen Verkehrsflächen privater Eigentümer kann die Behörde nach Anhören der Eigentümer Verkehrsanordnungen und Verkehrsbeschränkungen verfügen (Art. 113 Abs. 1 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 [SSV; SR 741.21]). Übertretungen der Strassenverkehrsvorschriften des Bundes können in einem vereinfachten Verfahren mit Ordnungsbussen geahndet werden (Ordnungsbussenverfahren vgl. Art. 1 Abs. 1 des Ordnungsbussengesetzes vom 24. Juni 1970 [OBG SR 741.03] und Ordnungsbussenverordnung vom 4. März 1996 [OBV SR 741.031]).

Nach der Systematik und Begrifflichkeit des kantonalen Polizeirechts ist die Überwachung und Kontrolle des ruhenden Strassenverkehrs auf dem ganzen Gemeindegebiet Teil der lokalen Sicherheit und gehört zu den Aufgaben der Gemeinden (§ 4 Abs. 2 Bst. c PolG). Die kommunale Zuständigkeit in dieser verkehrspolizeilichen Aufgabe ist umfassend, insbesondere erfasst sie auch die Bearbeitung von Übertretungen sowie Vergehen im Bereich des Strassenverkehrsrechts (vgl. dazu § 3 Abs. 1 Bst. a und § 3 Abs. 2 des Dekrets über die Gewährung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (Polizeidekret, PolD; SAR 531.210). Im Bereich verfügbarer Verkehrsanordnungen und Verkehrsbeschränkungen auf privatem Grund (Art. 113 Abs. 1 SSV) ist die

Kontrolle deren Einhaltung daher Teil der lokalen Sicherheit und gehört zu den Aufgaben der Gemeinden.

Zur Übertragung von Kontrolltätigkeiten in diesem Bereich bedarf das Sicherheitsunternehmen der Bewilligung nach § 57 Abs. 1 Bst. d PolG (Wahrnehmung von 2.5.2.

Demgegenüber erfolgt die Kontrolle von privaten Parkflächen durch die Beschwerdeführer 1 und 2 im Hinblick auf die Einhaltung eines gerichtlichen Verbots nach Art. 258 f. ZPO (vgl. vorne Erw. 2.2.1) und im Auftrag von privaten Liegenschaftseigentümern. Das gerichtliche Verbot ist zivilprozessual und dient dem verstärkten Besitzschutz. Die Beschwerdeführer 1 und 2 kontrollieren nicht die Einhaltung von im Verfahren nach Art. 107 ff. SSV verfügten Verkehrsanordnungen und Verkehrsbeschränkungen. Verkehrsregelung und Verkehrsdienste werden ebenfalls nicht betrieben (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 des Konkordats über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010, welchem der Kanton Aargau bisher nicht beigetreten ist, sowie Art. 67 Abs. 3 SSV). Es besteht auch keine Verfügungsbefugnis

Sicherheitsaufgaben im Auftrag des Kantons oder von Gemeinden). Der Beizug privater Sicherheitsdienste durch die Gemeinden bedarf der Zustimmung des DVI (§ 20 Abs. 3 PolG; Weisungen des DVI, Tätigkeiten der privaten Sicherheitsdienste, Ziff. 4.4, S. 5).

gegenüber Verkehrsteilnehmern und es wird keine hoheitliche Tätigkeit wahrgenommen. Das Ordnungsbussenverfahren gelangt bei dieser Kontrolltätigkeit nicht zur Anwendung und das Einverlangen von Umtriebsentschädigungen hat keinen pönalen Charakter. Die Kontrolltätigkeit hat daher keine sicherheitsbezogene öffentliche Funktion und die Einleitung eines Strafverfahrens ist davon abhängig, dass ein Strafantrag gestellt wird (vgl. vorne Erw. 2.2.2). Unter diesen Umständen liegt kein Sicherheitsdienst nach § 57 PolG vor.

2.5.3.

Damit untersteht die Kontrolltätigkeit der Beschwerdeführer 1 und 2 nicht der Bewilligungspflicht nach § 57 PolG. Diese Kontrolltätigkeit kann bewilligungsfrei ausgeübt werden, da eine gesetzliche Grundlage für ein Bewilligungserfordernis fehlt.



B 7

## 2. Öffentliche Ausschreibung von Schürfkonzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM)

*Publikation von kantonalen Urteilen, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen sind (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM muss die Übertragung der Nutzung kantonalen Monopole auf Private öffentlich ausgeschrieben werden und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Die WEKO hat sich in zwei Gutachten dafür ausgesprochen, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM auch die Übertragung der Nutzung von faktischen Monopolen erfasst und mithin Sondernutzungskonzessionen öffentlich ausgeschrieben werden müssen (WEKO-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, RPW 2011/2 345; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353).

Die herrschende Lehre teilt diese Auffassung (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Genève/Bâle/Munich 2013, LMI 2 al. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, N 814 ff.; DANIEL KUNZ, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 205 ff., N 26 ff.; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 167 ff., N 101 ff.; ANDRÉ MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, 329; THOMAS POLEDNA/PHILIPP DA CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Poledna/Jacobs (Hrsg.), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, 71 ff. N 4; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, 247 ff., N 45; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013/109, 177 ff., 181; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, 28 ff., 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, 585 ff., 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203 ff., 203; a.M. HANS-RUDOLF TRÜEB, in:

Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BöB 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, 113 ff., 132; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ff., 1296 f.). Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offen gelassen (BGE 135 II 49; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012).

In den nachfolgend publizierten Urteilen gelangen die Verwaltungsgerichte der Kantone Zürich und Glarus zum Schluss, dass die Erteilung von Schürfkonzessionen zur Erdölförderung gestützt auf ein kantonales Regalrecht von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst ist.

**Verwaltungsgericht des Kantons Zürich  
VB.2013.00439, Urteil vom 3. Oktober 2013**

In Sachen

**X. \_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin,**

gegen

**Regierungsrat des Kantons Zürich, Beschwerdegegner,**

**betreffend Erdölkonzession,**

hat sich ergeben:

**I.**

**A.** Am 24. September 1955 vereinbarten der Kanton Zürich und neun weitere Schweizer Kantone ein Konkordat betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl, das der Bundesrat am 10. Dezember 1956 genehmigte (LS 931.1; im Folgenden: Konkordat). Das Konkordat bezweckt, dass die beteiligten Kantone bei der Schürfung und Ausbeutung von Erdöl gemeinsam vorgehen - im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse bei der Aufsuchung und Ausbeutung von Erdölvorkommen und im Interesse ihrer bestmöglichen Erschliessung (Ziff. 1 Abs. 1 Konkordat). Der Vollzug der Vorschriften des Konkordates und der Konzessionsbestimmungen sowie der gesamte Verkehr mit den Konzessionären erfolgt durch die Konkordatskommission (Ziff. 5 Abs. 1 Satz 1 Konkordat).

**B.** Gestützt auf das Konkordat erteilte der Regierungsrat des Kantons Zürich der X. \_\_\_\_\_ AG am 10. Januar 1957 eine Konzession zur Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl (im Folgenden: Schürfkonzession). Der Regierungsrat erneuerte die jeweils befristete Schürfkonzessi-

on mehrfach, letztmals im Jahr 2007 - mit Gültigkeit bis am 31. Dezember 2013. Die X. \_\_\_\_\_ AG ist nicht nur im Kanton Zürich, sondern auch in allen anderen Konkordatskantonen seit 1957 alleinige Inhaberin der Schürfkonzession.

**C.** Am 16. Februar 2012 ersuchte die X. \_\_\_\_\_ AG die Konkordatskommission, den Konkordatskantonen zu empfehlen, die Konzessionen ab 1. Januar 2014 um weitere fünf Jahre zu verlängern. Am 8. März 2013 beschloss die Konkordatskommission nach Anhörung von Vertretern der X. \_\_\_\_\_ AG, den Kantonen die Nichtverlängerung der Konzession zu empfehlen.

**D.** Der Zürcher Regierungsrat erliess in der Folge einen Beschlussentwurf, zu dem die X. \_\_\_\_\_ AG am 4. April 2013 Stellung nahm. Am 30. April 2013 wies der Regierungsrat das Gesuch der X. \_\_\_\_\_ AG vom 16. Februar 2012 um Konzessionsverlängerung ab.

Aus den Erwägungen:

### 3.

**3.1** Gemäss § 148 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 (EG ZGB) erstreckt sich das kantonale Bergwerkregal - unter anderem - auf alle fossilen Brenn- und Leuchtstoffe. Die Verleihung eines Bergwerkregals erfolgt für einen oder mehrere Stoffe und in einer nach den Umständen zu bemessenden, zeitlich und örtlich bestimmten Ausdehnung, wobei auf Ermöglichung einer rationellen Ausbeutung Rücksicht zu nehmen und das Heimfallsrecht zu regeln ist (§ 149 Abs. 2 EG ZGB). Der Staat kann die Ausbeutung selbst betreiben (§ 149 Abs. 4 Satz 1 EG ZGB).

**3.2** Gemäss Ziff. 1 der Schürfkonzession wird die Beschwerdeführerin ermächtigt, im Molasse- und Juragebiet des Kantons Zürich nach Erdöl zu schürfen. Die Schürfkonzession wird für die Dauer von fünf Jahren erteilt (Ziff. 2 Abs. 1). Wenn nach Ablauf der Schürfkonzession eine Bohrung in Ausführung begriffen ist oder Gewähr besteht für ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl, wird das Schürfrecht angemessen verlängert (Ziff. 2 Abs. 2). Nach einer Dauer von insgesamt zehn Jahren soll dem gleichen Konzessionär in der Regel keine Schürfkonzession mehr erteilt werden; Ziff. 13 Abs. 1 (wonach die Ausbeutungskonzession zur Weiterführung der Schürfungen im Konkordatsgebiet berechtigt und verpflichtet) bleibt vorbehalten (Ziff. 2 Abs. 3). Erlischt die Schürfkonzession, so tritt der Kanton unentgeltlich in alle Rechte des Konzessionärs ein. Er kann insbesondere über die Bohrlöcher und -stellen sowie über die Gesteinsproben verfügen. Alle geologischen und geophysikalischen Feldberichte sowie allfällige weitere Aufnahmen über ausgeführte Schürfarbeiten sind der Konkordatskommission unentgeltlich zur Verfügung zu stellen (Ziff. 9 Abs. 1). Weist der Konzessionär nach, dass in einem Teil des Schürfgebiets Erdöl in solcher Menge und Beschaffenheit entdeckt wurde, dass eine zur wirtschaftlichen Verwendung führende Gewinnung möglich erscheint, so erhält er für das gesamte Schürfgebiet eine Ausbeutungskonzession für die Dauer von achtzig Jahren (Ziff. 10 Abs. 1 und 2).

**3.3** Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz;

BGBM; in Kraft seit 1. Juli 2006) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

### 4.

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Schürfkonzession sei während 56 Jahren immer wieder verlängert worden. Der Beschwerdegegner habe ihr damit mehrfach attestiert, dass sie in der Lage sei, den Untergrund zu erforschen und bestmöglich zu erschliessen. Aufgrund der zahlreichen Konzessionsverlängerungen bestehe ein Vertrauenstatbestand für eine mindestens fünfjährige Weiterführung der Konzession. Es seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, die gegen eine Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses sprächen, weshalb die Beschwerdeführerin nicht mit dem Erlöschen der Konzession rechnen müssen.

**4.2** Seit Konzessionsbeginn im Jahr 1957 habe die Beschwerdeführerin allein (teilweise in Zusammenarbeit mit Partnerunternehmen) für Explorationen im Konkordatsgebiet gesorgt. Dabei habe sie insgesamt rund 100 Mio. Franken ausgegeben, rund 3'200 km Seismikforschung betrieben, zwischen 1960 und 2000 acht Bohrungen mit einer Gesamttiefe von fast 17 km unternommen sowie 2004 in B eine zweite Tiefenbohrung vorgenommen. Im Übrigen habe sie im Konkordatsgebiet nicht nur zahlreiche Erdöl- und Erdgasexplorationen vorgenommen, sondern auch ein Bohrkernlager erstellt und eine einmalige Sammlung geologischer Daten angelegt, die sie der interessierten Öffentlichkeit unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe.

**4.3** Bis anhin habe die Beschwerdeführerin zwar nur wenige ausbeutbare Lagerstätten gefunden. Doch zurzeit biete sie mehr denn je Gewähr für effiziente Erdölexplorationen: Seit 2010 stehe ihr eine höchst erfahrene und äusserst finanzkräftige Partnerin zur Seite, nämlich die amerikanische Explorations- und Ausbeutungsfirma Y. \_\_\_\_\_ LLC bzw. die diesem Unternehmen gehörende Tochtergesellschaft Z. \_\_\_\_\_ AG - eine zürcherische Aktiengesellschaft, deren Eigner A. über grosse finanzielle Reserven verfüge. Die Y. \_\_\_\_\_ LLC habe sich vertraglich dazu verpflichtet, mit der Beschwerdeführerin in der ganzen Schweiz zusammenzuarbeiten und das Kostenrisiko der Explorationen bis zur ersten Produktionsbohrung zu übernehmen. Als Gegenleistung habe die Beschwerdeführerin der Z. \_\_\_\_\_ AG einen Grossteil ihres Gewinnanspruchs für künftige Ausbeutungen abgetreten. Bald würden neue, von der Y. \_\_\_\_\_ LLC am 24. Mai 2013 bestellte Bohrgeräte zur Verfügung stehen, die sich für "Slimhole"-Bohrungen eignen. Mit diesen Geräten würden neuartige, horizontale Bohr- und Fördertechniken möglich, die in den USA bereits praktiziert würden und die die Fundwahrscheinlichkeit im Molassebecken des schweizerischen Mittelandes im Vergleich zu den bisherigen Explorationsmethoden deutlich erhöhten. Mit den neuen Geräten werde die Erforschung des tiefen Untergrunds erheblich einfacher, kostengünstiger und umweltschonender.

**4.4** Die Beschwerdeführerin habe der Konkordatskommission ein Arbeitsprogramm präsentiert, aus dem sich ergebe, dass ihre Partnerorganisation Z. \_\_\_\_\_ AG in

den nächsten vier Jahren Aufwendungen in der Höhe von 15,6 Mio. Franken vorsehe. Zurzeit prüfe die Z. \_\_\_\_\_ AG Explorationen an drei konkreten Bohrstandorten im Konkordatsgebiet; der aussichtsreichste Standort liege in der Gemeinde C. \_\_\_\_\_. Im August 2013 habe sich der Gemeinderat C. \_\_\_\_\_ mit Probebohrungen einverstanden erklärt. Anfang September 2013 habe der Gemeinderat die Bewohner mit einem Flyer darüber informiert, dass ein Konsortium aus Z. \_\_\_\_\_ AG (90 %) und der Beschwerdeführerin (10 %) während drei Monaten Probebohrungen vornehmen werde.

**4.5** Monopolkonzessionen müssten heute zwar auf dem Ausschreibungsweg vergeben werden. Da aber eine kurzfristige Ausschreibung nicht möglich sei, beantrage die Beschwerdeführerin eventualiter, dass die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid durch den Regierungsrat zurückgewiesen und das vorinstanzliche Verfahren bis zur Ausschreibung der Konzession sistiert werde. Falls die Beschwerdeführerin als Siegerin aus dem Ausschreibungsverfahren hervorgehe, sei die Sistierung aufzuheben und die Konzession zu verlängern.

(...)

## 5.

**5.1** Gemäss Rechtsprechung und Lehre verleiht der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt wird, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.5.1). Die Privaten können nicht ohne Weiteres auf den Fortbestand eines geltenden Gesetzes vertrauen, sondern müssen mit dessen Revision rechnen. Das Prinzip des Vertrauensschutzes kann aber angerufen werden, wenn die Privaten durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwer wiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 641 f.). Diesfalls ergibt sich aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes unter Umständen ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung (BGE 134 I 23 E. 7.6.1).

**5.2** Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit der Verlängerung von Bewilligungen verschiedentlich mit der Thematik des Vertrauensschutzes auseinandergesetzt. Darauf ist im Folgenden einzugehen, zumal keine sachlichen Gründe ersichtlich sind, die dafür sprechen könnten, im Fall einer Konzession von einem weitergehenden vertrauensschutz-rechtlichen Verlängerungsanspruch auszugehen als im Fall einer Bewilligung.

**5.2.1** In einem Urteil von 1976 erwog das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Taxihalterbewilligung, auch eine mehrfache Erneuerung einer Bewilligung gebe dem Bewilligungsinhaber grundsätzlich keinen Anspruch auf unveränderte Fortsetzung des Bewilligungsverhältnisses bei Ablauf der Bewilligungsdauer (BGE 102 Ia 438 E.

7a). Vernünftigerweise lasse sich aber nicht die Regel aufstellen, dass ein Taxihalter nach Ablauf der zweijährigen Bewilligungsdauer mit der Nichterneuerung der Bewilligung zu rechnen habe und seine geschäftlichen Dispositionen entsprechend treffen müsse. Trotz der zeitlichen Beschränkung der Bewilligung dürfe der Bewilligungsempfänger ein gewisses berechtigtes Vertrauen haben, dass die Erneuerung der Bewilligung nur dann verweigert werde, wenn das öffentliche Interesse an einer von der bisherigen Praxis abweichenden Nichterneuerung das private an der Weiterführung der bisherigen Bewilligungspraxis überwiege. Die im Vertrauen auf die regelmässige Erneuerung der Bewilligung in angemessener Weise getroffenen Dispositionen könnten im Einzelfall im Laufe der Zeit ein derartiges Gewicht erhalten, dass die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers faktisch die gleiche sei, wie wenn ihm die Bewilligung unbefristet auf Dauer erteilt worden wäre (BGE 102 Ia 438 E. 7b). Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht ein überwiegendes Interesse des Taxihalters an der Bewilligungserneuerung, da die vernünftigerweise im Hinblick auf die Bewilligung gemachten Investitionen mittlerweile (nach gesamthaft rund 7 bis 8 Jahren) amortisiert waren (BGE 102 Ia 438 E. 7c).

**5.2.2** In einem 1982 ergangenen Urteil hielt das Bundesgericht zum soeben erwähnten Leitentscheid von 1976 folgende Präzisierung fest: Zwar sei daran festzuhalten, dass die im Taxigewerbe erforderlichen Investitionen vernünftigerweise auf längere Sicht hinaus getätigt werden müssten, weshalb der Bewilligungsinhaber die daraus entspringenden Vorteile während einer angemessenen Zeitdauer ausnützen können sollte. Diese Rücksichtnahme auf bisherige Bewilligungsinhaber dürfe aber nicht dazu führen, dass ein Zustand, der andere Gewerbebetriebe diskriminiere, auf unabsehbare Zeit hinaus von der Bewilligungsbehörde zementiert werde (BGE 108 Ia 135 E. 5a). Seitens der Lehre wurde zum Leitentscheid von 1976 angemerkt, dass das Bundesgericht die Vertrauensgrundlage in BGE 102 Ia 438 nur deshalb bejaht habe, weil die Taxifahrer ungeachtet der kurzen Bewilligungsdauer dazu gezwungen gewesen seien, längerfristige Dispositionen zu treffen. Die Befristung würde indessen ihre Warnfunktion verlieren und müsste nicht mehr ernstgenommen werden, wenn Inhaber von Bewilligungen auf einen längeren Bestand vertrauen dürften, sobald sich ihr Aufwand sonst nicht mehr lohne (BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 192).

**5.3** In einem Entscheid von 2004 folgerte das Bundesgericht aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürften, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhielten und andere gar nichts. Anzustreben sei vielmehr eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gebe, am Wettbewerb teilzunehmen. Dabei sei jeweils auch dem aus der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben fliessenden Prinzip des Schutzes getätigter Investitionen Rechnung zu fragen, welches rechtfertige, bereits ausgeübte Tätigkeiten anders zu behandeln als solche, die erst noch beabsichtigt seien (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2).

**6.**

**6.1** Aus dem Wortlaut der Schürfkonzession von 1957 lässt sich nach 56-jähriger Konzessionsdauer kein Anspruch auf eine Verlängerung ableiten: Die Absätze 2 und 3 von Ziff. 2 sehen als Regelfall bereits nach 10-jähriger Konzessionsdauer die Erteilung an einen anderen Konzessionär vor - unabhängig davon, ob der bisherige Konzessionär Gewähr für eine ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl bietet oder nicht. Ein Ausnahmefall gemäss Ziff. 2 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 13 Abs. 1 liegt nicht vor, da die Beschwerdeführerin mangels bisheriger Erdölfunde keine Ausbeutungskonzession erhalten hat (vgl. Ziff. 10). Die Schürfkonzession verbietet eine Konzessionsverlängerung nach 56-jähriger Dauer zwar nicht, gewährt aber gleichzeitig auch keinen Anspruch auf eine Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses.

**6.2** Aus der Rechtsprechung zu Bewilligungen, die im vorliegenden Zusammenhang auch für Konzessionen massgebend ist (E. 5.2), geht hervor, dass der Vertrauensschutz nur ganz ausnahmsweise einen Verlängerungsanspruch verleiht. Der Umstand allein, dass eine Konzession mehrfach verlängert wurde, bewirkt keinen solchen Anspruch. Hinzukommen muss vielmehr, dass im Hinblick auf die Konzession nach Treu und Glauben Investitionen getätigt werden müssten, die sich innerhalb der vorgesehenen Konzessionsdauer nicht amortisieren liessen (vgl. E. 5.2.1, 5.2.2 und 5.3).

**6.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie für ihre bisherigen Aktivitäten (seit 1957) insgesamt 100 Mio. Franken ausgegeben habe. Gleichzeitig räumt sie ein, dass sie lediglich acht Bohrungen zwischen 1960 und 2000 sowie eine Tiefenbohrung im Jahr 2004 vorgenommen habe (vgl. E. 4.2). Aus den Semesterberichten der Beschwerdeführerin geht denn auch hervor, dass sie seit 2005 keine Feldarbeiten mehr durchgeführt hat. Im Konzessionsgesuch vom 16. Februar 2012 legte sie ferner dar, dass der tiefe Untergrund der Schweiz im Gegensatz zu jenem der Nachbarländer bis heute nur sehr wenig erforscht worden sei; aus den bisherigen Bohrungen ergebe sich ein unvollständiges Bild, das keine endgültigen Schlüsse über mögliche Erdöl- und Erdgasvorkommen in der Schweiz zulasse. Angesichts des relativ bescheidenen Umfangs der Aktivitäten der Beschwerdeführerin liesse sich fragen, ob ihre Behauptung zutrifft, dass sie im Rahmen ihrer bisherigen Konzessionstätigkeit rund 100 Mio. Franken ausgegeben hat. Die Frage kann aber offenbleiben. Massgebend ist vielmehr, dass nicht ersichtlich ist und auch von der Beschwerdeführerin selber nicht geltend gemacht wird, dass sie die Investitionen nicht amortisieren konnte, die sie für ihre bisherigen (bis 2004 erfolgten) Aktivitäten tätigte. Unter diesen Umständen besteht vor dem Hintergrund der Rechtsprechung (vgl. E. 6.2) kein vertrauensschutzrechtlicher Anspruch auf eine weitere Verlängerung der Konzession.

**6.4** Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, dass sie Investitionen für künftige Aktivitäten getätigt habe, bezieht sie sich ausschliesslich auf vertragliche Zusicherungen, Dispositionen von Partnerunternehmen und Ankündigungen von Explorationstätigkeiten, die den Zeitraum nach dem 9. März 2012 betreffen (vgl. E. 4.3 und 4.4). Dies ist im Hinblick auf den Vertrauensschutz insofern relevant, als der Vorsitzende der Konkordatskommission an der Sitzung vom 9. März 2012, an der auch Vertreter der Beschwerdeführerin anwesend waren, die Verlängerung der Konzession in Frage stellte. Spätestens von diesem Tag an durfte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht mehr auf eine Konzessionsverlängerung vertrauen. Soweit sie nach dem 9. März 2012 Investitionen für den Zeitraum ab 2014 tätigte, obwohl sie um das mögliche Konzessionsende am 31. Dezember 2013 wusste, tat sie dies auf eigenes finanzielles Risiko hin. Aus den Investitionen der Beschwerdeführerin für künftige Aktivitäten lässt sich somit kein Anspruch auf Weitergeltung der Konzession ab 2014 ableiten.

**6.5** Anzumerken ist, dass die Beschwerdeführerin bereits vor dem 9. März 2012 nicht (mehr) auf eine weitere Verlängerung der Konzession vertrauen durfte: Angesichts des Inkrafttretens von Art. 2 Abs. 7 BGBM musste vom 1. Juli 2006 an jedermann davon ausgehen, dass die Erteilung der Schürfkonzession an Private zwingend auf dem Weg der Ausschreibung erfolgt bzw. dass die freihändige Vergabe gegen Bundesrecht verstösst und mit den Grundsätzen der Transparenz und Wettbewerbsneutralität nicht mehr vereinbar ist (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 24. November 2004 zur Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2004 465 ff., 483 und 485). Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Beschwerdeführerin bis am 30. Juni 2006 ein berechtigtes Vertrauen auf eine weitere Erneuerung der Konzession gehabt hätte, könnte sie sich seit der Gesetzesänderung vom 1. Juli 2006 nicht mehr darauf berufen: Die freihändige Konzessionsvergabe ist seit diesem Tag gesetzwidrig und die Beschwerdeführerin durfte nicht damit rechnen, aus einem allfälligen offenen Wettbewerb als Siegerin hervorzugehen.

**6.6** Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den geltend gemachten Konzessionsfortsetzungsanspruch der Beschwerdeführerin zu Recht verneinte. Dabei kann offenbleiben, ob bzw. wie gut sich die Beschwerdeführerin - allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen - finanziell und betrieblich dazu eignet, den Untergrund zu erforschen und zu erschliessen bzw. die Forschung nach Erdöl fortzusetzen. Diese Frage wird im Rahmen eines allfälligen Ausschreibungsverfahrens zu beantworten sein.

(Abweisung der Beschwerde)

**Verwaltungsgericht des Kantons Glarus  
VG.2013.00061, Urteil vom 6. November 2013**

in Sachen

**X. \_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin**

gegen

**Regierungsrat des Kantons Glarus, Beschwerdegegner**

betreffend

**Konzession**

**Aus den Erwägungen**

I. 1. a) Am 10. Dezember 1956 trat das Konkordat betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl (nachfolgend: Konkordat) in Kraft. Die Landsgemeinde des Kantons Glarus erklärte am 6. Mai 1962 den Beitritt des Kantons Glarus zum Konkordat. Am 5. Juli 1962 erteilte der Regierungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG, [...], erstmals "eine Konzession zur Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl" (nachfolgend: Konzession). Die Konzession wurde mehrmals verlängert, letztmals mit Beschluss vom 9. August 2007 bis zum 31. Dezember 2013.

b) Am 7. Mai 2013 wies der Regierungsrat ein Gesuch der X. \_\_\_\_\_ AG vom 16. Februar 2012 um eine weitere Verlängerung der Konzession bis zum 31. Dezember 2018 ab.

2. a) Dagegen erhob die X. \_\_\_\_\_ AG am 12. Juni 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. (...)

II.

(...)

2. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe gestützt auf das Vertrauensprinzip einen Anspruch auf Verlängerung der Konzession. Die Befürchtung des Beschwerdegegners, dass die Konzession ewig laufen würde, sei unbegründet. Ziff. 2 Abs. 2 der Konzession biete gerade die Sicherheit, dass die Konzession nach Ablauf der fünfjährigen Verlängerungszeitspanne stets neu geprüft werden müsse und folglich von vornherein nicht ewig dauern könne. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass ihr, der Beschwerdeführerin, der Bestand der Gewähr für die ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl im Konkordatsgebiet bereits zehnmal ausdrücklich attestiert und ihr gegenüber dadurch entsprechendes Vertrauen ausgesprochen worden sei. Diese Gewähr bestehe heute erneut und in noch höherem Mass. Indem der Beschwerdegegner ihr Arbeitsprogramm für die Folgejahre nicht gewürdigt und nicht berücksichtigt habe, dass die neuartigen Bohr- und Fördertechniken deutlich erhöhte Fündigkeitschancen zur Folge hätten, habe er das rechtliche Gehör verletzt. Eine Gehörsverletzung liege auch darin, dass sich der Beschwerdegegner nicht mit ihren Vorbringen vom 18. April 2013 an ihn auseinandergesetzt habe. Unverständ-

lich sei sodann, weshalb der Beschwerdegegner gerade jetzt, wo die Erforschung und bestmögliche Erschliessung des Untergrunds um einen Quantensprung verbessert gewährleistet sei, die Konzession erstmals nicht verlängert habe. Unbestritten sei schliesslich, dass die Konzession seit dem Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes möglicherweise auf dem Weg der Ausschreibung vergeben werden müsse. Allenfalls dränge sich diesbezüglich die Rückweisung der Sache an den Beschwerdegegner auf. Das zurückgewiesene Verfahren wäre mindestens bis zur Ausschreibung zu sistieren.

b) Der Beschwerdegegner führt im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin versuche auf gerichtlichem Weg eine weitere Verlängerung der Konzession zu erwirken, obwohl sowohl konkrete Projekte als auch die Gewähr für deren Umsetzung fehlen würden. Sie gehe letztlich davon aus, dass ihr auf ewig das ausschliessliche und besondere Recht zustehe, im Konkordatsgebiet nach Erdöl zu schürfen. Dieser Anspruch scheitere aber schon daran, dass Monopolkonzessionen nicht "erneuert" werden könnten. Vielmehr sei das Verfahren der Neukonzessionierung zu beachten. Dabei seien Monopolkonzessionen periodisch auszuschreiben.

3. a) Gemäss Art. 47 Abs. 1 KV stehen dem Kanton das Bergregal, das Salzregal, das Jagd- und das Fischereiregal zu. Die Schürfung und die Ausbeutung von Erdöl, wozu auch Erdgas, Asphalt und andere feste und flüssige Bitumina gehören (vgl. Ziff. 1 Abs. 2 des Konkordats), fallen unter das Bergregal. Beim Bergregal handelt es sich um ein historisches Monopol (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2575). Das Recht nach Erdöl zu schürfen und dieses auszubeuten bedarf einer (Monopol-)Konzession.

b) Gemäss Ziff. 2 der Konzession wird die Schürfkonzession für die Dauer von fünf Jahren erteilt (Abs. 1). Wenn nach Ablauf der Schürfkonzession eine Bohrung in Ausführung begriffen ist oder Gewähr besteht für ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl, wird das Schürfrecht angemessen verlängert (Abs. 2). Nach einer Dauer von insgesamt zehn Jahren soll dem gleichen Konzessionär in der Regel keine Schürfkonzession mehr erteilt werden (Abs. 3). Eine Ausnahme von der Beschränkung der Konzessionsdauer ist für den Fall vorgesehen, dass dem Konzessionär aufgrund der Entdeckung von Erdöl eine Ausbeutungskonzession erteilt worden ist (Ziff. 2 Abs. 3 i.V.m. Ziff. 13 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 10 ff. der Konzession). Die Ausbeutungskonzession wird für 80 Jahre ab Zeitpunkt des Fundes erteilt (Ziff. 10 Abs. 2 der Konzession).

Die der Beschwerdeführerin erteilte und mehrmals verlängerte Konzession wurde zwar als "Konzession für die Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl" bezeichnet. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 und 2 der Konzession ist das Recht zur Ausbeutung aber davon abhängig, dass Erdöl entdeckt wurde. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bisher kein Erdöl entdeckt hat, weshalb ihr das Recht zur Ausbeutung während 80 Jahren nicht zu erteilen war und auch nicht erteilt wurde.

Ein (durch Ziff. 2 Abs. 2 der Konzession bedingter) Anspruch auf Verlängerung der Konzession besteht nur im Rahmen der Gesamtdauer von zehn Jahren. Danach

lässt sich aus der Konzession kein Anspruch auf deren Verlängerung ableiten. Dies unabhängig davon, ob die Konzessionärin Gewähr für eine ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl bietet oder nicht. Die Konzession wurde der Beschwerdeführerin am 5. Juli 1962 erteilt. Da die zehn Jahre längst abgelaufen sind, lässt sich der Konzession kein Verlängerungsanspruch der Beschwerdeführerin entnehmen.

4. a) Gemäss Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Daraus wird das Vertrauensschutzprinzip abgeleitet, auf welches sich die Beschwerdeführerin beruft. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Entartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden. Die Berufung auf den Vertrauensschutz bedarf demnach zunächst einer Vertrauensgrundlage (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 627, 631).

b) Die Beschwerdeführerin sieht eine Vertrauensgrundlage darin, dass die Konzession bereits neunmal verlängert und ihr jeweils attestiert worden sei, Gewähr für die ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl zu bieten.

Die Konzession wurde für fünf Jahre erteilt. Es bestand zwar unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf deren Verlängerung, vorgesehen war aber eine Begrenzung der Konzessionsdauer auf zehn Jahre. Nach Ablauf der zehn Jahre stand es dem Beschwerdegegner offen, die Konzession nicht mehr zu verlängern. Dass er die Konzession dennoch über längere Zeit jeweils um fünf weitere Jahre verlängerte, vermag nun entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Vertrauensgrundlage zu bilden. Würde man nämlich ihrer Argumentation folgen, verkäme das Verfahren um Verlängerung der Konzession zur Farce. Die Beschwerdeführerin könnte sich stets auf das Vertrauensschutzprinzip berufen und so den Entscheid der Konzessionsbehörde vorwegnehmen. Mit anderen Worten stünde es im Belieben der Konzessionärin, ob die Konzession verlängert wird oder nicht. Dies ist klarerweise nicht gewollt und widerspricht der vorgesehenen Begrenzung der Dauer gemäss Ziff. 2 Abs. 3 der Konzession. So musste die Beschwerdeführerin nach Ablauf der ersten zehn Jahre damit rechnen, dass ihrem jeweiligen Gesuch um Verlängerung der Konzession nicht mehr entsprochen wird, beispielsweise wenn es weitere Ansprecher geben oder die Nutzung gesetzlich neu geregelt werden sollte. Dies entspricht auch der Forderung, wonach beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2).

Noch weniger auf eine Verlängerung der Konzession vertrauen konnte die Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 2006, nachdem Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM) in Kraft getreten war. Dieser sieht nämlich vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der

Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Änderung des Binnenmarktgesetzes bezweckt eine Stärkung des Wettbewerbs. Es soll ein eigentlicher Binnenmarkt für derartige konzessionierte Tätigkeiten ermöglicht werden (Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 483). Richtigerweise geht auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass die Konzession auszuschreiben ist. Alleine weil der Beschwerdegegner darauf im Jahr 2007 verzichtet hatte, durfte sie nicht darauf vertrauen, dass auch danach keine Ausschreibung erfolgt. Eine eigentliche (gesetzeswidrige) Praxis des Beschwerdegegners besteht nicht.

Schliesslich wurde der Beschwerdeführerin auch nicht die behördliche Auskunft erteilt, dass ihre Konzession verlängert werde. Vielmehr musste ihr spätestens nach der Sitzung der Konkordatskommission vom 9. März 2012 bewusst geworden sein, dass eine Verlängerung der Konzession höchst unsicher war.

Zusammenfassend ergibt sich, dass keine Vertrauensgrundlage ersichtlich ist, auf welche sich die Beschwerdeführerin berufen könnte. Damit kommt allfälligen Investitionen der Beschwerdeführerin keine Bedeutung zu und greift ihre Rüge der Verletzung des Vertrauensschutzprinzips ins Leere.

5. a) Die Beschwerdeführerin stellt den Eventualantrag, dass die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen sei. Das zurückgewiesene Verfahren sei danach mindestens bis zur Ausschreibung der Konzession zu sistieren.

b) Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an die Wirtschaftsfreiheit. Im Sinne einer Ausnahme bleiben aber nach Art. 94 Abs. 4 BV die "historischen" kantonalen Monopole und Regale, worunter das Bergregal fällt, vorbehalten. Sie sind zulässig und dürfen durch die Kantone zu fiskalischen Zwecken genutzt werden. Ein Anspruch auf eine Konzessionserteilung besteht nicht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2576, 2598). Immerhin hat die Konzessionsbehörde bei einer allfälligen Konzessionsvergabe dafür zu sorgen, dass sich an einer Konzession Interessierte in einem fairen Verfahren bewerben können (BGer-Urteil 1P.84/2006 vom 5. Juli 2006 E. 3.3). Dieser Anspruch wird durch die bundesrechtliche Regelung von Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche eine Ausschreibung der Konzessionen vorsieht, konkretisiert.

c) Sollte der Beschwerdegegner die Konzession neu erteilen wollen, hat er nach dem Gesagten für ein faires Verfahren zu sorgen. Er muss die Konzession ausschreiben, wobei es sich anbietet, beim Entscheid über die Konzessionserteilung die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden (Botschaft, a.a.O., S. 486). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht es ihm jedoch frei, auf eine Konzessionserteilung gänzlich zu verzichten. Ob überhaupt eine Konzession erteilt werden soll, steht nämlich ebenso weitgehend in seinem Ermessen wie der Austritt aus dem Konkordat (vgl. dazu Ziff. 10 Abs. 2 des Konkordats). Der Verzicht auf die Konzessionserteilung wäre zudem sachlich ohne Weiteres begründbar. So lässt sich beispielsweise die Auffassung vertreten, dass die Nutzung des Untergrunds vor einer erneuten Konzessions-

---

erteilung gesetzlich (neu) geregelt werden sollte. Nahe-  
liegend wäre auch die Prüfung, ob überhaupt ein öffent-  
liches Interesse an der Vergabe von Schürfkonzessionen  
besteht. Dies gerade auch im Hinblick darauf, dass  
die Beschwerdeführerin auf dem Kantonsgebiet bisher  
keine Aktivitäten entfaltet hat.

Daraus ergibt sich, dass eine Rückweisung der Sache  
an den Beschwerdegegner zur Ausschreibung der Kon-

zession nicht angezeigt ist, würde eine solche doch in  
unzulässiger Weise in das Ermessen des Beschwerde-  
gegners, ob nach Ablauf der Konzession Ende 2013  
erneut eine Konzession erteilt werden soll, eingreifen.

(Abweisung der Beschwerde)

---

B 8	<b>Bundesstrafgericht</b> Tribunal pénal fédéral Tribunale penale federale
B 8	<b>1. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 24. Oktober 2013 (Beschwerdekammer) - Entsiegelung</b>

*Beschluss BE.2013.01 des Bundesstrafgerichts vom 24. Oktober 2013 Beschwerdekammer, Wettbewerbskommission gegen A., vertreten durch [...], Gegenstand: Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)*

#### Sachverhalt:

**A.** Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") eröffnete u.a. gegen die A. AG am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Der Untersuchung liegt der Verdacht zu Grunde, dass Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin getroffen wurden (act. 1.4). Im Rahmen dieser Untersuchung führte das Sekretariat vom 30. Oktober 2012 bis 1. November 2012 Hausdurchsuchungen im Unterengadin durch (act. 1, Ziff. 6), jedoch nicht bei der A. AG. Mit Schreiben vom 5. November 2012 informierte das Sekretariat die A. AG über die gegen sie eröffnete Untersuchung (act. 1.4).

**B.** Mit Antrag gemäss Art. 42 Abs. 2 KG vom 15. Februar 2013 beantragte das Sekretariat beim Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend „WEKO“) erneut die Durchführung von Hausdurchsuchungen (u.a. bei der A. AG) sowie die Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden und auf weitere Unternehmen (act. 1.5). Der Präsident der WEKO stellte am 22. April 2013 einen Durchsuchungsbefehl betreffend die Räumlichkeiten der A. AG aus (act. 1.6). Mit Schreiben vom 22. April 2013 teilte der Präsident der WEKO der A. AG mit, dass die am 30. Oktober 2012 eröffnete Untersuchung ausgedehnt werde (act. 1.7).

**C.** Am 23. und 24. April 2013 wurden Räumlichkeiten der A. AG durchsucht, wobei verschiedene Unterlagen und Datenträger sichergestellt wurden. Anlässlich der Hausdurchsuchung erhob die A. AG Einsprache im Sinne von Art. 50 Abs. 3 VStrR betreffend die Durchsuchung der Schriftstücke Nr. S-0049, S-0040, S-0041, S-0042, S-0048, S-0051 und S-0051<sup>bis</sup> (act. 1.1). Die Schriftstücke wurden entsprechend versiegelt. Das Sekretariat fragte in der Folge die A. AG betreffend informeller Entsiegelung an. Die Vertreter der A. AG teilten dem Sekretariat jedoch mit Schreiben vom 2. Mai 2013 mit, dass an der Einsprache festgehalten werde (act. 1.8 und 1.9).

**D.** Mit Gesuch vom 8. Mai 2013 gelangte das Sekretariat an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und beantragt Folgendes (act. 1, Ziff. 1):

"Es sei unter Kostenfolge die Entsiegelung der am 24. April 2013 versiegelten Papiere der A. AG anzuordnen und deren Durchsuchung durch die Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission zu gestatten.

Eventualiter: Es seien unter Kostenfolge die vom Geheimnis betroffenen Passagen aus den Papieren, welche am 24. April 2013 bei der A. AG versiegelt wurden, zu entfernen, und die Durchsuchung auf diese Weise bereinigten Papiere durch die Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission zu gestatten".

**E.** Am 22. Mai 2013 fragte Rechtsanwalt [...] telefonisch im Namen der Gesuchsgegnerin die Beschwerdekammer betreffend Akteneinsicht an, woraufhin sich diese bei der Gesuchstellerin darüber erkundigte. Die Gesuchstellerin teilte diesbezüglich mit, dass bei der Akteneinsicht der Gesuchsgegnerin nicht die bereits eingereichten, sondern die noch einzureichenden geschwärzten Versionen der Beilagen 2 und 5 zu verwenden seien. Mit Schreiben vom 22. Mai 2012 stellte die WEKO der Beschwerdekammer die geschwärzten Versionen der Beilagen 2 und 5 zu und wiederholte ihr Anliegen schriftlich. Im Auftrag des Präsidenten der Beschwerdekammer wurden die mit dem Entsiegelungsgesuch eingereichten Beilagen 2 und 5 aus den Akten genommen und an die Gesuchstellerin retourniert. Die nachgereichten geschwärzten Versionen von Beilage 2 und 5 wurden zu den Akten genommen. Mit Schreiben vom 23. Mai 2013 wurden der Gesuchsgegnerin Kopien der Gesuchsbeilagen zugestellt (act. 4).

**F.** Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Gesuchsantwort vom 27. Mai 2013 was folgt (act. 5):

„1. Es sei das Entsiegelungsgesuch der Gesuchstellerin vom 8. Mai 2013 vollumfänglich abzuweisen und die bei der Gesuchsgegnerin sichergestellten und versiegelten Schriftstücke der Gesuchsgegnerin mit der Bezeichnung „S-0040“, „S-0041“, „S-0042“, „S-0048“, „S-0049“, „S-0051“ und „S-0051 bis“ seien an die Gesuchsgegnerin herauszugeben.

2.1 Eventualiter, falls der Antrag gemäss obiger Ziff. 1 abgewiesen wird: Es seien durch das Bundesstrafgericht sämtliche Schriftstücke auszusondern, die von externen Rechtsanwälten erstellt, von diesen oder an diese übermittelt wurden oder damit im Zusammenhang stehen.

2.1.1 Sub-eventualiter, falls die Anträge gemäss obigen Ziff. 1 und 2.1 abgewiesen werden: Es seien durch das Bundesstrafgericht sämtliche vom An-



waltsgeheimnis betroffene Textpassagen aus den sichergestellten und versiegelten Schriftstücken auszusondern, die von externen Rechtsanwältinnen erstellt, von diesen oder an diese übermittelt wurden oder damit im Zusammenhang stehen.

2.2 Eventualiter, falls der Antrag gemäss obiger Ziff. 1 abgewiesen wird: Es seien durch das Bundesstrafgericht sämtliche Schriftstücke auszusondern und der Gesuchsgegnerin herauszugeben, die für die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden keine Bedeutung haben

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.“

**G.** Die Gesuchantwort wurde der Gesuchstellerin am 28. Mai 2013 zur Kenntnis gebracht, woraufhin diese mit Schreiben vom 7. Juni 2013 eine Replik einreichte (act. 6 und 7). Die Duplik erfolgte am 21. Juni 2013 und wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnis zugestellt (act. 9 und 10).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

### **Die Beschwerdekammer zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Für die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen nach dem KG gelten die Bestimmungen des VStrR (Art. 57 Abs. 1 KG). Verfolgende Behörde ist hierbei das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied von deren Präsidium. Urteilende Behörde ist die Wettbewerbskommission (Art. 57 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45 - 50 VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG).

**1.2** Werden im Verwaltungsstrafverfahren Papiere und Datenträger (vgl. hierzu BGE 108 IV 76 E. 1) durchsucht, so ist dem Inhaber derselben wenn immer möglich vor der Durchsuchung Gelegenheit zu geben, sich über deren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere vorläufig versiegelt und verwahrt (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Zur Einsprache gegen die Durchsuchung ist nur der Inhaber der Papiere legitimiert (Urteil des Bundesgerichts 1S.28/2005 vom 27. September 2005, E. 2.4.2, mit Hinweis auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2005.20 vom 23. Juni 2005, E. 2.1.1). Über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 37 Abs. 2 Bst. b StBOG).

**2.** Gemäss konstanter Praxis der Beschwerdekammer entscheidet diese bei Entsiegelungsgesuchen in einem ersten Schritt, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist und, sofern dies bejaht wird, in einem zweiten Schritt, ob die Voraussetzungen für eine Entsiegelung erfüllt sind. Von einer Durchsuchung von Papieren, bei der es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt, wird gesprochen, wenn Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt werden, um

ihre Beweiseignung festzustellen und sie allenfalls mittels später erfolgender Beschlagnahme zu den Akten zu nehmen. Eine derartige Durchsuchung ist nur zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, anzunehmen ist, dass sich unter den sichergestellten Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR), und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird. Die Durchsuchung von Papieren ist dabei mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse und unter Wahrung der Berufs- und Amtsgeheimnisse durchzuführen (Art. 50 Abs. 1 und 2 VStrR; vgl. zum Ganzen TPF 2007 96 E. 2; Beschlüsse des Bundesstrafgerichts BE.2013.5 vom 16. Oktober 2013, E. 2; BE.2012.11 vom 20. Februar 2013, E. 2.1; BE.2012.8 vom 19. September 2012, E. 2; BE.2012.4 vom 11. Juli 2012, E. 2).

#### **3.**

**3.1** Im Entsiegelungsentscheid ist vorab zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht für eine die Durchsuchung rechtfertigende Straftat besteht. Dazu bedarf es zweier Elemente: Erstens muss ein Sachverhalt ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zweitens müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen. In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen (vgl. zum Ganzen bereits ausführlich den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2006.7 vom 20. Februar 2007, E. 3.1 m.w.H.; die dort angeführten Überlegungen gelten gleichermassen auch für das Verwaltungsstrafverfahren, gibt es doch diesbezüglich keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Rechtsanwendung; vgl. zuletzt auch die Beschlüsse des Bundesstrafgerichts BE.2013.5 vom 16. Oktober 2013, E. 2; BE.2013.9 vom 6. August 2013, E. 2; BE.2012.11 vom 20. Februar 2013, E. 2.1 und 2.2; BE.2012.8 vom 19. September 2012, E. 3.1).

**3.2** Die Gesuchstellerin legt folgenden Sachverhalt ihrem Gesuch zu Grunde (act. 1, Ziff. 13 ff.):

Mittels Anzeige eines Dritten sei eine Untersuchung der Gesuchstellerin im Bereich Hoch- Tief- und Strassenbau und den dazu vorgelagerten Märkten sowie im Bereich Transportdienstleistungen im Kanton Graubünden ausgelöst worden. Aus dieser Anzeige hätten sich Anhaltspunkte ergeben, dass sich Vertreter verschiedener Bauunternehmungen im Unterengadin abgesprochen hätten, namentlich bei Submissionen ihre Eingaben und Eingabesummen miteinander koordiniert und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden untereinander aufgeteilt hätten.

Anlässlich und im Nachgang der Hausdurchsuchungen vom 30. Oktober 2012 bis 1. November 2012 im Unterengadin seien mehrere Selbstanzeigen gemäss Art. 49 a Abs. 2 KG erfolgt. Die ersten Ermittlungsergebnisse und insbesondere die Angaben von einer der Selbstanzeigerinnen hätten den Verdacht begründet, dass die mutmasslichen Submissionsabreden nicht nur das Unterengadin, sondern darüber hinaus den gesam-

ten Kanton Graubünden betreffen. Sämtliche Selbstanzeigen hätten den Verdacht der Gesuchstellerin bezüglich des Unterengadins bestätigt und hätten der Gesuchstellerin neue Erkenntnisse bezüglich Submissionsabreden im ganzen Kanton Graubünden gebracht. Eine Selbstanzeigerin habe konkrete Hinweise geliefert, dass der Verein B. den Zweck von Koordinierung von Submissionen und die Aufteilung von Bauprojekten im Bereich Tief- und Strassenbau verfolge. In diesem Zusammenhang hätten regelmässig geheime Treffen zwischen den Vereinsmitgliedern stattgefunden. Die Selbstanzeigerin habe detailliert die systematische Vorgehensweise der Bauunternehmungen innerhalb des Vereins B. bei der Aufteilung von Submissionsprojekten im Tief- und Strassenbau erläutert. Die Ausführungen der Selbstanzeigerin würden durch die Aussagen eines Mitarbeiters der Selbstanzeigerin glaubhaft gestützt. Dieser Mitarbeiter habe abgesprochene Bauprojekte, Unternehmen und Personen, die aktiv an Submissionsabreden beteiligt gewesen seien, darunter auch die Gesuchsgegnerin und deren Geschäftsführer, genannt. Die Teilnahme der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Geschäftsführer als Organisator an den Treffen des Vereins B. könne nachweislich in verschiedenen Papieren der Selbstanzeigerin belegt werden.

Die Gesuchstellerin habe weiter festgestellt, dass die C. AG möglicherweise in einem näheren Zusammenhang mit dem Verein B. stünde. Die C. AG sei ein Unternehmen, welches Mischgutanlagen verwalte und allenfalls auch betreibe. Die Herstellung und der Verkauf von Mischgut sei dem vorgelagerten Markt des Tief- und Strassenbaus zuzuordnen. Die Gesuchstellerin habe festgestellt, dass alle Vereinsmitglieder des Vereins B. auch Mitglieder des Verwaltungsrates der C. AG seien.

**3.3** Die obgenannte Selbstanzeige, sowie die Feststellungen der Gesuchstellerin liefern genügend konkrete Hinweise, welche im jetzigen Zeitpunkt den hinreichenden Verdacht begründen, wonach die Gesuchsgegnerin den Tatbestand der Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), der Einschränkung von Produktions-, Bezugs- und Liefermengen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) und der Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) erfüllt haben könnte. Die von der Gesuchsgegnerin diesbezüglich vorgebrachten Bestreitungen (vgl. act. 5, Ziff. 7 ff.) vermögen daran nichts zu ändern.

Die Selbstanzeige selber wurde der Beschwerdekammer von der Gesuchstellerin nicht vorgelegt, da sie der Selbstanzeigerin die Wahrung ihrer Anonymität zugesichert hat (act. 1, Ziff. 19). Die Gesuchstellerin hat jedoch den wesentlichen Inhalt der bei ihr eingereichten Selbstanzeige in Beilage 5 und in ihrem Gesuch zusammengefasst und so in das Entsiegelungsverfahren eingebracht (act. 1 Ziff. 16 und act 1.5). Der Umstand, dass die Selbstanzeige der Beschwerdekammer nicht vorliegt, schadet nicht. Im Rahmen der Untersuchung kann die Akteneinsicht der Parteien aus verfahrenstaktischen Gründen noch eingeschränkt sein (vgl. hierzu ausführlich den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2009.30 vom 15. Dezember 2009, E. 2). Akten, welche einer Partei nicht offen gelegt werden sollen, aber worauf sich eine Behörde stützen will, sind dabei in Form einer Zusammenfassung einzureichen, wobei die betroffene

Partei uneingeschränkt Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Mit der eingereichten Zusammenfassung der Selbstanzeige - in Beilage 5 und dem vorliegenden Gesuch - ist dieser Praxis und somit dem Anspruch auf ein faires Verfahren Genüge getan.

#### 4.

**4.1** Als Nächstes ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass sich unter den zu durchsuchenden Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Wie sich schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt („dass sich Schriften darunter befinden...“), ist die Durchsuchung nicht auf Schriften beschränkt, die für das Untersuchungsverfahren erheblich sind. Könnten nur solche Papiere durchsucht werden, würde das eine der Beschlagnahme vorausgehende detaillierte Prüfung eines jeden Schriftstücks bedingen, womit aber die im Interesse des Inhabers der Schriften wie unmittelbar betroffener Dritter vorgesehene Versiegelung ihres Sinns entledigt würde. Die der Beschlagnahme von Papieren vorausgehende Sichtung muss notwendig eine summarische sein, soll dem Postulat der gebührenden Schonung privater Geheimnisse nachgelebt werden. Es ist deshalb nicht zu vermeiden, dass in Fällen wie dem vorliegenden Papiere sichergestellt und sodann durchsucht werden, die sich in der Folge als für die Untersuchung bedeutungslos erweisen werden (BGE 108 IV 75 mit Hinweis; vgl. auch BGE 119 IV 175 E. 3 S. 178). Sinn der Versiegelung ist es, dem Inhaber der Gegenstände zu ermöglichen, bei der Sichtung der Papiere bzw. Datenträger durch die Strafverfolgungsbehörde mitzuwirken und gegebenenfalls die Aussonderung und Rückgabe jener Papiere bzw. Datenträger zu beantragen, die für die Untersuchung nicht von Bedeutung sein können (BGE 111 Ib 50 E. 3b S. 51 f.). Für die Bewilligung der Durchsuchung genügt es, dass auch nach Anhörung der Betroffenen die Vermutung bestehen bleibt, dass die fraglichen Papiere für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein können (BGE 101 IV 364 E. 3b S. 368; Urteil des Bundesgerichts 1B\_101/2008 E. 3.2). Die Untersuchungsbehörden müssen nicht darlegen, inwiefern ein konkreter Sachzusammenhang zwischen den Ermittlungen und einzelnen versiegelten Dokumenten besteht (Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2011.6 vom 27. März 2012, E. 2.2).

**4.2** Die Gesuchstellerin fasst den Inhalt der sich unter „S-00402 befindenden Aktenstücke wie folgt zusammen: „S-0040 E-Mail Verkehr von 19. bis 21. Dezember 2012: Die E-Mail Korrespondenz beinhaltet eine E-Mail zwischen Bauunternehmen, welche zu einem späteren Zeitpunkt an eine Anwaltskanzlei weitergeleitet wurde. Die ursprüngliche E-Mail ist keine Anwaltskorrespondenz. Das Sekretariat hat in Gegenwart der Gesuchsgegnerin die E-Mail Korrespondenz in einer bereinigten Version und einer nicht bereinigten Version versiegelt. In der bereinigten Version sind die Passagen betreffend die Weiterleitung und Antwort eines Rechtsanwaltes entfernt worden da für das Sekretariat nur die vorbestehende E-Mail zwischen Bauunternehmen untersuchungsrelevant ist“ (act. 1, Ziff. 26). Die Gesuchsgegnerin führt diesbezüglich sinngemäss aus, dass sich neben der von der Gesuchstellerin genannten Korrespondenz unter "S-0040" noch weitere E-Mails der Gesuchsgegnerin - welche nicht dieser Korrespondenz zuzuordnen sind - und

ein handschriftlicher Vermerk befinden. Da es sich dabei nicht um Korrespondenz zwischen Bauunternehmen handle und die Gesuchstellerin diese nicht ausdrücklich als untersuchungsrelevant eingestuft habe, dürften diese Schriftstücke nicht entsiegelt werden (act. 5, Ziff. 12). Aus den oben wiedergegebenen Ausführungen der Gesuchstellerin geht hervor, dass es ihr nur um die E-Mail betreffend die Korrespondenz zwischen Bauunternehmen geht. Diesbezüglich besteht klarerweise im Hinblick auf den vorgeworfenen Sachverhalt die Vermutung, dass die E-Mail für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein könnte.

**4.3** Bezüglich „S-0041“ und „S-0042“ besteht die Vermutung, dass sie für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein könnten. Da diesbezüglich jedoch das Entsiegelungsgesuch als zurückgezogen gilt (vgl. E. 6.4 und 6.5), erübrigen sich weitere Ausführungen an dieser Stelle.

**4.4** Die restlichen vorliegend zur Diskussion stehenden Schriftstücke beschreibt die Gesuchstellerin wie folgt (act. 1, Ziff. 29 ff.): „S-0048 Dokument Strategieüberprüfung aus dem Jahr 1994 aus dem schwarzen Ordner Strategie 2003; S-0049: Protokolle des Vereins D., Auszug aus dem Dokument S-0011. Das versiegelte Papier enthält Informationen aus den Jahren vor dem Untersuchungszeitraum zu dem ehemaligen Verein „D.“, aus welchem der Verein B. hervor gegangen ist und beinhaltet Schriften zu den jährlichen Vereinsversammlungen, welche das Sekretariat als untersuchungsrelevant hält; S-0051 und S-0051 bis: Protokolle der A. AG, von 2001, 2002 und 2003, Auszug aus der Nummer S-0050. Die Protokolle enthalten Informationen zu der A. AG und beinhalten Schriften, welche das Sekretariat als untersuchungsrelevant hält“. Die Gesuchgegnerin führt diesbezüglich aus, dass gemäss Durchsuchungsbefehl vom 22. April 2012 die Gesuchstellerin nur ermächtigt gewesen sei, Beweismittel zu beschlagnahmen, die für den Nachweis eines Kartellrechtsverstosses ab dem 1. April 2004 geeignet seien. Da S-0048, S-0049 und S-0051 bzw. S-0051 bis vor dem 1. April 2004 datieren, fehle es ihnen an der Untersuchungsrelevanz (act. 1, Ziff. 15 ff.). Der Argumentation der Gesuchgegnerin ist entgegenzuhalten, dass der obgenannte Durchsuchungsbefehl nicht darauf abstellt - wie von ihr behauptet -, wann ein Dokument erstellt wurde, sondern, ob es für den Nachweis eines Kartellverstosses ab 1. April 2004 geeignet ist. Es liegt auf der Hand, dass auch vor dem 1. April 2004 datierte Schriftstücke Auskunft über Kartellrechtsverstösse ab dem 1. April 2004 geben können. Selbst für das Dokument Strategieüberprüfung aus dem Jahr 1994 aus dem schwarzen Ordner Strategie 2003 besteht die Vermutung, dass es für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein könnte; die Strategie aus dem Jahr 1994 könnte durchaus Aufschluss über den der Gesuchgegnerin zur Last gelegten Sachverhalt geben. Der Umstand, dass dieses Dokument im Ordner „Strategie 2003“ abgelegt ist, verdichtet die Vermutung der Beweisrelevanz zusätzlich.

**4.5** Nach dem Gesagten, besteht für die vorliegend zur Diskussion stehenden Schriftstücke - bezüglich „S-0040“ nur für die E-Mail zwischen Bauunternehmen - die Vermutung, dass sie für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein können.

## 5.

**5.1** Als nächstes rügt die Gesuchgegnerin die Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips; der Hausdurchsuchung vom 23. und 24. April 2013 mangle es am Überraschungseffekt. Die Untersuchung gegen sie sei bereits am 30. Oktober 2012 eröffnet worden und es seien bereits damals Hausdurchsuchungen bei Konkurrenz-Unternehmen erfolgt. Sie hätte somit - wenn in ihren Räumlichkeiten belastendes Material vorhanden gewesen wäre (was nicht der Fall sei) - genügend Zeit gehabt, Beweismittel beiseite zu schaffen oder zu vernichten - was aber nicht geschehen sei (act. 5, Rz. 21).

**5.2** Die Gesuchstellerin hat nach ihren eigenen Angaben keine Beweismittel aus den durchsuchten Räumlichkeiten entfernt (act. 5 Rz. 21). Damit ist es widersprüchlich, wenn sie geltend macht, die Hausdurchsuchung sei zweckuntauglich gewesen. Dürfte die Gesuchstellerin mit Grund annehmen, in den Räumlichkeiten befänden sich zum Beweis geeignete Gegenstände, und habe die Gesuchgegnerin dort nichts entfernt, war die Hausdurchsuchung geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Weiter ist festzuhalten, dass das Bundesgericht trotz einer vorhergehenden Hausdurchsuchung eine spätere Hausdurchsuchung im gleichen Verfahren an einem anderen Ort trotz des damit eingeschränkten Überraschungseffekt nicht als zum Vornherein zweckuntauglich bezeichnet hat (Urteil des Bundesgerichts 1B\_101/2008 vom 28.10.2008, E. 2.2). Folglich erweist sich auch diese Rüge der Gesuchgegnerin als unbegründet.

## 6.

**6.1** In Bezug auf die sich in „S-0040“, „S-0041“ und „S-0042“ befindenden Schriftstücke macht die Gesuchgegnerin geltend, es handle sich dabei um Anwaltskorrespondenz (act. 5 Ziff. 34).

**6.2** Papiere sind mit grösstmöglicher Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Zudem sind bei der Durchsuchung das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, die Geistlichen, Rechtsanwältinnen, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem Amte oder Beruf anvertraut wurden, zu wahren (Art. 50 Abs. 2 VStrR). Solche Geheimnisse ergeben sich u.a. aus den Beschlagnahmeverboten (THORMANN/BRECHBÜHL, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 248 StPO N. 45). Art. 46 Abs. 3 VStrR beinhaltet solch ein Beschlagnahmeverbot und lautet folgendermassen: Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt dürfen nicht beschlagnahmt werden, sofern dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist. Art. 46 Abs. 3 VStrR ist am 1. Mai 2013 in Kraft getreten. Das Entsiegelungsgesuch erfolgte am 8. Mai 2013, daher nach Inkrafttreten von Art. 46 Abs. 3 VStrR, weswegen dieser vorliegend zur Anwendung gelangt, wovon im Übrigen auch beide Parteien ausgehen.

Art. 46 Abs. 3 VStrR entspricht Art. 264 Abs. 1 Bst. a. und d. StPO (Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 26. Oktober

2011 [nachfolgend „Botschaft“], BBl 2011 S. 8188). Geschützt sind nur Unterlagen, die im Rahmen eines berufsspezifischen Mandates vom Anwalt selber, der Klientenschaft oder Dritten erstellt wurden. Zu den Unterlagen gehören nicht nur die Korrespondenz im üblichen Sinne wie Briefe oder E-Mails, sondern auch eigene Aufzeichnungen, rechtliche Abklärungen im Vorfeld eines Verfahrens, Besprechungsnotizen, Strategiepapiere, Vertrags- oder Vergleichsentwürfe usw. (Botschaft S. 8184). Ursprünglich nicht für den Anwalt bestimmte Dokumente können nicht dadurch in den Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses einbezogen werden, indem sie der Anwaltskorrespondenz beigelegt werden. Klarerweise gilt dies für Dokumente wie Besprechungsprotokolle (u.a. Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsprotokolle) oder interne Korrespondenzen (E-Mails), die unabhängig von anwaltlicher Beratung oder Vertretung entstanden sind und mit deren Erstellung eigene Zwecke verfolgt wurden (interne Willensbildung oder Dokumentation). Was beim Unternehmen abzulegen ist bzw. wäre, kann nicht alleine durch die Tatsache der „Beimischung“ in die Anwaltskorrespondenz dem Zugriff von Behörden entzogen werden. Ein Schutz wäre in solchen Fällen regelmässig deshalb abzulehnen, da nicht der berufsspezifische Tätigkeitsbereich betroffen wäre. In gewissen Fällen wäre ein solches Vorgehen zudem missbräuchlich - Verstecken brisanter Dokumente - und deshalb unzulässig (SPITZ PHILIPPE, Prävention und Prozessrecht - die Compliance an einer Wegscheide, Jusletter 30. Juni 2008, Rz. 61; Ramon Mabillard, Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen am Beispiel der Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren, SJZ 101/2005 S. 215).

**6.3** Die Gesuchstellerin hat den Inhalt von "S-0040" wie folgt zusammengefasst: „S-0040 E-Mail Verkehr von 19. bis 21 Dezember 2012: Die E-Mail Korrespondenz beinhaltet eine E-Mail zwischen Bauunternehmen, welche zu einem späteren Zeitpunkt an eine Anwaltskanzlei weitergeleitet wurde. Die ursprüngliche E-Mail ist keine Anwaltskorrespondenz. Das Sekretariat hat in Gegenwart der Gesuchsgegnerin die E-Mail Korrespondenz in einer bereinigten Version und einer nicht bereinigten Version versiegelt. In der bereinigten Version sind die Passagen betreffend die Weiterleitung und Antwort eines Rechtsanwaltes entfernt worden, da für das Sekretariat nur die vorbestehende E-Mail zwischen Bauunternehmen untersuchungsrelevant ist“ (act. 1, Ziff. 26). Die Sichtung des Ausdrucks der E-Mail vom 19. Dezember 2012 hat ergeben, dass die Beschreibung der Gesuchstellerin korrekt ist. Diese hat einzig unterlassen zu erwähnen, dass sich auf dem Ausdruck der E-Mail eine Handnotiz befindet. Die E-Mail vom 19. Dezember 2012 wurde durch einen Vertreter der Gesuchgegnerin verfasst und war in ihrem Entstehungszeitpunkt nicht für einen Rechtsanwalt bestimmt. Da die nachträgliche Weiterleitung an einen Rechtsanwalt nicht dazu führt, dass vorgenannte E-Mail unter den Schutzbereich von Art. 46 Abs. 3 VStrR fällt (siehe E. 6.2), ist die Gesuchstellerin zu ermächtigen den Ausdruck der E-Mail vom 19. Dezember 2012 zu durchsuchen.

Hingegen fällt die Handnotiz auf dem Ausdruck der E-Mail vom 19. Dezember 2012 unter den Schutzbereich von Art. 46 Abs. 3 VStrR; es handelt sich um eine Be-

sprechungsnotiz aus einer Besprechung mit einem Rechtsanwalt. Die Gesuchstellerin wird deswegen lediglich ermächtigt, eine Kopie des Ausdruckes der E-Mail vom 19. Dezember 2012 - bei welcher die Handnotiz durch die Beschwerdekammer abzudecken sein wird - zu durchsuchen.

**6.4** Die Sichtung von „S-0041“ hat ergeben, dass sich folgende Schriftstücke darunter befinden; Schreiben der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin vom 5. November 2012 betreffend Verfahrenseröffnung (act. 1.4, vgl. Sachverhalt bst. A) und ein Ausdruck einer E-Mail vom 9. November 2012 an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Gesuchgegnerin samt Anhang (Memorandum betreffend „Massnahmen im Falle von Hausdurchsuchungen in kartellrechtlichen Verfahren“). Die Gesuchstellerin hält diesbezüglich fest, dass sie ihr Entsigelungsgesuch zurückziehe, sollte die vorerwähnte E-Mail nur an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung adressiert sein (act. 7, S. 2). Wie bereits festgehalten, ist die E-Mail vom 9. November 2012 nur an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung adressiert, weswegen das Entsigelungsgesuch betreffend „S-0041“ als zurückgezogen gilt.

**6.5** Bezüglich „S-0042“ hält die Gesuchstellerin fest, dass es für sie fraglich sei, ob das Schriftstück jemals an einen Rechtsanwalt geschickt wurde. Sollte dies der Fall sein, so ziehe die Gesuchstellerin ihr Entsigelungsgesuch diesbezüglich zurück (act. 7, S. 2). Die Sichtung hat ergeben, dass „S-0042“ aus einer Tabelle und einem Begleitschreiben besteht. Das Begleitschreiben vom 20. Dezember 2012 nimmt Bezug auf die Tabelle und ist an Rechtsanwalt [...] adressiert. Die von Rechtsanwalt [...] eingereichte Kopie des Begleitschreibens enthält einen Eingangsstempel vom 21. Dezember 2012 (act. 5.7). Weiter bestätigte Rechtsanwalt [...] einem Vertreter der Gesuchsgegnerin mit E-Mail vom 21. Dezember 2012 den Erhalt der besagten Tabelle. Die Beschwerdekammer hält es für erwiesen, dass das zur Diskussion stehende Schriftstück an Rechtsanwalt [...] geschickt wurde, weswegen das Entsigelungsgesuch auch betreffend „S-0042“ als zurückgezogen gilt.

**7.** Nach dem Gesagten ist das Entsigelungsgesuch betreffend S-0048, S-0049, S-0051 und S-0051<sup>bis</sup> gutzuheissen und es ist die Gesuchstellerin zu ermächtigen, die eingereichten Schriftstücke zu entsiegeln und zu durchsuchen. Betreffend S-0040 ist der Gesuchstellerin lediglich eine Kopie der E-Mail vom 19. Dezember 2012 - in welcher die sich darauf befindende Handnotiz durch die Beschwerdekammer abzudecken sein wird - zuzustellen. Das Entsigelungsgesuch betreffend S-0041 und S-0042 gilt als zurückgezogen.

## 8.

**8.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin als teilweise unterliegende Partei die reduzierten Gerichtskosten zu tragen (Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art 66 Abs. 1 BGG analog, siehe dazu TPF 2011 25 E. 3). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 500.-- festzusetzen (Art. 8 des Reglements des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]).

**8.2** Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- (inkl. Auslagen; keine MwSt.) auszurichten (Art. 81 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 und Art. 99 Abs. 1 VStrR).

**Demnach erkennt die Beschwerdekammer:**

1. Das Gesuch wird betreffend S-0048, S-0049, S-0051 S-0051 bis vollständig und betreffend S-0040 im Sinne der Erwägung 6.3 gutgeheissen. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die Schriftstücke zu durchsuchen.
2. Das Gesuch wird betreffend S-0041 und S-0042 zufolge Rückzugs des Entsiegelungsgesuches als gegenstandslos abgeschrieben. S-0040, S-0041 und S-0042 werden an die Gesuchsgegnerin retourniert.
3. Die reduzierten Gerichtsgebühren von Fr. 500.-- werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 500.-- zu entrichten (inkl. Auslagen; keine MwSt.).

[Rechtsmittelbelehrung]

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	<b>H</b>	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	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
DPC	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	<b>T</b>	
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)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>S</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 707, 710, 742
- abgestimmte Verhaltensweise 482, 485, 495, 557 ff., 706, 708, 710, 713, 735, 742, 744, 756, 782, 813
- Abrede 476 ff., 488 ff., 524 ff., 658, 663, 673 f., 677, 679, 704 ff., 740, 742 ff., 750 ff., 808 ff., 867 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 534, 536 f., 544, 569, 572, 643, 649 f., 751, 755, 762 ff., 770, 793, 798, 805, 809 f., 814, 816 ff., 824, 827, 835, 861, 869
- Apotheker/innen 706, 708, 714, 722 ff., 731, 733, 737, 742, 744, 870
- Ärzte(-Verband) 704 ff., 740 ff.
- B**
- Banken 590, 667, 671, 705 f., 741 f.
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 526, 603 ff., 708, 744 f., 790 f., 796, 801, 834, 838
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung 748
- einvernehmliche Regelung 815
- Erheblichkeit 642, 751, 758 ff., 767, 770 ff., 777, 786 ff., 810, 817, 823, 825, 832 ff., 840
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 799, 801, 815, 837 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 830
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung -
- Marktgegenseite 508, 526, 553, 556, 592 ff., 597, 599 f., 603, 659, 667, 669, 678, 680, 718, 720, 723, 728, 782 ff., 790 f., 830 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur -
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 858
- Missbrauch 488, 508, 558, 666, 736, 753, 765, 777, 779 ff., 819, 824, 855
- N**
- Netzwerk -
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 495 f., 508, 510, 583, 601, 706, 715, 742, 801, 838, 869
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
- Reduktion der Sanktion 634 ff., 711, 805
- S**
- Sanktionen 529, 533, 546, 551, 571, 605, 607 f., 610, 614 f., 620, 624, 628 f., 632 f., 639, 641, 643 f., 648 f., 651 f., 705, 714, 741, 745, 752, 754, 761, 765, 799 ff., 819, 837 ff.
- Senkung Herstellkosten -



Submission 527, 529, 540, 551 ff., 577, 581 ff., 591 ff., 640 ff., 816, 868 f.	Veröffentlichung 552, 564, 570, 707 ff., 713, 731, 738 f., 742, 744 ff., 752, 774 f., 809
Submissionskartell -	Verschulden 605 ff., 619, 628, 745, 752, 801 ff., 810, 812, 814, 837 ff.
<b>T</b>	
Tarife 497, 500, 723	Vierparteiensysteme -
Tarifvertrag -	vorbehaltene Vorschriften 484, 551, 658, 665, 677, 718, 725, 728, 730, 732 f., 761, 814
Tierärzte/innen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Transparenzmassnahmen -	
<b>U</b>	<b>W</b>
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 487, 489, 493, 502, 524 ff., 654, 667, 704 f., 709 f., 715, 720, 722 ff., 730, 732 f., 738, 740 f., 744, 746, 748, 750 ff., 808 ff., 853, 862, 867 ff.	<b>X</b>
unzulässige Wettbewerbsabrede 484, 487 ff., 496, 499, 509 f., 525, 537, 558, 646, 704 f., 711, 740, 750 f., 778, 798, 800, 806, 808, 815, 825, 836, 838, 841	<b>Y</b>
<b>V</b>	<b>Z</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel -
	zweiseitige Märkte -