



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

**2018/4**

---

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: 727.000.18/4)

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> |

2018/4

**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 2019

|                   |          |                                       |
|-------------------|----------|---------------------------------------|
| <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 <sup>1</sup>    |
|                   | 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>                       |

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

|                     |          |  |
|---------------------|----------|--|
| <b>Systématique</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 <sup>1</sup>      |
|                     | 1        | Mesures provisionnelles                        |
|                     | 2        | Enquêtes                                       |
|                     | 3        | Concentrations d'entreprises                   |
|                     | 4        | Sanctions selon l'article 50 ss LCart          |
|                     | 5        | Autres décisions                               |
|                     | 6        | Recommandations                                |
|                     | 7        | Préavis  |
|                     | 8        | LMI  |
|                     | 9        | Divers   |
|                     | B 3      | Tribunal administratif fédéral                 |
|                     | B 4      | Tribunal fédéral                               |
|                     | B 5      | Conseil fédéral                                |
|                     | B 6      | Surveillant des prix                           |
|                     | B 7      | Tribunaux cantonaux                            |
|                     | B 8      | Tribunal pénal fédéral                         |
|                     | <b>C</b> | <b>Pratique des tribunaux civils</b>           |
|                     | C 1      | Tribunaux cantonaux                            |
|                     | C 2      | Tribunal fédéral                               |
|                     | <b>D</b> | <b>Développements</b>                          |
|                     | D 1      | Actes législatifs, communications              |
|                     | D 2      | Bibliographie                                  |
|                     | <b>E</b> | <b>Divers</b>                                  |

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

|                    |          |  |
|--------------------|----------|--|
| <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 <sup>1</sup>     |
|                    | 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>                                 |

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

|            |  |      |
|------------|--|------|
| <b>B</b>   | <b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b><br><b>Pratique administrative</b><br><b>Prassi amministrativa</b>  |      |
| <b>B 1</b> | <b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b><br>Secrétariat de la Commission de la concurrence<br>Segreteria della Commissione della concorrenza   |      |
| <b>4.</b>  | <b>Beratungen</b><br><b>Conseils</b><br><b>Consulenze</b>  |      |
|            | 1. Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG   | 716  |
|            | 2. Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG   | 719  |
| <b>B 2</b> | <b>Wettbewerbskommission</b><br>Commission de la concurrence<br>Commissione della concorrenza  |      |
| <b>2.</b>  | <b>Untersuchungen</b><br><b>Enquêtes</b><br><b>Inchieste</b>   |      |
|            | 1. Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung   | 723  |
|            | 2. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U   | 736  |
|            | 3. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III   | 756  |
|            | 4. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV  | 801  |
|            | 5. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII   | 820  |
|            | 6. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q   | 841  |
| <b>3.</b>  | <b>Unternehmenszusammenschlüsse</b><br><b>Concentrations d'entreprises</b><br><b>Concentrazioni di imprese</b>   |      |
|            | 1. Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH   | 859  |
|            | 2. AZ Medien/NZZ   | 866  |
|            | 3. Tamedia/AXA/JV  | 921  |
|            | 4. Tamedia/Basler Zeitung  | 937  |
|            | 5. Vossloh AG/Rhomberg Sersa Rail Holding GmbH   | 989  |
|            | 6. TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl  | 993  |
|            | 7. Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben   | 1011 |
| <b>7.</b>  | <b>Stellungnahme</b><br><b>Préavis</b><br><b>Preavvisi</b>   |      |
|            | 1. Stellungnahme zum Entwurf eines neuen Gesetzes über elektronische Medien  | 1033 |
|            | 2. Stellungnahme der WEKO betreffend die Konzession für die SRG/SSR  | 1039 |
|            | 3. Indirekter Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative – Vernehmlassung der WEKO   | 1041 |
| <b>B 4</b> | <b>Bundesgericht</b><br>Tribunal fédéral<br>Tribunale federale   |      |
|            | 1. Sentenza dell'11 ottobre 2018 – Iscrizione all'albo delle imprese artigiane (LIA), ricorso contro la sentenza emanata il 7 marzo 2018 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino | 1044 |
|            | <b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>  | 1048 |
|            | <b>Index (deutsch, français e italiano)</b>  | 1050 |

## 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>4. Beratungen</b><br>Conseils<br>Consulenze          |
| B 1.4 | <b>1. Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG</b> |

*Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

#### I. Sachverhalt

Gemäss Beratungsanfrage plant die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) die Aktienmehrheit der Bärtschi Media AG (nachfolgend: Bärtschi) zu erwerben (nachfolgend: Transaktion). Ringier ist gemäss Beratungsanfrage zu 50 % an der Ringier Axel Springer Schweiz AG beteiligt, welche wiederum zu 100 % an der Le Temps SA beteiligt ist, die in der französischen Schweiz die Tageszeitung „Le Temps“ herausgibt.

Gemäss Beratungsanfrage ist Bärtschi eine auf Auto und Mobilität spezialisierte Medienagentur. Sie produziert Text-, Bild- und Videoprodukte im Automobilbereich. Produziert würden sowohl einzelne Beiträge als auch ganze Beilagen. Inhaltlich handle es sich bei den Produkten unter anderem um Fahrberichte, Eventberichterstattungen oder Portraits und Reportagen. Zum Kundenkreis zählten Tageszeitungen und Wochen- resp. Monatsmagazine aus der Deutschschweiz. Bärtschi erstelle ihre Produkte ausschliesslich in deutscher Sprache und verfüge über keinerlei französische Sprachkompetenzen. Allerdings würden die deutschschweizerischen Kunden von Bärtschi fallweise die Produkte von Bärtschi ins Französische zur Verwendung der Produkte in ihren französischsprachigen Ausgaben übersetzen. Im Rahmen nationaler Werbekampagnen seien ebenfalls schon Publi-Reportagen von Bärtschi durch deren Kunden ins Französische übersetzt worden. Bärtschi sei ein kleines Unternehmen, welches in direkter Konkurrenz zu einer Vielzahl anderer Medienagenturen und unabhängigen Autojournalisten sowie zu den Redaktionen der Medienunternehmen stehe.

#### II. Fragestellung

Mit der Beratungsanfrage wird das Sekretariat um Bestätigung ersucht, dass es sich bei der geplanten Trans-

aktion nicht um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 9 Abs. 4 KG handelt und die Gesuchstellerin daher nicht verpflichtet ist, eine Zusammenschlussmeldung bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) einzureichen.

#### III. Beurteilung

Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG 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.

Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>1</sup>

Seit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer Schweiz/Ringier<sup>2</sup> entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung der Le Temps SA auf dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz auch Wirkung auf die Axel Springer Schweiz AG sowie die diese gemeinsam kontrollierenden Ringier-Gruppe und Axel Springer-Gruppe. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Ringier an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für

<sup>1</sup> Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

<sup>2</sup> RPW 2015/3, 430 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*.



überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz betrifft oder einen Markt betrifft, der dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

Die Transaktion betrifft gemäss Angaben in der Beratungsanfrage nicht den Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz. Zu prüfen ist daher, ob die Geschäftstätigkeit von Bärtschi auf einem Markt erfolgt, der dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (nachfolgend: Botschaft)<sup>3</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>4</sup> Zur Frage, wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist, äussert sich die Botschaft jedoch nicht.

In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich aus.<sup>5</sup> Im Fall *The Swatch Group AG / Wettbewerbskommission WEKO* führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe der vor-, nachgelagerten und insbesondere benachbarten Märkten ein Problem mit der Voraussehbarkeit bestehen könne. Deshalb sei Art. 9 Abs. 4 KG in Bezug auf die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte restriktive auszulegen. Dies gelte insbesondere dann, wenn aufgrund dieser Auslegung eine Sanktion ausgesprochen wird.<sup>6</sup> Dazu ist anzumerken, dass dies nicht unbesehen auf Fälle übertragen werden kann, in denen keine Sanktion droht.<sup>7</sup>

Vor- und nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sind solche Märkte, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher kommen. D. h. Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt wurde, stehen.<sup>8</sup> Vorausgesetzt ist, dass ein Produkt eines vorgelagerten Marktes für die Produktion oder den Vertrieb auf dem beherrschten Markt benötigt wird bzw. dass das Produkt des beherrschten Marktes für die Produktion oder den Vertrieb auf einem nachgelagerten Markt benötigt wird.<sup>9</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage bislang offengelassen, ob mehrere Stufen innerhalb einer Produktionskette für das Vorliegen eines benachbarten Marktes relevant sein können.<sup>10</sup> Nach Ansicht des Sekretariats ist nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar vor- oder nachgelagert sind. Wettbewerbseffekte können sich auch zwischen weiter entfernten Märkten ergeben. So ist es denkbar, dass ein Unternehmen, welches über eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt für ein notwendiges Ausgangsprodukt ver-

fügt, diese Marktbeherrschung auf den Markt für das Endprodukt übertragen kann, unabhängig davon, wie viele Veredelungsstufen zwischen diesen beiden Märkten bestehen. Ob solche Effekte vorliegen, ist indes Sache der materiellen Prüfung. Im Rahmen der Meldepflicht kann jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Effekte haben kann, wenn nicht unmittelbar vor- oder nachgelagerte Märkte vorliegen. Entsprechend sind diese Zusammenschlussvorhaben im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 KG zu melden. Dies nicht zuletzt, um der in der Botschaft genannten gesetzgeberischen Absicht nachzukommen, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchen, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.

Nach der Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts gilt ein Markt als benachbart zu einem anderen Markt, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>11</sup> Die Praxis der WEKO legt den Begriff des benachbarten Marktes regelmässig weit aus. Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.<sup>12</sup> Auch hier ist nach Ansicht des Sekretariats nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.

Den Ausführungen in der Beratungsanfrage ist darin zuzustimmen, dass Bärtschi nicht auf einem dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz nachgelagerten Markt tätig sein dürfte. Ebenso wenig dürften benachbarte

<sup>3</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468.

<sup>4</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 581.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2006/4, 622, *Meldepflicht der Emmi AG*; RPW 2006/2, 292 f. Rz 21 ff., *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation*.

<sup>6</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 476 E. 2.1, *The Swatch Group AG/WEKO*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2014/4, 761 Rz 30, *Tamedia/home.ch*.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*; FELIX PRÜMMER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9 N 122 (nachfolgend: DIKE KG); MANI REINERT, in: Balser Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010 (nachfolgend: BSK KG), Art. 9 KG N 305 ff.; SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 9 LCart N 117 ff.

<sup>9</sup> Vgl. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, N 2.944.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2014/2, 477 E. 2.2.5, *The Swatch Group AG/WEKO*.

<sup>11</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>12</sup> Vgl. DIKE KG-PRÜMMER (Fn 8), Art. 9 KG N 125; BSK KG-REINERT (Fn 8), Art. 9 KG N 310 ff.

Märkte vorliegen. Die Nachfrage der Leser nach überregionalen „analytischen“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz dürfte kaum parallel zur Nachfrage von Tageszeitungen und Wochen- resp. Monatsmagazinen nach Text-, Bild- und Videoprodukten (insb. Fahrberichte, Eventberichterstattungen oder Portraits und Reportagen) im Automobilbereich verlaufen.

Demgegenüber kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bärtschi auf einem dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vorgelagerten Markt tätig ist. Zwar produziert Bärtschi nach Angaben in der Beratungsanfrage keine Produkte in französischer Sprache. Allerdings wird in der Beratungsanfrage auch ausgeführt, dass die Produkte von Bärtschi von deren Kunden mitunter ins Französische übersetzt worden seien zur Verwendung der Produkte in den französischsprachigen Ausgaben. Allerdings ist es gemäss Beratungsanfrage für die Marktteilnehmer des beherrschten Marktes naheliegender, Medienagenturleistungen im Automobilbereich bereits in französischer Sprache einzukaufen, auch weil somit die Korrespondenz in einer Fremdsprache als zusätzliches Hindernis entfällt. Dafür, dass es auch einen solchen französischsprachigen Markt für Medienagenturleistungen im Automobilbereich gibt, spreche der Umstand, dass es in der Westschweiz selber nach wie vor zahlreiche Presseerzeugnisse und einen grossen Lesermarkt gebe, welche entsprechende Produkte nachfragen könnten. Es gebe denn auch diverse einschlägige unabhängige Medienagenturen bzw. Autojournalisten, welche für den französischsprachigen Markt in der Schweiz entsprechende Inhalte produzieren würden.

Es mag zwar für einen auf dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz tätigen Anbieter naheliegender sein, Medienprodukte wie sie Bärtschi produziert in französischer Sprache nachzufragen. Allerdings erscheint es aufgrund des dargelegten Sachverhalts nicht ausgeschlossen, dass ein auf dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz tätiger Anbieter auch Produkte auf dem Markt bzw. den Märkten nachfragt – sei dies direkt oder mittelbar – auf denen auch Bärtschi tätig ist. Dies insbesondere, wenn es sich um ein schweizweit tätiges Verlagshaus handelt. Unter diesen Umständen kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bärtschi auf einem oder mehreren Märkten tätig ist, die dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vorgelagert sind.

#### **IV. Fazit**

Solange nicht ausgeschlossen werden kann, dass Anbieter dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz direkt oder indirekt Produkte auf dem Markt bzw. den Märkten nachfragen, auf denen auch Bärtschi tätig ist, sind letztgenannte Märkte als dem Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz vorgelagert i. S. von Art. 9 Abs. 4 KG zu qualifizieren. Nach Ansicht des Sekretariats handelt es sich daher bei der in der Beratungsanfrage dargestellten Transaktion – ein Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vorausgesetzt – um ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

## B 1.4

**2. Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG**

*Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Artikel 23 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

**A Sachverhalt****A.1 „Horizont 1“: Vereinbarung über die Zuteilung von Strecken der S-Bahn St. Gallen nach Aufforderung des Kantons St. Gallen**

1. Gemäss Beratungsanfrage erfolgt der Betrieb der S-Bahn St. Gallen zurzeit durch SBB, SOB und Thurbo. Dieser Betrieb beruhe auf der Bestellung durch die Kantone St. Gallen, Luzern, Schwyz, Glarus, Schaffhausen, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden und Thurgau (nachfolgend: Auftragskantone) sowie das Bundesamt für Verkehr (nachfolgend: BAV). Der Kanton St. Gallen habe im Jahr 2007 SBB, SOB und Thurbo auf Grundlage des damaligen Projekts „AP-Ost 2012“ für den „Horizont 1“ (ab 2012) angewiesen, eine Vereinbarung zu treffen und ein gemeinsames Angebotskonzept zu erstellen.

2. SBB, SOB und Thurbo hätten im November 2007 die „Vereinbarung zwischen SBB, SOB und Thurbo über den Betrieb der S-Bahn St. Gallen“ (nachfolgend: Vereinbarung 2007) geschlossen. Mit dieser Grundlage hätten SBB, SOB und Thurbo gemeinsam ihre jeweiligen Verkehrsleistungen gemäss Bestellung der Auftragskantone angeboten. In der Folge hätten der Kanton St. Gallen und die anderen Auftragskantone die von SBB, SOB und Thurbo aufgeteilten S-Bahn-Strecken bei diesen drei Anbietern direkt bestellt. Auf eine Ausschreibung der Verkehrsleistungen hätten die Auftragskantone verzichtet.

3. Mit der Vereinbarung 2007 sei eine Zuteilung von „Marktgebieten“ nach Tätigkeitsgebieten von SBB, SOB und Thurbo verbunden gewesen. Deshalb hätten diese mit dem Sekretariat im Februar 2008 Gespräche geführt. Das Sekretariat habe darauf verzichtet, die Vereinbarung 2007 in einem „formellen Verfahren“ zu prüfen.

**A.2 „Horizont 2“: aktuelle Planung für die Zeit ab dem Fahrplanjahr 2019 / 2020**

4. Die Vereinbarung 2007 sehe vor, dass SBB, SOB und Thurbo ihre Zusammenarbeit für die Leistungserstellung für den „Horizont 2“ (frühestens ab 2015) grundsätzlich fortführen sollten. Allerdings regle die Vereinbarung 2007 diese Leistungserstellung nur unvollständig.

5. Gegenwärtig planten der Kanton St. Gallen und die übrigen Auftragskantone die Leistungsverteilung für den „Horizont 2“ beziehungsweise die Bestellung der Verkehrsleistungen für die S-Bahn St. Gallen ab dem Fahrplanjahr 2019/2020. So hätten die Auftragskantone SBB, SOB und Thurbo aufgefordert, eine neue Vereinbarung mit einer Aufteilung der S-Bahn St. Gallen zu unterbreiten. So hätten SBB, SOB und Thurbo die neue „Vereinbarung über den Betrieb der S-Bahn St. Gallen „Hori-

zont 2““ vom 13. Juni 2018 (nachfolgend: Vereinbarung 2018) geschlossen.

6. Leistungsmässig entspreche die Vereinbarung 2018 für den „Horizont 2“ weitgehend dem Fahrplan 2019 und solle auf den Fahrplanwechsel 2019/2020 umgesetzt werden. Dies sei der Zeitpunkt, in welchem die S-Bahn-Konzessionen für die S-Bahn St. Gallen erneuert würden.

7. Die Vereinbarung 2018 trete nur dann in Kraft, wenn ihr der Kanton St. Gallen und das BAV zustimmen würden und die Vereinbarung 2018 von keiner anderen Behörde untersagt werde.

8. Gemäss Beratungsanfrage sei es die Absicht des Kantons St. Gallen, mehr als eine Anbieterin mit der Leistungserbringung im Rahmen der S-Bahn St. Gallen zu beauftragen. Dies diene der effizienteren Produktion und optimalen Auslastung der vorhandenen Ressourcen. Deshalb habe der Kanton St. Gallen als Besteller die Vereinbarung 2018 veranlasst und der endgültigen Fassung zugestimmt.

9. Von der Vereinbarung 2018 hätten die anderen Auftragskantone zustimmend Kenntnis genommen. Auch das BAV habe dieser von den Auftragskantonen gewünschten, einvernehmlichen Lösung zugestimmt.

10. Deshalb beabsichtigten SBB, SOB und Thurbo dem Kanton St. Gallen und den übrigen Auftragskantonen ihre Verkehrsangebote gemäss Vereinbarung 2018 zu unterbreiten und dem BAV ihre Konzessionsgesuche für die Zeit ab dem Fahrplanwechsel im Dezember 2019 zu stellen. Die Auftragskantone beabsichtigten, den Betrieb der fraglichen S-Bahn-Strecken gemäss der Vereinbarung 2018 zuzuweisen und auf eine Ausschreibung dieser Strecken zu verzichten. Das BAV werde SBB, SOB und Thurbo voraussichtlich die Personenbeförderungskonzessionen (Art. 6 PBG<sup>1</sup>) entsprechend erteilen.

**B Beratungsanfrage**

11. Gemäss Artikel 32 Absatz 3 PBG hätten die Besteller des regionalen Personenverkehrs auf der Schiene zwar die Möglichkeit, ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durchzuführen, seien dazu aber nicht verpflichtet. Es stünde dem Kanton St. Gallen und den übrigen Auftragskantonen spezialgesetzlich frei, ob sie die S-Bahn-Strecken, die sie bestellten, öffentlich ausschreiben wollten.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

12. Somit verfügten die Auftragskantone über einen weiten Ermessensspielraum bei der Bestellung der benötigten Verkehrsleistungen für die S-Bahn St. Gallen und bei der Anweisung der Transportunternehmen zur Unterbreitung geeigneter Angebote. Dazu gehöre auch, dass die Kantone geeignete Unternehmen auffordern könnten, einvernehmlich zweckmässige und effiziente Angebote zu erstellen. Deshalb liege es in der Kompetenz der Auftragskantone, die geeigneten Anbieter zur Offertstellung einzuladen sowie diese zu einem koordinierten und auf die Bedürfnisse zugeschnittenen Angebot aufzufordern.

13. Der Kanton St. Gallen habe sich in Koordination mit den übrigen Auftragskantonen gegen eine Vergabe im Wettbewerb entschieden. Vielmehr habe er von den Parteien ein koordiniertes Angebot verlangt. Somit wolle die Marktgegenseite von SBB, SOB und Thurbo keinen Wettbewerb. Dann könne das von den Auftragskantonen angewiesene gemeinsame Angebotskonzept per Definition keinen Wettbewerb beschränken.

14. Es sei nicht Sache des Kartellgesetzes, Wettbewerb in Bereichen anzuordnen,

- in welchen Wettbewerb erstens nicht vorgeschrieben sei (das Personenbeförderungsgesetz verlange nicht, dass Strecken des regionalen Schienenverkehrs ausgeschrieben würden) und
- in welchen die Besteller von Transportleistungen zweitens Wettbewerb von vornherein gerade nicht wünschten.

15. Deshalb stelle die Vereinbarung 2018 keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 KG dar, selbst wenn diese Vereinbarung SBB, SOB und Thurbo einzelne Strecken zum Betrieb zuweise.

16. Aus diesen Gründen folgt gemäss Beratungsanfrage, dass die Vereinbarung 2018 kartellrechtlich unproblematisch sei.

17. Vor diesem Hintergrund unterbreiten Sie dem Sekretariat die folgende Frage zur Beurteilung gemäss Artikel 23 Absatz 2 KG:

18. „Teilt das Sekretariat der WEKO die Auffassung, dass die „Vereinbarung zwischen SBB, SOB und Thurbo über den Betrieb der S-Bahn St. Gallen ‚Horizont 2‘ vom 13. Juni 2018“ kartellrechtlich unbedenklich ist und umgesetzt werden kann, sobald der Kanton St. Gallen und die übrigen Bestellerkantone bei den SBB, SOB und Thurbo die Strecken der S-Bahn St. Gallen gemäss dieser Vereinbarung bestellen und das Bundesamt für Verkehr den SBB, SOB und Thurbo die entsprechenden Personenverkehrskonzessionen erteilt hat?“

## **C Beurteilung**

### **C.1 Vorbemerkungen**

19. Erstens handelt es sich bei Thurbo gemäss Beratungsanfrage um ein Tochterunternehmen der SBB. Daraus kann geschlossen werden, dass alleinige Kontrolle von SBB über Thurbo besteht. In diesem Fall stellt sich für die Vereinbarung 2018 die Frage nach einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zwischen SBB und SOB. Weil die Beratungsanfrage jeweils

alle drei Unternehmen SBB, SOB und Thurbo nennt, führt diese Beurteilung SBB und Thurbo auch jeweils getrennt auf.

20. Zweitens ist auf eine gegensätzliche Ausgangslage bei der von den Auftragskantonen gewünschten Wettbewerbsintensität hinzuweisen. Das Sekretariat und die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) sind aufgrund der Darstellung im Rahmen der damaligen Beratungsanfrage zur Vereinbarung 2007 davon ausgegangen, dass die mit der Vereinbarung 2007 verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen unabdingbar seien, um später wirksamen Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern zu ermöglichen (vgl. Beilagen: Schreiben Sekretariat vom 29.2.2008 und Schreiben WEKO vom 23.4.2008). Demgegenüber wünschen nun die Auftragskantone gemäss Beratungsanfrage zur Vereinbarung 2018 keinen Wettbewerb bei der Bestellung des Verkehrsangebots. Insbesondere in Bezug auf die Wettbewerbssituation nach Ablauf des Planungshorizonts 1 hat die WEKO folgende Empfehlungen abgegeben (vgl. Beilage):

1. Ausschreibung der Leistungen für den Betrieb der S Bahn St. Gallen nach Ablauf des Planungshorizonts 1 so rasch als möglich, spätestens jedoch zu einem Zeitpunkt, der die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen auf Beginn von Horizont 2 (2015/2016) ermöglicht;
2. Einladung von ausländischen Unternehmen für einen Betrieb der S-Bahn St. Gallen;
3. Keine Genehmigung der Vereinbarung nach Ablauf von Horizont 1.

### **C.2 Beurteilung**

21. Zentrale Fragestellung aufgrund der Beratungsanfrage ist, ob die Vereinbarung 2018 eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt (vgl. Rz 15). Vor allem geht es darum, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegt, weil die Auftragskantone die Transportunternehmen SBB, SOB und Thurbo zu einem koordinierten Angebot auffordern würden und keinen Wettbewerb wünschten.

22. Gemäss Artikel 4 Absatz 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.

23. Die Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG stellt ein Tatbestandselement von Artikel 5 Absatz 1 KG dar. Bei Artikel 4 Absatz 1 KG handelt es sich gemäss Bundesgericht um eine Legaldefinition. Legaldefinitionen haben die Funktion, Begriffe so zu definieren, dass sie im ganzen Erlass einheitlich in einem bestimmten Sinn verwendet werden können; sie regeln somit einen Sprachgebrauch für den ganzen Erlass. Insofern wird damit auch für Artikel 5 Absatz 1 KG klargestellt, dass auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden soll. Dies stützt zudem eine systematische und verfassungskonforme Auslegung: Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Artikel 5 Ab-

satz 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das „volkswirtschaftlich oder sozial schädlich“ für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Aus diesem Grund sind solche Abreden im Rahmen von Artikel 5 Absatz 2 KG näher zu prüfen. Somit genügt es, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>2</sup>

24. Dementsprechend hält das Bundesgericht auch ausdrücklich fest, dass die Formulierungen von Artikel 4 Absatz 1 KG und Artikel 5 Absatz 1 KG anders sind. Nach Artikel 4 Absatz 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden gewisse Handlungen, „die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. „Damit Abreden unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen, ist es zudem erforderlich, dass sie „den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen [...] beeinträchtigen [...]“.<sup>3</sup> Somit sind die beiden Begriffe „Wettbewerbsbeschränkung“ und „Wettbewerbsbeeinträchtigung“ voneinander zu unterscheiden.

25. Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung hält das Bundesgericht weiter fest, es sei anerkannt, dass eine Vereinbarung, die die freie Preisbildung begrenzt, für eine Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist und somit die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung in Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt. Es ist unter dem Blickwinkel von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erforderlich, dass die Vereinbarung tatsächlich Auswirkungen auf den Wettbewerb hat; in diesem Stadium reicht es aus, dass diese eine solche Beschränkung anstrebt.<sup>4</sup>

26. Die WEKO vertritt die Auffassung, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf eine Wettbewerbsvariable (wie bspw. den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Artikel 4 Absatz 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ respektive „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung einer Wettbewerbsvariable zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.<sup>5</sup>

27. Gemäss Literatur – auch vor dem Hintergrund bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Einklang mit der Praxis der WEKO – wird eine Abrede dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat, das heisst, wenn die Abrede eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Es ist für die Unterstellung unter den Abrededebegriff gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG unerheblich, ob die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.<sup>6</sup>

28. Als Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet die Literatur dann in vereinfachter Form jeden Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage.<sup>7</sup> Das Bundes-

verwaltungsgericht beschreibt eine Wettbewerbsbeschränkung als eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb, weil die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer zur eigenständigen Festlegung ihrer Wettbewerbspositionen hinsichtlich einzelner Wettbewerbsvariablen aufgehoben wird und dadurch die zentrale Funktion des Wettbewerbs zur effizienten Allokation der eingesetzten Ressourcen vermindert wird.<sup>8</sup> Diese Definition ist in der Hinsicht zu ergänzen, dass eine Einschränkung der Handlungsfreiheit genügt; es braucht keine vollständige Aufhebung der Handlungsfreiheit. Und wie bereits das Bundesgericht ausführt, genügt bereits das Potenzial einer Wettbewerbsbeschränkung, da der Gesetzestext ausdrücklich auch die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung erfasst.<sup>9</sup>

29. Zudem ist für das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung wie bereits ausgeführt die subjektive Sicht der Abredeteiligten nicht relevant. Es genügt für die Unterstellung unter Artikel 4 Absatz 1 KG die objektive Eignung des Abredeinhalts zur Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung einer Wettbewerbsvariable. Unrechtsbewusstsein oder Wille der Beteiligten ist nicht erforderlich. Aus welchen Motiven die Unternehmen eine Wettbewerbsabrede eingegangen sind, ist unter den Effizienzgründen gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG zu prüfen.<sup>10</sup>

30. So sagt die Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG auch noch nichts über die Schädlichkeit beziehungsweise Un-/Zulässigkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG aus. „Der Wettbewerb ist „beschränkt“ im Sinne dieser Norm, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne die Abrede eine Differenz beziehungsweise ein Minus gibt.“<sup>11</sup> Die Prüfung der Schädlichkeit erfolgt erst im zweiten Kapitel des Kartellgesetzes: Nur nach den Kriterien von Artikel 5 KG, vor allem im Rahmen der ökonomischen Effizienzprüfung von Absatz 2, wird beurteilt, ob eine Abrede unzulässig ist.<sup>12</sup> Mit Wettbewerbsabreden beschränken sich die Abredeteiligten in ihrer Freiheit, einzelne oder mehrere Wettbewerbsparameter eigenständig festzusetzen.<sup>13</sup>

<sup>2</sup> Vgl. BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2 (= RPW 2017/2, 353 f. E. 5.4.2), *Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)*.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.1 (= RPW 2017/2, 353 E. 5.4.1), *Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)*.

<sup>4</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2018 vom 18.5.2018, E. 6.3.

<sup>5</sup> Vgl. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I: Verfügung vom 26.03.2018, 194 f. Rz 589 ff. m. w. H., <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheidung; vgl. auch RPW 2016/2, 379 Rz 13, *Beratung betreffend Marketing von TV-Rechten für Wintersport*.

<sup>6</sup> Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 4 Abs. 1 N 112; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 4 Abs. 1 KG N 40.

<sup>7</sup> Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 42; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 117.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil des BVerfG, RPW 2016/4, 1134 E. 301, *Hallenstadion*.

<sup>9</sup> Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 118.

<sup>10</sup> Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 138.

<sup>11</sup> Dies ist unabhängig davon, ob die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

<sup>12</sup> Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 119.

<sup>13</sup> Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 5 KG N 2.

31. Somit legen Rechtsprechung, Praxis der WEKO und Literatur ein Verständnis nahe, das sich auf den Handlungsraum der Wettbewerbsvariablen der Abredebeteiligten bezieht. Mit einer Wettbewerbsbeschränkung sind die Abredebeteiligten bei der Bestimmung ihrer Wettbewerbsvariablen und somit in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt. Ausschlaggebend ist die objektive Eignung des Abredeinhalts zur Wettbewerbsbeschränkung. Das Motiv zur Wettbewerbsbeschränkung ist in diesem Zusammenhang nicht massgeblich.

32. Aus vorangehenden Ausführungen stellt sich für vorliegenden Fall die Frage, ob die Vereinbarung 2018 die Handlungsfreiheit von SBB, SOB und Thurbo einschränkt. Dies führt weiter zur zentralen Frage, ob SBB, SOB und Thurbo die Freiheit haben, den Auftragskantonen beziehungsweise dem Kanton St. Gallen jeweils einzeln eine Offerte einzureichen, das heisst, sich nicht zu koordinieren. Aufgrund der Vorgaben der Auftragskantone müssen sich SBB, SOB und Thurbo gemäss Beratungsanfrage koordinieren. Eine Nicht-Koordination steht als Handlungsmöglichkeit nicht zur Verfügung. Die koordinierte Vorgehensweise im Rahmen der Vereinbarung 2018 bei der Offertstellung stellt somit keine Einschränkung der Handlungsfreiheit dar. Die Vereinbarung 2018 stellt diesbezüglich damit keine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 1 KG dar.

33. Schliesslich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Beratungsanfrage auf den Austausch von marktsensitiven Informationen zwischen SBB, SOB und Thurbo bei der Ausarbeitung der Vereinbarung 2018 schliessen lässt. Es ist möglich, insbesondere wenn die Vereinbarung 2018 nicht in Kraft tritt, dass es dabei zu einem selbständigen Informationsaustausch gekommen ist.<sup>14</sup> Beim selbständigen Informationsaustausch stellt sich die Frage, ob er eine Form der Verhaltenskoordination darstellt und allenfalls problematisch ist. Unzulässig sind nach Artikel 5 Absatz 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Artikel 5 Absatz 2 rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen.<sup>15</sup>

## D Fazit

Aus vorangehenden Ausführungen folgt, dass die mit der Vereinbarung 2018 einhergehende koordinierte Vorgehensweise von SBB, SOB und Thurbo keine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt. Damit teilt das Sekretariat diesbezüglich die Auffassung der Beratungsanfrage, wonach die Vereinbarung 2018 kartellrechtlich unbedenklich sei und umgesetzt werden könne, sobald der Kanton St. Gallen und die übrigen Bestellerkantone bei den SBB, SOB und Thurbo die Strecken der S-Bahn St. Gallen gemäss dieser Vereinbarung bestellen und das BAV den SBB, SOB und Thurbo die entsprechenden Personenverkehrskonzessionen erteilt habe.

<sup>14</sup> Bei einem selbständigen Informationsaustausch bildet der Austausch der Informationen den einzigen Gegenstand der Abrede, eine andere, darüber hinausgehende Wettbewerbsabrede besteht nicht (vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 149).

<sup>15</sup> Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 6), Art. 4 Abs. 1 KG N 145 ff.

B 2

## Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>2. Untersuchungen</b><br>Enquêtes<br>Inchieste   |
| B 2.2 | <b>1. Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung</b> |

### Hinweis:

Diese Verfügung wurde vom Gesuchsteller bezüglich Dispositivziffern 2 und 3 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Januar 2019). Im Umfang der Anfechtung ist die Verfügung daher noch nicht rechtskräftig.

*Verfügung vom 17. September 2018 in Sachen Bekanntgabe von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung betreffend Gesuch des Kantons Graubünden um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*

### Verfahrensbeteiligte:

*Kanton Graubünden, Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement, in Chur, handelnd durch Dr. Mario Cavigelli, Regierungsrat*

### Gesuchsteller

- Foffa Conrad AG**, in Zernez,
- Scandella Bau AG**, in Sta. Maria Val Müstair,  
beide vertreten durch [...]
- Hohenegger SA in Liquidation**, c/o Konkursamt der Region Engiadina Bassa / Val Müstair, in Sta. Maria.

### Gesuchsgegnerinnen

### A Sachverhalt

1. Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 schloss die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Untersuchung 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal ab (nachfolgend: Sanktionsverfügung)<sup>1</sup> und informierte die Öffentlichkeit mit Pressemitteilung vom 13. Juli 2017 darüber.<sup>2</sup> Die Sanktionsverfügung blieb unangefochten und ist formell rechtskräftig.

2. Gemäss Sanktionsverfügung hatten mehrere Bauunternehmen zwischen 2004 und 2012 bei Ausschreibungen von öffentlichen und privaten Hoch- und Tiefbauprojekten im Münstertal die Preise abgesprochen und gemeinsam bestimmt, wer den Zuschlag erhalten sollte. Dabei strebten die Bauunternehmen nicht danach, bei

jeder einzelnen Ausschreibung von neuem zu entscheiden, ob eine Zusammenarbeit eingegangen wird oder nicht; vielmehr haben sie sich dauerhaft und generell auf ein solches Zusammenwirken geeinigt. Die WEKO qualifizierte diese Vereinbarung als eine unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG<sup>3</sup> zu subsumierende Gesamtabrede.<sup>4</sup> Eine solche Gesamtabrede wird mittels projektbezogener Einzelsubmissionsabreden umgesetzt, wobei nicht notwendig ist, dass tatsächlich bei sämtlichen Ausschreibungen eine Umsetzung erfolgt.<sup>5</sup> Die WEKO brauchte daher nicht im Einzelnen zu untersuchen, bei welchen spezifischen Projekten die Bauunternehmen die Preise abmachten und die Zuschlagserteilung steuerten, also die Gesamtabrede im Einzelfall umsetzende Einzelsubmissionsabreden trafen. Infolgedessen sind in der Sanktionsverfügung zwar beispielhaft einzelne Projekte genannt (gewisse davon betreffen den Kanton Graubünden<sup>6</sup>). Die betroffenen Projekte wurden allerdings nicht umfassend ermittelt und aufgearbeitet; Aussagen von Parteien und rechtliche Würdigungen zu Verhaltensweisen bei konkreten Projekten enthält die Verfügung nicht.

3. Die Sanktionsverfügung wurde am 24. Oktober 2017 auf der Webseite der WEKO veröffentlicht.<sup>7</sup> Die publizierte Version entspricht weitgehend der originalen Version; einzig Personennamen und Geschäftsgeheimnisse – wie Umsatzangaben und Marktanteile – wurden abgedeckt. Insbesondere sind in der Sanktionsverfügung

<sup>1</sup> RPW 2017/3, 421 Rz 1, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2017 > 13.07.2017 (24.7.2018).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Vgl. zusammenfassend RPW 2017/3, 447 f. Rz 207 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>5</sup> RPW 2017/3, 448 Rz 207 in fine, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>6</sup> Siehe RPW 2017/3, 437 f., Rz 136, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>7</sup> Verfügung vom 10.7.2017 in Sachen *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> Aktuell > letzte Entscheide > Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal (6.8.2018).

keine Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte geschwärzt.<sup>8</sup>

4. Am 14. Juli 2017, also nach der Pressemitteilung, aber noch vor der Publikation der Sanktionsverfügung im Internet, stellte der Kanton Graubünden, vertreten durch das Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden (nachfolgend: Gesuchsteller), bei der WEKO ein Gesuch um Einsicht in die Akten des Verfahrens 22-0467, welches Absprachen im Münstertal zum Gegenstand hatte. Der Gesuchsteller verlangte primär vollständige Einsicht in die Sanktionsverfügung sowie Einsicht in allfällige weitere Beweismittel und Verfahrensakten. Eventualiter begehrte er Einsicht in jene Stellen der Verfügung sowie allfällige weitere Beweismittel und Verfahrensakten, bei denen er als Vergabebehörde von den Wettbewerbsabreden betroffen sei. Subeventualiter beantragte er eine Bestätigung, dass er als Vergabebehörde nicht von den Wettbewerbsabreden betroffen sei. Der Gesuchsteller begründete das Einsichtsgesuch damit, dass er als einer der grössten Auftraggeber der Region vermutungsweise von den Absprachen betroffen sei.<sup>9</sup>

5. Mit Schreiben vom 22. August 2017 informierte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) den Gesuchsteller über das weitere Vorgehen sowie die Beurteilungsgrundlagen. Es teilte ihm mit, dass es das Einsichtsgesuch gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden und Rechtsprechung auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG<sup>10</sup> prüfen werde.<sup>11</sup>

6. Am 8. September 2017 gewährte das Sekretariat Foffa Conrad AG, Scandella Bau AG und Hohenegger SA in Liquidation (nachfolgend: Gesuchsgegnerinnen) die Möglichkeit, zum Einsichtsgesuch des Gesuchstellers Stellung zu nehmen.<sup>12</sup> Eine Gesuchsgegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme, während sich die zwei anderen Gesuchsgegnerinnen in einer gemeinsamen Stellungnahme vernehmen liessen. Mit Eingabe vom 17. November 2017 äusserte sich der Gesuchsteller zur eingegangenen Stellungnahme und hielt an seinen Anträgen fest.<sup>13</sup> Die Gesuchsgegnerinnen nahmen dazu nicht erneut Stellung.

7. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## B Erwägungen

8. Zu beurteilen ist ein Gesuch um Einsicht in die Verfügung sowie in die Akten eines Kartellverfahrens der WEKO. Dieses Kartellverfahren ist abgeschlossen und die Sanktionsverfügung in formelle Rechtskraft erwachsen. Beim Gesuchsteller handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft, die im Gebiet und Tätigkeitsbereich, der Gegenstand der Sanktionsverfügung war, öffentliche Beschaffungen durchführte. Der Gesuchsteller ist daher möglicherweise ein Opfer der in der Sanktionsverfügung festgestellten kartellrechtswidrigen Verhaltensweise geworden. Der Gesuchsteller war nicht Partei im Kartellverfahren.

### B.1 Zuständigkeit

9. Der Gesuchsteller richtet sein Gesuch an die WEKO und verlangt, dass diese ihm Einsicht gewähre. Die WEKO wird durch dieses Gesuch nicht gestützt auf eine Kartellrechtsbestimmung angesprochen, sondern ge-

stützt auf den Umstand, dass sie das entsprechende Verfahren führte, die Sanktionsverfügung erliess und sich die fraglichen Akten in ihrem Einflussbereich befinden.<sup>14</sup> Es ist naheliegend, dass die WEKO zuständig dafür ist, über ein Gesuch um Einsicht in die Akten „ihres“ Verfahrens zu befinden.

10. Die WEKO erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde bzw. einem anderen Organ vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 10 GR-WEKO<sup>15</sup>). Art. 18 Abs. 3 KG dient der Kompetenzabgrenzung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Sekretariat.<sup>16</sup> Unabhängig davon, welche Rechtsgrundlage bezüglich Einsichtnahme letztlich zur Anwendung gelangt, ist den einschlägigen Erlassen keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Verfügung über die Einsicht in Verfahrensakten einer WEKO-Untersuchung nach deren Abschluss einer anderen Behörde als der WEKO zuweisen würde. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist deshalb die WEKO zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) hat diese Zuständigkeit in einem jüngeren Urteil denn auch implizit bestätigt.<sup>17</sup>

### B.2 Einsicht in Verfahrensakten nach Verfahrensabschluss

#### B.2.1 Mögliche Anspruchsgrundlagen für eine Bekanntgabe

11. Der Gesuchsteller stützt sein Einsichtsgesuch in rechtlicher Hinsicht auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, Art. 29 Abs. 2 BV<sup>18</sup> sowie Art. 26 VwVG.<sup>19</sup> Die Rechtsanwendung hat von Amtes wegen zu erfolgen. Als mögliche Rechtsgrundlagen für eine Datenbekanntgabe wird auf folgende Bestimmungen eingegangen:

- Art. 6 BGÖ<sup>20</sup>
- Art. 29 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 2 BV

<sup>8</sup> In den bisherigen Sanktionsverfügungen der WEKO, zu denen Einsichtsgesuche eingereicht wurden (vgl. RPW 2012/2, 270 Rz 1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* und RPW 2013/4, 524 Rz 1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*), ging es um Einzelsubmissionsabreden. Bei der Publikation dieser Verfügungen wurden die Namen der betroffenen Projekte mit der Abdeckung „[...]“ ersetzt.

<sup>9</sup> Act. 1.

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>11</sup> Act. 3.

<sup>12</sup> Act. 5 und 6.

<sup>13</sup> Act. 14.

<sup>14</sup> Daran würde auch ein allfälliges Rechtsmittelverfahren gegen die Sanktionsverfügung nichts ändern. Zwar hat die WEKO diesfalls ihre Akten bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (siehe Art. 57 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021]). Über Kopien der Verfahrensakten verfügt sie jedoch weiterhin.

<sup>15</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

<sup>16</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 KG N 37 (zitiert: BSK KG-AUTOR).

<sup>17</sup> Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 1.2 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

<sup>18</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>19</sup> Act. 1 und Act. 14.

<sup>20</sup> Bundesgesetz vom 17.12.2004 über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).



- Art. 26 VwVG
- Art. 8 und Art. 19 DSG.

### B.2.1.1 BGÖ

12. Das BGÖ will insbesondere die Transparenz über die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Zu diesem Zweck gewährleistet es den Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 1 BGÖ). In Umsetzung dieser Zweckbestimmung hält es fest, dass jede Person das Recht hat, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (Art. 6 BGÖ).

13. Art. 4 Bst. b BGÖ behält allerdings spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze vor, die vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist hier mit Art. 19 DSG eine solch besondere Norm einschlägig. Für ein Zugangsgesuch nach BGÖ besteht daher kein Raum.<sup>21</sup>

14. Das Sekretariat hat dem Gesuchsteller im Übrigen bereits zu Beginn des Verfahrens mitgeteilt, dass es das BGÖ nicht als anwendbar erachte.<sup>22</sup> Der Gesuchsteller teilte diese Einschätzung in seiner Stellungnahme zu den Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen.<sup>23</sup>

### B.2.1.2 BV

#### B.2.1.2.1 Art. 29 Abs. 2 BV

15. Art. 29 Abs. 2 BV umfasst gemäss Rechtsprechung einen Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens. Erforderlich ist hierfür ein besonderes schutzwürdiges Interesse an einer Einsichtnahme. Sofern der Einsichtnahme öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, sind die gegenläufigen Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen.<sup>24</sup>

16. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG konkretisiert dieses verfassungsrechtlich garantierte Akteneinsichtsrecht für ein Gemeinwesen,<sup>25</sup> wobei Abs. 4 von Art. 19 DSG eine Interessenabwägung vorsieht. Es besteht also eine speziell auf den Vorgang der amtshilfeweisen Datenbekanntgabe zugeschnittene Regelung. Aufgrund der Einheit der Rechtsordnung kann die Interessenabwägung, die bei der allgemeinen Bestimmung von Art. 29 Abs. 2 BV vorzunehmen ist, nicht anders ausfallen als dies bei der spezifischen Norm (lex specialis) der Fall ist. Infolgedessen können sich vorliegend aus Art. 29 Abs. 2 BV keine weitergehenden Einsichtsmöglichkeiten ergeben als aus Art. 19 DSG, weshalb sich eine vertiefte Prüfung von Art. 29 Abs. 2 BV erübrigt.

#### B.2.1.2.2 Art. 44 Abs. 2 BV

17. Art. 44 BV regelt die Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen und hält fest, dass sich Bund und Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen (Abs. 1) und dass sie sich gegenseitig Amts- und Rechtshilfe leisten (Abs. 2). Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 von Art. 44 BV begründen jedoch keine Rechte und Pflichten, sondern bedürfen einer Konkretisierung in einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift. Art. 44 Abs. 2 BV kommt demnach vorliegend nicht zur Anwendung. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG stellt im Übrigen eine konkretisierende Norm dar, die eine Anspruchsgrundlage für ein Auskunftsgesuch bilden kann.<sup>26</sup>

### B.2.1.3 Art. 26 VwVG

18. Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat eine Partei in einem Verwaltungsverfahren Anspruch auf Akteneinsicht. Als Partei gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG).

19. Der Gesuchsteller bringt vor, seine Parteistellung im Verfahren 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal ergebe sich aus seiner Beschwerdelegitimation als unmittelbar geschädigte Person.<sup>27</sup> Wie es sich damit verhält, braucht nicht geprüft zu werden. Denn ausserhalb eines hängigen Verfahrens gelangt nicht das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 VwVG zur Anwendung<sup>28</sup>, sondern ergibt sich ein solches – vorbehaltlich Sondervorschriften – aus Art. 29 Abs. 2 BV (dazu Rz 15 f.).<sup>29</sup> Mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ist die Sanktionsverfügung in formelle Rechtskraft erwachsen (siehe Rz 1). Damit wurde das Verfahren 22-0467 abgeschlossen; das VwVG und somit auch das Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 Abs. 1 VwVG sind nicht mehr anwendbar.

### B.2.1.4 DSG

#### B.2.1.4.1 Allgemeines zur Anwendbarkeit des DSG

20. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG gilt dieses Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane. Zu den Bundesorganen gehören Behörden und Dienststellen des Bundes (Art. 3 Bst. h DSG). Den Letzteren wiederum sind sämtliche in Art. 2 RVOG<sup>30</sup> erwähnten Behörden zuzuordnen.<sup>31</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 3 RVOG gehören zur Bundesverwaltung auch die dezentralen Verwaltungseinheiten. Zu diesen zählen die Wettbewerbsbehörden,<sup>32</sup> sodass die WEKO und ihr Sekretariat dem DSG unterstehen.

21. Daten bzw. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG). Zu den Personen in diesem Sinne gehören sowohl natürliche als auch juristische Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Bst. b DSG).

<sup>21</sup> Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 4.3 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

<sup>22</sup> Act. 3.

<sup>23</sup> Act. 14.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 129 I 249 E. 3.

<sup>25</sup> BVGE 2016/22 332, 346 E. 8.9.2.

<sup>26</sup> Siehe zur Auslegung von Art. 44 BV und zur Qualifizierung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG als Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten: Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 5 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

<sup>27</sup> Act. 14.

<sup>28</sup> BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl., 2016, Art. 26 VwVG N 50.

<sup>29</sup> BGE 129 I 249, 253 E.3; BGE 128 I 63, 68 E. 3.1; BGE 122 I 153, 161 E. 6a.

<sup>30</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>31</sup> URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 2 DSG N 13 (zitiert: BSK DSG-AUTOR).

<sup>32</sup> BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 19 KG N 5.

Die in die aufgedeckten Abreden involvierten Parteien sind juristische Personen und ihre Firmen stellen klarerweise Angaben dar, die diesen zugeordnet werden können. Gleiches gilt für die Beschreibung von Verhaltensweisen wie z.B. das Treffen von Abreden.

22. Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben (Art. 3 Bst. e DSG). Die Bekanntgabe wird als Zugänglichmachen von Personendaten definiert, wozu u.a. zählt, wenn jemandem Einsicht in Personendaten gewährt wird. Die Bekanntgabe der Sanktionsverfügung und allfälliger weiterer Beweismittel und Verfahrensakten an den Gesuchsteller ist somit eine Bekanntgabe im Sinne des DSG.

23. Ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 2 DSG ist nicht ersichtlich. Das DSG ist demnach vorliegend grundsätzlich anwendbar. Dieses enthält zwei inhaltlich unterschiedliche, nachfolgend zu prüfende Bestimmungen, die als Grundlage für das Einsichtsgesuch in Betracht kommen.

#### **B.2.1.4.2 Art. 8 DSG**

24. Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. In Übereinstimmung mit der Zwecksetzung des DSG (vgl. Art. 1 DSG) gilt das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG primär als Institut zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes. Es ermöglicht einer Person, die über sie in einer Datensammlung bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu überprüfen und gegebenenfalls durchzusetzen.<sup>33</sup>

25. Das Hauptbegehren liesse sich von vornherein nicht auf Art. 8 DSG abstützen. Denn damit begehrt der Gesuchsteller umfassend Einsicht, ohne diese auf ihn betreffende Daten einzuschränken, wie es Art. 8 DSG immanently wäre. Er stützt sein Gesuch aber ganz allgemein nicht auf Art. 8 DSG. Dies zu Recht. Ihm geht es mit seinem Gesuch nämlich nicht darum, Einsicht in eigene Personendaten zu erhalten, um zu kontrollieren, ob und gegebenenfalls wie die WEKO Daten über ihn in ihrer Datensammlung bearbeitet(e). Vielmehr verlangt er Informationen über Verhaltensweisen von (mutmasslichen) Kartelltätern und damit Personendaten Dritter. Er verfolgt mit seinem Gesuch somit Anliegen (siehe Rz 33), zu deren Verwirklichung Art. 8 DSG nicht dient. Konsequenterweise beruft er sich denn auch auf andere Rechtsgrundlagen (siehe Rz 11), insbesondere Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG.

26. Es liegt somit kein Auskunfts-gesuch nach Art. 8 DSG vor, weshalb sich eine weitere Prüfung dieser Norm erübrigt. Insbesondere kann die Frage offenbleiben, ob sich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft überhaupt auf Art. 8 DSG berufen könnte, soweit es – wie immer bei von der WEKO zu behandelnden Gesuchen – um eine Datenbearbeitung durch eine Behörde geht.<sup>34</sup>

#### **B.2.1.4.3 Art. 19 DSG im Allgemeinen**

27. Art. 19 Abs. 1 DSG sieht vor, dass Personendaten Dritter von einer Behörde bekanntgegeben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 17 DSG besteht oder wenn:

- a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;
- b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
- c. die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bekanntgabe nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- d. der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren; der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

28. Darüber hinaus kommt eine Datenbekanntgabe durch eine Behörde in Frage, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG erfüllt sind.

29. Eine spezifische gesetzliche Grundlage für eine Bekanntgabe von Personendaten im Sinne von Art. 17 DSG ist nicht ersichtlich. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer der Bestimmungen von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> DSG erfüllt sind.

30. Nicht in Betracht kommt die Datenbekanntgabe auf der Grundlage von Bst. b von Art. 19 Abs. 1 DSG, welcher die Einwilligung von sämtlichen betroffenen Personen voraussetzt: In den Stellungnahmen hat sich keine der Gesuchsgegnerinnen mit der Bekanntgabe ihrer Personendaten einverstanden erklärt. Allgemein zugänglich gemacht haben die Gesuchsgegnerinnen die Verfügung nach Wissen der Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht, weshalb auch Bst. c von Art. 19 Abs. 1 DSG nicht greift. Da es weder um eine aktive Information durch die Wettbewerbsbehörden noch um eine Personendatenbekanntgabe gestützt auf das BGÖ geht, fällt auch Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG ausser Betracht. Demgegenüber ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Art. 19 Abs. 1 Bst. a oder d DSG anwendbar sind.

#### **B.2.1.4.4 Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG**

31. Bst. a von Art. 19 Abs. 1 DSG ist als eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung gedacht.<sup>35</sup> Diese Bestimmung stellt eine Grundlage zur Bekanntgabe von Personendaten dar, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind<sup>36</sup>: Es liegt a) ein Ersuchen im Einzelfall vor, die gewünschten Daten werden b) zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe benötigt und sind c) zur Erfüllung dieser Aufgabe unentbehrlich.

<sup>33</sup> BGE 138 III 425 E. 5.3.

<sup>34</sup> Offengelassen wurde diese Frage bereits in RPW 2018/2, 422 f., Rz 33 ff., *Bekanntgabe von Personendaten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung [Aargau]*, anders noch RPW 2018/1, 135 f., Rz 28 ff., *Bekanntgabe von Personendaten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung [Zürich]*.

<sup>35</sup> Siehe etwa BSK DSG-EHRENSPERGER (Fn 31), Art. 19 DSG N 7.

<sup>36</sup> BVGE 2016/22, 332, 335 ff., E. 7, 8 und 9.

32. a) Ersuchen im Einzelfall: Der Gesuchsteller beantragt mit seinem Hauptbegehren „vollständige Einsicht in die Verfügung der WEKO vom 10. Juli 2017 sowie in allfällige weitere Beweismittel und Verfahrensakte“, mit seinem Eventualbegehren verlangt er Einsicht, soweit er als Beschaffungsstelle von den Wettbewerbsabreden betroffen ist.<sup>37</sup> Mit beiden Begehren bezieht er sich auf eine konkrete Verfügung der WEKO bzw. auf die diesbezüglichen Verfahrensakte. Durch den Gegenstand des damaligen Verfahrens ist das Einsichtsgesuch zugleich in thematischer (Hoch- und Tiefbau), örtlicher (Münstertal) und personeller (Verfahrensparteien und allfällige weitere in den Akten genannte Personen) Hinsicht umrissen. Aus den im Gesuch angegebenen Zwecken der geplanten Datenverwendung ergibt sich schliesslich, wozu der Gesuchsteller die Daten benötigt. Es liegt somit ein Ersuchen im Einzelfall vor.

33. b) Erfüllen einer gesetzlichen Aufgabe: Der Gesuchsteller führt in seinem Gesuch drei Anliegen an, welche er mit einer Einsichtnahme verfolgt<sup>38</sup>: 1) Die Überprüfung der eigenen Vergabeabläufe und deren Kontrollmechanismen, 2) die Prüfung, ob ein Anbieter gestützt auf die kantonale Submissionsgesetzgebung zu sanktionieren ist (womit der Gesuchsteller auf Art. 10 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 32 SubG GR<sup>39</sup> Bezug nehmen dürfte), 3) die Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen. In allen drei Fällen geht es darum, gesetzliche Aufgaben zu erfüllen: Die Überprüfung der eigenen Vergabeabläufe und deren Kontrollmechanismen sowie die Prüfung von vergaberechtlichen Sanktionen stellen gesetzliche Aufgaben dar, da sie die Umsetzung der kantonalen Submissionsgesetzgebung betreffen. Die hinter der Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen stehende gesetzliche Aufgabe ist im schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln zu erkennen. Das BVGer hat dies in einem jüngeren Urteil gestützt auf die BV und kantonale Erlasse als gesetzliche Aufgabe ausdrücklich anerkannt. Es hielt fest, dass die Bestimmungen ein Gemeinwesen verpflichten, die finanziellen Mittel bei der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben effizient einzusetzen und mit Steuergeldern sorgsam umzugehen. Das schliesst auch die Pflicht mit ein, zu hohe getätigte Ausgaben zurückzufordern und die Rückforderung notfalls gerichtlich durchsetzen zu lassen.<sup>40</sup> Damit bestehen vorliegend gesetzliche Aufgaben im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG, die der Gesuchsteller mit den beantragten Informationen erfüllen möchte.

34. c) Unentbehrlichkeit: Schliesslich ist zu prüfen, ob die ersuchten Daten zur Erfüllung der vom Gesuchsteller angeführten Aufgaben unentbehrlich sind. Unentbehrlichkeit liegt vor, wenn die Aufgabe ohne die Datenbekanntgabe nicht erfüllt werden könnte. Eine bloss verbesserte oder effizientere Aufgabenerfüllung kann hingegen nicht als Rechtfertigung für eine Auskunftserteilung dienen.<sup>41</sup> Stehen dem Gesuchsteller mehrere Wege offen, bleibt eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zulässig, wenn das Auskunftersuchen zumindest nicht als die einfachere Möglichkeit gilt, um an die erforderlichen Daten zu gelangen.<sup>42</sup>

35. Allen drei mit dem Gesuch verfolgten Anliegen ist gemein, dass sie sich auf den Gesuchsteller als Beschaffungsstelle beziehen. So will der Gesuchsteller die eigenen Vergabeverfahren und Kontrollmechanismen

überprüfen und gegebenenfalls anpassen. Vergaberechtliche Sanktionen oder die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche sind ebenfalls nur bezüglich Bauprojekten denkbar, die der Gesuchsteller beschafft hat. Um diese drei Aufgaben zu erfüllen, ist deshalb von vornherein nicht erforderlich, dass der Gesuchsteller in alle Unterlagen Einsicht nehmen kann. Insofern fehlt es an der Unentbehrlichkeit der Einsichtnahme zur Aufgabenerfüllung, weshalb sich der Hauptantrag des Gesuchstellers nicht auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG abstützen lässt. Zu prüfen bleibt, ob eine beschränkte Einsichtnahme entsprechend dem Eventualbegehren, d.h. bezogen auf diejenigen Projekte, bei welchen der Gesuchsteller die Beschaffungsstelle war, unentbehrlich zur Erfüllung der aufgeführten Aufgaben ist.

36. Unentbehrlichkeit für das erste Anliegen (Überprüfung der eigenen Vergabeabläufe und deren Kontrollmechanismen): Für die Überprüfung der eigenen Vergabeabläufe und deren Kontrollmechanismen ist eine Einsichtnahme nicht erforderlich. Soweit Vergabeverfahren durch übergeordnetes Recht verbindlich geregelt sind (z.B. durch das GATT-Übereinkommen<sup>43</sup> oder die IVöB<sup>44</sup>), ist eine individuelle Anpassung auf kantonaler Ebene von vornherein nicht möglich. Um die eigenen Abläufe und Kontrollmechanismen überprüfen zu können, erscheint es womöglich hilfreich, zu wissen, wie die Bauunternehmen die Gesamtabrede ausgestaltet und umsetzen. Diesbezügliche Ausführungen finden sich in der publizierten Version der Sanktionsverfügung. Die geschwärzten Passagen in der Sanktionsverfügung sowie die Beweismittel und weiteren Verfahrensakte enthalten hingegen keine zusätzlichen Angaben, die in dieser Hinsicht hilfreich sein könnten. Die Kenntnis aller konkret von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffenen Ausschreibungen ist für die Vornahme dieser Überprüfungsarbeiten nicht erforderlich<sup>45</sup> und der Gesuchsteller legt solches denn auch nicht dar.

37. Unentbehrlichkeit für das zweite Anliegen (Prüfung, ob ein Anbieter gestützt auf die kantonale Submissionsgesetzgebung zu sanktionieren ist): Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d SubG GR muss jeder Anbieter in einer Selbstdenkulation u.a. angeben, dass er „keine Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen hat“. Bei falscher Selbstdenkulation

<sup>37</sup> Act. 1.

<sup>38</sup> Act. 1.

<sup>39</sup> Submissionsgesetz [des Kantons Graubünden] vom 10.2.2004 (SubG [GR]; BR 803.300).

<sup>40</sup> BVGE 2016/22, 332, 347 ff. E. 9.3; siehe dazu die graubündnerischen Bestimmungen in Art. 93 der Kantonsverfassung 19.7.2003 (KV; BR 110.100), Art. 5 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 19.10.2011 über den Finanzhaushalt des Kantons Graubünden (Finanzhaushaltsgesetz, FHG; BR 710.100) und Art. 10 des Gesetzes vom 19.10.2011 über die Finanzaufsicht (GFA; BR 710.300).

<sup>41</sup> BVGE 2016/22, 332, 336 ff., E. 8 m.w.H.

<sup>42</sup> BVGE 2016/22, 332, 341 E. 8.5, 346 E. 8.9.2.

<sup>43</sup> Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 (SR 0.632.231.422).

<sup>44</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001.

<sup>45</sup> RPW 2018/1, 137 Rz 47 f., *Bekanntgabe von Personendaten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung* [Zürich].

kann der betroffene Auftraggeber gegen den Anbieter, der wahrheitswidrige Angaben gemacht und den Zuschlag erhalten hat, insbesondere folgende Sanktionen ergreifen (Art. 32 Abs. 1 SubG GR):

- a. Entzug des erteilten Auftrages und vorzeitige Vertragsauflösung;
- b. Auferlegung einer in den Ausschreibungsunterlagen oder vertraglich vorgesehenen Konventionalstrafe von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme;
- c. Ausschluss für eine Dauer von maximal fünf Jahren bei künftigen Beschaffungen.

38. Zur Sanktion nach Bst. a ist festzuhalten, dass ein Auftragsentzug bzw. eine Vertragsauflösung nicht mehr in Betracht kommen. Diese Sanktion müsste vor oder während der Umsetzung der entsprechenden Arbeiten ausgesprochen werden. Da der Untersuchungszeitraum bis ins Jahr 2012 dauerte, wären entsprechende Projekte zwischenzeitlich ausgeführt worden. Da die Aufgabe insofern gar nicht mehr erfüllt werden kann, fehlt für die erste Sanktion die Unentbehrlichkeit.

39. Sanktionen nach Bst. b und c setzen voraus, dass der Auftraggeber eine Selbstdeklaration verlangt hat. Eine Konventionalstrafe (Bst. b) muss zudem vertraglich oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen worden sein. Beide Punkte beschlagen einzelne, konkrete Projekte und sind an sich entsprechend zu verifizieren. Der Gesuchsteller macht jedoch keine Angaben dazu, ob diese Voraussetzungen bezüglich spezifischer Projekte erfüllt sind und die WEKO kann dies nicht abschliessend prüfen. Allerdings ist dem Gesuchsteller gar nicht erst zumutbar, einzelprojektbezogene Angaben zu machen, ohne zu wissen, um welche Projekte es überhaupt ginge. Er müsste sich daher zu sämtlichen Projekten äussern, die er im von der Untersuchung betroffenen Gebiet während dem untersuchten Zeitraum ausgeschrieben hat. Einzelprojektbezogene Angaben resp. Abklärungen, die mit zumutbarem Aufwand durchführbar sind, setzen in praktischer Hinsicht voraus, dass der Gesuchsteller weiss, um welche Projekte es geht. Er ist also bereits auf Einsicht angewiesen, um dies in zumutbarer Weise abklären zu können. Anzeichen dafür, dass der Gesuchsteller kategorisch keine entsprechenden Selbstdeklarationen einverlangte und auch keine Konventionalstrafen vereinbarte, so dass deshalb oder aus anderen Gründen eine auf Art. 32 Abs. 1 Bst. b und c SubG GR gestützte Sanktionierung von vornherein ausgeschlossen erschiene, bestehen nicht. Um eine vergaberechtliche Sanktionierung nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b und c SubG GR prüfen zu können, bedarf der Gesuchsteller demnach Einsicht in die Verfahrensakten, soweit es um einzelne Projekte geht, bei denen er die zuständige Beschaffungsstelle war (siehe Rz 53 ff. dazu, bei welchen Dokumenten dies der Fall ist).

40. Unentbehrlichkeit für das dritte Anliegen (Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen): Soweit es dem Gesuchsteller darum gehen sollte, zivilrechtliche Schadenersatzansprüche gestützt auf die Gesamtabrede prüfen zu wollen, ist zu beachten, dass unterdessen die detailliert begründete Sanktionsverfügung publiziert worden ist. Die WEKO erachtet die Gesamtabrede damit

als bewiesen. Zur Prüfung diesbezüglicher Ansprüche erscheint ihr eine weitergehende Einsicht in concreto als nicht erforderlich, zumal auch die Begründung des Gesuchs keine andere Beurteilung nahelegt. Soweit es dem Gesuchsteller aber darum geht, zivilrechtliche Ansprüche aufgrund von Einzelsubmissionsabreden bezüglich spezifischer Projekte prüfen zu wollen, ist eine Einsichtnahme in die Beweismittel der Untersuchung 22-0467 hingegen insoweit unentbehrlich, als diese Informationen über Einzelprojekte im Münstertal enthalten, bei welchen der Gesuchsteller die zuständige Beschaffungsstelle war (siehe Rz 53 ff. dazu, bei welchen Dokumenten dies der Fall ist).

41. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG für das erste Anliegen des Gesuchstellers (Überprüfung der eigenen Vergabemechanismen und deren Kontrollmechanismen) nicht erfüllt sind. Für das zweite (Prüfung von vergaberechtlichen Sanktionen, zumindest soweit es sich um solche nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b und c SubG GR handelt) und das dritte Anliegen (Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen) hingegen schon, soweit es um Informationen über Einzelprojekte im Münstertal geht, bei welchen der Gesuchsteller die zuständige Beschaffungsstelle war. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass die WEKO die beantragten Daten ohne Weiteres bekanntgibt. Gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG ist nämlich eine Datenbekanntgabe abzulehnen, einzuschränken oder mit Auflagen zu verbinden, wenn aufgrund einer Interessenabwägung die Interessen an einer Nichtbekanntgabe überwiegen oder wenn entgegenstehende Bestimmungen es verlangen. Diese Punkte werden nachfolgend unter den entsprechenden Titeln behandelt. Zudem sind bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 DSG die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (vgl. Art. 4 DSG) zu beachten;<sup>46</sup> auch darauf wird noch einzugehen sein.

#### **B.2.1.4.5 Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG**

42. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG ermöglicht die Bekanntgabe von Personendaten, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person entweder die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren. Da die Bekanntgabe nicht gesperrt wurde (vgl. dazu Art. 20 DSG), kommt diese Variante von Bst. d nicht in Betracht.

43. Ob eine Verweigerung der Einwilligung im Sinne von Bst. d glaubhaft ist, braucht nicht beurteilt zu werden. Gemäss Praxis und Rechtsprechung kann nämlich offenbleiben, ob Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG zusätzlich zur Anwendung gelangt, wenn – wie hier – bereits die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG erfüllt sind.<sup>47</sup> Die zusätzlichen, in Rz 41 genannten Prüfpunkte

<sup>46</sup> Siehe YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), 2008, Art. 19 DSG N 13.

<sup>47</sup> Implizit BVGE 2016/22 332, 350 ff. E. 10 ff.; explizit RPW 2018/2, 424, Rz 43, *Bekanntgabe von Personendaten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung [Aargau]*.

gelten für Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO im Übrigen gleichermassen wie für Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, weshalb es diesbezüglich nicht zu einer unterschiedlichen Handhabung kommen könnte.

### **B.2.1.5 Zusammenfassung zu den Anspruchsgrundlagen**

44. Es besteht keine Anspruchsgrundlage, auf die sich eine vollumfängliche Einsichtnahme in die Sanktionsverfügung, die Beweismittel und sonstigen Verfahrensakten abstützen liesse. Namentlich ergibt sich ein solcher Anspruch nicht aus den geprüften Bestimmungen des BGÖ, der BV, des VwVG sowie des DSGVO. Das Hauptbegehren des Gesuchstellers ist daher abzuweisen.

45. Anders sieht die Rechtslage aus, soweit es um die Bekanntgabe von Informationen über Einzelprojekte im von der Sanktionsverfügung behandelten Gebiet geht, bei welchen der Gesuchsteller die zuständige Beschaffungsstelle war – also bezüglich einer Einsichtnahme, wie sie im Eventualbegehren beantragt wird. Als Grundlage für eine insofern eingeschränkte Einsichtnahme dient Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, auf den sich der Gesuchsteller denn auch zu recht beruft. Ob die weiteren Voraussetzungen für eine Datenbekanntgabe gestützt auf diese Norm erfüllt sind, verbleibt nachfolgend zu prüfen.

46. Keine Grundlagen für die Gewährung selbst eines eingeschränkten Zugangs zu Verfahrensakten bilden vorliegend Art. 6 BGÖ, Art. 44 Abs. 2 BV und Art. 26 VwVG. Aus Art. 29 Abs. 2 BV können sich bei der hier gegebenen Ausgangslage keine weitergehenden Einsichtsrechte ergeben als aus den einschlägigen Bestimmungen des DSGVO. Wie es sich mit Art. 29 Abs. 2 BV im Einzelnen verhält, kann daher offenbleiben. Weil kein Auskunftsgesuch nach Art. 8 DSGVO vorliegt, erübrigt sich eine weitergehende Prüfung dieser Norm und da bereits Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO einschlägig ist, kann auch die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO offenbleiben.

### **B.2.2 Auslegung des Eventualbegehrens**

47. Nach dem Gesagten besteht keine Grundlage zur Gutheissung des Hauptbegehrens. Zu prüfen bleibt damit das Eventualbegehren. Mit diesem verlangt der Gesuchsteller, es sei ihm „Einsicht in jene Stellen der Verfügung [...] sowie der allfälligen weiteren Beweismittel und Verfahrensakten zu gewähren, bei denen er als Vergabebehörde von den Wettbewerbsabreden betroffen ist“.

48. Da eine Gesamtabrede vorlag, brauchte die WEKO, wie ausgeführt, nicht im Einzelnen zu untersuchen, bei welchen konkreten Projekten eine Umsetzung mittels Einzelsubmissionsabreden erfolgte (Rz 2). Entsprechend nahm sie in der Sanktionsverfügung auch keine Würdigung der Verhaltensweise der Bauunternehmen hinsichtlich einzelner Projekte vor; stellte also nicht fest, bei dieser oder jener Beschaffung hätten sich die Bauunternehmen vorgängig abgesprochen.

49. Ein wortgetreues Verständnis des Eventualbegehrens würde daher bedeuten, dass dem Gesuchsteller keine Einsicht zu gewähren ist. Denn ob er bei einem einzelnen Projekt „als Vergabebehörde von den Wett-

bewerbsabreden betroffen ist“, stellte die WEKO gerade nicht bzw. höchstens exemplarisch fest, wobei insofern keine rechtliche Würdigung erfolgte.

50. Bezüglich der Formulierung des Eventualbegehrens ist allerdings auch der Zeitpunkt zu beachten, in dem es gestellt wurde. Dies war nach der Pressemitteilung, aber vor der Publikation der Verfügung. Dem Gesuchsteller war zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt, wie die Verfügung inhaltlich aufgebaut sein wird, namentlich ob darin einzelne Projekte untersucht werden oder nicht. Zudem betrafen die zwei früheren Untersuchungen, in denen bisher öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften Einsichtsgesuche gestellt haben, jeweils (zahlreiche) Einzelsubmissionsabreden, die in den jeweiligen Verfügungen ausführlich behandelt worden sind. Der Gesuchsteller dürfte bei der Formulierung seines Rechtsbegehrens naheliegenderweise diese früheren Verfahren vor Augen gehabt haben.

51. Zu beachten ist ferner, dass Rechtsbegehren im Lichte ihrer Begründung auszulegen sind. Dem Gesuchsteller geht es insbesondere darum, allfällige vergaberechtliche Sanktionen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen. Dafür sind für ihn bereits Angaben zu solchen von ihm als Beschaffungsstelle vergebenen Projekten hilfreich, bezüglich derer zumindest einzelfallbezogene Anhaltspunkte bestehen, dass sie von (die Gesamtabrede umsetzenden) Einzelsubmissionsabreden betroffen sind. Dass die WEKO solche Umsetzungsabreden im Detail geprüft und in der Sanktionsverfügung entsprechend festgestellt hätte, wäre für ihn zwar angenehm, nicht aber unabdingbar. Auf der anderen Seite ist es für den Gesuchsteller nicht hilfreich, auch ohne solche Anhaltspunkte, also „ungefiltert“, über sämtliche Projekte informiert zu werden, bei denen er die Beschaffungsstelle war und die zufälligerweise irgendwo in den Verfahrensakten genannt werden, etwa in einem Offertöffnungsprotokoll. Eine solche Datenflut würde ihm die Arbeit letztlich erschweren und nicht erleichtern. Ein solch weitgehendes Verständnis des Eventualbegehrens stünde zudem in Widerspruch zu dessen Wortlaut.

52. Die WEKO versteht das Eventualbegehren deshalb so, dass der Gesuchsteller insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung, die Beweismittel sowie die weiteren Verfahrensakten verlangt, als dass es um Projekte im Münstertal geht, bei denen er die Beschaffungsstelle war und welche einzelfallbezogene Anhaltspunkte für eine Einzelsubmissionsabrede beinhalten.

### **B.2.3 Betroffene Verfahrensakten und Beweismittel**

53. Die **Sanktionsverfügung** wurde mittlerweile publiziert. Die darin abgedeckten Passagen betreffen insbesondere Namen natürlicher Personen und Geschäftsgeheimnisse, aber keine Angaben zu spezifischen Projekten. Soweit mit dem Eventualbegehren Einsicht in die Sanktionsverfügung verlangt wird, ist das Begehren aufgrund der Publikation der Sanktionsverfügung und dem Charakter der darin abgedeckten Stellen gegenstandslos geworden.

54. Die im Rahmen einer Selbstanzeige eingereichten Informationen und Beweismittel (Selbstanzeigeakten) werden beim Sekretariat in einem von den übrigen Verfahrensakten unabhängigen Selbstanzeigedossier ge-

führt.<sup>48</sup> Das Selbstanzeigedossier enthält einerseits die eigentliche (schriftliche und/oder mündliche) Selbstanzeige inklusive deren Ergänzungen und andererseits Beilagen, d.h. vorbestehende Beweismittel, die zum Zwecke der Selbstanzeige eingereicht wurden.

55. Vorliegend sind in der **eigentlichen Selbstanzeige** Aussagen zu projektbezogenen Submissionsabreden im Münstertal enthalten. Die Selbstanzeigerin hat schriftlich und in mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige zu gegeben, dass es bei konkreten Projekten im Münstertal zu Abreden gekommen ist. Die eigentliche Selbstanzeige ist daher vom Eventualbegehren des Einsichtsgesuchs betroffen.

56. In den **Beilagen** zur **Selbstanzeige**, d.h. den vorbestehenden Beweismitteln, ist im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Sanktionsverfügung – Absprachen im Münstertal – namentlich eine handschriftliche Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 enthalten. Diese war allerdings auch bereits anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden und sie ist in der Sanktionsverfügung vollständig abgedruckt.<sup>49</sup> Insofern ist das Einsichtsgesuch aufgrund der erfolgten Publikation der Verfügung gegenstandslos geworden. Die weiteren von der Selbstanzeigerin als Beilagen zur Selbstanzeige eingereichten Dokumente (Act. IX.C.35 [22-0433]) enthalten keine Informationen über Absprachen im Münstertal, weshalb sie aus diesem Grund nicht vom Eventualbegehren erfasst werden.

57. Die Wettbewerbsbehörden prüften sodann, ob die **beschlagnahmten Akten**, die Basis der Sanktionsverfügung bilden,<sup>50</sup> Anhaltspunkte für Abreden bei Einzelprojekten des Geschwärtstellers im Münstertal beinhalten. Dies ist bei den folgenden beschlagnahmten E-Mails der Fall: E-Mail vom 27. Juni 2012 betreffend „TBA Offerte Plaun Teal“ (Act. III.C.067 [22-0433])<sup>51</sup>, E-Mail vom 27. Juni 2012 betreffend „Umbrail – Baumeisterarbeiten“ (Act. III.C.079 [22-0433])<sup>52</sup> und E-Mail vom 28. Juni 2012 betreffend „SIA Datei Punt Teal – Plaun Teal“ (Act. III.C.106 [22-0433])<sup>53</sup>. Soweit die Anhänge dieser E-Mails sichergestellt werden konnten, sind auch diese Anhänge Teil der beschlagnahmten Akten. Ferner ist dies bei einer undatierten Besprechungsnotiz der Fall, die der Hohenegger SA an der Einvernahme vom 16. März 2016<sup>54</sup> vorgehalten wurde (Act. III.C.031 [22-0433]). Diese beschlagnahmten Akten sind vom Eventualbegehren betroffen.

58. In die Kategorie der **für die Untersuchung erstellten Dokumente** fallen vorliegend Protokolle von Einvernahmen und Auskunftsbeghehren. Die Protokolle der Einvernahmen der Hohenegger SA vom 28. Oktober 2015 (Act. IV.025 [22-0433]) und vom 16. März 2016 (Act. II.1 [22-0467]) enthalten Passagen mit projektspezifischen Aussagen und Beilagen, die einen Bezug zum Geschwärtsteller als Beschaffungststelle aufweisen. Zudem bestehen insofern Anhaltspunkte für Einzelsubmissionsabreden. Diese Protokolle sind daher vom Eventualbegehren ebenfalls betroffen.

59. Die im Rahmen der Untersuchung zugestellten **Auskunftsbeghehren** enthalten keine Informationen über Einzelprojekte. Vom Einsichtsgesuch werden diese daher nicht erfasst.

60. Zusammenfassend ergibt sich: Informationen über einzelne Projekte im Münstertal, bei welchen der Geschwärtsteller die zuständige Beschaffungststelle war und welche Anhaltspunkte für Einzelsubmissionsabreden beinhalten, sind in der eigentlichen Selbstanzeige, in den beschlagnahmten Akten und in den für die Untersuchung erstellten Dokumenten enthalten. Konkret handelt es sich um 1) schriftliche und mündliche Ausführungen in der eigentlichen Selbstanzeige, 2) drei E-Mails vom 27. und 28. Juni 2012 (inkl. Anhang, soweit vorhanden) und eine undatierte Besprechungsnotiz, die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellt wurden, und 3) die Protokolle der Einvernahmen der Hohenegger SA vom 28. Oktober 2015 und 16. März 2016. Diese Dokumente sind vom Eventualbegehren erfasst. Alle weiteren Verfahrensakten und Beweismittel sowie die Sanktionsverfügung selber sind vom Einsichtsgesuch mangels Informationen zu entsprechenden Projekten nicht betroffen.

#### B.2.4 Entgegenstehende Gesetzesbestimmungen

61. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO<sup>55</sup> setzt einer Bekanntgabe von Personendaten Schranken, wenn in einem Gesetz Geheimhaltungspflichten vorgesehen sind. Diesbezüglich sticht Art. 25 Abs. 2 KG ins Auge. Andere Normen sind weder ersichtlich noch berufen sich die Gesuchgegnerinnen auf die Existenz weiterer gesetzlicher Geheimhaltungspflichten.

62. Das BVGer bestätigte in einem jüngeren Urteil, dass Art. 25 Abs. 2 KG nicht jeder Weitergabe von Daten, die im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gewonnen wurden, entgegensteht. Eine Datenbekanntgabe an aussenstehende Dritte ist demnach unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen zulässig: Erstens muss es sich beim Datenempfänger um ein (potentielles) Kartellopfer handeln. Zweitens dürfen von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sein, denn Sinn und Zweck von Art. 25 Abs. 1–3 KG liegt darin, von den Parteien oder Dritten in das Verfahren eingebrachte sensible Informationen vor dem Zugriff unberechtigter Personen zu schützen. Drittens dürfen die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.<sup>56</sup> Die Verwendung der Daten zu sachfremden Zwecken ist mit der Anordnung einer Auflage zu verhindern.<sup>57</sup>

63. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz 8), handelt es sich beim Geschwärtsteller als Datenempfänger um ein potentielles Kartellopfer. Die erste Voraussetzung ist demnach erfüllt.

<sup>48</sup> Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO „Bonusregelung (Selbstanzeige)“ vom 8.9.2014, Rz 48.

<sup>49</sup> RPW 2017/3, 438 Rz 136, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>50</sup> Wird ein Einsichtsgesuch gestellt, führt dies nicht dazu, dass die Wettbewerbsbehörden sämtliche Akten erneut – wie im Rahmen ihrer eigenen Untersuchung – durchforsten müssten, dieses Mal aber anhand der vom Geschwärtsteller gewünschten Kriterien.

<sup>51</sup> RPW 2017/3, 438 Rz 136, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>52</sup> RPW 2017/3, 438 Rz 136, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>53</sup> RPW 2017/3, 438 Rz 136, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>54</sup> RPW 2017/3, 429 Rz 68, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

<sup>55</sup> Ebenso Art. 9 Abs. 1 Bst. a DSGVO bezüglich eines Auskunftsgesuchs nach Art. 8 DSGVO.

<sup>56</sup> BVGE 2016/22, 332, 350 ff. E. 11.1–11.4.

<sup>57</sup> BVGE 2016/22, 332, 362. E. 11.5.4.

64. Die WEKO beabsichtigt in keiner Weise, mit einer Einsichtsgewährung in die betroffenen Akten (hiervor Rz 60) Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse zu offenbaren. Sie hat deshalb die Dokumente, die sie herauszugeben beabsichtigt, auf allfällige Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen geprüft und diese gegebenenfalls abgedeckt (vgl. Dokumente im Anhang). Die so bereinigten Dokumente enthalten aus Sicht der WEKO keine Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse mehr, die mit einer Herausgabe offenbart würden. Damit ist auch die zweite Voraussetzung erfüllt.

65. Wie ausgeführt, verfolgt der Gesuchsteller die Anliegen, vergaberechtliche Sanktionen und zivilrechtliche Schadenersatzansprüche gegenüber Abredeteilnehmern zu prüfen und durchzusetzen. Diese beiden Tätigkeiten sind darauf ausgerichtet, die schädlichen Auswirkungen von unzulässigen Wettbewerbsabreden zu beseitigen. Insofern ist die beabsichtigte Verwendung der Daten durch den Gesuchsteller mit dem in Art. 1 KG verankerten Zweck des Kartellrechts kongruent, womit auch die dritte Voraussetzung erfüllt ist.

66. Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 25 Abs. 2 KG keine vorbehaltene Gesetzesbestimmung im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG darstellt, soweit es um die Herausgabe von Verfahrensakten geht, welche dem Gesuchsteller die Verfolgung eines kartellrechtlichen Zweckes ermöglichen sollen. Allerdings ist mit einer Auflage zu verhindern, dass die Daten zu kartellrechtsfremden Zwecken verwendet werden (vgl. Dispositivziffer 3).

## **B.2.5 Interessenabwägung**

67. Zu prüfen bleibt, ob die grundsätzlich mögliche Bekanntgabe von Informationen über Einzelprojekte, bei welchen der Gesuchsteller potentiell Kartellopfer war, aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gleichwohl zu verweigern oder einzuschränken ist. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG sieht in Bezug auf eine Datenbekenntgabe nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG eine Interessenabwägung vor. Die Datenbekenntgabe kann abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden, wenn „wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen“.

### **B.2.5.1 Für eine Einsichtnahme sprechende Interessen**

#### **B.2.5.1.1 Interessen des Gesuchstellers**

68. Die Interessen des Gesuchstellers ergeben sich aus den von ihm für sein Einsichtsgesuch angeführten Gründen (siehe Rz 33). Aufgrund dessen, dass Art. 25 Abs. 2 KG einer Datenbekenntgabe im Wege steht, soweit diese nicht der Verfolgung kartellrechtlicher Zwecke dient (siehe Rz 61 ff.), können allerdings bei der Interessenabwägung nur diejenigen Interessen des Gesuchstellers berücksichtigt werden, die mit der Verfolgung eines kartellrechtlichen Zwecks übereinstimmen. Denn zur Verwirklichung anderer Interessen fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Datenherausgabe und es könnten bei einer Berücksichtigung solch weiterer Interessen bei der vorzunehmenden Abwägung letztlich Interessen ausschlaggebend sein und zu einer Datenbekenntgabe führen, die alsdann wegen der Zweckbindung der Da-

tenbekenntgabe vom Gesuchsteller mit den Daten gar nicht verfolgt werden dürfen.

69. Mit Hilfe der Einsichtnahme will der Gesuchsteller insbesondere vergaberechtliche Sanktionen prüfen und zivilrechtliche Ansprüche abklären und gegebenenfalls durchsetzen, die ihre Grundlage in Kartellrechtsverstößen der Gesuchsgegnerinnen haben. Diese Interessen stehen in Einklang mit einem kartellrechtlichen Zweck.

70. Die Interessen des Gesuchstellers sind grossteils monetärer Natur (Zivilrechtsansprüche, Konventionalstrafen). Damit sollen finanzielle Nachteile ausgeglichen werden, die er als Opfer von Kartellabreden erlitten hat. Da es dabei letztlich um die Verwendung von Steuergeldern geht (beim Gesuchsteller handelt es sich wie ausgeführt um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft), hat dieses Interesse einen öffentlichen Charakter. Teilweise sind die Interessen des Gesuchstellers nichtmonetärer Natur. So geht es gerade bei den vergaberechtlichen Sanktionen auch darum, eine faire Wettbewerbssituation zwischen den Wettbewerbern herzustellen und abzusichern. Bei diesem Interesse des Gesuchstellers handelt es sich letztlich um ein öffentliches Interesse.

#### **B.2.5.1.2 (Weitere) öffentliche Interessen**

71. Es besteht generell ein öffentliches Interesse daran, dass Kartellrechtsverstöße aufgeklärt und sanktioniert sowie die daraus entstandenen Schäden ersetzt werden – dies sowohl mit Blick auf die Prävention als auch die Repression. Dieses öffentliche Interesse ist denn auch Grund dafür, dass es die WEKO gibt und Kartellrechtsverletzungen hoheitlich verfolgt werden. Die Wirksamkeit des Kartellrechts wird aber auch durch ein zivil- oder vergaberechtliches Vorgehen gegen Verstöße gefördert, womit die Ermöglichung eines solchen Vorgehens ebenfalls im öffentlichen Interesse steht.

### **B.2.5.2 Gegen eine Einsichtnahme sprechende Interessen**

#### **B.2.5.2.1 Interessen der Gesuchsgegnerinnen**

72. Die gegen eine Einsichtnahme sprechenden Interessen der Gesuchsgegnerinnen sind monetärer Natur. Ihnen droht, dass gestützt auf die Einsicht zivilrechtliche Ansprüche gegen sie geltend gemacht oder Konventionalstrafen eingefordert werden. Sie haben ein monetäres Interesse daran, eine Inanspruchnahme möglichst weitgehend zu verhindern oder zumindest zu reduzieren (vgl. zum Interesse, eine unberechtigte Inanspruchnahme zu verhindern, auch Rz 76). Auch ihre Interessen gegen allfällige weitere vergaberechtliche Sanktionen sind monetärer Natur, hindern solche Sanktionen doch ihre geschäftliche Tätigkeit und können Umsatzeinbußen bewirken.

73. Anderweitige Interessen der Gesuchsgegnerinnen, die gegen eine Einsichtnahme sprechen könnten, etwa die Angst vor einer Rufschädigung oder einer negativen Presseberichterstattung, sind bei der Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen. Indem nämlich die Verwendung der Daten durch den Gesuchsteller mittels Auflage eingeschränkt wird (siehe Rz 66), ist sichergestellt, dass solch anderweitige Interessen durch eine Einsichtnahme nicht tangiert werden.

### B.2.5.2.2 Interessen Dritter

74. Enthalten die in Frage stehenden Dokumente Personendaten Dritter, die nicht als Verfahrensparteien im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren involviert waren, haben diese Dritten (z.B. andere Bauunternehmen, natürliche Personen) ein gewichtiges Interesse daran, dass ihre Personendaten nicht herausgegeben werden. Dies insbesondere auch deshalb, weil sie sich im kartellrechtlichen Verfahren nicht äussern konnten.<sup>58</sup>

### B.2.5.2.3 Öffentliche Interessen

#### a) Grundkonstellation

75. Grundsätzlich ist kein öffentliches Interesse ersichtlich, das gegen eine Einsichtnahme durch ein (potentielles) Kartellopfer spricht.

76. Nur, aber immerhin, besteht ein öffentliches Interesse daran, zu verhindern, dass die Gesuchsgegnerinnen unberechtigterweise oder übermässig zur Rechenschaft gezogen werden. Dieses Anliegen wird jedoch durch die entsprechenden zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren sichergestellt, in denen die Rechtskonformität allfälliger vom Gesuchsteller nach Einsichtnahme geltend gemachter Ansprüche oder verhängter vergaberechtlicher Sanktionen geprüft wird. In vorliegendem Verfahren ist nicht zu beurteilen, ob solche Ansprüche bestehen. Ob die Gesuchsgegnerinnen derartige Ansprüche bestreiten oder nicht, ist hier deshalb ebenso wenig von Belang wie, ob die Sanktionsverfügung formell rechtskräftig wurde oder die Streitigkeit bei einer Beschwerdeinstanz rechtshängig ist. Bei der Interessenabwägung ist dieser Gesichtspunkt – das Risiko einer unberechtigten oder zu weitgehenden Inanspruchnahme der Gesuchsgegnerinnen – daher nicht zu berücksichtigen, wird diesem Anliegen doch bereits anderweitig hinreichend Rechnung getragen.<sup>59</sup>

#### b) Ausnahmekonstellation Selbstanzeigen

77. Bei kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungen ist eine „Ausnahmekonstellation“ zu berücksichtigen: Im Kartellrecht gibt es eine (ansonsten dem schweizerischen Recht unbekannte) Selbstanzeige („Kronzeugenregelung“ bzw. „Bonusregelung“). Art. 49a Abs. 2 KG hält fest, dass gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (also eine Selbstanzeige einreicht<sup>60</sup>), auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Hintergrund dieser Regelung ist, dass sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und vor allem horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen regelmässig im Geheimen getroffen und versteckt gehalten werden.<sup>61</sup> Eine Aufdeckung solcher Absprachen durch die Wettbewerbsbehörden ist ausgesprochen schwierig; häufig ist hierfür Insiderwissen erforderlich, in jedem Fall aber ausgesprochen hilfreich.<sup>62</sup> Dies ist zum einen der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden ohne Selbstanzeige gar nicht um die fraglichen Handlungen wissen.<sup>63</sup> Zum anderen kann dies aber auch der Fall sein, wenn im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnet ist<sup>64</sup>, mithin im Moment der Selbstanzeige schon Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestanden. Denn trotz solcher Anhaltspunkte ist es ohne Weiteres möglich, dass es ohne

Selbstanzeige an den letztlich für eine Sanktionierung nach Art. 49a KG erforderlichen Beweismitteln mangelt, die Identifizierung und Deutung von relevanten Beweismitteln ohne Erläuterungen schwer fällt oder gar unmöglich ist oder es an entscheidenden Aussagen fehlt.<sup>65</sup> Auch solche Selbstanzeigen können einen wichtigen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten, wobei sich die Wichtigkeit des Beitrags im Ausmass der gewährten Sanktionsreduktion widerspiegelt.<sup>66</sup>

78. Seit Einführung dieses Instruments im Jahr 2004, welche gleichzeitig mit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellrecht erfolgte, hat sich in der Praxis gezeigt, dass diesem Instrument essentielle Bedeutung bei der Aufdeckung und dem Beweis unzulässiger Absprachen zukommt. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, gerade auch von Submissionsabsprachen, wird dank dem Institut der Selbstanzeige wesentlich erhöht.<sup>67</sup> Dies führt nicht nur dazu, dass das fragliche Verhalten in einem konkreten Fall repressiv geahndet werden kann, sondern hat auch einen kaum zu überschätzenden präventiven Effekt, indem es vom Treffen solcher Absprachen im Vorherein abschreckt.

79. Wie gut das Institut Selbstanzeige funktioniert, hängt entscheidend davon ab, ob es einem Unternehmen ausreichend Anreize für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden schafft. Denn ob ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht oder nicht, hängt von seiner Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile ab. Neben der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der erwarteten Sanktionshöhe zieht es dabei unter anderem auch die anderweitig drohenden Nachteile in Betracht. Kartellrechtswidrige Abreden können insbesondere eine kartellzivilrechtliche Haftung und bei Submissionsabreden zudem eine vergaberechtliche Sanktionierung zur Folge haben.

<sup>58</sup> BVGE 2016/22, 332, 365 E. 12.4.2.

<sup>59</sup> In gleichem Sinne bereits BVGE 2016/22, 332, 365 E. 12.4.1.

<sup>60</sup> Als Selbstanzeiger gilt u.a. ein Unternehmen, das mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, indem es seine Teilnahme an einer unzulässigen Abrede offenlegt und hierzu Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoß gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

<sup>61</sup> Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2038 f. Ziff. 2.1.5.

<sup>62</sup> Siehe z.B. FABIO BABEY/DAMIANO CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 112/2016, S. 513, Ziff. I und IV; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet, Bovet, Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 49a KG N 63 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 669 f.

<sup>63</sup> Sogenannte Eröffnungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>64</sup> Sogenannte Feststellungskooperation, vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

<sup>65</sup> Siehe dazu z.B. RPW 2013/4, 630 f. Rz 995 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2009/3, 219 Rz. 158 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

<sup>66</sup> Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Art. 12 Abs. 2 SVKG.

<sup>67</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICH (Fn 16), Art. 49a KG N 120 f.



80. Diese möglichen Nachteile auszuschliessen und dadurch den Anreiz zum Einreichen von Selbstanzeigen weiter zu erhöhen, mithin Selbstanzeiger auch in diesen Bereichen per Gesetz von Sanktionen resp. Ersatzansprüchen zu befreien oder sie bei Einsichtsverfahren gegenüber Nicht-Selbstanzeigern zu privilegieren, wäre Sache des Gesetzgebers. Dies hat er allerdings nicht getan. Dass eine solche Inanspruchnahme grundsätzlich droht, liegt bei der geltenden Rechtslage in der Natur der Sache und kann von den Wettbewerbsbehörden nicht verhindert werden. Jedoch – und dies ist in vorliegendem Zusammenhang besonders wichtig – dient eine Selbstanzeige einzig der Aufdeckung und dem Nachweis unzulässiger Verhaltensweisen in einem Kartellverwaltungsanktionsverfahren. So erliess der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Selbstanzeige im Kartellrecht nicht gleichzeitig eine Norm, wonach solche Informationen auch zur Durchsetzung anderweitiger Ansprüche verwendbar sind. Der Gesetzgeber entschied sich damit weder für einen umfassenden Schutz eines Selbstanzeigers vor möglichen Nachteilen, die neben der Sanktion gemäss Art. 49a KG bestehen können, noch dafür, dass Informationen, die dank einer Selbstanzeige gewonnen werden, auch anderen Behörden oder Privaten für ihre Anliegen zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber hat also – ausser bezüglich der Sanktion nach Art. 49a KG – von der Besserstellung eines Selbstanzeigers gegenüber Nicht-Selbstanzeigern abgesehen, gleichzeitig aber auch nicht vorgesehen, dass jener gegenüber diesen im Ergebnis benachteiligt werden soll, indem Informationen aus der Selbstanzeige Dritten zur Verfügung zu stellen sind.

81. Zudem ist ein Selbstanzeiger aufgrund seiner umfassenden Kooperationspflicht verpflichtet, bei Submissionsabreden sämtliche abgesprochenen Projekte, soweit rekonstruierbar, offenzulegen. Wesensbedingt wird er an all diesen Abreden selber auch beteiligt gewesen sein – eine Dunkelziffer besteht im Verhältnis zu ihm nicht. Demgegenüber können Unternehmen, die sich gegen eine Kooperation entscheiden, darauf hoffen, dass den Wettbewerbsbehörden nur ein Teil der Einzelsubmissionsabreden (mit welchen gegebenenfalls eine Gesamtabrede umgesetzt wurde) bekannt werden, an welchen sie beteiligt waren – dass also eine zu ihren Gunsten spielende Dunkelziffer bestehen bleibt. Dies kann dazu führen, dass überproportional viele abgesprochene Projekte mit Beteiligung eines Selbstanzeigers bekannt werden, wodurch eine überproportionale Inanspruchnahme eines Selbstanzeigers droht.

82. Der Anreiz, eine Selbstanzeige in Kartellverwaltungsanktionsverfahren einzureichen, wird wesentlich geschmälert, wenn Selbstanzeiger damit rechnen müssten, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige freiwillig eingereichte Informationen<sup>68</sup> und Beweismittel an Dritte herausgeben, ohne dass der Gesetzgeber dies ausdrücklich so vorgesehen hätte. Denn eine Herausgabe erhöht die Wahrscheinlichkeit, von diesen Dritten alsdann in Anspruch genommen zu werden; und zwar gerade gestützt auf diese Selbstanzeige-Dokumente. Mit einer Herausgabe solcher Unterlagen untrennbar verbunden ist daher die Gefahr, dass sich Unternehmen künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige und damit gegen eine Kooperation mit den Wettbe-

werbsbehörden entscheiden würden.<sup>69</sup> Dies wiederum gefährdet das gute Funktionieren des Instituts Selbstanzeige<sup>70</sup> und damit letztlich die Aufdeckung und Bekämpfung von Kartellen.

83. Grosse Bedeutung hat in diesem Zusammenhang daher die Rechtssicherheit. Ein Unternehmen soll bereits vor seinem Entscheid für oder gegen eine Selbstanzeige wissen, wie die Wettbewerbsbehörden ein allfälliges Einsichtsgesuch Dritter in diese Unterlagen handhaben werden. Nur so kann es dies bei seiner Abwägung (siehe Rz 79) in zuverlässiger Weise berücksichtigen – Unsicherheit in diesem Punkt tangiert den Anreiz für Selbstanzeigen. Wie mit solchen Unterlagen umgegangen wird, ist deshalb von weit über ein einzelnes Verfahren hinausgehender Bedeutung.

84. Am Institut der Selbstanzeige und dessen gutem Funktionieren besteht demnach ein öffentliches Interesse; jedenfalls soweit es um Selbstanzeigen geht, die einen Beitrag zum Verfahrenserfolg leisten. Der Erfolg des Instituts Selbstanzeige wiederum hängt von den damit verbundenen Vor- und Nachteilen ab. Handhabt die WEKO Einsichtsgesuche so, dass Selbstanzeiger im Ergebnis schlechter gestellt sind als Nicht-Selbstanzeiger, schmälert dies in allgemeiner Weise den Anreiz von Selbstanzeigen. Insofern besteht also ein öffentliches Interesse, das gegen eine Einsichtnahme spricht.

85. Dieses öffentliche Interesse stimmt im Übrigen mit den privaten Interessen eines Selbstanzeigers überein.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Dass freiwillig mitgeteilte Informationen, deren Geheimhaltung seitens der Behörden zugesichert wurde, besonders schützenswert sind, zeigt auch Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.

<sup>69</sup> Aus demselben Grund schützen die Wettbewerbsbehörden Selbstanzeigen bereits während dem Untersuchungsverfahren, indem sie die Akteneinsicht gestützt auf Art. 26 ff. VwVG einschränken (siehe dazu das Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8.9.2014, Stand 1.8.2015, Rz 47 ff., abrufbar unter: [www.weko.ch](http://www.weko.ch) >Dienstleistungen, 2.8.2018); siehe auch die Zwischenverfügung des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums vom 10.8.2011, RPW 2012/2, 264 Rz 20 ff., in welcher das Akteneinsichtsrechts gestützt auf Art. 26 ff. VwVG zum Schutze des Instituts Selbstanzeige eingeschränkt wurde. Das BVGer hat eine Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung abgewiesen und die Interessenabwägung zugunsten des Instituts Selbstanzeige geschützt (Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20.2.2014, E. 6 und 9, insb. 9.6: „Soweit der Kanton und/oder Gemeinden durch die in der angefochtenen Verfügung dargestellten Absprachen geschädigt worden sein sollten, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung entsprechender Ersatzforderungen. Dieses konterkariert das öffentliche Interesse, von den Selbstanzeigen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu befördern. Letzteres lässt sich jedoch als grundsätzlich überwiegend betrachten, weil es im Dienste der Aufdeckung von Kartellrechtsverstössen steht. Kommen solche erst gar nicht ans Licht, können auch keine Schadenersatzforderungen ins Auge gefasst werden.“). In seinem Urteil B-807/2012 vom 25.6.2018 bestätigte es in E. 5.4.6 diese Zwischenverfügung sodann ausdrücklich. Siehe schliesslich Urteil des BVGer B-5936/2014 vom 30.10.2017, E. 5.6, *Untersuchung i.S. Abreden im Bereich Luftfracht*.

<sup>70</sup> Siehe auch die entsprechende Wertung in der Richtlinie 2014/104 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, Art. 6 (6) a) zu Kronzeugenerklärungen: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadenersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung der folgenden Beweismittelarten durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können: Kronzeugenerklärungen.“ Siehe zum Ganzen auch: SEREINA DENOTh, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, 2012, S. 235 ff.

<sup>71</sup> Siehe auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 5.4.6 in fine (bezüglich Art. 26 f. VwVG).

### B.2.5.3 Eigentliche Interessenabwägung

86. Gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG ist zu prüfen, ob der Bekanntgabe wesentliche öffentliche Interessen oder *offensichtlich schutzwürdige* Interessen einer betroffenen Person entgegenstehen. Die vorangehend dargestellten, gegenläufigen Interessen sind also nunmehr gegeneinander abzuwägen, wobei eine Grund- und eine Ausnahmekonstellation zu unterscheiden ist.<sup>72</sup>

87. **Grundkonstellation** (keine Selbstanzeige): Die für eine Einsichtnahme sprechenden Interessen des Gesuchstellers (Rz 68 ff.) sind eher hoch zu gewichten. Sie stehen zudem in Einklang mit den betroffenen öffentlichen Interessen (Rz 70, 71 sowie 75 f.). Die entgegenstehenden Interessen der Gesuchsgegnerinnen (Rz 72 f.) erscheinen hingegen kaum schutzwürdig – letztlich geht es ihnen darum, den nachteiligen Folgen zu entgehen, die ihr eigenes Verhalten nach sich ziehen kann. In der Grundkonstellation sprechen die überwiegenden Interessen daher grundsätzlich für eine Einsichtsgewährung.

88. Nur, aber immerhin, soweit solche Dokumente Personendaten Dritter (insbesondere Namen natürlicher Personen) enthalten, fällt die Interessenabwägung anders aus. Diese Dritten haben ein gewichtiges Interesse an einer Nichttherausgabe. Demgegenüber ist der Gesuchsteller nicht darauf angewiesen, diese Personendaten zu kennen, um seine Ziele zu erreichen. Insoweit, also bezüglich Personendaten Dritter, ist daher auf eine Datenbekanntgabe zu verzichten.<sup>73</sup> Dies wird erreicht, indem die entsprechenden Angaben auf den fraglichen Dokumenten geschwärzt werden.

89. **Ausnahmekonstellation** (Selbstanzeige): Die Interessen des Gesuchstellers sind stets dieselben, unabhängig davon, ob eine Selbstanzeige betroffen ist oder nicht. Sie sind, wie ausgeführt, eher hoch zu gewichten (Rz 87). Das zentrale öffentliche Interesse – die wirksame Bekämpfung und Sanktionierung von Kartellrechtsverstössen – bleibt zwar ebenfalls dasselbe. In der Ausnahmekonstellation, also soweit es um Selbstanzeigen geht, spricht dieses Interesse aber nicht für, sondern gegen eine Einsichtsgewährung (Rz 77 ff.). Die Gewährung von Einsicht würde den Anreiz für eine Selbstanzeige in genereller Weise reduzieren und so dieses wichtige Mittel im Kampf gegen Kartellrechtsverletzungen nachhaltig schwächen. Das öffentliche Interesse, Kartellrechtsverstösse langfristig erfolgreich aufdecken zu können, überwiegt die grossteils monetären Interessen des Gesuchstellers deutlich.<sup>74</sup> In der Ausnahmekonstellation sprechen die überwiegenden Interessen daher gegen eine Einsichtsgewährung.

90. **Anwendung:** Darzustellen bleibt, was diese Interessenabwägung für die einzelnen betroffenen Verfahrensakte und Beweismittel (siehe Rz 53 ff.), namentlich die eigentliche Selbstanzeige, die beschlagnahmten Akten (drei E-Mails, wobei die Anhänge nur z.T. vorhanden sind, und eine undatierte Besprechungsnotiz) sowie die für die Untersuchung erstellten Dokumente (zwei Einvernahmeprotokolle der Hohenegger SA) heisst:

91. Bei der eigentlichen Selbstanzeige ist offenkundig, dass die Ausnahmekonstellation vorliegt. Einsicht in diese Dokumente ist nicht zu gewähren.

92. Bei den beschlagnahmten Akten liegt die Grundkonstellation vor. Diese Dokumente gelangten nicht im Rahmen einer Selbstanzeige in die Hände der Wettbewerbsbehörden. Zudem sind in der Sanktionsverfügung keine Angaben des Selbstanzeigers zu den in diesen Dokumenten genannten Projekten angeführt. Durch Gewährung der Einsicht in diese Dokumente wird der Selbstanzeiger daher nicht schlechter gestellt als ein Nicht-Selbstanzeiger. Diesbezüglich ist die Einsicht zu gewähren.

93. Bei den für die Untersuchung erstellten Dokumenten, namentlich den zwei Einvernahmeprotokollen der Hohenegger SA, liegt ebenfalls die Grundkonstellation vor. Die Wettbewerbsbehörden erstellten diese Dokumente selber, und zwar nicht in Bezug auf eine Selbstanzeige. Die Protokolle enthalten keine Angaben, die aus der eigentlichen Selbstanzeige des Selbstanzeigers stammen. Durch Gewährung der Einsicht in diese Dokumente wird der Selbstanzeiger daher nicht schlechter gestellt als ein Nicht-Selbstanzeiger. Diesbezüglich ist die Einsicht ebenfalls zu gewähren.

### B.2.6 Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 1–4 DSG)

94. Bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG müssen zudem die allgemeinen Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten werden. Gemäss Art. 4 DSG dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Abs. 1). Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3). Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 4).

95. Das BVGer prüfte die Einhaltung dieser Grundsätze bezüglich Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG im Rahmen eines früheren Einsichtsgesuchs in einem anderen Sanktionsverfahren der WEKO.<sup>75</sup> Die dortigen Ausführungen sind nicht einzelfallspezifisch und treffen daher hier gleichermaßen zu. Zur Vermeidung von Weiterungen wird vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen des BVGer verwiesen.

<sup>72</sup> Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich vorliegend hinsichtlich der Interessenabwägung nichts ändern würde, wenn der Gesuchsteller zusätzlich nach Art. 8 DSG um Auskunft über ihn betreffende Daten ersucht hätte (siehe dazu Rz 24 ff.). Art. 9 DSG sieht nämlich ebenfalls, wenn auch mit anderer Formulierung, eine Interessenabwägung vor – und diese wäre gleich ausgefallen.

<sup>73</sup> Ebenso bereits BVGE 2016/22, 332, 365 f. E. 12.4.2.

<sup>74</sup> Vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 5.4.6 in Bezug auf Art. 26 f. VwVG.

<sup>75</sup> Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016, E. 13 und Dispositiv (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22, 332).

### B.2.7 Schlussfolgerung

96. Dem Gesuchsteller wird demnach Einsicht in die Verfahrensakten und Beweismittel der Untersuchung 22-0467 gewährt, soweit sie Informationen über Einzelprojekte im Münstertal enthalten, bei welchen der Gesuchsteller die zuständige Beschaffungsstelle war und hinsichtlich derer Anhaltspunkte für Einzelsubmissionsabreden bestehen. Von dieser Einsicht ausgenommen sind allerdings diejenigen Dokumente, deren Offenlegung das Institut der Selbstanzeige gefährden würde. Dies führt dazu, dass dem Gesuchsteller nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung die Dokumente gemäss Anhang (der derzeit erst den Gesuchsgegnerinnen bekanntgegeben wird) zugestellt werden, namentlich: E-Mails vom 27. Juni 2012 (Act. III.C.067 [22-0433] sowie Act. III.C.079 [22-0433]) und vom 28. Juni 2012 (Act. III.C.106 [22-0433]), jeweils inklusive der Anhänge, soweit vorhanden, eine undatierte Besprechungsnotiz (Act. III.C.031 [22-0433]) sowie Auszüge aus den Protokollen der Einvernahmen der Hohenegger SA vom 28. Oktober 2015 (Act. IV.025 [22-0433]) und vom 16. März 2016 (Act. II.1 [22-0467]). Soweit weitergehend wird keine Einsicht gewährt und das Gesuch abgewiesen, soweit dieses nicht gegenstandslos geworden ist.

### B.3 Kosten

97. Das DSG, auf dem diese Verfügung fusst, enthält keine Bestimmung zu den Kosten, die bei einer Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zu erheben sind. Ebenso wenig findet sich im KG eine diesbezügliche Norm; namentlich werden solche Einsichtsgesuche nicht von Art. 53a KG erfasst. Von den dort aufgezählten Leistungen, für die Gebühren zu entrichten sind, kommt einzig eine Subsumtion unter die „sonstige[n] Dienstleistungen“ nach Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG in Betracht. Damit sind jedoch nur Dienstleistungen gemeint, welche die Wettbewerbsbehörden gestützt auf das KG erbringen, insbesondere Beratungen nach Art. 23 Abs. 2 KG.<sup>76</sup> Um derartige Dienstleistungen geht es hier nicht (vgl. auch Rz 9). Eine spezialgesetzliche Grundlage, um Gebühren zu verlangen, besteht demnach nicht.

98. Einschlägig ist deshalb die auf Art. 46a RVOG basierende VwKV<sup>77</sup> (Art. 13 Abs. 1 VwKV). Art. 13 Abs. 2 VwKV sieht vor, dass die verfügende Behörde von der Partei u.a. eine Entscheidgebühr erheben kann. Hinsichtlich einer allfälligen Befreiung davon verweist die VwKV auf die AllGebV<sup>78</sup> (Art. 13 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 VwKV). Deren Art. 3 Abs. 1 statuiert, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Kosten erhebt, sofern diese Gegenrecht gewähren. Der Gesuchsteller und diverse seiner Gemeinden haben den Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit wiederholt kostenlos Amtshilfe gewährt. Es sind daher vom Gesuchsteller keine Kosten zu erheben.

99. Vorbehältlich anderslautender Vorschriften in den einschlägigen Spezialerlassen ist auf das vorliegende Verfahren das VwVG anwendbar. Dieses sieht nicht vor, dass im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung auszurichten ist. Weder das DSG noch das KG weichen hiervon ab. Es besteht daher keine gesetzliche Grundlage, die im vorliegenden erstin-

stanztlichen Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf eine Parteientschädigung verleihen würde.<sup>79</sup> Parteientschädigungen sind dementsprechend nicht zu sprechen.

### C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird dem Kanton Graubünden gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG Einsicht in die folgenden Beweismittel der Untersuchung 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal gewährt: E-Mails vom 27. Juni 2012 (Act. III.C.067 [22-0433] sowie Act. III.C.079 [22-0433]), E-Mail vom 28. Juni 2012 (Act. III.C.106 [22-0433]), undatierte Besprechungsnotiz (Act. III.C.031 [22-0433]), Auszüge aus den Protokollen der Einvernahmen der Hohenegger SA vom 28. Oktober 2015 (Act. IV.025 [22-0433]) und vom 16. März 2016 (Act. II.1 [22-0467]). Kopien dieser Akten werden dem Kanton Graubünden zugestellt.
2. Soweit weitergehend, wird das Gesuch des Kantons Graubünden abgewiesen, soweit dieses nicht gegenstandslos geworden ist.
3. Der Kanton Graubünden darf die ersuchten Daten einzig zur Prüfung und Anordnung von vergaberechtlichen Sanktionen sowie zur Prüfung eines Schadens zu seinen Lasten bzw. zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwenden. Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt.
4. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - den Gesuchsteller (ohne Anhang);
  - die Gesuchsgegnerinnen (mit Anhang).

[Rechtsmittelbelehrung]

[Anhang]

<sup>76</sup> Vgl. dazu auch – allerdings in Bezug auf ein Einsichtsgesuch nach BGÖ – Urteil des BVGer A-400/2017 vom 19.4.2018, E. 7.3.1.

<sup>77</sup> Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0).

<sup>78</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>79</sup> RPW 2012/2, 423 Rz 1210, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

## B 2.2

**2. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U****Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von einem Teil der Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Januar 2019). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.**

*Verfügung vom 2. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U ([Bauprojekt 1]) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen*

1. *Bezzola Denoth AG, in Scuol, vertreten durch [...];*
2. *D. Martinelli AG, in St. Moritz, vertreten durch [...];*
3. *Implenia Schweiz AG, in Dietlikon, vertreten durch [...].*

**A Verfahren****A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Bezzola Denoth AG, Scuol, die D. Martinelli AG, St. Moritz, sowie die Implenia Schweiz AG, Dietlikon, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1], aus dem Jahr [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben.

**A.2 Untersuchungsadressatinnen****A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol**

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien.

**A.2.2 D. Martinelli AG, St. Moritz**

3. Die D. Martinelli AG (nachfolgend: Martinelli) mit Sitz in St. Moritz ist seit 2004 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Bauunternehmung, eines Gipsergeschäftes sowie den Handel und die Verwaltung von Immobilien. Martinelli beschäftigt ca. 80 Mitarbeitende.

**A.2.3 Implenia Schweiz AG, Dietlikon**

4. Die Implenia Schweiz AG (nachfolgend: Implenia) mit Sitz in Dietlikon entstand 2006 aus dem Zusammenschluss von Zschokke und Batigroup. Laut Handelsregister bezweckt sie den Betrieb eines Bauunternehmens. Ihr Geschäftsbereich umfasst u.a. im In- und Ausland die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau für fremde und eigene

Rechnung. Die Implenia verfügt über zahlreiche Standorte, u.a. auch in [...].

**A.3 Verfahrensgeschichte**

5. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch gegen Bezzola Denoth und Implenia. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth und Implenia.

6. Am 1. November 2012, also noch während der Hausdurchsuchung, reichte Implenia eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG ein,<sup>2</sup> welche sie mehrfach ergänzte.

7. Am 9. November 2012 reichte Bezzola Denoth eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> betreffend dem Gebiet Unterengadin<sup>4</sup> ein. Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt.<sup>5</sup> Am 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth eine Ergänzung der Selbstanzeige insbesondere betreffend das vorliegende Projekt ein.<sup>6</sup>

8. Im Rahmen der mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte Implenia zwei Hochbauprojekte im Kanton Graubünden an und präziserte, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei.<sup>7</sup>

9. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013<sup>8</sup> fragte das Sekretariat bei Implenia nach, ob die zwei angezeigten Hochbauprojekte am 16. November 2012 die einzigen Hochbauprojekte im Kanton Graubünden seien, welche durch die interne Untersuchung bei Implenia hätten identifiziert werden können und ob die Bonusmeldung im Bereich Hochbau weiterhin den ganzen Kanton Graubünden betreffe oder nur gewisse Teile davon.

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

<sup>2</sup> Act. IX.A.1 (25-0037). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-04uu) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25-er) wurde ebenfalls angegeben.

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Act. IX.C.003 (25-0039).

<sup>5</sup> Act. IX.C.027, pag. 18 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.035, pag. 35 und 36 (25-0039).

<sup>7</sup> Act. IX.A.11 (25-0037).

<sup>8</sup> Act. IX.A.24 (25-0037).

10. Mit Eingabe vom 4. April 2013<sup>9</sup> zeigte Implenla weitere Hochbauprojekte im Kanton Graubünden, die nicht im Engadin gelegen waren, an und wiederholte, dass sie im Bereich des Hochbaus – ausser im Engadin – im ganzen Kanton Graubünden tätig sei.<sup>10</sup>

11. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.

12. Am 23. April 2013 teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO Implenla mit, dass die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass nach Art. 9 Abs. 3 Bst. a-c SVKG für die von ihr angezeigten unzulässigen Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit dem Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden durch Implenla erfüllt waren.<sup>11</sup>

13. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 gab das Sekretariat Implenla die Möglichkeit, deren Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen.<sup>12</sup>

14. Am 26. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, im Rahmen der Selbstanzeige der Bezzola Denoth zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] befragt.<sup>13</sup>

15. Am 18. November 2015 ergänzte Implenla ihre Bonusmeldung auch in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.<sup>14</sup>

16. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Martinelli<sup>15</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-04uu: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>16</sup>

17. Am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige erneut in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.<sup>17</sup>

18. Das Sekretariat stellte am [...] 2016 der Bauherrschaft einen Fragenbogen zu, welcher am [...] 2016<sup>18</sup> fristgerecht und beantwortet beim Sekretariat einging.

19. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>19</sup>

20. Am 22. Juli 2016<sup>20</sup> ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige erneut in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.

21. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>21</sup>

22. Am 10. November 2016<sup>22</sup> reichte die Implenla die nun mit Hilfe eines externen IT-Experten lesbar gemachten SIA-Dateien nach.

23. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>23</sup>

24. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>24</sup>

25. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten sei. Martinelli sei mit einem Betrag von CHF [...] und Implenla mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

26. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren.<sup>25</sup> Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>26</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.<sup>27</sup> Implenla nahm zwischen 3. und 6. April 2017<sup>28</sup> sowie am 29. August 2017<sup>29</sup> in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen, Martinelli am 31. Mai 2017<sup>30</sup>.

27. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>31</sup> bezog Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Martinelli bestreitet die Absicht, den Wettbewerb beeinflussen gewollt zu haben und jegliche Absprache. Auf die einzelnen Vorbringen wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle der Verfügung näher eingegangen. Sie beantragte keine Anhörung durch die WEKO, wollte aber bei der Anhörung der Implenla und der Bezzola Denoth anwesend sein. In ihrer Stellungnahme stellte Martinelli folgende Anträge:

1. Die Untersuchung gegen D. Martinelli AG sei einzustellen;

<sup>9</sup> Act. IX.A.28 (25-0037).

<sup>10</sup> Act. IX.A.28, pag. 17 (25-0037).

<sup>11</sup> Act. IX.A.44 (25-0037).

<sup>12</sup> Act. IX.A.51 (25-0037).

<sup>13</sup> Act. IX.C.060 (25-0039).

<sup>14</sup> Act. IX.A.53, pag. 3 (25-0037).

<sup>15</sup> Act. I.513.

<sup>16</sup> Act. I.505, I.513 und I.520.

<sup>17</sup> Act. 2 (22-04uu/25-0037).

<sup>18</sup> [...].

<sup>19</sup> Act. 5 (22-04uu).

<sup>20</sup> Act. 9 (22-04uu/25-0037).

<sup>21</sup> Act. 10, 11 und 12 (22-04uu).

<sup>22</sup> Act. 30 (22-04uu/25-0037).

<sup>23</sup> Act. 32–34 (22-04uu).

<sup>24</sup> Act. 37–39 (22-04uu).

<sup>25</sup> Act. 50 (22-04uu).

<sup>26</sup> Act. 49 (22-04uu).

<sup>27</sup> Act. 69 (22-04uu).

<sup>28</sup> Act. 52-55 (22-04uu).

<sup>29</sup> Act. 95 (22-04uu).

<sup>30</sup> Act. 69 (22-04uu).

<sup>31</sup> Act. 70 (22-04uu).

2. D. Martinelli AG sei keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aufzuerlegen;

3. D. Martinelli AG seien keine Kosten aufzuerlegen.

28. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>32</sup> nahm Bezzola Denoth zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Bezzola Denoth wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter B], [Mitarbeiter A] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>33</sup>

29. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 sowie an der Anhörung vom 4. September 2017 beantragte Bezzola Denoth, dass ihr die Sanktion im vorliegenden Verfahren vollständig zu erlassen sei. Konkret stellte sie das im Antrag des Sekretariats festgehaltene Beweisergebnis weitgehend in Frage und begründete auch in rechtlicher Hinsicht ihren abweichenden Standpunkt. Martinelli und Implenja seien keine „echten“ Konkurrentinnen der Bezzola Denoth für das [Bauprojekt 1] gewesen, weil sie aufgrund der zu grossen Entfernung bislang keine Hochbauten im Unterengadin ausgeführt hätten.<sup>34</sup> Daher könne der Informationstausch weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken. Die Bezzola Denoth habe zwar „Schutz“ von Martinelli und Implenja bekommen. Allerdings sei nicht eindeutig, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden hätten. Die jeweils bilateralen Kontakte sprächen viel mehr für einen Gefallen als für eine (aussichtlose) „Zuschlagsteuerung“ der drei Unternehmen.<sup>35</sup> Nicht nur das Vorliegen einer Abrede sei fraglich, sondern auch ob das Verhalten der Parteien die Beseitigung des Wettbewerbs herbeigeführt habe. [2-5] Unternehmen hätten ein unbeeinflusstes Angebot eingereicht, was die Beseitigung des Wettbewerbs ausschliessen würde.<sup>36</sup> Bezzola Denoth habe den Zuschlag bei [Bauprojekt 1] erhalten, weil sie das konkurrenzfähigste Angebot eingereicht habe. Auf die einzelnen Vorbringen von Bezzola Denoth wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

30. Mit Eingabe vom 21. Juni 2017<sup>37</sup> nahm Implenja zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Implenja wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter C] und ihre Rechtsvertreter vertreten.<sup>38</sup>

31. In ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2017 und an der Anhörung vom 4. September 2017 machte Implenja geltend, dass sie im November 2012 im Verfahren 22-0433 Bauleistungen Unterengadin als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und mit der Wettbewerbsbehörde kooperiert habe. Somit sei Implenja als erste Selbstanzeigerin die Sanktion vollständig zu erlassen. Auf die einzelnen Vorbringen wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

32. Mit Schreiben vom 15. August 2017 an die Foffa Conrad [Muttergesellschaft der Bezzola Denoth] hielt das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO fest, dass deren Ausführungen in der Stellungnahme zum Antrag vom 14. Juni 2017 die Qualifikation ihrer bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen würden. Es ersuchte sie, zu beantworten, ob das Verhal-

ten der Parteien im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe.<sup>39</sup> Daraufhin antwortete die Bezzola Denoth mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.<sup>40</sup>

33. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 5. Juli 2017,<sup>41</sup> 25. August 2017,<sup>42</sup> 6. und 19. September 2017 gewährt.

34. Implenja reichte am 12. September 2017 eine zusätzliche Stellungnahme ein.<sup>43</sup>

35. Nach Beratung fällt die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

## B Sachverhalt

### B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

#### B.1.1 Beweiswürdigung und Beweismass

36. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>44</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>45</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>46</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>47</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte,

<sup>32</sup> Act. 96 (22-04uu).

<sup>33</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 96 (22-04uu).

<sup>34</sup> Act. 96, Rz 8 und 9 (22-04uu).

<sup>35</sup> Act. 96, Rz 7.

<sup>36</sup> Act. 96, Rz 14 (22-04uu).

<sup>37</sup> Act. 72 (22-04uu).

<sup>38</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 97 (22-04uu) und 98 (22-04uu/25-0037).

<sup>39</sup> Act. 85 (22-04uu/25-0039).

<sup>40</sup> Act. 87 (22-04uu/25-0039).

<sup>41</sup> Act. 78 (22-04uu).

<sup>42</sup> Act. 91 und 92 (22-04uu).

<sup>43</sup> Act. 99 (22-04uu) und Act. 100 (22-04uu/25-0037).

<sup>44</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>45</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>46</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>47</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>48</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

### B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015

37. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter D], [Funktion] von Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter D] berechtigerweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter D] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>49</sup>

38. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverböten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>50</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>51</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

39. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter D] im vorliegenden Verfahren vor, am 30. Oktober 2015 für Martinelli auszusagen.<sup>52</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Auf den Gegenstand der Einvernahme wies die Behörde wie folgt hin:

*„Gegenstand der Einvernahme werden mögliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Engadin bilden,*

*insbesondere im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...]“*

40. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>53</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter D] wie folgt über sein Aussageverweigerungsrecht:

*„Sie sind nicht verpflichtet, Aussagen zu machen. Sie haben das Recht, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Wenn Sie Aussagen machen, werden diese protokolliert und können als Beweismittel verwendet werden.“*

41. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme Rechtsvorschriften verletzt haben soll. Insbesondere stellte sie eine ordnungsgemässe Vorladung aus, orientierte die befragte Person über den konkreten Befragungsgegenstand und belehrte sie über ihre Rechte, insbesondere betreffend das Aussageverweigerungsrecht (vgl. nemo-tenetur-Grundsatz). Hierzu ist beizufügen, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegen Martinelli ausgedehnt worden war, aber dies zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht ausgeschlossen werden konnte. Dies teilte die Behörde Martinelli sowohl in der Vorladung als auch anlässlich der Einvernahme explizit mit. Aufgrund ihrer Stellung im Verfahren gewährte die Behörde Martinelli sämtliche Rechte, die auch einer Partei zugestanden hätten (analog der Stellung einer Auskunftsperson im Strafverfahren; vgl. Art. 178 ff. StPO).

42. Damit handelte die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme im Einklang mit sämtlichen Rechtsnormen. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vornherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Aussagen von [Mitarbeiter D] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

43. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

<sup>48</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

<sup>49</sup> Act. 70, Rz 10 und 66 ff. (22-04uu).

<sup>50</sup> Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

<sup>51</sup> Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

<sup>52</sup> Act. I.351.

<sup>53</sup> Act. IV.028.

## B.2 Beweisthema

44. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorliegen, ihre Angebote bezüglich des [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 65 ff.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 68 ff.);
- ob sich die Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 79 ff.).

## B.3 Beweismittel

45. Zur Beurteilen dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [[Mitarbeiter E]@implenia.com]

46. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter E], Implenia mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>54</sup>

*„Sehr geehrter Herr [Mitarbeiter E].*

*In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten.*

*Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. [...].*

*Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. [...] aufweisen ([2–4] %)*

*Herzlichen Dank für Ihre Bemühungen.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Bezzola Denoth AG*

*[Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [[Mitarbeiter D]@martinelli-bau.ch]

47. Es liegt zudem eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter D], Martinelli mit dem Betreff „[Bauprojekt 1] / [...] / [...]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>55</sup>

*„Hallo [Mitarbeiter D].*

*Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien.*

*[Bauprojekt 1] sollte falls alles i.o. ist eine Summe von Fr. [...] inkl. MwSt. ergeben.*

*[...] / [...] eine Summe von Fr. [...] inkl. MwSt.*

*Du bist mit dieser Eingabe ca. [2.5–5] % über unserem Preis.*

*Danke für deine Bemühungen. Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören. Kurze Gedanken an [...].*

*[Mitarbeiter A]“*

### Offertvergleich der Bauherrschaft

48. Gemäss den Informationen der Bauherrschaft, der [...],<sup>56</sup> wurden die [9–11] folgenden Unternehmen um eine Offerte angefragt. [6–9] davon haben eine Offerte eingereicht:

|  | Eingereichte Offerten (inkl. MWST) in CHF <sup>57</sup> |
|--|---|
| Bezzola Denoth, Scuol  | [...]   |
| Martinelli, St. Moritz   | [...]   |
| Implenia Bau AG, [...]   | [...]   |
| [Weitere Bauunternehmungen, die nicht Verfahrensparteien sind] | [...]   |

49. Die Arbeiten wurden schliesslich nach Verhandlungen mit einem Vertreter der Bauherrschaft zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] an die Firma Bezzola Denoth vergeben.<sup>58</sup>

### B.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

50. Im Rahmen ihrer Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde zeigte Bezzola Denoth ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Projekt an. Sie gab

als Bemerkung in Bezug auf das vorliegende Bauobjekt an: [...].<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Act. IX.C.035, pag. 35, Beilage 12 (25-0039) wie auch Act. 9 (22-04uu/25-0037).

<sup>55</sup> Act. IX.C.035, pag. 36, Beilage 12 (25-0039).

<sup>56</sup> Act. 4 (22-04uu).

<sup>57</sup> Act. 4 (22-04uu).

<sup>58</sup> Act. 4 (22-04uu).

<sup>59</sup> Act. IX.C.027, pag. 73 (25-0039).



51. In ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 bemerkte Bezzola Denoth zu dem Projekt, [...] <sup>60</sup> Bezzola Denoth hat zudem die E-Mails vom [...] bzw. [...] an Implenja bzw. Martinelli eingereicht. <sup>61</sup>

#### Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

52. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die E-Mails vom [...] und [...] belegen würden, dass [...]. <sup>62</sup> Er nehme an, dass Martinelli und Implenja ihn um die Bekanntgabe seiner Offerte gebeten hätten. Martinelli sei im Unterengadin überhaupt nicht tätig, es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe. <sup>63</sup> Bei Implenja sei die gleiche Situation wie bei Martinelli vorgelegen. Die Implenja mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten. Die Implenja sei offensichtlich um die Eingabe einer Offerte angefragt worden. Sie habe sich an Bezzola Denoth gewandt und [Mitarbeiter A] habe der Implenja eine Eingabesumme durchgegeben. <sup>64</sup> Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] handle es sich in der E-Mail vom [...] wohl um die Offerte, welche Martinelli habe eingeben sollten. In beiden Fällen sei die Initiative für den Kontakt von Implenja bzw. Martinelli ausgegangen. <sup>65</sup> Zwischen den beiden Kontakten habe ein grosser zeitlicher Abstand von fast einem Monat bestanden.

#### Eingabe der Implenja vom 18. November 2015, vom 17. Dezember 2015, vom 22. Juli 2016 und 10. November 2016

53. Gemäss Eingabe der Implenja vom 18. November 2015 <sup>66</sup> im Rahmen ihrer Selbstanzeige sei Herr [Mitarbeiter E] für die Offertstellung beim [Bauprojekt 1] zuständig gewesen.

54. Gemäss den Angaben von [Mitarbeiter E] hätten bei diesem Hochbauprojekt objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung infolge fehlender Kalkulation bestanden. Im SAP-Programm der Implenja fehle eine entsprechende Preiskalkulation. Zwar seien Preisanfragen an Lieferanten eingeholt worden und im physischen Dossier deren Offerten abgelegt. Diese scheinen aber nicht oder nur teilweise in die Offertberechnung eingeflossen zu sein. Eine mögliche Erklärung sei, dass die Preisanfragen nur zur Plausibilitätsprüfung der Offerte eingeholt wurden. Nach Aussage von [Mitarbeiter E] seien gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der Eingabepreis koordiniert worden sei. Er könne sich aber an die Offerte und an die genauen Umstände nicht mehr erinnern. <sup>67</sup>

55. Am 17. Dezember 2015 bestätigte die Implenja auf Nachfrage des Sekretariats, dass sie im Engadin keine Hochbauprojekte ausgeführt habe. <sup>68</sup>

56. Am 22. Juli 2016 reichte die Implenja die E-Mail von Bezzola Denoth an sie vom [...] ein. <sup>69</sup> Es handelte sich um dieselbe E-Mail, welche auch von Bezzola Denoth eingereicht wurde. <sup>70</sup>

57. Am 10. November 2016 reichte die Implenja die SIA-Datei ein, welche der E-Mail vom [...] angehängt war. Die SIA-Datei weist eine Offertsumme von CHF [...] (inkl. MWST) auf. <sup>71</sup>

#### Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015

58. [Mitarbeiter D], Martinelli, gab am 30. Oktober 2015 an, dass ihm das [Bauprojekt 1] – wie in der gleichen E-Mail vom [...] erwähnte Projekt [...] / [...] – gar nichts sage.

59. Er wisse nicht mehr, wie er auf die E-Mail vom [...] reagiert habe und wer die Initiative zum Versand dieser E-Mail ergriffen habe. <sup>72</sup> Er wisse nicht mehr, ob Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe. Wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe, sei es darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren. <sup>73</sup> Die Martinelli habe nie ein Bauprojekt im Unterengadin ausgeführt. <sup>74</sup> Am 3. November 2015 teilte [Mitarbeiter D] dem Sekretariat mit, dass er nach Kontrolle seiner Unterlagen keine entsprechenden Unterlagen (Begleitbrief etc.) gefunden habe, dass die Martinelli beim Objekt [Bauprojekt 1] eine Eingabe gemacht hätte (vgl. zur Verwertbarkeit der Aussagen von [Mitarbeiter D] Rz 37 ff. hiervor). <sup>75</sup>

### **B.4 Beweiswürdigung**

#### **B.4.1 Konsens**

60. Die beiden E-Mails vom [...] und vom [...] (Rz 46 f.) stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss stehen.

61. Die in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] verwendete Formulierung: „*Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. [...]. Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. [...] aufweisen ([2–4] %)*“ bedeutet, dass die Eingabe von Implenja um [2–4] % höher sein sollte als diejenige von Bezzola Denoth. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Implenja gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Implenja Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren sollte. Dies wird durch die Aussage von [Mitarbeiter E], Implenja, gestützt, wonach gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden seien und dies durch eine mögliche Koordinierung des Eingabepreises zu erklären wäre. An die konkreten Umstände konnte sich Herr [Mitarbeiter E] jedoch nicht mehr erinnern.

<sup>60</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>61</sup> Act. IX.C.035, pag. 35 und 36 (25-0039).

<sup>62</sup> Act. IX.C.060, Zeile 349 (25-0039).

<sup>63</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

<sup>64</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 372 ff. (25-0039).

<sup>65</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Implenja) (25-0039).

<sup>66</sup> Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

<sup>67</sup> Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

<sup>68</sup> Act. 2, pag. 5 (22-04uu/25-0037).

<sup>69</sup> Act. 9 (22-04uu/25-0037).

<sup>70</sup> Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039).

<sup>71</sup> Act. 30 (22-04uu/25-0037).

<sup>72</sup> Act. IV.028, Zeilen 237 und 242.

<sup>73</sup> Act. IV.028, Zeilen 233 ff.

<sup>74</sup> Act. IV.028, Zeile 259.

<sup>75</sup> Act. I.468.

62. Analoge Schlüsse sind aus der E-Mail von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter D] vom [...] zu ziehen. Der darin enthaltene Satz „*Du bist mit dieser Eingabe ca. [2.5–5] % über unserem Preis*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Martinelli aufgefordert wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Martinelli Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren sollte.

63. Weder von Martinelli<sup>76</sup> noch von Implenla wurde die Angebotskoordination mit Bezzola Denoth bestritten. Auch Bezzola Denoth räumte ein, dass sie in Bezug auf dieses Projekt von den beiden Unternehmen „Schutz“ erhielt.

64. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenla den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten bei dieser Ausschreibung Martinelli und Implenla höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen bei der vorliegenden Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

#### B.4.2 Verfolgter Zweck

65. Bezzola Denoth räumte in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 ein, von Martinelli und Implenla „Schutz“ erhalten zu haben. Allerdings gab [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, am 26. Oktober 2015 zu Protokoll, dass er Implenla und Martinelli die Eingabesummen aus „reinem Entgegenkommen“ bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenla seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass „Nichtmarktteilnehmer“ im Unterengadin eine Offerte eingeben würden.<sup>77</sup> Gemäss der Aussage von Martinelli sei es, wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe, darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren.<sup>78</sup> Implenla äusserte sich nicht zum verfolgten Zweck, bestätigte demgegenüber, dass es höchstwahrscheinlich eine Koordinierung gab.<sup>79</sup>

66. Bezzola Denoth und Martinelli verwendeten vorliegend beide den Begriff „Schutz“. Im vorliegenden Kontext brachten sie damit zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten ist immanent, dass dieses auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten sollte. Dass Martinelli und Implenla für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage zum Vorherein keine Konkurrentinnen gewesen sein sollen, wie [Mitarbeiter A] behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von [...] (Martinelli) und [...] (Implenla) nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst bestanden für Martinelli und Implenla keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vorherein ausschliessen, dass sich Martinelli und Implenla um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollten. Insofern bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke ver-

folgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden.

67. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenla mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren.

#### B.4.3 Rolle der Beteiligten

68. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Bezzola Denoth bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm.

##### Initiative für die Angebotskoordination

69. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Martinelli, geht hervor, dass zwischen beiden ein vorgängiger Kontakt stattfand („*Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.*“).<sup>80</sup>

70. Auch [Mitarbeiter D] bestätigte anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Oktober 2015 zur dieser E-Mail vom [...], dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.<sup>81</sup>

71. Die Wendung in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E], Implenla,<sup>82</sup> „*In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten*“ ohne vorgängige Einleitung sowie der Umstand, dass es sich um eine abgeänderte Offerte handelte, lassen darauf schliessen, dass sich Adressat und Empfänger vorgängig über dieses Projekt austauschten.

72. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] bzw. vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand.

73. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Die entsprechenden Parteiaussagen dazu sind, wohl aufgrund fehlender Erinnerung, widersprüchlich. Zwar wurde von Bezzola Denoth angenommen, dass möglicherweise ein vorangehender Kontakt von Martinelli und von Implenla ausgegangen sei.<sup>83</sup> Dies wird jedoch weder durch Dokumente belegt, noch können sich Martinelli und Implenla an das Vorgehen in diesem Fall erinnern.<sup>84</sup>

<sup>76</sup> Jedenfalls im Rahmen der Einvernahme vom 30. Oktober 2015.

<sup>77</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. und 378 ff. (25-0039).

<sup>78</sup> Act. IV.028, Zeilen 233 ff.

<sup>79</sup> Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

<sup>80</sup> Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

<sup>81</sup> Act. IV.028, Zeilen 198 ff.

<sup>82</sup> Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039) und Act. 9 (22-04uu/25-0037).

<sup>83</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Implenla) (25-0039).

<sup>84</sup> Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter D], dass er dies nicht wisse, Act. IV.028, Zeilen 178–179.

74. Zusammenfassend ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden.

#### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

75. [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter D] (Martinelli) bzw. vom [...] an [Mitarbeiter E] (Implenia). Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. In beiden Mails erteilte [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei und bedankte sich zum Schluss für die „Bemühungen“.

76. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] vom 26. Oktober 2015 sei Martinelli im Unterengadin überhaupt nicht tätig und es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe. Bei Implenia sei die gleiche Si-

tuation wie bei Martinelli. Die Implenia mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten.

77. Martinelli reichte im Anschluss an die E-Mail von [Mitarbeiter A] schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein, Implenia eine solche in der Höhe von CHF [...]. Bezzola Denoth selber offerierte beim [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...], womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

78. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die zwei E-Mails verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. Martinelli und Implenia beschränkten sich darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

#### **B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen**

79. Gemäss den Angaben der Bauherrin, der [...], gab Bezzola Denoth für das Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine Offerte mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...], Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Implenia mit einer Summe von CHF [...] ein.<sup>85</sup>

80. Somit reichten Martinelli und Implenia Offerten ein, welche überschlagsmässig den Eingaben der E-Mails vom [...] bzw. [...] entsprechen.

|                | Offertsumme per E-Mail<br>(inkl. MWST) in CHF | Eingereichte Offertsumme<br>(inkl. MWST) in CHF <sup>86</sup> |
|----------------|---|---|
| Bezzola Denoth | [...]   | [...]   |
| Implenia       | [...] <sup>87</sup>                           | [...]   |
| Martinelli     | [...]   | [...]   |

81. Daraus ergibt sich, dass sich Bezzola Denoth, Martinelli und an die getroffene Abmachung hielten. Sämtliche Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia in Bezug auf das [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

#### **B.5 Beweisergebnis**

82. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia höhere Offerten einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli und Implenia in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – jeweils eine Offerte einreichten, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

### **C Erwägungen**

#### **C.1 Geltungsbereich**

##### **C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich**

83. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

<sup>85</sup> Act. 4 (22-04uu).

<sup>86</sup> Act. 4 (22-04uu).

<sup>87</sup> Act. 30, pag. 3 (22-04uu/25-0037).

### C.1.2 Verfügungsadressatinnen

84. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, können lediglich diejenigen natürlichen oder juristischen Personen Adressatinnen einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>88</sup>

85. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Implenia über zahlreiche Standorte verfügt, so wie auch der im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] oftmals erwähnte Standort in [...]. Da dieser in der Form einer Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist lediglich die Implenia Schweiz AG und nicht etwa deren Standort in [...] als Verfügungsadressatin zu betrachten.

Somit bestehen vorliegend folgende Verfügungsadressatinnen:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- D. Martinelli AG, St. Moritz
- Implenia Schweiz AG, Dietlikon

### C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

86. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

87. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 93 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

### C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

88. Auf Ausführungen zum örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden.

## C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

90. Im hier zu beurteilenden Markt 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.

## C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

91. 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).

92. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 93 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 105 ff.).

### C.3.1 Wettbewerbsabrede

93. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>89</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>90</sup>.

94. 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>91</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

95. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

96. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 60 ff.).

97. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

98. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch,

<sup>88</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

<sup>89</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>90</sup> RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>91</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>92</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli und Implenia diejenige der Schutzgeberinnen innehatten.

### C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

99. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>93</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>94</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>95</sup>

100. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.<sup>96</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>97</sup>

101. Die vorliegende Abrede beinhaltete, die Angebote zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 60 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 65 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

102. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

### C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

103. Die drei Unternehmen waren auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### C.3.1.4 Zwischenergebnis

104. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist

zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

### C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

105. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

#### C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

106. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags 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. Solche Submissionsabsprachen sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>98</sup>

107. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

#### C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

108. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

<sup>92</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

<sup>93</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>94</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>95</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>96</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>97</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>98</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

109. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.<sup>99</sup>

110. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

### C.3.2.2.1 Relevanter Markt

111. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>100</sup>

112. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>101</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 140 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

#### (i) Marktgegenseite

113. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>102</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z.B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

114. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

#### (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

115. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>103</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>104</sup>

116. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauobjekt. Die Bauherrin, die [...],

bildet die Marktgegenseite. Sie fragt Hochbauleistungen nach ihren Wünschen nach.

117. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>105</sup>

118. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

119. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

### C.3.2.2.2 Innenwettbewerb

120. Martinelli und Implenia hielten sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] höhere Offerten einreichten als Bezzola Denoth (Rz 79 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb.

### C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb

121. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

<sup>99</sup> Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>100</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>101</sup> Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>102</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>103</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>104</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>105</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

122. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt [Bauprojekt 1] wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Die Unternehmen, von welchen ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrensparteien] identifiziert. Somit waren mit Bezzola Denoth, Martinelli und Implenja drei von [6–9] Unternehmen in die Abrede involviert, welche das Projekt hätten gewinnen können.

123. Die vorliegende Abrede war zwar erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Allerdings haben [2–5] von [6–9] Submittenten nicht an der Absprache teilgenommen. Es ist anzunehmen, dass von diesen Unternehmen ein gewisser Konkurrenzdruck ausging, zumal es sich bei [keine Verfahrenspartei] um einen grösseren Wettbewerber und bei [keine Verfahrenspartei] um ein im Unterengadin gelegenes Unternehmen handelte. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>106</sup> Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben ist.

### C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

124. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>107</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>108</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>109</sup>

125. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 107) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

126. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 111 ff. hiervor) – bei weitem überschritten.

### C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

127. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist daher 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.

128. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

### C.3.5 Ergebnis

129. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist nicht ersichtlich. Diese erhebliche Abrede in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig.

## C.4 Massnahmen

### C.4.1 Anordnung von Massnahmen

130. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>110</sup>

131. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenja werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

132. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

<sup>106</sup> Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>107</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

<sup>108</sup> Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA.

<sup>109</sup> Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA.

<sup>110</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
- b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

133. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

134. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>111</sup>

## C.4.2 Sanktionierung

135. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

### C.4.2.1 Voraussetzungen

136. Die drei Unternehmen erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

137. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der

von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

## C.4.2.2 Bemessung

### C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

138. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

139. 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>112</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>113</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>114</sup>

#### a) Basisbetrag

140. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

141. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte bei der vorliegenden abgesprochenen Submission einen Umsatz in der Höhe von CHF [...] exkl. MWST (Rz 49).

142. Hingegen erzielten Martinelli und Implenja keinen Umsatz, da ihnen die Rolle der Schutzgeber zugedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten

<sup>111</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>112</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>113</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique)* – *Valet Parking*.

<sup>114</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.



Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser *ratio legis* der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen.

143. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

144. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, beim strittigen Bauprojekt durch Bezzola Denoth ein Umsatz erzielt. Daher wird als Basisumsatz für die drei abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 249). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

145. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

146. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli und Implenja als schützende Unternehmen beteilig-

ten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Sämtliche Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Schliesslich ist zu beachten, dass die vorliegende Submissionsabrede den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt hat, sondern den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat.

147. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss von Bezzola Denoth, Martinelli und Implenja als schwerwiegend zu werten.

148. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint damit für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] und für Implenja sowie Martinelli als schützende Unternehmen ein Basisbetrag von je CHF [...] als angemessen.

#### **b) Dauer des Verstosses**

149. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

150. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag aufgrund der Dauer des Verstosses nicht zu erhöhen.

#### **c) Erschwerende Umstände**

151. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

##### *Anstiftung*

152. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>115</sup>

<sup>115</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

153. Wie in Rz 74 ausgeführt, ist nicht erstellt, welche Verfahrenspartei beim [Bauprojekt 1] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offen gelassen werden. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

#### Führende Rolle

154. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>116</sup>

155. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>117</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>118</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>119</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>120</sup> Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>121</sup> Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>122</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

156. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] bzw. [...] inkl. kalkulierter SIA-Dateien an Martinelli und Implenja zusandte. Darin gab sie ihnen an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollten (vgl. Rz 46 f. hiervor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>123</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutzhelferin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Martinelli und Implenja. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

157. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation

<sup>116</sup> Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 115), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet* (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>117</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>118</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>119</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>120</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>121</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>122</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, IAZ International Belgium et al., Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402, *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

<sup>123</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

#### d) Mildernde Umstände

158. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### C.4.2.2.2 Maximalsanktion

159. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

#### C.4.2.2.3 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

##### Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

160. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 SVKG und 12 SVKG.

##### Implenia

161. Wie oben im Abschnitt zur Verfahrensgeschichte (Rz 5 ff.) ersichtlich, zeigte Implenja im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ am 1. November 2012 eine mutmassliche Wettbewerbsabrede an.<sup>124</sup> Im Folgenden ist zu beurteilen, ob und gegebenenfalls ab wann die Eingaben von Implenja in Bezug auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand als Selbstanzeige zu qualifizieren sind. Dabei ist insbesondere auf die Vorbringen von Implenja einzugehen, dass sie im vorliegenden Verfahren als erstes Unternehmen mit der Behörde kooperiert habe und ihr die Sanktion daher vollständig zu erlassen sei.<sup>125</sup>

162. Bei der Eingabe von Implenja vom 1. November 2012<sup>126</sup> handelte es sich um den sogenannten „Marker“. Der „Marker“ beinhaltet die Erklärung, dass das Unternehmen eine Selbstanzeige einreichen wird. Der „Marker“ ist damit der eigentlichen Selbstanzeige vorgelagert und ist inhaltlich weniger umfangreich als die Selbstanzeige.<sup>127</sup> In inhaltlicher Hinsicht stellte Implenja in ihrem „Marker“ klar, dass die angezeigte mutmassliche Wettbewerbsabrede das Unter- und das Oberengadin im Markt für Strassenbau betreffe. Mit E-Mail vom 1. November 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang des „Markers“ von Implenja.<sup>128</sup>

163. In der Folge ergänzte Implenja ihre Selbstanzeige im Rahmen von diversen mündlichen Eingaben zu Protokoll. Eine erste solche Ergänzung erfolgte bereits am 1. November 2012.<sup>129</sup> Ihre Sachverhaltsauskünfte bezogen sich auf den Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden. Zum Bereich Hochbau im Engadin äusserte sie sich nicht.<sup>130</sup>

164. Mit Faxschreiben vom 7. November 2012<sup>131</sup> dehnte Implenja den gesetzten „Marker“ aus. Konkret teilte sie mit, dass sie Anzeichen habe, dass im Kanton Graubünden ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau getroffen worden seien. Möglicherweise sei es auf diesem Markt

für einzelne Projekte zu Abreden zwischen Wettbewerbern über die Koordinierung und Zuweisung von Projekten sowie mutmasslich zu Abgeltungszahlungen im Bereich von Submissionen gekommen. Das Sekretariat bestätigte auch den Eingang dieses erweiterten „Markers“. <sup>132</sup>

165. Die weiteren Ergänzungen der Selbstanzeige von Implenja vom 9. November 2012<sup>133</sup>, 16. November 2012<sup>134</sup>, 23. November 2012<sup>135</sup> und 21. Dezember 2012<sup>136</sup> betrafen ebenfalls nicht allfällige Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin. In der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte sie zwar ihr Verhalten im Zusammenhang mit zwei Hochbauprojekten ausserhalb des Engadins an. In Bezug auf das Engadin hielt sie indes fest, dass sie in dieser Region nicht im Bereich Hochbau tätig sei.

166. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013<sup>137</sup> ersuchte das Sekretariat Implenja, der Behörde mitzuteilen, ob sie im Rahmen der internen Untersuchung weitere Hochbauprojekte habe identifizieren können, in deren Zusammenhang möglicherweise Wettbewerbsabreden getroffen worden seien, sowie ob sich ihre Selbstanzeige im Bereich Hochbau auf den gesamten Kanton Graubünden beziehe oder nur auf gewisse Teile des Kantons Graubünden. Neue Informationen hätten Einfluss auf die Markerbestätigung, insbesondere im Bereich Hochbau. Daraufhin bestätigte Implenja mit Eingabe vom 4. April 2013<sup>138</sup>, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei. Die weiteren Hochbauprojekte, die sie anzeigte, lagen nicht im Engadin.

167. Bei dieser Sachlage ist zu folgern, dass in der Selbstanzeige von Implenja der Bereich Hochbau im Engadin ausgeklammert war. Der vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsverstoss war somit (zunächst) nicht von der Selbstanzeige von Implenja erfasst. Im Folgenden ist auf die weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit der Selbstanzeige von Implenja einzugehen.

168. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden Implenja mit, dass sie die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die von ihr angezeigten, unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG betreffend das Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden als gegeben erachten

<sup>124</sup> Act. IX.A.1 (25-0037).

<sup>125</sup> Act. 72 (22-04uu), Rz 17 ff.

<sup>126</sup> Act. IX.A.1 (25-0037).

<sup>127</sup> Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 24.

<sup>128</sup> Act. IX.A.2 (25-0037).

<sup>129</sup> Act. IX.A.3 (25-0037).

<sup>130</sup> Vgl. Act. IX.A.1 (25-0037), Zeile 167 f.

<sup>131</sup> Act. IX.A.5 (25-0037).

<sup>132</sup> Act. IX.A.6 (25-0037).

<sup>133</sup> Act. IX.A.8 (25-0037).

<sup>134</sup> Act. IX.A.11 (25-0037).

<sup>135</sup> Act. IX.A.13 (25-0037).

<sup>136</sup> Act. IX.A.16 (25-0037).

<sup>137</sup> Act. IX.A.26 (25-0037).

<sup>138</sup> Act. IX.A.28 (25-0037).

würden (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). In den darauffolgenden Ergänzungen der Selbstanzeige äusserte sich Implenla weiterhin nicht zu allfälligen Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin.

169. Am 23. Oktober 2015 gab das Sekretariat Implenla die Möglichkeit, ihre Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen. Am 18. November 2015 und am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt und reichte beim Sekretariat die zugehörige E-Mail-Korrespondenz ein. Am 22. Juli 2016 und am 10. November 2016 reichte Implenla beim Sekretariat zusätzlich die mittlerweile von ihr entschlüsselten E-Mail-Anhänge ein.

170. Somit kam Implenla erst am 18. November 2015, also über drei Jahre nach Untersuchungseröffnung, im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige auf Nachfrage des Sekretariates zum ersten Mal auf das [Bauprojekt 1] zu sprechen. Implenla gestand darin ein, dass „objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung“ bestehen würden. Die fehlende Preiskalkulation im SAP-Programm deute darauf hin, dass die Preise ohne Kalkulation lediglich eingetragen worden seien. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der Eingabepreis mit anderen Unternehmen koordiniert worden sei. Die Beteiligung Implenlas am Wettbewerbsverstoss wurde damit zumindest nicht bestritten.

171. Zu diesem späten Zeitpunkt verfügte das Sekretariat bereits über Beweismittel, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

172. Zusammenfassend erstattete Implenla zwar als erstes Unternehmen Selbstanzeige im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“. Ihre Selbstanzeige erstreckte sich jedoch nicht auf Hochbauprojekte im Engadin (vgl. Rz 161) und somit auch nicht auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss. Diesbezüglich lag (zunächst) keine Selbstanzeige von Implenla vor.

173. Beizufügen ist in diesem Zusammenhang Folgendes: Es ist möglich, dass der angezeigte Sachverhalt im „Marker“ zunächst relativ offen formuliert wird und anschliessend im Rahmen von Ergänzungen der Selbstanzeige präzisiert und konkretisiert wird. Weiter ist unbestritten, dass eine solche Vervollständigung der Selbstanzeige bei komplexen Sachverhalten – wie in der vorliegenden Untersuchung – eine gewisse Zeit beansprucht. Insofern ist es möglich, dass eine Selbstanzeigerin ihre Sachverhaltsschilderungen innert angemessener Frist ergänzt, ohne den durch den „Marker“ bestimmten Rang der eingegangenen Selbstanzeigen zu verlieren. Innerhalb welchen Zeitraums eine solche Konkretisierung zu erfolgen hat, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Vorliegend ist zu beachten, dass Implenla trotz Nachfrage des Sekretariats im Februar 2013 keine Informationen betreffend den Bereich Hochbau im Engadin über möglicherweise abgesprochene Projekte lieferte. Wenn sie erst ca. drei Jahre später, auf Nachfrage des Sekretariats, in Bezug auf das strittige Bauprojekt Sachverhaltsauskünfte tätigt, kann dies jedenfalls nicht mehr als Vervollständigung des ursprünglichen „Markers“ betrachtet werden. Nicht von

Bedeutung ist dabei, dass vorliegend keine Anzeichen bestehen, dass Implenla der Behörde ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Bauprojekt absichtlich verschwiegen hat.

174. Schliesslich kann Implenla im vorliegenden Kontext auch nichts aus der Mitteilung der Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG vom 23. April 2013 zu ihren Gunsten ableiten. Die Mitteilung vom 23. April 2013 bezog sich ausdrücklich auf die von Implenla angezeigten Wettbewerbsabreden. In Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin lag zu diesem Zeitpunkt – wie erörtert worden ist – keine Selbstanzeige von Implenla vor. Irrelevant ist auch, dass vorliegend mit Zwischenverfügung vom 23. November 2013 eine Verfahrenstrennung stattgefunden hat. Diese gründete in prozessökonomischen Überlegungen und ändert an der materiellen Beurteilung der untersuchten Sachverhalte nichts, insbesondere auch nicht in Bezug auf die Reihenfolge der Selbstanzeigen. Die Würdigung der Eingaben von Implenla unter dem Gesichtspunkt des Selbstanzeigegehalts würde zum gleichen Ergebnis führen, wenn der vorliegend beurteilte Wettbewerbsverstoss verfahrensmässig zusammen mit anderen Sachverhalten behandelt worden wäre.

175. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die mündlichen Eingaben zu Protokoll von Implenla ab Ende 2015 als Selbstanzeige in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu werten sind. Falls dies zutrifft, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion gegeben sind, wobei die Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg zu berücksichtigen ist.

176. Die auf Nachfrage des Sekretariates hin erfolgten Ausführungen von Implenla zum [Bauprojekt 1] erfolgten über drei Jahre nach denjenigen von Bezzola Denoth (Rz 178). Seit dem Hinweis Ende 2015 durch das Sekretariat ist die Kooperation von Implenla von guter Qualität. Implenla bemühte sich insbesondere, allfällige Beweismittel zum Projekt [Bauprojekt 1] aufzufinden und dem Sekretariat zu erläutern, auch wenn diese Beweismittel (mit Ausnahme der Anhänge) dem Sekretariat bereits durch Bezzola Denoth vorgelegt wurden. Implenla bemühte sich zudem erfolgreich, den durch das Sekretariat nicht lesbaren Anhang der E-Mail vom [...] zu öffnen und stellte diesen dem Sekretariat anschliessend zur Verfügung. Damit ist der Selbstanzeigegehalt der Eingaben von Implenla ab Ende 2015 in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu bejahen.

177. Unter Berücksichtigung der erörterten Umstände des Einzelfalls gewährt die WEKO Implenla im Rahmen ihrer Selbstanzeige eine Sanktionsreduktion von 30 Prozent.

#### Bezzola Denoth

178. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 5 ff.) ersichtlich, reichte Bezzola Denoth am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. Bezzola Denoth reichte zudem zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die

Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen.

179. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungsöffnung das vorliegende [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte zudem entscheidende Beweismittel (E-Mail-Verkehr mit Martinelli und Implenja im [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde. Bezzola Denoth zeigte somit, da Implenja (zunächst) keine Selbstanzeige über den Hochbau im Engadin einreichte, zeitlich als erstes Unternehmen ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss an, legte in der Untersuchung 22-0433/22-04uu Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U zudem unverzüglich und mit deutlichem Abstand als erstes Unternehmen Beweismittel vor, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichten, den Wettbewerbsverstoss festzustellen. Zudem wurde das Sekretariat erst durch Bezzola Denoth auf das vorliegende Projekt aufmerksam gemacht.

180. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth Martinelli und Implenja zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte.<sup>139</sup> Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 157 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

181. Damit wären bei der Bezzola Denoth die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Näher zu beleuchten ist jedoch ihr Kooperationsverhalten nach Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats äusserte sich die Bezzola Denoth unter anderem wie folgt:<sup>140</sup>

- *„Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den jeweils bilateral Beteiligten zu verhindern, noch um eine «Zuschlagsteuerung».“*
- *„Unbestritten ist, dass Bezzola Denoth von den beiden Unternehmen «Schutz» in Bezug auf das [Bauprojekt 1] erhalten hatte (Rz. 44 des Antrags). Allerdings ist nicht eindeutig, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden. So gab [Mitarbeiter A] zu Protokoll, dass er Implenja und Martinelli die Eingabesummen aus «reinem Entgegenkommen» bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenja seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass «Nichtmarktteilnehmer» im Unterengadin eine Offerte eingeben würden (Rz. 46 des Antrags). Für diese Deutung des Geschehens spricht, dass es sich jeweils um bilaterale Kontakte gehandelt hat. Das spricht viel mehr für einen Gefallen als für eine (aussichtslose) «Zuschlagsteuerung» der drei Unternehmen.“*

182. Wie zu zeigen ist, hat dieses Verhalten der Bezzola Denoth für die Beurteilung ihrer Selbstanzeige Folgen.

183. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen. Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich das Unternehmen schuldig bekennt, einen bestimmten kartellrechtlichen Tatbestand verletzt zu haben, oder dass es eine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen vornimmt (z.B. bezüglich der Frage der Erheblichkeit).<sup>141</sup>

184. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Bezzola Denoth nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat. Sie bestreitet auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 82) abgebildet ist. Insbesondere bestreitet sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] [...] sei (vgl. Rz 52 hiavor).

185. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c KG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Bezzola Denoth nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben.

<sup>139</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>140</sup> Act. 71, Rz 6 und Rz 7 (22-04uu).

<sup>141</sup> Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

186. Zu prüfen ist, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass in der SVKG der vollständige Sanktionserlass infolge Selbstanzeige im dritten Abschnitt (Art. 8 ff. SVKG) geregelt ist, während sich die *Reduktion* der Sanktion infolge Selbstanzeige nach den Vorschriften im vierten Abschnitt (Art. 12 ff. SVKG) richtet. Im Lichte der Verordnungssystematik scheint es naheliegend, die Höhe der Sanktionsreduktion in jedem Fall nach den Bestimmungen von Art. 12 ff. SVKG festzulegen, wenn die Kriterien für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben sind. Danach käme ein selbstanzeigendes Unternehmen, das – wie vorliegend die Bezzola Denoth – die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass mit Ausnahme der vollumfänglichen Kooperation erfüllt, in den Genuss einer Sanktionsreduktion von höchstens 50 %.

187. Neben dem systematischen Auslegungselement sind allerdings die weiteren Auslegungskriterien zu beachten, namentlich der Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Kooperation von Selbstanzeigern in qualitativer und quantitativer Hinsicht hoch sind. Bei einem Selbstanzeiger etwa, dessen Kooperation grundsätzlich als gut zu werten ist, der aber seiner Kooperationsobliegenheit in einem bestimmten Punkt nicht nachkommt, wäre es allenfalls stossend, die höchstmögliche Sanktionsreduktion – anstelle eines vollständigen Sanktionserlass – auf 50 % zu begrenzen. Auch bei der Auslegung und Anwendung von Ordnungsbestimmungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten. Dass der Ordnungsgeber bei einem Selbstanzeiger, der ansonsten die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass erfüllt, bei mangelhafter Kooperation die höchstmögliche Sanktionsreduktion in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände des Einzelfalls auf 50 % festlegen wollte, ist nicht ersichtlich. Mit einer solchen Regelung nähme man in Kauf, das Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall zu unterlaufen. Dies kann nicht der Sinn und Zweck der Norm sein.

188. Dagegen führt die systematische Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis, um einen anderen Normgehalt anzunehmen. Die Abschnittstitel als solche und der logische Aufbau der SVKG schliessen nicht aus, dass im Einzelfall – trotz mangelhafter Kooperation – eine Sanktionsreduktion von mehr als 50 % gewährt wird. Auch die historische Auslegung ist nicht eindeutig. Dem Ordnungsgeber lag lediglich daran, dass eine erste Selbstanzeigerin umfassend mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Dies ist auch dann gewährleistet, wenn der Kooperationsmangel keine Deckelung der maximalen Sanktionsreduktion auf 50 % zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG so auszulegen, dass bei mangelhafter Kooperation die Sanktionsreduktion nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen ist. Dabei hat die Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Namentlich hat sie der Art und dem Schweregrad des konkreten Kooperationsmangels Rechnung zu tragen. An die höchstmögliche Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von 50 % ist sie nicht gebunden.

189. Im vorliegenden Fall sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Bezzola Denoth zu wür-

digen. Dabei ist zu beachten, dass die Bezzola Denoth nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Bezzola Denoth daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

#### C.4.2.2.4 Verhältnismässigkeitsprüfung

190. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>142</sup> Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.

191. [...] <sup>143</sup> [...] <sup>144</sup>

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

193. [...]

194. [...]

#### C.4.2.2.5 Ergebnis

195. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien angemessen:

- Bezzola Denoth: CHF [1-20'000]
- Martinelli: CHF [...]
- Implenja: CHF [15'000-40'000]

#### D Kosten

196. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>146</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

197. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

<sup>142</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>143</sup> Act. 71, Rz 99 ff. (22-04uu).

<sup>144</sup> Act. 82 und 95a (22-04uu).

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

<sup>146</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

198. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend 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 Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>147</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>148</sup>).

199. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200 bis CHF 290.

200. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 49 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 9'800
- 8 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 2'320

201. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 32'120.

202. Die Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 10'706.

203. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 190 ff.) hat Martinelli einen Anteil von CHF [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Bezzola Denoth AG, D. Martinelli AG und Implenia Schweiz AG wird untersagt
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

- 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
- b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:

- 2.1 die Bezzola Denoth AG, Scuol mit einem Betrag von CHF [1-20'000],
- 2.2 die D. Martinelli AG, St. Moritz mit einem Betrag von CHF [...],
- 2.3 die Implenia Schweiz AG, Dietlikon mit einem Betrag von CHF [15'000-40'000].

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 32'120 und werden folgendermassen auferlegt:

- 3.1 Die Foffa Conrad AG [Muttersgesellschaft der Bezzola Denoth] trägt CHF 10'706.
- 3.2 Die D. Martinelli AG trägt [...].
- 3.3 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 10'706.
- 3.4 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Bezzola Denoth AG, in Scuol, vertreten durch [...];
- D. Martinelli AG, in St. Moritz, vertreten durch [...];
- Implenia Schweiz AG, in Dietlikon, vertreten durch [...];

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>147</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>148</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

**Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Januar 2019). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.**

Verfügung vom 2. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **Bezzola Denoth AG**, in Scuol
2. **Foffa Conrad AG**, in Zernez  
beide vertreten durch [...]
3. **Crestageo AG**, in Chur
4. **METTLER PRADER AG**, in Chur
5. **ZINDEL GRUPPE AG**, in Chur  
alle drei vertreten durch [...]

**A Verfahren****A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Crestageo AG, die PRADER AG, die ZINDEL GRUPPE AG, die Bezzola Denoth und die Foffa Conrad AG unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> im Zusammenhang mit folgenden Ausschreibungen getroffen haben:

- [Bauprojekt 1], [...], [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]);
- [Bauprojekt 2], Baumeisterarbeiten, [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 2]);
- [Bauprojekt 3], [...], [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 3]);
- Punt Pedra, Samnaun, 2008 (nachfolgend: Punt Pedra).

**A.2 Untersuchungsadressatinnen****A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol**

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. Bei der Bezzola Denoth handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG, Zernez.

**A.2.2 Foffa Conrad AG, Zernez**

3. Die Foffa Conrad AG (nachfolgend: Foffa Conrad) mit Sitz in Zernez ist ebenfalls in den Bereichen Hoch- und

Tiefbau tätig, so im Münstertal und im Engadin. Neben Zernez verfügt Foffa Conrad über Standorte in Val Müstair, Scuol und Samnaun. In der Hochsaison beschäftigt sie über 130 Mitarbeiter.<sup>2</sup> Foffa Conrad und Bezzola Denoth werden nachfolgend gemeinsam als Foffa Conrad-Gruppe bezeichnet.

**A.2.3 Crestageo AG, Chur**

4. Die Crestageo AG (nachfolgend: Crestageo) mit Sitz in Chur ist Teil der ZINDEL GRUPPE und verfügt gemäss Handelsregister über drei Zweigniederlassungen. Crestageo ist im Jahr 2005 aus der Abteilung Forst- und Landschaftsbau der Firma Mettler Söhne AG hervorgegangen und ist spezialisiert auf die Beratung, Planung sowie Ausführung von Arbeiten gegen Naturgefahren, zum Schutz vor Naturgewalten und zur Landschaftsgestaltung sowie Handel mit diesen Zwecken dienenden Produkten.

**A.2.4 METTLER PRADER AG, Chur**

5. Die METTLER PRADER AG (nachfolgend: METTLER PRADER) mit Sitz in Chur ging aus einer Absorptionsfusion zwischen der PRADER AG (nachfolgend: PRADER) und der Mettler Söhne AG im Jahr 2016 hervor. Die PRADER und die Mettler Söhne AG bestehen seither nicht mehr. METTLER PRADER verfügt gemäss Handelsregister über drei Zweigniederlassungen und bezweckt demnach die Führung einer Bauunternehmung, die Ausführung von General- und Totalunternehmer-Aufträgen sowie den Erwerb, die Überbauung, die Verwaltung und die Veräusserung von Liegenschaften. Die METTLER PRADER ist Teil der ZINDEL GRUPPE.

**A.2.5 ZINDEL GRUPPE AG, Chur**

6. Die ZINDEL GRUPPE AG (nachfolgend: ZINDEL) mit Sitz in Chur ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach das Halten und Verwalten von Beteiligungen an Unternehmen der Bau- und Immobilienbranche sowie des Tourismus.

**A.3 Verfahrensgeschichte**

7. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch gegen Bezzola Denoth und Foffa Conrad. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth und Foffa Conrad.

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

<sup>2</sup> <<http://foffa-conrad.ch>> (28.3.2017).



8. Am 9. November 2012 reichte die Foffa Conrad-Gruppe eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> betreffend das Gebiet Unterengadin ein.<sup>4</sup> Am 30. November 2012 ergänzte Foffa Conrad ihre Bonusmeldung bezüglich des Projekts [Bauprojekt 3].<sup>5</sup> Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Selbstanzeige auch in Bezug auf die Projekte [Bauprojekt 1] und auf [Bauprojekt 2].<sup>6</sup> Am 1. Februar 2013 reichte die Foffa Conrad-Gruppe diverse Dokumente betreffend die drei zuvor erwähnten Projekte der vorliegenden Untersuchung ein.<sup>7</sup>

9. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus, u.a. auch auf ZINDEL, und führte weitere Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei ZINDEL.

10. Das Sekretariat führte am 26. Oktober 2015 mit [Mitarbeiter E] im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe eine Befragung durch.<sup>8</sup>

11. Am 27. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter F] im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe ebenfalls befragt.<sup>9</sup>

12. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Crestageo<sup>10</sup> und die damalige PRADER<sup>11</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>12</sup>

13. Das Sekretariat stellte am 19. Februar 2016 der Bauherrschaft [...], [...], einen Fragenbogen zu, welcher am 2. März 2016<sup>13</sup> fristgerecht und beantwortet beim Sekretariat einging.

14. Am 4. Februar 2016 lud das Sekretariat [H], [Funktion] der PRADER, vor, am 15. März 2016 als Zeuge auszusagen.<sup>14</sup>

15. Am 25. Februar 2016 führte das Sekretariat je eine Parteieinvernahme mit [Mitarbeiter B], [Funktion] der Crestageo,<sup>15</sup> [Mitarbeiter A], [Funktion] der METTLER PRADER,<sup>16</sup> und [Mitarbeiter D], [Funktion] der METTLER PRADER durch<sup>17</sup>. Vertreter der anderen Parteien wohnten diesen Einvernahmen nicht bei.

16. Am 10. März 2016 rügten die ZINDEL, die METTLER PRADER sowie die Crestageo (nachfolgend: Zindel-Gesellschaften), dass die Einvernahme von [H] als Zeuge rechtswidrig und daher darauf zu verzichten sei.<sup>18</sup>

17. Nach mehrfachem Schriftwechsel führten die Zindel-Gesellschaften allerdings aus, dass ihre Vorbringen nicht als Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung zu verstehen seien,<sup>19</sup> womit die Wettbewerbsbehörde den Antrag der Zindel-Gesellschaften als gegenstandslos betrachtete.

18. Am 15. März 2016 wurde [H] als Zeuge einvernommen.<sup>20</sup> Die Vertreter der Verfahrensparteien verzichteten auf ihr Anwesenheitsrecht. Am 18. April 2016 wurde das Protokoll dieser Einvernahme den Parteien zugestellt.<sup>21</sup>

19. Am 12. Mai 2016 stellten die Zindel-Gesellschaften einen Antrag auf Einstellung der vorliegenden Untersuchung.<sup>22</sup> Das Sekretariat nahm davon Kenntnis.<sup>23</sup> Auf die Vorbringen der Zindel-Gesellschaften wird nachfolgend bei der Beurteilung der verschiedenen Vorwürfe eingegangen.

20. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>24</sup>

21. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>25</sup>

22. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>26</sup>

23. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>27</sup>

24. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>28</sup> Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth und Foffa Conrad wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede solidarisch mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten seien. Crestageo sowie ZINDEL seien solidarisch mit einem Betrag von CHF [...] sowie PRADER und ZINDEL solidarisch mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten. In Bezug auf den Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008) sei das Verfahren ohne Folgen einzustellen.

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Act. IX.C.003 (25-0039).

<sup>5</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.027, pag. 21 ([Bauprojekt 1]); pag. 19 ([Bauprojekt 2]).

<sup>7</sup> Act. IX.C.035, pag. 51, 52, 54, 60 ([Bauprojekt 1]); pag. 42, 60 ([Bauprojekt 2]); pag. 11 ([Bauprojekt 3]) (25-0039).

<sup>8</sup> Act. IX.C.060 (25-0039).

<sup>9</sup> Act. IX.C.061 (25-0039).

<sup>10</sup> Act. I.512.

<sup>11</sup> Act. I.530.

<sup>12</sup> Act. I.505, I.512, I.530 und I. 545.

<sup>13</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>14</sup> Act. 9 (22-0460).

<sup>15</sup> Act. 16 (22-0460).

<sup>16</sup> Act. 17 (22-0460).

<sup>17</sup> Act. 18 (22-0460).

<sup>18</sup> Act. 21 (22-0460).

<sup>19</sup> Act. 21–25 (22-0460).

<sup>20</sup> Act. 26 (22-0460).

<sup>21</sup> Act. 28 (22-0460).

<sup>22</sup> Act. 29 (22-0460).

<sup>23</sup> Act. 30 (22-0460).

<sup>24</sup> Act. 31 (22-0460).

<sup>25</sup> Act. 33 und 34 (22-0460).

<sup>26</sup> Act. 41 und 42 (22-0460).

<sup>27</sup> Act. 43 und 44 (22-0460).

<sup>28</sup> Act. 51 und 52 (22-0460).

25. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren<sup>29</sup>. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>30</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Die Zindel-Gesellschaften nahmen am 14. April 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen<sup>31</sup>, die Foffa Conrad-Gruppe am 20. April 2017<sup>32</sup>.

26. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>33</sup> nahm die Foffa Conrad-Gruppe zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Die Foffa Conrad-Gruppe wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter F], [Mitarbeiter E] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>34</sup>

27. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 sowie an der Anhörung vom 4. September 2017 beantragte die Foffa Conrad-Gruppe, dass ihr die Sanktion im vorliegenden Verfahren vollständig zu erlassen sei. Konkret stellte sie das vom Sekretariat im Antrag festgehaltene Beweisergebnis weitgehend in Frage und begründete auch in rechtlicher Hinsicht ihren abweichenden Standpunkt. PRADER sei keine „echte“ Konkurrentin der Foffa Conrad-Gruppe im Bereich Hochbau im Unterengadin gewesen. Daher habe der Informationsaustausch zwischen PRADER und Bezzola Denoth weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken können. Die Bezzola Denoth habe zudem nicht „Schutz“ bekommen. Nicht alle bzw. die überwiegende Mehrheit der eingebenden Unternehmen hätten am Austausch teilgenommen. Nicht nur das Vorliegen einer Abrede sei fraglich, sondern auch ob das Verhalten der Parteien die Beseitigung des Wettbewerbs herbeigeführt habe. [Keine Verfahrenspartei] in der Ausschreibung [Bauprojekt 1] und [keine Verfahrenspartei] in der Ausschreibung [Bauprojekt 2] hätten jeweils ein unbeeinflusstes Angebot eingereicht. Bezzola Denoth habe die Aufträge [Bauprojekt 1] und [Bauprojekt 2] erhalten, weil sie das konkurrenzfähigste Angebot eingereicht habe. Auf die einzelnen Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

28. Mit Eingabe vom 15. Juni 2017<sup>35</sup> nahmen die Zindel-Gesellschaften zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschten ebenfalls eine Anhörung durch die WEKO. Die Zindel-Gesellschaften wurden am 18. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurden sie durch [...], [...] sowie ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>36</sup> Anlässlich ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2017 zum Antrag sowie an der Anhörung durch die WEKO vom 18. September 2017 stellten sie folgende Anträge:

1. Die Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III sei für die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG ohne Folgen einzustellen.
2. Eventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit

keiner Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG zu belasten.

3. Subeventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-04460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit Pauschalbeträgen als Sanktionen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in maximal folgender Höhe zu belasten:

a. Prader: CHF [...]

b. Crestageo CHF [...]

4. Sub-subeventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit Sanktionen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in maximal folgender Höhe zu belasten:

a. Prader: CHF [...]

b. Crestageo: CHF [...]

29. Ihre Anträge begründeten die Zindel-Gesellschaften unter anderem damit, dass es bei den drei angeblichen Absprachen an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und den Zindel-Gesellschaften gefehlt habe. Da der jeweilige Informationsaustausch weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt habe, lägen keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Selbst wenn man von einem KG-Verstoss ausgehen würde, sei es bei der Sanktionsbemessung unzulässig, auf fiktive Umsätze abzustellen, welche gar nicht erzielt worden seien. Die im Fall Zürich angekündigte verschärfte Praxis könne nicht rückwirkend auf die vorliegenden Fälle angewendet werden, welche sich alle vor dem Zürcher-Entscheid ereignet hätten. [Mitarbeiter I] wandte zudem anlässlich der Anhörung durch die WEKO ein, dass die beantragte Busse von fast [...] CHF für ein mittelständisches Unternehmen wie PRADER eine enorme Summe bedeute. Auf die einzelnen Vorbringen der Zindel-Gesellschaften wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

30. Mit Schreiben vom 15. August 2017 an die Foffa Conrad-Gruppe hielt das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO fest, dass deren Ausführungen in der Stellungnahme zum Antrag vom 14. Juni 2017 die Qualifikation ihrer bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen würden. Es ersuchte sie, zu beantworten, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit den Bauprojekten [Bauprojekt 1], [Bauprojekt 2], sowie [Bauprojekt 3] zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Act. 54 (22-0460).

<sup>30</sup> Act. 53 (22-0460).

<sup>31</sup> Act. 56 (22-0460).

<sup>32</sup> Act. 58 (22-0460).

<sup>33</sup> Act. 63 (22-0460).

<sup>34</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 79 (22-0460).

<sup>35</sup> Act. 64 (22-0460).

<sup>36</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 81 (22-0460).

<sup>37</sup> Act. 72 (22-0460/25-0039).

Daraufhin antwortete die Foffa Conrad-Gruppe mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.<sup>38</sup>

31. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 3. Juli 2017,<sup>39</sup> 25. August 2017,<sup>40</sup> 6. und 19. September 2017<sup>41</sup> gewährt.

32. Nach Beratung fällt die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

## **B [Bauprojekt 1], Baumeisterarbeiten ([...])**

33. Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung umfasst vier Bauprojekte zwischen 2008 und 2012, bei denen jeweils dieselben zwei Unternehmensgruppen, einerseits die Zindel-Gesellschaften mit der PRADER und der Crestageo sowie andererseits Bezzola Denoth und Foffa Conrad beteiligt waren. Im Rahmen dieser Verfügung wird jedes einzelne Bauprojekt in zeitlich chronologischer Reihenfolge separat geprüft. Unter Kapitel F wird schliesslich eine Übersicht über die Sanktionen bezüglich der vier Bauprojekte dargestellt.

### **B.1 Sachverhalt**

#### **B.1.1 Vorbemerkungen zum Beweis**

34. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>42</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>43</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>44</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>45</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>46</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

35. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und jeweils die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

#### **B.1.2 Beweisthema**

36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre

Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 1] aus dem Jahr 2011-2012 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth und PRADER mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 62);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 65 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth und PRADER tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 74 ff.).

#### **B.1.3 Beweismittel**

37. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

##### **B.1.3.1 Urkunden**

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [Mitarbeiter A]@prader-gr.ch

38. Am [...] sendete [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, eine E-Mail an [Mitarbeiter A], PRADER, mit angehängter SIA-Datei mit dem Betreff „Offerte [...]“. Darin findet sich die Formulierung „In Absprache mit [D]“.<sup>47</sup> Tags darauf, am [...], sendete [Mitarbeiter E] erneut eine E-Mail an [Mitarbeiter A], diesmal mit einer leicht modifizierten SIA-Datei. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen.<sup>48</sup>

„*Sehr geehrter Herr [A].*

*Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitete SIA.*

*Folgende Eckdaten:*

*Brutto neu Fr. [...]*

*Skonto [...] %*

*Sonderabzug [...] %*

*MwSt. 8 %*

*Netto inkl. MwSt. [...].–*

<sup>38</sup> Act. 74 (22-0460/25-0039).

<sup>39</sup> Act. 67a (22-0460).

<sup>40</sup> Act. 76 und 77 (22-0460).

<sup>41</sup> Act. 80 und 82 (22-0460).

<sup>42</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>43</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>44</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Beton-sanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>46</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

<sup>47</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 51 (25-0039).

Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben. Die Preise wurden angepasst. Spielraum für Abgebote kaum vorhanden.

Wir werden in einem kleinen technischen Bericht einen Festpreis ausschliessen.

Da insbesondere eine kommende Lohnsteigerung noch nicht bekannt ist und andererseits ein allfälliger Baubeginn nächstes Frühjahr / Sommer eher unwahrscheinlich ist.

Mit freundlichen Grüßen und herzlichem Dank für Ihre Bemühungen

[Mitarbeiter E]“

E-Mails vom [...] zwischen [Mitarbeiter G]@[keine Ver-  
fahrenspartei].ch und [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch

39. [Mitarbeiter G], [keine Verfahrenspartei], sendete am [...] eine E-Mail an [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth. Der Inhalt der E-Mail lautet folgendermassen:<sup>49</sup>

„Hallo [Vorname Mitarbeiter E],

[...]

Mir ist im Moment viel wichtiger, wie die „Zusammenarbeit [Bauprojekt 1]“ aussieht.

Gruss

[Mitarbeiter G]“

40. Auf dieser E-Mail antwortete [Mitarbeiter E] Folgendes:

„Hallo [Vorname Mitarbeiter G].

[...]

Betreffend [Bauprojekt 1] müssen wir wohl bei Gelegenheit zusammensitzen und auch grundsätzliches bezüglich Marktverhalten und Zusammenarbeit diskutieren. Werde schauen ob [Vorname Mitarbeiter F] gelegentlich Zeit findet. Melde mich bei Dir.

Gruss [Vorname Mitarbeiter E]“

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch an [keine Verfahrenspartei]@[...] mit Betreff „[Bauprojekt 1]“

41. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, sendete am [...] um 13:50 Uhr die folgende E-Mail an die Firma [keine Verfahrenspartei]. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen:<sup>50</sup>

„Denke Prader ist nur an der Sicherung und am Aus-  
hub interessiert.

Sind aktuell viele am rechnen. Diverse mit grossem Interesse. Denke aber Ihr habt in Bezug auf Deponie klare Vorteile.

Gruß [Vorname Mitarbeiter E]“

E-Mail vom [...] von [keine Verfahrenspartei]@[...] an [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch mit Betreff „[Bauprojekt 1]“

42. [...], [keine Verfahrenspartei], verschickte daraufhin um 14:08 Uhr die folgende E-Mail an [Mitarbeiter E]:<sup>51</sup>

„Bun di [Vorname Mitarbeiter E]

Habe auch von der Fa. Prader AG eine Preisanfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten.

Es ist anzunehmen, dass Prader AG auch die Bau-  
meisterarbeiten offeriert!

[...]

Gruss [...]“

Vergabeantrag der [...] vom [...]

43. Gemäss Auskunft der [...] war die Eingabefrist am [...]. Eine erste Abgebotsrunde fand im [...] statt.<sup>52</sup> Gemäss Vergabeantrag vom [...] der [...] wurden die folgenden Offertsummen nach Abgebot eingereicht:<sup>53</sup>

|                          | Summe inkl. MWST | Summe Netto exkl. MWST <sup>54</sup> |
|--------------------------|------------------|--------------------------------------|
| Bezzola Denoth AG, Scuol | [...]            | [...]                                |
| [keine Verfahrenspartei] | [...]            | [...]                                |
| PRADER AG, Davos Platz   | [...]            | [...]                                |

44. Der Zuschlag erging schliesslich an Bezzola Denoth.

### B.1.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

45. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth das vorliegende Projekt an. Sie gab als Bemerkung zum vorliegenden Bauprojekt an: [...]<sup>55</sup>

46. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] bzw. vom [...] an PRADER<sup>56</sup> sowie eine E-Mail an [keine

Verfahrenspartei] vom [...] mit der entsprechenden Antwort ein.<sup>57</sup>

<sup>49</sup> Act. IX.C.035, pag. 54 (22-0039).

<sup>50</sup> Act. III.I.020, pag. 1.

<sup>51</sup> Act. III.I.020, pag. 1.

<sup>52</sup> Act. 20, pag. 6 (22-0460).

<sup>53</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>54</sup> Auf dem Vergabeantrag finden sich lediglich die Nettosummen exkl. MWST.

<sup>55</sup> Act. IX.C.027, pag. 21 (25-0039).

<sup>56</sup> Act. IX.C.035, pag. 51 und 52 (25-0039).

<sup>57</sup> Act. IX.C.035, pag. 54 (25-0039).

Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

47. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, sagte aus, dass das Projekt [Bauprojekt 1] im Jahr [...] offeriert worden, aber der Baubeginn vermutlich im Jahr [...] oder [...] gewesen sei. Die Vergabe sei im [...] erfolgt. Bezzola Denoth habe den Zuschlag erhalten.

48. Auf Vorhalt der E-Mail vom [...] bestätigte [Mitarbeiter E] die angefügte Bemerkung [...].<sup>58</sup>

49. [Mitarbeiter E] sagte aus, dass die Firma PRADER im Unterengadin gar keinen Hochbau mache. Er nehme an, dass sich die PRADER die Arbeit für die Erstellung der Offerte habe sparen wollen. Er nehme weiter an, dass die PRADER sich gar nicht habe leisten können, der [...], [...], die Abgabe einer Offerte zu verweigern. Er denke, dass ihn Herr [A] der PRADER angefragt habe, ob er ihm eine Offerte zukommen lassen könne. Ansonsten hätte [Mitarbeiter E] gar nicht gewusst, dass die PRADER angefragt worden sei.<sup>59</sup>

50. Auf Vorhalt der E-Mails vom [...] (vgl. Rz 39 f.) sagte [Mitarbeiter E] zudem aus, dass beabsichtigt gewesen sei, bei diesem Bauprojekt eine ARGE mit [keine Verfahrenspartei] zu bilden. Die Zusammenarbeit bzw. die ARGE sei jedoch nicht zustande gekommen. Die Situation sei so gewesen, dass es sich um ein sehr grosses Bauprojekt gehandelt habe und die Frist sehr eng gewesen sei. Aus diesen Gründen habe er mit [Mitarbeiter G] der [keine Verfahrenspartei] über eine mögliche Zusammenarbeit diskutiert.<sup>60</sup>

#### Aussage der PRADER vom 25. Februar 2016

51. Anlässlich der Einvernahme vom 25. Februar 2016 bestätigt [Mitarbeiter A],<sup>61</sup> [Funktion] der METTLER PRADER,<sup>62</sup> auf Vorhalt der E-Mail vom [...] in den Grundzügen die Aussagen von [Mitarbeiter E]. Die METTLER PRADER hatte dabei zu diesem Zeitpunkt noch keine Einsicht in die Selbstanzeige der Bezzola Denoth (vgl. Rz 20).

52. [Mitarbeiter A] sagte aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie ausserhalb von Davos im Hochbau tätig gewesen sei. Da [...] und [...] sehr wichtige Kunden von PRADER im Raum Davos seien, habe er sie nicht verärgern wollen.<sup>63</sup> Er sagte aus, dass die PRADER dort eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Er nehme an, dass er die Bezzola Denoth angerufen und ihr gesagt habe, er müsse die Offerte „pro forma“ einreichen und wollte sich die Arbeit der Berechnung der Offerte sparen. Sie habe aber Bezzola Denoth keinen Schutz gewährt.

53. Auf Rückfrage des Rechtsvertreters der Zindel-Gesellschaften sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie im Unterengadin im Hochbau tätig gewesen sei (auch nicht heute). Die PRADER sei damit keine Konkurrentin der Bezzola Denoth im Bereich Hochbau im Unterengadin gewesen.<sup>64</sup>

#### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

54. Die Zindel-Gesellschaften wiederholten in ihrer Eingabe, dass PRADER bei diesem Projekt nur eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Hätte PRADER keine Offerte eingereicht, so hätte dies die künftige Geschäftsbeziehung mit [...] und [Bauherr] belasten können. Da PRADER in den letzten 25 Jahren noch nie einen Hochbau im Engadin realisiert habe, sei sie in Bezug auf das

zur Diskussion stehende Hochbauobjekt in keinem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden. Entsprechend habe der Informationsaustausch auch nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen können.<sup>65</sup>

### **B.1.4 Beweiswürdigung**

#### **B.1.4.1 Konsens**

55. Die beiden E-Mails vom [...] und [...] stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise stehen. Die darin enthaltenen Sätze *„Die Offerte können Sie in dieser Form angeben. Die Preise wurden angepasst“* lassen keinen anderen Schluss zu, als dass damit PRADER gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

56. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Bezzola Denoth eine Offerte für PRADER vorkalkulieren sollte, welche tiefer als ihre Offerte ist. Es würde sich damit, entgegen der Aussage von PRADER, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Mit „Pro-Forma-Offerte“ meinte PRADER wohl eine Offerte für ein Projekt, an dem sie kein Interesse an der Ausführung hatte. Bezzola Denoth spricht in diesem Zusammenhang von „Alibieingabe“ (Rz 45). Darunter versteht sie eine Eingabe für Projekte, *„bei denen man auf Grund fehlender Kapazitäten oder anderer Hindernisse kein Interesse an der Arbeit besteht“*.<sup>66</sup> Solche Offerten unterscheiden sich nicht von normalen Offerten. Im Kontext privater Submissionen handelt es sich hierbei um einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages. An seinen Antrag bzw. seine Offerte ist das Bauunternehmen gebunden (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Kenntnis des Bauherrn, ob die Submittentin eine sog. „Pro-Forma-Offerte“ (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsinteresse einreicht, ist nicht entscheidend. In beiden Fällen liegen verbindliche Offerten vor, welche in die Auswahl der Offerten einhergehen und bei Annahme durch den Bauherrn zum Vertragsabschluss führen.

57. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz *„Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben“* bzw. *„Die Differenzen zwischen den einzelnen Offerten sind nicht allzu gross, also kaum Abgebote möglich“*<sup>67</sup> war für die Beteiligten klar, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer.

<sup>58</sup> Act. IX.C.060, Zeile 255 (25-0039).

<sup>59</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 256 ff. (25-0039).

<sup>60</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 237 ff. (25-0039).

<sup>61</sup> Act. 17 (22-0460).

<sup>62</sup> Herr [A] sei gemäss eigenen Aussagen seit [...] für die PRADER AG tätig. Seit [...] sei er [Funktion] der METTLER PRADER gewesen.

<sup>63</sup> Act. 17, Zeilen 80-81 (22-0460).

<sup>64</sup> Act. 17, Zeilen 128 ff. (22-0460).

<sup>65</sup> Act. 29 (22-0460).

<sup>66</sup> Act. IX.C.035, pag. 26 (25-0039).

<sup>67</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

Daran ändert auch nichts, dass in den beiden E-Mails nicht erwähnt ist, dass PRADER höher eingeben sollte

als Bezzola Denoth und dass die Offertsumme von Bezzola Denoth auch nicht angegeben ist.

58. Zudem wurde von Bezzola Denoth eingestanden, dass die E-Mails vom [...] und [...] einen – in den Worten von [...] – [...] belegen (Rz 48).

59. Die beiden E-Mails sind klar und die Aussagen von [Mitarbeiter E] sowie von [Mitarbeiter A] glaubwürdig. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] preislich zu koordinieren.

60. Dass PRADER – wie von Bezzola Denoth behauptet<sup>68</sup> – aus eigener und freier Entscheidung beschlossen habe, bei dieser Ausschreibung der Bauherrschaft ein höheres Angebot zu unterbreiten, mag allenfalls zutreffen. Allerdings war Bezzola Denoth damit einverstanden, eine höhere Eingabe für PRADER zu berechnen und hat ihr diese auch zur Verfügung gestellt. Dabei wäre es Bezzola Denoth ohne Weiteres frei gestanden, sich am fraglichen Informationsaustausch mit PRADER nicht zu beteiligen. Da Bezzola Denoth sowohl ihre eigene Eingabesumme als auch diejenige von PRADER berechnet hat, steht fest, dass zwischen ihr und PRADER eine Einigung darüber zustande gekommen war, preislich koordinierte Angebote einzureichen.

61. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### B.1.4.2 Verfolgter Zweck

62. Als Zweck für die Vorbereitung der Offerte sowie für den Versand der SIA-Datei an PRADER wurde von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass PRADER möglicherweise eine „Alibi-Offerte“ habe einreichen wollen. PRADER brachte auch vor, dass sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe.

63. Diesen Äusserungen der Parteien ist zu entnehmen, dass PRADER mit ihrer Offerte den Zuschlag nicht erhalten wollte. Die Angebotskoordination bezweckte zum einen, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren und zum anderen zu vermeiden, dass PRADER selber den Zuschlag erhalten würde. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten war immanent, dass dieses auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Dass PRADER für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gewesen sein soll, wie sie behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von Davos nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst bestanden für PRADER keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Gröszenordnung auszuführen. Daran ändert auch nichts, dass sie im Engadin in der Vergangenheit nicht im Bereich Hochbau tätig war. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vornherein ausschliessen, dass sich PRADER um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollte. Dies wird insbesondere auch

durch die E-Mail von [...], [keine Verfahrenspartei], an [Mitarbeiter E] vom [...] belegt (Rz 42). Darin teilte dieser [Mitarbeiter E] mit, dass die [keine Verfahrenspartei] eine Preisanfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten habe. Es sei anzunehmen, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten offerieren werde. Nach dem Gesagten bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden.

64. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### B.1.4.3 Rolle der Beteiligten

65. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Unternehmen bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

##### Initiative für die Angebotskoordination

66. Aus dem Wortlaut der E-Mails vom [...] und [...] von [Mitarbeiter E] an PRADER geht klar hervor, dass diesbezüglich zwischen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] ein vorgängiger Kontakt stattgefunden haben muss. Dies geht aus den Worten „gemäss Absprache mit [Mitarbeiter DJ]“ hervor.<sup>69</sup> Zudem lässt auch die in beiden E-Mails vom [...] sowie vom [...] verwendete Wendung „Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitet SIA“ bzw. „sende ich Ihnen eine SIA 451“ auf einen vorgängig erfolgten Kontakt schliessen.

67. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] und [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

68. Wer in casu die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen.

69. Gemäss übereinstimmenden Parteiaussagen gehen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] davon aus, dass die Kontaktaufnahme von der PRADER erfolgt ist (Rz 49 und 52). Damit ist erstellt, dass PRADER Bezzola Denoth im Hinblick auf die Angebotskoordination kontaktiert hat.

<sup>68</sup> Act. 63, Rz 4 (22-0460).

<sup>69</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

70. [Mitarbeiter E] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] und [...] an [Mitarbeiter A]. Inhalt dieser Nachrichten bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1]. Zudem war beiden E-Mails eine gerechnete SIA-Datei angehängt.

71. Zwischen den beiden gerechneten und [Mitarbeiter A] zugestellten SIA-Dateien vom [...] und [...] besteht lediglich ein zahlenmässig geringfügiger Unterschied. Dies unterstreicht, dass die genaue Höhe der Offertsumme PRADERS für Bezzola Denoth von Bedeutung war.

72. PRADER reichte im Anschluss an die E-Mails von Bezzola Denoth schliesslich eine Offerte in der Höhe

von CHF [...] ein. Bezzola Denoth selber offerierte beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...] (nach Abgebot), womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

73. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails inkl. kalkulierter SIA-Dateien verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. PRADER beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend den beiden E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

#### B.1.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

74. Gemäss den Angaben [...] haben Bezzola Denoth und PRADER folgende Offertsummen eingereicht:<sup>70</sup>

|                | Offertsumme per E-Mail<br>(inkl. MWST) in CHF | Eingabesumme<br>(inkl. MWST) in CHF |
|----------------|---|-------------------------------------|
| Bezzola Denoth | k.A.  | [...] <sup>71</sup>                 |
| PRADER         | [....]  | [...]                               |

75. Somit reichte PRADER eine Offerte ein, welche überschlagsmässig der Offertsumme entsprach, welche sie am [...] von der Bezzola Denoth erhalten hatte.

76. Damit ist erstellt, dass sich PRADER im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erwiesen, dass sich Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

#### B.1.5 Beweisergebnis

77. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER eine höhere Offerte einreichen als die Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass PRADER in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

### B.2 Erwägungen

#### B.2.1 Geltungsbereich

##### B.2.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

78. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie

die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

#### B.2.1.2 Verfügungsadressatinnen

79. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.

80. Verfügungsadressatin ist vorliegend die METTLER PRADER, als Nachfolgerin der durch Fusion absorbierten und direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte PRADER, sowie Bezzola Denoth, als direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte Gesellschaft. Die ZINDEL GRUPPE AG, als Muttergesellschaft der METTLER PRADER AG (vgl. Rz 5), sowie die Foffa Conrad, als Muttergesellschaft der Bezzola Denoth (Rz 2), sind ebenfalls als Verfügungsadressatinnen zu berücksichtigen.

81. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol,
- Foffa Conrad AG, Zerneß,
- METTLER PRADER AG, Chur,
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur.

<sup>70</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>71</sup> Offertsumme vom [...] (vor Abgebot), Act. 20, S. 18 (22-0460).

### B.2.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

82. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

83. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 87 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

### B.2.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

84. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

## B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

86. Im hier zu beurteilenden Markt 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.2.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

87. 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).

88. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 89 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 103 ff.).

### B.2.3.1 Wettbewerbsabrede

89. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

90. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### B.2.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

91. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

92. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 77).

93. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

94. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>72</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während PRADER diejenige der Schutzgeberin innehatte.

#### B.2.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

95. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

<sup>72</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.



96. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>73</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Dass das Verhalten von PRADER allenfalls nicht primär darauf zielte („Pro-Forma-Offerte“), den Wettbewerb zu beeinflussen, ist nicht von Belang. Wie erwiesen (Rz 62 ff.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren. [...] lud lediglich drei Unternehmen ein, darunter Bezzola Denoth und PRADER. Bei Einladungsverfahren bei öffentlichen Ausschreibungen verlangt die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mindestens einen „ortsfremden“ Anbieter einzuladen. Dies hat den Zweck, den Wettbewerb innerhalb einer Submission zu beleben.<sup>74</sup> Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [...] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der PRADER, Wettbewerb von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Bezzola Denoth und PRADER vorgeworfene Verhaltensweise wirkte dem entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde.

97. Die Zindel-Gesellschaften machten geltend, dass PRADER in den letzten 25 Jahren nie ein Hochbauprojekt im Unterengadin ausgeführt habe und daher bei diesem Projekt nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden habe. PRADER habe kein Interesse an der Ausführung dieses Auftrags im Unterengadin gehabt und sich gegenüber [...] und [...] „gezwungen“ gesehen, wenigstens „pro forma“ eine Offerte einzureichen. Ohne den Informationsaustausch mit Bezzola Denoth hätte sie gar keine Offerte eingereicht.<sup>75</sup> Somit könne ein Informationsaustausch zwischen Bezzola Denoth und PRADER gar keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben. Auch Bezzola Denoth stellte sich auf den Standpunkt, dass PRADER keine „echte Konkurrentin“ gewesen sei. Vielmehr habe PRADER ihre Offerte „ausser Konkurrenz“ abgegeben.<sup>76</sup>

98. Wie die WEKO bereits in vorangegangenen Submissionen festgehalten hat, stellt die Einreichung einer mit einer Konkurrentin abgestimmten höheren Offerte eine wettbewerbsrelevante Abrede dar, selbst wenn das betreffende Unternehmen an der Erteilung des Auftrags nicht interessiert war.<sup>77</sup> Eine (eingeladene) Bauunternehmung steht nämlich unabhängig der Grösse ihres Interesses am Zuschlag für ein konkretes Projekt mit anderen (eingeladenen) Bauunternehmungen auf gleicher Marktstufe in einem (zumindest potenziellen) Wettbewerbsverhältnis. Wenn sie an der Submission teilnimmt und eine Offerte einreicht, wird sie eine aktuelle Konkurrentin. Dies unabhängig vom Umstand, ob die Submittentin diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausführte oder nicht. Der Bauherr geht davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen und

berücksichtigt eine Offerte entsprechend als Konkurrenzprodukt zu anderen Offerten. Aus der Tatsache, dass PRADER im Unterengadin bislang nie Hochbauprojekte ausführte, ergibt sich nicht, dass diese keine Konkurrentin zu Bezzola Denoth darstellte. Sie ist eine „ortsfremde“ Anbieterin, von welcher durchaus Wettbewerb ausging (vgl. Rz 84). Damit ist – entgegen den Vorbringen der Parteien – ein Wettbewerbsverhältnis zwischen PRADER und Bezzola Denoth zu bejahen. Von einem „Zwang“ von PRADER, aufgrund sonstiger Geschäftsbeziehungen zur Bauherrin eine Offerte einreichen zu müssen, kann nicht ausgegangen werden. Es steht einer Submittentin frei, einer Bauherrin z.B. mitzuteilen, dass sie nicht zu dem vorgeschlagenen Zeitpunkt, aber zu einem späteren Zeitpunkt offerieren könne, dass sie unabhängig von der Einreichung einer Offerte weiterhin gerne mit der Bauherrin zusammenarbeite oder etwa, dass sie im Engadin keinen Hochbau betreibe. Eine Bauherrin dürfte eine solche Aussage einer abgesprochenen und damit verzerrten Offerte bevorzugen.

99. Weiter sei darauf hingewiesen, dass Anzeichen dafür bestehen, dass PRADER – entgegen der Darstellung [Mitarbeiter A]s – sehr wohl am Auftrag interessiert gewesen sein könnte, insbesondere an der Sicherung und am Aushub des [Bauprojekt 1]. Dies ergibt sich dadurch, dass sie eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial für das Projekt [Bauprojekt 1] bei [keine Verfahrenspartei] einholte und diese gemäss E-Mail annahm, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten zu offerieren gedachte (vgl. Rz 42). Falls PRADER tatsächlich keinerlei Interesse am Auftrag gehabt hätte, hätte keine Notwendigkeit bestanden, von [keine Verfahrenspartei] eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial anzufordern. Der Umstand, dass PRADER offensichtlich Interesse an der Sicherung und am Aushub des Projektes [Bauprojekt 1] hatte, spricht dafür, dass sie auch Interesse an den Baumeisterarbeiten gehabt haben könnte. Bei einer derartig bedeutenden Auftragssumme würde es sich wohl lohnen, neben den Tiefbauarbeiten auch die Baumeisterarbeiten auszuführen, zumal sich diesfalls die benötigten Ressourcen bereits vor Ort befänden. Die PRADER stellte – entgegen ihrer Behauptung – bei diesem Projekt eine Konkurrentin von Bezzola Denoth dar.

100. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet, den Wettbewerb einzuschränken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 62 ff.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

<sup>73</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>74</sup> Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

<sup>75</sup> Act. 81, S. 8 (22-0460).

<sup>76</sup> Act. 63, Rz 4 ff. (22-0460).

<sup>77</sup> RPW 2009/3, 205 Rz 56, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. RPW 2012/2, 342 Rz 561, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 560 f. Rz 175 und 185 ff, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

### **B.2.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

101. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des Bauobjekts [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### **B.2.3.2 Zwischenergebnis**

102. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf den [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

### **B.2.3.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

103. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

#### **B.2.3.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

104. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und PRADER ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

105. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

#### **B.2.3.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

106. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

107. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich

eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.

108. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

#### **B.2.3.3.2.1 Relevanter Markt**

109. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.

110. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 143 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

##### *(i) Marktgegenseite*

111. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist. Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z.B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

112. Für den vorliegenden Fall war die [...], welche den [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

##### *(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt*

113. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

114. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend den [Bauprojekt 1].

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

116. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also vorliegend an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

117. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus Davos eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

#### **B.2.3.3.2 Aussenwettbewerb**

118. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

119. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

120. PRADER und Bezzola Denoth machen in diesem Zusammenhang geltend, dass der Preiswettbewerb funktioniert habe. [Keine Verfahrenspartei] habe Druck auf Bezzola Denoth ausgeübt, was zu einem intensiven Preiswettbewerb geführt habe. [Keine Verfahrenspartei] habe zuerst das günstigste Angebot eingereicht. Im Rahmen der ersten Abgebotsrunde habe sie den Preis gesenkt, sei aber von Bezzola unterboten worden. Der Preiswettbewerb habe offensichtlich funktioniert, was eine Beseitigung des Wettbewerbs ausschliesse.

121. Fest steht im vorliegenden Fall, dass [keine Verfahrenspartei] ebenfalls eine Offerte eingereicht hat. Dass sie sich an der Abrede beteiligt hat, ist nicht bewiesen. Sie ist daher als aktuelle Aussenwettbewerberin zu qualifizieren. Weitere Aussenwettbewerber nahmen nicht an der Ausschreibung teil. Im Folgenden ist zu würdigen, wie intensiv der Konkurrenzdruck war, der von [keine Verfahrenspartei] ausging.

122. [Keine Verfahrenspartei] war im Unterengadin nach eigenen Angaben fast ausschliesslich für die öffentliche Hand in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig. Private Hochbauprojekte hätten nicht in ihrem Fokus gestanden und seien von ihr nicht bearbeitet worden.<sup>78</sup> Der von ihr ausgegangene Konkurrenzdruck auf die Abredeteilneh-

mer ist als eher schwach zu werten. Dies zeigt sich auch daran, dass die Abrede erfolgreich war und Bezzola Denoth trotz der [keine Verfahrenspartei] als Aussenwettbewerberin den Zuschlag erhielt. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier 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 beweist, war dieser (aktuelle resp. potenzielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz des allfälligen Aussenwettbewerbs am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt daher nicht vor.<sup>79</sup>

#### **B.2.3.3.3 Innenwettbewerb**

123. PRADER hielt sich an die Abrede, indem sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 74 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### **B.2.3.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

124. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

125. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatelklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>80</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In

<sup>78</sup> Act. IX.B.7, pag. 4 (25-0038).

<sup>79</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 596 Rz 852, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>80</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*.

der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>81</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>82</sup>

126. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 104) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

127. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 109 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

### B.2.3.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

128. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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 beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

129. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

### B.2.3.6 Ergebnis

130. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich.

131. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig.

132. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

## B.2.4 Massnahmen

### B.2.4.1 Anordnung von Massnahmen

133. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>83</sup>

134. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

135. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

136. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

<sup>81</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

<sup>82</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

<sup>83</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., Tunnelreinigung.

137. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>84</sup>

#### B.2.4.2 Sanktionierung

138. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

##### B.2.4.2.1 Voraussetzungen

139. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

140. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

##### B.2.4.2.2 Bemessung

###### B.2.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

141. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

142. 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>85</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>86</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>87</sup>

#### a) Basisbetrag

143. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

144. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz. Hingegen erzielte PRADER keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

145. Zu klären ist zunächst das Verhältnis zwischen Art. 49a KG und Art. 3 SVKG. Art. 49a KG bildet die formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für die Sanktionierung von kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen. Diese Bestimmung sieht in Abs. 1 eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Dagegen bezieht sich der Normgehalt der Verordnungsbestimmung von Art. 3 SVKG lediglich auf die Frage, wie die Sanktion zu bemessen ist. Dies bringt auch der entsprechende Abschnittstitel „Sanktionsbemessung“ der SVKG zum Ausdruck. Zu den Sanktionsvoraussetzungen äussert sich Art. 3 SVKG nicht. Vielmehr sind diese – auf Gesetzesstufe – in Art. 49a KG geregelt.<sup>88</sup>

146. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredebeteiligten, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser *ratio legis* der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von

<sup>84</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>85</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>86</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>87</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>88</sup> Dazu auch RPW 2013/4, 951, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen.

147. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

148. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 43), denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.<sup>89</sup> Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

149. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

150. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie PRADER als schützendes Unternehmen beteiligten sich an einer Abrede, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatten. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen.

151. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

152. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der

Submissionsabrede einen Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

153. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für PRADER als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe einen Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

154. Gegen diese Festlegung des Basisbetrags brachte PRADER in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats im Wesentlichen Folgendes vor:

- Falls die WEKO die „Pro-Forma-Offerten“ zu Unrecht als „Schutzgewährungen“ qualifiziere, könne der Sanktionsbetrag nicht aufgrund von Umsätzen, welche PRADER gar nicht erzielt habe, festgesetzt werden. Dies laufe den Bestimmungen von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG zuwider, die gebieten würden, dass der vom Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz die Basis für die Bussenberechnung bilde. Eine solche Sanktionsbemessung verstosse gegen das Legalitätsprinzip und das strafrechtliche Analogieverbot.
- Weiter würden dadurch auch der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt.<sup>90</sup> Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verbiete, im vorliegenden Fall eine neue Methode zur Bussenberechnung anzuwenden, die zu massiv höheren Bussen führe als in allen vorangegangenen Entscheiden der WEKO.<sup>91</sup> Die WEKO habe sich in den früheren Submissionsentscheiden im Kanton Aargau<sup>92</sup> und Zürich<sup>93</sup> bei der Sanktionsberechnung im Zusammenhang mit Stützofferten weder am Volumen der Stützofferten noch am erzielten Umsatz der Schutznehmerin orientiert. Sonst werde der gleiche Umsatz mehrfach herangezogen, um die Busse für mehrere Unternehmen zu berechnen. Dies würde bedeuten, dass der gleiche Frankenumsatz zweimal sanktioniert würde.<sup>94</sup> In den beiden erwähnten Entscheiden habe die WEKO nur Pauschalsanktionen zwischen CHF 5'000 und 50'000 verhängt, wenn sich ein Unternehmen an Submissionsabreden beteiligt, aber selber keine Umsätze aus den abgesprochenen Submissionen erzielt habe. Z.B. sei Walo – eines der grössten Bauunternehmen der Schweiz – im Aargauer Fall für Absprachen im Zusammenhang mit [3-10] Objekten eine Sanktion von CHF 50'000 auferlegt worden. Gegenüber einem mehr als 15 Mal kleineren Unternehmen, das an weniger angeblicher Absprachen beteiligt gewesen sei, verstosse die Verhängung einer 10 Mal höheren Busse gegen das Gleichbehandlungsgebot.<sup>95</sup>

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>90</sup> Act. 64, Rz 39 (22-0460).

<sup>91</sup> Act. 64, Rz 155 ff. (22-0460).

<sup>92</sup> RPW 2012/2, 270 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>93</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>94</sup> Act. 64, Rz 65-68 (22-0460).

<sup>95</sup> Act. 64, Rz 89-92 (22-0460).

155. Den Vorwürfen, dass vorliegend das Legalitätsprinzip und das strafrechtliche Analogieverbot verletzt würden, ist wie folgt zu entgegnen: Der Grundsatz der Legalität („nulla poena sine lege“) ist vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich in Art. 1 StGB verankert worden. Explizit findet sich die Regel auch in Art. 7 EMRK. Im Rahmen des Kartellverwaltungsrechts gilt das Legalitätsprinzip nicht gestützt auf Art. 1 StGB, sondern es fliesst direkt aus dem Verfassungs- bzw. Konventionsrecht. Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ ist verletzt, wenn eine Person oder ein Unternehmen wegen einer Handlung, die im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder wenn eine Handlung, derentwegen eine Person oder ein Unternehmen strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetz mit Strafe bedroht ist, dieses Gesetz selber aber nicht als rechtsbeständig angesehen werden kann, oder endlich, wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann.<sup>96</sup>

156. PRADER behauptet nicht, dass preisliche Angebotskoordinierungen zwischen Bauunternehmen im Allgemeinen kartellrechtlich zulässig seien oder für die Sanktionierung eines solchen Verhaltens gar keine gesetzliche Grundlage bestehe. Vielmehr macht sie geltend, dass der Basisbetrag für sie – soweit sie sich vorliegend unzulässig verhalten habe, was sie bestreitet – in Anwendung der einschlägigen Sanktionsbemessungsbestimmungen Null zu betragen habe.<sup>97</sup> Insofern betrifft die vorliegende Streitfrage nicht das Legalitätsprinzip, sondern die Auslegung und Anwendung von Art. 49a KG und Art. 3 SVKG.

157. Wie gezeigt worden ist, findet sich die (formell-gesetzliche) Grundlage für die Sanktionierung von Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt haben, in Art. 49a KG. Diese Norm wird in Bezug auf die Sanktionsbemessung auf Verordnungsstufe durch die Vorschriften von Art. 2 ff. SVKG konkretisiert. Soweit Art. 3 SVKG jedoch bei der Berechnung des Basisbetrags am erzielten Umsatz im relevanten Markt anknüpft, beschränkt sich dessen Gehalt auf Fälle, in denen das fehlbare Unternehmen tatsächlich einen solchen Umsatz erwirtschaftet hat (Rz 145 f. hiervor). Bei „schutzgebenden“ Unternehmen trifft dies wesensgemäss nicht zu. Hier ist der Basisbetrag hilfsweise unter Berücksichtigung der Eingabesumme des „schutznehmenden“ Unternehmens zu bestimmen, zumal dieser Betrag die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission widerspiegelt (Rz 147 hiervor). Allerdings gebietet es das Sanktionsbemessungskriterium der „Schwere“ des Verstosses (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG), den Basisbetrag beim „schutzgebenden“ Unternehmen tiefer anzusetzen als beim „schutznehmenden“ Unternehmen. Von diesen Prämissen ausgehend, ist es korrekt, den Basisbetrag von PRADER vorliegend auf CHF [...] festzulegen, also auf rund die Hälfte des Basisbetrags des „schutznehmenden“ Unternehmens (vgl. Rz 148 hiervor). Nach dem Gesagten ist PRADER in Bezug auf den Vorwurf der Verletzung des Legalitätsprinzips und des strafrechtlichen Analogieverbots nicht zu hören.

158. Soweit sich PRADER auf Sanktionsberechnungen in früheren Entscheidungen der WEKO zu Einzelsubmissionsabreden beruft und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots moniert, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Der Anspruch auf Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet, Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden.<sup>98</sup> Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer eingelebten Praxis in der Regel festgehalten wird. Sie stehen aber einer Praxisänderung nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruht.<sup>99</sup>

159. Die WEKO entschied im Dezember 2011 im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, dass auch nicht umsatzgenerierende, jedoch kartellrechtswidrige Verhaltensweisen im Rahmen von Einzelsubmissionsabreden zu sanktionieren sind. Die Sanktion legte sie bei schutzgebenden Unternehmen – unter Berücksichtigung der Höhe der Offertsummen und der Unternehmensgrösse – pauschal fest.<sup>100</sup> Im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* hielt die WEKO mit Verfügung vom April 2013 fest, dass bezüglich der Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem Verhalten keine gefestigte Praxis bestehe. Sie begründete eingehend, weshalb die korrekte Anwendung von Art. 49a KG, in Abweichung vom Entscheid im Aargauer Fall, gebiete, bei nicht umsatzgenerierendem Verhalten wie etwa der Einreichung von Stützofferten keine Pauschalsanktionen zu verhängen, sondern einen Basisbetrag festzulegen sei, der sich am Volumen des relevanten Markts orientiere. Einzig aus dem Umstand heraus, dass es sich bei der betreffenden Untersuchung um ein Parallelverfahren zum Aargauer Fall handelte, wandte sie schliesslich dennoch die gleiche Sanktionsbemessungsmethode an.<sup>101</sup> Diese Verfügung der WEKO erwuchs in Rechtskraft.

160. Im vorliegenden Verfahren steht der korrekten Anwendung von Art. 49a KG, wie sie von der WEKO im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* aufgezeigt worden ist, nichts entgegen. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Das vorliegende Verfahren steht – anders als der Zürcher Fall – in keinem Zusammenhang zur Untersuchung *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, weder in prozessualer Hinsicht noch in Bezug auf die zu beurteilenden Sachverhalte.
- Wie bereits in der Verfügung *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*

<sup>96</sup> BGE 112 Ia 107 E. 3a.

<sup>97</sup> Act. 64, Rz 54 (22-0460).

<sup>98</sup> BGE 131 I 91 E. 3.4 mit Hinweisen.

<sup>99</sup> BGE 134 V 359 E. 8.1 S. 366; BGE 127 I 49 E. 3c S. 52; je mit Hinweisen.

<sup>100</sup> RPW 2012/2, 1089 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>101</sup> Zum Ganzen RPW 2013/4, 943 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

festgehalten worden ist, lässt sich aus den bisherigen Entscheiden der WEKO zu Einzelsubmissionsabreden keine gefestigte Praxis zur Frage ableiten, wie die Sanktion bei nicht umsatzgenerierendem, aber unzulässigem Verhalten zu berechnen ist.<sup>102</sup> Eine Praxisänderung liegt somit nicht vor. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die – hier vorgenommene – Orientierung des Basisbetrags bei Stützofferten am Volumen der betroffenen Submission anstelle der Verhängung von Pauschalsanktionen als zulässige Praxisänderung zu werten wäre. Es besteht hierzu gar keine eingelebte Praxis, die nun geändert wird.

- Schliesslich kann sich PRADER auch nicht auf ihr allfälliges Vertrauen in frühere Entscheidungen der WEKO berufen, wie sie es mit ihren Vorbringen zum „Verbot der Rückwirkung“ andeutet.<sup>103</sup> Konkret bringt sie vor, dass sich die vertretenen Unternehmen im vorliegenden Kontext nicht am Entscheid der WEKO im Zürcher Fall aus dem Jahr 2013 orientieren können, selbst wenn sie diesen unverzüglich nach Publikation studiert hätten. Sowohl im Zürcher Fall als auch im Aargauer Fall kam die WEKO zum Schluss, dass es sich bei der Abgabe von Stützofferten um eine kartellrechtswidrige und sanktionierbare Verhaltensweise handelt. Soweit ein Unternehmen seinen Entscheid, rechtmässig oder unrechtmässig zu handeln, von der anwendbaren Sanktionsberechnungsmethode abhängig machen will, steht es ihm zum Vornherein nicht zu, sich diesbezüglich auf sein Vertrauen in frühere Entscheidungen zu berufen. Ihr Vertrauen wäre nicht berechtigt und verdiente keinen Schutz. Im Übrigen ist zu betonen, dass kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht.

161. Der Vollständigkeit halber ist beizufügen, dass die höhere Sanktion von PRADER im vorliegenden Fall im Verhältnis zu den Sanktionsbeträgen in den Fällen Aargau und Zürich – im Sinne einer Gesamtwürdigung – auch das höhere Submissionsvolumen widerspiegelt, das von der Wettbewerbsabrede betroffen ist. So stellten die einzelnen Volumen der von den unzulässigen Abreden tangierten Strassen- und Tiefbauprojekte in den Fällen Kanton Aargau und Zürich nur einen Bruchteil des Volumens der vorliegenden Submission dar. Selbst die Umbricht AG, welcher im Aargauer Fall die höchste Sanktion auferlegt worden ist, erzielte mit [10-20] Schutznahmen „nur“ einen Umsatz zwischen CHF [7-8] Mio. (inkl. MwSt.).<sup>104</sup> Die Höhe einer einzelnen Schutznahme bzw. einer Stützofferte wies daher ein viel geringeres Volumen als im vorliegenden Fall auf. Gemäss Verfügung überschritten die von der Untersuchung im Kanton Aargau betroffenen Projekte den Betrag von CHF 2 Mio. nicht.<sup>105</sup> Allein das Objekt [Bauprojekt 1] der vorliegenden Untersuchung weist ein Volumen über CHF [...] auf (vgl. Rz 42). Somit ist der vorliegende Fall von der Tragweite nicht gleich wie die Fälle im Kanton Aargau und Zürich. Wenn im vorliegenden Fall bei der Sanktionsbemessung nur die Anzahl Stützofferten von PRADER zu berücksichtigen wäre, würde dies im Verhältnis zur Schwere des Verstosses zu einer zu geringen Sanktion führen. Dem Schädigungspotenzial, dem be-

troffenen Volumen und der präventiven Wirkung, die eine Sanktion entfalten soll, wäre nicht gebührend Rechnung getragen.

### b) Dauer des Verstosses

162. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 Prozent, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 Prozent möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

163. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich der Erstellung des [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

### c) Erschwerende Umstände

164. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Ordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

#### Anstiftung

165. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>106</sup>

166. Vorliegend ist erstellt (Rz 69), dass PRADER Bezola Denoth beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] im Hinblick auf die Angebotskoordinierung kontaktiert hat. Für die Bejahung einer anstiftenden Rolle genügt die Herstellung des Erstkontakts hingegen nicht. Vielmehr wären weitere Elemente wie etwa ein motivierendes Verhalten oder eine Anreizsetzung erforderlich. Solche zusätzlichen Elemente lassen sich den erhobenen Beweismitteln nicht entnehmen. Eine Straferhöhung infolge einer anstiftenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG scheidet damit aus.

#### Führende Rolle

167. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden

<sup>102</sup> RPW 2013/4, 944 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>103</sup> Zum Vorbringen von PRADER der „unzulässigen echten Rückwirkung“ Act. 64, Rz 93 ff. (22-0460).

<sup>104</sup> RPW 2012/2, 407 Rz 1097, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>105</sup> RPW 2012/2, 392 Rz 989, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>106</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.



Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>107</sup>

168. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>108</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>109</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>110</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>111</sup> Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>112</sup> Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>113</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

169. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] bzw. [...] an PRADER zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 73 hiavor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>114</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola

Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutzhelferin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von PRADER. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

170. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

#### Wiederholter Verstoss

171. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 erhöht, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Die Foffa Conrad-Gruppe war in mehrere Verhaltensweisen bzw. Wettbewerbsverstösse innerhalb des vorliegenden Verfahrens, wie auch in den Untersuchungen 22-0458, 22-0459, 22-0461, 22-0463, 22-0464, 22-0465 und 22-0467 involviert. Die Zindel-Gesellschaften waren in mehrere Verhaltensweisen bzw. Wettbewerbsverstösse in-

<sup>107</sup> Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>108</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>109</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>110</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>111</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>112</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>113</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, IAZ International Belgium et al., Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

<sup>114</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

nerhalb des vorliegenden Verfahrens, wie auch in die Untersuchung 22-0457 involviert. Somit ist für beide Unternehmen zu prüfen, ob ein Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses gegen das KG angewendet werden soll.

172. Sämtliche der genannten Verfahren entstammen der ursprünglichen Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden, welche aus verfahrensökonomischen Gründen am 23. November 2015 in zehn verschiedene Verfahren getrennt wurde. Diese Verfahren befinden sich in verschiedenen Verfahrensständen; einige stehen kurz vor dem Abschluss, andere befinden sich noch in der Ermittlungsphase. Um einen Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses beantragen zu können, bedarf es eines Gesamtbildes sämtlicher Verhaltensweisen des entsprechenden Unternehmens innerhalb der Verfahren, welche der Untersuchung 22-0433 entstammten. Aus den oben erklärten Gründen ist eine gesamthafte Beurteilung der Wiederholung vorliegend nicht möglich.

173. Eine Beurteilung der wiederholten Verstösse lediglich innerhalb eines abgetrennten Verfahrens wäre ebenfalls nicht adäquat und gerecht, da diese allein davon abhängen würde, wie die verschiedenen Verhaltensweisen prozessual gruppiert wurden. Einzelne abgetrennte Verfahren umfassen lediglich ein einziges Projekt, während in anderen, wie dem vorliegenden, mehrere Verhaltensweisen beurteilt werden. Aus diesen Gründen wird auf einen Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses gegen das KG verzichtet.

#### d) Mildernde Umstände

174. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### B.2.4.2.2 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

175. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

##### Foffa Conrad-Gruppe

176. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>115</sup> am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 1] betreffen.

177. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungsöffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte zudem entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante E-Mail-Korrespondenz, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden, jedenfalls bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat (vgl. zur Relativierung der Selbstanzeige Rz 180). Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präzierte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für die

Foffa Conrad-Gruppe in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1], aufgrund einer Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

178. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

179. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth die PRADER zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat.<sup>116</sup> Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 165 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

180. Damit wären bei der Foffa Conrad-Gruppe die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Näher zu beleuchten ist jedoch ihr Kooperationsverhalten nach Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats äusserte sich die Foffa Conrad-Gruppe unter anderem wie folgt:

- „Das Verhalten der beiden Parteien war „untypisch“, weil es eben kein Konkurrenzverhältnis gab. Die Parteien wollten nicht ihre Eingabesummen absprechen. [...] Das Verhalten der Parteien war daher zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet.“<sup>117</sup>
- „Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren, noch darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern.“<sup>118</sup>
- „Nur rein theoretisch ist es zutreffend, dass Prader bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätte ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen und war somit in der Praxis irrelevant. Prader war daher wegen der zu grossen Entfernung keine echte Konkurrentin für dieses [...]“.<sup>119</sup>

181. Zusammenfassend behauptete die Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 schliesslich, dass das im Antrag festgehaltene Beweisergebnis nicht zutreffe.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

<sup>116</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>117</sup> Act. 63, Rz 4 (22-0460).

<sup>118</sup> Act. 63, Rz 5 (22-0460).

<sup>119</sup> Act. 63, Rz 6 (22-0460).

<sup>120</sup> Act. 63, Rz 6 (22-0460).

182. An der Anhörung vor der WEKO am 4. September 2017 erwiderte der Rechtsvertreter der Foffa Conrad-Gruppe auf Nachfrage des Präsidenten der WEKO, dass seine Mandantin ihre Selbstanzeige nicht zurückziehen möchte. Sollte die WEKO solche Informationsaustausche bei „Pro-Forma-Angeboten“ als Wettbewerbsabreden beurteilen und sanktionieren, möchte sie an ihrer Selbstanzeige festhalten.<sup>121</sup>

183. Wie zu zeigen ist, hat dieses Verhalten der Foffa Conrad-Gruppe für die Beurteilung ihrer Selbstanzeige Folgen.

184. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen. Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich das Unternehmen schuldig bekennt, einen bestimmten kartellrechtlichen Tatbestand verletzt zu haben, oder dass es eine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen vornimmt (z.B. bezüglich der Frage der Erheblichkeit).<sup>122</sup>

185. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Foffa Conrad-Gruppe nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat. Sie bestreitet auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 77) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede; die Parteien hätten ihre Eingabesummen nicht absprechen wollen. Ebenso bestreitet, sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es sich bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [Bauprojekt 1] um einen [...] handle (vgl. Rz 47 hiavor).

186. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c KG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben.

187. Zu prüfen ist, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass in der SVKG der vollständige Sanktionserlass infolge Selbstanzeige im dritten Abschnitt (Art. 8 ff. SVKG) geregelt ist, während sich die *Reduktion* der Sanktion infolge Selbstanzeige nach den Vorschriften im vierten Abschnitt (Art. 12 ff. SVKG) richtet. Im Lichte der Verordnungssystematik scheint es naheliegend, die Höhe der Sanktionsreduktion in jedem Fall nach den Bestimmungen von Art. 12 ff. SVKG festzulegen, wenn die Kriterien für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben sind. Danach käme ein selbstanzeigendes Unternehmen, das – wie vorliegend die Foffa Conrad-Gruppe – die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass mit Ausnahme der vollumfänglichen Kooperation erfüllt, in den Genuss einer Sanktionsreduktion von höchstens 50 %.

188. Neben dem systematischen Auslegungselement sind allerdings die weiteren Auslegungskriterien zu beachten, namentlich der Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Kooperation von Selbstanzeigern in qualitativer und quantitativer Hinsicht hoch sind. Bei einem Selbstanzeiger etwa, dessen Kooperation grundsätzlich als gut zu werten ist, der aber seiner Kooperationsobliegenheit in einem bestimmten Punkt nicht nachkommt, wäre es allenfalls stossend, die höchstmögliche Sanktionsreduktion – anstelle eines vollständigen Sanktionserlass – auf 50 % zu begrenzen. Auch bei der Auslegung und Anwendung von Verordnungsbestimmungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten. Dass der Verordnungsgeber bei einem Selbstanzeiger, der ansonsten die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass erfüllt, bei mangelhafter Kooperation die höchstmögliche Sanktionsreduktion in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände des Einzelfalls auf 50 % festlegen wollte, ist nicht ersichtlich. Mit einer solchen Regelung nähme man in Kauf, das Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall zu unterlaufen. Dies kann nicht der Sinn und Zweck der Norm sein.

189. Dagegen führt die systematische Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis, um einen anderen Normgehalt anzunehmen. Die Abschnittstitel als solche und der logische Aufbau der SVKG schliessen nicht aus, dass im Einzelfall – trotz mangelhafter Kooperation – eine Sanktionsreduktion von mehr als 50 % gewährt wird. Auch die historische Auslegung ist nicht eindeutig. Dem Verordnungsgeber lag lediglich daran, dass eine erste Selbstanzeigerin umfassend mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Dies ist auch dann gewährleistet, wenn der Kooperationsmangel keine Deckelung der maximalen Sanktionsreduktion auf 50 % zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG so auszulegen, dass bei mangelhafter Kooperation die Sanktionsreduktion nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen ist. Dabei hat die Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Namentlich hat sie

<sup>121</sup> Act. 79, Zeilen 49 ff. (22-0460).

<sup>122</sup> Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

der Art und dem Schweregrad des konkreten Kooperationsmangels Rechnung zu tragen. An die höchstmögliche Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von 50 % ist sie nicht gebunden.

190. Diesem Auslegungsergebnis folgend, sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

#### Zindel-Gesellschaften

191. Die Zindel-Gesellschaften reichten keine Selbstanzeige ein.

#### **B.2.4.2.2.3 Ergebnis**

192. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 81):

- Bezzola Denoth und Foffa Conrad: CHF [...]
- METTLER PRADER und ZINDEL: CHF [...]

### **C [Bauprojekt 2], Baumeisterarbeiten ([...])**

#### **C.1 Sachverhalt**

##### **C.1.1 Beweisthema**

193. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre

Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 2], [...], Baumeisterarbeiten (nachfolgend: [Bauprojekt 2]), aus dem Jahr [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth und PRADER mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 213 f.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 215 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth und PRADER tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 223 ff.).

#### **C.1.2 Beweismittel**

194. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

##### **C.1.2.1 Urkunden**

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [H]@prader-gr.ch

195. Am [...] sendete [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, eine E-Mail an [H], PRADER, mit vier angehängten Dokumenten mit dem Betreff „[Bauprojekt 2]“. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen:<sup>123</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter H].*

*Im Anhang entsprechende Dokumente. SIA ist eingabefertig. Tech. Bericht zur info.*

*Eingabe netto inkl. MWST Fr. [Summe]*

*Gruß und Dank*

*[Vorname Mitarbeiter E]“*

[...]

196. Gemäss [...] haben die folgenden Unternehmen eine Offerte eingereicht:<sup>124</sup>

|                          | Eingereichte Offertsumme<br>(inkl. MWST) in CHF |
|--------------------------|---|
| Bezzola Denoth AG, Scuol | [...]   |
| [Keine Verfahrenspartei] | [...]   |
| PRADER AG, Davos Platz   | [...]   |

#### **C.1.2.2 Auskünfte von Parteien**

Eingabe von Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

197. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth ihr Verhalten im

<sup>123</sup> Act. IX.C.035, pag. 42 (25-0039).

<sup>124</sup> Act. IX.C.060, Beilage 8, pag. 261 (25-0039).

Zusammenhang mit dem vorliegenden Projekt an. Sie gab als Bemerkung zu diesem Bauprojekt an: [...].<sup>125</sup>

198. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] an PRADER ein (vgl. Rz 195).<sup>126</sup> Sie gab als Bemerkung zu diesem Bauprojekt an: [...].<sup>127</sup>

#### Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

199. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter E] aus, dass er [...].<sup>128</sup>

200. Auf die Frage, ob die angehängten Dokumente zu der E-Mail vom [...] die Offerten der Bezzola Denoth enthielten, antwortete [Mitarbeiter E], dass es sich um eine Offerte handle, die er in einem ersten Entwurf so gerechnet habe. Die Bezzola Denoth habe später zu einem tieferen Preis eingegeben. Die PRADER habe vermutlich diese Offerte übernommen und so eingegeben. Der minime Preisunterschied im Vergleich zum Offertöffnungsprotokoll sei wohl auf Rundungen zurückzuführen.<sup>129</sup>

#### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

201. Die Zindel-Gesellschaften führten in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 aus, dass die PRADER aus Davos bei diesem Projekt [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen habe anbieten können. Deshalb sei für PRADER klar gewesen, dass man für dieses Projekt nicht offerieren werde.

202. Dass PRADER trotzdem eine Offerte einreichte, sei allein darauf zurückzuführen, dass [...] die PRADER ausdrücklich um eine Offerte gebeten habe. [...] habe offenbar die Befürchtung gehabt, dass auf die Ausschreibung nur ein oder zwei Offerten eingehen würden, was die Submission in Frage gestellt hätte. Die Tatsache, dass gemäss Offertöffnung nur gerade drei Offerten (darunter die „Pro-Forma-Offerte“ von PRADER) eingegangen seien, bestätige, dass diese Befürchtung begründet gewesen sei.

203. Ein gutes Einvernehmen mit [...] sei für jedes [...] wichtig. Deshalb habe PRADER diesen Wunsch des [...] kaum abschlagen können. Um wenigstens den Aufwand für die gewünschte „Pro-Forma-Offerte“ möglichst tief zu halten, habe PRADER die Bezzola Denoth gebeten, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte mitzuteilen.

204. Die Zindel-Gesellschaften führten in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 ferner aus, dass PRADER bei diesem Projekt von sich aus nicht offeriert hätte. Somit sei PRADER in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber von Bezzola Denoth gewesen. Der Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben.<sup>130</sup>

#### **C.1.2.3 Auskünfte von Dritten**

##### Zeugenaussage von [H] vom 15. März 2016

205. [H], [Funktion] der PRADER,<sup>131</sup> sagte aus, dass die PRADER in der Lage gewesen sei, das vorliegende Projekt [Bauprojekt 2] auszuführen. Man baue seit langem an „[Bauprojekt 2]“ und er wisse nicht mehr, ob er das vorliegende Projekt selber gerechnet habe. Jedoch habe PRADER keine derartigen Projekte im Engadin

ausgeführt, weil die Versetzkosten oder Fahrspesen zu hoch seien.

206. Aufgrund der Ausschreibung sei die PRADER an die Begehung gegangen. [...] habe ihn gebeten, einzugeben, da dieser befürchtet habe, nur eine oder zwei Offerten bei dieser Ausschreibung zu bekommen. [H] habe darauf geantwortet, dass PRADER nicht konkurrenzfähig sein werde. [...] habe ihn gebeten, trotzdem einzugeben.

207. [Mitarbeiter E] habe ihn gefragt, ob er eingeben werde. [H] habe [Mitarbeiter E] geantwortet, dass PRADER wahrscheinlich nicht eingeben werde, da der Aufwand zur Berechnung der Offerte zu hoch sei. Daraufhin habe ihm [Mitarbeiter E] gesagt, dass dieser [H] etwas senden werde, was PRADER dann eingeben könne. Aus diesem Grund habe er die E-Mail vom [...] erhalten.<sup>132</sup>

208. Auf Vorhalt der E-Mail vom [...] bestätigte [H], dass die PRADER zu der Eingabesumme von [...] eingeben sollte. Auf die Frage des Sekretariats, ob PRADER bei diesem Projekt Bezzola Denoth „Schutz“ gewährt habe, antwortete [H], dass es „beinahe ein Schutz“ gewesen sei. Allerdings habe die PRADER die Eingabesumme der Bezzola Denoth nicht gekannt.<sup>133</sup>

#### **C.1.3 Beweismwürdigung**

##### **C.1.3.1 Konsens**

209. Die E-Mail vom [...] sowie die ihr angehängten Dokumente (insbesondere SIA-Datei) stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise stehen. Der darin enthaltene Satz „SIA ist eingabefertig“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit PRADER gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

210. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Bezzola Denoth eine Offerte für PRADER vorkalkulieren sollte, welche tiefer als ihre Offerte ist. Es würde sich damit, entgegen den Ausführungen von PRADER vom 12. Mai 2016, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Mit „Pro-Forma-Offerte“ meinte PRADER wohl eine Offerte für ein Projekt, an dem PRADER kein Interesse an der Ausführung hat. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „SIA ist eingabefertig“ war für die Beteiligten klar, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass in der E-Mail vom [...] nicht erwähnt ist, dass PRADER höher eingeben sollte als Bezzola Denoth, ebenso wenig, dass darin die Offertsumme von Bezzola Denoth nicht angegeben ist.

<sup>125</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>126</sup> Act. IX.C.035, pag. 42 (25-0039).

<sup>127</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>128</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 563 ff. (25-0039).

<sup>129</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 571 ff. (25-0039).

<sup>130</sup> Act. 29 (22-0460).

<sup>131</sup> Act. 26 (22-0460).

<sup>132</sup> Act. 26, Zeilen 112 ff. (22-0460).

<sup>133</sup> Act. 26, Zeilen 168 ff. (22-0460).

211. Zudem wurde von Bezzola Denoth mit der Bemerkung [...] <sup>134</sup> eingestanden, dass die E-Mail vom [...] eine Angebotskoordination belegt (Rz 198).

212. Die E-Mail ist klar und die Aussagen von [Mitarbeiter E] sowie von [H] sind glaubwürdig. Zudem hat METTLER PRADER die Aussagen des Zeugen [H] bestätigt. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

### C.1.3.2 Verfolgter Zweck

213. Als Zweck für den Versand der SIA-Datei an PRADER wurde von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, [...]. Damit brachte sie zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten.

214. Wie erstellt ist (Rz 209 ff.), lag zwischen den Parteien ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzieren.

### C.1.3.3 Rolle der Beteiligten

215. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

#### Initiative für die Angebotskoordination

216. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E] an PRADER geht nicht direkt hervor, dass zwischen [Mitarbeiter E] und [H] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Jedoch sprechen das Fehlen einer Einleitung

sowie der Umstand, dass eine SIA-Datei mitversendet wurde, für einen vorgängigen Kontakt.

217. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen.

218. Die vorliegenden Informationen zur Initiativergreifung sind widersprüchlich. Gemäss Zeugenaussagen von [H] ging die Initiative zur vorliegenden Angebotskoordination von Bezzola Denoth aus (Rz 207). Demgegenüber bat PRADER, gemäss Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016, die Bezzola Denoth, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte mitzuteilen, um den Aufwand für die gewünschte „Pro-Forma-Offerte“ möglichst tief zu halten.

219. Letztlich ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch vom schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden.

#### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

220. [Mitarbeiter E] wandte sich in seiner E-Mail vom [...] an PRADER. Inhalt dieser Nachricht bildete insbesondere die Offertsumme in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2] inkl. diverser Anhänge, wie z.B. einer gerechneten SIA-Datei und eines technischen Berichtes.

221. PRADER reichte im Anschluss an die E-Mail von Bezzola Denoth schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein. Bezzola Denoth selber offerierte beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu einem Betrag von CHF [...], womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

222. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die E-Mail inkl. kalkulierter SIA-Dateien sowie den technischen Bericht verschickte, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. PRADER beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend der E-Mail von Bezzola Denoth vom [...] einzugeben.

### C.1.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

223. Gemäss [...] haben Bezzola Denoth und PRADER die folgenden Offertsumme eingereicht:<sup>135</sup>

|                | Offertsumme per E-Mail<br>(inkl. MWST) in CHF | Eingabesumme<br>(inkl. MWST) in CHF |
|----------------|---|-------------------------------------|
| Bezzola Denoth | k.A.  | [...]                               |
| PRADER         | [...]   | [...]                               |

<sup>134</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>135</sup> Act. IX.C.060, Beilage 8, pag. 265 (25-0039).

224. Somit reichte PRADER eine Offerte ein, welche überschlagsmässig der Offertsumme entsprach, welche ihr Bezzola Denoth in der E-Mail vom [...] angegeben hat.

225. Daraus ergibt sich, dass sich PRADER im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Die beteiligten Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

#### **C.1.4 Beweisergebnis**

226. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass PRADER in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

### **C.2 Erwägungen**

227. [...]

#### **C.2.1 Geltungsbereich**

##### **C.2.2 Persönlicher Geltungsbereich**

228. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

##### **C.2.3 Verfügungsadressatinnen**

229. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.

230. Verfügungsadressatin ist vorliegend die METTLER PRADER, als Nachfolgerin der durch Fusion absorbierten und direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte PRADER, sowie Bezzola Denoth, als direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte Gesellschaft. Die ZINDEL GRUPPE AG, als Muttergesellschaft der METTLER PRADER AG (vgl. Rz 5), sowie die Foffa Conrad, als Muttergesellschaft der Bezzola Denoth (Rz 2), sind ebenfalls als Verfügungsadressatinnen zu berücksichtigen.

231. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- Foffa Conrad AG, Zernez
- METTLER PRADER AG, Chur
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur

#### **C.2.4 Sachlicher Geltungsbereich**

232. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

233. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 237 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### **C.2.5 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

234. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

#### **C.2.6 Vorbehaltene Vorschriften**

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

236. Im hier zu beurteilenden Markt 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.

#### **C.2.7 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

237. 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).

238. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 239 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 251 ff.).

##### **C.2.7.1 Wettbewerbsabrede**

239. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unterneh-

men gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

240. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### **C.2.7.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

241. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

242. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäußert haben, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 209 ff.).

243. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

#### **C.2.7.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

244. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

245. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich. Dass das Verhalten von PRADER allenfalls nicht primär darauf zielte („Pro-Forma-Offerte“), den Wettbewerb zu beeinflussen, ist nicht von Belang. Wie erwiesen, (Rz 213 f.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren.

246. METTLER PRADER machte geltend, dass PRADER von sich aus nicht offeriert hätte und nur auf aus-

drücklichen Wunsch [...] eine Offerte eingereicht habe. Aus Davos habe PRADER diese Baumeisterarbeiten nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten können. Somit sei PRADER in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber von Bezzola Denoth gewesen. Der Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben.

247. Dem ist zu erwidern, dass Unternehmen, welche eine Offerte im Rahmen einer Ausschreibung einreichen, als Konkurrenten gelten. Selbst vom Bauherrn angefragte Unternehmen, welche keine Offerte einreichen, stellen ebenfalls, wenn auch potenzielle, Konkurrenten dar und dies unabhängig vom Umstand, ob die Submittentin diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausführte oder nicht. Grundsätzlich geht ein Bauherr davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen.<sup>136</sup> Dies bestätigt auch METTLER PRADER, wonach [...] ausdrücklich eine Offerte von PRADER aus Davos gewünscht habe. Wenn [...] PRADER nicht als eine mögliche Konkurrentin angesehen hätte, hätte [...] nicht eine Offerte von PRADER gewünscht. Wie schon oben ausgeführt, kann von einer „ortsfremden“ Anbieterin durchaus Wettbewerbsdruck ausgehen (vgl. Rz 96). Zudem zeigt die Offerte von [keine Verfahrenspartei] aus [...], dass das Projekt auch für weiter entfernte Anbieterinnen nicht uninteressant war.

248. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet, den Wettbewerb einzuschränken, womit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 213 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

#### **C.2.7.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

249. Bezzola Denoth und PRADER sind als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der von öffentlichen Stellen oder von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Bauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

#### **C.2.7.2 Zwischenergebnis**

250. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2], durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

<sup>136</sup> Wie das Unternehmen das Projekt auszuführen gedenkt, ist nicht erheblich. Ein Unternehmen ohne entsprechende Kompetenzen oder den erforderlichen Kapazitäten in den nachgefragten Bauleistungen bedarf zur Ausführung des Auftrages z.B. eines Subunternehmers, einer ARGE, der Anstellung zusätzlichen Personals usw.



### C.2.7.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

251. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

#### C.2.7.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

252. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und PRADER ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abrede teilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

253. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

#### C.2.7.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

254. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

255. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.

256. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkte. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

### C.2.7.3.2.1 Relevanter Markt

257. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.

258. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 283 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

#### (i) Marktgegenseite

259. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist. Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

260. Beim vorliegenden Fall war [...], welches das Projekt [Bauprojekt 2] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

#### (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

261. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

262. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Projekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 2].

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

264. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also vorliegend an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

265. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Enga-

din sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

#### C.2.7.3.2.2 Aussenwettbewerb

266. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

267. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch [...] vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch Unternehmen, welche eine Offerte einreichten und die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

268. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit lag bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.

#### C.2.7.3.2.3 Innenwettbewerb

269. PRADER hielt sich an die Abrede, indem sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 223 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### C.2.7.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

270. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

271. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatelklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>137</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>138</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>139</sup>

272. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 252) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

273. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 257 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

#### C.2.7.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

274. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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 beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

275. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

#### C.2.7.6 Ergebnis

276. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 Bst. a und c KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

<sup>137</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

<sup>138</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

<sup>139</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

277. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

## C.2.8 Massnahmen

### C.2.8.1 Anordnung von Massnahmen

278. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>140</sup>

279. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

280. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

281. Die Voraussetzungen für die Anordnung dieser Massnahmen sind gegeben (vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz 136).

282. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>141</sup>

### C.2.8.2 Sanktionierung

283. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 unzuläs-

sig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

### C.2.8.2.1 Voraussetzungen

284. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

285. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

### C.2.8.2.2 Bemessung

#### C.2.8.2.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung

286. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

287. 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>142</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

<sup>141</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>142</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>143</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

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>144</sup>

#### a) Basisbetrag

288. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

289. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz.

290. Hingegen erzielte PRADER keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. In Bezug auf die Vorbringen von PRADER kann auf die vorangehenden Ausführungen betreffend die Submissionsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [Bauprojekt 1] verwiesen werden (zum Ganzen Rz 154 ff. hiervor).

291. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

292. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abrede-beteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 196). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

293. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb aus-

schalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

294. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie PRADER als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zudem wurde der Wettbewerb beseitigt.

295. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

296. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede einen Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

297. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Wettbewerbsbehörde für PRADER als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

#### b) Dauer des Verstosses

298. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 Prozent, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 Prozent möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

299. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

#### c) Erschwerende Umstände

300. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen z.B. zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

<sup>144</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

### Anstiftung

301. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zum StGB grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>145</sup>

302. Wie in Rz 219 ausgeführt, ist nicht erstellt, dass eine Verfahrenspartei beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Eine anstiftende Rolle eines der beteiligten Unternehmen ist daher zum Vornherein ausgeschlossen.

303. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

### Führende Rolle

304. Zu den Kriterien im Zusammenhang mit der führenden Rolle kann auf die Ausführungen in Rz 167 f. verwiesen werden.

305. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] an PRADER zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 222 hiavor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>146</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutzherrin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von PRADER. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

306. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

307. Es sind keine weiteren erschwerenden Umstände ersichtlich.<sup>147</sup>

### d) Mildernde Umstände

308. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

309. Die Tatsache, dass [...] auf die Einreichung einer Offerte durch PRADER, bestanden hat, selbst wenn diese nicht konkurrenzfähig sein sollte, ist nicht als mildernder Umstand zu berücksichtigen. [...] hat PRADER nicht dazu ermutigt, eine Offerte einzureichen, die durch die Koordination mit einer Konkurrentin zustande gekommen ist. Die Einreichung einer nicht konkurrenzfähigen Offerte an sich wäre unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Unzulässig ist jedoch, diese mit einer Mitbewerberin abzustimmen.<sup>148</sup> Zudem wäre es der PRADER offen gestanden, [...] mitzuteilen, dass sie nicht offerieren könne oder wolle.

### C.2.8.2.2.2 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

310. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

### Foffa Conrad-Gruppe

311. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>149</sup> am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 2] betreffen.

312. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 2] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte auch entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante Korrespondenz per E-Mail, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden, jedenfalls bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat (vgl. zur Relativierung der Selbstanzeige Rz 315 ff.). Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präzierte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2], aufgrund einer Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

<sup>145</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 76.

<sup>146</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>147</sup> Betreffend den Verzicht auf einen Zuschlag für den wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz als erschwerender Umstand kann auf die Ausführungen in Rz 171 ff. verwiesen werden.

<sup>148</sup> RPW 2013/4, 562 Rz 187, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>149</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

313. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

314. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth die PRADER zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat.<sup>150</sup> Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 300 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verstoss nicht gegeben.

315. Damit wären bei der Foffa Conrad-Gruppe die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Wie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] bestreitet die Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats jedoch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 226) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede. Ebenso bestreitet, sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach sie von PRADER beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] [...] (vgl. Rz 195 f. hiervor).

316. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c KG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben (zum Ganzen Rz 182 ff. hiervor).

317. Unter dem Gesichtspunkt der Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe ist zu beachten, dass die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

### C.2.8.2.2.3 Ergebnis

318. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 231):

- Bezzola Denoth und Foffa Conrad: CHF [...]
- METTLER PRADER und ZINDEL: CHF [...].

## D [Bauprojekt 3], [...] ([...])

### D.1 Sachverhalt

#### D.1.1 Beweisthema

319. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Crestageo und Foffa Conrad übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 3] in [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 3]) aus dem Jahr [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Crestageo und Foffa Conrad mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 340);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 344 ff.);
- ob sich Crestageo und Foffa Conrad tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 352 f.).

#### D.1.2 Beweismittel

320. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

##### D.1.2.1 Urkunden

Fax vom [...] von [Zindel AG METTLER AG CHUR] an Foffa Conrad (Deckblatt)

321. Am [...] um 9:18 Uhr sendete [Mitarbeiter C], Crestageo, ein Faxschreiben an [Mitarbeiter F], Foffa Conrad. Allerdings liegt den Wettbewerbsbehörden hiervon lediglich das Deckblatt vor. Gemäss Deckblatt enthielt das Faxschreiben insgesamt 17 Seiten. Der Text des Deckblattes des Faxes mit dem Betreff [Bauprojekt 3] lautet folgendermassen:<sup>151</sup>

*„Sehr geehrter Herr [F]*

*Gemäss Absprache mit [Mitarbeiter B] erhalten Sie anbei unsere Offerte für das eingangs erwähnte Objekt. Bitte passen Sie die Preise noch an.*

*Besten Dank.*

*Freundliche Grüsse*

**CRESTAGEO AG**

*i.A. [Mitarbeiter C]“*

<sup>150</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>151</sup> Act. IX.C.035, Beilage 4, pag. 11 (25-0039).

### Schreiben [...] vom [...]

322. Gemäss dem von Crestageo eingereichten Schreiben [...] vom [...] mit dem Vermerk „Arbeitsvergaben [Bauprojekt 3] und [...]“ sei das vorliegende Projekt durch [...] nicht bewilligt und daher schliesslich verworfen worden.<sup>152</sup>

### **D.1.2.2 Auskünfte von Parteien**

#### Eingabe der Foffa Conrad vom 30. November 2012 und vom 1. Februar 2013

323. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Foffa Conrad das vorliegende Projekt an, indem sie in ihrer Offertenliste dieses Projekt mit einem Kreuz versah.<sup>153</sup>

324. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Foffa Conrad das Fax vom [...] der Crestageo ein (vgl. Rz 321).<sup>154</sup> Sie gab als Bemerkung betreffend dieses Bauprojekt an: „(Spezialarbeit). (Fax, Beilage 4)“.<sup>155</sup>

#### Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015

325. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter F] in Bezug auf dieses Projekt aus, dass mit der Bezeichnung „abgesprochen“ gemeint sei, dass die Absprache darin bestand, dass Foffa Conrad höher eingeben würde als die Crestageo.<sup>156</sup>

326. Seiner Aussage nach hätte die Foffa Conrad diese Arbeit aufgrund der Anforderungen gar nicht alleine ausführen können. [...] Auf die Frage hin, weshalb Foffa Conrad dem Bauherrn nicht mitgeteilt habe, dass sie bei einer solchen Spezialarbeit nicht in der Lage sei, die Arbeit selber auszuführen, gab [Mitarbeiter F] strategische Gründe an. [Geschäftsgeheimnis].<sup>158</sup>

327. Auf die Frage nach dem Interesse der Crestageo an einer höheren Offerte von Foffa Conrad sagte [Mitarbeiter F] aus, [...].<sup>159</sup>

328. Auf die Frage der Ergreifung der Initiative bei dieser Absprache antwortete [Mitarbeiter F], dass er dies nicht mehr genau sagen könne. Mit der Crestageo habe Foffa Conrad verschiedentlich zusammengearbeitet, auch im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften. Dies aus dem Grund, dass die Crestageo über Kompetenzen verfüge, welche die Foffa Conrad nicht besitze.<sup>160</sup>

#### Aussage der Crestageo vom 25. Februar 2016

329. Die Crestageo, aussagend durch [Mitarbeiter B], sagte aus, dass es bei diesem Projekt nicht um eine [...], sondern um eine [...] gegangen sei. Diese [...] sei eine spezielle Arbeit, auf welche Crestageo u.a. auch spezialisiert sei. Es habe sich um ein Einladungsverfahren gehandelt, bei welchem zwei Spezialisten (Crestageo und [keine Verfahrenspartei]) und der einheimische Unternehmer (Foffa Conrad) eingeladen worden seien. Allenfalls seien weitere Unternehmer eingeladen worden. Er nehme an, dass die Foffa Conrad habe eingeben wollen, jedoch nicht am Auftrag interessiert gewesen sei.

330. Auf Vorhalt des Fax-Deckblattes vom [...] mit der Aufforderung „Bitte passen Sie die Preise noch an“ sagte [Mitarbeiter B] aus, dass er davon ausgehe, dass

[Mitarbeiter F] einen höheren Preis habe eingeben wollen, damit er den Auftrag nicht bekommen würde. Also habe [Mitarbeiter F] „anpassen müssen“, um den Auftrag nicht zu erhalten.

331. Die Frage, ob Crestageo von Foffa Conrad geschützt worden sei, verneinte [Mitarbeiter B]. Es sei darum gegangen, dass Foffa Conrad den Auftrag nicht erhalten würde.

332. Tatsache sei, dass Crestageo den Auftrag erhalten habe, das Projekt jedoch bis heute nicht ausgeführt worden sei.<sup>161</sup>

#### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

333. Die Crestageo führte in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 aus, dass es sich um eine [...] gehandelt habe. [...] habe entschieden, das Gesamtprojekt, in welchem [...] lediglich einen Teil bildete, bis auf weiteres nicht zu realisieren.

334. Da Foffa Conrad aber häufig für [...] tätig gewesen sei, habe sich Foffa Conrad verpflichtet gefühlt, der aus-schreibenden [...] zumindest „pro forma“ eine Offerte einzureichen. Allein deshalb habe Foffa Conrad die Crestageo gebeten, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte zukommen zu lassen, damit sie [...] eine solche „Pro-Forma-Offerte“ habe einreichen können.

335. Foffa Conrad sei damals nicht in der Lage gewesen, solche [...] zu erstellen, da ihr die dafür notwendige technische Kompetenz wie auch die Erfahrung gefehlt habe. Da Foffa Conrad das Objekt gar nicht hätte ausführen können, sei Foffa Conrad für dieses Projekt auch kein Konkurrent von Crestageo gewesen. In Bezug auf dieses Objekt habe es an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen Foffa Conrad und Crestageo gefehlt. Der Informationsaustausch habe deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können. Zudem sei das Projekt gar nicht realisiert worden. Damit könne per Definition der Wettbewerb nie in relevanter Art und Weise beschränkt worden sein.<sup>162</sup>

### **D.1.3 Beweiswürdigung**

#### **D.1.3.1 Konsens**

336. Das Fax vom [...] sowie die ihr angehängten Dokumente (gemäss Deckblatt die Offerte von Crestageo) stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise stehen. Der darin enthaltene Satz „Bitte passen Sie die Preise noch an“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Foffa Conrad gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Crestageo bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

<sup>152</sup> Act. 16, pag. 9 (22-0460).

<sup>153</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

<sup>154</sup> Act. IX.C.035, pag. 11 (25-0039).

<sup>155</sup> Act. IX.C.035, pag. 4 (25-0039).

<sup>156</sup> Act. IX.C.061, Zeile 156 (25-0039).

<sup>157</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 158 ff. (25-0039).

<sup>158</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 174 ff. (25-0039).

<sup>159</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 178 ff. (25-0039).

<sup>160</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 158 ff. (25-0039).

<sup>161</sup> Act. 16 (22-0460).

<sup>162</sup> Act. 29 (22-0460).

337. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Crestageo ihre eigene Offerte Foffa Conrad zustellen sollte, damit Foffa Conrad die Preise nach unten anpasst und Crestageo unterbietet. Es würde sich damit, entgegen den Ausführungen von Crestageo vom 12. Mai 2016, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Unter „Pro-Forma-Offerte“ verstand Crestageo wohl eine nicht ernst gemeinte Offerte, welche in aller Regel einen höheren Preis aufweist. Mit der Zusendung ihrer eigenen Offerte war für die Beteiligten klar, dass Foffa Conrad die Summe nach oben anpassen sollte und somit höher eingeben sollte als Crestageo, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass auf dem Deckblatt des Faxes nicht erwähnt ist, dass Foffa Conrad höher eingeben sollte als Crestageo.

338. Zudem wurde von Foffa Conrad eingestanden, dass [...], wonach Foffa Conrad höher eingeben sollte als Crestageo (Rz 325).

339. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Foffa Conrad und Crestageo den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 3] zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad höher eingeben als Crestageo. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### **D.1.3.2 Verfolgter Zweck**

340. Als Zweck für den Versand des Faxes an Foffa Conrad wird von Foffa Conrad in ihrer Eingabe vom 30. November 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass sie [...] (Rz 325). [...] (Rz 327).

341. Es wird von Crestageo bestritten, dass der Zweck des Faxes darin bestand, dass Crestageo von Foffa Conrad geschützt wurde und somit den Auftrag erhalten sollte. Vielmehr sagte Crestageo aus, dass es darum gegangen sei, dass Foffa Conrad nicht zum Auftrag kommen sollte (Rz 330 f.)

342. Die Aussage von Crestageo, wonach es darum gegangen sei, dass Foffa Conrad den Auftrag nicht erhalten sollte, ist gleichbedeutend mit einer Begünstigung im Wettbewerb von Crestageo. Insbesondere bei einem Einladungsverfahren mit, wie vorliegend, lediglich drei Submittentinnen übt ein derartiger Konsens einen bedeutenden Einfluss auf die Zuschlagserteilung, vorliegend zugunsten von Crestageo, aus. Zudem war Foffa Conrad im Vergabeverfahren als Konkurrentin von Crestageo zu betrachten. Zwar hätte sie das Projekt wegen dessen spezifischer Natur (wohl) nicht alleine ausführen können. Wie [Mitarbeiter F] aber darlegte, hätte sie hierfür ein Subunternehmen beiziehen können.

343. Weiter ist zu beachten, dass einem Konsens über eine Angebotskoordination immanent ist, dass die Beteiligten darauf zielen, sich nicht zu konkurrenzieren. Dies trifft auch vorliegend zu. Crestageo und Foffa Conrad wollten im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollte. Damit ist erstellt, dass Foffa Conrad und Crestageo mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 3] nicht zu konkurrenzieren.

#### **D.1.3.3 Rolle der Beteiligten**

344. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Crestageo als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Crestageo bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm.

##### Initiative für die Angebotskoordination

345. Aus dem Wortlaut des Deckblattes des Faxschreibens vom [...] von Crestageo an Foffa Conrad geht hervor, dass zwischen beiden Unternehmen ein vorgängiger Kontakt stattfand [„Gemäss Absprache mit Mitarbeiter B“].

346. Somit ist erstellt, dass vor Versand des Faxschreibens vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand.

347. Auf die Frage der Ergreifung der Initiative bei dieser Absprache antwortete [Mitarbeiter F] anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015, dass er dies nicht mehr genau sagen könne.

348. [Mitarbeiter B], Crestageo, äusserte sich nicht zur Initiativergreifung.

349. Zusammenfassend ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden.

##### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

350. Im Auftrag von [Mitarbeiter B] wandte sich „[Mitarbeiter C]“ mit Faxschreiben vom [...] an [Mitarbeiter F]. Gemäss Deckblatt wurde damit die Offerte von Crestageo in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] mitversendet. Crestageo erteilte Anweisungen, wie einzugeben sei und bedankte sich zum Schluss.

351. Damit ist erstellt, dass Crestageo die Faxnachricht inkl. Offerte verschickte, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. Foffa Conrad beschränkte sich bezüglich der Organisation darauf, ihr Angebot entsprechend der Offerte von Crestageo einzugeben.

#### **D.1.3.4 Umsetzung und Auswirkungen**

352. Gemäss den Auskünften der Parteien haben Crestageo und Foffa Conrad folgende Offertsummen beim Projekt [Bauprojekt 3] eingereicht:



|                     | Eingabesumme<br>(inkl. MWST) in CHF |
|---------------------|-------------------------------------|
| Crestageo, Chur     | [...] <sup>163</sup>                |
| Foffa Conrad, Zerne | [...] <sup>164</sup>                |

353. Daraus ergibt sich, dass sich Foffa Conrad im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt, indem sie eine höhere Offerte einreichte als Crestageo. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Crestageo erhielt schliesslich, gemäss ihrer eigenen Aussage, den Zuschlag.

#### D.1.4 Beweisergebnis

354. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Crestageo und Foffa Conrad den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 3] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad eine höhere Offerte eingeben als Crestageo. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass Foffa Conrad in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Crestageo eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Crestageo erteilt. Allerdings wurde das Projekt gar nicht ausgeführt.

### D.2 Erwägungen

#### D.2.1 Geltungsbereich

##### D.2.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

355. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

##### D.2.1.2 Verfügungsadressatinnen

356. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.

357. Verfügungsadressatinnen sind vorliegend die Crestageo sowie die ZINDEL GRUPPE AG als Muttergesellschaft der Crestageo (vgl. Rz 4) und Foffa Conrad.

358. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Crestageo AG, Chur

- Foffa Conrad AG, Zerne
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur

#### D.2.2 Sachlicher Geltungsbereich

359. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

360. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 363). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### D.2.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

361. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

#### D.2.4 Vorbehaltene Vorschriften

362. Im hier zu beurteilenden Markt 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.

#### D.2.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

363. 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).

364. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 365 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 378 ff.).

##### D.2.5.1 Wettbewerbsabrede

365. 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

<sup>163</sup> Act. 16, Zeile 143 (22-0460).

<sup>164</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

(Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

366. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### **D.2.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

367. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

368. Beweismässig ist erstellt, dass Crestageo und Foffa Conrad den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] zu einem höheren Preis offerieren als Crestageo (Rz 339).

369. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

#### **D.2.5.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

370. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

371. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>165</sup> Dass Foffa Conrad und Crestageo mit ihrem Verhalten allenfalls nicht primär den Wettbewerb beeinflussen wollten, ist nicht von Belang. Wie erwiesen (Rz 340 ff.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren.

372. Crestageo machte geltend, dass Foffa Conrad nicht in der Lage gewesen sei, diese speziellen Arbeiten alleine bzw. zu marktgerechten Preisen durchzuführen. Somit sei Foffa Conrad damals<sup>166</sup> in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber der Crestageo gewesen. Der

Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben. Umso mehr, als das Projekt gar nicht ausgeführt worden sei.

373. Wie bereits erwähnt (Rz 247), stellt ein Unternehmen, welches eine Offerte im Rahmen einer Ausschreibung einreicht, im Allgemeinen einen Konkurrenten dar. Selbst vom Bauherrn angefragte Unternehmen, welche keine Offerte einreichen, stellen ebenfalls, wenn auch potenzielle, Konkurrenten dar und dies unabhängig vom Umstand, ob der Submittent über die notwendige Kompetenz oder Erfahrung in den nachgefragten Bauleistungen verfügt. Der Bauherr geht davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen.<sup>167</sup> Dies hat Foffa Conrad im vorliegenden Fall ausdrücklich bestätigt. [Geschäftsgeheimnis]. Nach ihren Angaben habe sie in der Vergangenheit bereits im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften mit Crestageo bei derartigen Arbeiten zusammengearbeitet (vgl. Rz 326).

374. Der Umstand, dass das Projekt aufgrund der Ablehnung an [...] schliesslich nicht ausgeführt wurde, spielt für das Bestehen einer Wettbewerbsabrede keine Rolle, wird aber bei der Sanktionierung berücksichtigt (Rz 416 f.). Die Behauptung der Zindel-Gesellschaften, es sei bei diesem Projekt gar nie zu einem Wettbewerb gekommen, der hätte beschränkt werden können<sup>168</sup>, überzeugt nicht. Das betreffende Projekt wurde ausgeschrieben und an Crestageo vergeben. Durch die Angebotskoordination verfälschten die Abredeteilnehmer den Ausschreibungsprozess. Vorliegend wurden die Wettbewerbskräfte dabei gar derart ausgehebelt, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt worden ist (vgl. Rz 379 ff. hiernach). Dass es letztlich nicht zur Ausführung des Projekts kam, ändert an diesem Befund nichts. Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb an sich und nicht ein bestimmtes Ergebnis des Wettbewerbs, etwa dass ein Bauprojekt zu bestimmten Konditionen oder überhaupt realisiert wird.

375. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet, den Wettbewerb einzuschränken, womit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

#### **D.2.5.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

376. Crestageo und Foffa Conrad waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des Bauobjekts [Bauprojekt 3]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

<sup>165</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>166</sup> Gemäss der Aussage von Crestageo sei Foffa Conrad heute, nach dem Zusammenschluss mit Nicol. Hartmann & Cie. AG, in der Lage, derartige Arbeiten durchzuführen.

<sup>167</sup> Wie das Unternehmen das Projekt auszuführen gedenkt, ist nicht erheblich. Ein Unternehmen ohne entsprechende Kompetenzen oder den erforderlichen Kapazitäten in den nachgefragten Bauleistungen bedarf zur Ausführung des Auftrages z.B. eines Subunternehmers, einer ARGE, der Anstellung zusätzlichen Personals usw.

<sup>168</sup> Vgl. Act. 64, Rz 30 f. (22-0460).

### D.2.5.2 Zwischenergebnis

377. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

### D.2.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

378. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

#### D.2.5.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

379. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Crestageo und Foffa Conrad bildete die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

380. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

#### D.2.5.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

381. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

382. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.

383. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst

die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

#### D.2.5.3.2.1 Relevanter Markt

384. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.

##### (i) Marktgegenseite

385. Beim vorliegenden Fall bildete [...], welche das Projekt [Bauprojekt 3] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

##### (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

386. Es wird auf die Ausführungen in Rz 113 ff. verwiesen, welche hier analog gelten. Somit bildet die Ausschreibung [Bauprojekt 3] den sachlich relevanten Markt.

387. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende [...]. Solche Projekte umfassen besondere Arbeiten, welche lediglich durch auf Naturschutzgefahren spezialisierte Firmen ausgeführt werden können.

388. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Aufgrund der besonderen Natur der zur Ausführung des vorliegenden Projektes benötigten Spezialarbeiten, zieht die Marktgegenseite für deren Ausführung, anders als bei gewöhnlichen Bauleistungen, auch weiter entfernte Anbieter, z.T. auch ausserhalb der Kantons Grenzen, in Betracht. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus den Kantonen Graubünden und Appenzell Ausserrhoden offeriert. Aus diesem Grund bildet vorliegend mindestens der Kanton Graubünden den räumlich relevanten Markt.

#### D.2.5.3.2.2 Aussenwettbewerb

389. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

390. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine öffentliche Stelle im Einladungsverfahren vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

391. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Crestageo den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>169</sup>

#### D.2.5.3.2.3 Innenwettbewerb

392. Foffa Conrad hielt sich an die Abrede, indem sie beim Projekt [Bauprojekt 3] eine höhere Offerte einreichte als Crestageo (Rz 353). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### D.2.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

393. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

394. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>170</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>171</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>172</sup>

395. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 379) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

396. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 384 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

#### D.2.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

397. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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 Produkti-

onsverfahren 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.

398. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

#### D.2.5.6 Ergebnis

399. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig. Das Projekt wurde schliesslich nicht ausgeführt.

400. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

#### D.2.6 Massnahmen

##### D.2.6.1 Anordnung von Massnahmen

401. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>173</sup>

<sup>169</sup> Vgl. RPW 2013/4, 599 Rz 868; *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. In diesem Verfahren ging die WEKO trotz Abbruch der Ausschreibung von einer wettbewerbsbeseitigenden Abrede aus.

<sup>170</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

<sup>171</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

<sup>172</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

<sup>173</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

402. Die Unternehmen Crestageo, Foffa Conrad und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

403. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

404. Die Voraussetzungen für die Anordnung dieser Massnahmen sind gegeben (vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz 136).

405. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>174</sup>

## D.2.6.2 Sanktionierung

406. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

### D.2.6.2.1 Voraussetzungen

407. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

408. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung

zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

### D.2.6.2.2 Bemessung

409. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

410. 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>175</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>176</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>177</sup>

### D.2.6.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

#### a) Basisbetrag

411. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

412. Keines der an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz, da das Projekt gar nicht ausgeführt worden ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine

<sup>174</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>175</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>176</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>177</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessen. Die Sanktion würde bei Abredebeteiligten, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Analoges gilt auch in casu, wenn auch aus einem anderen Grund. Es ist erstellt, dass eine Wettbewerbsabrede vorlag, die schliesslich zur vorgesehenen Zuschlagserteilung führte. Da das Projekt nicht ausgeführt wurde, hat jedoch keines der beteiligten Unternehmen einen Umsatz erzielt.

413. Eine derartige Nicht-Sanktionierung entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Dabei ist auch zu beachten, dass der Bundesrat befugt ist, Ausführungsbestimmungen (Art. 60 KG) zu den in Art. 49a KG festgelegten Sanktionskriterien zu erlassen. Zudem kann er auf Antrag der Beteiligten im Einzelfall Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zulassen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Zur Regelung weiterer, im Gesetz nicht vorgesehener Sanktionsbefreiungstatbestände wurde der Bundesrat vom Gesetzgeber indes nicht ermächtigt. Wäre Art. 3 SVKG so auszulegen, dass Unternehmen, die im durch das wettbewerbswidrige Verhalten betroffenen Markt keinen Umsatz erzielten, keine Sanktion aufzuerlegen wäre, würde dies den gesetzlichen Rahmen des Kartellgesetzes sprengen (zum Ganzen Rz 145 ff. hiervor).

414. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, weder von dem schützenden, noch vom schutznehmenden Unternehmen beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] ein Umsatz erzielt. Daher ist ersatzweise der Umsatz heranzuziehen, den die geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt abredegemäss hätte erzielen sollen. 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 Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.<sup>178</sup> Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme von Crestageo, als schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST (vgl. Rz 352). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

415. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb aus-

schalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

416. Crestageo als, da sie keinen Umsatz erzielte, erfolglose Schutznehmerin sowie Foffa Conrad als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen.

417. Allerdings wurde das betreffende Bauprojekt aufgrund äusserer Umstände, nämlich durch die Ablehnung durch [...], letztlich nicht ausgeführt.<sup>179</sup> Diesem Umstand ist unter dem Gesichtspunkt der Art und Schwere des Verstosses Rechnung zu tragen.

418. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss ist demnach als mittelschwer zu werten.

419. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Crestageo als erfolglose Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

420. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Foffa Conrad als schützendes Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

## **b) Dauer des Verstosses**

421. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

## **c) Erschwerende Umstände**

422. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Ordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

<sup>178</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>179</sup> Vgl. RPW 2013/4, 590 Rz 754, sowie 599 Rz 867 ff.; *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. In diesem Verfahren wurden die Ausschreibungen, anders als im vorliegenden Fall, u.a. aufgrund abredebedingt überhöhter Preise abgebrochen.

### Anstiftung

423. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>180</sup>

424. Wie in Rz 349 ausgeführt, ist nicht erstellt, dass eine Verfahrenspartei beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offengelassen werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Basisbetrag daher bei keiner Verfahrenspartei zu erhöhen. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

### Führende Rolle

425. Zu den Kriterien im Zusammenhang mit der führenden Rolle kann auf die Ausführungen in Rz 167 f. verwiesen werden.

426. Vorliegend steht fest, dass Crestageo die Faxnachricht inkl. Offerte vom [...] Foffa Conrad zusandte. Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>181</sup> In casu war der für Crestageo damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Crestageo bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Crestageo an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Foffa Conrad. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Crestageo zu bejahen.

427. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Crestageo sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

428. Es sind keine weiteren erschwerenden Umstände ersichtlich.<sup>182</sup>

### d) Mildernde Umstände

429. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### D.2.6.2.2.2 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

430. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

### Foffa Conrad-Gruppe

431. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>183</sup> am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 3] betreffen.

432. Foffa Conrad zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 3] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte auch entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante Korrespondenz per Fax, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden. Foffa Conrad legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präziserte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3], aufgrund einer Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

433. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

434. Es liegen im vorliegenden Fall weder Hinweise dafür vor, dass Foffa Conrad die Crestageo zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte,<sup>184</sup> noch, dass sie eine anstiftende oder führende Rolle in

<sup>180</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 76.

<sup>181</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>182</sup> Betreffend den Verzicht auf einen Zuschlag für den wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz als erschwerender Umstand kann auf die Ausführungen in Rz 171 ff. verwiesen werden.

<sup>183</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

<sup>184</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] ausübte. Anders als bei den Bauprojekten [Bauprojekt 1] und [Bauprojekt 2] ist den Ausführungen der Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Projekt [Bauprojekt 3] keine (eindeutige) Relativierung der Selbstanzeige zu entnehmen. Daher kann Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] die Sanktion vollständig erlassen werden.

#### D.2.6.2.2.3 Ergebnis

435. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 358):

- Crestageo und ZINDEL: CHF [...]
- Foffa Conrad: CHF 0

### E Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008)

#### E.1 Sachverhalt

##### E.1.1 Beweisthema

436. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch, aus dem Jahr 2008 (nachfolgend: Punt Pedra) zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses), oder – falls dies zu verneinen ist – sie ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten.

#### E.1.2 Beweismittel

##### E.1.2.1 Urkunden

437. Im Rahmen der zu beurteilenden Sachverhaltsfrage ist folgende E-Mail von [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter F], Foffa Conrad, vom [...] betreffend „Prader, Herr [D]“<sup>185</sup> zu würdigen:

E-Mail von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [Mitarbeiter F]@foffa-conrad.ch vom 8. Februar 2008

„Hallo [Vorname Mitarbeiter F].

Habe mit Herrn [D] Kontakt gehabt. Offeriert die Punt Pedra ebenfalls. Hat aber kaum Interesse, ist ihm zu klein. Wir müssten eventuell kurz vor Eingabe nochmals mit ihm in Kontakt treten.

Herr [D] wäre allerdings an den Fräs- und Bohrarbeiten [...] interessiert. Habe ihm auch die Offertunterlagen Belag [Bauprojekt 2] zukommen lassen.

Würde wohl Sinn machen ihn auf diese Art ein wenig einzubinden.

Gruss [Vorname Mitarbeiter E]“

##### E.1.2.2 Auskünfte von Parteien

Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015

438. [Mitarbeiter F], Foffa Conrad, gab am 27. Oktober 2015 zu Protokoll, dass der in der E-Mail vom 8. Februar 2008 von [Mitarbeiter E] erwähnte Kontakt mit PRADER im Hinblick auf eine Subunternehmerofferte von PRADER erfolgt sei. Es sei darum gegangen, von PRADER

gewisse Subunternehmerleistungen erbringen zu lassen, damit diese „zufrieden“ sei.<sup>186</sup>

Aussage der PRADER vom 25. Februar 2016

439. [Mitarbeiter D], PRADER, sagte am 25. Februar 2016 auf Vorhalt der E-Mail von [Mitarbeiter E] vom 8. Februar 2008<sup>187</sup> aus, dass es wohl einen telefonischen Kontakt mit Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra gegeben habe. PRADER sei zu diesem Zeitpunkt in der Entscheidungsphase gewesen, ob sie eingeben wolle oder nicht. Sie habe schliesslich darauf verzichtet, beim besagten Projekt eine Offerte einzureichen. Ob Bezzola Denoth – wie in der E-Mail erwähnt – nochmals mit ihm in Kontakt getreten sei, wisse er nicht. Er gehe nicht davon aus, dass Bezzola Denoth bzw. Foffa Conrad PRADER ihre Offerte geschickt habe. Ob der Kontakt zwischen Bezzola Denoth und PRADER im Hinblick auf eine „Schutzgewährung“ erfolgt sei, wisse er nicht.<sup>188</sup>

#### E.1.3 Beweiswürdigung

440. Die Parteien räumten ein, dass es zwischen Bezzola Denoth und PRADER im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra einen Kontakt gegeben habe. Neben den übereinstimmenden Parteiaussagen ist dies auch aufgrund der E-Mail von [Mitarbeiter E] an [Mitarbeiter F] vom 8. Februar 2008<sup>189</sup> erstellt. Allerdings brachte [Mitarbeiter F] vor, dass dieser Kontakt im Hinblick auf eine Subunternehmerofferte von PRADER erfolgt sei. Ob dies zutrifft, ist fraglich. Dem Text der E-Mail vom 8. Februar 2008 sind jedenfalls keine Hinweise auf ein allfälliges Subunternehmerverhältnis zu entnehmen. Auch [Mitarbeiter D] wies anlässlich seiner Befragung an keiner Stelle auf ein Subunternehmerverhältnis hin. Mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen braucht diese Frage jedoch nicht abschliessend erörtert zu werden.

441. Unbestritten ist, dass PRADER beim betreffenden Bauprojekt keine Offerte einreichte. Zwar ist es möglich, dass dieser Eingabeverzicht auf den Kontakt zwischen Bezzola Denoth und PRADER zurückzuführen ist. Die erhobenen Beweismittel schaffen jedoch keine hinreichende Grundlage, um dies als erwiesen zu erachten. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass PRADER im Rahmen ihrer internen Projektanalyse und -beurteilung selbständig und unabhängig von Bezzola Denoth zum Schluss gelangte, auf eine Teilnahme am Wettbewerb betreffend das Bauprojekt Punt Pedra zu verzichten. Insofern bestehen erhebliche und unüberwindbare Zweifel daran, dass es zwischen Bezzola Denoth und PRADER einen Konsens gab, ihre Angebote zu koordinieren, ebenso daran, dass sie ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten. Im Einklang mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* kann den Parteien damit weder ein Konsens zur Angebotskoordination noch eine Verhaltensabstimmung in anderer Form nachgewiesen werden.

<sup>185</sup> Act. III.D.072.

<sup>186</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 657 ff. (25-0039).

<sup>187</sup> Act. III.D.072.

<sup>188</sup> Act. 18, Zeilen 76 ff. (22-0460).

<sup>189</sup> Act. III.D.072.



### E.1.4 Beweisergebnis

442. Dass zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorliegen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Punt Pedra zu koordinieren, ist nicht erstellt. Ebenso wenig lässt die Beweislage den Schluss zu, dass die beiden Unternehmen ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten.

### E.2 Erwägungen

443. Zu prüfen ist, ob Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra aus dem Jahr 2008 eine Wettbewerbsabrede getroffen haben. 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).

444. 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.

445. Vorliegend ist nicht erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und PRADER ein Konsens vorlag, ihre Angebote zu koordinieren. Auch ist nicht erstellt, dass sie ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten (Rz 442). Damit fehlt es am bewussten und gewollten Zusammenwirken der beiden Unternehmen. Der Tatbestand der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist nicht erfüllt.

446. In Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra ist das vorliegende Verfahren daher ohne Folgen einzustellen.

## F Gesamtsanktion

### F.1 Sanktionsübersicht

447. Zur Berechnung der Gesamtsanktion werden die projektspezifischen Sanktionsbeträge bezüglich der Wettbewerbsverstöße bei den Projekten [Bauprojekt 1] (Rz 192), [Bauprojekt 2] (Rz 318) und [Bauprojekt 3] (Rz 435) addiert. Die nachfolgende Tabelle fasst die einzelnen Schritte der Sanktionsbemessung in Bezug auf die vier untersuchten Bauprojekte zusammen:

|  | Bezzola Denoth | Foffa Conrad | Foffa Conrad-Gruppe | Crestageo | PRADER | ZINDEL |
|--|----------------|--------------|---------------------|-----------|--------|--------|
| <b>[Bauprojekt 1]</b>                  |                |              |                     |           |        |        |
| Basisbetrag                            | [...]          |              |                     |           | [...]  |        |
| Dauer                                  |                |              |                     |           |        |        |
| erschwerende/<br>mildernde<br>Umstände |                |              |                     |           | 0      |        |
| Selbstanzeige                          | - 85 %         |              |                     |           |        |        |
| <b>Total [Bauprojekt 1]</b>            | [...]          | -            | [...]               | -         | [...]  | [...]  |
| <b>[Bauprojekt 2]</b>                  |                |              |                     |           |        |        |
| Basisbetrag                            | [...]          |              |                     |           | [...]  |        |
| Dauer                                  |                |              |                     |           |        |        |
| erschwerende/<br>mildernde<br>Umstände |                |              |                     |           |        |        |
| Selbstanzeige                          | - 85 %         |              |                     |           |        |        |
| <b>Total [Bauprojekt 2]</b>            | [...]          | -            | [...]               | -         | [...]  | [...]  |
| <b>[Bauprojekt 3]</b>                  |                |              |                     |           |        |        |
| Basisbetrag                            |                | [...]        |                     | [...]     |        |        |

|  | Bezzola De-noth          | Foffa Conrad | Foffa Conrad-Gruppe      | Crestageo         | PRADER                   | ZINDEL                   |
|--|--------------------------|--------------|--------------------------|-------------------|--------------------------|--------------------------|
| Dauer                                  |                          | -            |                          | -                 |                          |                          |
| erschwerende/<br>mildernde<br>Umstände |                          | 0            |                          | 0                 |                          |                          |
| Selbstanzeige                          |                          | - 100 %      |                          | -                 |                          |                          |
| <b>Total [Bauprojekt 3]</b>            |                          | <b>0</b>     | <b>0</b>                 | <b>[...]</b>      |                          | <b>[...]</b>             |
| <b>Punt Pedra</b>                      |                          |              |                          |                   |                          |                          |
| <b>Ergebnis Punt Pedra</b>             | eingestellt              |              |                          |                   | eingestellt              |                          |
| <b>Total in CHF</b>                    | <b>[100'000-200'000]</b> | <b>0</b>     | <b>[100'000-200'000]</b> | <b>[1-20'000]</b> | <b>[300'000-500'000]</b> | <b>[300'000-500'000]</b> |

448. Somit beträgt die Gesamtsanktion für Bezzola De-noth und Foffa Conrad solidarisch CHF [100'000-200'000]. Für Crestageo und ZINDEL beträgt die Gesamtsanktion solidarisch CHF [1-20'000]. Für METTLER PRADER und ZINDEL beträgt die Gesamtsanktion solidarisch CHF [300'000-500'000].

## F.2 Maximalsanktion

449. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.<sup>190</sup>

## F.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

450. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>191</sup> Dies ist vorliegend betreffend die Foffa Conrad-Gruppe und die Zindel-Gesellschaften zu bejahen. Anzeichen, dass die Foffa Conrad-Gruppe und die Zindel-Gesellschaften durch die oben genannten Sanktionsbeträge in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen keine. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von beiden Unternehmensgruppen auch nicht geltend gemacht.

## G Kosten

451. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>192</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

452. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unter-

ziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

453. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung horizontaler Wettbewerbsabreden Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen, stehen dabei im Vordergrund.<sup>193</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>194</sup>). Da die Aufteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine an einem Kartell beteiligte Gesellschaft in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in der vorliegenden Untersuchung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien – unter Vorbehalt der vorangehenden Ausführungen bezüglich Konzernstrukturen – zu gleichen Teilen auferlegt.

<sup>190</sup> Dies unabhängig davon, ob sich die Maximalsanktion auf die gesamte Untersuchung oder auf die einzelnen Bauprojekte bezieht.

<sup>191</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>192</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>193</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>194</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

454. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200 bis CHF 290.

455. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 40'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 99 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 19'800.
- 17 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 4'930.

456. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 64'730. Davon ist aufgrund des Ermittlungsaufwands für das Projekt Punt Pedra ein Viertel der Kosten zulasten der Staatskasse auszuscheiden, ausmachend CHF 16'184. Wie aufgezeigt worden ist (vgl. Rz 442), hat sich der Vorwurf betreffend dieses Projekt nicht erhärtet.

457. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 48'547.50 sind der Foffa Conrad-Gruppe sowie den Zindel-Gesellschaften zu gleichen Teilen aufzuerlegen. Je Unternehmen betragen sie CHF 24'273. Innerhalb der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gesellschaften sind die Verfahrenskosten von den einzelnen Gesellschaften nach Massgabe ihrer Beteiligung an den Wettbewerbsverstössen zu tragen, wobei die jeweiligen Muttergesellschaften (Foffa Conrad und ZINDEL) mit dem gesamten auf ihr Unternehmen fallenden Anteil an den Verfahrenskosten zu belasten sind. Dabei ist zu beachten, dass sich Bezzola Denoth und METTLER PRADER an zwei Wettbewerbsverstössen beteiligten, Crestageo an einem Wettbewerbsverstoss. Vor diesem Hintergrund hat Foffa Conrad einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 24'273 zu tragen, davon CHF 16'182 solidarisch mit Bezzola Denoth. Crestageo und ZINDEL tragen solidarisch einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 8'091. METTLER PRADER und ZINDEL sind Verfahrenskosten von CHF 16'182 solidarisch aufzuerlegen.

## H Gesamtergebnis

458. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

459. Die zwischen Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseiti-

gung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG (vgl. Rz 131). Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre.

460. Die zwischen Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG (vgl. Rz 276). Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre.

461. Die zwischen Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG. Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre. Allerdings wurde das Projekt nicht ausgeführt (vgl. Rz 399).

462. Die Hinweise für einen möglichen Wettbewerbsverstoss von Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt Punt Pedra haben sich nicht erhärtet. Das Verfahren in Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra wird daher eingestellt (Rz 446). Ein Anteil der Verfahrenskosten in Höhe von CHF 16'184 wird dementsprechend zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden.

463. Bezzola Denoth, Crestageo, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG darstellen (siehe dazu Rz 133 ff., 278 ff., 401 ff.).

464. Die Zindel-Gesellschaften sowie die Foffa Conrad-Gruppe waren an diesen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen: Bezzola Denoth und Foffa Conrad solidarisch CHF [100'000-200'000], Crestageo und ZINDEL solidarisch CHF [1-20'000], METT-

LER PRADER und ZINDEL solidarisch CHF [300'000-500'000].

465. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 464 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten (abzüglich der Verfahrenskosten in Bezug auf das Projekt Punt Pedra, vgl. Rz 462) zu tragen (vgl. Rz 457).

## I Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG, der Crestageo AG, der METTLER PRADER AG und der ZINDEL GRUPPE AG wird untersagt
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
  - 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
    - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
    - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen belastet werden:
  - 2.1. die Bezzola Denoth AG, Scuol, sowie die Foffa Conrad AG, Zernez, solidarisch mit einem Betrag von CHF [100'000-200'000].

- 2.2. die Crestageo AG, Chur, sowie die ZINDEL GRUPPE AG, Chur, solidarisch mit einem Betrag von CHF [1-20'000].
- 2.3. die METTLER PRADER AG, Chur, sowie die ZINDEL GRUPPE AG, Chur, solidarisch mit einem Betrag von CHF [300'000-500'000]
3. In Bezug auf den Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008), wird das vorliegende Verfahren ohne Folgen eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF 64'730 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 4.1. Die Foffa Conrad AG trägt CHF 24'273, davon CHF 16'182 solidarisch mit der Bezzola Denoth AG.
  - 4.2. Die Crestageo AG und die ZINDEL GRUPPE AG tragen solidarisch CHF 8'091.
  - 4.3. Die METTLER PRADER AG und die ZINDEL GRUPPE AG tragen solidarisch CHF 16'182.
  - 4.4. Die übrigen Verfahrenskosten von CHF 16'184 gehen zulasten der Staatskasse.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Bezzola Denoth AG, in Scuol,
  - Foffa Conrad AG, in Zernez, beide vertreten durch [...];
  - Crestageo AG, in Chur,
  - METTLER PRADER AG, in Chur,
  - ZINDEL GRUPPE AG, in Chur, alle drei vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

**Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von einer Partei beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Januar 2019). Sie ist daher gegenüber der beschwerdeführenden Partei nicht rechtskräftig.**

*Verfügung vom 2. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend 22-0461: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV ([Bauprojekt 1]) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen*

1. **D. Martinelli AG**, in St. Moritz, vertreten durch [...];
2. **Foffa Conrad AG**, in Zernez, vertreten durch [...].

**A Verfahren****A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die D. Martinelli AG, St. Moritz, und die Foffa Conrad AG, Zernez, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1], im [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben.

**A.2 Untersuchungsadressatinnen****A.2.1 D. Martinelli AG, St. Moritz**

2. Die D. Martinelli AG (nachfolgend: Martinelli) mit Sitz in St. Moritz ist seit 2004 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Bauunternehmung, eines Gipsergeschäftes sowie den Handel und die Verwaltung von Immobilien. Martinelli beschäftigt ca. 80 Mitarbeitende.

**A.2.2 Foffa Conrad AG, Zernez**

3. Die Foffa Conrad AG (nachfolgend: Foffa Conrad) mit Sitz in Zernez wurde im Jahr 1950 gegründet. Foffa Conrad ist ebenfalls in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal und im Engadin tätig. Neben Zernez verfügt Foffa Conrad über Standorte in Val Müstair, Scuol und Samnaun. In der Hochsaison beschäftigt sie über 130 Mitarbeiter.<sup>2</sup>

**A.3 Verfahrensgeschichte**

4. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch gegen Foffa Conrad. Vom 30. Oktober bis 1. November

2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Foffa Conrad.

5. Am 12. November 2012 reichte Foffa Conrad eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> betreffend das Gebiet Oberengadin<sup>4</sup> ein. Am 12. November 2012<sup>5</sup> und am 12. Dezember 2012<sup>6</sup> ergänzte Foffa Conrad ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt. Am 1. Februar 2013 reichte Foffa Conrad eine Ergänzung der Selbstanzeige unter anderem betreffend [Bauprojekt 1]<sup>7</sup> sowie die E-Mail von Martinelli vom [...] betreffend dieses Projekt ein.<sup>8</sup>

6. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.

7. Am 27. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], [Funktion bei] Foffa Conrad, im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad befragt.<sup>9</sup>

8. Am 30. Oktober 2015 führte das Sekretariat mit [Mitarbeiter B], [Funktion bei] Martinelli,<sup>10</sup> eine Einvernahme durch.

9. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Martinelli<sup>11</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0461: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>12</sup>

10. Das Sekretariat stellte am 19. Februar 2016 der privaten Bauherrschaft, der [...], einen Fragenbogen zu, welcher am 26. Februar 2016<sup>13</sup> unbeantwortet beim

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

<sup>2</sup> <<http://foffa-conrad.ch>> (28.3.2017).

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Act. IX.C.020 (25-0039). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0461) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

<sup>5</sup> Act. IX.C.010, pag. 8 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.029, pag. 34 (25-0039).

<sup>7</sup> Act. IX.C.035, pag. 5 (25-0039).

<sup>8</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).

<sup>9</sup> Act. IX.C.061 (25-0039).

<sup>10</sup> Act. IV.027.

<sup>11</sup> Act. I.513.

<sup>12</sup> Act. I.505, I.512, I.530 und I.545.

<sup>13</sup> Act. 4 (22-0461).

Sekretariat einging. Die Bauherrschaft begründete die fehlende Beantwortung damit, dass sie mit der Ausschreibung eine Totalunternehmerin, die [TU], beauftragt habe und daher selber über keine Ausschreibungsunterlagen zu diesem Projekt verfüge. Am 20. Juli 2016 stellte das Sekretariat daher der für das Bauvorhaben zuständigen Totalunternehmerin, der [TU], einen Fragenbogen zu, welcher am 12. September 2016<sup>14</sup> beantwortet beim Sekretariat einging.

11. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>15</sup>

12. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>16</sup>

13. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>17</sup>

14. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>18</sup>

15. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>19</sup> Es beantragte im Wesentlichen, dass Martinelli wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten sei. Foffa Conrad sei mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

16. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren<sup>20</sup>. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>21</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Martinelli nahm am 31. Mai 2017<sup>22</sup> und Foffa Conrad am 20. April 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen.

17. Mit Eingabe vom 13. Juni 2017<sup>23</sup> nahm Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Martinelli bestreitet die Absicht, den Wettbewerb beeinflussen gewollt zu haben, und jegliche Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Der Austausch zwischen Martinelli und Foffa Conrad habe weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt. Der räumlich relevante Markt sei lokal auf das Oberengadin zu begrenzen. Es wird auch bestritten, dass die Parteien vorsätzlich oder eventualvorsätzlich eine Absprache eingegangen seien. Schliesslich sei ein allfälliger Verstoß von Martinelli verwirkt, da die Untersuchung gegen sie am 23. November 2015 erweitert wurde. Die Untersuchung sei gegen Martinelli einzustellen. Es seien keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und keine Kosten aufzuerlegen. [...].

Im Einzelnen wird – soweit geboten – auf die vorgebrachten Punkte an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Martinelli beantragte keine Anhörung durch die WEKO, wollte aber an der Anhörung der Foffa Conrad am 4. September 2017 teilnehmen.

18. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017 nahm Foffa Conrad ebenfalls zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO.<sup>24</sup> Sie wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter A], [Mitarbeiter C] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>25</sup>

19. In ihrer Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>26</sup> und an der Anhörung vom 4. September 2017 vertrat Foffa Conrad die Auffassung, dass ihre „Alibi-Offerte“ zu einer Beschränkung des Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet sei. Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts gehabt habe, habe durch ihre „Pro-Forma-Offerte“ (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden können. Unter diesen Umständen sei ihr Verhalten „rational und ökonomisch sinnvoll“ gewesen.

20. Mit Schreiben vom 15. August 2017 an die Foffa Conrad hielt das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO fest, dass deren Ausführungen in der Stellungnahme zum Antrag vom 14. Juni 2017 die Qualifikation ihrer bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen würden. Es ersuchte sie zu beantworten, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe.<sup>27</sup> Daraufhin antwortete die Foffa Conrad mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.

21. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 3. Juli 2017,<sup>28</sup> 25. August 2017,<sup>29</sup> und 6. September 2017<sup>30</sup> gewährt.

22. Nach Beratung fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

<sup>14</sup> Act. 15 (22-0461).

<sup>15</sup> Act. 5 (22-0461).

<sup>16</sup> Act. 10 und 11 (22-0461).

<sup>17</sup> Act. 19 (22-0461).

<sup>18</sup> Act. 20-21 (22-0461).

<sup>19</sup> Act. 27 und 28 (22-0461).

<sup>20</sup> Act. 30 (22-0461).

<sup>21</sup> Act. 29 (22-0461).

<sup>22</sup> Act. 38 (22-0461).

<sup>23</sup> Act. 40 (22-0461).

<sup>24</sup> Act. 41 (22-0461).

<sup>25</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 59 (22-0461).

<sup>26</sup> Act. 41 (22-0461).

<sup>27</sup> Act. 50 (22-0461/25-0039).

<sup>28</sup> Act. 43a (22-0461).

<sup>29</sup> Act. 56 und 57 (22-0461).

<sup>30</sup> Act. 60 (22-0461).

## B Sachverhalt

### B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

#### B.1.1 Beweiswürdigung und Beweismass

23. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>31</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>32</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>33</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>34</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>35</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

24. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

#### B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015

25. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter B], [Funktion] von Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter B] berechtigterweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter B] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>36</sup>

26. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der

verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>37</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>38</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

27. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter B] im vorliegenden Verfahren vor, am 30. Oktober 2015 für Martinelli auszusagen.<sup>39</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Zudem wies die Behörde auf den Gegenstand der Einvernahme hin.

28. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>40</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter B] wie folgt über sein Aussageverweigerungsrecht:

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>32</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>33</sup> Urteil des BVerG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BVerG 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>34</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>35</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVerG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

<sup>36</sup> Act. 40, Rz 106 (22-0461).

<sup>37</sup> Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

<sup>38</sup> Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten auch Urteil des BVerG A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

<sup>39</sup> Act. I.351.

<sup>40</sup> Act. IV.028.

„Sie sind nicht verpflichtet, Aussagen zu machen. Sie haben das Recht, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Wenn Sie Aussagen machen, werden diese protokolliert und können als Beweismittel verwendet werden.“

29. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme Rechtsvorschriften verletzt haben soll. Insbesondere stellte sie eine ordnungsgemässe Vorladung aus, orientierte die befragte Person über den konkreten Befragungsgegenstand und belehrte sie über ihre Rechte, insbesondere betreffend das Aussageverweigerungsrecht (vgl. nemo-tenetur-Grundsatz). Hierzu ist beizufügen, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegen Martinelli ausgedehnt worden war, aber dies zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht ausgeschlossen werden konnte. Dies teilte die Behörde Martinelli sowohl in der Vorladung als auch anlässlich der Einvernahme explizit mit. Aufgrund ihrer Stellung im Verfahren gewährte die Behörde Martinelli sämtliche Rechte, die auch einer Partei zugestanden hätten (analog der Stellung einer Auskunftsperson im Strafverfahren; vgl. Art. 178 ff. StPO).

30. Damit handelte die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme im Einklang mit sämtlichen Rechtsnormen. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vornherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Aussagen von [Mitarbeiter B] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

## B.2 Beweisthema

31. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Martinelli und Foffa Conrad übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 1] aus dem [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Martinelli und Foffa Conrad mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 51 ff.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 54);
- ob sich Martinelli und Foffa Conrad tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 63).

## B.3 Beweismittel

32. Im Zusammenhang mit der vorgeworfenen Verhaltensweise liegen folgende Beweismittel vor:

### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [info@martinelli-bau.ch] an [...]@foffa-conrad.ch]

33. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter D] der Martinelli an [Mitarbeiter A] der Foffa Conrad mit Betreff „Offerte [Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>41</sup>

„Sehr geehrter Herr [Mitarbeiter A]

In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das [Bauprojekt 1] als SIA451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben:

Brutto gem. beiliegender Offerte Fr. [...]

./. Rabatt 0 % Fr. 0.00

./. Skonto 2 % Fr. [...]

MWSt. 7.6 % Fr. [...]

Total Eingabe Foffa Netto Fr. [...]

Mit bestem Dank und freundlichen Grüßen

D. Martinelli AG

[Mitarbeiter D]“

### Vergabeantrag der [TU]

34. Gemäss der [TU] fand nach ordentlichen Offerteingaben eine Abgebotsrunde statt. Die Offertunterlagen der nicht berücksichtigten Baufirmen seien nach Abschluss der Bauphase vernichtet worden. Entsprechend verfüge [TU], mit Ausnahme derjenigen von Martinelli, nicht mehr über die ursprünglichen Eingabesummen. Aus dem Vergabeantrag können somit nur noch die Offertsummen (inkl. MWST) nach Durchführung der Abgebotsrunde rekonstruiert werden.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).

<sup>42</sup> Act. 15, pag. 3 f. (22-0461).



| Unternehmen                  | Abgebotsumme<br>(inkl. MWST) in CHF |
|------------------------------|-------------------------------------|
| D. Martinelli AG, St. Moritz | [...]                               |
| [keine Verfahrenspartei]     | [...]                               |
| [keine Verfahrenspartei]     | [...]                               |
| [keine Verfahrenspartei]     | [...]                               |
| [keine Verfahrenspartei]     | [...]                               |
| Foffa Conrad AG, Zerne       | [...]                               |
| [keine Verfahrenspartei]     | [...]                               |

\*Nicht Partei des vorliegenden Verfahrens

35. Die Arbeiten wurden schliesslich an Martinelli zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] <sup>43</sup> inkl. MWST vergeben.

### B.3.2 Auskünfte von Parteien

#### Aussagen der Foffa Conrad vom 12. November 2012, 12. Dezember 2012 und 1. Februar 2013

36. [Mitarbeiter A] sagte am 12. November 2012 aus, dass es vorkomme, dass Foffa Conrad sich mit einem lokalen Unternehmer zusammentue und mit dessen Hilfe eine eigene Offerte einbe. Dabei handle es sich wohl, nach dem Studium der Verfügung i.S. Kanton Aargau, um eine Stützofferte im Sinne des Kartellrechts. Aber solche „Stützofferten“ würden Foffa Conrad eigentlich gar nichts bringen. Die meisten Stützofferten, die vorgekommen seien, seien solche, bei welchen Foffa Conrad eben gar kein Interesse gehabt habe. Ansonsten habe Foffa Conrad kaum Arbeiten im Oberengadin ausgeführt. Stützofferten habe sie dort abgegeben, wie die Oberengadiner umgekehrt auch im Unterengadin Stützofferten abgegeben hätten. <sup>44</sup>

37. [Mitarbeiter A] übergab dem Sekretariat anlässlich seiner Auskunft vom 12. November 2012 eine Liste mit von Foffa Conrad gerechneten Offerten. <sup>45</sup> Zu diesem Dokument sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er die Projekte auf der Liste mit Kreuzen markiert habe, bei welchen es seines Wissens und gemäss seinen Recherchen Absprachen gegeben habe. Was angekreuzt sei, dort hätten sicher Abreden stattgefunden. Das Projekt [Bauprojekt 1] ist auf der Liste mit einem Kreuz versehen. <sup>46</sup>

38. Am 19. November 2012 forderte das Sekretariat Foffa Conrad im Nachgang zur Ergänzung der Bonusmeldung vom 12. November 2012 schriftlich auf, von ihr in Aussicht gestellte Informationen nachzureichen, so z.B. anzugeben, welches Unternehmen bei den gekennzeichneten Projekten der Liste vom 12. November 2012 Initiatorin im Zusammenhang mit der Abgabe einer Schutzofferte war. Foffa Conrad reichte anschliessend am 30. November 2012 per E-Mail entsprechende Informationen ein.

39. Auf der Liste, welche am 12. Dezember 2012 eingereicht wurde, ist auch das Hochbauprojekt [Bauprojekt 1] als Absprache bezeichnet. <sup>47</sup> In Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist die Liste ansonsten identisch mit derjenigen vom 30. November 2012.

40. Auf der Zusammenstellung der abgesprochenen Projekte vom 1. Februar 2013 ist beim [Bauprojekt 1] die folgende Bemerkung vermerkt „*Keine Kapazität für diese Arbeit Alibi-Offerte (Mail von Martinelli, Beilage 6)*“. <sup>48</sup> Die E-Mail vom [...] von Martinelli wurde ebenfalls eingereicht. <sup>49</sup>

#### Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015

41. Am 27. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A], [Funktion bei] Foffa Conrad aus, dass er von der [TU] um eine Offerte für dieses Projekt gebeten worden sei. Er habe eine Eingabe machen wollen, obwohl er keine Kapazität für dieses Projekt gehabt habe. Wenn er keine Offerte bei diesem Projekt eingereicht hätte, wäre er sonst vermutlich nicht mehr von der [TU] angefragt bzw. eingeladen worden. Die Erstellung einer Offerte für ein solches Grossprojekt würde etwa drei bis vier Wochen dauern, wenn man dies seriös machen wolle. Es sei das Paradebeispiel für eine „Alibiofferte“. <sup>50</sup>

42. [Mitarbeiter A] glaube, sich zu erinnern, dass er [Mitarbeiter B], Martinelli, angerufen und angefragt habe, ob dieser ihm eine Offerte zuschicken könne. Es sei gemäss [Mitarbeiter A] klar gewesen, dass Martinelli die Arbeiten ausführen würde, da diese der [...] des [Bauprojekt 1] gewesen sei und in der Vergangenheit bereits Baumeisterarbeiten für das [Bauprojekt 1] ausgeführt habe. <sup>51</sup>

<sup>43</sup> Revidierte Offerte vom 30.10.2008, Act. 15, Beilage 5 (22-0461).

<sup>44</sup> Act. IX.C.005, pag. 4 (25-0039).

<sup>45</sup> Act. IX.C.007 bis IX.C.019 (25-0039).

<sup>46</sup> Act. IX.C.010, pag. 8 (25-0039).

<sup>47</sup> Act. IX.C.029, pag. 34 (25-0039).

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 5 (25-0039).

<sup>49</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).

<sup>50</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 258 ff. (25-0039).

<sup>51</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 267 ff. (25-0039).

### Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015

43. Anlässlich der Parteieinvernahme vom 30. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter B], [Funktion] der Martinelli, aus, dass Martinelli beim [Bauprojekt 1] der [...] sei. Er nehme an, dass die Foffa Conrad kein Interesse gehabt habe, die Offerte für das vorliegende Projekt zu rechnen. Er gehe davon aus, dass die Initiative für den Versand der E-Mail vom [...] von Foffa Conrad ausgegangen sei. Gemäss [Mitarbeiter B] habe Foffa Conrad die Martinelli allerdings nicht „geschützt“. Er habe [Mitarbeiter A] nie mitgeteilt, dass dieser einen höheren Betrag eingeben solle. Es habe noch viele andere Submittentinnen gegeben. Diesen Unternehmen habe Martinelli ihre Offerte nicht zugestellt.<sup>52</sup>

### **B.3.3 Auskünfte von Dritten**

44. Auf die Frage, ob und wenn ja, weshalb Unternehmen zur Offertstellung eingeladen wurden, deren Sitz weiter als 15 km von [...] entfernt liegt, gab die [TU] bekannt, dass sie die Foffa Conrad aus Zernez eingeladen habe. Die Foffa Conrad sei eine im Hochbau tätige Engadiner Baufirma mit entsprechender Kapazität. Ihre Einladung sei gemäss Angaben der [TU] zur Verbesserung der Konkurrenzsituation bei der Offertstellung und wegen der sehr guten Geschäftskontakte der Foffa Conrad in der Region erfolgt. Da [TU] als Totalunternehmerin mit der Bauherrschaft [Geschäftsgeheimnis] vereinbart habe, habe sie ein starkes eigenes Interesse an einem konkurrenzfähigen Angebot ihrer Subunternehmer gehabt. Zudem seien, wie schon bei den vorangehenden Bauetappen, alle angefragten Unternehmungen aufgrund der grossen Bedeutung des Bauauftrages daran interessiert gewesen, konkurrenzfähige Offerten einzureichen.<sup>53</sup>

## **B.4 Beweiswürdigung**

### **B.4.1 Konsens**

45. Die E-Mail vom [...] der Martinelli an Foffa Conrad und die ihr angehängte SIA-Datei stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum Untersuchungsgegenstand stehen.

46. Der darin enthaltene Satz „*In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das [Bauprojekt 1] als SIA451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben: [...]*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass Martinelli vorher mit Foffa Conrad eine Abmachung getroffen hat. Die Foffa Conrad wurde damit gebeten, sich bei ihrer Eingabe an der von Martinelli vorkalkulierten Offertsumme zu orientieren bzw. nicht bedeutend tiefer einzugeben.

47. Zudem wurde von Foffa Conrad eingestanden, dass sie keine Kapazität für diese Arbeit gehabt habe, aber trotzdem eine „Alibi-Offerte“ einreichen wollte und aus diesem Grund Martinelli kontaktiert habe.

48. Die Bedeutung der E-Mail ist eindeutig und klar, die Aussagen von Foffa Conrad glaubhaft, die Zustellung der Offerte von Martinelli an Foffa Conrad nur vor dem Hintergrund eines Konsenses nachvollziehbar. Daran ändert auch nichts, dass in der E-Mail vom [...] nicht erwähnt ist, dass Foffa Conrad höher eingeben sollte als Martinelli und darin die Offertsumme von Martinelli nicht angegeben ist.

49. Auch die Aussagen von [Mitarbeiter B], Martinelli, vermögen dieses Beweisergebnis nicht umzustossen. Konkret bestritt dieser zwar, dass es einen Konsens gegeben habe, wonach Foffa Conrad höher als Martinelli eingeben sollte. Es sind aber keine Gründe ersichtlich, weshalb Martinelli ansonsten eine Offerte für Foffa Conrad hätte vorkalkulieren sollen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Erhalt einer durchkalkulierten Offerte es Foffa Conrad ermöglicht hätte, auf deren Basis ohne grösseren Aufwand selber eine Offerte – allenfalls mit tieferen Preisen – einreichen zu können. Dies wiederum bedeutet, dass sich Martinelli mit der Zustellung seiner Offerte an einen Konkurrenten der Gefahr einer Konkurrenzofferte aussetzt, was für eine im Wettbewerb stehende Unternehmung kein rationales Verhalten darstellt. Martinelli stellte folglich einem Konkurrenzunternehmen, diesfalls Foffa Conrad, nur dann eine vorkalkulierte Offerte zu, wenn sie sicher sein konnte, dass dieses Konkurrenzunternehmen nicht bedeutend tiefer als Martinelli eingeben würde. Es bedurfte gemäss E-Mail von Martinelli an Foffa Conrad auch nicht mehr einer expliziten Aufforderung seitens von Martinelli an Foffa Conrad, dass Letztere der Bauherrschaft ein Angebot mit einer höheren Offertsumme eingeben soll. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „*Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben*“ muss für die Beteiligten klar gewesen sein, dass diese Offerte bereits über der Offertsumme von Martinelli lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Somit ist die Aussage von Martinelli, wonach vor dem Versand der E-Mail kein Konsens bestanden habe, dass Foffa Conrad höher als Martinelli eingeben sollte, unglaublich.

50. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den übereinstimmenden Willen äuserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad höher eingeben als Martinelli. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

### **B.4.2 Verfolgter Zweck**

51. Von Foffa Conrad wurde angegeben, dass sie über keine Kapazität für die Durchführung der Arbeit verfügt habe, aber trotzdem eine Eingabe machen wollen. Aus diesem Grund habe sie den Aufwand der Berechnung vermeiden wollen. Die Eingabe von Foffa Conrad habe gemäss [Mitarbeiter A] keinen Einfluss auf die Konkurrenz haben sollen.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Act. IV.028, Zeilen 115 ff.

<sup>53</sup> Act. 15 (22-0461).

<sup>54</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 280 ff. (25-0039).

52. Es mag zutreffen, dass die beteiligten Unternehmen mit ihrem Verhalten nicht primär bezweckten, die Wettbewerbsverhältnisse im Zusammenhang mit der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu beeinflussen. Allerdings ist der von den Parteien an den Tag gelegten Verhaltensweise immanent, dass sie auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll. Dass Foffa Conrad für Martinelli zum Vornherein kein Konkurrent gewesen sein soll, wie [Mitarbeiter A] behauptete<sup>55</sup>, ist nicht glaubhaft. Vielmehr wäre sie grundsätzlich in der Lage gewesen, ein Projekt dieser Art, Grössenordnung und Lage auszuführen. Immerhin nennt sie auf ihrer Homepage selber [...] als Bereiche des Hochbaus, in denen sie tätig ist<sup>56</sup>, und beschäftigt in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende (dazu Rz 3). Dass es für sie zum damaligen Zeitpunkt allenfalls schwierig gewesen wäre, die nötigen Kapazitäten aufzubringen, um das Bauprojekt auszuführen<sup>57</sup>, konnte Martinelli nicht wissen, jedenfalls nicht zum Vornherein. Insofern bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden.

53. Daraus ergibt sich, dass für Foffa Conrad und Martinelli der Zweck der Angebotskoordination auch darin bestand, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekts 1] nicht zu konkurrenzieren.

#### B.4.3 Rolle der Beteiligten

54. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

##### Initiative für die Angebotskoordination

55. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von Martinelli an [Mitarbeiter A] geht nicht direkt hervor, dass zwischen [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter A] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Jedoch sprechen das Fehlen einer Einleitung sowie der Umstand, dass eine SIA-Datei mitversendet wurde, für einen vorgängigen Kontakt.

56. Zudem sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er glaube, [Mitarbeiter B] angerufen und angefragt zu haben, ob dieser ihm eine Offerte zuschicken könnte. Es war gemäss [Mitarbeiter A] klar, dass Martinelli die Arbeiten ausführen würde, da er der „[...]“ des [Bauprojekt 1] gewesen sei und in der Vergangenheit bereits [...] ausgeführt habe.

57. [Mitarbeiter B] ging ebenfalls davon aus, dass die Initiative für den Versand der E-Mail vom [...] auf Foffa Conrad zurückzuführen sei. Die Initiative sei sicher nicht von [Mitarbeiter D] ausgegangen, dieser würde nicht von sich aus eine solche Offerte schicken. Vielleicht habe [Mitarbeiter A] [Mitarbeiter D] angefragt.

58. Damit ist erstellt, dass Foffa Conrad Martinelli im Hinblick auf die Angebotskoordination kontaktiert hat.

##### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

59. Martinelli wandte sich in ihrer E-Mail vom [...] an [Mitarbeiter A], Foffa Conrad. Inhalt dieser Nachricht von Martinelli bildete insbesondere die Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. Martinelli erteilte darin [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei, inkl. bezüglich Rabatte und Skonti, und bedankte sich am Schluss.

60. [Mitarbeiter A] sagte im Rahmen der Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015 aus, dass er von der [TU] um eine Offerte für dieses Projekt gebeten worden sei. Er habe eine Eingabe machen wollen, obwohl er keine Kapazität für dieses Projekt gehabt habe.

61. Foffa Conrad reichte im Anschluss an die E-Mail von Martinelli schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein. Martinelli selber offerierte beim [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...] (nach Abgebot), womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

62. Damit ist erstellt, dass Martinelli die E-Mail inkl. kalkulierter SIA-Datei verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. Foffa Conrad beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend der E-Mail von Martinelli einzugeben.

#### B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

63. Gemäss dem Vergabeantrag der [TU] gab Martinelli (nach Abgebotsrunde) für CHF [...] ein. Gemäss interner Liste gab Foffa Conrad für CHF [...] für das [Bauprojekt 1] ein.<sup>59</sup>

64. Somit reichte Foffa Conrad eine Eingabe ein, welche überschlagsmässig der E-Mail vom [...] entspricht.

|              | Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF | Offertsumme (inkl. MWST) in CHF |
|--------------|--|---------------------------------|
| Martinelli   | nicht bekannt                              | [...]                           |
| Foffa Conrad | [...]                                      | [...]                           |

<sup>55</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 282 f. (25-0039).

<sup>56</sup> Vgl. <<http://foffa-conrad.ch/geschaeftsbereiche/hochbau.html>> (28.3.2017).

<sup>57</sup> Vgl. Act. IX.C.061, Zeilen 289 f. (25-0039).

<sup>58</sup> Act. IX.C.11, pag. 8 (25-0039). Summe Exkl. MWST: CHF [...].

<sup>59</sup> Act. IX.C.11, pag. 8 (25-0039). Summe Exkl. MWST: CHF [...].

65. Daraus ergibt sich, dass sich Foffa Conrad im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Beide Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass Foffa Conrad und Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] sich nicht konkurrenzten. Erstellt ist zudem, dass es weitere Eingaben gab (dazu Rz 34). Martinelli erhielt schliesslich den Zuschlag.

## B.5 Beweisergebnis

66. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Martinelli und Foffa Conrad durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad eine höhere Offerte einreichen als Martinelli. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass Foffa Conrad in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Martinelli eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde Martinelli erteilt.

## C Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

#### C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

67. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Beide Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

#### C.1.2 Verfügungsadressatinnen

68. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>60</sup>

69. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Foffa Conrad AG, Zernez
- D. Martinelli AG, St. Moritz

#### C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

70. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

71. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 77 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

### C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

72. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

### C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

### C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

75. 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).

76. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 77 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 89 ff.).

#### C.3.1 Wettbewerbsabrede

77. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>61</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

<sup>61</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>62</sup> RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

78. 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>63</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

### C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

79. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

80. Beweismässig ist erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad zu einem höheren Preis offerieren als Martinelli (Rz 50).

81. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

### C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

82. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>64</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>65</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>66</sup>

83. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.<sup>67</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>68</sup>

84. Die vorliegende Abrede beinhaltete, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 45 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrieren (Rz 52 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

85. Dass Foffa Conrad („Alibi-Offerte“) und Martinelli (keinen „Schutz“) nach eigenen Angaben nicht primär den Wettbewerb beeinflussen wollten, ist nicht von Belang. Die [TU] hat sich mit der Einladung der Foffa Conrad aus dem Unterengadin einen erhöhten Wettbewerb im Oberengadin erhofft (Rz 44). Mit der Abrede fiel der Wettbewerbsdruck eines ausserhalb des Oberengadins

ansässigen Unternehmens weg. Bei Einladungsverfahren bei öffentlichen Ausschreibungen verlangt die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mindestens einen „ortsfremden“ Anbieter einzuladen. Dies hat den Zweck, den Wettbewerb innerhalb einer Submission zu beleben.<sup>69</sup> Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [TU] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der Foffa Conrad, Wettbewerb von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Foffa Conrad und Martinelli vorgeworfene Verhaltensweise wirkte diesem Wunsch entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde (vgl. zur Wirkung der Abrede auch Rz 105 ff.).

86. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

### C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

87. Die beiden Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### C.3.1.4 Zwischenergebnis

88. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

### C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

89. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

<sup>63</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>64</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>65</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>66</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>67</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>68</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>69</sup> Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

### C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

90. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Foffa Conrad und Martinelli ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegende Submissionsabrede ist sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>70</sup>

91. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

### C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

92. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

93. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.<sup>71</sup>

94. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

#### C.3.2.2.1 Relevanter Markt

95. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>72</sup>

96. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>73</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 133 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung da-

von abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

#### (i) Marktgegenseite

97. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>74</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

98. Für den vorliegenden Fall bildete die private Bauherin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

#### (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

99. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>75</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>76</sup>

100. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 1].

101. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>77</sup>

102. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

<sup>70</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

<sup>71</sup> Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenja (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>72</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>73</sup> Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Marktabgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>74</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, *Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG*, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>75</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>76</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>77</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

103. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus Chur eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

#### C.3.2.2.2 Innenwettbewerb

104. Wie in Rz 63 f. dargelegt, gab Foffa Conrad schliesslich tatsächlich eine höhere Offerte ein als Martinelli. Es ist somit kein Innenwettbewerb zwischen Foffa Conrad und Martinelli ersichtlich.

#### C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb

105. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

106. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Die Unternehmen, von welchen damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei] und [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

107. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die weiteren fünf offerierenden Unternehmen ([keine Verfahrensparteien]) in die Abrede involviert waren. Somit waren lediglich zwei von sieben Unternehmen in die Abrede involviert.

108. Aufgrund ihrer Grösse, ihres Sitzes (mit Ausnahme von [TU]), ihrer Tätigkeit im Hochbau sowie von Referenzobjekten<sup>78</sup> erwecken sämtliche offerierenden Unternehmen den Eindruck, dass sie in der Lage gewesen wären, das Projekt [Bauprojekt 1] auszuführen. Zudem bestätigte [TU], dass, wie schon bei [Bauprojekt 1], alle angefragten Unternehmungen wegen der grossen Bedeutung des Bauauftrages daran interessiert waren, konkurrenzfähige Offerten einzureichen. Dass von den nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen eine gewisse disziplinierende Wirkung ausging, kann im vorliegenden Einzelfall wohl nicht von der Hand gewiesen werden. Somit ist die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen.

#### C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

109. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein

geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>79</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>80</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>81</sup>

110. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 90) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Martinelli dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

111. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 95 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

#### C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

112. Es sind keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) ersichtlich, welche die vorliegende Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten. Solche wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

#### C.3.5 Ergebnis

113. Es steht fest, dass der Wettbewerb in Bezug auf die abgesprochenen Bauleistungen [Bauprojekt 1] nicht beseitigt, jedoch im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 1 KG erheblich beeinträchtigt wurde. Die Abrede kann nicht durch Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden und ist somit gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig.

#### C.4 Massnahmen

##### C.4.1 Anordnung von Massnahmen

114. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die

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

<sup>79</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

<sup>80</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

<sup>81</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>82</sup>

115. Die Unternehmen Martinelli und Foffa Conrad werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

116. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

117. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

118. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>83</sup>

#### C.4.2 Sanktionierung

119. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer

und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

##### C.4.2.1 Voraussetzungen

120. Beide Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

121. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

##### C.4.2.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

122. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist.

123. Bisher ungeklärt ist, ob die Vorschrift „unternehmensbezogen“ oder „tatbezogen“ verstanden werden muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Sanktionierung eines Unternehmens ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchungseröffnung gegenüber diesem Unternehmen über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, oder ob eine Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht.

124. Für eine tatbezogene Auslegung spricht erstens der Wortlaut. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert („Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...“). Zweitens kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck zuwiderlaufen würde, wenn diese Norm „unternehmensbezogen“ zu interpretieren wäre. Die Wettbewerbsbehörde kennt bei Eröffnung einer Untersuchung oftmals nicht

<sup>82</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

<sup>83</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.



alle Beteiligten an einem Wettbewerbsverstoss bzw. die räumliche Dimension der Wettbewerbsverstösse. Häufig erweist sich erst im Laufe der Untersuchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre diese Norm unternehmensbezogen zu verstehen, müsste die Wettbewerbsbehörde gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt, wodurch die Durchführung der entsprechenden Untersuchungen massiv erschwert würde. Auch wäre eine solche „breite“ Eröffnung nicht im Interesse der Unternehmen.

125. Dass der Sinn und Zweck der Bestimmung für eine „tatbezogene“ Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht, zeigt insbesondere auch der Blick auf den vorliegenden Fall. In casu hat sich nämlich erst im Laufe der Untersuchung herausgestellt, dass sich weitere Unternehmen an den Wettbewerbsverstössen beteiligten. Dies ergab sich erst aus der Auswertung und Analyse der anlässlich der ersten Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumente bzw. aus den eingegangenen Selbstanzeigen. Bei einer grossen Anzahl durchsuchter Unternehmen kann eine entsprechende Auswertung mehrere Monate oder Jahre beanspruchen. Entsprechend konnte das Verfahren gegen die betreffenden Unternehmen erst im November 2015 ausgedehnt werden.

126. Keine Hinweise für die Bedeutung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzessystematik. Damit ist auf das Ergebnis der grammatikalischen und teleologischen Auslegung abzustellen. Im Einklang mit diesen Auslegungskriterien ist die Vorschrift somit tatbezogen zu verstehen.

127. Im vorliegenden Fall wurde die Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 eröffnet. Am 23. November 2015 wurde sie gegenüber Martinelli ausgedehnt. Es stellt sich die Frage, ob mit der Eröffnung der Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 die Frist für die Sanktionierbarkeit gewahrt ist. Da die Untersuchung mit dem Gegenstand „Wettbewerbsbeschränkungen im Unterengadin“ 2012 eröffnet wurde, war das vorliegende Projekt, welches im Oberengadin liegt, nicht vom damaligen Untersuchungsgegenstand erfasst. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.<sup>84</sup> Mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, und zwar gegenüber allen Verfahrensparteien. Daher können die Verfahrensparteien aufgrund der 5-jährigen Frist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für Kartellrechtsverstösse, die nach dem 22. April 2008 eingestellt worden sind, gebüsst werden. Das relevante Projekt der vorliegenden Untersuchung wurde nach diesem Zeitpunkt, nämlich im [...], vergeben. Folglich kann der in diesem Zusammenhang begangene Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden.

128. Daran vermögen auch die Vorbringen von Martinelli nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung von Martinelli erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung

gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Da das Projekt im [...] vergeben worden sei, sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Ausübung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen.<sup>85</sup> Wie gezeigt worden ist (Rz 123 ff. hiavor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbezogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von Martinelli gerügte Verletzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzips ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 und mit der Mitteilung der Verfahrensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 29. März 2017 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zudem hätte sie auch von der WEKO mündlich angehört werden können, worauf sie verzichtete.

129. Damit sind sämtliche Voraussetzungen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

#### C.4.2.3 Bemessung

##### C.4.2.3.1 Konkrete Sanktionsbemessung

130. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

131. 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>86</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>87</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>88</sup>

132. Das Bundesgericht hat jüngst dazu bestätigt, dass Direktsanktionen nicht nur bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verhängt werden können, die den

<sup>84</sup> SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080].

<sup>85</sup> Act. 40, Rz 59 ff (22-0461).

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>87</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>88</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Wettbewerb beseitigen. Vielmehr ist eine direkte Sanktionierung auch möglich, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen wird und bloss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.<sup>89</sup>

#### a) Basisbetrag

133. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

134. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Martinelli erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz.

135. Hingegen erzielte Foffa Conrad keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.

136. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

137. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Martinelli exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 35). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.<sup>90</sup> Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

138. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel

schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

139. Martinelli als Schutznehmerin sowie Foffa Conrad als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatten. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Hingegen wurde der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt.

140. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer bis schwerwiegend zu werten.

141. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Martinelli als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

142. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Foffa Conrad als „schützendes“ Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.<sup>91</sup>

#### b) Dauer des Verstosses

143. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 Prozent, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 Prozent möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

144. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich auf [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

<sup>89</sup> Urteil des BGer vom 28. Juni 2016 (2C\_180/2014), RPW 2017/2, 360 E. 9.4.6, GABA.

<sup>90</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>91</sup> RPW 2013/4, 616 f. Rz 951, 6. bis 8. Lemma, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*: „Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Markts – 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. [...] Sodann beabsichtigt die WEKO, die hier aufgeführte Praxis auch künftig bei Einzelsubmissionsabreden und -märkten anzuwenden.“

### c) Erschwerende Umstände

145. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

#### Anstiftung

146. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>92</sup>

147. Vorliegend ist erstellt (Rz 58), dass Foffa Conrad Martinelli beim [Bauprojekt 1] im Hinblick auf die Angebotskoordination kontaktiert hat. Für die Bejahung einer anstiftenden Rolle genügt die Herstellung des Erstkontakts hingegen nicht. Vielmehr wären weitere Elemente wie etwa ein motivierendes Verhalten oder eine Anreizsetzung erforderlich. Solche zusätzlichen Elemente lassen sich den erhobenen Beweismitteln nicht entnehmen. Eine Straferhöhung infolge einer anstiftenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG scheidet damit aus.

#### Führende Rolle

148. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>93</sup>

149. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>94</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>95</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>96</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>97</sup> Ein solcher Fall liegt etwa vor,

wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>98</sup> Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>99</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

150. Vorliegend steht fest, dass Martinelli die E-Mail vom [...] an Foffa Conrad zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 33 hiavor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>100</sup> In casu war der für Martinelli damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur

<sup>92</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

<sup>93</sup> Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 92), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>94</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>95</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>96</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>97</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>98</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>99</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, IAZ International Belgium et al., Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

<sup>100</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

gering. Eine tragende Rolle von Martinelli bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Martinelli an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Foffa Conrad. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbeurteilung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenlage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Martinelli zu bejahen.

151. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Martinelli sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

#### d) Mildernde Umstände

152. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### C.4.2.4 Maximalsanktion

153. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

#### C.4.2.5 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

##### Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

154. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

##### Foffa Conrad

155. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 4 ff.) ersichtlich, reichte Foffa Conrad am 12. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin ein. Foffa Conrad reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen.

156. Foffa Conrad zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte auch entscheidende Beweismittel (insbesondere die E-Mail vom [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. Somit ist Foffa Con-

rad die erste Selbstanzeigerin in der vorliegenden Untersuchung 22-0461: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV.

157. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat.

158. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Foffa Conrad die Martinelli zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte. Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 151), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Foffa Conrad im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

159. Damit wären bei der Foffa Conrad die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Näher zu beleuchten ist jedoch ihr Kooperationsverhalten nach Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats äusserte sich die Foffa Conrad unter anderem wie folgt:

*„Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt ging es weder darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern, noch darum, im Einvernehmen zu entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll.“*

*„Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts hatte, konnte durch ihre „Pro-Forma-Offerte“ (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden. Das Beweisergebnis (Rz. 52 des Antrags) ist infolgedessen vom festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt. Bei dessen unbefangener und lebensnaher Bewertung war die Konkurrenz zwischen Foffa Conrad und Martinelli nicht „ausgeschaltet“, sondern bestand von vornherein nicht.“<sup>101</sup>*

160. Zusammenfassend behauptete die Foffa Conrad in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 schliesslich, dass das im Antrag festgehaltene Beweisergebnis nicht zutreffe.<sup>102</sup>

161. Wie zu zeigen ist, hat dieses Verhalten der Foffa Conrad für die Beurteilung ihrer Selbstanzeige Folgen.

162. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das

<sup>101</sup> Act. 41, Rz 5 und 6 (22-0461).

<sup>102</sup> Act. 41, Rz 6 (22-0461).

Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen. Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich das Unternehmen schuldig bekennt, einen bestimmten kartellrechtlichen Tatbestand verletzt zu haben, oder dass es eine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen vornimmt (z.B. bezüglich der Frage der Erheblichkeit).<sup>103</sup>

163. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Foffa Conrad nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat. Sie bestreitet auch den erwiesenen rechts-erheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 66) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede; die Parteien hätten ihre Eingabesummen nicht absprechen wollen. Ebenso bestreitet sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es sich bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt um eine „Absprache“ handle (vgl. Rz 39 hiervor).

164. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Foffa Conrad nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben.

165. Zu prüfen ist, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass in der SVKG der vollständige Sanktionserlass infolge Selbstanzeige im dritten Abschnitt (Art. 8 ff. SVKG) geregelt ist, während sich die *Reduktion* der Sanktion infolge Selbstanzeige nach den Vorschriften im vierten Abschnitt (Art. 12 ff. SVKG) richtet. Im Lichte der Verordnungssystematik scheint es naheliegend, die Höhe der Sanktionsreduktion in jedem Fall nach den Bestimmungen von Art. 12 ff. SVKG festzulegen, wenn die Kriterien für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben sind. Danach käme ein selbstanzeigendes Unternehmen, das – wie vorliegend die Foffa Conrad – die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass mit Ausnahme der vollumfänglichen Kooperation erfüllt, in den Genuss einer Sanktionsreduktion von höchstens 50 %.

166. Neben dem systematischen Auslegungselement sind allerdings die weiteren Auslegungskriterien zu beachten, namentlich der Sinn und Zweck der Norm (teleo-

logische Auslegung). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Kooperation von Selbstanzeigern in qualitativer und quantitativer Hinsicht hoch sind. Bei einem Selbstanzeiger etwa, dessen Kooperation grundsätzlich als gut zu werten ist, der aber seiner Kooperationsobliegenheit in einem bestimmten Punkt nicht nachkommt, wäre es allenfalls stossend, die höchstmögliche Sanktionsreduktion – anstelle eines vollständigen Sanktionserlasses – auf 50 % zu begrenzen. Auch bei der Auslegung und Anwendung von Verordnungsbestimmungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten. Dass der Verordnungsgeber bei einem Selbstanzeiger, der ansonsten die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass erfüllt, bei mangelhafter Kooperation die höchstmögliche Sanktionsreduktion in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände des Einzelfalls auf 50 % festlegen wollte, ist nicht ersichtlich. Mit einer solchen Regelung nähme man in Kauf, das Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall zu unterlaufen. Dies kann nicht der Sinn und Zweck der Norm sein.

167. Dagegen führt die systematische Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis, um einen anderen Normgehalt anzunehmen. Die Abschnittstitel als solche und der logische Aufbau der SVKG schliessen nicht aus, dass im Einzelfall – trotz mangelhafter Kooperation – eine Sanktionsreduktion von mehr als 50 % gewährt wird. Auch die historische Auslegung ist nicht eindeutig. Dem Verordnungsgeber lag lediglich daran, dass eine erste Selbstanzeigerin umfassend mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Dies ist auch dann gewährleistet, wenn der Kooperationsmangel keine Deckelung der maximalen Sanktionsreduktion auf 50 % zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG so auszulegen, dass bei mangelhafter Kooperation die Sanktionsreduktion nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen ist. Dabei hat die Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Namentlich hat sie der Art und dem Schweregrad des konkreten Kooperationsmangels Rechnung zu tragen. An die höchstmögliche Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von 50 % ist sie nicht gebunden.

168. Diesem Auslegungsergebnis folgend, sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass die Foffa Conrad nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Foffa Conrad daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

<sup>103</sup> Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

#### C.4.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

169. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>104</sup> Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>105</sup>

170. [...] <sup>106</sup>. [...] <sup>107</sup> [...].

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

172. [...].

173. [...].

#### C.4.2.7 Ergebnis

174. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien angemessen:

- Foffa Conrad: CHF [1 – 20'000]
- Martinelli: CHF [...].

#### D Kosten

175. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>109</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

176. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

177. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend 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>110</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>111</sup>).

178. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130 bis 290.

179. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 15'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 66 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 13'200
- 13 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'770

180. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 31'970.

181. Die Foffa Conrad und Martinelli zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 15'985.

182. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 169 ff.) hat Martinelli einen Anteil von CHF [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

#### E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der D. Martinelli AG und der Foffa Conrad AG wird untersagt:
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
  - 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

<sup>104</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern m.w.H.*

<sup>105</sup> Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>106</sup> Act. 40, Rz 96 ff. (22-0461).

<sup>107</sup> Act. 47 und 58 (22-0461).

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

<sup>109</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>110</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>111</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

- 
- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
- 2.1 D. Martinelli AG, St. Moritz, mit einem Betrag von CHF [...].
  - 2.2 Foffa Conrad AG, Zernez, mit einem Betrag von CHF [1 – 20'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 31'970 und werden folgendermassen auferlegt:
- 3.1 Die D. Martinelli AG trägt CHF [...].
  - 3.2 Die Foffa Conrad trägt CHF 15'985.
  - 3.3 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
- D. Martinelli AG, Via San Gian 46, 7500 St. Moritz,  
vertreten durch [...];
  - Foffa Conrad AG, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez,  
vertreten durch [...].
- [Rechtsmittelbelehrung]
-

## B 2.2

## 5. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII

*Verfügung vom 2. Oktober 2017 Fassung für die Publikation in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend 22-0464: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII ([Bauprojekt 1]) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 KG gegen*

1. **Bezzola Denoth AG**, in Scuol, vertreten durch [...],
2. **D. Martinelli AG**, in St. Moritz, vertreten durch [...],
3. **Nicol. Hartmann & Cie. AG**, in St. Moritz, vertreten durch [...].

## A Verfahren

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Bezzola Denoth AG, Scuol, die D. Martinelli AG, St. Moritz, sowie die Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1] im Jahr [...] eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben.

### A.2 Untersuchungsadressatinnen

#### A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien.

#### A.2.2 D. Martinelli AG, St. Moritz

3. Die D. Martinelli AG (nachfolgend: Martinelli) mit Sitz in St. Moritz ist seit 2004 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Bauunternehmung, eines Gipsergeschäftes sowie den Handel und die Verwaltung von Immobilien. Martinelli beschäftigt ca. 80 Mitarbeitende.

#### A.2.3 Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz

4. Die Nicol. Hartmann & Cie. AG (nachfolgend: Hartmann) mit Sitz in St. Moritz ist seit 1954 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Hoch- und Tiefbauunternehmung. Sie verfügt zudem über eine Zweigniederlassung in Chur. Hartmann beschäftigt 180 bis 200 Personen.

### A.3 Verfahrensgeschichte

5. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch ge-

gen Bezzola Denoth. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth.

6. Am 9. November 2012 reichte Bezzola Denoth eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>2</sup> in Bezug auf das Unterengadin<sup>3</sup> ein. Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt.<sup>4</sup> Am 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth eine weitere Ergänzung der Selbstanzeige ein, u.a. auch betreffend das vorliegende Projekt.<sup>5</sup>

7. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.

8. Am 26. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, im Rahmen der Selbstanzeige der Bezzola Denoth zum vorliegenden Untersuchungsgegenstand befragt.<sup>6</sup>

9. Das Sekretariat führte am 30. Oktober 2015 mit [Mitarbeiter C], Martinelli,<sup>7</sup> und [Mitarbeiter E], Hartmann,<sup>8</sup> je eine Einvernahme durch.

10. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Hartmann<sup>9</sup> und Martinelli<sup>10</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0464: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>11</sup>

11. [Unternehmen Q] wurde bereits am [...] 2014 aufgelöst. Entsprechend wurde die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden nicht gegen diese Gesellschaft ausgedehnt. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wurde ebenfalls auf eine Verfahrensausdehnung auf

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

<sup>2</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>3</sup> Act. IX.C.003 (25-0039). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0464) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

<sup>4</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>5</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.060 (25-0039).

<sup>7</sup> Act. IV.028.

<sup>8</sup> Act. IV.027.

<sup>9</sup> Act. I.528.

<sup>10</sup> Act. I.513.

<sup>11</sup> Act. I.513 und I.528.



die fortbestehende [...] Muttergesellschaft, die [...], verzichtet.

12. Am 15. März 2016 wurde [Architekt X] des [Architekturbüros Y] als Zeuge einvernommen.<sup>12</sup> Vertreter der Hartmann wohnten dieser Zeugeneinvernahme bei. Im Nachgang zu der Zeugeneinvernahme reichte [Architekt X] einen Offertvergleich der eingereichten Offerten ein.<sup>13</sup>

13. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>14</sup>

14. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>15</sup>

15. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.

16. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.

17. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme zu.<sup>16</sup> Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten sei. Martinelli sei mit einem Betrag von CHF [...] und Hartmann mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

18. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren.<sup>17</sup> Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>18</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Die Martinelli nahm am 31. Mai 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen<sup>19</sup>, Bezzola Denoth am 20. April 2017<sup>20</sup>.

19. Mit Eingabe vom 13. Juni 2017<sup>21</sup> nahm Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Sie wünschte keine Anhörung vor der WEKO. In ihrer Stellungnahme stellte Martinelli folgende Anträge:

1. Die Untersuchung gegen D. Martinelli AG sei einzustellen;
2. D. Martinelli AG sei keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aufzuerlegen;
3. D. Martinelli AG seien keine Kosten aufzuerlegen.

20. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>22</sup> nahm Bezzola Denoth zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Bezzola Denoth wurde

am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter B], [Funktion], [Mitarbeiter A], [Funktion] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>23</sup>

21. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 sowie an der Anhörung vom 4. September 2017 beantragte Bezzola Denoth, dass ihr die Sanktion im vorliegenden Verfahren vollständig zu erlassen sei, eventualiter sei der Basisbetrag tiefer anzusetzen und eine niedrigere Sanktion auszusprechen. Auf die einzelnen Vorbringen von Bezzola Denoth wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

22. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>24</sup> nahm Hartmann zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. In ihrer Stellungnahme beantragte sie, dass das Verfahren gegen sie einzustellen sei. Zudem beantragte sie, dass [Architekt Z] als Zeuge einzuvernehmen sei. Auf die einzelnen Vorbringen von Hartmann wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

23. Aufgrund des Beweisantrags von Hartmann stellte das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO [Architekt Z] ein Auskunftsbegehren zu.<sup>25</sup> Die Parteien hatten die Möglichkeit, vorgängig Ergänzungsfragen zu stellen,<sup>26</sup> wovon Hartmann mit Eingabe vom 19. Juli 2017 Gebrauch machte<sup>27</sup>. In seiner Auskunft vom 28. Juli 2017<sup>28</sup> bestätigte [Architekt Z] die Einreichung einer „Richtofferte“ durch Hartmann (siehe dazu näher Rz 53). Mit Schreiben vom 15. August 2017 zog Hartmann ihren Beweisantrag betreffend die Befragung von [Architekt Z] als Zeugen zurück.<sup>29</sup>

24. Im Auftrag des Präsidenten der WEKO versandte das Sekretariat sodann Auskunftsbegehren an die Bauleitung, die [...] <sup>30</sup>, sowie an den Bauherrn, [...] <sup>31</sup>. Auf diese Auskünfte von Dritten wird hiernach näher eingegangen (Rz 54 und 55).

25. Hartmann wurde am 18. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter F], [Funktion], [Mitarbeiter D], [Funktion], [Mitarbeiter E], [Funktion], und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>32</sup> Sie hielt an ihren Anträgen vom 14. Juni 2017 fest. Zudem reichte sie diverse neue Dokumente ein<sup>33</sup>, um zu belegen,

<sup>12</sup> Act. 17 (22-0464).

<sup>13</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>14</sup> Act. 21 (22-0464).

<sup>15</sup> Act. 22-24 (22-0464).

<sup>16</sup> Act. 40-42 (22-0464).

<sup>17</sup> Act. 43 (22-0464).

<sup>18</sup> Act. 44 (22-0464).

<sup>19</sup> Act. 55 (22-0464).

<sup>20</sup> Act. 46 (22-0464).

<sup>21</sup> Act. 56 (22-0464).

<sup>22</sup> Act. 58 (22-0464).

<sup>23</sup> Act. 87 (22-0464).

<sup>24</sup> Act. 57 (22-0464).

<sup>25</sup> Act. 68 (22-0464).

<sup>26</sup> Act. 63 (22-0464).

<sup>27</sup> Act. 64 (22-0464).

<sup>28</sup> Act. 70 (22-0464).

<sup>29</sup> Act. 76 (22-0464).

<sup>30</sup> Act. 78 und 80 (22-0464).

<sup>31</sup> Act. 79 (22-0464).

<sup>32</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 89 (22-0464).

<sup>33</sup> Vgl. Beilagen 1 bis 6 des Anhörungsprotokolls, Act. 89 (22-0464).

dass der erzielte Endpreis von Bezzola Denoth ein Wettbewerbspreis gewesen sei. Insbesondere habe sich Bezzola Denoth verpflichtet, [...] zu kaufen und einen WIR-Anteil zu übernehmen. Auf die einzelnen Vorbringen von Hartmann wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

26. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung des Aktenverzeichnisses vom 5. Juli 2017<sup>34</sup>, 23. August 2017<sup>35</sup>, 6.<sup>36</sup> und 19. September 2017<sup>37</sup> gewährt.

27. Nach Beratung fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

## **B Sachverhalt**

### **B.1 Vorbemerkungen zum Beweis**

#### **B.1.1 Beweiswürdigung und Beweismass**

28. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>38</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>39</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>40</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>41</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>42</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

#### **B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015**

29. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter C], [Funktion bei] Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter C] berechtigterweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter C]

vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>43</sup>

30. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverböten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>44</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst, sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme vom 30. Oktober 2015 gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>45</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

31. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter C] im vorliegenden Verfahren vor, für Martinelli auszusagen.<sup>46</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Auf den Gegenstand der Einvernahme wies die Behörde wie folgt hin:

<sup>34</sup> Act. 62 (22-0464).

<sup>35</sup> Act. 84 (22-0464).

<sup>36</sup> Act. 88 (22-0464).

<sup>37</sup> Act. 90 (22-0464).

<sup>38</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>39</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>40</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>42</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

<sup>43</sup> Act. 56, Rz 67 ff. (22-0464).

<sup>44</sup> Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrenrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

<sup>45</sup> Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

<sup>46</sup> Act. 1.351 (22-0433).

*„Gegenstand der Einvernahme werden mögliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Engadin bilden, insbesondere im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] in [...] aus dem Jahr [...].“*

32. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>47</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter C] wie folgt über sein Aussageverweigerungsrecht:

*„Sie sind nicht verpflichtet, Aussagen zu machen. Sie haben das Recht, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Wenn Sie Aussagen machen, werden diese protokolliert und können als Beweismittel verwendet werden.“*

33. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme Rechtsvorschriften verletzt haben soll. Insbesondere stellte sie eine ordnungsgemässe Vorladung aus, orientierte die befragte Person über den konkreten Befragungsgegenstand und belehrte sie über ihre Rechte, insbesondere betreffend das Aussageverweigerungsrecht (vgl. nemo-tenetur-Grundsatz). Hierzu ist beizufügen, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegen Martinelli ausgedehnt worden war, aber dies zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht ausgeschlossen werden konnte. Dies teilte die Behörde Martinelli sowohl in der Vorladung als auch anlässlich der Einvernahme explizit mit. Aufgrund ihrer Stellung im Verfahren gewährte die Behörde Martinelli sämtliche Rechte, die auch einer Partei zugestanden hätten (analog der Stellung einer Auskunftsperson im Strafverfahren; vgl. Art. 178 ff. StPO).

34. Damit handelte die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme im Einklang mit sämtlichen Rechtsnormen. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vornherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Aussagen von [Mitarbeiter C] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

35. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

## B.2 Beweisthema

36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorliegen, ihre Angebote bezüglich des [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...] zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 71);

- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 74 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 83 ff.).

## B.3 Beweismittel

37. Zur Beurteilung der vorgeworfenen Verhaltensweise stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C]

38. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter C], Martinelli, mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>48</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter C].*

*Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien.*

*[...] sollte falls alles i.o. ist eine Summe von Fr. [...] netto inkl. MwSt. ergeben.*

*[Bauprojekt 1] eine Summe von Fr. [...] netto inkl. MwSt.*

*Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis.*

*Danke für deine Bemühungen. Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören. Kurze Gedanken an [...].*

*[Vorname Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [sekretariat@hartmann-bau.ch]

39. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an Sekretariat der Hartmann mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>49</sup>

*„Im Anhang gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E] die entsprechende SIA.*

*Eingabe Netto inkl. MwSt. Fr. [...]*

*Mit freundlichen Grüßen*

*[Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q]

40. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Act. IV.028 (22-0433).

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 36 (25-0039).

<sup>49</sup> Act. III.D.096; Act. IX.C.035, pag. 37 (25-0039).

<sup>50</sup> Act. III.D.097.

„Hallo [Vorname Mitarbeiter des Unternehmens Q].

*Im Anhang wie besprochen das entsprechende Dokument als PDF. Ihr könnt die Offerte genau dementsprechend eingeben. Alle Preise angepasst und differenziert. Mit dieser Eingabe seid ihr bereits ca. 1.5 % unter unserer Eingabe....also bitte keine zusätzlichen Abgebote.....*

*Herzlichen Dank für eure Bemühungen.*

*Hat mich gefreut mal gemeinsam mit euch an einem Tisch zu sitzen und wesentliches und auch weniger wichtiges zu besprechen.*

*Nehme an wir finden bei Gelegenheit wohl auch mal gemeinsame Wege.*

*Gruß [Vorname Mitarbeiter A]“*

### B.3.2 Auskünfte von Parteien

#### Eingabe von Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

41. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth das vorliegende Projekt an. Sie gab als Bemerkung betreffend dieses Bauobjekt an: [...].<sup>51</sup>

42. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] an Martinelli und an Hartmann ein (Rz 38 f.). Die E-Mail an Hartmann wurde auch anlässlich der Hausdurchsuchung bei Bezzola Denoth beschlagnahmt.<sup>52</sup>

#### Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

43. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er nicht wisse, ob Martinelli und Hartmann bei dem vorliegenden Projekt eingegeben hätten. Die beiden Unternehmen hätten eine Eingabe von ihm erhalten. Es handle sich nicht um die Offerte von Bezzola Denoth, sondern um überarbeitete Offerten, welche jeweils die Martinelli und die Hartmann eingeben sollten. Es habe aber keine gemeinsame Sitzung mit Martinelli und Hartmann stattgefunden.<sup>53</sup> Auf Nachfrage des Sekretariats sagte [Mitarbeiter A] in Bezug auf die E-Mail an [Unternehmen Q] aus, dass er seine Offerte per E-Mail an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] gesendet habe, wohl auf dessen Aufforderung hin. [Unternehmen Q] sei lediglich im Tiefbau tätig und somit keine Marktteilnehmerin. [Unternehmen Q] sei nicht im Hochbau tätig gewesen und habe somit kein Interesse gehabt, ein derartiges Hochbauprojekt auszuführen.

#### Aussage der Hartmann vom 30. Oktober 2015

44. [Mitarbeiter E], Hartmann, sagte in Bezug auf das [Bauprojekt 1] aus, dass Hartmann kein Interesse gehabt habe, im Unterengadin zu offerieren bzw. zu bauen. Da sie zum ersten Mal im Oberengadin für [Architekt X] aus [...] habe bauen dürfen, habe die Hartmann eine „Richtofferte“ für das vorliegende Bauobjekt eingereicht. Dies habe sie in der Hoffnung gemacht, auch zukünftig mit [Architekt X] zusammenarbeiten zu dürfen. Sie habe dem Architekten aber ganz klar gesagt, dass das Unterengadin für die Hartmann kein Markt sei. Die Hartmann verfüge nicht mehr über die Offertunterlagen und

könne daher nicht beweisen, dass es sich um eine „Richtofferte“ gehandelt habe.<sup>54</sup>

45. Gemäss [Mitarbeiter E] habe [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, erfahren, dass die Hartmann gerechnet und ihn angerufen habe. Er habe [Mitarbeiter A] ganz klar gesagt, dass der Markt im Unterengadin aufgrund betriebswirtschaftlicher Überlegungen für ihn nicht interessant sei. Dementsprechend habe [Mitarbeiter A] auch gewusst, dass die Hartmann kein Interesse an diesem Bauobjekt habe.<sup>55</sup> Gemäss [Mitarbeiter E] sei es aber nicht darum gegangen, dass Hartmann habe höher eingeben sollen als Bezzola Denoth oder sie Bezzola Denoth habe „Schutz“ gewähren sollen.<sup>56</sup> Wieso [Mitarbeiter A] ihm eine Eingabesumme bekannt gegeben habe, wisse er nicht.<sup>57</sup> Die Hartmann habe die von [Mitarbeiter A] gemailte Offerte in Bezug auf die Preise kontrolliert und eine Offerte in Höhe von CHF [...] (inkl. MWST) eingereicht. Sie habe keine Kontakte mit weiteren Unternehmen betreffend dieses Projekt gehabt.

#### Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015

46. [Mitarbeiter C], Martinelli, sagte aus, dass er sich nicht erinnern könne, ob die Martinelli für dieses Projekt eingegeben habe. Falls dies der Fall gewesen wäre, sei die E-Mail an ihn vom [...] als „Schutz“ zugunsten Bezzola Denoth zu verstehen. Er habe in seinen Unterlagen keine entsprechende Offerte gefunden.<sup>58</sup> Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter C], dass er dies nicht wisse (vgl. zur Verwertbarkeit der Aussagen von [Mitarbeiter C] Rz 29 ff. hiavor).

#### Anhörung der Bezzola Denoth durch die WEKO vom 4. September 2017

47. An der Anhörung vom 4. September 2017 gab [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, bezüglich „Richtofferten“ Folgendes zu Protokoll: Als er Hartmann im [...] eine Offerte zugestellt habe, habe er keine Kenntnis davon gehabt, dass Hartmann der Bauherrschaft eine „Richtofferte“ einreichen würde. Ihm sei lediglich bekannt gewesen, dass Hartmann kein Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt habe. „Richtofferten“ seien in der Baubranche nicht unüblich und würden sowohl der Kostenschätzung vor der Ausschreibung als auch der Überprüfung in der Ausschreibungsphase, ob die Preise marktkonform seien, dienen. In beiden Konstellationen würden die entsprechenden Eingaben als „Richtofferte“ bezeichnet. Den Terminus „Überprüfungsofferte“ gebe es nicht.<sup>59</sup>

<sup>51</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>52</sup> Act. III.D.096.

<sup>53</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 403 ff. (25-0039).

<sup>54</sup> Act. IV.027, Zeilen 124 ff.

<sup>55</sup> Act. IV.027, Zeilen 145 ff.

<sup>56</sup> Act. IV.027, Zeilen 149 ff.

<sup>57</sup> Act. IV.027, Zeilen 138–140.

<sup>58</sup> Act. IV.028, Zeilen 156–175.

<sup>59</sup> Act. 87; Zeilen 29 ff. (22-0464).

### Anhörung der Hartmann durch die WEKO vom 18. September 2017

48. [Mitarbeiter D], [Funktion], sagte vor der WEKO aus, dass er in Bezug auf das [Bauprojekt 1] persönlich Kontakt mit [Architekt Z] auf einer gemeinsamen Baustelle gehabt habe.<sup>60</sup> Hingegen habe er diesbezüglich keine Kontakte mit der Bauleitung bzw. mit dem Bauherrn gehabt, da Hartmann kein Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt habe. Es habe keinen Anlass gegeben, einen entsprechenden Austausch zu suchen. Bei den Abgebotsrunden sei Hartmann nicht eingeladen worden. Im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt habe er auch keinen Kontakt mit der Bezzola Denoth gehabt. Als Bezzola Denoth am [...] Hartmann die E-Mail betreffend das [Bauprojekt 1] geschickt habe, sei er in den Ferien gewesen. Er habe die „Richtofferte“ selbstständig gerechnet, die Offerte sei zu 95 % fertig gewesen. Da er anschliessend ferienabwesend gewesen sei, sei [Mitarbeiter E], [Funktion], beauftragt worden, die „Richtofferte“ zu finalisieren und einzureichen.

49. [Mitarbeiter E] hielt an seiner Aussage fest, dass Bezzola Denoth Hartmann die E-Mail vom [...] unaufgefordert versandt habe.<sup>61</sup> Er sei überrascht gewesen, dass „so etwas“ gekommen sei. Eine Erklärung könne darin bestehen, dass Bezzola Denoth Hartmann kontaktiert habe, weil sie oft im Rahmen von Subunternehmensverhältnissen zusammengearbeitet hätten. [Mitarbeiter E] habe zwar die E-Mail von Bezzola Denoth evaluiert, aber bei der „Richtofferte“ der Hartmann habe es sich um eine „neutrale“ eigene „Richtofferte“ gehandelt. Die erhaltenen Informationen von Bezzola Denoth hätten

keinen Einfluss auf die Kalkulation der „Richtofferte“ von Hartmann gehabt.<sup>62</sup>

### **B.3.3 Auskünfte von Dritten**

#### Zeugenaussage von [Architekt X] vom 15. März 2016

50. [Architekt X], der verantwortliche Architekt, sagte aus, dass ihm nicht bekannt sei, dass er die Hartmann um eine „Richtofferte“ angefragt habe. Auch habe er keine Kenntnis davon, dass die Hartmann ihm gesagt hätte, dass sie kein Interesse an diesem Bauobjekt im Unterengadin gehabt habe, ausser, sie hätte es seinem Sohn gesagt. Sein Sohn sei [...] ebenfalls im Architekturbüro tätig gewesen. In der Phase des Kostenvoranschlags könne der Architekt eine „Richtofferte“ verlangen, d.h. eine unverbindliche Offerte. Die Phase des Kostenvoranschlags wäre aber sicher ein halbes Jahr vor der Ausschreibung gewesen. Wenn die Hartmann bei diesem Projekt von sich aus als „Richtofferte“ eingegeben habe, wäre dies deren Problem gewesen. Bei diesem Projekt seien alle Unternehmen im Unterengadin (mit Ausnahme der Firma [...]) eingeladen worden. Aufgrund der Termine seien nur Grossunternehmen in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen.<sup>63</sup>

51. Gemäss den von [Architekt X] per E-Mail am 16. März 2016 nachgelieferten Informationen<sup>64</sup> hätten die fünf folgenden Unternehmen eine Offerte eingereicht (vgl. den entsprechenden Offertvergleich der Bauleitung betreffend [Bauprojekt 1]):

|                             | <b>Eingereichte Offertsumme<br/>(inkl. MWST) in CHF<sup>65</sup></b> |
|-----------------------------|--|
| Bezzola Denoth, Scuol       | [...]  |
| [Keine Verfahrenspartei]    | [...]  |
| [Unternehmen Q]             | [...]  |
| Hartmann Nicol., St. Moritz | [...]  |
| Martinelli, St. Moritz      | [...]  |

52. Der Zuschlag erging schliesslich zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] an Bezzola Denoth.

#### Auskunft von [Architekt Z] vom 28. Juli 2017

53. [Architekt Z], der Sohn von [Architekt X], bestätigte, dass Hartmann für das vorliegende Projekt sowohl im [...] (betreffend [...]) als auch im [...] (betreffend [...]) eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Es habe eine mündliche Abmachung mit [Mitarbeiter D] von Hartmann bestanden. Er verfüge diesbezüglich aber über keine Belege. Zudem würden „Richtofferten“ nicht immer als solche vermerkt.<sup>66</sup>

#### Auskünfte der Bauleitung vom 21. und 22. August 2017

54. Weder [...] noch [...], welche für die Bauleitung und Ausschreibung des Projekts zuständig waren, hätten

nach ihren schriftlichen Angaben Kenntnis davon gehabt, dass Hartmann eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Sie seien davon ausgegangen, dass es sich bei den fünf eingereichten Angeboten (inkl. demjenigen von Hartmann) um verbindliche Offerten gehandelt habe, welche in die Auswahl der Anbieter eingehen sollten und bei Annahme durch den Bauherrn zum Vertragsabschluss geführt hätten.<sup>67</sup>

<sup>60</sup> Act. 89, Zeilen 35 ff. (22-0464).

<sup>61</sup> Act. 89, Zeilen 102 ff. (22-0464).

<sup>62</sup> Act. 89, Zeilen 110 ff. (22-0464).

<sup>63</sup> Act. 17, Zeilen 81–82 (22-0464).

<sup>64</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>65</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>66</sup> Act. 83 (22-0464).

<sup>67</sup> Act. 81 und 82 (22-0464).

### Auskunft der Bauherrschaft vom 22. August 2017

55. Die Wettbewerbsbehörden ersuchten schliesslich die [...], Bauherrin des vorliegenden Projekts, um schriftliche Auskunft bezüglich des Vorbringens von Hartmann. Auf die Frage, ob alle Offerten gemäss Offertvergleich ernst gemeinte Offerten waren, antwortete sie, dass dies – soweit sie sich erinnere – auf alle Unternehmen ausser Hartmann zutrefte. Sie sei sich zwar nicht mehr sicher, nehme aber an, dass Hartmann eine unverbindliche Offerte eingereicht habe. Diese Information sei ihr vermutlich vom Architekten mitgeteilt worden.<sup>68</sup>

## B.4 Beweiswürdigung

### B.4.1 Konsens

56. Im Folgenden ist zu beurteilen, welche Schlüsse aus den erhobenen Beweismitteln im Hinblick auf einen allfälligen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen zu ziehen sind. Dabei ist das Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli sowie dasjenige zwischen Bezzola Denoth und Hartmann separat zu beleuchten.

#### B.4.1.1 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Martinelli

57. Vorliegend ist nicht strittig, dass Bezzola Denoth Martinelli mit E-Mail vom [...] eine Offerte im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zukommen liess. Beide beteiligten Unternehmen stellten nicht in Abrede, dass die betreffende E-Mail samt Anhang verschickt worden ist und von ihrem bestimmungsgemässen Adressaten, Martinelli, empfangen worden ist. Ebenso wenig ist strittig, dass es sich bei der Offerte, die Bezzola Denoth Martinelli zusandte, um eine vorgerechnete Offerte handelte und dass die darin berechnete Eingabesumme von CHF [...] (inkl. MWST) ein höheres Angebot ergab als dasjenige, welches Bezzola Denoth der Bauherrschaft unterbreitete (CHF [...]). Schliesslich ist nicht strittig, dass Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] tatsächlich eine Offerte einreichte. Den Preis von CHF [...], den sie der Bauherrschaft offerierte, wich nur marginal von der Eingabesumme ab, welche Bezzola Denoth für sie gemäss E-Mail vom [...] vorgerechnet hatte. All diese Elemente sind aufgrund der erhobenen Beweismittel, insbesondere der E-Mail vom [...] (vgl. Rz 38), den Angaben des Architekten zu den eingereichten Offerten (vgl. Rz 51) sowie der Aussagen der beteiligten Personen, erwiesen.

58. Streitig ist dagegen, ob zwischen Bezzola Denoth und Martinelli übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote zu koordinieren. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.<sup>69</sup> Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).<sup>70</sup> Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung zwischen Bezzola Denoth und Martinelli, welche ihr Eingabeverhalten im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

59. Zumindest Martinelli bestreitet, dass zwischen Bezzola Denoth und ihr ein Konsens darüber zustande ge-

kommen ist, ihre Angebote betreffend das [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret behauptet sie in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017, dass ihr Bezzola Denoth die Offerte mit E-Mail vom [...] nur deshalb geschickt habe, um ihr die Abgabe einer Offerte zu ermöglichen.

60. Diese Vorbringen von Martinelli überzeugen nicht. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Mit E-Mail vom [...] liess Bezzola Denoth Martinelli eine vorgerechnete Offerte zukommen, die über ihrer eigenen Eingabesumme lag. Im Begleittext schrieb [Mitarbeiter A] wörtlich: „*Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5 % über unserem Preis.*“ Dieser Kommunikation ist zu entnehmen, dass Bezzola Denoth eine preisliche Koordinierung der Angebote anstrebte. Wäre es für sie nicht von Bedeutung gewesen, welchen Preis Martinelli der Bauherrschaft offerieren würde, hätte sie auf diesen Hinweis verzichtet. Nicht zu folgen ist in diesem Kontext der Behauptung von Martinelli, dass Bezzola Denoth ihr lediglich die Abgabe einer Offerte ermöglichen wollte. Hierzu hätte sie Martinelli weder eine vorgerechnete Offerte mit sämtlichen Eingabepositionen zustellen noch einen Hinweis zur Höhe des eigenen Angebots anbringen müssen. Vielmehr hätte sie Martinelli lediglich einen Leistungsbeschreibung (Devisierung, Devi) zukommen lassen können. Indem sich Martinelli auf die Kommunikation mit Bezzola Denoth einliess sowie deren vorgerechnete Offerte im Wesentlichen für ihr Angebot übernahm – die Abweichung ist angesichts des hohen Projektvolumens marginal – stimmte sie der von Bezzola Denoth angestrebten Angebotskoordination zumindest durch konkludentes Verhalten zu.
- Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einer (potenziellen) Konkurrentin im Vorfeld der Eingabe ihren Angebotspreis offenlegt, namentlich wenn es sich unabhängig von der Konkurrentin verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum künftigen Eingabeverhalten auf und riskiert, von der Konkurrentin in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass Bezzola Denoth vorliegend Martinelli vor Ablauf der Eingabefrist in der E-Mail vom [...] eine Angabe zu ihrer Eingabesumme kommuniziert hat, ist mit typischem Verhalten in (tatsächlichen oder potenziellen) Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar; dies umso mehr, als Bezzola Denoth Interesse an der Ausführung des Bauprojekts hatte. Vielmehr lässt sich ein solches Verhalten nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

<sup>68</sup> Act. 83 (22-0464).

<sup>69</sup> Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

<sup>70</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 4A\_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

- Schliesslich räumte Bezzola Denoth ein, dass es zwischen Martinelli und ihr beim strittigen Bauprojekt tatsächlich zu einer Angebotskoordination gekommen sei. [...] Auch die Aussagen von Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 (vgl. Rz 46 hiervor) zielen in diese Richtung.

61. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### **B.4.1.2 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Hartmann**

62. Weiter ist zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ebenfalls ein Konsens über eine Angebotskoordination zustande gekommen ist. In diesem Zusammenhang macht Hartmann geltend, dass sie an der strittigen Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen habe, sondern mit dem [Architekt Z] mündlich vereinbart habe, lediglich eine unverbindliche „Richtofferte“ einzureichen. Ein bewusstes Zusammenwirken mit Bezzola Denoth habe nicht vorgelegen.

63. Im Folgenden ist vorab zu klären, welche Rolle Hartmann bei der strittigen Ausschreibung einnahm. Dabei sind zunächst die erhobenen Urkunden zu würdigen. Mit E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) liess Bezzola Denoth Hartmann eine vorkalkulierte Offerte zukommen. In der E-Mail hielt sie Folgendes fest: *„Im Anhang gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E] die entsprechende SIA. Eingabe Netto inkl. MwSt. Fr. [...]“*. Dem E-Mailtext ist kein Hinweis zu entnehmen, dass Hartmann an der Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilnehmen würde, sondern lediglich eine unverbindliche „Richtofferte“ einzureichen gedenkt hätte. Daher ist davon auszugehen, dass Bezzola Denoth zu diesem Zeitpunkt keine dahingehende Kenntnis hatte, was sie im Übrigen selber bestätigte<sup>71</sup>. Auch im Vergleich der eingegangenen Offerten, welcher von der Bauleitung erstellt worden ist (vgl. Rz 51), findet sich kein Hinweis darauf, dass das Angebot von Hartmann als „Richtofferte“ zu verstehen und daher unverbindlich gewesen sei. Vielmehr fand ihr Angebot wie alle übrigen Angebote – welche unbestrittenermassen verbindlich waren – Eingang in die Offertübersicht der Bauleitung.

64. Dennoch lassen die erhobenen Urkunden keinen eindeutigen Schluss zu, ob Hartmann an der Ausschreibung – wie von ihr behauptet – tatsächlich nur als richtoffertstellendes Unternehmen und nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilnahm. Zur Klärung dieser Tatfrage sind daher die Aussagen und Auskünfte der befragten Personen in die Beweiswürdigung einzubeziehen. Diese ergeben folgendes Bild:

- [Architekt Z] bestätigte, dass Hartmann für das vorliegende Projekt sowohl im [...] (betreffend [...]) als auch im [...] (betreffend [...]) eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Es habe eine mündliche Abmachung mit [Mitarbeiter D] von Hartmann bestanden.<sup>72</sup> In die gleiche Richtung

zielen die Angaben der Bauherrschaft, die [...] (vgl. Rz 55).

- Dagegen hatte Bezzola Denoth, mit welcher der strittige Informationsaustausch erfolgte, nach eigenen Angaben keine Kenntnis davon, dass Hartmann bloss eine „Richtofferte“ einreichen würde. Gleiches gilt für [Architekt X], Vater von [Architekt Z] und ebenfalls Architekt (vgl. Rz 46 hiervor), sowie für die Bauleitung (vgl. Rz 54 hiervor).

65. Weshalb Hartmann Bezzola Denoth, den [Architekt X] und die Bauleitung nicht darüber informierte, dass ihr Angebot als unverbindliche „Richtofferte“ zu verstehen sei, etwa durch entsprechende Klarstellung in ihrem Angebot oder Begleitschreiben, wirft Fragen an ihrer Sachverhaltsschilderung auf. Immerhin handelte es sich hierbei um Beteiligte, die im Zusammenhang mit der Vergabe des [Bauprojekts 1] eine wesentliche Rolle wahrnahmen.

66. Letztlich kann dies aber offengelassen werden. Die Behörde darf eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. Vorliegend lassen die im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben von [Architekt Z] und der Bauherrschaft konkrete und unüberwindbare Zweifel aufkommen, dass Hartmann an der strittigen Ausschreibung tatsächlich als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen hat. Bei einer solchen Beweislage ist auf die für das beschuldigte Unternehmen günstigere Sachverhaltsversion abzustellen (Grundsatz in dubio pro reo). Im Ergebnis ist daher zugunsten der Parteien anzunehmen, dass Hartmann der Bauherrschaft mitteilte, dass sie kein verbindliches Angebot einreichen werde, sondern bloss eine unverbindliche „Richtofferte“. Diese Mitteilung erfolgte im konkreten Fall wohl indirekt, nämlich über den [Architekt Z]. Dadurch verzichtete Hartmann, bei der Ausschreibung als Anbieterin der nachgefragten Bauleistungen teilzunehmen.

67. Ebenfalls zugunsten der Parteien ist zu folgern, dass dieser Angebotsverzicht von Hartmann nicht auf einen Kontakt mit Bezzola Denoth zurückzuführen ist. Massgebend ist dabei, dass die mündliche Abmachung zwischen dem [Architekt Z] und Hartmann betreffend „Richtofferte“ von [Mitarbeiter D] veranlasst wurde, während der Kontakt mit Bezzola Denoth seitens Hartmann durch [Mitarbeiter E] erfolgte. [Mitarbeiter D] gab an, dass er bei Hartmann zunächst intern für die Betreuung des [Bauprojekts 1] zuständig gewesen sei. Da er aber noch vor Einreichung der „Richtofferte“ ferienabwesend gewesen sei, habe er das Dossier an [Mitarbeiter E] übergeben. Aus diesem Grund ist in zeitlicher Hinsicht anzunehmen, dass die mündliche Abmachung zwischen [Mitarbeiter D] und [Architekt Z] betreffend „Richtofferte“ getroffen worden ist, bevor der Kontakt zwischen Bezzola Denoth ([Mitarbeiter A]) und Hartmann ([Mitarbeiter E]) stattfand.

<sup>71</sup> Act. 87, Zeilen 138 ff. (22-0464).

<sup>72</sup> Act. 83 (22-0464).

68. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht beweisen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] als verbindliche Angebote zu koordinieren. Zwar war das Verhalten von Bezzola Denoth ihrerseits durchaus darauf gerichtet, mit Hartmann einen solchen Konsens zu erzielen. Diese hatte jedoch – unabhängig von der Kommunikation mit Bezzola Denoth – nicht den Willen, der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot zu unterbreiten. Eine Einigung im Sinne von tatsächlich übereinstimmenden Willenserklärungen konnte zwischen ihnen daher unter diesem Gesichtspunkt nicht zustande gekommen sein.

69. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. Immerhin liess sich Hartmann auf den Kontakt mit Bezzola Denoth ein und erhob keine Einwände, dass diese ihr eine vorkalkulierte Offerte zustellte. Die Behauptung von Hartmann in diesem Zusammenhang, dass ihr Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) unaufgefordert geschickt habe, ist unglaublich. Im E-Mailtext bezog sich Bezzola Denoth explizit auf eine vorgängige „Absprache“ mit [Mitarbeiter E], Hartmann. Sodann wäre es nicht nachvollziehbar, wenn ein Unternehmen eine (potenzielle) Konkurrentin bei der Ausarbeitung einer („Richt“-)Offerte unterstützen würde, wenn es bei der Konkurrentin nicht die Bereitschaft, sich einvernehmlich zu verhalten, erkennen würde. Dabei ist auch die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen. Bezzola Denoth hatte Interesse an der Ausführung des Bauprojektes. Sie hätte die Mühe, eine Offerte für Hartmann zu kalkulieren, nicht auf sich genommen, wenn sie damit hätte rechnen müssen, dass Hartmann anschliessend ihren Interessen zuwiderlaufen würde, etwa durch ein tieferes Angebot oder eine tiefere „Richtofferte“, welche den Zuschlag bzw. den Zuschlagspreis von Bezzola Denoth gefährden würde. Dies ist im Übrigen auch den Aussagen von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, zu entnehmen. Für ihn war aufgrund des Kontakts mit [Mitarbeiter E] klar, dass diese kein Interesse am fraglichen Bauprojekt hatte und nichts unternehmen würde, was ihre Interessen beeinträchtigen würde. Schliesslich fällt auf, dass die von Bezzola Denoth für Hartmann vorkalkulierte Offerte den Betrag von CHF [...] (inkl. MWST) aufwies. Das unverbindliche Angebot von Hartmann („Richtofferte“), das sie der Bauherrschaft unterbreitete, belief sich auf CHF [...]. Angesichts des hohen Bauvolumens [...] kann es kaum auf Zufall beruhen, dass diese Zahlen – abgesehen von einer marginalen Differenz von CHF [...] – nahezu übereinstimmen. Vielmehr ist anzunehmen, dass Hartmann ihre „Richtofferte“ auf die von Bezzola Denoth vorkalkulierte Offerte stützte. Dies deckt sich auch mit den vorangehenden Feststellungen, dass Hartmann gegenüber Bezzola Denoth im Rahmen ihres Kontakts zum Ausdruck gebracht haben muss, dass sie deren Interessen nicht zuwiderlaufen werde.

70. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten

Offerte von Bezzola Denoth entspricht. In Bezug auf Hartmann ist dagegen nicht erstellt, dass sie der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot unterbreitete, sie also als Anbieterin von Bauleistungen an der Ausschreibung teilnahm. Daher konnte zwischen Bezzola Denoth und Hartmann auch kein Konsens darüber zustande gekommen sein, ihre verbindlichen Angebote zu koordinieren.

#### B.4.2 Verfolgter Zweck

71. Wie erstellt ist (vgl. Rz 57 ff. hiervor), kamen Bezzola Denoth und Martinelli überein, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Zwar trifft es zu, dass auch noch individuell unterschiedliche Motive der beteiligten Unternehmen eine Rolle gespielt haben dürften. Martinelli bringt etwa vor, dass sie der Bauherrschaft ein Angebot abgeben wollte, um bei weiteren Ausschreibungen des gleichen Architekten im Oberengadin berücksichtigt zu werden. Das konkrete Projekt wollte sie jedoch nicht ausführen. Insofern zielte sie nicht darauf, eine Vergabe des Projekts an Bezzola Denoth durch ein tieferes Angebot zu gefährden. In diesem Punkt deckt sich ihre Absicht mit derjenigen von Bezzola Denoth, die daran interessiert war, nicht von anderen Anbietern unterboten zu werden, zumal sie an der Ausführung des Projekts interessiert war. Somit war das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Martinelli von der gemeinsamen Absicht getragen, sich nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

72. Ähnlich verhält es sich beim Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann. Hartmann entschied sich, an der Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilzunehmen, sondern ein unverbindliches Angebot in der Form einer „Richtofferte“ abzugeben. Allerdings unterbreitete sie der Bauherrschaft nicht unabhängig eine solche unverbindliche Offerte. Vielmehr liess sie sich darauf ein, sich mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der „Richtofferte“ abzustimmen (vgl. Rz 69 f.). Damit untergrub sie den Zweck von „Richtofferten“. Mit einer „Richtofferte“ soll die Bauherrschaft eine neutrale Offerte erhalten, an welcher sie die anderen Angebote messen und diese einschätzen kann (vgl. Rz 109 ff.). Die „Richtofferte“ von Hartmann war nicht neutral, sondern mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der Offerte koordiniert.

73. Aus welchen individuellen Gründen sich Hartmann mit Bezzola Denoth abstimmte, legte sie nicht dar, kann aber letztlich offengelassen werden. Das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann beruhte auf der gemeinsamen Absicht, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Auch daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### B.4.3 Rolle der Beteiligten

74. Weiter ist zu prüfen, von welchem Unternehmen die Initiative für die Verhaltensabstimmung der Parteien



ausging. Zudem ist zu klären, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

#### Initiative für die Angebotskoordination

75. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C] geht hervor, dass zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter C] ein vorgängiger Kontakt stattfand [„Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.“].<sup>73</sup> Auch [Mitarbeiter C] bestätigte anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Oktober 2015, dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.<sup>74</sup> Weiter ist auch der Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] so zu verstehen, dass im vorliegenden Fall ein vorgängiger Kontakt zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter E] stattgefunden haben muss [„gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E]“]. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] ein vorgängiger Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen stattfand.

76. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Diese Frage ist daher anhand der Parteiaussagen zu würdigen.

77. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter E] sei er im vorliegenden Fall wohl von [Mitarbeiter A] telefonisch kontaktiert worden (vgl. Rz 45). Allerdings gibt [Mitarbeiter E], aufgrund zeitlicher Distanz, auch Schwierigkeiten an, Details zu rekonstruieren.<sup>75</sup>

78. In Bezug auf Martinelli verfügt das Sekretariat über keine Informationen, da sich [Mitarbeiter C] an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 nicht erinnern konnte, ob Martinelli beim vorliegenden Bauprojekt eine Offerte eingereicht hat. Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter C], dass er dies nicht wisse.<sup>76</sup>

79. Zusammenfassend ist unklar, welches Unternehmen bei dieser Ausschreibung die Kontaktaufnahme veranlasste. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Verhaltensabstimmung nachgewiesen werden.

#### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

80. [Mitarbeiter A] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter C] (Martinelli) und an das Sekretariat der Hartmann. Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1].

81. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, vom 26. Oktober 2015 hätten die Unternehmen Martinelli und Hartmann auch tatsächlich eine Offerte von ihm erhalten.

82. Damit ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails (inkl. SIA-Dateien) vom [...] an Martinelli und Hartmann verfasst und verschickt hat. Eine Kommunikation durch die anderen Unternehmen ist nicht erfolgt, diese beschränkten sich bezüglich der Organisation darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

#### **B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen**

83. Gemäss den Angaben des verantwortlichen [Architekt X], [...], gab Bezzola Denoth für das [Bauprojekt 1] mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...] ein, Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Hartmann mit einer Summe von CHF [...]. Die eingereichten Offerten ergeben folgendes Bild:

|                                   | Offertsumme per E-Mail<br>(inkl. MWST) in CHF | Eingereichte Offertsumme<br>(inkl. MWST) in CHF <sup>77</sup> |
|-----------------------------------|---|---|
| [Unternehmen Q]<br>(nicht Partei) | Datei nicht lesbar                            | [...]   |
| Hartmann                          | [...]   | [...]   |
| Martinelli                        | [...]   | [...]   |

84. Somit reichten Martinelli (verbindliches Angebot) und Hartmann (unverbindliches Angebot) Eingaben ein, welche überschlagsmässig den in den E-Mails vom [...] von Bezzola Denoth genannten Summen entsprechen. Mit anderen Worten hielten sie sich an die getroffenen Abmachungen.

85. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth und Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzierten. Hartmann gab eine „Richtofferte“ in vereinbarter Höhe ein. Insofern unterbreitete sie der Bauherrschaft kein Angebot, das die Interessen von Bezzola

<sup>73</sup> Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

<sup>74</sup> Act. IV.028, Zeilen 198 ff.

<sup>75</sup> Act. IV.027, Zeilen 252 ff.

<sup>76</sup> In Zusammenhang mit der E-Mail vom [...] an Martinelli sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die Initiative zum Versand der E-Mail in Bezug auf das Projekt [...] (welche zudem auch das [Bauprojekt 1] betraf) wohl von Martinelli kam, da diese nicht im Unterengadin bauen würde. Act. IX.C.060, Zeile 352 f. (25-0039).

<sup>77</sup> Act. 18 (22-0464).

Denoth hätte beeinträchtigen können. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag. Mit dem Verhalten von Hartmann und Bezzola Denoth wurde der Zweck von „Richtofferten“, der Bauherrschaft ein neutrales unverbindliches Angebot zu unterbreiten, das als Vergleich und zur Einschätzung der restlichen Angebote dienen soll, unterwandert (vgl. Rz 109 ff.). Die unverbindliche Offerte von Hartmann stellte eine verfälschte „Richtofferte“ dar. Die Bauherrschaft wurde im Ergebnis durch das Verhalten von Hartmann getäuscht.

## B.5 Beweisergebnis

86. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über der Eingabesumme von Bezzola Denoth lag.

87. In Bezug auf Hartmann ist dagegen nicht erstellt, dass sie der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot unterbreitete, sie also als Anbieterin von Bauleistungen an der Ausschreibung teilnahm. Daher konnte zwischen Bezzola Denoth und Hartmann auch kein Konsens darüber zustande gekommen sein, ihre verbindlichen Angebote zu koordinieren. Allerdings ist erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt-“)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. Damit beabsichtigten sie, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Hartmann gab in der Folge eine „Richtofferte“ in vereinbarter Höhe ein. Insofern unterbreitete sie der Bauherrschaft tatsächlich kein Angebot, das den Interessen von Bezzola Denoth hätte zuwiderlaufen können und täuschte die Bauherrschaft mit einer verfälschten „Richtofferte“.

88. Nicht erstellt ist, welche Partei die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen hat. Demgegenüber ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erwiesen, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] samt vorkalkulierter Offerten an Martinelli und Hartmann verschickt hat. Der Zuschlag wurde Bezzola Denoth erteilt.

## C Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

#### C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

89. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher

Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

#### C.1.2 Verfügungsadressatinnen

90. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>78</sup>

91. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- D. Martinelli AG, St. Moritz
- Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz

#### C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

92. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

93. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 116). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

94. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

### C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

96. Im hier zu beurteilenden Markt 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.

### C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

<sup>78</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

98. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 129 ff.).

### C.3.1 Wettbewerbsabrede

99. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>79</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>80</sup>.

100. 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>81</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

101. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

102. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 86). Im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist erstellt, dass zwischen ihnen ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht.

103. Damit ist sowohl im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli als auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

104. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination zwischen Bezzola Denoth und Martinelli im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>82</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so

zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli diejenige der Schutzgeberin innehatte. Hartmann schützte durch ihre verfälschte „Richtofferte“ Bezzola Denoth.

#### C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

105. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>83</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>84</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>85</sup>

106. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.<sup>86</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>87</sup>

107. Diese Kriterien sind in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli einerseits und die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann andererseits differenziert zu betrachten.

108. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli beinhaltete, ihre Angebote in Bezug auf [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 57 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 57 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

<sup>79</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>80</sup> RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>81</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>82</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

<sup>83</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>84</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>85</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>86</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>87</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

109. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann zielte darauf, die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abzustimmen. Zunächst ist daher die Natur einer „Richtofferte“ zu klären.

110. Unter einer „Richtofferte“ versteht man in der Baubranche eine unverbindliche Offerte, die dem Bauherrn erlauben soll, die Kosten bzw. Marktpreise der von ihm nachgefragten Bauleistungen einschätzen zu können. Die Unverbindlichkeit der „Richtofferte“ impliziert, dass der Bauherr das entsprechende Angebot nicht annehmen kann. Es kann also zwischen dem Unternehmen, das eine „Richtofferte“ unterbreitet, und dem Bauherrn kein Werkvertrag über Bauleistungen zustande kommen, jedenfalls nicht unmittelbar durch Erklärung der Annahme des Angebots. Das Unternehmen, das eine „Richtofferte“ erstellt, nimmt an der Ausschreibung nicht als Anbieter von Bauleistungen teil. Vielmehr nimmt es gegenüber dem Bauherrn eine Art „Gutachterrolle“ wahr. Es soll im Rahmen der „Richtofferte“ eine Einschätzung betreffend Marktpreis der nachgefragten Bauleistungen abgeben. Eine solche „Richtofferte“ braucht nicht zwingend von einem Bauunternehmen erstellt zu werden. Auch Ingenieure, Architekten oder andere fachkundige Personen können vom Bauherrn – entgeltlich oder unentgeltlich – zur Unterbreitung einer „Richtofferte“ beigezogen werden.

111. Das Unternehmen, das im Rahmen der „Richtofferte“ eine Preisschätzung abgibt, hat typischerweise unabhängig von den Teilnehmern der Ausschreibung, d.h. von den Bauunternehmen, die das Projekt ausführen wollen, zu handeln. Dies ergibt sich aus der Natur der „Richtofferte“. Das Unternehmen, das zur Richtoffertstellung beigezogen wird, soll ein unbeeinflusstes „Gutachten“ erstellen. Nur dann kann die „Richtofferte“ ihre Funktion der Preisüberprüfung erfüllen.

112. Vorliegend hat Hartmann die Höhe der „Richtofferte“ mit Bezzola Denoth abgestimmt (vgl. Rz 69 f.). Darüber wurde die Bauherrschaft nicht in Kenntnis gesetzt, ebenso wenig die Bauleitung und der Architekt, was im Übrigen von Hartmann auch nicht behauptet worden ist. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, ob und inwiefern dieses Vorgehen unter privatrechtlichen Gesichtspunkten verwerflich bzw. unzulässig ist. Relevant ist aber, dass eine „Richtofferte“ geeignet ist, das Ergebnis einer Ausschreibung eines Bauprojekts zu beeinflussen. Fällt eine „Richtofferte“ etwa deutlich tiefer aus als die eingereichten (verbindlichen) Angebote, vermag dies die Verhandlungsposition des Bauherrn zu stärken. Allenfalls sieht er sich in einer solchen Konstellation zudem veranlasst, weitere Anbieterinnen zur Abgabe einer Offerte einzuladen oder im Extremfall die Ausschreibung abubrechen. Dagegen ist anzunehmen, dass eine hohe „Richtofferte“ die Verhandlungsposition der Anbieterinnen der Bauleistungen stärkt, insbesondere dasjenige Unternehmen, welches in der ersten Angebotsrunde das tiefste Angebot eingereicht hat. Aus diesen Gründen ist zu schliessen, dass die Verfälschung einer „Richtofferte“ den Wettbewerb zu beeinträchtigen vermag.

113. Indem sich Hartmann und Bezzola Denoth vorliegend in Bezug auf die Höhe der „Richtofferte“ abstimmten, trafen sie eine Abrede über einen im Wettbewerb

relevanten Aspekt. Der konkrete Abredeinhalt war somit in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Dass sie mit ihrem Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen könnten, war ihnen zudem bewusst. Ihr Zusammenwirken beruhte auf der gemeinsamen Absicht, durch die Abstimmung der „Richtofferte“ die Interessen von Bezzola Denoth in der strittigen Ausschreibung zu wahren (vgl. Rz 72 hier vor). Damit liegt auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

### C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

114. Bezzola Denoth und Martinelli sind als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und waren als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekts 1]. Die Abrede zwischen ihnen ist somit horizontaler Natur.

115. Anders verhält es sich bezüglich Bezzola Denoth und Hartmann. Bezzola Denoth nahm an der Ausschreibung [Bauprojekt 1] als Anbieterin von Bauleistungen teil, während Hartmann gegenüber der Bauherrschaft eine Funktion vergleichbar mit einer „Gutachterin“ wahrnahm. Damit fehlte es zwischen ihnen in Bezug auf die konkrete Ausschreibung an einem Konkurrenzverhältnis. Für die Beurteilung als Wettbewerbsabrede ist dies aber irrelevant. Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG ist so formuliert, dass sie alle Arten von Abreden erfasst, unabhängig davon ob sich die daran beteiligten Unternehmen auf derselben oder verschiedenen Marktstufen befinden. Erforderlich ist nur, dass sie überhaupt auf einem Markt tätig sind. Dadurch sind neben horizontalen und vertikalen Abreden auch sonstige Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren, bei denen die Unternehmen weder auf dem gleichen Markt noch auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind (etwa konglomerate Abreden).<sup>88</sup>

### C.3.1.4 Zwischenergebnis

116. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Bezzola Denoth und Martinelli sowie Bezzola Denoth und Hartmann in Bezug auf das [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken je eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig sind.

### C.3.2 Qualifikation der Wettbewerbsabreden

117. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

<sup>88</sup> RPW 2012/1, 102 f. Rz 155 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; vgl. auch Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, Ziff. 299.

- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

118. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abrede teilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegende Submissionsabrede ist sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>89</sup> Sie fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt (Rz 129 ff. hiernach).

119. Hingegen erfüllt die Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann betreffend die Abstimmung einer „Richtofferte“ den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Wie dargelegt worden ist, nahm Hartmann an der strittigen Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teil. Sie stand daher in diesem konkreten Fall in Bezug auf die Projektvergabe nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu Bezzola Denoth. Offen gelassen werden kann vorliegend die Frage, ob die Abrede über eine „Richtofferte“ als Preisabrede zu qualifizieren wäre. Die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist daher einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen (vgl. Rz 139 ff.).

### C.3.3 Relevanter Markt

120. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>90</sup> Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>91</sup>

121. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>92</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 160 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

#### C.3.3.1 Marktgegenseite

122. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>93</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z.B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

123. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche das [Bauprojekt 1] bzw. die „Richtofferte“ nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

#### C.3.3.2 Sachlich und räumlich relevanter Markt

124. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>94</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>95</sup>

125. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 1].

126. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>96</sup>

127. Das vorliegende Bauprojekt war naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

128. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

<sup>89</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

<sup>90</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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

<sup>92</sup> Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Marktabgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>93</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, *Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG*, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>94</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>95</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>96</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

### C.3.4 Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli: Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

129. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

130. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

131. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das einzige Unternehmen, von welchem damit überhaupt Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [...] identifiziert. Insbesondere waren die Abredeteilnehmer nicht mit Konkurrenzdruck von [Unternehmen Q], die ebenfalls offerierte, konfrontiert. Wie die E-Mail von Bezzola Denoth an [Unternehmen Q] vom [...] (Rz 40) sowie die Aussagen von Bezzola Denoth zeigen, liess sich auch [Unternehmen Q] auf eine Angebotskoordination mit Bezzola Denoth ein.

132. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>97</sup> Martinelli hielt sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 83 ff.). Somit bestand auch kein Innenwettbewerb.

133. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit bei der Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

134. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

135. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>98</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In

der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>99</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>100</sup>

136. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 118) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

137. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 120 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

138. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

### C.3.5 Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

139. Wie erörtert worden ist, ist die Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren (Rz 119). Bei solchen Abreden greift die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, nicht. Wie dargelegt worden ist, war Bezzola Denoth bei der Ausschreibung des [Bauprojekts 1] nur mit schwachem Konkurrenzdruck konfrontiert (vgl. Rz 131 f.). Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass auch in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann von einer Wettbewerbsbeseitigung auszugehen ist. Dies kann vorliegend aber offengelassen werden. Wie zu zeigen ist, hatte die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge (Rz 140 ff.) und die Abrede lässt sich nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen (Rz 147 f.).

<sup>97</sup> Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>98</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

<sup>99</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

<sup>100</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

140. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Wettbewerbsabreden ist anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu prüfen. Der Beurteilungsmechanismus für die Feststellung der Gesamterheblichkeit bestimmt sich grundsätzlich aufgrund einer Gesamtschau von qualitativer und quantitativer Erheblichkeit. Danach ist es nicht erforderlich, dass beide Komponenten im Sinne einer doppelten Erfüllung je für sich betrachtet als erheblich zu qualifizieren sind. Vielmehr reicht es aus, dass bei einer Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Einwirkung insgesamt die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten wird. Dabei kann eines der beiden Kriterien solch einen schwerwiegenden nachteiligen Eingriff darstellen und damit für die Gesamtbeurteilung eine derartige Bedeutung erlangen, dass das andere Kriterium selbst nur geringfügig ausgeprägt sein muss.<sup>101</sup> Unter qualitativen Aspekten ist zu beurteilen, welche Wettbewerbsparameter durch die Abrede betroffen sind, um anschliessend deren Bedeutung im relevanten Markt zu ermitteln (vgl. Rz 141). In quantitativer Hinsicht sind die aktuelle und potenzielle Konkurrenz sowie in der Regel die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren (vgl. Rz 142 ff.).<sup>102</sup>

### C.3.5.1 Qualitative Kriterien

141. Vorliegend ist erwiesen, dass Bezzola Denoth und Hartmann die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abgestimmt haben. Offengelassen werden kann die Frage, ob es sich hierbei um eine Abrede über den Preis handelt. Fest steht, dass eine „Richtofferte“ das Ergebnis einer Ausschreibung zu beeinflussen vermag. Beispielsweise kann der Bauherr eine tiefe „Richtofferte“ dazu verwenden, den Preis für die Bauleistungen in den Abgebotsrunden nach unten zu drücken. Weiter kann sich der Bauherr aufgrund der „Richtofferte“ veranlasst sehen, weitere Unternehmen zur Abgabe eines Angebots einzuladen. Schliesslich kann ein zu grosser Unterschied zwischen „Richtofferte“ und den eingereichten Angeboten gar zum Abbruch der Submission führen.<sup>103</sup> Vor diesem Hintergrund ist das Schädigungspotenzial der Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann, die zur Verfälschung der „Richtofferte“ führte, als gross zu werten. Die qualitativen Gesichtspunkte sprechen somit dafür, dass das Kriterium der Erheblichkeit gegeben ist.

### C.3.5.2 Quantitative Kriterien

142. Angesichts der Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigung in qualitativer Hinsicht, die derjenigen einer Vermutungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gleicht, genügt vorliegend für die Bejahung der Erheblichkeit eine minimale Einwirkung auf den Wettbewerb.<sup>104</sup> Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Gesamtbetrachtung bei einer – in qualitativer Hinsicht – solch schwerwiegender Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG überhaupt auch unter quantitativen Aspekten zu erfolgen hat oder ob die fehlende Notwendigkeit der Prüfung unter quantitativen Kriterien einzig auf die Vermutungsabreden des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beschränkt ist. Dies kann vorliegend aber offengelassen werden, zumal bei der zu beurteilenden Abrede – wie im Folgenden gezeigt wird – auch die quantitativen Aspekte bedeutsam waren.

143. Es steht vorliegend fest, dass nur von [...] tatsächlicher Aussenwettbewerb ausgehen konnte. Wie gezeigt worden ist, liess sich – neben Martinelli und Hartmann –

auch [Unternehmen Q] auf eine Verhaltensabstimmung mit Bezzola Denoth ein (vgl. Rz 131). Somit ist der aktuelle Aussenwettbewerb als schwach zu werten.

144. Potenzielle Aussenwettbewerber können in den Markt eindringen, wenn die Bauherrin weitere Offerten einholt. Gemäss [Architekt X] seien alle Grossunternehmen im Unterengadin für dieses Projekt angefragt worden (Rz 50). Aufgrund der Termine seien nur Grossunternehmen in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen. Das heisst, dass wenig wahrscheinlich ist, dass weitere Bauunternehmen in den Markt hätten eindringen können. Somit war auch der potenzielle Aussenwettbewerb schwach.

145. Damit sprechen auch die quantitativen Aspekte dafür, dass das Kriterium der Erheblichkeit gegeben ist.

### C.3.5.3 Ergebnis

146. Dies führt dazu, dass das Ergebnis der Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Kriterien eindeutig ausfällt: Die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist zu bejahen.

### C.3.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

147. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen 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 (Bst. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b).

148. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede zwischen ihnen stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

<sup>101</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.2.2, GABA; RPW 2016/4, 1140 Rz 348, Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>102</sup> RPW 2005/2, 263 Rz 72, *Swico/Sens*; RPW 2009/2, 150 Rz 64, 153 Rz 75 *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 301 f.; RPW 2010/4, 679 Rz 232, *Hors-Liste Medikamente*; vgl. auch ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekenntmachung 2010 der WEKO, Jusletter vom 23. August 2010, Rz 13.

<sup>103</sup> RPW 2009/4, 339 Rz 2, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>104</sup> RPW 2016/4, 1147 Rz 400, Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

## C.4 Massnahmen

### C.4.1 Anordnung von Massnahmen

149. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>105</sup>

150. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

151. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

152. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

153. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>106</sup>

### C.4.2 Sanktionierung

154. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

#### C.4.2.1 Voraussetzungen

155. Bezzola Denoth und Martinelli erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG. Bezzola Denoth AG und Martinelli haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. Anders verhält es sich für Hartmann. Sie hat sich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu subsumieren ist. Ein solcher Verstoss kann nicht sanktioniert werden.

156. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für Bezzola Denoth und Martinelli handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

#### C.4.2.2 Bemessung

##### C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

157. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

<sup>105</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

<sup>106</sup> Vgl. Entscheidung der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.



158. 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>107</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>108</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>109</sup>

#### a) Basisbetrag

159. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

160. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz.

161. Hingegen erzielte Martinelli keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.

162. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

163. Vorliegend wird als Basisumsatz die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 51). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

164. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel

schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 Prozent, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

165. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli als schützendes Unternehmen beteiligten sich an einer Abrede, welche den Preis sowie die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Dabei handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zudem wurde der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt.

166. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

167. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

168. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Martinelli als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

#### b) Dauer des Verstosses

169. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 Prozent, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 Prozent möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

170. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

#### c) Erschwerende Umstände

171. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Ordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

<sup>107</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>108</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>109</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

## Anstiftung

172. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>110</sup>

173. Vorliegend ist nicht erstellt (vgl. Rz 74 ff.), welche Verfahrenspartei beim [Bauprojekt 1] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offengelassen werden. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

## Führende Rolle

174. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>111</sup>

175. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>112</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>113</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>114</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>115</sup> Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>116</sup> Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>117</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tat-

beiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

176. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] inkl. kalkulierter Datei an Martinelli zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 38 ff. hiervor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>118</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Martinelli. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

<sup>110</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

<sup>111</sup> Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 110), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenot/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>112</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>113</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>114</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>115</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>116</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>117</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, IAZ International Belgium et al., Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

<sup>118</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

177. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

#### d) Mildernde Umstände

178. Martinelli stritt den Sachverhalt anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 nicht ab und zeigte sich in Bezug auf das vorgeworfene Verhalten zunächst einsichtig. Allerdings stellte sie mit ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 das gesamte Beweisergebnis in Abrede, insbesondere den erwiesenen Konsens zwischen Bezzola Denoth und Martinelli betreffend die Angebotskoordination. Eine Sanktionsreduktion infolge kooperativen Verhaltens im Verfahren ist daher nicht angezeigt.

#### C.4.2.2.2 Maximalsanktion

179. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

#### C.4.2.2.3 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

##### Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

180. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

##### Bezzola Denoth

181. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 5 ff.) ersichtlich, reichte Bezzola Denoth am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Bezzola Denoth reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen. Somit ist Bezzola Denoth die erste Selbstanzeigerin in der vorliegenden Untersuchung 22-0433/22-0464: Engadin VII.

182. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungsöffnung das [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte auch entscheidende Beweismittel (die zwei vorab erwähnten E-Mails vom [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde. Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abreden vor und erläuterte

te und präzisierte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug.

183. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth Martinelli oder Hartmann zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hat. Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 174 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.<sup>119</sup> Damit ist ihr die Sanktion vollständig zu erlassen.

#### C.4.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

184. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>120</sup> Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.

185. [...] <sup>121</sup> [...] <sup>122</sup> [...].

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

187. [...].

188. [...].

#### C.4.3 Ergebnis

189. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungsstrafe in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien angemessen:

- Bezzola Denoth: CHF 0
- Martinelli: CHF [...]

#### D Kosten

190. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>124</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

191. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbe-

<sup>119</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>120</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>121</sup> Act. 52, Rz 62 ff. (22-0464).

<sup>122</sup> Act. 69 (22-0464).

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

<sup>124</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

schränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

191. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

192. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen, stehen dabei im Vordergrund.<sup>125</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>126</sup>).

193. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200 bis 290.

194. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) auch in Bezug auf das vorliegende Bauobjekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 99 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 19'800.
- 12 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'480.

195. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 43'280.

196. Die Bezzola Denoth, Hartmann und Martinelli zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 14'426.

197. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 184 ff.) hat Martinelli einen Anteil von [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Bezzola Denoth AG, der D. Martinelli AG und der Nicol. Hartmann & Cie. AG wird untersagt
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
  - 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
    - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
    - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
  - 2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol, mit einem Betrag von CHF 0.
  - 2.2 D. Martinelli AG, St. Moritz, mit einem Betrag von CHF [...].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 43'380 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 3.1 Die Bezzola Denoth AG trägt CHF 14'426.
  - 3.2 Die D. Martinelli AG trägt CHF [...].
  - 3.3 Die Nicol. Hartmann & Cie. AG trägt CHF 14'426.
  - 3.4 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Bezzola Denoth AG, in Scuol, vertreten durch [...];
  - D. Martinelli AG, in St. Moritz, vertreten durch [...];
  - Nicol. Hartmann & Cie. AG, in St. Moritz, vertreten durch [...];

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>125</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>126</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

**Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von einem Teil der Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Januar 2019). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.**

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend 22-04qq: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q ([Bauprojekt 1]) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen*

1. **Bezzola Denoth AG**, in Scuol, vertreten durch [...];
2. **Implenia Schweiz AG**, in Dietlikon, vertreten durch [...];
3. **Lazzarini AG**, in Samedan, vertreten durch [...].

**A Verfahren****A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Bezzola Denoth AG, Scuol, die Implenia Schweiz AG, Dietlikon, sowie die Lazzarini AG, Samedan, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben.

**A.2 Untersuchungsadressatinnen****A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol**

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien.

**A.2.2 Implenia Schweiz AG, Dietlikon**

3. Die Implenia Schweiz AG (nachfolgend: Implenia) mit Sitz in Dietlikon entstand 2006 aus dem Zusammenschluss von Zschokke und Batigroup. Laut Handelsregister bezweckt sie den Betrieb eines Bauunternehmens. Ihr Geschäftsbereich umfasst u.a. im In- und Ausland die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau für fremde und eigene Rechnung. Die Implenia verfügt über zahlreiche Standorte, u.a. auch in [...].

**A.2.3 Lazzarini AG, Samedan**

4. Die Lazzarini AG (nachfolgend: Lazzarini) mit Sitz in Samedan wurde laut ihrer Website 1913 ursprünglich als

Maurergeschäft gegründet.<sup>2</sup> Lazzarini ist in den Bereichen Immobilien und Hoch-, Tief-, Grosstief- sowie Holzbau tätig. Bis 2009 firmierte Lazzarini unter der Bezeichnung G. Lazzarini & Co. AG. Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Chur und in Scuol im Kanton Graubünden sowie in Buchs im Kanton St. Gallen.

**A.3 Verfahrensgeschichte**

5. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch gegen Bezzola Denoth, Lazzarini und Implenia. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth, Lazzarini und Implenia.

6. Am 1. November 2012 reichte Implenia eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> in Bezug auf das Unterengadin und das Oberengadin ein,<sup>4</sup> welche sie mehrfach ergänzte.

7. Am 1. November 2012 reichte Lazzarini eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Unterengadin ein.<sup>5</sup> Am 7. Dezember 2012 ergänzte Lazzarini ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt.<sup>6</sup>

8. Am 9. November 2012 reichte Bezzola Denoth eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Unterengadin<sup>7</sup> ein. Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt<sup>8</sup>, ebenso am 1. Februar 2013.<sup>9</sup>

9. Im Rahmen der mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte Implenia zwei Hochbauprojekte im Kanton Graubünden an und präzisierte, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei.<sup>10</sup>

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

<sup>2</sup> <<http://www.lazzarini.ch/Firmenportrait.9.0.html>> (28.3.2017).

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Act. IX.A.1 (25-0037). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-04qq) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25-er) wurde ebenfalls angegeben.

<sup>5</sup> Act. IX.B.001 (25-0038).

<sup>6</sup> Act. IX.B.007, pag. 19 (25-0038).

<sup>7</sup> Act. IX.C.003 (25-0039).

<sup>8</sup> Act. IX.C.027, pag. 20-21 (25-0039).

<sup>9</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>10</sup> Act. IX.A.11 (25-0037).

10. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013<sup>11</sup> fragte das Sekretariat bei Implenla nach, ob die zwei angezeigten Hochbauprojekte am 16. November 2012 die einzigen Hochbauprojekte im Kanton Graubünden seien, welche durch die interne Untersuchung bei Implenla hätten identifiziert werden können und ob die Bonusmeldung im Bereich Hochbau weiterhin den ganzen Kanton Graubünden betreffe oder nur gewisse Teile davon.

11. Mit Eingabe vom 4. April 2013<sup>12</sup> zeigte Implenla weitere Hochbauprojekte im Kanton Graubünden, die nicht im Engadin gelegen waren, an und wiederholte, dass sie im Bereich des Hochbaus – ausser im Engadin – im ganzen Kanton Graubünden tätig sei.<sup>13</sup>

12. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.

13. Am 23. April 2013 teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO Implenla mit, dass die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass nach Art. 9 Abs. 3 Bst. a–c SVKG für die von ihr angezeigten unzulässigen Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit dem Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden durch Implenla erfüllt seien.<sup>14</sup>

14. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 gab das Sekretariat Implenla die Möglichkeit, deren Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen.<sup>15</sup>

15. Am 26. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, im Rahmen der Selbstanzeige der Bezzola Denoth zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] befragt.<sup>16</sup>

16. Am 18. November 2015 ergänzte Implenla ihre Bonusmeldung u.a. in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.<sup>17</sup>

17. Am 23. November 2015 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-04qq: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden ab.<sup>18</sup>

18. Am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige erneut in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.<sup>19</sup>

19. Am [...] 2016 stellte das Sekretariat der Bauherrin [...] ein Auskunftsbegehren zu, welchem sie mit Eingabe vom [...] 2016 nachkam.<sup>20</sup>

20. Am 8. April 2016 wies das Sekretariat Lazzarini darauf hin, dass einzelne bisherige Aussagen und Auskünfte von Lazzarini, u.a. auch zum Projekt „[Bauprojekt 1]“, nach vorläufiger Beurteilung des Sekretariats keinen Selbstanzeigegehalt aufweisen würden.<sup>21</sup> Am 19. April 2016 wiederholte Lazzarini im Wesentlichen ihre Aussagen betreffend [Bauprojekt 1], welche sie bereits am 7. Dezember 2012 gemacht hatte.<sup>22</sup>

21. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der

Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>23</sup>

22. Am 22. Juli 2016 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige betreffend das vorliegende Projekt.<sup>24</sup>

23. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>25</sup>

24. Am 10. November 2016 reichte die Implenla die nun mit Hilfe eines externen IT-Experten lesbar gemachten SIA-Dateien nach.<sup>26</sup>

25. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>27</sup>

26. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>28</sup>

27. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten sei. Implenla sei mit einem Betrag von CHF [...] und Lazzarini mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

28. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren.<sup>29</sup> Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>30</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Implenla nahm

<sup>11</sup> Act. IX.A.24 (25-0037).

<sup>12</sup> Act. IX.A.28 (25-0037).

<sup>13</sup> Act. IX.A.28, pag. 17 (25-0037).

<sup>14</sup> Act. IX.A.044 (25-0037).

<sup>15</sup> Act. IX.A.051 (25-0037).

<sup>16</sup> Act. IX.C.060 (25-0039), Zeilen 689 ff.

<sup>17</sup> Act. IX.A.053, pag. 3 (25-0037).

<sup>18</sup> Act. I.505, I. 520, I.525.

<sup>19</sup> Act. 1 (22-04qq/25-0037).

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

<sup>21</sup> Act. 4 (22-04qq/25-0038).

<sup>22</sup> Act. 5, pag. 3 (22-04qq/25-0038).

<sup>23</sup> Act. 5a (22-04qq).

<sup>24</sup> Act. 14, Beilage 1 und 2 (22-04qq/25-0037).

<sup>25</sup> Act. 15-17 (22-04qq).

<sup>26</sup> Act. 36 (22-04qq/25-0037).

<sup>27</sup> Act. 37-39 (22-04qq).

<sup>28</sup> Act. 42-44 (22-04qq).

<sup>29</sup> Act. 56 (22-04qq).

<sup>30</sup> Act. 55 (22-04qq).

zwischen 3. und 6. April 2017<sup>31</sup> sowie am 29. August 2017<sup>32</sup> in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen. Bezzola Denoth nahm am 20. April 2017<sup>33</sup> und Lazzarini am 28. April 2017<sup>34</sup> Einsicht in die Selbstanzeigen.

29. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017 nahm Lazzarini zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Lazzarini wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter B] ([Funktion]) und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>35</sup>

30. In der Stellungnahme vom 14. Juni 2017 und an der Anhörung vom 4. September 2017 anerkannte Lazzarini, an einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG beteiligt gewesen zu sein, welche eine Sanktion nach sich zieht. Allerdings sei der Lazzarini der Selbstanzeigestatus zu Unrecht im Antrag aberkannt worden und die beantragte Sanktionierung mit einem Betrag von CHF [...] sei zu hoch bemessen und daher zu reduzieren.

31. Am 14. Juni 2017 verzichtete Bezzola Denoth auf die Einreichung einer Stellungnahme und beantragte keine Anhörung durch die WEKO.<sup>36</sup> Am 4. September 2017 reichte Bezzola Denoth eine nachträgliche Stellungnahme<sup>37</sup> ein. Diese wurde zusammen mit den Protokollen der Anhörungen vom 4. September 2017 den anderen Parteien am 6. September 2017 zugestellt.<sup>38</sup>

32. Mit Eingabe vom 21. Juni 2017<sup>39</sup> nahm Implenla zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Implenla wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter C] ([Funktion]) und ihre Rechtsvertreter vertreten.<sup>40</sup>

33. In ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2017 und an der Anhörung vom 4. September 2017 machte Implenla geltend, dass sie als erstes Unternehmen im November 2012 eine Selbstanzeige im Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden eingereicht und mit der Wettbewerbsbehörde kooperiert habe. Somit sei Implenla als erste Selbstanzeigerin die Sanktion vollständig zu erlassen. Auf die einzelnen Vorbringen wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

34. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 5. Juli 2017, 25. August 2017<sup>41</sup>, 6.<sup>42</sup> und 13. September 2017<sup>43</sup> gewährt.

35. Implenla reichte eine zusätzliche Stellungnahme am 12. September 2017.<sup>44</sup>

36. Nach Beratung fällt die WEKO am 2. Oktober den vorliegenden Entscheid.

## B Sachverhalt

### B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

37. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>45</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>46</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht,

wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>47</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>48</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>49</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

38. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

### B.2 Beweisthema

39. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth, Implenla und Lazzarini übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorliegen, ihre Angebote bezüglich des [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...] zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

<sup>31</sup> Act. 58-61 (22-04qq).

<sup>32</sup> Act. 97 (22-04qq).

<sup>33</sup> Act. 63 (22-04qq).

<sup>34</sup> Act. 68 (22-04qq).

<sup>35</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 101 (22-04qq).

<sup>36</sup> Act. 79 (22-04qq).

<sup>37</sup> Act. 98 (22-04qq).

<sup>38</sup> Act. 101a (22-04qq).

<sup>39</sup> Act. 80 (22-04qq).

<sup>40</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 99 (22-04qq) und 100 (22-04qq/25-0037).

<sup>41</sup> Act. 93-95 (22-04qq).

<sup>42</sup> Act. 101a (22-04qq).

<sup>43</sup> Act. 104 (22-04qq).

<sup>44</sup> Act. 102 (22-04qq) und Act. 103 (22-04qq/25-0037).

<sup>45</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>46</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>47</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Beton-sanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>48</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>49</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

- welchen Zweck Bezzola Denoth, Implenla und Lazzarini mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 63 f.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 65 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth, Implenla und Lazzarini tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 77 ff.).

### B.3 Beweismittel

40. Im Zusammenhang mit der vorgeworfenen Verhaltensweise stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

#### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [Mitarbeiter D]

41. Es liegt eine E-Mail vom [...], um 08:17 Uhr, von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Lazzarini, mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit folgendem Inhalt vor:<sup>50</sup>

*„Hallo [Mitarbeiter D]*

*Im Anhang die entsprechende SIA.*

*Bemerkungen: Eingabesumme Bezzola Denoth Netto inkl. MWST Fr. [...].*

*[...]*

*Gruß [Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [Mitarbeiter D]

42. Es liegt eine E-Mail vom [...], 17:41 Uhr, von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Lazzarini, mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit folgendem Inhalt vor:<sup>51</sup>

*„Hallo [Mitarbeiter D].*

*[...] Ist in Arbeit. Voraussichtlich bis Donnerstagabend fertig. Schick dir sobald bereit eine entsprechende SIA*

*Gruß [Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [Mitarbeiter D]

43. Es liegt eine E-Mail vom [...], 15:16 Uhr, von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Lazzarini, inkl. Anlage „[...]“ mit folgendem Inhalt vor:<sup>52</sup>

*„Hallo [Mitarbeiter D].*

*Im Anhang die entsprechende SIA mit der Eingabe von Bezzola Denoth.*

*Bitte ca. [2–5] % höher bleiben. Tendenziell ist die [...] günstig und es wäre vorteilhaft im speziellen diese Kapitel zu heben.*

*Eingabe Bezzola Denoth*

*Brutto: Sfr. [...]*

*Netto inkl. MwSt. Sfr. [...]*

*Gruß [Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [[...]]@impenla.com]<sup>53</sup>

44. Von Bedeutung ist sodann die E-Mail vom [...] um 15:27 Uhr von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an Implenla [...] mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit folgendem Inhalt:<sup>54</sup>

*„Im Anhang die entsprechenden Dateien SIA 451 gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E]. Preise angepasst, können so eingegeben werden.*

*[...] = [...] = Netto inkl. MWST. Sfr. [...]*

*[...] = [...] = Netto inkl. MWST Sfr [...]*

*MFG*

*[BEZZOLA DENOTH]*

*[Mitarbeiter A]“*

Offertdeckblatt von Lazzarini

45. Anlässlich der Hausdurchsuchung bei Lazzarini beschlagnahmte das Sekretariat das Deckblatt der Offertbearbeitung von Lazzarini betreffend „[Bauprojekt 1]“. <sup>55</sup> Darauf ist unter der Rubrik „Entscheid Offerteingabe“ Folgendes vermerkt:

*„Strategieüberlegung Eingabe? Schutzofferte Bezzola Denoth ==> [...]“*

#### B.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

46. Im Rahmen ihrer Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde zeigte Bezzola Denoth ihre Verhaltensweise im Zusammenhang mit dem vorliegend zu beurteilenden Projekt an. Konkret hielt sie dazu fest: [...]

47. In ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 vermerkte Bezzola Denoth sodann zu [Bauprojekt 1]: [...].<sup>56</sup> Zudem reichte Bezzola Denoth den E-Mailverkehr mit Lazzarini vom [...] <sup>57</sup> bzw. vom [...] sowie den E-Mailverkehr mit Implenla [...] vom [...] ein.<sup>58</sup>

Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

48. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 antwortete [Mitarbeiter A] auf die Frage, was Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2013 mit dem

<sup>50</sup> Act. IX.C.035, pag. 45 (25-0039).

<sup>51</sup> Act. IX.C.035, pag. 45 (25-0039).

<sup>52</sup> Act. IX.C.035, pag. 44 (25-0039).

<sup>53</sup> Der E-Mail-Austausch vom [...] bzw. vom [...] mit Implenla wird vorliegend nicht wiedergegeben, da es sich dabei lediglich um eine Präzisierung der E-Mail vom [...] handelt. Siehe die detaillierten Ausführungen der Implenla betreffend diese E-Mails in Act. 36 (22-04qq/25-0037).

<sup>54</sup> Act. IX.C.035, pag. 47 f. und Act. 14, pag. 6 f. (22-04qq/25-0037).

<sup>55</sup> Act. III.E.003, pag. 11.

<sup>56</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>57</sup> Act. IX.C.035, pag. 44-46 (25-0039).

<sup>58</sup> Act. IX.C.035, pag. 47-49 (25-0039).



Ausdruck [...] gemeint habe, aus, dass er bei der E-Mail an [Mitarbeiter D] vom [...] Lazzarini die Offerte der Bezzola Denoth geschickt habe. Die E-Mail Korrespondenz auf pag. 47 bis 49 der Eingabe der Bezzola Denoth vom 1. Februar 2013 sei mit der Implenla [...] erfolgt. Er habe darin zusätzlich zu den [...] auch noch die Zahlen für die [...] geschickt.<sup>59</sup> Er wisse nicht, ob Lazzarini und Implenla effektiv eingegeben hätten. Speziell an diesem Projekt sei gewesen, dass [...]. Die anderen Unternehmen hätten sich daher keine grossen Chancen ausgemalt, den Auftrag zu erhalten.<sup>60</sup>

#### Eingaben der Lazzarini vom 7. Dezember 2012 und 19. April 2016

49. In ihrer Eingabe vom 7. Dezember 2012 machte Lazzarini folgende Aussage: In Bezug auf das [Bauprojekt 1] in [...] seien bei der im IT-System bei Lazzarini vorhandenen Ziel-Deckungsbeitragsberechnung keine eigenen Ansätze hinterlegt. Aus heutiger Sicht würde dies für die Zustellung der Kalkulationsdaten durch einen Konkurrenten via SIA-Schnittstelle sprechen. Da bei Lazzarini diesbezüglich keine Unterlagen vorhanden seien und sich [Mitarbeiter D] nicht mehr genau an den Fall erinnern könne, sei der exakte Ablauf allerdings nicht mehr eruierbar.<sup>61</sup>

50. In ihrer Eingabe vom 19. April 2016 wiederholte Lazzarini im Wesentlichen ihre Eingabe vom 7. Dezember 2012. Hinsichtlich des [Bauprojekt 1] führte Lazzarini in derselben Eingabe [Eingabe vom 7.12.2012] aus, dass sie mutmasslich durch eine ihrer Konkurrentinnen via SIA-Schnittstelle mit deren Kalkulationsdaten bedient worden sei.<sup>62</sup>

#### Eingaben der Implenla vom 18. November 2015, 17. Dezember 2015, 22. Juli 2016 und 10. November 2016

51. Gemäss Eingabe von Implenla vom 18. November 2015 bestünden, dem zuständigen Mitarbeiter von Implenla, [Mitarbeiter F], zufolge, objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Erstellung der Offerte der [Bauprojekt 1] in [...]. [Mitarbeiter F] selbst sei nicht in dieses Projekt involviert gewesen, sondern sein Vorgänger [Mitarbeiter G]. Gemäss [Mitarbeiter F] fehle für das [Bauprojekt 1] in [...] eine entsprechende Preiskalkulation im SAP-Programm der Implenla [...]. Dies sei ein Hinweis, dass die Preise nicht kalkuliert worden, sondern von einem Konkurrenten übernommen worden seien.<sup>63</sup>

52. Mit der Eingabe vom 17. Dezember 2015 reichte Implenla die E-Mail vom [...] von Bezzola Denoth an das Sekretariat der Implenla [...] mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ ein. Die der E-Mail angehängte SIA-Datei konnte hingegen nicht gelesen werden. Handschriftlich sind auf der E-Mail die Begriffe „Einlesen“ und „Ausdrucken“ vermerkt. Gemäss der Aussage von [Mitarbeiter F] würden die handschriftlichen Bemerkungen vermutlich die Anweisung von ihm oder [Mitarbeiter G] an [Mitarbeiter H] ([Funktion]) wiedergeben, die SIA-Datei in das SAP-Programm einzulesen und anschliessend die Offerte auszudrucken. Die in der E-Mail vom [...] vorgegebenen Preise würden auf fünf Rappen genau mit dem effektiv durch Implenla offerierten Preis übereinstimmen.<sup>64</sup>

53. Mit der Eingabe vom 22. Juli 2016 reichte Implenla zwei weitere E-Mails vom [...] und vom [...] betreffend dieses Projekt mit der Bezzola Denoth sowie den E-Mails angehängte SIA-Dateien ein.<sup>65</sup> Es handelt sich um dieselbe E-Mail-Korrespondenz mit Implenla [...], welche ebenfalls durch Bezzola Denoth eingereicht wurde.<sup>66</sup>

54. Am 10. November 2016 reichte die Implenla die inzwischen unter Beizug eines IT-Experten lesbar gemachten SIA-Dateien der E-Mails vom [...] ein.

### **B.3.3 Auskünfte von Dritten**

#### Auskünfte [von X, Vertreter der Bauherrin]

55. Die Bauherrin [...], vertreten durch [X], gab in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt folgende Auskünfte:<sup>67</sup>

56. [...].

57. [...].

58. Die Arbeiten seien schliesslich an Bezzola Denoth vergeben worden.

### **B.4 Beweiswürdigung**

#### **B.4.1 Konsens**

59. Der E-Mail-Verkehr vom [...] bzw. [...] zwischen Bezzola Denoth und Lazzarini, zusammen mit den ihnen angehängten SIA-Dateien, stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum Untersuchungsgegenstand stehen. Das Gleiche gilt für den E-Mail-Verkehr zwischen Bezzola Denoth und Implenla.

60. Die darin enthaltenen Sätze „Im Anhang die entsprechenden Dateien SIA 451 gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E]. Preise angepasst, können so eingegeben werden“ (an Implenla) bzw. „Im Anhang die entsprechende SIA mit der Eingabe von Bezzola Denoth. Bitte ca. [2–5] % höher bleiben“ (an Lazzarini) lassen keinen anderen Schluss zu, als dass Implenla und Lazzarini vorher mit Bezzola Denoth eine Abmachung getroffen haben müssen. Die beiden Bauunternehmen wurden durch den E-Mailverkehr gebeten, die von Bezzola Denoth vorkalkulierten Offerten einzugeben (Implenla) bzw. [2–5] % höher zu offerieren (Lazzarini).

61. Dieser Gehalt der E-Mails wird durch die Aussagen der Verfahrensparteien gestützt. So räumte Bezzola Denoth ein, dass der E-Mailverkehr mit Implenla und Lazzarini [...] und dass sie von Implenla und Lazzarini [...] Implenla bestätigte auch, dass keine Kalkulation in ihrem SAP-Programm zu diesem Projekt zu finden sei

<sup>59</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 694 ff. (25-0039).

<sup>60</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 712 ff. (25-0039).

<sup>61</sup> Act. IX.B.007, pag. 19 (25-0038).

<sup>62</sup> Act. 5, pag. 3 (22-04qq/25-0038).

<sup>63</sup> Act. IX.A.053, pag. 3 (25-0037).

<sup>64</sup> Act. 1, pag. 3 und 4 (22-04qq/25-0037).

<sup>65</sup> Act. 14 (22-04qq/25-0037).

<sup>66</sup> Act. IX.C.035, pag. 47-49 (25-0039).

<sup>67</sup> [...].

und dass sie eine Offerte einreicht habe, welche auf fünf Rappen genau mit der vorgegebenen Summe in der fraglichen E-Mail übereinstimme. Schliesslich gab auch Lazzarini an, dass sie vermutlich bei diesem Projekt mit der SIA-Datei einer Konkurrentin bedient worden sei. Im IT-System der Lazzarini seien keine eigenen Ansätze für die Kalkulation hinterlegt.<sup>68</sup>

62. Bei dieser Beweislage bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Implenja und Lazzarini bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth.

#### B.4.2 Verfolgter Zweck

63. Als Zweck für die Vorbereitung der Offerte von Implenja bzw. den Versand der SIA-Datei an Lazzarini wird von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass sie von Implenja und Lazzarini [...]. Damit bringt sie zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten. Andere Motive für die Verhaltensweisen der Parteien sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht.

64. Wie erstellt ist (vgl. Rz 62 hiervor), lag zwischen den Parteien ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Damit ist erstellt, dass für Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini der Zweck ihrer Verhaltensweisen darin bestand, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren.

#### B.4.3 Rolle der Beteiligten

65. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rollen die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise ausübten.

##### Initiative für die Angebotskoordination

66. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an Implenja [...] geht hervor, dass diesbezüglich zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter E] ein vorgängiger Kontakt stattgefunden haben muss [„Im Anhang die entsprechenden Dateien SIA 451 *gemäss Absprache mit [Mitarbeiter E].*“] (Hervorhebung durch die Behörde).

67. Zudem lässt auch die in sämtlichen E-Mails vom [...] sowie vom [...] verwendete Wendung [„Im Anhang die *entsprechende* SIA“] bzw. [„Im Anhang die *entsprechenden* Dateien SIA“] (Hervorhebung durch die Behörde) auf einen vorgängig erfolgten Kontakt schliessen.

68. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] bzw. vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand.

69. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen. Es liegen auch keine Parteiaussagen vor, die belegen würden, von wem die Initiative letztlich ausging.

70. Es ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz *in dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden.

##### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

71. [Mitarbeiter A] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] und vom [...] an [Mitarbeiter D] (Lazzarini) sowie in seiner E-Mail vom [...] an „[...]@implenia.com“. Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1].

72. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] vom 26. Oktober 2015 habe er Lazzarini die Offerte der Bezzola Denoth auch tatsächlich geschickt. Bei der E-Mail Korrespondenz mit Implenja habe er zusätzlich zu den [...] auch noch die Zahlen für [...] geschickt.

73. Lazzarini gab in ihrer Eingabe vom 7. Dezember 2012 zudem an, dass der Umstand, dass in Bezug auf das vorliegende Projekt für die im IT-System bei Lazzarini vorhandene Ziel-Deckungsbeitragsrechnung keine eigenen Ansätze hinterlegt seien, aus heutiger Sicht für eine Zustellung der Kalkulationsdaten durch einen Konkurrenten via SIA-Schnittstelle spreche.

74. Implenja zufolge fehle für das [Bauprojekt 1] in [...] eine entsprechende Preiskalkulation im SAP-Programm der Implenja [...]. Dies sei ein Hinweis darauf, dass die Preise nicht kalkuliert worden, sondern von einem Konkurrenten übernommen worden seien.

75. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, vom 26. Oktober 2015 sei ferner an diesem Projekt speziell gewesen, dass [...]. Die anderen Unternehmen hätten sich daher keine grossen Chancen ausgemalt, den Auftrag zu erhalten.<sup>69</sup>

76. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die E-Mails verfasst und versandt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. Lazzarini und Implenja beschränkten sich im Wesentlichen darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

<sup>68</sup> Act. IX.B.010, pag. 152 (25-0038).

<sup>69</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 712 ff. (25-0039).

#### B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

77. Gemäss den Angaben des verantwortlichen [Vertreters der Bauherrin] sei die Konkurrenzofferte von Lazzarini seiner Erinnerung nach höher als diejenige von Bezzola Denoth gewesen. [Der Vertreter der Bauherrin] erwähnte Implenja nicht als Submittentin. Allerdings bestätigte Implenja selber, dass sie eine Offerte eingereicht habe. Es ist daher anzunehmen, dass [der Vertre-

ter der Bauherrin] wohl [keine Verfahrenspartei] mit Implenja verwechselte.

78. Somit reichten Implenja und Lazzarini Eingaben ein, welche höher waren als diejenige von Bezzola Denoth. Die Offerte von Implenja entsprach fünf Rappen genau den Eingabesummen der E-Mails vom [...].

|                | Offertsumme per E-Mail<br>(inkl. MWST) in CHF |              | Eingereichte Offertsumme<br>(inkl. MWST) in CHF |                     |
|----------------|---|--------------|---|---------------------|
|                | [...]   | [...]        | [...]   | [...]               |
| Bezzola Denoth | [...]   | [...]        | [...] <sup>70</sup>                             | [...] <sup>71</sup> |
| Implenja       | [...]   | [...]        | [...] <sup>72</sup>                             | [...] <sup>73</sup> |
| Lazzarini      | keine Angabe                                  | keine Angabe | [...] <sup>74</sup>                             | [...] <sup>75</sup> |

79. Daraus ergibt sich, dass sich sowohl Implenja als auch Lazzarini im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielten. Sämtliche Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass sich Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini in Bezug auf das [Bauprojekt 1], nicht konkurrenzten. Bezzola Denoth erhielt schliesslich [...] den Zuschlag.

#### B.5 Beweisergebnis

80. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Implenja und Lazzarini höhere Offerten einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass Implenja und Lazzarini in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – Offerten einreichten, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lagen. Nicht bewiesen werden kann, welche Partei die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen hat. Der Zuschlag wurde – wie von den Parteien beabsichtigt – der Bezzola Denoth erteilt.

### C Erwägungen

#### C.1 Geltungsbereich

##### C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

81. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

#### C.1.2 Verfügungsadressatinnen

82. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>76</sup>

83. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol,
- Implenja Schweiz AG, Dietlikon,
- Lazzarini AG, Samedan.

#### C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

84. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

85. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 102). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

86. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

<sup>70</sup> Offerte vom [...], Act. III.D.011, pag. 47 sowie auch Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039), Angabe ohne MWST.

<sup>71</sup> Offerte vom [...], Act. 3, pag. 21 (22-04qq).

<sup>72</sup> Offerte vom [...], Act. IX.A.053, pag. 202 (25-0037).

<sup>73</sup> Offerte vom [...], Act. IX.A.053, pag. 24 (25-0037).

<sup>74</sup> Offerte vom [...], Act. III.E.003, pag. 2.

<sup>75</sup> Offerte vom [...], Act. III.E.003, pag. 1.

<sup>76</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, ADSL II.

## C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

88. Im hier zu beurteilenden Markt 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.

## C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

89. 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).

90. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 91 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 103 ff.).

### C.3.1 Wettbewerbsabrede

91. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>77</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>78</sup>.

92. 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>79</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

93. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

94. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Implenja und Lazzarini bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 62).

95. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

96. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>80</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Implenja und Lazzarini diejenige der Schutzgeberinnen innehatten.

#### C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

97. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>81</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>82</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>83</sup>

98. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.<sup>84</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>85</sup>

<sup>77</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>78</sup> RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>79</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>80</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

<sup>81</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>82</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>83</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>84</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>85</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

99. Die vorliegende Abrede beinhaltet, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 59 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrieren (Rz 64). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

100. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

### **C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

101. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### **C.3.1.4 Zwischenergebnis**

102. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

## **C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

103. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

### **C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

104. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth, Lazzarini und Implenla bildete die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>86</sup>

105. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

## **C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

106. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

107. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.<sup>87</sup>

108. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

### **C.3.2.2.1 Relevanter Markt**

109. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>88</sup>

110. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>89</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 133 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

<sup>86</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.; RPW 2015/2, 225 Rz 192, *Tunnelreinigung*.

<sup>87</sup> Siehe in diesem Sinne BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.1), Buchpreisbindung, sowie das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenla (Ticino) SA/WEKO.

<sup>88</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>89</sup> Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

### (i) Marktgegenseite

111. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>90</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z.B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

112. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

### (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

113. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>91</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>92</sup>

114. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Hoch- und Tiefbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 1].

115. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>93</sup>

116. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

117. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

#### C.3.2.2.2 Innenwettbewerb

118. Implemia und Lazzarini hielten sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] höhere Offerten einreichten als Bezzola Denoth (Rz 78 f.). Somit bestand kein Innenwettbewerb.

#### C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb

119. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken

oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

120. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Die Unternehmen, von welchen damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, [sind] allenfalls durch [keine Verfahrensparteien] identifiziert, wobei unklar ist, ob diese überhaupt [offerierten] (vgl. Rz. [...]). Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, wäre der von [ihnen] im konkreten Fall ausgegangene Konkurrenzdruck als schwach zu werten, wie [...] zu entnehmen ist (vgl. Rz [...]).

121. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>94</sup> Somit wurde der wirksame Wettbewerb durch die Abrede beseitigt.

### C.3.3 Ergebnis

122. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig und einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht zugänglich.

### C.4 Massnahmen

#### C.4.1 Anordnung von Massnahmen

123. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>91</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>92</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>93</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>94</sup> Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>95</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

124. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Implenia und Lazzarini werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

125. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

126. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

127. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>96</sup>

## C.4.2 Sanktionierung

128. Gemäss Art. 49a Abs. 1 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 bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

### C.4.2.1 Voraussetzungen

129. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und ha-

ben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

130. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

## C.4.2.2 Bemessung

### C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

131. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

132. 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>97</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>98</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>99</sup>

#### a) Basisbetrag

133. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

<sup>96</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>97</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>98</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>99</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

134. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erhielt bei der vorliegenden abgesprochenen Submission den Zuschlag zu einem Preis in der Höhe von [...].<sup>100</sup>

135. Lazzarini und Implenja erzielten keinen Umsatz, da ihnen die Rolle der Schutzgeber zugedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.

136. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

137. Vorliegend wird als Basisumsatz für die drei abredeteiligen Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] ([...]) sowie CHF [...] ([...]) herangezogen (vgl. Rz 78). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...] bzw. CHF [...].

138. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.

139. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Implenja und Lazzarini als schützende Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Sämtliche Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen

des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen.

140. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

141. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % der relevanten Offertsumme als angemessen, d.h. CHF [...] bzw. CHF [...], insgesamt CHF [...].

142. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Implenja und Lazzarini als jeweils „schützende“ Unternehmen ein Basisbetrag von jeweils CHF [...] als angemessen.<sup>101</sup>

## b) Dauer des Verstosses

143. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

144. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag aus Gründen der Dauer des Verstosses nicht zu erhöhen.

## c) Erschwerende Umstände

145. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Ordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

<sup>100</sup> Offerte vom [...], Act. 3, pag. 21 (22-04qq).

<sup>101</sup> RPW 2013/4, 616 f. Rz 951, 6. bis 8. Lemma, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*: „Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Markts – 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.[...] Sodann beabsichtigt die WEKO, die hier aufgeführte Praxis auch künftig bei Einzelsubmissionsabreden und -märkten anzuwenden.“



## Anstiftung

146. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>102</sup>

147. Wie in Rz 70 ausgeführt, ist nicht erstellt, welche Verfahrenspartei beim [Bauprojekt 1] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offengelassen werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Basisbetrag daher bei keiner Verfahrenspartei zu erhöhen. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

## Führende Rolle

148. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen in besonderem Masse zur Vorbereitung, zur Organisation oder zur Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung beigetragen hat (Beurteilung im Einzelfall). Indizien für die Einnahme einer führenden Rolle bestehen zum einen in der Organisation und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen in der Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Mass, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>103</sup>

149. Da der Ordnungsgeber weder die anstiftende noch die führende Rolle definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>104</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die Praxis der EU-Gerichte zur Anführerschaft hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>105</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>106</sup> Anführerschaft liegt etwa dann vor, wenn das Unternehmen dem Kartell durch punktuelle Initiativen spontan einen grundlegenden Impuls gegeben hat.<sup>107</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>108</sup> Dieser Fall liegt vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>109</sup> Gleiches gilt, wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen

innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>110</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

150. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] bzw. [...] inkl. kalkulierter SIA-Dateien Implenia und Lazzarini zusandte. Darin gab sie ihnen an, um welchen Preis Implenia der Bauherrschaft eine Offerte unterbreiten sollte bzw. um welchen Prozentsatz Lazzarini höher offerieren sollte (vgl. Rz 43 hiavor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordinierung.<sup>111</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht

<sup>102</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

<sup>103</sup> RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 102), Art. 49a N 76.; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>104</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>105</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>106</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>107</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 426, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 348, 370, 375, 425, *BASF/Kommission*.

<sup>108</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>109</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>110</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, *IAZ International Belgium et al.*, Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; Entscheid der Wettbewerbskommission vom 14.12.2015 i.S. *Flügel und Klaviere*, Rz 402.

<sup>111</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Implenla und Lazzarini. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

151. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

#### d) Mildernde Umstände

152. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### C.4.2.2.2 Maximalsanktion

153. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

#### C.4.2.2.3 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

154. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

##### Implenia

155. Wie oben im Abschnitt zur Verfahrensgeschichte (Rz 6 ff.) ersichtlich, zeigte Implenla im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ am 1. November 2012 eine mutmassliche Wettbewerbsabrede an.<sup>112</sup> Im Folgenden ist zu beurteilen, ob und gegebenenfalls ab wann die Eingaben von Implenla in Bezug auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand als Selbstanzeige zu qualifizieren sind. Dabei ist insbesondere auf die Vorbringen von Implenla einzugehen, dass sie im vorliegenden Verfahren als erstes Unternehmen mit der Behörde kooperiert habe und ihr die Sanktion daher vollständig zu erlassen sei.<sup>113</sup>

156. Bei der Eingabe von Implenla vom 1. November 2012<sup>114</sup> handelte es sich um den sogenannten „Marker“. Der „Marker“ beinhaltet die Erklärung, dass das Unternehmen eine Selbstanzeige einreichen wird. Der „Marker“ ist damit der eigentlichen Selbstanzeige vorgelagert und ist inhaltlich weniger umfangreich als die Selbstan-

zeige.<sup>115</sup> In inhaltlicher Hinsicht stellte Implenla in ihrem „Marker“ klar, dass die angezeigte mutmassliche Wettbewerbsabrede das Unter- und das Oberengadin im Markt für Strassenbau betreffe. Mit E-Mail vom 1. November 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang des „Markers“ von Implenla.<sup>116</sup>

157. In der Folge ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige im Rahmen von diversen mündlichen Eingaben zu Protokoll. Eine erste solche Ergänzung erfolgte bereits am 1. November 2012.<sup>117</sup> Ihre Sachverhaltsauskünfte bezogen sich auf den Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden. Zum Bereich Hochbau im Engadin äusserte sie sich nicht.<sup>118</sup>

158. Mit Faxschreiben vom 7. November 2012<sup>119</sup> dehnte Implenla den gesetzten „Marker“ aus. Konkret teilte sie mit, dass sie Anzeichen habe, dass im Kanton Graubünden ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau getroffen worden seien. Möglicherweise sei es auf diesem Markt für einzelne Projekte zu Abreden zwischen Wettbewerbern über die Koordinierung und Zuweisung von Projekten sowie mutmasslich zu Abgeltungszahlungen im Bereich von Submissionen gekommen. Das Sekretariat bestätigte auch den Eingang dieses erweiterten „Markers“.<sup>120</sup>

159. Die weiteren Ergänzungen der Selbstanzeige von Implenla vom 9. November 2012<sup>121</sup>, 16. November 2012<sup>122</sup>, 23. November 2012<sup>123</sup> und 21. Dezember 2012<sup>124</sup> betrafen ebenfalls nicht allfällige Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin. In der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte sie zwar ihr Verhalten im Zusammenhang mit zwei Hochbauprojekten ausserhalb des Engadins an. In Bezug auf das Engadin hielt sie indes fest, dass sie in dieser Region nicht im Bereich Hochbau tätig sei.

160. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013<sup>125</sup> ersuchte das Sekretariat Implenla, der Behörde mitzuteilen, ob sie im Rahmen der internen Untersuchung weitere Hochbauprojekte habe identifizieren können, in deren Zusammenhang möglicherweise Wettbewerbsabreden getroffen worden seien, sowie ob sich ihre Selbstanzeige im Bereich Hochbau auf den gesamten Kanton Graubünden beziehe oder nur auf gewisse Teile des Kantons

<sup>112</sup> Act. IX.A.1 (25-0037).

<sup>113</sup> Act. 80 (22-04qq).

<sup>114</sup> Act. IX.A.1 (25-0037).

<sup>115</sup> Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 24.

<sup>116</sup> Act. IX.A.2 (25-0037).

<sup>117</sup> Act. IX.A.3 (25-0037).

<sup>118</sup> Vgl. Act. IX.A.1 (25-0037), Zeile 167 f.

<sup>119</sup> Act. IX.A.5 (25-0037).

<sup>120</sup> Act. IX.A.6 (25-0037).

<sup>121</sup> Act. IX.A.8 (25-0037).

<sup>122</sup> Act. IX.A.11 (25-0037).

<sup>123</sup> Act. IX.A.13 (25-0037).

<sup>124</sup> Act. IX.A.16 (25-0037).

<sup>125</sup> Act. IX.A.26 (25-0037).

Graubünden. Neue Informationen hätten Einfluss auf die Markerbestätigung, insbesondere im Bereich Hochbau. Daraufhin bestätigte Implenla mit Eingabe vom 4. April 2013<sup>126</sup>, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei. Die weiteren Hochbauprojekte, die sie anzeigte, lagen nicht im Engadin.

161. Bei dieser Sachlage ist zu folgern, dass in der Selbstanzeige von Implenla der Bereich Hochbau im Engadin ausgeklammert war. Der vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsverstoss war somit (zunächst) nicht von der Selbstanzeige von Implenla erfasst. Im Folgenden ist auf die weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit der Selbstanzeige von Implenla einzugehen.

162. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden Implenla mit, dass sie die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die von ihr angezeigten, unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG betreffend das Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden als gegeben erachten würden (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). In den darauffolgenden Ergänzungen der Selbstanzeige äusserte sich Implenla weiterhin nicht zu allfälligen Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin.

163. Am 23. Oktober 2015<sup>127</sup> gab das Sekretariat Implenla die Möglichkeit, ihre Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen. Am 18. November 2015 und am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige in Bezug auf dieses Projekt und reichte beim Sekretariat die zugehörige E-Mail-Korrespondenz ein. Am 22. Juli 2016 und am 10. November 2016 reichte Implenla beim Sekretariat zusätzlich die mittlerweile von ihr entschlüsselten E-Mail-Anhänge ein.

164. Somit kam Implenla erst am 18. November 2015, also über drei Jahre nach Untersuchungseröffnung, im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige auf Nachfrage des Sekretariates zum ersten Mal auf das [Bauprojekt 1] zu sprechen. Implenla gestand darin ein, dass „objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung“ bestehen würden. Die fehlende Preiskalkulation im SAP-Programm deute darauf hin, dass die Preise ohne Kalkulation lediglich eingetragen worden seien. Hierfür spreche auch der physische Unterlagenordner, in welchem weder Preisanfragen an Lieferanten, noch deren Offerten abgelegt seien, was bei einer kalkulierten Eingabe unüblich sei. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der Eingabepreis mit anderen Unternehmen koordiniert worden sei. Die Beteiligung Implenias am Wettbewerbsverstoss wurde damit anerkannt.

165. Zusammenfassend erstattete Implenla zwar als erstes Unternehmen Selbstanzeige im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“. Ihre Selbstanzeige erstreckte sich jedoch nicht auf den Hochbau im Engadin (vgl. Rz 155) und somit auch nicht auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss. Diesbezüglich lag (zunächst) keine Selbstanzeige der Implenla vor.

166. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die mündlichen Eingaben zu Protokoll von Implenla ab Ende 2015 als Selbstanzeige in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu werten sind. Falls dies zutrifft, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion gegeben sind, wobei die Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg zu berücksichtigen ist.

167. Die auf Nachfrage des Sekretariates hin erfolgten Ausführungen von Implenla zum [Bauprojekt 1] erfolgten über drei Jahre nach denjenigen von Bezzola Denoth und Lazzarini (Rz 181). Seit dem Hinweis Ende 2015 durch das Sekretariat ist die Kooperation von Implenla jedoch von guter Qualität. Implenla bemühte sich insbesondere, allfällige Beweismittel zum [Bauprojekt 1] aufzufinden und dem Sekretariat zu erläutern, auch wenn diese Beweismittel (mit Ausnahme der Anhänge) dem Sekretariat bereits durch Bezzola Denoth vorgelegt wurden. Bei denen durch Implenla eingereichten E-Mails fanden sich zusätzlich handschriftliche Notizen, welche aufzeigen, dass Implenla die entsprechenden E-Mails verwendete und bearbeitete (vgl. Rz 52). Implenla bemühte sich zudem erfolgreich, den durch das Sekretariat nicht lesbaren Anhang der E-Mail vom [...] zu öffnen und stellte diesen dem Sekretariat anschliessend zur Verfügung. Damit ist der Selbstanzeigegehalt der Eingaben von Implenla ab Ende 2015 in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu bejahen.

168. Beizufügen ist in diesem Zusammenhang Folgendes: Es ist möglich, dass der angezeigte Sachverhalt im „Marker“ zunächst relativ offen formuliert wird und anschliessend im Rahmen von Ergänzungen der Selbstanzeige präzisiert und konkretisiert wird. Weiter ist unbestritten, dass eine solche Vervollständigung der Selbstanzeige bei komplexen Sachverhalten – wie in der vorliegenden Untersuchung – eine gewisse Zeit beansprucht. Insofern ist es möglich, dass eine Selbstanzeigerin ihre Sachverhaltsschilderungen innert angemessener Frist ergänzt, ohne den durch den „Marker“ bestimmten Rang der eingegangenen Selbstanzeigen zu verlieren. Innerhalb welchen Zeitraums eine solche Konkretisierung zu erfolgen hat, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Vorliegend ist zu beachten, dass Implenla trotz Nachfrage des Sekretariats im Februar 2013 keine Informationen betreffend den Bereich Hochbau im Engadin über möglicherweise abgesprochene Projekte lieferte. Wenn sie erst ca. drei Jahre später, auf Nachfrage des Sekretariats, in Bezug auf das strittige Bauprojekt Sachverhaltsauskünfte tätigt, kann dies jedenfalls nicht mehr als Vervollständigung des ursprünglichen „Markers“ betrachtet werden. Nicht von Bedeutung ist dabei, dass vorliegend keine Anzeichen bestehen, dass Implenla der Behörde ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Bauprojekt absichtlich verschwiegen hat.

<sup>126</sup> Act. IX.A.28 (25-0037).

<sup>127</sup> Act. IX.A.051 (25-0037).

169. Schliesslich kann Implenla im vorliegenden Kontext auch nichts aus der Mitteilung der Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG vom 23. April 2013 zu ihren Gunsten ableiten. Die Mitteilung vom 23. April 2013 bezog sich ausdrücklich auf die von Implenla angezeigten Wettbewerbsabreden. In Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin lag zu diesem Zeitpunkt – wie erörtert worden ist – keine Selbstanzeige von Implenla vor. Irrelevant ist auch, dass vorliegend mit Zwischenverfügung vom 23. November 2013 eine Verfahrenstrennung stattgefunden hat. Diese gründete in prozessökonomischen Überlegungen und ändert an der materiellen Beurteilung der untersuchten Sachverhalte nichts, insbesondere auch nicht in Bezug auf die Reihenfolge der Selbstanzeigen. Die Würdigung der Eingaben von Implenla unter dem Gesichtspunkt des Selbstanzeigegehalts würde zum gleichen Ergebnis führen, wenn der vorliegend beurteilte Wettbewerbsverstoss verfahrensmässig zusammen mit anderen Sachverhalten behandelt worden wäre.

170. Unter Berücksichtigung der erörterten Umstände des Einzelfalls erachtet die Behörde für Implenla im Rahmen ihrer Selbstanzeige eine Sanktionsreduktion von 30 Prozent als angemessen.

#### Lazzarini

171. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 7 ff.) ersichtlich, reichte Lazzarini am 1. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. In ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 7. Dezember 2012 äusserte sich Lazzarini auch zum vorliegenden Projekt.

172. Zu prüfen ist indes, ob die Eingaben von Lazzarini im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] überhaupt als Selbstanzeige zu qualifizieren sind. Keinen Selbstanzeigegehalt kommt grundsätzlich Vorbringen zu, in denen bloss die Möglichkeit erwähnt wird, dass sich das Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe. Gleiches gilt, wenn das Unternehmen in seinen Vorbringen lediglich nicht ausschliesst, dass es sich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe oder wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Ebenfalls keinen Selbstanzeigegehalt kommt Eingaben zu, bei welchen das betreffende Unternehmen namentlich nicht aufdeckt, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war und wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde.<sup>128</sup>

173. Die Eingabe von Lazzarini vom 7. Dezember 2012 hat folgenden Inhalt (Hervorhebungen durch die Behörde):

*„In Bezug auf das „[Bauprojekt 1]“ in [...] fällt im übrigen auf, dass für die im IT-System bei Lazzarini vorhandene Ziel-Deckungsbeitragsberechnung keine eigenen Ansätze hinterlegt sind. Aus heutiger Sicht spricht dies für eine Zustellung der Kalkulationsdaten durch einen Konkurrenten via SIA-Schnittstelle (vgl.*

*Beilage 34). Da bei Lazzarini diesbezüglich keine Unterlagen vorhanden sind und sich auch [Mitarbeiter D] nicht mehr genau an den Fall erinnern kann, ist der exakte Ablauf allerdings nicht mehr eruierbar.“*

174. In ihrer Eingabe vom 19. April 2016 wiederholt Lazzarini im Wesentlichen ihre Eingabe vom 7. Dezember 2012 (Hervorhebungen durch die Behörde):

*„Hinsichtlich des „[Bauprojekt 1]“ in [...] hat die Lazzarini AG in der gleichen Eingabe ausgeführt, dass sie mutmasslich durch einen ihrer Konkurrenten via SIA-Schnittstelle mit dessen Kalkulationsdaten bedient worden sei. Ebenso hat die Lazzarini bereits damals dargelegt, dass sie im Zusammenhang mit diesem Projekt über keine Unterlagen mehr verfügt und sich auch [Mitarbeiter D] als [Funktion] nicht mehr genau an den Fall erinnern könne; dementsprechend sei der exakte Ablauf nicht mehr eruierbar.“*

175. Zwar wies Lazzarini darauf hin, dass Indizien vorlägen, wonach Lazzarini von einer Konkurrentin mit einer SIA-Schnittstelle bedient worden sei. Durch die offen gehaltenen Formulierungen (z.B. „spricht dies für“, „mutmasslich“, „nicht eruierbar“) legt sich Lazzarini jedoch nicht fest. Anlässlich der Hausdurchsuchung bei Lazzarini beschlagnahmte das Sekretariat ein Deckblatt, in dem in Bezug auf das vorliegende Projekt von einer „Schutzofferte“ zugunsten Bezzola Denoth die Rede ist (vgl. Rz 45).

176. Lazzarini bezog zum [Bauprojekt 1] trotz Aufforderung des Sekretariats nicht weiter Stellung (vgl. Eingabe vom 19. April 2016).

177. Die anfänglichen Hinweise von Lazzarini sind offen gehalten und unklar, erlauben jedoch immerhin den Schluss, dass sie den Wettbewerbsverstoss nicht bestreitet. Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurden die Angaben durch Lazzarini nicht weiter substantiiert bzw. mit Beweismitteln untermauert. Lazzarini beschränkte sich vielmehr darauf, ihre anfänglich gemachten Ausführungen am 19. April 2016 zu wiederholen.

178. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats äussert sich Lazzarini dahingehend, dass das Sekretariat den Aussagen und Auskünften der Lazzarini zu Unrecht den Selbstanzeigegehalt abgesprochen habe. Lazzarini sei für ihre Selbstanzeige auf [Mitarbeiter D], [Funktion], angewiesen. Dieser habe das Unternehmen per [...] 2012 aus eigenem Wunsch verlassen und sei bereits ab dem [...] 2012 freigestellt gewesen. Zudem habe [Mitarbeiter D] – ohne Rücksprache mit seinen Vorgesetzten – Teile seiner E-Mails gelöscht. Die Bemühungen der Lazzarini, via den externen IT-Provider [...] den gelöschten E-Mail-Verkehr wiederherzustellen, seien ohne Erfolg gewesen (siehe Schreiben von [...] vom 3. Dezember 2012). Lazzarini habe bereits im Dezember 2012 deutlich indiziert, dass ihr Verhalten wettbewerbsrechtlich nicht korrekt war.

<sup>128</sup> Merkblatt und Formular „Bonusregelung (Selbstanzeige)“ vom 8.9.2014, Rz 5; <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>.

179. Die WEKO teilt die Auffassung der Lazzarini nicht und folgt dem Antrag des Sekretariats. Vor der Zustellung des Antrags hat Lazzarini ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt nicht mit hinreichender Klarheit angezeigt. Auch zu dem beschlagnahmten Dokument E.III.003 (vgl. Rz 45), in welches Lazzarini Einsicht erhielt, hat Lazzarini nicht Stellung bezogen.

180. Es liegt somit in Bezug auf das [Bauprojekt 1] keine Selbstanzeige von Lazzarini im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 SVKG vor. Der Tatsache, dass Lazzarini ihre Beteiligung am möglichen Wettbewerbsverstoss bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens (Rz 7) nicht bestritten hat, ist im Rahmen der Kooperation zu berücksichtigen. Lazzarini hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats den Sachverhalt ausdrücklich und vollumfänglich anerkannt. Diese Kooperation ist gestützt auf Art. 6 SVKG mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 25 Prozent zu berücksichtigen.

#### Bezzola Denoth

181. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8 ff.) ersichtlich, reichte Bezzola Denoth am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. Bezzola Denoth reichte zudem zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen.

182. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das vorliegende [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte zudem entscheidende Beweismittel (E-Mail Verkehr mit Implenja und Lazzarini im [...]) ein und kooperierte auch insgesamt mit der Wettbewerbsbehörde. Bezzola Denoth zeigte somit als zeitlich erstes Unternehmen seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss an, legte in der Untersuchung 22-0433/22-04qq: Engadin Q zudem unverzüglich und mit deutlichem Abstand als erstes Unternehmen Beweismittel vor, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, den Wettbewerbsverstoss festzustellen.

183. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth Implenja und Lazzarini zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen oder eine anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hätte.<sup>129</sup> Somit kann die Sanktion gegenüber Bezzola Denoth erlassen werden.

#### **C.4.2.2.4 Verhältnismässigkeitsprüfung**

184. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>130</sup> Dies ist vorliegend betreffend Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini zu bejahen. Anzeichen, dass Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini durch die oben genannten Sanktionsbe-

träge in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen keine. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von Bezzola Denoth, Implenja und Lazzarini auch nicht geltend gemacht.

#### **C.4.2.3 Ergebnis**

185. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen:

- Bezzola Denoth: CHF 0
- Implenja: CHF [50'000-150'000]
- Lazzarini: CHF [50'000-150'000]

#### **D Kosten**

186. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>131</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

187. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

188. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen, stehen dabei im Vordergrund.<sup>132</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>133</sup>).

189. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130 bis CHF 290.

<sup>129</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>130</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>131</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>132</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>133</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR172.041.1).

190. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) auch in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 53.30 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 10'660
- 10.75 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'117.50

191. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 33'777.

192. Die Bezzola Denoth, Implenia und Lazzarini zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 11'259.

### **E Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Bezzola Denoth AG, der Implenia Schweiz AG und der Lazzarini AG wird untersagt:
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
  - 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung

von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
- b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:

- 2.1 Bezzola Denoth AG mit einem Betrag von CHF 0.
- 2.2 Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF [50'000-150'000].
- 2.3 Lazzarini AG mit einem Betrag von CHF [50'000-150'000].

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 33'777 und werden folgendermassen auferlegt:

- 3.1 Die Bezzola Denoth AG trägt CHF 11'259.
- 3.2 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 11'259.
- 3.3 Die Lazzarini AG trägt CHF 11'259.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Bezzola Denoth AG, in Scuol, vertreten durch [...];
- Implenia Schweiz AG, in Dietlikon, vertreten durch [...];
- Lazzarini AG, in Samedan, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b><br>Concentrations d'entreprises<br>Concentrazioni di imprese |
| B 2.3 | <b>1. Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH</b>                         |

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*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<sup>2</sup> vom 10. Juli 2018*

#### Sachverhalt

1. Am 18. Juni 2018 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Bouygues Construction SA (nachfolgend: Bouygues Construction) die alleinige Kontrolle über die Alpiq InTec AG (nachfolgend: Alpiq) und über die Kraftanlagen München GmbH (nachfolgend: Kraftanlagen) zu erwerben. Veräussererinnen sind die Alpiq Holding AG und die Alpiq Deutschland GmbH, welche beide zur Alpiq-Gruppe gehören. Nachfolgend werden Alpiq und Kraftanlagen als die „Zielunternehmen“ oder „Alpiq Engineering Services“ bezeichnet. Die Erwerberin und die Zielunternehmen werden als die „Parteien“ bezeichnet.

2. Die Bouygues-Gruppe ist eine diversifizierte Industrie-Gruppe, die in den Sektoren Bau, Immobilien, Transport und Infrastruktur, Medien und Telekommunikation tätig ist. Ausserdem hält die Bouygues-Gruppe 28 % der Anteile an Alstom, die im Schienentransport-Sektor tätig ist. Muttergesellschaft der Bouygues-Gruppe ist die französische Bouygues SA, welche Kapitalanteile und Stimmrechte an der Bouygues Construction hält. Letztere ist eine in Frankreich ansässige Kapitalgesellschaft, die im Bausektor in den Bereichen Gebäude, Infrastruktur und Industrie tätig ist.

3. Die Bouygues-Gruppe ist über die nachfolgenden Tochtergesellschaften in der Schweiz tätig. Die Losinger Marazzi AG, die Prader Losinger AG und die VSL-Gruppe sind als Bauunternehmen tätig. Die Bouygues Énergies & Services Schweiz AG erbringt ein breites Spektrum an Dienstleistungen für Gebäude, Nutzer und Eigentümer. Die Dienstleistungen umfassen die Verwaltung, den Betrieb und die Wartung von Gebäuden, insbesondere Facility Management und Elektroinstallationen. Die MIBAG Property Managers AG erbringt Dienstleistungen im Bereich Immobilienverwaltung und Immobilienberatung. Die Colas Suisse DG SA ist ein Unternehmen, das im Bau und der Sanierung von Strassen tätig ist. Die Uniservice SA ist im Bereich der Abwicklung von Finanz- und Geschäftstransaktionen tätig. Die Gesellschaften MAINBY SA und BYREM SA sind auf inter-

nationaler Ebene im Bereich der Administration und des Personalmanagements tätig. TF1 ist ein französischer privater Fernsehsender, der in der Schweiz Umsätze mit TV-Werbung erzielt.

4. Die Alpiq-Gruppe ist eine führende Schweizer Energiedienstleisterin und Stromerzeugerin in Europa. Ausserdem ist die Alpiq-Gruppe in den Geschäftsfeldern Gebäudetechnologie, Transporttechnologie, Energie- und Wärme-Dienstleistungen, Technologien für Industrieanlagen und Stilllegung kerntechnischer Anlagen tätig. Muttergesellschaft der Alpiq-Gruppe ist die Alpiq Holding AG mit Sitz in Lausanne, welche 100 % der Anteile an der Alpiq mit Sitz in Olten hält. Alpiq ist in den Bereichen Gebäudetechnik, Facility Management, Schienen- und innerstädtische Verkehrstechnologie sowie Energieversorgungstechnologie tätig.

5. Die Kraftanlagen ist ein deutsches Unternehmen, das in den folgenden Geschäftsbereichen aktiv ist: Energie- und Kraftwerkstechnik, dezentrale Energieversorgung, Prozessautomatisierung, erdverlegter Rohrleitungsbau, Industrieanlagen, Versorgungstechnik, Nukleartechnik, Brandschutz sowie Schweiss- und Prüftechnik. Kraftanlagen wird von der Alpiq Deutschland GmbH kontrolliert, welche ihrerseits eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Alpiq Holding AG ist. Die einzige Tochtergesellschaft von Kraftanlagen in der Schweiz ist die Diamond Lite S.A. (nachfolgend: Diamond Lite), welche den Kauf, Verkauf, Import, Export und die Vertretung von Produkten im Zusammenhang mit Energie aus Wasserstoff, insbesondere Wasserstoff-Generatoren, bezweckt.

6. Gemäss Angaben der Parteien beabsichtigt die Bouygues Construction mit dem Zusammenschluss, ihr Angebot-Portfolio zu erweitern, insbesondere hinsichtlich der Ausführung komplexer Projekte in der Industrie und Energieerzeugung, und in neue grosse europäische Länder einzutreten, insbesondere Deutschland und Italien. Zudem ermöglichte die Transaktion, das Angebot im Bereich Fahrleitungssysteme auszuweiten und in neue Länder, wie z.B. die Schweiz, Italien und Tschechien, einzutreten.

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

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

## Unternehmenszusammenschluss

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb von 100 % der Kapitalanteile und Stimmrechte an Alpiq und Kraftanlagen durch die Bouygues Construction. Die Transaktion führt zu einem Erwerb alleiniger Kontrolle über Alpiq und Kraftanlagen, die gegenwärtig die „Engineering Services Division“ der Alpiq-Gruppe bilden. Es handelt sich somit um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 VKU.

### Sachlich relevante Märkte

#### Markt für Elektroinstallationen

8. Der Markt für Elektroinstallationen umfasst praxisgemäss das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Alarmanlagen, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen.<sup>3</sup>

9. Die Parteien haben in der Meldung separate Angaben zur Telekommunikationsnetzwerk-Technologie gemacht, welche die Bereiche Telefon und Verkabelung umfasse. Die Aktivitäten von Alpiq Engineering Services beinhalten Beratung, technische Planung, Systemintegration, Managed Services sowie Kundendienst für IT und Telekommunikationssysteme. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Elektroinstallationen ausgegangen, der gemäss Praxis der WEKO (vgl. Rz 8) auch den Bereich Telekommunikationsnetzwerk-Technologie umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Bereich Telekommunikationsnetzwerk-Technologie allfällig einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### Markt für HLKS-Installationen

10. Die WEKO ist in ihrer Praxis von einem sachlich relevanten Markt für HLKS-Installationen ausgegangen. Dieser Markt umfasst die Installation von Heizungsanlagen, Lüftungs- und Klimatechnikanlagen sowie von Sanitäranlagen und Wasserinstallationen. Offengelassen hat die WEKO die Frage, ob ein Markt für HLKS-Installationen weiter in separate Märkte für a) Heizungsinstallationen, b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und c) Sanitäranlagen und weitere Wasserinstallationen zu unterteilen wäre.<sup>4</sup> Die Europäische Kommission tendiert dazu, zwischen einem Markt für Wasser- und Sanitärinstallationen und einem Markt für Lüftungsinstallationen zu unterscheiden. Die definitive Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht wird jedoch im Ergebnis ebenfalls offengelassen.<sup>5</sup>

11. Im vorliegenden Fall ist von einem Markt für HLKS-Installationen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h., ob der Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### Markt für Anlagen-Contracting

12. Der Markt für Anlagen-Contracting umfasst gemäss Praxis der WEKO die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen (z.B. Wärmepumpenheizungen, Pellet- und Holzschnitzelheizungen, fossil befeuerte Heizungen und Kälteanlagen oder Photovoltaikanlagen) aus einer Hand durch einen sog. Contractor. Aufgrund der speziellen Eigenschaft des Anlagen-Contracting, dass die diversen vorgenannten Vertragsleistungen aus einer Hand erfolgen, wird eine separate Marktabgrenzung vorgenommen.<sup>6</sup> Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Anlagen Contracting ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### Markt für Gebäudeautomation

13. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO einen Markt für Gebäudeautomation beschrieben, welcher die digitale Mess-, Steuer-, Regel- und Leittechnik für die technische Gebäudeausrüstung umfasst. Der Markt für Gebäudeautomation beinhaltet die Regulierung von HLKS-Installationen und Elektroinstallationen. Darunter fällt die Vernetzung und Fernsteuerung von klassischen HLKS-Anlagen wie Heizungs-, Klima-, Lüftungs- und Sanitärsystemen und zunehmend auch von Alarmmeldesystemen, Beleuchtungsanlagen und Storen. Leistungsbestandteil ist die Installation, die Inbetriebsetzung und Unterhaltsarbeiten an den Regulierungsanlagen für HLKS- und Elektroinstallationen.<sup>7</sup>

14. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Gebäudeautomation ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### Markt für Facility Management

15. Gemäss Praxis der WEKO umfasst Facility Management alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind.<sup>8</sup> Im Zusammenschluss *ISS/Edelweissfm* hat die WEKO verschiedene Untersegmente des Facility Managements untersucht. Die Frage, ob die Segmente je eigene sachlich relevante Märkte bilden, hat die WEKO bisher offen gelassen.<sup>9</sup> Die Europäische Kommission

<sup>3</sup> RPW 2017/2, 316 Rz 61, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 45, *BKW/AEK*; RPW 2009/3, 196 Fn 5, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>4</sup> RPW 2016/3, 775 Rz 46, *BKW/AEK*; RPW 2017/2, 316 Rz 62, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

<sup>5</sup> COMP/M.3004, *Bravida/Semco/Prenad/Totalinstallatören/Backlunds*, Rz 13 ff.

<sup>6</sup> RPW 2017/2, 316 Rz 69, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 51, *BKW/AEK*.

<sup>7</sup> RPW 2017/2, 317 Rz 73, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 52, *BKW/AEK*.

<sup>8</sup> RPW 2013/3, 330 Rz 31, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2010/2, 238 Rz 28, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2009/2, 187 Rz 17, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*; RPW 2006/4, 673 Rz 41, *Gaz de France/Suez*; RPW 2006/4, 683 Rz 15, *ISS/Edelweissfm*; RPW 2004/1, 142 Rz 11, *3i Group plc/MIB AG*.

<sup>9</sup> RPW 2006/4, 684 Rz 120, *ISS/Edelweissfm*.



### Markt für Facility Management

hat ebenfalls einen Markt für Facility Management abgegrenzt und in Erwägung gezogen, zwischen dem a) technischen Facility Management (u.a. Energiemanagement, Inspektion, Wartung und Instandsetzung von gebäudetechnischen Anlagen), b) kaufmännischen Facility Management (insbesondere Buchhaltung) und c) allgemeinen Facility Management (u.a. Sicherheitsdienste, Reinigung, Hausmeisterdienste) zu differenzieren.<sup>10</sup>

16. Vorliegend ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Facility Management auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h. ob der Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen

17. Die WEKO hat in ihrer Praxis einen Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen in Erwägung gezogen, welcher Montage, Anschluss und Inbetriebnahme von Photovoltaikanlagen sowie In- und Aufdach-Systeme und in Fassaden integrierte Systeme umfasst. Eine definitive sachliche Marktabgrenzung nahm die WEKO nicht vor.<sup>11</sup> Im vorliegenden Fall ist von einem Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### Markt für den Fahrleitungsbau

18. Die WEKO hat in einem älteren Zusammenschlussverfahren einen Markt für den Fahrleitungsbau erwogen.<sup>12</sup> Gemäss Meldung umfasst der Markt für Fahrleitungsbau die Planung, Installation und Wartung von Fahrleitungen für Eisenbahnsysteme, Tram- und Trolleybussysteme. Die Europäische Kommission hat in Betracht gezogen, den Markt für den Fahrleitungsbau weiter zu segmentieren. Sie hat die Frage offengelassen, ob zwischen Oberleitungen und stromführenden dritten Schienen, welche bei U-Bahnen und teilweise auch bei S-Bahnen eingesetzt werden, und zwischen Nah- bzw. städtischem Verkehr und Fernverkehr zu unterteilen wäre.<sup>13</sup>

19. Im vorliegenden Fall ist von einem Markt für den Fahrleitungsbau auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### Markt für Bahnverkehrs-Signalisation

20. Die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis bei der Bahnverkehrs-Signalisation zwischen Projekten und Produkten unterschieden. *Projekte* im Bereich der Bahnverkehrs-Signalisation umfassen die Planung, Entwicklung, Beschaffung, Installation und Instandhaltung von Sicherheitssystemen im Bahnverkehr. Die Europäische Kommission hat in Betracht gezogen, den Markt hinsichtlich verschiedener Bahnverkehrstypen (Fernverkehr und Nahverkehr), hinsichtlich unterschiedlicher Technologie (nicht-elektronisch und computergestützt) und hinsichtlich der Projektgrösse (klein, mittel und gross) weiter zu segmentieren. Die Frage, ob alle Projekte im Bereich der Bahnverkehrs-

Signalisation zu einem Markt gehören oder ob der Markt weiter zu unterteilen wäre, wurde von der Europäischen Kommission letztendlich offengelassen. Ebenfalls offengelassen hat die Europäische Kommission die Frage, ob innerhalb der *Produkte*, die für Signalisations-Projekte im Bahnverkehr verwendet werden, zu differenzieren wäre.<sup>14</sup>

21. Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Bahnverkehrs-Signalisation auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h., ob der Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### Markt für Verkehrsinfrastruktureinrichtungen

22. Alpiq Engineering Services ist in den Bereichen Ampelsysteme, Park- und Verkehrsleitsysteme, Verkehrstelematiksysteme, Hinweis- und Informationstafeln, Sicherheitssysteme, Tunnelinfrastruktur sowie Poller und Schranken tätig. Die Aktivitäten der Bouygues-Gruppe beschränken sich in der Schweiz auf Strassenverkehrs-Signalisation.

23. Es gibt bisher keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich von Infrastruktureinrichtungen im Strassenverkehr. Die Europäische Kommission tendiert zu einer Unterscheidung zwischen a) Verkehrsinfrastruktur (Strassenbeleuchtung, Verkehrssignalanlagen, Parkraumbewirtschaftungsanlagen) und b) Verkehrssteuerungssysteme.<sup>15</sup> In *Eurovia/Compagnie Signature/JV* unterscheidet die Europäische Kommission im Bereich der Strassenverkehrs-Signalisation zwischen vertikalen Signalisationen und horizontalen Signalisationen.<sup>16</sup>

24. Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Verkehrsinfrastruktureinrichtungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h. ob der Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

25. Die WEKO hat bislang im Bereich der Energieversorgungstechnik keine sachliche Marktabgrenzung vorgenommen. In der Meldung wird im Sinne einer Arbeitshypothese ein Markt für Energieversorgungstechnik abgegrenzt, welcher Dienstleistungen im Bereich Hoch- und Mittelspannung, Verkehrstechnik, Energieversorgungstechnik, Telekommunikationstechnologie und elektrische Spezialanlagen umfasse.

<sup>10</sup> COMP/M.6020, *ACS/Hochtief*, Rz 16; COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, Rz 461.

<sup>11</sup> RPW 2017/2, 316 Rz 65, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

<sup>12</sup> RPW 1997/4, 544 Rz 21, *Siemens/Elektrowatt*.

<sup>13</sup> COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, Rz 165 f.

<sup>14</sup> COMP/M.6843, *Siemens/Invensys Rail*, Rz 6 ff.; COMP/M.4508 – *Alstom UK/Balfour Beatty/JV*, Rz. 10 ff.

<sup>15</sup> COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, Rz 466 ff.

<sup>16</sup> COMP/M.4872, *Eurovia/Compagnie Signature/JV*, Rz 11 ff.

### Markt für Energieversorgungstechnik

26. Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Energieversorgungstechnik auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h., ob der Markt weitere oder weniger (Infrastruktur-)Segmente umfassen sollte, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren*

27. Diamond Lite ist im Vertrieb von Elektrolyseuren tätig. Darunter versteht man Einrichtungen, um Wasser in Wasserstoff und Sauerstoff zu zerlegen, z.B. für die Verwendung von Wasserstoff in Brennstoffzellen.

28. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben bisher eine Praxis im Bereich von Elektrolyseuren entwickelt. Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für Automatisierungssteuerung («automation control»)*

29. Es gibt keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich der Automatisierungssteuerung. Die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis einen Markt für Automatisierungssteuerung abgegrenzt und erwogen, aber letztlich offengelassen, ob der Markt in weitere Teilsegmente zu unterteilen wäre.<sup>17</sup> Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Automatisierungssteuerung auszugehen, welcher die Entwicklung und Integration von umfassenden Automatisierungssteuerungs-Lösungen für Infrastruktur- und Industrieanlagen umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt in weitere Teilsegmente zu unterteilen wäre, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke*

30. Die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis in Erwägung gezogen, im Bereich von Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke einen Markt für kerntechnische Dienstleistungen abzugrenzen.<sup>18</sup> Dieser Markt umfasse Inspektion, Wartung, Konstruktion und Reparatur sowie Lieferung von Komponenten für bestehende nukleare Dampferzeugungssysteme.<sup>19</sup>

31. Die Parteien schlagen vor, von einem Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke auszugehen. Die Tätigkeiten von Alpiq Engineering Services auf diesem Markt umfassen ein breites Spektrum an Dienstleistungen, das von der konzeptionellen Neukonstruktion von Systemkomponenten, über Ingenieurs- und Beratungsleistungen in Bezug auf die technische Machbarkeit bis hin zur Unterstützung vor Ort während Wartungs- und Inspektionsarbeiten und Nachrüstungsmassnahmen reicht. Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden,

da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für Strahlenschutzdienstleistungen*

32. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben bisher eine Praxis im Bereich von Strahlenschutzdienstleistungen entwickelt. Die Parteien schlagen vor, von einem Markt für Strahlenschutzdienstleistungen auszugehen, welcher die Erstellung von Strahlenschutzkonzepten und Massnahmen, die Verwaltung der Dosimetrie, die Bestimmung und den Ausgleich von radioaktiven Emissionen oder den Transport von Brennelementen umfasse.

33. Im vorliegenden Fall ist, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Strahlenschutzdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### **Räumlich relevante Märkte**

##### *Markt für Elektroinstallationen*

34. Der räumliche Markt für Elektroinstallationen wurde gemäss Praxis der WEKO regional definiert. Dies wurde damit begründet, dass im Elektroinstallationsbereich – wie auch in anderen Bereichen der Baubranche – ein gewisser Distanzschutz aufgrund hoher Transportkosten zu verzeichnen ist: Die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags.<sup>20</sup> Je nach Auftragsvolumen ist aber auch von einem grösseren Markt auszugehen. Im vorliegenden Fall kann eine genaue räumliche Abgrenzung offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

##### *Markt für HLKS-Installationen*

35. Entsprechend obiger Ausführungen (Rz 34) ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis für HLKS-Installationen grundsätzlich von einem regionalen Markt ausgegangen. Gleiches würde sinngemäss für eine weitere Segmentierung des Marktes in a) Heizungsinstallationen, b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und c) Sanitäranlagen und weitere Wasserinstallationen gelten.<sup>21</sup> Die Europäische Kommission hat für Elektroinstallationen, Wasser- und Sanitärinstallationen und Lüftungsinstallationen einen nationalen und regionalen Markt in Erwägung gezogen. Eine räumliche Abgrenzung dieser Märkte wurde jedoch nicht vorgenommen.<sup>22</sup> Vorliegend ist für den sachlichen Markt für HLKS-Installationen von einem regionalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

<sup>17</sup> COMP/M.7005, *Schneider Electric/Invensis*, Rz 7 ff.

<sup>18</sup> COMP/M.7764, *EDF/Areva Reactor Business*, Rz 57 ff.; COMP/M.4153, *Toshiba/Westinghouse*, Rz 25.

<sup>19</sup> COMP/M.4153, *Toshiba/Westinghouse*, Rz 25.

<sup>20</sup> RPW 2017/2, 319 Rz 86, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 776 f. Rz 65, *BKW/AEK*.

<sup>21</sup> RPW 2017/2, 319 Rz 87, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 66, *BKW/AEK*.

<sup>22</sup> COMP/M.3004, *Bravida/Semco/Prenad/Totalinstallatören/Backlunds*, Rz 19 ff.

### *Markt für Anlagen-Contracting*

36. Die WEKO hat beim Zusammenschlussvorhaben *BKW/AEK* in Erwägung gezogen, den Markt für Anlagen-Contracting in räumlicher Hinsicht national oder regional abzugrenzen.<sup>23</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung hat die WEKO indessen nicht vorgenommen. Im späteren Zusammenschlussvorhaben *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG* ist die WEKO für den zu beurteilenden Fall den Angaben in der Meldung folgend von einem nationalen Markt ausgegangen.<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall ist für den sachlichen Markt für Anlagen-Contracting in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für Gebäudeautomation*

37. Die WEKO hat für den Markt für Gebäudeautomation in der Vergangenheit in räumlicher Hinsicht eine nationale und eine regionale Marktabgrenzung in Erwägung gezogen, die Frage aber offengelassen.<sup>25</sup> Im vorliegenden Fall ist für den sachlichen Markt für Gebäudeautomation von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für Facility Management*

38. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis offengelassen, ob im Bereich des Facility Managements eine nationale oder regionale Marktabgrenzung vorzunehmen ist.<sup>26</sup> Für den sachlichen Markt für Facility Management ist im vorliegenden Fall in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen*

39. In einem früheren Entscheid hat die WEKO erwogen, ob der räumlich relevante Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen national oder regional abzugrenzen sei. Die WEKO tendierte zu einer regionalen Marktabgrenzung, liess die Frage aber offen. Im vorliegenden Fall ist für den sachlichen Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen von einem regionalen Markt auszugehen. Die genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für den Fahrleitungsbau*

40. Die WEKO hat für den Markt für den Fahrleitungsbau in räumlicher Hinsicht bisher keine Praxis entwickelt. Die Europäische Kommission geht in ihrer bisherigen Praxis von einem nationalen Markt aus.<sup>27</sup> Die Parteien weisen in ihrer Meldung darauf hin, dass die relevanten Projekte vielfach ausgeschrieben und in öffentlichen Vergabeverfahren auch für ausländische Unternehmen frei zugänglich seien und dass ausländische Unternehmen in der Vergangenheit an solchen Verfahren teilgenommen hätten.

41. Im vorliegenden Fall ist für den sachlichen Markt für den Fahrleitungsbau in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für Bahnverkehrs-Signalisation*

42. In ihrer bisherigen Praxis hat die Europäische Kommission im Bereich der Projekte für Bahnverkehrs-Signalisation eine nationale und eine europaweite Marktabgrenzung in Betracht gezogen, die Frage aber letztlich offengelassen.<sup>28</sup> Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Bahnverkehrs-Signalisation in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für Verkehrsinfrastruktureinrichtungen*

43. Die WEKO hat für den Markt für Verkehrsinfrastruktureinrichtungen in räumlicher Hinsicht bisher keine Praxis entwickelt. Die Europäische Kommission hat die räumliche Marktabgrenzung für Verkehrsinfrastruktur und Verkehrssteuerungssysteme offengelassen.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Verkehrsinfrastruktureinrichtungen im Sinne einer Arbeitshypothese von einem nationalen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für Energieversorgungstechnik*

44. Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Energieversorgungstechnik im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem EWR-weiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

### *Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren*

45. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben den Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren in räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Gemäss Angaben der Parteien sind die Vertrieber von Elektrolyseuren international tätig. Dies gelte auch für die zum Zielunternehmen gehörende Gesellschaft *Diamond Lite*, die in west- und

<sup>23</sup> RPW 2016/3, 777 Rz 68, *BKW/AEK*.

<sup>24</sup> RPW 2017/2, 319 Rz 90, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

<sup>25</sup> RPW 2017/2, 319 Rz 94, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 69, *BKW/AEK*.

<sup>26</sup> RPW 2017/2, 319 Rz 95, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2013/3, 330 Rz 34, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2010/2, 238 Rz 30, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2006/4, 687 Rz 25, *ISS/Edelweissfm*.

<sup>27</sup> COMP/M.5701, *Vinci/Cegelec*, Rz 43 ff.; COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, Rz 167.

<sup>28</sup> COMP/M.6843, *Siemens/Invensys Rail*, Rz 24 ff.; COMP/M.4508, *Alstom UK/Balfour Beatty/JV*, Rz. 22 f.

<sup>29</sup> COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, Rz 467 und 469.

osteuropäischen Ländern verkaufe und Support-Leistungen anbiete. Darüber hinaus sei der Schweizer Markt begrenzt, so dass es für Vertrieber von Elektrolyseuren nicht profitabel wäre, wenn deren Aktivitäten auf die Schweiz begrenzt wären.

46. Im vorliegenden Fall ist für den Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem EWR-weiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert. (vgl. Rz 53 ff.).

#### *Markt für Automatisierungssteuerung („automation control“)*

47. Die Europäische Kommission hat in ihrer Praxis offengelassen, ob der sachliche Markt für Automatisierungssteuerung europaweit oder weltweit abzugrenzen ist.<sup>30</sup> Der geschätzte Marktanteil von Alpiq Engineering Services auf dem Schweizer Markt beträgt ca. [0–10] %. Ausserhalb der Schweiz sind die Zielunternehmen nicht tätig. Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Automatisierungssteuerung im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem weltweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke*

48. Die Europäische Kommission hat für den Markt für „nuclear services“ in räumlicher Hinsicht eine europaweite und eine weltweite Abgrenzung in Betracht gezogen, die Frage aber letztlich offengelassen.<sup>31</sup> Gemäss Angaben der Parteien ist der geschätzte Marktanteil von Alpiq Engineering Services sowohl auf dem Schweizer Markt, dem europäischen und auch dem weltweiten Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke marginal.

49. Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Dienstleistungen und Anlagen für Kernkraftwerke im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem weltweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### *Markt für Strahlenschutzdienstleistungen*

50. Bisher haben weder die WEKO noch die Europäische Kommission den Markt für Strahlenschutzdienstleistungen in räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Die Parteien gehen im Sinne einer Arbeitshypothese davon aus, dass der Markt für Strahlenschutzdienstleistungen weltweit abzugrenzen sei. Gemäss Angaben der Parteien beträgt der geschätzte Marktanteil von Alpiq Engineering Services auf dem weltweiten Markt weniger als [0–10] %. Auf dem Schweizer Markt liegt der Marktanteil von Alpiq Engineering Services schätzungsweise bei ca. [10–20] %.

51. Im vorliegenden Fall ist für den Markt für Strahlenschutzdienstleistungen im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem weltweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann

offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

#### **Keine betroffenen Märkte**

52. Als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ werden Märkte bezeichnet, 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 (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Alle vorgenannten relevanten Märkte (vgl. Rz 8–33) sind keine betroffenen Märkte in diesem Sinne und daher ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen. Konkret kommt es lediglich in den Märkten für Elektroinstallationen, Facility Management und Verkehrsinfrastruktureinrichtungen zu marginalen Marktanteilsadditionen. Die kumulierten Marktanteile in der Schweiz betragen auf diesen Märkten weniger als 20 %. In den übrigen vorgenannten relevanten Märkten hat der Zusammenschluss keine Addition von Marktanteilen zur Folge. Mit Ausnahme des Marktes für den Vertrieb von Elektrolyseuren erreichen die individuellen Marktanteile der Zielunternehmen in der Schweiz die Schwelle von 30 % nicht.

53. Gemäss Angaben der Parteien könnte der Marktanteil in der Schweiz von Diamond Lite auf dem Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren möglicherweise oberhalb von 30 % liegen. Diamond Lite vertreibt Elektrolyseure der Marke Proton OnSite. Proton OnSite entwickle ihre eigene, laugenfreie Elektrolyse-Technologie basierend auf einer Protonen-Austausch-Membran. Da in den einzelnen Ländern sehr wenige Projekte ausgeführt werden, können bereits einzelne Projekte zu Marktanteilen oberhalb von 30 % führen.

54. Die WEKO hat ihre Praxis hinsichtlich der von Zusammenschlussvorhaben betroffener Märkte ohne Anteilsadditionen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU präzisiert. Gemäss der Mitteilung des Sekretariats zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen ist die Marktanteilsberechnung auf dem im Einzelfall zu bestimmenden relevanten Markt vorzunehmen.<sup>32</sup> Im Einklang mit der Praxis der WEKO haben die Parteien den Marktanteil auf dem räumlich relevanten Markt, welcher mindestens europaweit sei, angegeben. Der geschätzte Marktanteil von Diamond Lite beträgt weniger als [0–10] %. Dieser Marktanteil überschreitet den Schwellenwert von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht. Demgemäss ist der Markt für den Vertrieb von Elektrolyseuren kein betroffener Markt und von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen.

55. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegen daher keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Im Ergebnis ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen

<sup>30</sup> COMP/M.7005, *Schneider Electric/Invensis*, Rz 25 ff.

<sup>31</sup> COMP/M.7764, *EDF/Areva/Reactor Business*, Rz 100.

<sup>32</sup> Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 25. März 2009, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen, Rz 9; abrufbar unter: [www.weko.ch](http://www.weko.ch) > Dienstleistungen > Meldeformulare.

oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

### Nebenabreden

56. Im Rahmen der vorliegenden Transaktion werden Geschäftswerte und Know-how auf den Käufer übertragen. Gemäss dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag<sup>33</sup> wird den Veräusserinnen für die Dauer von [...] ab dem Datum des Vollzugs ein Wettbewerbsverbot auferlegt. Sie verpflichten sich, jede konkurrenzierende Tätigkeit in Bezug auf Waren und Dienstleistungen der Zielgesellschaften in [...] zu unterlassen. Ausserdem verpflichten sie sich, für die Dauer von [...] ab dem Datum des Vollzugs keine Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Zielgesellschaften aktiv abzuwerben.

57. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Wettbewerbsverboten grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission<sup>34</sup> orientiert.<sup>35</sup> Das zulässige zeitliche Mass für Wettbewerbsverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.<sup>36</sup> In räumlicher Hinsicht müssen sich Wettbewerbsverbote auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat.<sup>37</sup> In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote in sachlicher Hinsicht auf die Waren und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden.<sup>38</sup> Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze sind auch auf Abwerbeverbote anwendbar.<sup>39</sup>

58. Die in der Meldung genannten Wettbewerbs- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

<sup>33</sup> „Share and Loan Purchase Agreement“ vom 25. März 2018.

<sup>34</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>36</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 20.

<sup>37</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 22.

<sup>38</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 23.

<sup>39</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 26.

## B 2.3

## 2. AZ Medien/NZZ

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. August 2018*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 15. August 2018*

### A Sachverhalt

#### A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 25. Mai 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die AZ

Medien AG (nachfolgend: AZM AG) und die Aktiengesellschaft für die Neue Zürcher Zeitung (nachfolgend: NZZ AG) die Gründung eines in der Schweiz tätigen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU). Das GU werde primär im Bereich der Regionalmedien tätig sein. Dazu würden AZM und NZZ bestehende Aktivitäten in der Schweiz in diesem Bereich in das GU einbringen.

#### A.1.1 AZM

2. Die AZM AG ist eine Tochtergesellschaft der BT Holding AG, welche als Holding Gesellschaft auch die Radio Medien AG (nachfolgend: Konzern zusammen AZM) kontrolliert. Die AZM AG kontrolliert folgende Tochtergesellschaften:

|                           |                             |                      |
|---------------------------|-----------------------------|----------------------|
| AZ Regionalfernsehen AG   | AZ Verlagsservice AG        | swissmom GmbH        |
| AZ Anzeiger AG            | AZ Vertriebs AG             | Vogt-Schild Druck AG |
| AZ Fachverlage AG         | AZ Zeitungen AG             | VS Vertriebs GmbH    |
| Atmosphären Verlag GmbH   | FixxPunkt AG                | Weiss Medien AG      |
| AZ Management Services AG | Belcom AG                   | jobchannel AG        |
| AZ Fachverlage AG         | Media Factory AG            | S1TV AG              |
| AZ TV Productions AG      | Mittelland Zeitungsdruck AG |                      |

3. AZM sei ein primär in der Nordwestschweiz tätiger Medienkonzern. Insbesondere sei AZM als Herausgeberin verschiedener Zeitungen, Zeitschriften und Fachmedien sowie als Betreiberin von Online-Plattformen tätig. Des Weiteren betreibe AZM Fernseh- und Radiosender, Druckereien sowie den AT Verlag, über welchen

Sachbücher erscheinen würden. AZM sei mit ihrer Tochtergesellschaft VS Vertriebs GmbH sowie dem Gemeinschaftsunternehmen AZ Vertriebs AG auch in der Frühzustellung aktiv.

4. AZM bringt folgende Geschäftsbereiche in das GU ein:

Tabelle 1: In das GU einzubringende Geschäftsbereiche

| Tageszeitungen                             |                               |
|--|-------------------------------|
| az Aargauer Zeitung                        | az Limmattaler Zeitung        |
| az Badener Tagblatt                        | az Solothurner Zeitung        |
| bz Basellandschaftliche Zeitung            | az Grenchner Tagblatt         |
| bz Basel                                   | ot Oltnen Tagblatt            |
| Sonntagszeitungen                          |                               |
| Schweiz am Wochenende                      |                               |
| Gratiszeitungen / -anzeiger                |                               |
| Anzeiger                                   | Oberbaselbieter Zeitung       |
| Anzeiger aus dem Bezirk Affoltern          | Stadtanzeiger Olten           |
| Berner Landbote                            | Wochenblatt Birseck / Dorneck |
| Grenchner Stadt-Anzeiger                   | Limmatwelle                   |
| Lenzburger Bezirksanzeiger                 | Der Seetaler/der Lindenberg   |
| Wochenblatt Schwarzbubenland und Laufental |                               |

| <b>Zeitschriften / Fachmedien</b>  |                      |
|--|----------------------|
| Kochen   | natürlich            |
| wir eltern   | Fit for Life         |
| HK-Gebäudetechnik  | Haustech             |
| Bâtitech   | Elektrotechnik ET    |
| SMART TECH   |                      |
| <b>News-Sites</b>  |                      |
| az Nordwestschweiz Netz (inkl. Webseiten der einzelnen Zeitungen / Anzeiger) | telem1.ch            |
| radioargovia.ch  | telebaern.tv         |
| radio24.ch   | tv24.ch              |
| <b>Radiosender</b>   |                      |
| Radio Argovia  | Radio 24             |
| Radio Virgin Switzerland   |                      |
| <b>TV-Sender</b>   |                      |
| TeleZüri   | Tele M 1             |
| TeleBärn   | TV24                 |
| TV 25  | S1                   |
| <b>Druckereien / Vertrieb / Verlagswesen</b>                                 |                      |
| Mittelland Zeitungsdruck AG  | Vogt-Schild Druck AG |
| VS Vertriebs GmbH  | AZ Vertriebs AG      |
| AT Verlag  |                      |
| <b>Online-Plattformen</b>  |                      |
| gedenkzeit.ch  | petitio.ch           |
| punktlandung.ch  | myjob.ch             |
| jobchannel.ch  | swissmom.ch          |
| a-z.ch/immobilien  |                      |

5. AZM bringt die News-Site watson.ch nicht in das GU ein.

6. Wegen der regulatorisch gegebenen maximalen Anzahl an Radio-Konzessionen werde AZM ihre Radio-Konzessionen an das Bundesamt für Kommunikation BAKOM (nachfolgend: BAKOM) zurückgeben. [...]

#### A.1.2 NZZ

7. Die NZZ AG ist ein in der Schweiz tätiges Medienunternehmen und die Holding-Gesellschaft der NZZ-Mediengruppe (nachfolgend: NZZ<sup>1</sup>). Die NZZ AG kontrolliert folgende Tochtergesellschaften:

|                             |                            |                      |
|-----------------------------|----------------------------|----------------------|
| FPH Freie Presse Holding AG | Tele 1 AG                  | TVO AG               |
| NZZ Management AG           | Radio Pilatus AG           | Radio Ostschweiz AG  |
| Neue Zürcher Zeitung AG     | Multicolor Print AG        | OAW AG               |
| NZZ Media Solutions AG      | Maxiprint.ch AG            | BuchsMedien AG       |
| audienzz ag                 | Tagblatt Medien Holding AG | Toggenburg Medien AG |
| LZ Medien Holding AG        | St. Galler Tagblatt AG     | NZZ Fachmedien AG    |
| Luzerner Zeitung AG         | NZZ Media Services AG      |                      |

8. NZZ gliedere sich in die drei Geschäftsbereiche NZZ Medien, Regionalmedien und Businessmedien. Der Bereich Regionalmedien umfasse insbesondere verschiedene Regionalzeitungen sowie Radio- und TV-Sender und Online-Plattformen. Des Weiteren trete NZZ als

<sup>1</sup> Im Folgenden erfolgt keine Unterscheidung zwischen der NZZ AG und NZZ, weil der Unternehmensbegriff den Konzern als Ganzes erfasst (vgl. Rz 37).

Herausgeberin von Zeitschriften und Fachmedien auf. Zum Bereich der Regionalmedien gehörten auch die Aktivitäten im Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks. Das Tätigkeitsgebiet der NZZ Regionalmedien

erstreckte sich vor allem auf das Gebiet der Ost- und Zentralschweiz.

9. NZZ bringt folgende Geschäftsbereiche in das GU ein:

Tabelle 2: In das GU einzubringende Geschäftsbereiche

| <b>Tageszeitungen</b>                        |   |
|--|---|
| St. Galler Tagblatt                          | Zuger Zeitung                               |
| Thurgauer Zeitung                            | Wiler Zeitung                               |
| Luzerner Zeitung                             | Nidwaldner Zeitung                          |
| Obwaldner Zeitung                            | Appenzeller Zeitung                         |
| Toggenburger Tagblatt                        | Werdenberger & Obertoggenburger             |
| Urner Zeitung                                |   |
| <b>Sonntagszeitungen</b>                     |   |
| Zentralschweiz am Sonntag                    |   |
| <b>Gratiszeitungen / -anzeiger</b>           |   |
| Anzeiger Luzern                              | Zugerbieter                                 |
| Wochenzeitung «A»                            | Zuger Presse                                |
| <b>Zeitschriften / Fachmedien</b>            |   |
| Wohnrevue                                    | Places                                      |
| Schweizer Musikzeitung                       | Textilrevue                                 |
| Modulor                                      | Friscaldo                                   |
| Planer+ Installateur                         | Schweizer Optiker                           |
| Die neue Schulpraxis                         |   |
| <b>News-Sites</b>                            |   |
| tagblatt.ch (inkl. Regionalausgaben)         | Luzernerzeitung.ch (inkl. Regionalausgaben) |
| Fm1today.ch                                  | Radioplatus.ch                              |
| Tele1.ch                                     | Tvo-online.ch                               |
| <b>Radiosender</b>                           |   |
| Radio Pilatus                                | Radio FM1                                   |
| Radio Melody                                 |   |
| <b>TV-Sender</b>                             |   |
| TVO  | Tele1                                       |
| <b>Druckereien / Vertrieb / Verlagswesen</b> |   |
| NZZ Media Services                           | Druckzentrum Winkeln                        |
| Multicolor Print AG                          | Maxiprint AG                                |
| <b>Online-Plattformen</b>                    |   |
| zentraljob.ch                                | ostjob.ch                                   |
| beiuns.ch                                    | osthome.ch                                  |
| zentralhome.ch                               | trauer.luzernerzeitung.ch                   |
| abopassshop.ch                               | trauerportal-ostschweiz.ch                  |

10. NZZ werde ebenfalls wegen der regulatorisch gegebenen maximalen Anzahl an Radio-Konzessionen ihre Radio-Konzessionen an das BAKOM zurückgeben. [...]

11. Folgende Geschäftstätigkeiten verbleiben bei NZZ und werden nicht in das GU eingebracht:



Tabelle 3: Nicht in das GU einzubringende Geschäftsbereiche

|                                   |                       |
|-----------------------------------|-----------------------|
| <b>Tageszeitungen</b>             |                       |
| Neue Zürcher Zeitung              |                       |
| <b>Sonntagszeitungen</b>          |                       |
| NZZ am Sonntag                    |                       |
| <b>Zeitschriften / Fachmedien</b> |                       |
| NZZ Folio                         | Frame                 |
| NZZ Geschichte                    |                       |
| <b>News-Sites</b>                 |                       |
| nzz.ch                            | nzzas.nzz.ch          |
| <b>Online-Plattformen</b>         |                       |
| bellevue.nzz.ch                   | Architonic.ch         |
| Moneyhouse.ch                     | moneyhouse.de         |
| jobs.nzz.ch                       | bindexis.ch           |
| trauer.nzz.ch                     | NZZdomizil.ch         |
| reisen.nzz.ch                     | zeitungsarchiv.nzz.ch |
| shop.nzz.ch                       |                       |
| <b>Verlagswesen</b>               |                       |
| NZZ Libro                         |                       |

12. Mit Schreiben vom 13. Juni 2018 wird das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) in Kenntnis darüber gesetzt, dass der NZZ Libro Verlag durch Auslagerung des operativen Betriebs an die Schwabe AG übertragen worden sei. NZZ sei somit nicht mehr über den NZZ Libro Verlag als Buchverlag und im Verkauf von Büchern an Endkunden und Wiederverkäufer tätig. Gemäss diesen Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass NZZ den NZZ Libro Verlag weiterhin kontrolliert oder zumindest mitkontrolliert. Deshalb ist NZZ nach wie vor im Bereich Buchverlag sowie in den Bereichen Verkauf und Wiederverkauf von Büchern tätig (vgl. Rz 130 und 138).

13. [...].

### A.1.3 Gemeinschaftsunternehmen

14. Gemäss Meldung wird das GU primär im Bereich der Regionalmedien tätig sein. Das Kerngeschäft werde in der Herausgabe von Zeitungen und Zeitschriften, im Betrieb von Online-Plattformen sowie von Fernseh- und Radiosendern und im Druckgeschäft liegen. Sodann werde das GU auch in den jeweils zu diesen Tätigkeitsbereichen korrespondierenden Werbemärkten tätig sein. AZM werde auch ihre jeweiligen Aktivitäten im Vertrieb sowie deren Verlagsgeschäft in das GU einbringen.

### A.1.4 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens

15. Seit Jahren befände sich der Medienmarkt in einem tiefgreifenden Strukturwandel. So habe in den letzten Jahren angesichts des veränderten Konsumverhaltens eine Substitution der Print-Medien durch elektronische und digitale Medien stattgefunden. Weiter seien im Zeitalter der Digitalisierung auch neue Player wie die internationalen Tech-Giganten Facebook, Google oder You-

tube in die Medienmärkte eingetreten, mit denen sich die traditionellen Print-Medien seither zu messen hätten.

16. Durch das rasante Wachstum der elektronischen und digitalen Medien seien die Leser- und Abonnementszahlen der traditionellen Print-Medien in den letzten Jahren bedeutend zurückgegangen. Besonders gravierend für die Medienhäuser sei neben diesem Negativtrend bei den Leser- und Abonnementszahlen insbesondere der Rückgang der Werbeeinnahmen in den traditionellen Print-Medien. Werbegelder, die lange Zeit die Hauptfinanzierungsquelle der Medienhäuser gewesen seien, wanderten im Zeitalter der Digitalisierung ins Internet ab. So seien die Werbeeinnahmen im Online-Bereich in den letzten Jahren stetig gestiegen, während diejenigen in den Print-Medien regelrecht eingebrochen seien.

17. Diese Entwicklung habe bedeutende Auswirkungen auf die Finanzierung publizistischer Print-Medieninhalte. So führe der Einbruch der Werbeeinnahmen in Print-Titeln bei den Schweizer Verlagen zu jährlichen Ertragsrückgängen von teilweise weit über 10 %. Die Einnahmen aus neuen Verbreitungs Kanälen würden diese Ausfälle im traditionellen Geschäft in keiner Art zu kompensieren vermögen. Die Ausfälle müssten deshalb hauptsächlich durch Kosteneinsparungen ausgeglichen werden. Auch das Einsparpotenzial sei jedoch begrenzt, weil etwa bei der Erstellung von journalistischen Inhalten ein Fixkostenblock (Personal) vorhanden sei, der keine Variabilität in Bezug auf Auflagen/Leser oder Inserateschaltungen aufweise. Die möglichen Synergien seien bei den meisten Verlagshäusern durch Reorganisationen und Kooperationen bereits ausgereizt.

18. Um die finanzielle Basis für die Herausgabe ihrer Produkte in diesem herausfordernden Marktumfeld zu sichern und dem Kostendruck entgegenhalten zu kön-

nen, seien die Medienhäuser deshalb darauf angewiesen, ihre Kräfte zu bündeln und Synergien auch ausserhalb des eigenen Unternehmens zu suchen. So erfasse die Medienbranche in der Schweiz in den letzten Jahren eine lange Reihe von Kooperationen und Zusammenschlüssen. Diese Entwicklung sei dem dramatischen Strukturwandel in der Medienlandschaft geschuldet. Der Wettbewerb sowohl im Nutzer- wie auch im Werbemarkt habe sich in einer Weise intensiviert, die vor Jahren noch nicht für möglich gehalten worden sei. Nationale wie lokale Anbieter spürten die Konkurrenz, welche durch die Digitalisierung eine globale Dimension erhalten habe und zu Medienmärkten führe, die zunehmend von internationalen Tech-Giganten wie beispielsweise Google, Facebook und Youtube dominiert würden. So gingen bereits heute 40-80 % der Werbegelder an Google und Facebook, eine Tendenz, die auch vor lokaler und regionaler Werbung nicht Halt machen würde.

19. Den Druck zur Konsolidierung verspürten vor diesem Hintergrund nicht nur die kleinen, sondern auch die ganz grossen Medienhäuser. So hätten sich die zwei grössten Medienhäuser der Schweiz, Tamedia und Ringier, in den letzten Jahren einerseits stark vergrössert und andererseits von den Print-Medien in den Bereich elektronische und digitale Medien entwickelt. Das von Tamedia in diesem Zusammenhang benutzte Stichwort laute „360-Grad-Angebote“. Bei Tamedia hätten im Geschäftsjahr 2016 erstmals die publizistischen und kommerziellen digitalen Angebote über die Hälfte des operativen Ergebnisses beigetragen. Ringier sei durch zahlreiche Übernahmen und Kooperationen wie beispielsweise das Joint Venture mit Axel Springer ebenfalls weitergewachsen. Dies zeige, dass auch die zwei grössten Medienhäuser der Schweiz gezwungen seien, sich durch Konsolidierungen dem Negativtrend in der Medienbranche entgegenzusetzen.

20. Von grosser Bedeutung für die Medienlandschaft in der Schweiz sei auch die Gründung von Admeira, dem Gemeinschaftsunternehmen von Swisscom, Ringier und SRG. Die Kooperation zeige exemplarisch, dass im Werbemarkt neue Lösungen gesucht würden, welche multimediale Angebote (Print, TV, Online) auf Basis moderner Technologien verbinden würden. Damit würden die Grenzen zwischen den klassischen Medienkanälen sowohl im Nutzer- wie auch im Werbemarkt aufgelöst.

21. Auch die Regionalmedien seien von den beschriebenen Trends unmittelbar betroffen. Durch den rasanten technologischen Fortschritt und die veränderten Nutzererwartungen steige der Innovationsdruck auch für kleinere Medienunternehmen. Mangels Ressourcen und Know-How seien die Regionalmedien alleine aber oft nicht in der Lage, auf diese Marktveränderungen zu reagieren. Sie seien deshalb auf Grössenvorteile angewiesen.

22. AZM und NZZ beabsichtigten angesichts dieses schwierigen und sich stark verändernden Marktumfelds mit dem Zusammenschluss ein wettbewerbsfähiges Medienunternehmen zu schaffen, das die nötige Finanzkraft habe und durch Skaleneffekte und neue Synergiepotenziale die Voraussetzung dafür schaffen könne, langfristig in die Weiterentwicklung der Marken und Pro-

dukte zu investieren, mit Innovationen die digitale Transformation zu forcieren und damit das Regionalmedien-geschäft in die Zukunft zu führen.

23. [...] So ermögliche das Zusammenschlussvorhaben AZM und NZZ, in entsprechende Technologien zu investieren, die angesichts der anhaltenden Verlagerung der Print-Medien in den Online-Bereich unabdingbar seien.

24. Wegen des digitalen Strukturwandels seien die Bezahlangebote wie beispielsweise die Printmedien enormem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Dies betreffe insbesondere auch die Regionalmedien: es gehe „um das mittelfristige finanzielle Überleben und den Erhalt wesentlicher Schweizer Regionalmedien“. [...]

25. Aus publizistischer Sicht gehe es den Parteien um die Stärkung der journalistischen Kompetenzen und den Erhalt ihrer Regionalmedien, die sich in geographischer Hinsicht ergänzten. Der Erhalt der Regionalmedien sei vor dem Hintergrund, dass diese in der föderalistischen, direktdemokratischen Schweiz wesentlich zur Meinungsbildung beitragen würden, besonders bedeutend. Die Parteien stünden mit ihrem geplanten GU für regionalen Qualitätsjournalismus mit lokaler Verankerung ein. Mit dem Zusammenschluss seien sie in der Lage, das unternehmerische Umfeld zu schaffen, in dem profilierter Lokaljournalismus gedeihen könne. Damit wollten sie einen wichtigen Beitrag zum Fortbestand medialer Vielfalt in der Schweiz leisten.

## A.2 Das Verfahren

26. Mit Schreiben vom 25. Mai 2018 ging beim Sekretariat die Meldung des Zusammenschlussvorhabens AZM/NZZ ein.

27. Während der vorläufigen Prüfung wurden mit Schreiben vom 29. Mai 2018 Auskunftsbegehren an die ASW Allianz Schweizer Werbe- und Kommunikations-Agenturen, die Kommunikation Schweiz, die WEMF AG für Werbemedienforschung, die Leading Swiss Agencies, den Schweizer Werbe-Auftraggeberverband (SWA), den Verband Schweizerischer Medien und den Verband Schweizer Werbegesellschaften gestellt.

28. Mit Schreiben vom 30. Mai 2018 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

29. Die Mehrheit der Antworten auf die Auskunftsbegehren trafen beim Sekretariat im Zeitraum vom 1. bis 7. Juni 2018 ein. Das Auskunftsbegehren an den Verband Schweizerischer Werbegesellschaften konnte infolge Erlöschens der Firma nicht zugestellt werden. Die Antwort von Swiss Leading Agencies erfolgte mit Schreiben vom 25. Juni 2018.

30. Am 25. Juni 2018 entschied die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse der WEKO (nachfolgend: Kammer), das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG<sup>2</sup> zu unterziehen. Zugleich entschied die Kammer, dass das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Prüfung aufgeschoben bleibt (vgl. Art. 33 Abs. 2 KG). Die Parteien erhielten die Mitteilung über diese Entscheide mit Schreiben vom 25. Juni 2018.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

31. Mit Schreiben vom 2. Juli 2018 stellte das Sekretariat an AZM, NZZ, Ringier AG und Tamedia AG ein Auskunftsbegehren bezüglich Abonnementspreise. Die Antworten auf diese Auskunftsbegehren gingen im Zeitraum vom 4. bis 13. Juli 2018 ein.

32. Die Stellungnahme der Parteien zur vorläufigen Prüfung erfolgte mit Schreiben vom 12. Juli 2018, womit die Parteien beantragen, das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu beurteilen und ohne Auflagen und Bedingungen zuzulassen. Mit der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung stellen die Parteien zudem folgenden Verfahrensantrag:

*„Es sei der vorläufige Vollzug des Zusammenschlussvorhabens 41-0861 zwischen der AZ Medien AG und der Aktiengesellschaft für die Neue Zürcher Zeitung nach Art. 33 Abs. 2 KG zu bewilligen.“*

33. Die Parteien erhielten Akteneinsicht mit Schreiben vom 25. Juni 2018 und vom 28. Juni 2018. Zudem wurden den Parteien die Antworten auf die Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 2. Juli 2018 in elektronischer Form übermittelt.

34. Mit Schreiben vom 16. Juli 2018 äusserte sich die NMZ – Neue Medien Zentralschweiz Werbe AG (nachfolgend: NMZ) als Dritte im Rahmen von Art. 33 Abs. 1 KG zum Zusammenschlussvorhaben. Diese Eingabe wurde den Parteien mit Schreiben des Sekretariats vom 17. Juli 2018 zugestellt. Die Parteien nahmen zur Eingabe von NMZ mit Schreiben vom 18. Juli 2018 Stellung.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

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

#### **B.1.1 Unternehmen**

36. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

37. Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbstständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen gemäss Praxis der WEKO 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>3</sup>

38. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen AZM und NZZ sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

39. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- 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.

40. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>4</sup>

#### **B.1.2.1 Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens**

41. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU; SR 251.4).

##### **B.1.2.1.1. Gemeinsame Kontrolle**

42. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, das heisst Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.

43. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2017/2, 312 Rz 22, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2017/1, 110 Rz 12, *Tech Data/Avnet TS*, RPW 2016/3, 772 Rz 10, *BKW/AEK*.

<sup>4</sup> RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.<sup>5</sup>

44. AZM und NZZ streben die gemeinsame Kontrolle über das GU an. Nach Abschluss der Transaktion würden die Aktien des GU jeweils zu 50 % von AZM und NZZ gehalten. [...]

45. Aufgrund der Ausführungen in der Meldung ist davon auszugehen, dass die beiden Mutterunternehmen AZM und NZZ bei allen wichtigen Entscheidungen Übereinstimmung erzielen müssen. [...] Daher ist von einer gemeinsamen Kontrolle auszugehen.

#### **B.1.2.1.2. Vollfunktion**

46. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>6</sup>

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, das heisst 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.

47. Gemäss Meldung werde das GU mit den eingebrachten Medientiteln, Druckereien und Vertriebsgesellschaften sowohl als Nachfrager als auch als Anbieter am Markt tätig sein.

48. Das unter neuem, eigenem Namen geführte GU werde die bisherigen Medientitel unter den bestehenden Marken weiterführen. Die Geschäftsleitung werde die nötigen operationellen und funktionalen Kompetenzen besitzen, um das GU als selbständige Einheit zu führen. Ebenfalls werde es dem GU grundsätzlich freistehen, bei wem es seine Produkte und Dienstleistungen beschaffen werde. [...]

49. AZM und NZZ beabsichtigten, ihre Aktivitäten im Bereich der Regionalmedien dauerhaft auf das GU zu übertragen und dieses langfristig als eigenständiges Medienunternehmen zu etablieren. Das GU unterliege keiner zeitlichen Beschränkung.

50. Gemäss Meldung würden AZM und NZZ ihre Geschäftstätigkeiten im Bereich der Regionalmedien in das GU einbringen. Durch ihre Vereinigung im GU werde dieses über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und die weiteren erforderlichen personel-

len, materiellen und finanziellen Mittel verfügen, um auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in den jeweiligen Märkten tätig zu sein.

51. Aufgrund dieser Angaben der Meldung ist somit davon auszugehen, dass das geplante GU die Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens erfüllen wird.

#### **B.1.2.1.3. Einbringung von Geschäftstätigkeit**

52. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.<sup>7</sup>

53. Gemäss würden AZM und NZZ Tochtergesellschaften, Vermögenswerte und Personal in das GU einbringen.

54. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten.

#### **B.1.2.1.4. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen**

55. Aufgrund vorangehender Ausführungen liegt die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne des Kartellgesetzes vor.

#### **B.1.3 Beteiligte Unternehmen**

56. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).<sup>8</sup>

Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind AZM, NZZ und das GU als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

#### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

57. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen: RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2016/1, 263 f. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>7</sup> RPW 2016/1, 265 Rz 54, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

### B.3 Meldepflicht

58. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt min-

destens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

59. Die Meldung gibt für AZM und NZZ für die jeweils letzten Geschäftsjahre folgende Umsätze an:

Tabelle 4: Umsätze der beteiligten Unternehmen im jeweils letzten Geschäftsjahr (in Mio. Franken)

|          | AZM (Geschäftsjahr 2016) | NZZ (Geschäftsjahr 2017) | Gemeinsam |
|----------|--------------------------|--------------------------|-----------|
| Schweiz  | [...]                    | [...]                    | [...]     |
| Weltweit | [...]                    | [...]                    | [...]     |

60. Somit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

61. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

62. Im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ist zunächst zu untersuchen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

63. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

64. Hierzu sind untenstehend zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Danach ist zu untersuchen, ob bei einer etwaigen marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, mithin das Zusammenschlussvorhaben eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt.

65. Grundsätzlich erfolgt die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auch für Bereiche, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind. Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsaddi-

tionen. Allerdings hätte der Zusammenschluss einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft die WEKO je nachdem auch Bereiche, in denen keine Überlappungen in den Tätigkeiten der Beteiligten bestehen und keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.

#### B.4.1 Relevante Märkte

66. 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).

67. 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).

68. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.<sup>9</sup> Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> RPW 2016/1, 265 Rz 59, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*; RPW 2015/3, 442 Rz 98, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2016/1, 268 Rz 68, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2017/4, 583 Rz 46, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>10</sup> Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

69. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich unter anderen zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzer von News-Sites, Hörermärkten, Zuschauermärkten, Werbemärkten (Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten.<sup>11</sup>

#### B.4.1.1.1. Lesermärkte

70. Lesermärkte lassen sich anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen. Dabei sind nebst den eigentlichen Zeitungen (insb. Tageszeitungen, Pendlerzeitungen und Sonntagszeitungen) auch die sogenannten Special-Interest-Titel zu betrachten. Letztere bilden je eigene Lesermärkte, da sie sich an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse richten.<sup>12</sup>

71. Die WEKO stützte sich in der Vergangenheit bei der Marktabgrenzung nur teilweise auf die VSW<sup>13</sup>-Kategorisierung ab. Zwar stimmen die Marktabgrenzungen der WEKO und die VSW-Kategorisierung über weite Strecken überein. Explizit hat die WEKO die Branchenkategorisierung des VSW aber nur für die Special-Interest-Titel direkt übernommen.<sup>14</sup> Trotz weitgehender Übereinstimmung ist eine Branchenkategorisierung für die WEKO bei der Marktabgrenzung nicht verpflichtend. Die WEKO behält sich vor, eine Marktabgrenzung vorzunehmen, die nicht der VSW-Kategorisierung entspricht.

72. Gemäss Meldung gibt AZM keine Sonntagszeitung mehr heraus. Den Titel „Schweiz am Sonntag“ habe AZM per März 2017 eingestellt. AZM gebe die Zeitung „Schweiz am Wochenende“ heraus, die den Abonnenten der Tageszeitungen als Samstagsausgabe zugestellt werde und somit lediglich die sechste Ausgabe der Tageszeitungen darstelle. Daher sei der Titel „Schweiz am Wochenende“ nicht als Sonntagszeitung zu qualifizieren.

73. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bekräftigt, dass die „Schweiz am Wochenende“ die 6. Ausgabe der Tageszeitungen von AZM darstelle. Die anderslautende Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung sei realitätsfern und nicht nachvollziehbar. Der Umstand, dass die Parteien die „Schweiz am Wochenende“ dem Lesermarkt für Sonntagszeitungen zugeschlagen hätten, läge nur am Schreiben des Sekretariats vom 1. Mai 2018, das die Parteien aufgefordert habe, eine Zuordnung vorzunehmen. Dies ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass die „Schweiz am Wochenende“ effektiv die 6. Ausgabe der Tageszeitungen darstelle.

74. Zur Zuordnung der „Schweiz am Wochenende“ zu einem relevanten Markt ist festzustellen, dass AZM die „Schweiz am Wochenende“ gemäss ihrem Internet-Auftritt<sup>15</sup> als eigenständigen Pressetitel ausweist. Die „Schweiz am Wochenende“ kann auch unabhängig von den anderen Titeln von AZM abonniert werden.<sup>16</sup> Weil der Titel nicht täglich erscheint, kann dieser allerdings nicht als Tageszeitung qualifiziert werden. Nicht zuletzt aufgrund des Selbstverständnisses von AZM könnte die „Schweiz am Wochenende“ entgegen den Ausführungen der Meldung auch als Substitut für die „klassischen“ Sonntagszeitungen angesehen und entsprechend den Lesermärkten für Sonntagszeitungen zugeordnet wer-

den: „Mit dieser Zeitung sind wir künftig gegenüber den herkömmlichen Sonntagszeitungen einen Tag voraus. Oder anders ausgedrückt: Ihr Sonntag beginnt schon am Samstag.“<sup>17</sup> Allerdings ordnet die WEMF AG für Werbemedienforschung (nachfolgend: WEMF) den Titel „Schweiz am Wochenende“ der VSW-Kategorie „Regionale Wochenpresse“ zu.<sup>18</sup> Diese Kategorie erfasst Titel, welche weniger als vier Mal wöchentlich erscheinen, sich an breite Bevölkerungsschichten richten und jedermann zugänglich sind.<sup>19</sup> Somit liegen Informationen vor, wonach die „Schweiz am Wochenende“ den Lesermärkten für Sonntagszeitungen oder den Lesermärkten für regionale Wochenpresse, unterteilt nach WEMF-Wirtschaftsgebieten, zugeordnet werden kann.

75. Entsprechend hat das Sekretariat den Parteien die Möglichkeit offengelassen, ob die „Schweiz am Wochenende“ dem Lesermarkt für Sonntagszeitungen oder den Lesermärkten für regionale Wochenpresse zuzuordnen ist. Die Meldung hat dann die „Schweiz am Wochenende“ dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz zugeordnet. Mithin kann keine Rede davon sein, dass das Sekretariat AZM und NZZ dazu gebracht habe, die „Schweiz am Wochenende“ als Sonntagspresse zu qualifizieren.

76. Allerdings erhalten die Abonnenten der verschiedenen Titel der Tagespresse die „Schweiz am Wochenende“ am Samstag im Rahmen des Bezugs ihrer Tageszeitung, für welche keine eigentliche Samstagsausgabe existiert. Um Doppelzählungen zu vermeiden, erfolgt die Berücksichtigung des Bezugs des Titels „Schweiz am Wochenende“ im Rahmen des Abonnements einer Tageszeitung bei den Lesermärkten für Tageszeitungen. Demgegenüber ist es möglich, den Titel „Schweiz am Wochenende“ unabhängig von einem Tageszeitungs-Abonnement am Kiosk oder mit einem gesonderten Abonnement zu beziehen (vgl. Rz 74). Erfolgt ein Bezug des Titels „Schweiz am Wochenende“ ohne Tageszeitungs-Abonnement, wird dies bei der Marktanteilsberechnung für den Markt für Sonntagszeitungen berücksichtigt.

77. In sachlicher Hinsicht ist anhand der bisherigen Marktabgrenzungen der WEKO<sup>20</sup> und gestützt auf die vorangehenden Ausführungen von folgenden Lesermärkten auszugehen:<sup>21</sup>

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2009/3, 254 Rz 73, *Tamedia/PPSR*.

<sup>12</sup> RPW 2015/3, 438 Rz 95 f., *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>13</sup> Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW; zur Definition der VSW-Kategorien: <[www.vsw-assp.ch/fileadmin/dokumente/typologie/16\\_Definition\\_Presstypen-d.pdf](http://www.vsw-assp.ch/fileadmin/dokumente/typologie/16_Definition_Presstypen-d.pdf)> (04.06.2018).

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2015/3, 438 Rz 95, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>15</sup> Vgl. <[www.azmedien.ch/produkte/zeitung](http://www.azmedien.ch/produkte/zeitung)> (04.06.2018).

<sup>16</sup> Vgl. <[abo.azmedien.ch/abo.php?id=dso](http://abo.azmedien.ch/abo.php?id=dso)> (04.06.2018).

<sup>17</sup> Vgl. <[www.azmedien.ch/medienstelle/medienmitteilungen/2016/der-sonntag-beginnt-schon-am-samstag](http://www.azmedien.ch/medienstelle/medienmitteilungen/2016/der-sonntag-beginnt-schon-am-samstag)> (04.06.2018); <[www.persoenlich.com/medien/schweiz-am-wochenende-zahlt-nicht-zur-sonntagspresse](http://www.persoenlich.com/medien/schweiz-am-wochenende-zahlt-nicht-zur-sonntagspresse)> (04.06.2018).

<sup>18</sup> Vgl. <[www.nextlevel1.ch/m-cloud/index.html](http://www.nextlevel1.ch/m-cloud/index.html)> (04.06.2018).

<sup>19</sup> Vgl. zur Definition der VSW-Kategorien: <[www.vsw-assp.ch/fileadmin/dokumente/typologie/16\\_Definition\\_Presstypen-d.pdf](http://www.vsw-assp.ch/fileadmin/dokumente/typologie/16_Definition_Presstypen-d.pdf)> (04.06.2018).

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2014/4, 709 Rz 27 ff., *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 254 Rz 76 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2016/1, 325 Rz 231, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 27 ff., *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 254 Rz 76 ff., *Tamedia/PPSR*.

- Markt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten;
- Markt für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränktem redaktionellen Inhalt;
- Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger;
- Markt für Pendlerzeitungen;
- Markt für Sonntagszeitungen;
- Märkte für Zeitschriften gemäss VSW-Kategorien (Special-Interest-Titel).

78. Gemäss Meldung sind AZM und NZZ auf den Lesermärkten für Lokalzeitungen und Pendlerzeitungen nicht tätig. Zudem ist aufgrund der Meldung nicht ersichtlich, dass AZM, NZZ und das GU auf diesen Märkten einen Eintritt beabsichtigen. Deshalb wird vorliegend darauf verzichtet, weiter auf diese beiden Märkte einzugehen.

79. Die Meldung führt aus, dass vor dem Hintergrund des derzeitigen tiefgreifenden Strukturwandels, die separate Abgrenzung von Leser- und Online-Nutzermärkten nicht mehr der heutigen Marktsituation entspreche. Neben den Online-Nutzermärkten würden auch die Pendlerzeitungen einen starken Wettbewerbsdruck auf Tageszeitungen ausüben. Deshalb seien der Online-Bereich und die Pendlerzeitungen zum sachlich relevanten Markt der Tageszeitungen zu zählen. Zumindest müsse bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse der Wettbewerbsdruck, der von diesen Medien ausgehe, berücksichtigt werden.

80. Mit Schreiben vom 13. Juni 2018 bekräftigen die Parteien dieses Vorbringen. Sowohl auf den Leser- als auch auf den Werbemärkten seien Pendlerzeitungen aus Sicht der Marktgegenseite Substitute für Tageszeitungen. Diese Substituierbarkeit werde jüngst durch die Einstellung der Printausgabe der Tageszeitung „Le Matin“ bestätigt. Die Leserschaft von „Le Matin“ sei nach Lancierung der Pendlerzeitungen „20 Minutes“ und „Le Matin Bleu“ nämlich zu letzteren abgewandert, obwohl „Le Matin“ jahrelang die beliebteste Tageszeitung in der Westschweiz gewesen sei. Auch der Werbemarkt sei mit Lancierung der Pendlerzeitungen in Schieflage gekommen, da die Werbekunden von „Le Matin“ zu den Pendlerzeitungen gewechselt seien. Aus Sicht von Marktexperten sei es evident, dass Pendlerzeitungen vollwertige Substitute zu Tageszeitungen darstellen würden. Diese Substituierbarkeit sei, wie dies die WEKO selbst in Sachen Tamedia/PPSR festgehalten habe, bei der sachlichen Marktabgrenzung zu berücksichtigen.

81. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung hält an der in der Meldung dargelegten Haltung der zu engen Marktabgrenzung bei Tageszeitungen fest. Die Stellungnahme ergänzt diese Haltung insbesondere mit einem Verweis auf einen Bericht der Vernehmlassung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über elektronische Medien des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK). Dieser halte fest, dass ein starker Wettbewerbsdruck auf die Tageszeitungen durch die Pendlerzeitungen ausgehe.

82. Zu diesen Vorbringen ist zunächst auszuführen, dass derzeit keine Umstände ersichtlich sind, welche die bisherige Marktabgrenzung als unhaltbar erscheinen liessen und somit zwingend eine andere Marktabgrenzung erfordern würden. Deshalb sind der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nach wie vor getrennte sachlich relevante Märkte für Tageszeitungen, Märkte für Pendlerzeitungen und Online-Nutzermärkte zugrunde zu legen. Weiter ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Parteien die WEKO offengelassen hat, ob bei der Abgrenzung der Lesermärkte aufgrund zukünftiger Entwicklungen allenfalls Pendlerzeitungen und Tageszeitungen den gleichen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen wären. Zudem hat die WEKO in jüngeren Fällen eigenständige Lesermärkte für Pendlerzeitungen abgegrenzt (vgl. Rz 77). Daran ändert auch die Einschätzung des UVEK nichts.

83. Die Meldung führt in Bezug auf den Bereich der Fachpresse für Gebäudetechnik aus, dass eine Marktabgrenzung anhand der VSW-Kategorien zu eng gefasst wäre. Die VSW-Kategorien würden zwischen verschiedenen Titeln der Fachpresse für Unternehmen in der Bauwirtschaft aus reglementarischen Gründen eine künstliche Grenze ziehen, welche die Marktgegebenheiten nicht widerspiegle. „Reglementarisch“ bedeute in diesem Kontext, dass gemäss VSW-Reglement jede Publikation in der Typologie der Schweizer Presse nur einer einzigen, eng abgegrenzten VSW-Unterkategorie zugeordnet werde. Dies auch dann, wenn eine Publikation thematisch mehrere Unterkategorien abdecke. Verschiedene VSW-Unterkategorien im Bereich Gebäudetechnik und Bauen müssten für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zusammengefasst werden, weil sie sich alle mit Themen des Bauens befassten und an ein Fachpublikum im Baugewerbe richteten. Auch wenn sich Fachzeitschriften der Bauwirtschaft thematisch einem Schwerpunkt widmen würden, sprächen sie Arbeiter, Spezialisten und Entscheidungsträger aus verschiedenen Berufsgruppen an. Das Zielpublikum all dieser Zeitschriften seien Entscheidungsträger in Industrie und Gewerbe, die für Investitionen bei Neubauten, Umbauten und Renovationen verantwortlich seien, sowie insbesondere Unternehmen der Gebäudetechnik-Branche, Ingenieure und Planer, Architekten, technische Leiter in öffentlichen Verwaltungen, Bauherren und Baubehörden. Die Zeitschriften seien aus Sicht der Marktgegenseite (Architekten, Ingenieure, technische Leiter in öffentlichen Verwaltungen, Bauherren, Baubehörden, etc.) substituierbar. Dies müsse die sachliche Marktabgrenzung richtigerweise berücksichtigen. Eine Marktabgrenzung anhand von VSW-Unterkategorien wäre gemäss Meldung zu eng.

84. Zur Abklärung dieser Fragestellung haben der Verband Schweizer Medien (nachfolgend: VSM), ASW Allianz Schweizer Werbe- und Kommunikationsagenturen (nachfolgend: ASW), Schweizer Werbe-Auftraggeberverband (nachfolgend: SWA), WEMF, Kommunikation Schweiz (nachfolgend: KoS) und Leading Swiss Agencies (nachfolgend: LSA) Auskunftsbegleichen zur Beantwortung erhalten. Zudem wurde der Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW angeschrieben. Allerdings hat der VSW gemäss den befragten Kreise im

Zuge des Konkurses der Publicitas-Gruppe seine Tätigkeit eingestellt.

85. Gemäss Antworten auf die Auskunftsbegleichen stellt die VSW-Unterteilung eine systematische Strukturierung für die Schweizer-Presselandschaft dar. Dadurch sind die verschiedenen Titel besser auffindbar, die Werbeplanung ist besser planbar und es ist eine statistische Erfassung der Titel möglich. Einzig ASW schätzt die Bedeutung der VSW-Unterteilung als marginal ein.

86. Weiter diene die VSW-Unterteilung als Orientierungshilfe bis auf alle drei Stufen (Sektoren, Branchen, Rubriken). Allerdings habe die VSW-Unterteilung wegen des Rückgangs der Werbeeinnahmen im Printbereich an Bedeutung verloren. Zudem stellt gemäss WEMF die VSW-Unterteilung bei der Werbeplanung ein Kriterium unter vielen dar.

87. Ob sich die werbetreibende Wirtschaft bei Werbung auf einzelne Rubriken (z.B. Gebäudetechnik) beschränkt oder ob sie regelmässig über verschiedene Rubriken hinweg Werbung platziert, ist von den Kommunikationszielen der Werbetreibenden abhängig. Gemäss Auskunftsbegleichen ist es möglich, dass die werbetreibende Wirtschaft Werbung sowohl Rubrik-übergreifend als auch nur beschränkt auf eine einzelne Rubrik platziert.

88. Die Antworten auf die Auskunftsbegleichen fallen in Bezug auf die Austauschbarkeit der Rubriken-Gruppe unterschiedlich aus. Einerseits sind alle Kombinationen möglich. Andererseits seien die verschiedenen Rubriken-Gruppen nicht untereinander austauschbar.

89. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die werbetreibende Wirtschaft ihre Werbung an der VSW-Unterteilung ausrichtet und dabei zumindest teilweise bis auf die Stufe der Rubriken-Gruppen abstellt. Der Grad der Ausrichtung und Orientierung an den Rubriken-Gruppen ist stark von den einzelnen Werbekampagnen der werbetreibenden Wirtschaft abhängig. Grundsätzlich geht die werbetreibende Wirtschaft damit allerdings davon aus, dass die VSW-Unterteilung den Leserinteressen, das heisst der Zielgruppen der Werbung, entsprechen kann. Auch wenn je nach Werbekampagne diese Rubriken-übergreifend erfolgen kann, ändert dies nichts daran, dass jede Rubrik eine eigene Zielgruppe beziehungsweise Leserschaft darstellt. Dementsprechend kann nicht wie in der Meldung ausgeführt von einem einzigen sachlich relevanten Lesermarkt für Gebäudetechnik und Bauen ausgegangen werden (vgl. Rz 83). Es ist somit bei den Märkten für Zeitschriften an der bisherigen sachlich relevanten Marktabgrenzung anhand der VSW-Kategorien beziehungsweise VSW-Rubriken für Special-Interest-Titel festzuhalten.

90. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO die Lesermärkte bisher differenziert abgegrenzt:

91. Lesermarkt für Tageszeitungen: Für die räumliche Abgrenzung ist grundsätzlich vom Verbreitungsgebiet der in Frage stehenden Titel auszugehen, wobei die WEKO annäherungsweise eine Aufteilung nach WEMF-Wirtschaftsgebieten<sup>22</sup> vorgenommen hat.<sup>23</sup> An dieser räumlich relevanten Marktabgrenzung ist für dieses Zusammenschlussvorhaben festzuhalten.

92. Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger: Gemäss Praxis der WEKO werden diese Printerzeugnisse jeweils in beschränkten geografischen Räumen nachgefragt. Auch hier stellt die WEKO annäherungsweise auf die WEMF-Wirtschaftsgebiete ab.<sup>24</sup> An dieser räumlich relevanten Marktabgrenzung ist für dieses Zusammenschlussvorhaben festzuhalten.

93. Markt für Sonntagszeitungen: Grundsätzlich weisen Sonntagszeitungen eine überregionale Ausrichtung auf. Wenn auch mit der „Zentralschweiz am Sonntag“ eine regional ausgerichtete Sonntagszeitung besteht, ist die Tendenz bei den Eigenschaften von Sonntagszeitungen unklar beziehungsweise weisen Sonntagszeitungen eher eine überregionale Ausrichtung auf. So haben verschiedene Verlage Sonntagszeitungen mit regionaler Ausrichtung eingestellt.<sup>25</sup> Daher erscheint es zurzeit nicht gerechtfertigt, den Markt für Sonntagszeitungen in räumlicher Hinsicht nach WEMF-Wirtschaftsgebieten abzugrenzen. Vielmehr ist für dieses Zusammenschlussvorhaben an der bisherigen sprachregionalen Marktabgrenzung festzuhalten.

94. Märkte für Zeitschriften gemäss VSW-Kategorien (Special-Interest-Titel): Für Zeitschriften ist die WEKO bisher von sprachregionalen Märkten der Schweiz ausgegangen.<sup>26</sup>

#### **B.4.1.1.2. Märkte für Nutzer von News-Sites**

95. Praxisgemäss hat die WEKO gestützt auf einen Entscheid der REKO/WEF jeweils einen Markt für News-Sites abgegrenzt. Dabei handelt es sich um das Online-Angebot von Medienanbietern (Tageszeitungen, Radiostationen, Schweizer Radio und Fernsehen, etc.), welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.<sup>27</sup>

96. Ausgehend von der Tätigkeit der jeweils beteiligten Unternehmen hat die WEKO die Märkte für News-Sites sowohl sprachregional als auch nach Grossräumen oder auch schon enger nach Wirtschaftsgebiet oder Stammgebiet einer Zeitung abgegrenzt.<sup>28</sup>

97. Mit den Tätigkeiten von AZM und NZZ als Ausgangspunkt ist der sachlich relevante Markt für News-Sites sowohl nach Sprachregionen als auch nach Stammgebiet beziehungsweise, als Annäherung, nach WEMF-Wirtschaftsgebieten zu unterteilen.

<sup>22</sup> Wirtschaftsgebiete der Schweiz gemäss WEMF; <wemf.ch/de/downloads/gebietskarten/wemf-gebiete.pdf> (04.06.2018).

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2014/4, 709 Rz 30, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 255 Rz 80, *Tamedia/PPSR*.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2014/4, 709 Rz 30, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 255 f. Rz 82, *Tamedia/PPSR*.

<sup>25</sup> Beispielsweise hat AZM die „Schweiz am Sonntag“ per März 2017 und die NZZ die „Ostschweiz am Sonntag“ per November 2017 eingestellt.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2014/4, 711 Rz 4, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 259 Rz 97 ff., *Tamedia/PPSR*.



### B.4.1.1.3. Hörermärkte

98. Die WEKO hat bisher Hörermärkte ins Auge gefasst, ohne diese jedoch endgültig abzugrenzen. Dieser Verzicht ist angesichts der starken Stellung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: SRG) erfolgt.<sup>29</sup> Auch vorliegend wird aufgrund der starken Stellung der SRG vorläufig von einem Markt für Radiohörer ausgegangen, ohne diesen jedoch abschliessend abzugrenzen.

99. Der Markt für Radiohörer ist maximal auf das Konzessions- beziehungsweise Sendegebiet der Radiosender beschränkt, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind.<sup>30</sup>

### B.4.1.1.4. Zuschauermärkte

100. Für die Zuschauermärkte gelten dieselben Überlegungen wie oben für die Hörermärkte, wobei im Bereich Fernsehen ausländische Fernsehsender zur SRG hinzukommen.<sup>31</sup>

101. Der Markt für Fernsehzuschauer ist maximal auf das Konzessions- beziehungsweise Sendegebiet der Fernsehstationen beschränkt, das vom Zusammenschluss betroffen ist.<sup>32</sup>

### B.4.1.1.5. Werbemärkte (Bereitstellung und Vermittlung/Vermarktung von Werbung)

102. In Bezug auf die Tätigkeiten von AZM, NZZ und GU gemäss Meldung hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis folgende sachlich und räumlich relevante Werbemärkte abgegrenzt:

Tabelle 5: Sachlich und räumlich relevante Werbemärkte

| Sachlich relevanter Markt  | Räumlich relevanter Markt   |
|--|---|
| Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) <sup>33</sup>          | Sprachregionen <sup>34</sup>  |
| Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) <sup>35</sup>  | Verbreitungsgebiete/WEMF-Wirtschaftsgebiete <sup>36</sup>                       |
| Märkte für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung angelehnt an VSW-Kategorien bzw. weiteren Unterteilungen <sup>37</sup> | Sprachregionen <sup>38</sup>  |
| Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen <sup>39</sup>  | Sprachregionen, evtl. lokal/regional je nach Verbreitungsgebieten <sup>40</sup> |
| Markt für die Bereitstellung von dynamischen Online-Werbeflächen <sup>41</sup>   | National <sup>42</sup> , evtl. Sprachregionen                                   |
| Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung <sup>43</sup>                                   | Sprachregionen <sup>44</sup>  |
| Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung <sup>45</sup>                           | Konzessions- bzw. Sendegebiete <sup>46</sup>                                    |
| Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler TV-Werbung <sup>47</sup>                                     | Sprachregionen <sup>48</sup>  |
| Markt für die Bereitstellung von zielgerichteter nationaler TV-Werbung <sup>49</sup>   | Sprachregionen <sup>50</sup>  |
| Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung <sup>51</sup>                             | Konzessions- bzw. Sendegebiete <sup>52</sup>                                    |
| Markt für die Bereitstellung von zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung <sup>53</sup>                                   | Konzessions- bzw. Sendegebiete <sup>54</sup>                                    |

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2009/3, 257 Rz 86, *Tamedia/PPSR*.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2009/3, 257 Rz 87, *Tamedia/PPSR*.

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2009/3, 257 Rz 88, *Tamedia/PPSR*.

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2009/3, 257 Rz 89, *Tamedia/PPSR*.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 50, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 165, *Tamedia/PPSR*.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 50, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 267 Rz 167 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 53, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163, *Tamedia/PPSR*.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 53, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 267 Rz 166, *Tamedia/PPSR*.

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*.

<sup>43</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 169, *Tamedia/PPSR*. Bei den Märkten für die Bereitstellung sowie Vermarktung/Vermittlung beides von sowohl nationaler als auch lokaler/regionaler Radiowerbung ist grundsätzlich analog zur TV-Werbung eine weitere Unterteilung nach zielgerichteter und nicht-zielgerichteter Werbung möglich. Allerdings ist gemäss Meldung zurzeit zielgerichtete Werbung nach dem Verständnis der Wettbewerbskommission im Radio-Bereich nicht möglich und werde von AZM und NZZ auch nicht angeboten. Aufgrund dieser Angaben wird nicht weiter auf Märkten für die Bereitstellung sowie Vermarktung/Vermittlung beides von zielgerichteter nationaler und zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung eingegangen.

<sup>44</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 170, *Tamedia/PPSR*.

<sup>45</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 169, *Tamedia/PPSR*; Fn 43.

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 171, *Tamedia/PPSR*.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

<sup>48</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 173, *Tamedia/PPSR*.

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 173, *Tamedia/PPSR*.

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

<sup>52</sup> Vgl. RPW 2009/3, 268 Rz 174, *Tamedia/PPSR*.

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2009/3, 267 Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2009/3, 268 Rz 174, *Tamedia/PPSR*.

| Sachlich relevanter Markt   | Räumlich relevanter Markt      |
|---|--------------------------------|
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von nationaler Print-Firmenwerbung <sup>55</sup>  | Sprachregionen <sup>56</sup>   |
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung <sup>57</sup>  | Sprachregionen <sup>58</sup>   |
| Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von Zeitschriften-Werbung angelehnt an VSW-Kategorien bzw. weiteren Unterteilungen <sup>59</sup> | Sprachregionen <sup>60</sup>   |
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von statischen Online-Werbeflächen <sup>61</sup>  | National <sup>62</sup>         |
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von dynamischen Online-Werbeflächen <sup>63</sup>   | National <sup>64</sup>         |
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von nicht-zielgerichteter nationaler TV-Werbung <sup>65</sup>                                     | Sprachregionen <sup>66</sup>   |
| Markt für die Vermarktung/Vermittlung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung <sup>67</sup>                             | Konzessions- bzw. Sendegebiete |

103. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung hält an der in der Meldung dargelegten Haltung fest, wonach im Bereich der Fachpresse für Gebäudetechnik eine Markt-abgrenzung anhand der VSW-Unterkategorien nicht sachgerecht sei (vgl. Rz 83 ff.). Die verschiedenen VSW-Unterkategorien im Bereich Gebäudetechnik und Bauen seien vielmehr Teil des gleichen Marktes. Dies gelte insbesondere auch für den Werbemarkt. Die Stellungnahmen, die vom Sekretariat zu dieser Frage eingeholt worden seien, würden diese Ansicht weitgehend stärken. So erachteten vier der sechs befragten Unternehmen die VSW-Unterkategorien Ingenieur / Architektur (4321), Bauen / Hochbau / Tiefbau (4322), Baugewerbe / Gebäudeunterhalt (4324), Gebäudetechnik (4325) und Energie (4341) aus Sicht der Werbetreibenden als austauschbar. Des Weiteren betonten die befragten Unternehmen, dass die VSW-Kategorisierung aufgrund des Konkurses der Publicitas AG in Zukunft an Bedeutung verlieren werde. Auch aus diesem Grund erscheine ein starres Festhalten der WEKO an den VSW-Unterkategorien bei der Marktabgrenzung als nicht sachgerecht. Eine endgültige sachliche Marktabgrenzung könne im vorliegenden Fall jedoch offengelassen werden, da auch bei einer auf die VSW-Unterkategorien beschränkten Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz kartellrechtlich unbedenklich sei.

104. Dazu ist zuerst darauf hinzuweisen, dass entgegen den Ausführungen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung die Mehrheit der befragten Unternehmen die VSW-Rubriken „Ingenieur, Architektur (4321)“, „Bauen, Hochbau, Tiefbau (4322)“, „Baugewerbe, Gebäudeunterhalt (4324)“, „Gebäudetechnik (4325)“ und „Energie (4341)“ nicht generell als austauschbar erachtet. Vielmehr hängt die Austauschbarkeit gemäss drei von fünf die entsprechende Frage beantwortenden Unternehmen von der konkreten Werbekampagne beziehungsweise den Kommunikationszielen der Werbetreibenden ab (vgl. Rz 87 f.). Die beiden anderen die entsprechende Frage beantwortenden Unternehmen erachten die fraglichen Rubriken gar als nicht austauschbar.

105. Als nächstes ist festzuhalten, dass die Mehrheit der befragten Unternehmen der Werbewirtschaft die VSW-

Unterteilung für die Planung der Werbekampagnen nach wie vor als wichtig bis sehr wichtig erachtet (vgl. auch Rz 85). Daran dürfte auch der Konkurs der Publicitas AG nichts ändern, zumindest solange nicht eine alternative Kategorisierung vorliegt.

106. Somit besteht analog zu den Lesermärkten (vgl. Rz 83) auch bei den Werbemärkten derzeit kein Anlass, von der bisherigen Marktabgrenzung abzuweichen. Sollte sich die Branche dereinst auf eine alternative Kategorisierung einigen, ist für zukünftige Fälle eine andere Marktabgrenzung allerdings denkbar.

<sup>55</sup> Vgl. RPW 2016/1, 308 Rz 122 f. und 325 Rz 230, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer/Ringier*.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2016/1, 326 Rz 234, *SRG/Swisscom/Ringier*.

<sup>57</sup> Vgl. RPW 2016/1, 308 Rz 122 f. und 325 Rz 230, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer/Ringier*.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2016/1, 326 Rz 234, *SRG/Swisscom/Ringier*.

<sup>59</sup> Vgl. RPW 2016/1, 308 Rz 122 f. und 325 Rz 230, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer/Ringier*.

<sup>60</sup> Vgl. RPW 2016/1, 326 Rz 234, *SRG/Swisscom/Ringier*.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2016/1, 324 Rz 226, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2012/1, 155 Rz 105 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>62</sup> Vgl. RPW 2012/1, 156 Rz 119 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>63</sup> Vgl. RPW 2016/1, 324 Rz 227, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2012/1, 155 Rz 105 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2016/1, 324 Rz 228, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2012/1, 156 Rz 119 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2016/1, 322 f. Rz 206 ff., *SRG/Swisscom/Ringier*. In der bisherigen Praxis der WEKO wurde bei der Vermarktung/Vermittlung von nicht-zielgerichteter TV-Werbung nicht zwischen nationaler und lokaler/regionaler TV-Werbung unterschieden. Dies im Gegensatz zu den entsprechenden Bereitstellungsmärkten. Dabei ist allerdings festzustellen, dass im zitierten Entscheid *SRG/Swisscom/Ringier* lokale/regionale TV-Werbung nicht Gegenstand der Beurteilung war. Demgegenüber grenzt die WEKO in den Print- und Online-Werbemärkten die Märkte für Vermarktung/Vermittlung stets spiegelbildlich zu den Bereitstellungsmärkten ab. Es erscheint daher nicht sachgerecht, bei der TV-Werbung von dieser Analogie zwischen der Abgrenzung der Bereitstellungsmärkte und der Vermarktungs-/Vermittlungsmärkte abzuweichen.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2016/1, 322 f. Rz 213, *SRG/Swisscom/Ringier*.

<sup>67</sup> Vgl. Fn 65.

#### B.4.1.1.6. Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Fahrzeuge und andere Rubrikanzeigen)

107. Die WEKO grenzt praxisgemäss eigenständige Märkte für Rubrikanzeigen ab.<sup>68</sup> Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs hat die WEKO unlängst die Frage aufgeworfen, ob an der Zusammenfassung des Print- und Online-Bereichs in einem einheitlichen Markt festgehalten werden kann. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf die Rubrikanzeigemärkte nicht ändert.<sup>69</sup> Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend wird auch im vorliegenden Verfahren darauf verzichtet, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich aber weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwicklungen im Online-Bereich, die Marktabgrenzung anders vorzunehmen.

108. Die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen unterteilt die WEKO zunächst anhand der Marktgegenseite in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt. Sodann hat die WEKO diese Märkte jeweils nach Inhalt der Rubrikanzeigen weiter unterteilt. Praxisgemäss unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen.<sup>70</sup>

109. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen grundsätzlich sprachregional abgegrenzt, wobei die WEKO je nach Umständen zusätzlich auch eine Abgrenzung nach Verbreitungsbeziehungsweise WEMF-Wirtschaftsgebiet vornahm.<sup>71</sup>

#### B.4.1.1.7. Märkte für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

110. In Analogie zu den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen rechnet die WEKO die Print- und Online-Ankündigungsanzeigen ebenfalls demselben sachlich relevanten Markt zu. Der Markt für (Print- / Online-) Ankündigungsanzeigen ist weiter in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt zu unterteilen.<sup>72</sup>

111. Räumlich grenzt die Praxis der WEKO die Märkte für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen sprachregional ab.<sup>73</sup>

#### B.4.1.1.8. Märkte für die Frühzustellung von Zeitungen

112. Im Bereich der Zustelldienstleistungen grenzt die WEKO in sachlicher Hinsicht einen Markt für die Frühzustellung von Zeitungen ab, welcher die Zustellung an Werktagen und am Sonntag beinhaltet.<sup>74</sup>

113. Nach Praxis der WEKO ist der sachlich relevante Markt für die Frühzustellung von Zeitungen grundsätzlich nach Zustellgebieten beziehungsweise, im Sinne einer Annäherung, nach WEMF-Wirtschaftsgebieten abzugrenzen.<sup>75</sup> Aufgrund der Beziehung zwischen dem Bereich Printmedien und der Frühzustellung kann auch eine räumliche Abgrenzung nach Sprachregionen nahe liegen.<sup>76</sup> Entsprechend zur räumlichen Abgrenzung des Lesermarkts für Sonntagszeitungen (vgl. Rz 93) führt dies bezüglich Zustellung von Sonntagszeitungen zu

einer zusätzlichen sprachregionalen Marktabgrenzung. Zwar wird nach Ansicht der Meldung nur der Titel „Zentralschweiz am Sonntag“ in das GU eingebracht. Allerdings verfügt das GU aufgrund der Zuordnung der „Schweiz am Wochenende“ zu den Lesermärkten für Sonntagszeitungen über eine weitere Sonntagszeitung (vgl. Rz 75). Und NZZ gibt die Sonntagszeitung „NZZ am Sonntag“ heraus. Somit drängt sich für den sachlich relevanten Markt für die Frühzustellung von Zeitungen zur räumlichen Abgrenzung nach Zustellgebieten beziehungsweise WEMF-Wirtschaftsgebieten eine räumliche Abgrenzung nach Sprachregionen auf. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass NZZ im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen gemäss Meldung nicht tätig ist.

#### B.4.1.1.9. Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe

114. Praxisgemäss grenzt die WEKO einen Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe ab. Dieser Markt umfasst die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und dessen Aufbereitung.<sup>77</sup>

115. Die WEKO hat den Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe räumlich zumindest national abgegrenzt und dabei offengelassen, ob allenfalls eine internationale Abgrenzung vorzunehmen wäre.<sup>78</sup> Auch vorliegend kann aufgrund der Umstände von einem zumindest national abzugrenzenden Markt ausgegangen werden.

#### B.4.1.1.10. Druckereimärkte

116. Gemäss ständiger Praxis der WEKO wird im Druckbereich zwischen einem Markt für Zeitungsdruck und einem Markt für Akzidenzdruck unterschieden.<sup>79</sup>

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 Rz 47 f., *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2017/4, 584 Rz 58, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 60, *Ringier/Le Temps*.

<sup>72</sup> Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/ Starticket AG, 59 Rz 252 f. (abrufbar auf <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner / Starticket); RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>73</sup> Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, 60 Rz 257 (Fn 72); RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>74</sup> Vgl. RPW 2009/4, 394 Rz 147, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 269 Rz 187, *Tamedia/PPSR*.

<sup>75</sup> Vgl. RPW 2009/4, 398 Rz 193, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 269 Rz 187, *Tamedia/PPSR*.

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2009/3, 269 Rz 193, *Tamedia/PPSR*.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 65, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 181, *Tamedia/PPSR*.

<sup>78</sup> Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 65, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 182, *Tamedia/PPSR*.

<sup>79</sup> Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 68, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 175, *Tamedia/PPSR*.

117. Räumlich grenzt die WEKO den Markt für Zeitungsdruck regelmässig überregional (bzw. sprachregional) ab.<sup>80</sup> Da beim Akzidenzdruck die Distanz zwischen Verlag und Druckerei im Vergleich zum Zeitungsdruck von untergeordneter Bedeutung ist, grenzt die WEKO diesen Markt national ab.<sup>81</sup> Ob beim Markt für Zeitungsdruck und dem Markt für Akzidenzdruck in räumlicher Hinsicht jeweils auch das grenznahe Ausland zu berücksichtigen ist, kann auch vorliegend offengelassen werden.<sup>82</sup>

#### B.4.1.1.11. Markt für Buchverlage

118. Hinsichtlich Verlagswesen hat die WEKO einen sachlich relevanten Markt für Buchverlage abgegrenzt.<sup>83</sup>

119. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO den Markt für Buchverlage zumindest sprachregional abgegrenzt.<sup>84</sup> Aufgrund der beschränkten Aktivitäten der Zusammenschlussparteien auf diesem Markt kann auch vorliegend offenbleiben, ob der Markt für Buchverlage allenfalls über die Landesgrenze hinaus nach Sprachräumen abzugrenzen ist.

#### B.4.1.1.12. Märkte für Verkauf von Büchern

120. Gemäss Praxis der WEKO ist grundsätzlich zwischen dem Verkauf von Büchern an Endkunden und dem Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer zu unterscheiden. Überdies sind diese beiden Märkte aufgrund der Sprache der verkauften Bücher jeweils weiter zu unterteilen.<sup>85</sup>

121. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO die Märkte für den Verkauf von Büchern an Endkunden national oder sprachregional abgegrenzt.<sup>86</sup> Die Märkte für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer hat die WEKO grundsätzlich international nach Sprachräumen abgegrenzt.<sup>87</sup> Aufgrund der beschränkten Aktivitäten der Zusammenschlussparteien auf diesen Märkten kann auf eine abschliessende Marktabgrenzung verzichtet werden.

#### B.4.1.1.13. Corporate Media Publishing

122. Die WEKO ist im Bereich der Unterstützung Dritter bei Strategie, Konzeption, Inhaltserstellung und Produktion unternehmenseigener Publikationen im Zusammenschlussverfahren *Axel Springer/Ringier* von einem sachlich relevanten Markt für Corporate Media Publishing ausgegangen.<sup>88</sup> Aufgrund der geringen Aktivitäten der Zusammenschlussparteien in jenem Verfahren hat die WEKO den Markt jedoch nicht näher abgegrenzt. Auch vorliegend weisen die Zusammenschlussparteien gemäss Meldung nur geringe Aktivitäten in diesem Bereich auf, weshalb die konkrete Marktabgrenzung offengelassen werden kann. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann von einer sprachregionalen räumlichen Marktabgrenzung ausgegangen werden.

#### B.4.1.1.14. Auftragsgeschäft für Dritte

123. Gemäss Meldung ist NZZ marginal im Bereich des Auftragsgeschäfts für Dritte tätig. Beim Auftragsgeschäft für Dritte würden insbesondere Verbände und Institutionen aufgrund fehlender Ressourcen zur Wahrnehmung ihrer kommunikativen Aufgaben auf externe Dienstleister zurückgreifen. So erbringe NZZ in diesem Bereich für Dritte redaktionelle Arbeiten sowie Abo- Dienstleistungen (wie bspw. das Inkasso) oder übernehme die Füh-

rung eines Zeitschriftentitels. Des Weiteren stelle sie die Technologie für Webseiten von Dritten zur Verfügung. Diese Dienstleistungen im Bereich des Auftragsgeschäfts für Dritte würden von der NZZ als Bündel verschiedener Dienstleistungen angeboten. Dies bedeute, dass Dritte bei der NZZ mehrere Dienstleistungen als ein Gesamtangebot nachfragen würden. AZM sei nicht im Bereich des Auftragsgeschäfts für Dritte tätig.

124. Weitere Dienstleister in diesem Bereich seien beispielsweise die galledia AG, die Groupe Gassmann, die Zürichsee Medien AG, die Stämpfli AG sowie die Kömedial AG.

125. Im Bereich Auftragsgeschäft für Dritte betrage der geschätzte Marktanteil von NZZ [ $<15\%$ ]. Auch bei einer alternativen Marktabgrenzung in verschiedene Märkte läge der geschätzte Marktanteil von NZZ je [ $<35\%$ ]. Aufgrund dieser Angaben kann für dieses Zusammenschlussvorhaben auf eine weitere Analyse verzichtet werden.

#### B.4.1.1.15. Weitere Tätigkeiten

126. Gemäss Meldung betreiben AZM und NZZ am Rande folgende weitere Tätigkeiten: Online-Merchandising im Zusammenhang mit Medienprodukten, Event-Veranstaltung, Ticketverkauf und IT-Dienstleistungen. Zudem betreibe AZM die Internetseite *swissmom.ch*. Die Marktanteile in diesen Bereichen würden [ $<5\%$ ] betragen. Aufgrund der Angaben der Meldung kann für diese „Randtätigkeiten“ von einer Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen und auf eine Abgrenzung von relevanten Märkten verzichtet werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine Marktabgrenzung nicht automatisch nur für jene Bereiche notwendig ist, in denen die beteiligten Unternehmen Tätigkeiten mit einem grossen Umfang aufweisen sowie Marktanteilsadditionen erfolgen oder denkbar sind (vgl. Rz 65 und 126). Unter Umständen sind auch Bereiche zu prüfen, in welchen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nur am Rande tätig sind. Es ist möglich, dass die Beteiligten mit ihren Randtätigkeiten auf den relevanten Märkten gewichtige

<sup>80</sup> Vgl. RPW 2009/3, 268 Rz 177 sowie 291 Rz 259 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 614 Rz 98, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>81</sup> Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 68, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 179, *Tamedia/PPSR*.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 68 f., *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 180, *Tamedia/PPSR*.

<sup>83</sup> Vgl. RPW 2014/3, 546 Rz 13, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2001/3, 561 Ziff. 3, *Benteli Verlags AG*.

<sup>84</sup> Vgl. RPW 2014/3, 546 Rz 13, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2001/3, 561 Ziff. 3, *Benteli Verlags AG*.

<sup>85</sup> Vgl. RPW 2014/3, 546 Rz 8, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2013/2, 247 Rz 45, *Orell Füssli/Thalia*.

<sup>86</sup> Vgl. RPW 2014/3, 546 Rz 10, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2013/2, 248 Rz 55 f., *Orell Füssli/Thalia*.

<sup>87</sup> Vgl. RPW 2014/3, 546 Rz 12, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2013/2, 248 Rz 58, *Orell Füssli/Thalia*.

<sup>88</sup> Vgl. RPW 2015/3, 445 Rz 103 und 449 Rz 104, *Axel Springer/Ringier*.

Akteure darstellen. Deshalb ist je nachdem auch eine Marktabgrenzung für Bereiche vorzunehmen, in denen der Umfang der Tätigkeiten gering ist oder keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.<sup>89</sup>

#### B.4.1.2 Zusammenfassung relevante Märkte

126. Eine Zusammenfassung der relevanten Märkte und eine Übersicht über die in der Meldung angegebenen Marktanteile von AZM und NZZ für das Jahr 2017 gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind in der untenstehenden Tabelle 6 enthalten.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

127. 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). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

128. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung.<sup>90</sup> Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>91</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr, Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung. Im Rahmen der vorliegenden Prüfung gemäss Art. 33 KG ist zu untersuchen, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen und das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

129. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick der Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten („two-sided markets“ oder „multi-sided business“) aufgrund der Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.<sup>92</sup> Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.

130. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens

auf das Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden kann.<sup>93</sup> Selbst wenn also ein kontrollierendes

Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierende Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem fraglichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.

131. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>94</sup> In schrumpfenden Märkten, wie etwa den Lesermärkten für Tageszeitungen (vgl. bspw. Rz 179), sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>95</sup>

132. Tabelle 6 weist diejenigen Märkte aus, in welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. „betroffene Märkte“). Gleichzeitig weist Tabelle 6 die Märkte aus, die einer weiteren Analyse zu unterziehen sind. Keiner weiteren Analyse werden diejenigen Märkte unterzogen, in welchen zwar die Schwellenwerte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden, in denen aber das Zusammenschlussvorhaben weder zu Marktanteilsadditionen führt, noch zu einem Wegfall disziplinierender oder genügend disziplinierender potenzieller Konkurrenz aufgrund der bisherigen Entwicklungen und der gegenwärtigen Situation (vgl. zur potenziellen Konkurrenz in den Zeitungsmärkten insbesondere auch Rz 193 ff.).

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>90</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>91</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 Rz 68, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3 485 Rz 117, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>93</sup> Vgl. RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 360 Rz 47, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>94</sup> Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>95</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 72 (Fn 94).

Tabelle 6: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile 2017

|                       | Relevante Märkte  | Marktanteile AZM <sup>96</sup> | Marktanteile NZZ <sup>97</sup> | Betroffener Markt <sup>98</sup> | Weitere Analyse |
|-----------------------|---|--------------------------------|--------------------------------|---------------------------------|-----------------|
| Leser Tageszeitungen  | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG <sup>99</sup> 21 Luzern / OW / NW | [...]                          | [70-80%]<br>([0-5%])           | Ja                              | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 24 Zug                            | [...]                          | [60-70%]<br>([0-10%])          | Ja                              | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 25 Uri / Schwyz                   | [...]                          | [20-30%]<br>([0-5%])           | Nein                            | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 26 St. Gallen / AI / AR           | [...]                          | [70-80%]<br>(0-5%)             | Ja                              | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 27 Glarus / Obersee               | [...]                          | [0-10%]<br>([0-10%])           | Nein                            | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 28 Bündner Unterland              | [...]                          | [10-20%]<br>([0-10%])          | Nein                            | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel                          | [30-40%]                       | [...]<br>([0-10%])             | Ja                              | Ja              |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn                      | [40-60%]                       | [...]<br>([0-10%])             | Ja                              | Ja              |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 33 Berner Seeland                 | [0-10%]                        | [...]<br>([0-10%])             | Nein                            | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau                         | [60-70%]                       | [0-10%]<br>([0-10%])           | Ja                              | Ja              |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 42 Schaffhausen                   | [...]                          | [0-10%]<br>([0-10%])           | Nein                            | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 43 Zürich                         | [0-10%]                        | [0-10%]<br>([10-20%])          | Ja                              | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 44 Thurgau                        | [...]                          | [60-70%]<br>([0-10%])          | Ja                              | Nein            |
|                       | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 44 Thurgau                        | [...]                          | [60-70%]<br>([0-10%])          | Ja                              | Nein            |
| Leser Gratiszeitungen | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 21 Luzern / OW / NW         | [...]                          | [20-30%]                       | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 22 Berner Oberland          | [20-30%]                       | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 24 Zug                      | [...]                          | [20-30%]                       | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 25 Uri / Schwyz             | [...]                          | [0-10%]                        | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 26 St. Gallen / AI / AR     | [...]                          | [20-30%]                       | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 28 Bündner Unterland        | [...]                          | [0-10%]                        | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 31 Basel                    | [20-30%]                       | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 32 Solothurn                | [20-30%]                       | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 33 Berner Seeland           | [0-10%]                        | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 34 Berner Mittelland        | [0-10%]                        | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 41 Aargau                   | [10-20%]                       | [...]                          | Nein                            | Nein            |
|                       | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 41 Aargau                   | [10-20%]                       | [...]                          | Nein                            | Nein            |

<sup>96</sup> In Klammern werden, soweit vorhanden, die Marktanteile für die Titel angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>97</sup> In Klammern werden, soweit vorhanden, die Marktanteile für die Titel angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>98</sup> Vgl Rz 127.

<sup>99</sup> WEMF-Wirtschaftsgebiet.

|                     | Relevante Märkte  | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|---------------------|---|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
|                     | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 43 Zürich   | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 44 Thurgau  | [...]                             | [20-10%]                          | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [10-20%]<br>([20-30%])            | Ja                                 | Ja                 |
| Leser Zeitschriften | Markt für Zeitschriften für Essen & Trinken (3144) in der Deutschschweiz                        | [10-20%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Haus und Wohnen (3151) in der Deutschschweiz                        | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Lifestyle (3156) in der Deutschschweiz                              | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Umwelt und Natur (3161) in der Deutschschweiz                       | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Familie und Erziehung (3165) in der Deutschschweiz                  | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Musik (3174) in der Deutschschweiz                                  | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Sport allgemein (3611) in der Deutschschweiz                        | [20-30%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Textilien, Leder und Bekleidung (4314) in der Deutschschweiz        | [...]                             | [40-50%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Ingenieure und Architekten (4321) in der Deutschschweiz             | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz                         | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Gebäudetechnik (4325) in der Französischen Schweiz                  | [50-60%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Elektrotechnik (4342) in der Deutschschweiz                         | [20-30%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Elektronik, Steuerung und Regeltechnik (4344) in der Deutschschweiz | [10-20%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Diverse Berufe (4411) bei Dienstleistungen in der Deutschschweiz    | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für Zeitschriften für Schule und Lehrer für Kinder (4531) in der Deutschschweiz           | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
| News-Sites          | Markt für News-Sites in der Deutschschweiz  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG im WG 21 Luzern / OW / NW  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [10-20%]<br>([0-10%])             | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 24 Zug   | [0-10%]<br>([0-10%])              | [10-20%]<br>([0-10%])             | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 25 Uri / Schwyz  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 26 St. Gallen / AI / AR  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Ja                                 | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 27 Glarus / Oberrhein  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 28 Bündner Unterland   | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 31 Basel   | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                     | Markt für News-Sites im WG 32 Solothurn   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |

|                                    | Relevante Märkte  | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|------------------------------------|---|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
|                                    |   | [[0-10%]]                         | [[0-10%]]                         |                                    |                    |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 33 Berner Seeland  | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 41 Aargau  | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 42 Schaffhausen  | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 43 Zürich  | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 44 Thurgau   | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | [0-10%]<br>[[0-10%]]              | Nein                               | Nein               |
| Radiohörer                         | Markt für Radiohörer im Versorgungsgebiet Aargau (15)   | [10-20%]                          | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Radiohörer im Versorgungsgebiet Innerschweiz-West (19)  | [0-10%]                           | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Radiohörer im Versorgungsgebiet Zürich-Glarus (23)  | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Radiohörer im Versorgungsgebiet Ostschweiz Ost (30)   | [0-10%]                           | [10-20%]                          | Ja                                 | Nein               |
| TV-Zuschauer                       | Markt für Fernsehzuschauer im Versorgungsgebiet Bern (5)  | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Fernsehzuschauer im Versorgungsgebiet Aargau-Solothurn (8)  | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Fernsehzuschauer im Versorgungsgebiet Innerschweiz (9)  | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Fernsehzuschauer im Versorgungsgebiet Zürich-Nordschweiz (10)   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für Fernsehzuschauer im Versorgungsgebiet Ostschweiz (11)   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
| Bereitstellung Print-Firmenwerbung | Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz                 | [0-10%]                           | [10-20%]<br>[[10-20%]]            | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 21 Luzern / OW / NW     | [...]                             | [50-60%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 22 Berner Oberland      | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 24 Zug                  | [...]                             | [70-80%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 25 Uri / Schwyz         | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 26 St. Gallen / AI / AR | [...]                             | [70-80%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 28 Bündner Unterland    | [...]                             | [30-40%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-,  | [30-40%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |



|                                      | Relevante Märkte   | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|--------------------------------------|--|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
|                                      | Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31 Basel  |                                   |                                   |                                    |                    |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 32 Solothurn         | [50-60%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 33 Berner Seeland    | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 34 Berner Mittelland | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 41 Aargau            | [40-50%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 43 Zürich            | [10-20%]                          | [...]<br>([0-10%])                | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 44 Thurgau           | [...]                             | [50-60%]                          | Ja                                 | Nein               |
| Bereitstellung Zeitschriften-Werbung | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Essen und Trinken (3144) in der Deutschschweiz                     | [10-20%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Haus und Wohnen (3151) in der Deutschschweiz                       | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Lifestyle (3156) in der Deutschschweiz                             | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Umwelt und Natur (3161) in der Deutschschweiz                      | [10-20%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Familie und Erziehung (3165) in der Deutschschweiz                 | [30-40%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Musik (3174) in der Deutschschweiz                                 | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Sport allgemein (3611) in der Deutschschweiz                       | [80-90%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Textilien, Leder und Bekleidung (4314) in der Deutschschweiz       | [...]                             | [60-70%]                          | Ja                                 | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Ingenieure, Architekten (4321) in der Deutschschweiz               | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz                        | [40-50%]                          | [10-20%]                          | Ja                                 | Ja                 |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Französischen Schweiz                 | [70-80%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                      | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-  | [40-50%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |

|                                 | Relevante Märkte   | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|---------------------------------|--|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
|                                 | Werbung in der Kategorie Elektrotechnik (4342) in der Deutschschweiz   |                                   |                                   |                                    |                    |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Elektronik, Steuerung, Regeltechnik (4344) in der Deutschschweiz | [20-30%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Dienstleistungen Diverse Berufe (4411) in der Deutschschweiz     | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Schule und Lehrer für Kinder (4531) in der Deutschschweiz        | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz  | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von dynamischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz   | [0-10%]<br>([0-10%])              | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
| Bereitstellung Radiowerbung     | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler Radiowerbung in der Deutschschweiz                                     | [20-30%]                          | [0-10%]                           | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung im Versorgungsgebiet Aargau (15)                  | [90-100%]                         | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung im Versorgungsgebiet Innerschweiz West (19)       | [...]                             | [90-100%]                         | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung im Versorgungsgebiet Zürich-Glarus (23)           | [30-40%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler Radiowerbung im Versorgungsgebiet Ostschweiz Ost (30)          | [...]                             | [90-100%]                         | Ja                                 | Nein               |
| Bereitstellung TV-Werbung       | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter nationaler TV-Werbung in der Deutschschweiz                                       | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung im Versorgungsgebiet Bern (5)                       | [90-100%]                         | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung im Versorgungsgebiet Aargau-Solothurn (8)           | [90-100%]                         | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung im Versorgungsgebiet Innerschweiz (9)               | [...]                             | [90-100%]                         | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung im Versorgungsgebiet Zürich-Nordschweiz (10)        | [90-100%]                         | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                                 | Markt für die Bereitstellung von nicht-zielgerichteter lokaler/regionaler TV-Werbung im Versorgungsgebiet Ostschweiz (11)                | [...]                             | [90-100%]                         | Ja                                 | Nein               |
| Vermarktung/Vermittlung Werbung | Markt für die Vermarktung/Vermittlung von nationaler Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                 | Markt für die Vermarktung/Vermittlung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz                                   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                                 | Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Musik (3174) in der Deutschschweiz                     | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                                 | Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von   | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |

|                             | Relevante Märkte  | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|-----------------------------|---|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
|                             | Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Diverse Interessenverbände (3581) in der Deutschschweiz  |                                   |                                   |                                    |                    |
|                             | Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Spezialdisziplinen (4127) in der Deutschschweiz                   | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                             | Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Grafische Industrie (4315) in der Deutschschweiz                  | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                             | Märkte für die Vermarktung/Vermittlung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Personal der öffentlichen Verwaltung (4513) in der Deutschschweiz | [...]                             | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für die Vermarktung/Vermittlung von statischen Online-Werbeflächen in der Schweiz   | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für die Vermarktung/Vermittlung von dynamischen Online-Werbeflächen in der Schweiz  | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für die Vermarktung/Vermittlung von nicht-zielgerichteter nationaler TV-Werbung in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
| Inserenten Rubrikanzeigen   | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz                                   | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
| Nutzer/Leser Rubrikanzeigen | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz                                | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])              | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
| Frühzustellung              | Markt für die Frühzustellung von Zeitungen in der Deutschschweiz <sup>100</sup>   | [20-30%]                          | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für die Frühzustellung von Zeitungen im WG 31 Basel   | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |
|                             | Markt für die Frühzustellung von Zeitungen im WG 32 Solothurn   | [80-90%]                          | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                             | Markt für die Frühzustellung von Zeitungen im WG 41 Aargau  | [90-100%]                         | [...]                             | Ja                                 | Nein               |
|                             | Markt für die Frühzustellung von Zeitungen im WG 43 Zürich  | [0-10%]                           | [...]                             | Nein                               | Nein               |

|           | Relevante Märkte   | Marktanteile<br>AZM <sup>96</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>97</sup> | Betroffener<br>Markt <sup>98</sup> | Weitere<br>Analyse |
|-----------|--|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|--------------------|
| Druckerei | Markt für Druckvorstufe in der Schweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für Zeitungsdruck in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [10-20%]                          | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für Akzidenzdruck in der Schweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
| Bücher    | Markt für Buchverlage in der Deutschschweiz  | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Deutschschweiz             | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Wiederverkäufer im deutschen Sprachraum     | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden in der Deutschschweiz         | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Wiederverkäufer im deutschen Sprachraum | [...]                             | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |
|           | Markt für Corporate Media Publishing in der Deutschschweiz   | [0-10%]                           | [0-10%]                           | Nein                               | Nein               |

133. Der Übersicht halber führt Tabelle 7 noch einmal die Märkte auf, die einer weiteren Analyse zu unterziehen sind.

Tabelle 7: Übersicht weiter zu analysierende Märkte

| Relevante Märkte  | Marktanteile<br>AZM <sup>101</sup> | Marktanteile<br>NZZ <sup>102</sup> | Marktanteile<br>GU | Weitere<br>Analyse |
|---|------------------------------------|------------------------------------|--------------------|--------------------|
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel  | [30-40%]                           | [...]<br>([0-10%])                 | [30-40%]           | Ja                 |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn  | [50-60%]                           | [...]<br>([0-10%])                 | [50-60%]           | Ja                 |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau   | [60-70%]                           | [0-10%]<br>([0-10%])               | [60-70%]           | Ja                 |
| Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz   | [0-10%]                            | [10-20%]<br>([20-30%])             | [10-20%]           | Ja                 |
| Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz | [40-50%]                           | [10-20%]                           | [50-60%]           | Ja                 |

#### B.4.2.1 Vorbemerkungen zu den Lesermärkten für Tageszeitungen

134. Zu den Lesermärkten für Tageszeitungen erhebt die Meldung zunächst folgendes Vorbringen. Das Zusammenschlussvorhaben führe in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten grundsätzlich zu keinen Überlappungen, da sich die in das GU einzubringenden Titel in

geografischer Hinsicht ergänzten. Das GU werde lediglich im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau zu einer vernachlässigbaren Überlappung der Tätigkeiten von AZM und NZZ von [<5 %] führen. Solch geringe Marktanteilsadditionen seien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>103</sup> und Praxis der WEKO<sup>104</sup> vernachlässigbar, da sie die bestehende Marktstruktur nicht änderten.

<sup>100</sup> Vgl. Gesamter Marktanteil in den Tätigkeitsgebieten von AZM (WG 31, 32, 41 und 43). Bei einer Berücksichtigung des Gesamtmarktes in der Deutschschweiz fiel der Marktanteil des GU noch geringer aus.

<sup>101</sup> In Klammern werden, soweit vorhanden, die Marktanteile für die Titel angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>102</sup> In Klammern werden, soweit vorhanden, die Marktanteile für die Titel angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>103</sup> Die Meldung bezieht sich dabei auf BGE 133 II 104 E. 8. (= RPW 2007/2, 329 E. 8.), *Swissgrid/WEKO*.

<sup>104</sup> Die Meldung bezieht sich auf: RPW 2016/1, 330 Rz 248, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 768 Rz 72, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 299 Rz 44 und weitere, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2009/3, 296 Rz 274, *Tamedia/PPSR*; RPW 2000/1, 42, *Buchs AG/AG für die Neue Zürcher Zeitung*.

135. Zu diesem Vorbringen ist zu präzisieren, dass das Bundesgericht im in der Meldung geltend gemachten Urteil zum Schluss kam, das Zusammenschlussvorhaben beseitige mithin Wettbewerb bereits deshalb nicht, weil ein solcher gar nicht existiert und nicht innert vernünftiger Frist realisiert werden kann. Wegen fehlendem aktuellen und in einem absehbaren und damit vernünftigen Zeitraum fehlenden potenziellen Wettbewerb liegen gemäss Bundesgericht die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG für einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht vor.<sup>105</sup> Daran vermochte die einzige Ausnahme der Elektra Birseck diese Ausgangslage nicht wesentlich zu verändern: „Zurzeit hat, soweit bekannt, nur ein Elektrizitätswerk, die Elektra Birseck, die Möglichkeit, Strom von mehr als einem Lieferanten aus dem Übertragungsnetz zu beziehen; nur in diesem Sonderfall besteht mithin die faktische Möglichkeit, das Übertragungsnetz über mehr als eines der am vorliegenden Zusammenschlussprojekt Swissgrid AG beteiligten Unternehmen zu nutzen.“<sup>106</sup> Dazu hielt das Bundesgericht weiter fest, das „Netz als natürliches Monopol unterliegt in diesem Sinne keinem direkten Wettbewerb.“<sup>107</sup> Diese Ausführungen zeigen, dass es beim zitierten Urteil im Unterschied zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um ein natürliches Monopol ging und um eine faktische Möglichkeit (der Elektra Birseck) in Wettbewerb zu treten. Es ging nicht um die Frage von geringen Marktanteilsadditionen und dass geringe Marktanteilsadditionen vernachlässigbar seien, weil sie die bestehende Marktstruktur nicht änderten. Dieser Zusammenhang kann aus dem zitierten Urteil nicht abgeleitet werden.

136. Bezüglich der geltend gemachten Praxis der WEKO ist festzuhalten, dass diese jeweils die Frage behandelt, ob es durch die Zusammenschlussvorhaben und die damit einhergehenden Marktanteilsadditionen zu einer Begründung oder einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt.<sup>108</sup> Oder es geht um die Frage eines Eingriffs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG im Rahmen der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens.<sup>109</sup> Überdies hält die WEKO in ihrer in der Meldung zitierten Praxis ausdrücklich fest: „Allerdings können auch niedrige Marktanteilsadditionen in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht zwangsläufig als unproblematisch angesehen werden, falls das übernehmende Unternehmen über eine starke Stellung verfügt.“<sup>110</sup> Somit erachtet die WEKO entgegen der Ansicht der Meldung geringe Marktanteilsadditionen gerade nicht als per se vernachlässigbar (vgl. auch Rz 65, 126 und 130).

137. Weiter bringt die Meldung zu den Lesermärkten für Tageszeitungen vor, die Tageszeitung „Neue Zürcher Zeitung“ werde wie bis anhin in allen WEMF-Wirtschaftsgebieten, in denen das GU tätig sein werde, von NZZ angeboten werden. Für die Leserschaft von Tageszeitungen ändere sich deshalb auch nach dem Zusammenschlussvorhaben nichts. So werde ein Leser der „Neuen Zürcher Zeitung“ nach dem Zusammenschluss weiterhin diesen Titel lesen und nicht etwa auf die „Aargauer Zeitung“ ausweichen und umgekehrt. Das Zusammenschlussvorhaben werde aus diesem Grund

keinen Einfluss auf die Marktstruktur im Bereich der Tageszeitungen zeitigen.

138. Entgegen der Ansicht der Meldung ändert mit dem Zusammenschlussvorhaben die Marktstruktur. Indem AZM und NZZ ein GU gründen, in das sie den Hauptteil ihrer Geschäftsbereiche einbringen (vgl. Rz 4 und 9), ändern sich die Kontrollverhältnisse in Bezug auf die in das GU eingebrachten Geschäftsbereiche. Neu tritt das GU auf dem Markt auf, das Geschäftsbereiche von sowohl AZM als auch von NZZ vereint. Zudem entsteht mit dem GU ein neuer Marktteilnehmer, welcher unter gemeinsamer Kontrolle von AZM und NZZ steht. Mit der Gründung des GU und der Einbringung von Geschäftsbereichen von AZM und NZZ entstehen neu Interdependenzen zwischen AZM und NZZ ebenfalls hinsichtlich der Geschäftsbereiche, welche bei AZM und NZZ bleiben: analog zu Konzernverhältnissen kann nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf das Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden (vgl. Rz 130).

139. Dazu führt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung aus, dass das GU im Rahmen des geplanten Zusammenschlussvorhabens keinen Einfluss auf die Ausrichtung, Vermarktung oder Preissetzung des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ erhalte. NZZ werde ihren Titel „Neue Zürcher Zeitung“ in völliger Unabhängigkeit herausgeben. Demnach liege in Bezug auf den Titel „Neue Zürcher Zeitung“ kein Konzernsachverhalt vor. Das Zusammenschlussvorhaben führe somit auch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse.

140. Hierzu ist festzuhalten, dass nicht nur wesentlich ist, ob das GU Einfluss auf ihre Muttergesellschaften ausüben kann. Entscheidend ist auch, ob die Muttergesellschaften Einfluss auf das GU ausüben. Im vorliegenden Fall wird NZZ Einfluss auf das GU nehmen. Dadurch erfolgt eine Abstimmung des Verhaltens von NZZ auf das GU. Somit ist nicht von einem Wettbewerbsdruck des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ auf die Tageszeitungen des GU auszugehen. Zum Vorbringen, dass die „Neue Zürcher Zeitung“ wegen der weiteren Verfügbarkeit nach dem Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf die Marktstruktur habe, ist auf Rz 138 zu verweisen.

<sup>105</sup> BGE 133 II 104 E. 8.3 (= RPW 2007/2, 329 E. 8.3), *Swiss-grid/WEKO*.

<sup>106</sup> BGE 133 II 104 E. 7.2.4 (= RPW 2007/2, 329 E. 7.2.4), *Swiss-grid/WEKO*.

<sup>107</sup> BGE 133 II 104 E. 8.2 (= RPW 2007/2, 329 E. 8.2), *Swiss-grid/WEKO*.

<sup>108</sup> Vgl. RPW 2016/1, 330 Rz 248, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 768 Rz 72, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 299 Rz 44, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2000/1, 42, *Buchs AG/AG für die Neue Zürcher Zeitung*.

<sup>109</sup> Vgl. RPW 2016/1, 330 Rz 248, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2009/3, 296 Rz 274, *Tamedia/PPSR*.

<sup>110</sup> Vgl. RPW 2014/4, 768 Rz 72, *Tamedia/home.ch*; vgl. auch RPW 2016/1, 274 Rz 120, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 238 Rz 37, *Tamedia/Adextra*; RPW 2015/3, 475 Rz 68, *Tamedia/ricardo.ch*.

141. Dann machen die Meldung und die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung zu den Lesermärkten für Tageszeitungen geltend, die „Neue Zürcher Zeitung“ sei klar anders als die in das GU einzubringenden Regionalmedien positioniert, obwohl sie nach der Praxis der WEKO zwar in dieselbe Kategorie wie die Regionalmedien falle. Dies sei bei der kartellrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens entsprechend zu berücksichtigen. So stellten Marktanteile auf Märkten mit differenzierten Produkten, das heisse Produkten, die sich durch eines oder mehrere Attribute von konkurrierenden Produkten unterscheiden würden, aus wettbewerbsökonomischer Sicht kein gutes Indiz für die Marktstellung eines Unternehmens dar.<sup>111</sup> Eine Bildung von Teilmärkten sei bei differenzierten Produkten jedoch aus ökonomischer Sicht ebenfalls keine überzeugende Alternative.<sup>112</sup> Vielmehr sei bei Märkten mit differenzierten Produkten im Rahmen des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens darauf abzustellen, ob die in diesem Markt vorhandenen Produkte enge oder entfernte Substitute darstellen würden und ob das Zusammenschlussvorhaben Auswirkungen auf die Marktstruktur zeitigen könne. Die Addition von Marktanteilen sei im Wesentlichen nur im Fall eines Zusammenschlusses von Herstellern enger Substitute relevant. Die „Neue Zürcher Zeitung“ stelle im Vergleich mit den Regionalzeitungen ein Premium-Produkt dar. Der Lesermarkt für Tageszeitungen sei vor diesem Hintergrund differenzierter zu betrachten.

142. So verstehe sich die „Neue Zürcher Zeitung“ im Unterschied zu den regional ausgerichteten Tageszeitungen nicht als regionale Forumszeitung, die in einer bestimmten Region sämtliche Einwohner anspreche und auch ihren Inhalt dementsprechend ausrichte. Vielmehr zielen sie auf eine überregionale Zielgruppe, welche eine Zeitung mit spezifischer Qualität, das heisse ein Premium-Produkt erwarte. Dies erlaube es der „Neuen Zürcher Zeitung“ auch stärker als regionale Forumszeitungen publizistisch einen pointierteren politisch-weltanschaulichen Standpunkt einzunehmen. So habe sich die „Neue Zürcher Zeitung“ schon immer als nationales Leitmedium verstanden. Entsprechend werde sie häufig in Ergänzung zu einer lokalen Regionalzeitung abonniert.

143. Gemäss Meldung ist ein weiteres Indiz dafür, dass die „Neue Zürcher Zeitung“ und die Regionalmedien lediglich entfernte Substitute darstellten und das Zusammenschlussvorhaben entsprechend keine Auswirkungen auf die Marktstruktur haben werde, dass die „Neue Zürcher Zeitung“ gerade nicht in das GU eingebracht werde. [...].

144. Zu diesem weiteren Vorbringen der spezifischen Positionierung des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ ist zunächst festzuhalten, dass die zentrale Grundlage für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens die Analyse der Situation auf den einzelnen relevanten Märkten ist.<sup>113</sup> Dies erfordert die Definition der relevanten Märkte.<sup>114</sup> Der relevante Markt ist das Set aller Produkte und geografischen Gebiete, zu welchen die Produkte der sich zusammenschliessenden Unternehmen gehören. Es ist dieses Set von Produkten (und Gebieten), das den betrachteten Unternehmen möglicherweise Wettbewerbsbeschränkungen erlaubt.<sup>115</sup> In anderen Worten erfolgt die Analyse der Wettbewerbssituation für

die Produkte und Dienstleistungen, die dem relevanten Markt zugeordnet sind. Für eine Übersicht über die Grössenverhältnisse im relevanten Markt und über die Wettbewerbssituation sind die Marktanteile heranzuziehen (vgl. Rz 129). Dem Marktanteil kommt bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses eine wichtige Rolle zu.<sup>116</sup> Deshalb ist entgegen der Ansicht der Meldung die Addition von Marktanteilen im Wesentlichen nicht nur im Fall eines Zusammenschlusses von Herstellern enger Substitute relevant. Die Addition von Marktanteilen ist für alle Produkte und Dienstleistungen gewichtig, die zum relevanten Markt gehören. Weiter ist festzuhalten, dass sich die WEKO bei der Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung nicht alleine auf Marktanteile bezieht (vgl. Rz 129 und 153 ff.). Die WEKO berücksichtigt auch andere Grössen wie beispielsweise die relative Position der anderen Wettbewerber oder die Existenz potenzieller Marktteilnehmer.<sup>117</sup>

145. Zudem ändert die spezifische Ausrichtung des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ und dessen Bezug in Ergänzung zu einer lokalen Regionalzeitung nichts daran, dass durch das Zusammenschlussvorhaben ein neuer Marktteilnehmer (das GU) entsteht, über den AZM und NZZ gemeinsame Kontrolle verfügen. Dadurch entstehen zwischen AZM und NZZ neu Interdependenzen ebenfalls hinsichtlich der Geschäftsbereiche, welche bei AZM und NZZ bleiben (vgl. Rz 138). Mit dem GU fällt der Wettbewerbsdruck zwischen den Regionalmedien von AZM und des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ weg.

146. Als Nächstes führt die Meldung aus, dass die „Neue Zürcher Zeitung“ keinen Konkurrenztitel zu den Regionalmedien darstelle, ergebe sich im Übrigen auch aus einer Analyse der Marktanteile dieser Titel. So gehe aus den in den Beilagen ausgewiesenen Marktanteilen hervor, dass der relative Marktanteil der „Neuen Zürcher Zeitung“ im Vergleich zu den Regionalmedien vor allem davon abhängen, wie städtisch und wie weit entfernt das jeweilige WEMF-Gebiet von Zürich sei. In den einzelnen WEMF-Gebieten sei jedoch kein Unterschied zwischen dem Verhältnis der Marktanteile der „Neuen Zürcher Zeitung“ und den Regionalzeitungen erkenntlich, und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Regionalzeitung AZM oder NZZ gehörten. Dies bedeute, dass in den WEMF-Gebieten, in denen NZZ neben der „Neuen Zürcher Zeitung“ auch eine Regionalzeitung kontrolliere, die

<sup>111</sup> Die Meldung bezieht sich dabei auf folgende Literatur: RPW 2005/1, 49 Rz 37, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*; Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz 37, <[www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.html?nn=3590338](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.html?nn=3590338)> (05.06.2018); ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2. Auflage, 2011, (zit. Schwalbe/Zimmer, *Kartellrecht/Ökonomie*), 88 f.; SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Auflage, 2010, Rz 4-047 f.

<sup>112</sup> Die Meldung bezieht sich dabei auf SCHWALBE/ZIMMER (Fn 111), *Kartellrecht/Ökonomie*, 88 f.

<sup>113</sup> RPW 2008/2, 314 Rz 213, *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*.

<sup>114</sup> RPW 2008/2, 314 Rz 212, *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*.

<sup>115</sup> Vgl. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 101.

<sup>116</sup> Vgl. MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 61.

<sup>117</sup> Vgl. auch MOTTA (Fn 115), 117.

Marktanteile der „Neuen Zürcher Zeitung“ nicht anders seien als in den Regionen, in denen die NZZ nur mit der „Neuen Zürcher Zeitung“ tätig sei. Somit könne ausgeschlossen werden, dass die Gründung des GU einen Einfluss auf die Marktstellung der Regionalmedien oder der „Neuen Zürcher Zeitung“ haben werde.

147. Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzustellen, dass dieses etwas vage und interpretationsbedürftig erscheint. Einerseits geht die Meldung davon aus, dass der relative Marktanteil der „Neuen Zürcher Zeitung“ davon abhängig ist, wie städtisch und wie weit entfernt das WEMF-Wirtschaftsgebiet von Zürich sei. Andererseits geht die Meldung davon aus, dass in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten kein Unterschied zwischen dem Verhältnis der Marktanteile der „Neuen Zürcher

Zeitung“ und den Regionalzeitungen erkennbar sei. Bei Gegenüberstellung dieser beiden Argumente ist zumindest unklar, ob und inwiefern die geltend gemachten unterschiedlichen relativen Marktanteile in Abhängigkeit des Urbanisierungsgrads und der Distanz zum WEMF-Wirtschaftsgebiet 43 Zürich in Einklang mit gleichen relativen Marktanteilen (zwischen „Neue Zürcher Zeitung“ und Regionalzeitungen) stehen.

148. Weiter stellt folgende Tabelle 8 die von der Meldung geltend gemachten relativen Marktanteile des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ im Vergleich zu den Regionalzeitungen für die von der Meldung verwendeten WEMF-Wirtschaftsgebiete und das Jahr 2017 dar. Eine Übersicht über die WEMF-Wirtschaftsgebiete enthält untenstehende Abbildung 1.

Tabelle 8: Relative Marktanteile „Neue Zürcher Zeitung“ gegenüber Regionalzeitungen (vgl. Tabelle 6)

| Relevante Märkte Lesermärkte Tageszeitungen                 | Marktanteile AZM <sup>118</sup> | Marktanteile NZZ <sup>119</sup> | Marktanteil Regionalzeitungen AZM und NZZ | Marktanteil Titel «NZZ» | Relativer Marktanteil Titel «NZZ» <sup>120</sup> |
|---|---------------------------------|---------------------------------|---|-------------------------|--|
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 21 Luzern / OW / NW     | [...]                           | [70-80%]                        | [70-80%]                                  | [0-10%]                 | [0-10%]  |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 24 Zug                  | [...]                           | [70-80%]                        | [60-70%]                                  | [0-10%]                 | [10-20%]   |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 25 Uri / Schwyz         | [...]                           | [20-30 %]                       | [20-30%]                                  | [0-10%]                 | [10-20%]   |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 26 St. Gallen / AI / AR | [...]                           | [70-80%]                        | [70-80%]                                  | [0-10%]                 | [0-10%]  |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 27 Glarus / Obersee     | [...]                           | [0-10%]                         | [0-10%]                                   | [0-10%]                 | [400-410%]                                       |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 28 Bündner Unterland    | [...]                           | [10-20%]                        | [10-20%]                                  | [0-10%]                 | [20-30%]   |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel                | [30-40%]                        | [...]                           | [30-40%]                                  | [0-10%]                 | [20-30%]   |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn            | [40-50%]                        | [...]                           | [40-50%]                                  | [0-10%]                 | [0-10%]  |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 33 Berner Seeland       | [0-10%]                         | [...]                           | [0-10%]                                   | [0-10%]                 | [100-110%]                                       |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau               | [60-70%]                        | [0-10%]                         | [60-70%]                                  | [0-10%]                 | [10-20%]   |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 42 Schaffhausen         | [...]                           | [0-10%]                         | [0-10%]                                   | [0-10%]                 | [290-300%]                                       |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 43 Zürich               | [0-10%]                         | [...]                           | [0-10%]                                   | [10-20%]                | [460-470%]                                       |
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 44 Thurgau              | [...]                           | [60-70%]                        | [60-70%]                                  | [0-10%]                 | [0-10%]  |

149. Tabelle 8 bestätigt die von der Meldung vorgebrachte Folgerung nicht, dass der relative Marktanteil des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ im Vergleich zu den Regionalmedien abhängig davon ist, wie städtisch und wie weit entfernt das jeweilige WEMF-Wirtschaftsgebiet von Zürich sei. So fallen beispielsweise die relativen Marktanteile für die WEMF-Wirtschaftsgebiete 41 Aargau und 44 Thurgau (beide direkt benachbart zum WEMF-Wirtschaftsgebiet 43 Zürich) geringer aus ([10-20 %] und [0-10 %]) als der relative Marktanteil im weiter entfernten WEMF-Wirtschaftsgebiet 33 Berner Seeland ([100-110 %]). Demgegenüber weisen die direkt benachbarten WEMF-Wirtschaftsgebiete 27 Glarus/Obersee und 42 Schaffhausen einen deutlich höheren relativen Marktanteil auf ([400-410 %] und [290-

300 %]). Das WEMF-Wirtschaftsgebiet 28 Bündner Unterland weist im Vergleich zum WEMF-Wirtschaftsgebiet 33 Berner Seeland ([100-110 %]) einen geringen relativen Marktanteil von [20-30 %] auf; diese beiden WEMF-Wirtschaftsgebiete sind nicht direkt zum WEMF-Wirtschaftsgebiet 43 Zürich benachbart.

<sup>118</sup> Marktanteil der Regionalzeitungen von AZM, die in das GU eingehen.

<sup>119</sup> Marktanteil der Regionalzeitungen von NZZ, die in das GU eingehen.

<sup>120</sup> Relativer Marktanteil „Neue Zürcher Zeitung“ im Vergleich zu den Regionalmedien von AZM und NZZ zusammen.

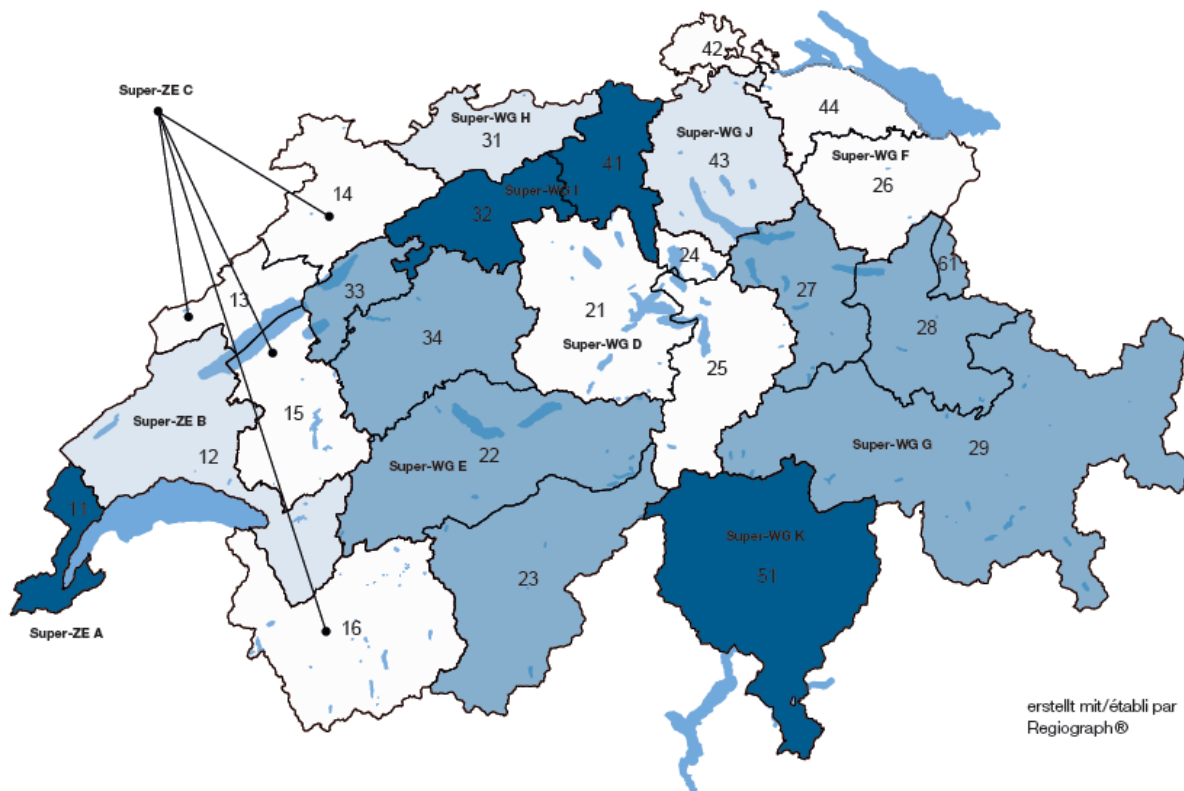


Abbildung 1: WEMF-Wirtschaftsgebiete und WEMF-Super-Wirtschaftsgebiete<sup>121</sup>

150. Weiter widerlegt Tabelle 8 die geltend gemachte Folgerung, dass in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten kein Unterschied zwischen dem Verhältnis der Marktanteile der „Neuen Zürcher Zeitung“ und den Regionalzeitungen erkenntlich sei, und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Regionalzeitung AZM oder NZZ gehörten. Aus Tabelle 8 ist ersichtlich, dass die relativen Marktanteile des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ über die verschiedenen WEMF-Wirtschaftsgebiete variieren.

151. Somit ist aufgrund der relativen Marktanteile auch die von der Meldung gemachte Schlussfolgerung nicht möglich, dass in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten, in denen NZZ neben der „Neuen Zürcher Zeitung“ auch eine Regionalzeitung kontrolliere, die Marktanteile der „Neuen Zürcher Zeitung“ nicht anders seien als in den Regionen, in denen die NZZ nur mit der „Neuen Zürcher Zeitung“ tätig sei. Die relativen Marktanteile lassen keine wie von der Meldung vorgebrachte Aussage darüber zu, ob die Gründung des GU einen Einfluss auf die Marktstellung der Regionalmedien oder der „Neuen Zürcher Zeitung“ haben werde. Zudem ist der vorgebrachte Zusammenhang unklar, wonach aufgrund der Verteilung der (absoluten) Marktanteile für die „Neue Zürcher Zeitung“ in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten Einfluss auf die Marktstellung der Regionalmedien oder der „Neuen Zürcher Zeitung“ durch die Gründung des GU ausgeschlossen werden kann. Vielmehr ist festzustellen, dass NZZ mit dem GU in WEMF-Wirtschaftsgebieten tätig wird, in denen NZZ vorher nicht oder kaum mit Regionalzeitungen vertreten war. NZZ erweitert dadurch ihren Tätigkeitsraum, in welchem sie gleichzeitig mit Regionalzeitungen und „Neue Zürcher Zeitung“ aktiv ist.

152. Überdies ist aufgrund der Vorbringen der Meldung in Bezug auf die „Neue Zürcher Zeitung“ auf eine konsistente Vorgehensweise hinzuweisen. Gemäss Meldung zielt die „Neue Zürcher Zeitung“ auf eine überregionale Zielgruppe, welche eine Zeitung mit spezifischer Qualität, das heisse ein Premium-Produkt erwarte. Dies erlaube es der „Neuen Zürcher Zeitung“ auch stärker als regionalen Forumszeitungen publizistisch einen pointierteren politisch-weltanschaulichen Standpunkt einzunehmen. So habe sich die „Neue Zürcher Zeitung“ schon immer als nationales Leitmedium verstanden (vgl. Rz 142). Wenn nun die „Neue Zürcher Zeitung“ wie in der Meldung geltend gemacht nicht dem Lesermarkt für Tageszeitungen in einem spezifischen WEMF-Wirtschaftsgebiet zuzuordnen wäre, dann wäre diese Vorgehensweise ebenfalls für den Titel „Blick“ und allenfalls auch für den Titel „Tagesanzeiger“ zu berücksichtigen. Demnach müsste die Meldung aus Konsistenzgründen die Marktanteile für die Lesermärkte für Tageszeitungen in den einzelnen WEMF-Wirtschaftsgebieten ohne „Blick“ und allenfalls ohne „Tagesanzeiger“ ausweisen. Zudem wäre in diesem Fall unter Umständen ein Lesermarkt für überregionale Tageszeitungen ins Auge zu fassen. Diese beiden Titel rechnen die Parteien allerdings ohne Einschränkungen den jeweiligen Lesermärkten für Tageszeitungen zu.

<sup>121</sup> <<https://wemf.ch/de/download-center>> (07.06.2018).



## B.4.2.2 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel

### B.4.2.2.1. Aktueller Wettbewerb

153. Tabelle 9 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 9: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | AZM      | NZZ <sup>122</sup> | GU       | Basler Zeitung Medien AG | Ringier-Gruppe | Tamedia-Gruppe |
|------|----------|--------------------|----------|--------------------------|----------------|----------------|
| 2017 | [30-40%] | [...]<br>([0-10%]) | [30-40%] | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |
| 2016 | [20-30%] | [...]<br>([0-10%]) | [20-30%] | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |
| 2015 | [20-30%] | [...]<br>([0-10%]) | [20-30%] | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |

154. Aus Tabelle 9 ist ersichtlich, dass NZZ mit den bei ihr verbleibenden Geschäftstätigkeiten über einen Marktanteil von [0-10 %] verfügt. Die Meldung führt in Bezug auf Lesermärkte für Tageszeitungen aus, dass NZZ ihre Tageszeitung „Neue Zürcher Zeitung“ nicht in das GU einbringt. Daher berücksichtigt die Meldung den Marktanteil der „Neuen Zürcher Zeitung“ bei der Marktanteilsaddition nicht. Da NZZ auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel keinen Titel in das GU einbringe, führe das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen zwischen AZM und NZZ und zu keiner Veränderung der Marktstruktur. Entgegen dieser Ansicht kann der bei NZZ verbleibende Titel nicht wie ein unabhängiger „Wettbewerber“ gewertet werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass NZZ gegenüber ihrem GU Wettbewerbsdruck erzeugt beziehungsweise das GU diszipliniert. Gemäss Praxis der WEKO kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen beziehungsweise sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.<sup>123</sup> Aus diesen Gründen ist der bei NZZ verbleibende Marktanteil bei der Analyse so zu behandeln, wie wenn dieser dem GU zuzurechnen wäre.

155. Folglich ist für das GU von einem Marktanteil von [40-50 %] auszugehen. Der nächst grössere Wettbewerber ist die Basler Zeitung Medien AG (nachfolgend: BaZ) mit einem Marktanteil von [40-50 %]. Unter diesen Umständen bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung des GU. Zu beachten ist, dass dies die Frage einer Einzelmarktbeherrschung betrifft. Demgegenüber stellt sich aufgrund der vorliegenden Grössenverhältnisse die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen dem GU und BaZ.

156. Gemäss Art. 10 Abs. 4 KG berücksichtigt die WEKO bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung. Anders als in Fällen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kann bei Zusammenschlusstatbe-

ständen die im Zeitpunkt der Beurteilung entstehende Wettbewerbslage nicht allein ausschlaggebend sein.<sup>124</sup> Daher ist bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch die angekündigte Übernahme der BaZ durch die Tamedia-Gruppe mitzubetrachten.<sup>125</sup>

157. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führt dazu aus, dass bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ausschliesslich auf das Prioritätsprinzip abzustellen sei. Demnach sei der Sachverhalt zum Zeitpunkt der Meldung massgebend. Dies entspreche auch dem Vorgehen der Europäischen Kommission. Aus Art. 10 Abs. 4 KG ergebe sich nichts Gegenteiliges. Die WEKO könne die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens jedenfalls nicht von ihrem eigenen Entscheid in einer anderen Sache abhängig machen.

158. Weil für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Eingriffskriterien gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht gegeben sind (vgl. Rz 357), kann offenbleiben, ob die WEKO ihre eigenen künftigen Entscheidungen aufgrund von Art. 10 Abs. 4 KG bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben berücksichtigt.

<sup>122</sup> In Klammern sind die Marktanteile für die Titel von NZZ angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>123</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>124</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 584.

<sup>125</sup> Vgl. Medienmitteilung der Tamedia-Gruppe vom 18.04.2018, abrufbar unter <[www.tamedia.ch/de/gruppe/newsroom/medienmitteilungen](http://www.tamedia.ch/de/gruppe/newsroom/medienmitteilungen)> (04.06.2018).

#### B.4.2.2.2. Etwaige kollektive Marktbeherrschung GU und BaZ

159. Ein Zusammenschlussvorhaben kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.<sup>126</sup> Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Bei einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein wird.<sup>127</sup> Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.<sup>128</sup>

160. Die Literatur hält für die Entwicklung im Bereich der Tageszeitungen fest, dass die Anzahl an Tageszeitungen unter dem Dach eines Verlagshauses enorm angestiegen ist. Diese Situation mit „chain-ownership“ oder Verlagshäuser mit mehreren Tageszeitungen („newspaper chains“) hat kontinuierlich die Situation mit unabhängigen lokalen Tageszeitungen ersetzt.<sup>129</sup> Die Medienkonzentration bei den Tageszeitungen ist auch in der Schweiz zu beobachten. Insbesondere weist der Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel eine hohe Marktkonzentration auf (vgl. Rz 168 f.). Dieses Zusammenschlussvorhaben und die angekündigte Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe führen den Konzentrationsprozess weiter.

161. Die zunehmende Entwicklung von Verlagshäusern mit mehreren Tageszeitungen gibt gemäss Literatur Anlass zu Besorgnis, dass dadurch die Möglichkeit von

Multimarktbeziehungen und von kollektiver Marktbeherrschung steigt.<sup>130</sup>

162. Für dieses Zusammenschlussvorhaben und den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel stellt sich die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ. Wie bereits erwähnt, hat die Tamedia-Gruppe die Übernahme der BaZ angekündigt (vgl. Rz 155). Im Falle der Übernahme der BaZ durch die Tamedia-Gruppe, besteht die Frage nach einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und die Tamedia-Gruppe.

163. Bei der BaZ handelt es sich um ein Medienunternehmen mit Print- und Digital-Publikationen. Gemäss BaZ erzielen ihre Print- und Digital-Publikationen nach wie vor die besten Werte in der Nordwestschweiz. Printprodukte seien die „Basler Zeitung“ von Montag bis Samstag und die „BaZ Kompakt“ am Donnerstag. Bei den digitalen Plattformen handle es sich um baz.ch und immo.baz.ch.<sup>131</sup> Weiter hält die BaZ eine Beteiligung von 21 % am Titel „Neue Fricktaler Zeitung“ und 20 % am Verlegerfernsehen „Presse TV AG“ auf SRF2.<sup>132</sup> Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird davon ausgegangen, dass mit diesen beiden Minderheitsbeteiligungen keine Kontrollrechte verbunden sind. Zudem ist BaZ mit ihrem Titel „Basler Zeitung“ in den „Metropool“ eingebunden. „Metropool“ vereine die führenden Tageszeitungen „Tages-Anzeiger“, „Basler Zeitung“ und „BZ Berner Zeitung/Der Bund“ zu einer Anzeigenkombination.<sup>133</sup>

164. Zur Grösse der BaZ kann auf die öffentlich zugängliche Umsatz- und Ergebnisentwicklung in Tabelle 10 verwiesen werden.<sup>134</sup>

Tabelle 10: Entwicklung Umsatz und Ergebnis

| Jahr          | Umsatz in Fr. | Ergebnis in Fr. | Marge in % |
|---------------|---------------|-----------------|------------|
| 2018 (Budget) | 36 500 000.-  | 5 011 000.-     | 13.7       |
| 2017          | 39 481 000.-  | 4 203 000.-     | 10.6       |
| 2016          | 43 505 000.-  | 5 006 000.-     | 11.5       |
| 2015          | 47 974 000.-  | 6 318 000.-     | 13.1       |
| 2014          | 52 112 000.-  | 1 320 000.-     | 2.5        |
| 2013          | 62 692 000.-  | -1 125 000.-    | -1.8       |
| 2012          | 72 131 000.-  | -7 775 000.-    | -10.8      |

<sup>126</sup> Vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 39 ff. (Fn 94).

<sup>127</sup> Vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 41 f. (Fn 94).

<sup>128</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 132, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., Online-Buchungsplattformen für Hotels; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, SRG/Swisscom/Ringier; RPW 2015/4, 751 Rz 62, Saint-Gobain/Sika; RPW 2015/3, 495 Rz 158, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2013/4, 685 Rz 84, BLS AG/BLS Cargo AG; RPW 2010/3, 528 Rz 224, France Télécom SA/Sunrise Communications AG;

RPW 2008/4, 630 Rz 247, Coop/Carrefour; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, Heineken/Eichhof; RPW 2008/1, 184 Rz 455, Migros/Denner.

<sup>129</sup> Vgl. AMBARISH CHANDRA, ULRICH KAISER, Newspapers and Magazines, in: Handbook of Media Economics, Volume 1A, 2016, 397-444, 415 f.

<sup>130</sup> Vgl. CHANDRA, KAISER (Fn 129), 416.

<sup>131</sup> Vgl. <www.bzm.ch> (04.06.2018).

<sup>132</sup> Vgl. <www.bzm.ch/unternehmen/firmen> (04.06.2018).

<sup>133</sup> Vgl. <bzm.ch/werbung/metropool> (04.06.2018).

<sup>134</sup> Vgl. <www.bzm.ch/unternehmen> (04.06.2018).

165. Gemäss Meldung führt das Zusammenschlussvorhaben zu folgenden Grössenverhältnissen:

Tabelle 11: Darstellung aktuelle Konkurrenz für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel (vgl. auch Tabelle 9)

| Jahr | GU (bzw. AZM und NZZ)       | Basler Zeitung Medien AG | Ringier-Gruppe | Tamedia-Gruppe |
|------|-----------------------------|--------------------------|----------------|----------------|
| 2017 | [40-50%] ([30-40%]+[0-10%]) | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |
| 2016 | [30-40%] ([20-30%]+[0-10%]) | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |
| 2015 | [30-40%] ([20-30%]+[0-10%]) | [40-50%]                 | [10-20%]       | [0-10%]        |

166. Aus Tabelle 11 ist ersichtlich, dass vor dem Zusammenschlussvorhaben fünf Wettbewerber zusammen den gesamten Markt bedienen. Davon sind das GU (zusammen mit der „Neuen Zürcher Zeitung“) und die „Basler Zeitung“ die leserstärksten Tageszeitungen. [...]

167. Im Folgenden findet auf dieses Zusammenschlussvorhaben die Anwendung der Kriterien statt, die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehen sind:<sup>135</sup>

- Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration;
- Symmetrien;
- Marktwachstum und Innovationen;
- Markttransparenz;
- Multimarktbeziehungen;

- Stellung der Marktgegenseite;

- Potenzielle Konkurrenz.

I. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

168. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 11 zeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Situation mit zwei Unternehmen mit hohen Marktanteilen führt. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen das GU und BaZ über einen kumulierten Marktanteil von [80-90 %]. Dementsprechend bestätigen die HHI-Werte<sup>136</sup> in Tabelle 12 einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenklos ein.<sup>137</sup>

Tabelle 12: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|                             |             |
|-----------------------------|-------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | [2900-3300] |
| HHI ex post Zusammenschluss | [3400-3800] |
| ΔHHI                        | [500-550]   |

169. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ. An diesem Ergebnis würde auch eine Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe nichts ändern. Die Marktkonzentration nähme sogar noch zu und der HHI-Wert würde noch höher ausfallen.

II. Symmetrien

170. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>138</sup>

171. Tabelle 11 zeigt, dass das Zusammenschlussvorhaben zu [...] Nach dem Zusammenschluss sind das GU und BaZ in Bezug auf die Marktanteile beinahe völlig symmetrisch (GU [40-50 %] und BaZ [40-50 %]).

172. Sowohl das GU (vgl. Rz 1, 22 und 48) als auch BaZ (vgl. Rz 163) sind Medienunternehmen mit Print- und Digital-Produkten. Beide, GU und BaZ, sind im Bereich der Regionalmedien tätig.

<sup>135</sup> Vgl. RPW 2016/1, 121 ff. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 ff. Rz 148 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/4, 751 ff. Rz 62 ff., *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 ff. Rz 158 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 528 ff. Rz 224 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 ff. Rz 247 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 ff. Rz 252 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 ff. Rz 455 ff., *Migros/Denner*.

<sup>136</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>137</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 19 ff. (Fn 94); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 94).

<sup>138</sup> Vgl. RPW 2015/3, 49 Rz 169, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 453 Rz 274, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 48 (Fn 94).

173. Somit weisen das GU und BaZ symmetrische Tätigkeiten auf. Allerdings verfügt das GU über ein stark umfangreicheres Produktportfolio als BaZ (vgl. Rz 4, 9 und 163).

174. Weil es sich beim GU und bei BaZ um Medienunternehmen handelt, die mit vergleichbaren Produkten auftreten, bestehen Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-How. Allerdings weist das GU im Vergleich zu BaZ ein Produktportfolio auf, das viel umfangreicher ist. Deshalb ist für das GU von einem zu BaZ vergleichsweise erheblich umfangreicheren Know-How auszugehen.

175. Weiter handelt es sich bei AZM, NZZ und GU sowie BaZ um gewinnorientierte Unternehmen. Grundsätzlich zeichnen sich beide Gruppen daher in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse beider in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel eines gewinnorientierten Unternehmens, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Trotz des vorrangigen Ziels der Gewinnmaximierung kann es sein, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.<sup>139</sup>

176. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass Symmetrien vorliegen, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ begünstigen. Demgegenüber würden im Falle einer Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe zwei Medienunternehmen mit vergleichbarem Produktportfolio vorliegen: diese Symmetrie würde den

Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und die Tamedia-Gruppe begünstigen (vgl. Rz 278 ff.).

### III. Marktwachstum und Innovationen

177. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z.B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen beziehungsweise aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>140</sup>

178. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.<sup>141</sup>

179. Tabelle 13 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel gemessen anhand der Anzahl Leser in den Jahren 2015 bis 2017 entwickelt hat. Während eines Jahres ist der Gesamtmarkt um ungefähr 9 % beziehungsweise 3 % zurückgegangen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 13, dass zwischen den fünf Wettbewerbern in den Jahren 2015 bis 2017 Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben. In den drei Jahren konnte AZM ihren Marktanteil um ungefähr [0-10] Prozentpunkte erhöhen. Die Angaben lassen darauf schliessen, dass diese Erhöhung hauptsächlich zulasten von BaZ erfolgte.

Tabelle 13: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | Gesamtmarkt<br>(Anzahl Leser) | GU (bzw. AZM und NZZ)      | Basler Zeitung<br>Medien AG | Ringier-Gruppe | Tamedia-<br>Gruppe |
|------|-------------------------------|----------------------------|-----------------------------|----------------|--------------------|
| 2017 | 248 000                       | [40-50%] ([30-40%]+[0-10]) | [40-50%]                    | [10-20%]       | [0-10%]            |
| 2016 | 256 000                       | [30-40%] ([20-30%]+[0-10]) | [40-50%]                    | [10-20%]       | [0-10%]            |
| 2015 | 280 000                       | [30-40%] ([20-30%]+[0-10]) | [40-50%]                    | [10-20%]       | [0-10%]            |

180. In Bezug auf Forschung und Entwicklung führt die Meldung aus, dass diese im Bereich der Lesermärkte für Tageszeitungen eine relativ geringe Rolle spielen. Folglich bestehen für die Lesermärkte von Tageszeitungen keine grossen Unsicherheiten durch grundlegende Innovationen.

181. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass das Marktwachstum den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ begünstigt. Eine ähnliche Schlussfolgerung dürfte sich bei einer Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe ergeben.

<sup>139</sup> Vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 44 (Fn 94).

<sup>140</sup> Vgl. RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 94).

<sup>141</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <[www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (04.06.2018).

#### IV. Markttransparenz

182. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>142</sup>

183. Die Preise von AZM<sup>143</sup>, NZZ<sup>144</sup> und BaZ<sup>145</sup> für ihre Leser-Abonnemente sind öffentlich zugänglich.

184. Zudem sind die Auflagen- und Leserzahlen der Tageszeitungen, die an der WEMF MACH Basic-Studie teilnehmen, öffentlich bekannt.<sup>146</sup> AZM, NZZ, BaZ, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe nehmen mit ihren Tageszeitungen an der WEMF Mach Basic-Studie teil. WEMF wirbt ausdrücklich damit, dass die Verlagshäuser die WEMF MACH Basic-Studie für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Pressetitel und für die Konkurrenzbeobachtung nutzen.<sup>147</sup> Weil über die WEMF Mach Basic-Studie die Auflagen- und Leserzahlen allen Verlagshäusern zur Verfügung stehen, besteht vollständige Transparenz hinsichtlich der „Menge“, welche die Verlagshäuser produzieren.

185. Somit begünstigt die Markttransparenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ. An diesem Ergebnis würde auch eine Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe nichts ändern.

#### V. Multimarktbeziehungen

186. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>148</sup>

187. Für das GU und BaZ kann von symmetrischen Tätigkeiten ausgegangen werden (vgl. Rz 170 ff). Das Produktportfolio des GU ist allerdings stark umfangreicher als dasjenige von BaZ (vgl. Rz 170 ff). Zudem begegnen sich das GU und BaZ aufgrund des im Vergleich zum GU geringen BaZ-Produktportfolios in wenigen Märkten. Deshalb sind die Multimarktbeziehungen gering.

188. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass Multimarktbeziehungen den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ begünstigen. Im Falle einer Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe entsteht eine Vielzahl an Multimarktbeziehungen zwischen dem GU und der Tamedia-Gruppe/BaZ. Diese Multimarktbeziehungen weisen vielfach eine mittlere bis hohe Asymmetrie auf (vgl. Rz 295 ff.). Somit würden Multimarktbeziehungen bestehen, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und die Tamedia-Gruppe begünstigen.

#### VI. Stellung der Marktgegenseite

189. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.<sup>149</sup>

190. Gemäss Meldung stehen sich in den Lesermärkten für Tageszeitungen Leser und Herausgeber von bezahl-

ten Tageszeitungen gegenüber. Die Leser würden dabei Informationen über regionale, nationale und internationale Ereignisse nachfragen.

191. Für diese Marktgegenseite der Leserschaft, vorwiegend bestehend aus Privaten, ist davon auszugehen, dass der Konzentrationsgrad niedrig ist. Zudem ist davon auszugehen, dass die Leserschaft einen geringen oder sogar keinen Organisationsgrad aufweist. Dies deutet darauf hin, dass die Marktgegenseite über keine oder zumindest sehr wenig Gegenmacht verfügt.

192. Somit begünstigt die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ. An diesem Ergebnis würde auch eine Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe nichts ändern.

<sup>142</sup> Vgl. RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (12.05.2015); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 47 und 49 f. (Fn 94).

<sup>143</sup> Vgl. <[www.service.aargauerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.aargauerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.badenertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.badenertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.baselandschaftlichezeitung.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.baselandschaftlichezeitung.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.bzbasel.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.bzbasel.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.limmat.talerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.limmat.talerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.sothurnerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.sothurnerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen)>, <[www.service.grenchnertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.grenchnertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen)> und <[www.service.oltnerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen](http://www.service.oltnerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen)> (04.06.2018).

<sup>144</sup> Vgl. <[www.abo.nzz.ch](http://www.abo.nzz.ch)>, <<https://abo.tagblatt.ch/kampagne/?KAVZ=0801-0010-04-010>> und <<https://abo.luzernerzeitung.ch>> (04.06.2018).

<sup>145</sup> Vgl. <[www.verlag.baz.ch/abo](http://www.verlag.baz.ch/abo)> (04.06.2018).

<sup>146</sup> MACH Basic – die Schweizer Leserschaftsstudie liefert die offizielle Währung für die Mediaplanung und das Verlagsmarketing. Die MACH Basic ermittelt für die Werbewirtschaft und die Medienhäuser aktuelle, unabhängige und valide Daten über die Nutzer von Zeitungen und Zeitschriften in der Schweiz und in Liechtenstein. Die Verlagshäuser nutzen die MACH Basic für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Pressetitel und für die Konkurrenzbeobachtung. Die Werbewirtschaft ermittelt anhand der Daten die Kennwerte der einzelnen Titel für die Planung ihrer Pressekampagnen (vgl. <[wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic](http://wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic)> (04.06.2018)).

<sup>147</sup> Vgl. <[wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic](http://wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic)> (04.06.2018).

<sup>148</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 191, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 505, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 300, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (12.05.2015).

<sup>149</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 145, <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (12.05.2015); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 57 und 64 ff. (Fn 94).

## VII. Potenzielle Konkurrenz

193. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>150</sup>

194. Wie bereits ausgeführt handelt es sich beim Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel um einen rückläufigen Markt, der in den letzten drei Jahren um ungefähr 11 % zurückging (vgl. Rz 179).

195. Zudem sind gemäss Meldung im Bereich der Tageszeitungen keine Marktzutritte bekannt.

196. Als Vergleichswert für einen profitablen und auf lange Dauer ausgelegten Markteintritt kann der Kauf von BaZ durch die Tamedia-Gruppe herangezogen werden. Der Kaufpreis für BaZ liegt schätzungsweise bei rund 60 Millionen.<sup>151</sup> Kosten für einen Markteintritt in dieser Höhe können als sehr hoch bezeichnet werden.

197. Auch wenn ein bereits bestehender Zeitungsverlag technisch grundsätzlich in der Lage wäre, das Verbreitungsgebiet der herausgegebenen Zeitung zu erweitern oder eine neue Zeitung in einem weiteren Gebiet herauszugeben, kann nicht ohne weiteres von Wettbewerbsdruck infolge potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden. So muss unter Umständen für ein neues Verbreitungsgebiet eine neue Redaktion aufgebaut werden. Auch sind allenfalls neue Vertriebsinfrastrukturen nötig. Zudem dürfte insbesondere bei den abonnierten Zeitungen der Aufbau von Reputation einer neuen Zeitung einen wesentlichen Faktor darstellen. Die Vermarktung einer Tageszeitung dürfte sich als schwierig erweisen, wenn auf dem Markt bereits etablierte und bei den Lesern bekannte Tageszeitungen existieren. Es ist davon auszugehen, dass Leser in der Regel nur eine Tageszeitung oder höchstens zwei Tageszeitungen abonnieren. Aus diesem Grund müsste eine neu in den Markt eintretende Tageszeitung erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Lesern überhaupt ins Auge gefasst zu werden.<sup>152</sup>

198. Überdies sind die zwei grossen Mediengruppen Tamedia und Ringier bereits im Markt tätig.

199. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen ist in der Schweizer Zeitungslandschaft in den letzten Jahren kaum Expansion durch neue oder erweiterte Zeitungstitel erfolgt, vielmehr durch Zukauf bestehender, regional verankerter Titel.

200. Daher kann für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel nicht von einer potenziellen Konkurrenz mit starker disziplinierender Wirkung ausgegangen werden.

201. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass die potenzielle Konkurrenz genügend disziplinierend ist, um eine etwaige kollektive Marktbeherrschung durch das GU und BaZ zu verhindern. An diesem Ergebnis würde auch eine Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe nichts ändern.

## B.4.2.2.3. Stellungnahme der Parteien

202. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung seien die Voraussetzungen für eine kollektive Marktherrschaft nicht gegeben. Beim Prüfkriterium „Marktwachstum und Innovation“ handle es sich um ein Kriterium, das die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung faktisch ausschliesse. Bei rückläufigen Märkten sei Kollusion nicht stabil beziehungsweise lasse sich diese nicht aufrechterhalten. Zudem handle es sich um komplexe Märkte, die sich nicht mit herkömmlichen einseitigen Märkten vergleichen liessen. Dann befänden sich im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel sowohl regionale Tageszeitungen als auch Tageszeitungen, die in verschiedenen Regionen gelesen würden. Weiter handle es sich bei Zeitungsprodukten um vertikal differenzierte Güter, bei welchen Kollusion unwahrscheinlich sei.

203. Sodann sind gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung auf dem Markt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiete 31 Basel mit der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe die zwei grössten Medienunternehmen der Schweiz tätig. Diese könnten eine etwaige kollektive Marktbeherrschung unterlaufen beziehungsweise destabilisieren.

204. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führt auch aus, dass zwischen dem GU und BaZ beziehungsweise der Tamedia-Gruppe keine Symmetrien bestehen würden.

205. In Bezug auf die Markttransparenz macht die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend, dass das Zusammenschlussvorhaben diese in keiner Weise verändere.

206. Zu Multimarktbeziehungen führt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung aus, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen weiteren Multimarktbeziehungen als den bereits bestehenden führe.

207. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung verfüge die Leserschaft über Gegenmacht. Diese könne mit einem Wechsel des Verkäufers drohen.

208. Schliesslich vertritt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung die Ansicht, dass potenzieller Wettbewerb im relevanten Markt bestehe. Dies zeige das Beispiel der „Tageswoche“, die einmal in der Woche als Printausgabe und an den restlichen Tagen als Online-Medium erscheine.

209. Zu diesen Vorbringen ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass ein rückläufiger Markt kein Kriterium darstellt, das Kollusion oder eine kollektive Marktbeherrschung faktisch ausschliesst. Ein rückläufiger Markt

<sup>150</sup> Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 143 f.; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45, 56 f. und 69 ff. (Fn 94).

<sup>151</sup> Vgl. NZZ am Sonntag, «BaZ»: Kaufpreis liegt bei rund 60 Millionen, 22.04.2018.

<sup>152</sup> Vgl. analog RPW 2015/3, 502 Rz 210, *Tamedia/ricardo.ch*.

erschwert bloss eine kollektive Marktbeherrschung. Trotzdem ist diese auch bei einem rückläufigen Markt möglich. Dann ist auch in grundsätzlicher Hinsicht darauf hinzuweisen, dass es bei der Frage der Stellung der Marktgegenseite um Verhandlungsmacht geht. Beispielsweise verfügt die Marktgegenseite über Verhandlungsmacht, wenn sie das fragliche Gut selber herstellen könnte oder mit der nachgefragten Menge ein anderes Unternehmen zu einem Markteintritt als Anbieter bewegen könnte.<sup>153</sup> Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings eine abschliessende Beurteilung offenbleiben, ob sich die bestehenden Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung erhärten lassen (vgl. Rz 213 ff.).

#### B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

210. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Gründung des GU durch AZM und NZZ eine Einzelmarktbeherrschung Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel begründet oder verstärkt. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch das GU und BaZ überwiegen insgesamt die Faktoren, welche eine solche begünstigen. Unter diesen Umständen ergeben sich Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU und BaZ im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

211. Im Falle einer Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe würden insgesamt die Faktoren überwiegen, welche eine kollektive Marktbeherrschung durch das GU und die Tamedia-Gruppe/BaZ begünstigen würden. Unter diesen Umständen ergäben sich Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung durch das GU und die Tamedia-Gruppe/BaZ begründen oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärken würde.

212. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine kollektive Marktbeherrschung erhärten lassen. Dies, weil wie nachfolgend aufgezeigt keine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### B.4.2.2.5. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

213. Gemäss Bundesgericht liegt Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es müsse demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten würden. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung müsse somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setze in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus. Gerade auf dieses Kriterium habe der Gesetzgeber grosses Gewicht gelegt. Art. 10 Abs. 2

Bst. a KG verwende mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission gehe, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stelle.<sup>154</sup>

214. Bestehe auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehle es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen seien diesfalls unzulässig. Entscheidend sei demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb bestehe.<sup>155</sup>

215. Das heisst, dass trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts nur dann besteht, wenn festgestellt werden muss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Folglich ist im Rahmen von Art. 33 KG zu prüfen, ob durch die allenfalls marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

216. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Das Kriterium „entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.“<sup>156</sup>

217. Nach der Praxis der WEKO ist aus der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu folgern, dass das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausschliesst. Danach kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können. Somit hat ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei einem Restwettbewerb die Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von

<sup>153</sup> Vgl. auch MOTTA (Fn 115), 145.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 133 II 104, E. 6.3 (= RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swiss-grid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

<sup>155</sup> Vgl. BGE 133 II 104, E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swiss-grid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

<sup>156</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 583 f. Ziff. 234.2.

Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.<sup>157</sup> Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist.<sup>158</sup>

218. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.<sup>159</sup>

219. Zudem sind gemäss Art. 10 Abs. 4 KG bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

220. Gemäss AZM und NZZ setzt der Tatbestand von Art. 10 Abs. 2 KG der WEKO für ein materielles Eingreifen eine hohe Eingriffsschwelle. Für ein behördliches Eingreifen stelle das Gesetz entsprechend hohe Anforderungen beziehungsweise verlange das Vorliegen strenger Voraussetzungen, was auch das Bundesgericht bestätigt habe.

221. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung, seien im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel neben dem GU und NZZ sowie BaZ mit der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe äusserst starke Wettbewerber tätig. Zudem sei der Titel „Tageswoche“ faktisch in den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel eingetreten. Das Zusammenschlussvorhaben führe somit weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden könnte.

222. Den Vorbringen der Parteien ist im Ergebnis zuzustimmen: Selbst wenn von einer kollektiven Marktherrschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG durch das GU und die Tamedia-Gruppe/BaZ auszugehen wäre, würde mit der Ringier-Gruppe immer noch eine wirtschaftlich starke aktuelle Konkurrentin im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel verbleiben (vgl. Tabelle 9). Die Ringier-Gruppe ist dabei als wirtschaftlich starke Marktteilnehmerin zu betrachten.<sup>160</sup> Zudem ist sie auf dem fraglichen Lesermarkt mit dem Titel „Blick“ mit einer der auflagestärksten Zeitungen der Schweiz vertreten. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben den allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen GU und Tamedia-Gruppe/BaZ die Möglichkeit eröffnet, die Ringier-Gruppe aus dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel zu verdrängen

oder diese in ihrer Handlungsfreiheit wesentlich einzuschränken.

223. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

#### **B.4.2.2.6. Ergebnis**

224. Aufgrund der vorläufigen Prüfung ergeben sich zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktherrschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel begründet oder verstärkt. Allerdings kann im Rahmen der Prüfung offengelassen werden, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen. Dies, da nicht zu erwarten ist, dass das Zusammenschlussvorhaben den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel nicht gegeben.

<sup>157</sup> Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 220, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2009/4, 405 Rz 242 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

<sup>158</sup> Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>159</sup> Vgl. RPW 2009/4, 436 f. Rz 395 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>160</sup> Die Ringier-Gruppe erzielte 2017 nach eigenen Angaben einen operativen Gewinn von Fr. 110.6 Mio., bei einem Umsatz von Fr. 1002.9 Mio.; vgl. Medienmitteilung vom 11.04.2018, <[http://ringier.ch/sites/default/files/medienmitteilung\\_jahresergebnis\\_de.pdf](http://ringier.ch/sites/default/files/medienmitteilung_jahresergebnis_de.pdf)> (26.06.2018).



### B.4.2.3 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn

#### B.4.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

225. Tabelle 14 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 14: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | AZM      | NZZ <sup>161</sup> | GU       | Ringier-Gruppe | Tamedia-Gruppe | ZT Medien AG |
|------|----------|--------------------|----------|----------------|----------------|--------------|
| 2017 | [40-50%] | [...] ([0-10%])    | [40-50%] | [10-20%]       | [10-20%]       | [10-20%]     |
| 2016 | [40-50%] | [...] ([0-10%])    | [40-50%] | [20-30%]       | [10-20%]       | [10-20%]     |
| 2015 | [40-50%] | [...] ([0-10%])    | [40-50%] | [20-30%]       | [10-20%]       | [0-10%]      |

226. Wie erwähnt ist der bei NZZ verbleibende Marktanteil bei der Analyse dem GU zuzurechnen (vgl. Rz 154). Folglich ist für das GU von einem Marktanteil von [50-60 %] auszugehen. Damit liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung des GU vor (vgl. Rz 128).

227. Die nächst grösseren Wettbewerber sind die Ringier-Gruppe mit einem Marktanteil von [10-20 %] und die Tamedia-Gruppe mit einem Marktanteil von [10-20 %]. Der Abstand des GU zu diesen beiden Wettbewerbern beträgt gemessen in Marktanteilen ungefähr [30-40] Prozentpunkte. Zum drittgrössten Wettbewerber ZT Medien AG besteht eine Differenz in Marktanteilen von ungefähr [40-50] Prozentpunkten. Eine Marktanteilsdifferenz von [30-40] Prozentpunkten und mehr ist als hoch, wenn nicht gar sehr hoch, einzustufen. Damit bleibt das Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des GU bestehen.

#### B.4.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb

228. Gemäss Meldung sind AZM und NZZ im Bereich der Tageszeitungen keine Marktzutritte bekannt. Zudem nennt die Meldung keine Unternehmen, die in den Markt eintreten könnten und damit potenzielle Konkurrenz darstellen würden.

229. Weiter ist wie bereits erwähnt eine disziplinierende Wirkung durch Markteintritte anderer Zeitungsverlage unwahrscheinlich (vgl. Rz 197 f.).

230. Überdies sind die zwei grossen Mediengruppen Tamedia und Ringier bereits im Markt tätig.

231. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Auflagenzahlen bei Tageszeitungen gemäss Meldung in den letzten fünfzehn Jahren rückläufig sind. Dies trifft für die Jahre 2015 bis 2017 auch auf den Lesersmarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn zu. Der Gesamtmarkt ging gemäss Meldung von 241 000 Leser im Jahr 2015 auf 211 000 Leser im Jahr 2017 zurück. Dies entspricht einem Rückgang des Marktvolumens von ungefähr 12 %. Somit ist von einem rückläufigen Markt auszugehen. Für Märkte mit rückläufigem Volumen erscheinen Marktzutritte im Vergleich zu Märkten mit hohen Wachstumsaussichten als weniger wahrscheinlich.<sup>162</sup>

232. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass für den Lesersmarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn keine Hinweise auf eine disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz bestehen.

#### B.4.2.3.3. Stellungnahme der Parteien

233. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung würde aus dem Zusammenschlussvorhaben lediglich eine Marktanteilsaddition von [0-10 %] resultieren, die keine Veränderung der Marktstruktur zur Folge hätte. Zudem seien neben dem GU und NZZ mit der Ringier-Gruppe, der Tamedia-Gruppe und der ZT Medien AG drei weitere Wettbewerber auf dem Markt aktiv, die gemeinsam einen Marktanteil von [40-50 %] auf sich vereinen würden.

234. Hierzu ist festzuhalten, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die Schwelle von [50-60 %] Marktanteil überschritten wird. Das Zusammenschlussvorhaben ist mithin kausal für die Entstehung des Indizes der Marktbeherrschung gemäss Bundesgericht (vgl. Rz 128). Zudem gründen AZM und NZZ ein GU, wodurch sich die Marktstruktur ändert (vgl. Rz 138). Somit bleiben die Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings offenbleiben, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen (vgl. Rz 236 ff.).

<sup>161</sup> In Klammern sind die Marktanteile für die Titel von NZZ angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>162</sup> Vgl. Rz 72 EU-Horizontalleitlinien (Fn 94).

#### B.4.2.3.4. Zwischenergebnis

235. Für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vermögen nicht, zu einem anderen Ergebnis zu führen. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine Marktbeherrschung erhärten lassen. Dies, weil wie nachfolgend aufgezeigt keine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### B.4.2.3.5. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

236. Wie ausgeführt muss für eine Untersagung eines Zusammenschlusses oder eine Zulassung unter Bedingungen und Auflagen qualifizierte Marktbeherrschung vorliegen. Das heisst, das Bundesgericht setzt eine Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG mit dem zusätzlichen Erfordernis der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs voraus (vgl. Rz 213 ff.).

237. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung betrage der Marktanteil des GU bei Zurechnung des Titels „Neue Zürcher Zeitung“ lediglich [50-60 %]. Unter den aktuellen Wettbewerbern befänden sich mit der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe die mithin grössten und finanzstärksten Medienhäuser der Schweiz. Eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG könne aus diesen Gründen ausgeschlossen werden.

238. Den Vorbringen der Parteien ist im Ergebnis zuzustimmen: Mit der Ringier-Gruppe und der Tamedia-Gruppe verbleiben immer noch zwei wirtschaftlich starke Marktteilnehmerinnen im Lesermarkt für Tageszeitungen

im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn (vgl. Tabelle 14). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben dem GU die Möglichkeit eröffnet, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe aus dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn zu verdrängen oder diese in ihrer Handlungsfreiheit wesentlich einzuschränken.

239. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

#### B.4.2.3.6. Ergebnis

240. Aufgrund der Prüfung ergeben sich zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn begründet oder verstärkt. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen. Dies, da nicht zu erwarten ist, dass das Zusammenschlussvorhaben dem GU die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn nicht gegeben.

#### B.4.2.4 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau

##### B.4.2.4.1. Aktueller Wettbewerb

241. Tabelle 15 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 15: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | AZM      | NZZ <sup>163</sup>   | GU       | Ringier-Gruppe | Tamedia-Gruppe |
|------|----------|----------------------|----------|----------------|----------------|
| 2017 | [60-70%] | [0-10%]<br>([0-10%]) | [60-70%] | [10-20%]       | [10-20%]       |
| 2016 | [60-70%] | [0-10%]<br>([0-10%]) | [60-70%] | [10-20%]       | [10-20%]       |
| 2015 | [50-60%] | [0-10%]<br>([0-10%]) | [50-60%] | [20-30%]       | [10-20%]       |

242. Wie erwähnt ist der bei NZZ verbleibende Marktanteil bei der Analyse dem GU zuzurechnen (vgl. Rz 154). Folglich ist für das GU von einem Marktanteil von [70-80 %] auszugehen. Damit liegt ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung des GU vor (vgl. Rz 128).

243. Die nächst grösseren Wettbewerber sind die Ringier-Gruppe mit einem Marktanteil von [10-20 %] und die Tamedia-Gruppe mit einem Marktanteil von [10-20 %]. Der Abstand des GU zu diesen beiden Wettbewerbern beträgt gemessen in Marktanteilen ungefähr [50-60] Prozentpunkte und mehr. Eine Marktanteilsdifferenz von [50-60] Prozentpunkten ist als äusserst hoch einzustufen. Die Marktanteilsdifferenz ist höher als [...]. Damit

bleibt das Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des GU bestehen.

##### B.4.2.4.2. Potenzieller Wettbewerb

244. Gemäss Meldung sind AZM und NZZ im Bereich der Tageszeitungen keine Marktzutritte bekannt. Zudem nennt die Meldung keine Unternehmen, die in den Markt eintreten könnten und damit potenzielle Konkurrenz darstellen würden.

<sup>163</sup> In Klammern sind die Marktanteile für die Titel von NZZ angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

245. Weiter ist wie bereits erwähnt eine disziplinierende Wirkung durch Markteintritte anderer Zeitungsverlage unwahrscheinlich (vgl. Rz 197 f.).

246. Überdies sind die zwei grossen Mediengruppen Tamedia und Ringier bereits im Markt tätig.

247. Auch auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau war der Gesamtmarkt rückläufig. Der Gesamtmarkt ging gemäss Meldung von 265 000 Leser im Jahr 2015 auf 250 000 Leser im Jahr 2017 zurück. Dies entspricht einem Rückgang des Marktvolumens von ungefähr 6 %. Somit ist von einem rückläufigen Markt, zumindest von einem ausgereiften Markt, bei dem ein Rückgang anzunehmen ist, auszugehen. Für diese Märkte erscheinen Marktzutritte im Vergleich zu Märkten mit hohen Wachstumsaussichten als weniger wahrscheinlich (vgl. Rz 231).<sup>164</sup>

248. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau keine Hinweise auf eine disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz bestehen.

#### **B.4.2.4.3. Stellungnahme der Parteien**

249. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung würde der Marktanteil des GU bei einer Zurechnung des Titels „Neuen Zürcher Zeitung“ [70-80 %] betragen und somit in einem Bereich liegen, der gemäss Praxis der WEKO auf den Lesermärkten als unproblematisch erachtet werde. Hinzu komme, dass aus dem Zusammenschlussvorhaben lediglich eine geringe Marktanteilsaddition von [0-10 %] resultieren würde, welche aus kartellrechtlicher Sicht als unbedenklich zu erachten sei. Aus den ausgewiesenen Marktanteilen ergäbe sich, dass auch nach dem Zusammenschlussvorhaben neben dem GU und der NZZ die zwei grössten und finanzstärksten Medienhäuser der Schweiz, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe, als Wettbewerber auf dem Markt aktiv sein würden, die gemeinsam einen Marktanteil von [20-30 %] auf sich vereinen würden.

250. Zunächst ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung keine Praxis der WEKO besteht, wonach ein Marktanteil von [70-80 %] in einem generell als unbedenklich zu qualifizierenden Bereich liegt. Dies lässt sich auch nicht aus den zitierten Entscheiden herleiten. Generell unbedenklich sind Märkte, in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen weniger als 20 % oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen weniger als 30 % beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Vielmehr besteht bei einem Marktanteil von mehr als 50 % grundsätzlich ein Indiz für Marktbeherrschung (vgl. Rz 128). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Abstand des GU zu den Konkurrenten Tamedia und Ringier gemessen in Marktanteilen [50-60] Prozentpunkte beträgt. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings eine abschliessende Beurteilung offenbleiben, ob sich die bestehenden Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung erhärten lassen (vgl. Rz 252 ff.).

#### **B.4.2.4.4. Zwischenergebnis**

251. Für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau bestehen Anhaltspunkte,

dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vermögen nicht, zu einem anderen Ergebnis zu führen. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine Marktbeherrschung erhärten lassen. Dies, weil wie nachfolgend aufgezeigt keine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### **B.4.2.4.5. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**

252. Wie ausgeführt muss für eine Untersagung eines Zusammenschlusses oder eine Zulassung unter Bedingungen und Auflagen qualifizierte Marktbeherrschung vorliegen. Das heisst, das Bundesgericht setzt eine Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG mit dem zusätzlichen Erfordernis der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs voraus (vgl. Rz 213 ff.).

253. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt vor, dass im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau mit der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe zwei starke Wettbewerber präsent seien, die mithin die grössten und finanzstärksten Medienunternehmen der Schweiz darstellten. Diese beiden Wettbewerber würden auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen disziplinierenden Effekt auf das GU ausüben. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sei daher ausgeschlossen.

254. Den Vorbringen der Parteien ist im Ergebnis zuzustimmen: Mit der Ringier-Gruppe und der Tamedia-Gruppe verbleiben immer noch zwei wirtschaftlich starke Marktteilnehmerinnen im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau (vgl. Tabelle 15). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben dem GU die Möglichkeit eröffnet, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe aus dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau zu verdrängen oder diese in ihrer Handlungsfreiheit wesentlich einzuschränken.

255. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

#### **B.4.2.4.6. Ergebnis**

256. Aufgrund der Prüfung ergeben sich zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau begründet oder verstärkt. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen. Dies, da nicht zu erwarten ist, dass das Zusammenschlussvorhaben dem GU die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen für eine Intervention

<sup>164</sup> Vgl. Rz 72 EU-Horizontalleitlinien (Fn 94).

gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau nicht gegeben.

#### B.4.2.5 Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz

##### B.4.2.5.1. Aktueller Wettbewerb

257. Tabelle 16 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 16: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | AZM      | NZZ <sup>165</sup>     | GU       | Tamedia-Gruppe | Ringier-Gruppe |
|------|----------|------------------------|----------|----------------|----------------|
| 2017 | [0-10 %] | [10-20%]<br>([20-30%]) | [10-20%] | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2016 | -        | [10-20%]<br>([20-30%]) | [10-20%] | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2015 | -        | [10-20%]<br>([20-30%]) | [10-20%] | [30-40%]       | [30-40%]       |

258. Zu den Angaben in Tabelle 24 ist darauf hinzuweisen, dass AZM den Titel „Schweiz am Wochenende“ erst seit dem Jahr 2017 herausgibt. Mit diesem Titel verfügt AZM im Jahr 2017 mit den unabhängig von einem Tageszeitungs-Abonnement gesondert bezogenen Exemplaren über einen Marktanteil von [0-10 %] (vgl. Rz 76).

259. Aus Tabelle 24 ist ersichtlich, dass NZZ mit den bei ihr verbleibenden Tätigkeiten über einen Marktanteil von [20-30 %] verfügt. Die Meldung führt aus, dass NZZ ihre Sonntagszeitung „NZZ am Sonntag“ nicht in das GU einbringt. Die von der NZZ herausgegebene „NZZ am Sonntag“ sei nicht vom Zusammenschlussvorhaben betroffen und werde der Vollständigkeit halber separat ausgewiesen. Daher berücksichtigt die Meldung den Marktanteil der „NZZ am Sonntag“ bei der Marktanteilsaddition nicht. Das Zusammenschlussvorhaben führe zu keinen Marktanteilsadditionen zwischen AZM und NZZ auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz. Entgegen dieser Ansicht kann der bei NZZ verbleibende Titel nicht wie ein unabhängiger „Wettbewerber“ gewertet werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass NZZ gegenüber ihrem GU Wettbewerbsdruck erzeugt beziehungsweise das GU diszipliniert. Gemäss Praxis der WEKO kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen beziehungsweise sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.<sup>166</sup> Aus diesen Gründen ist der bei NZZ verbleibende Marktanteil bei der Analyse dem GU zuzurechnen.

260. Folglich ist für das GU von einem Marktanteil von [30-40 %] auszugehen. Der nächst grössere Wettbewerber ist die Tamedia-Gruppe mit einem Marktanteil von [30-40 %]. Als dritter Wettbewerber folgt die Ringier-Gruppe mit einem Marktanteil von [30-40 %]. Unter diesen Umständen bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung des GU. Zu beachten ist, dass dies die Frage einer Einzelmarktbeherrschung betrifft. Demgegenüber stellt sich aufgrund der vorliegenden

Grössenverhältnisse die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen dem GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe, welche zusammen 100 % des Marktes ausmachen.

##### B.4.2.5.2. Etwaige kollektive Marktbeherrschung GU, Tamedia-Gruppe und Ringier-Gruppe

261. Ein Zusammenschlussvorhaben 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 Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Bei einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.<sup>167</sup>

262. Analog zu den Tageszeitungen hat in der Schweiz auch bei den Sonntagszeitungen eine Konsolidierung stattgefunden (vgl. Rz 160 ff.). Insbesondere weist der

<sup>165</sup> In Klammern sind die Marktanteile für die Titel von NZZ angegeben, welche nicht in das GU eingebracht werden.

<sup>166</sup> Vgl. RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>167</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 132, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/4, 751 Rz 62, *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 Rz 158, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2013/4, 685 Rz 84, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 Rz 247, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz eine hohe Marktkonzentration auf (vgl. Rz 272 f.). Dieses Zusammenschlussvorhaben führt den Konzentrationsprozess weiter.

263. Somit stellt sich auch bei den Sonntagszeitungen verstärkt die Frage, ob mit zunehmender Konzentration die Möglichkeit von Multimarktbeziehungen und von kollektiver Marktbeherrschung steigt (vgl. Rz 161).

264. Für dieses Zusammenschlussvorhaben und den Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz steht eine etwaige kollektive Marktbeherrschung durch

das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe im Zentrum.

265. Bei der Tamedia-Gruppe handelt es sich um ein Medienunternehmen, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. In räumlicher Hinsicht liegt das Tätigkeitsgebiet schwergewichtig in der Schweiz.<sup>168</sup> Insbesondere gehört zum Portfolio der Tamedia-Gruppe die „Sonntagszeitung“.

266. Zur Grösse der Tamedia-Gruppe kann auf die Kennzahlen in Tabelle 17 verwiesen werden.<sup>169</sup>

Tabelle 17: Kennzahlen Tamedia-Gruppe (in Mio. Fr.)

| Jahr | Umsatz Bezahlmedien | Umsatz Pendlermedien | Umsatz Marktplätze und Beteiligungen | Betriebsertrag (Umsatz) |
|------|---------------------|----------------------|--------------------------------------|-------------------------|
| 2017 | 586                 | 153.2                | 235                                  | 974.2                   |
| 2016 | 616.8               | 162.3                | 225.6                                | 1004.8                  |
| 2015 | n. v.               | n. v.                | n. v.                                | 1063.8                  |

267. Die Ringier AG ist die Muttergesellschaft der im Verlags- und Medienbereich aktiven Gesellschaften der Ringier-Gruppe. Weltweit gibt die Ringier-Gruppe Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Darüber hinaus ist die Ringier-Gruppe an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland.

Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig. Insbesondere gehört zum Portfolio der Ringier-Gruppe auch der Titel „Sonntagsblick“.<sup>170</sup>

268. Zur Grösse der Ringier-Gruppe in der Schweiz kann auf die Kennzahlen in Tabelle 18 verwiesen werden.<sup>171</sup>

Tabelle 18: Kennzahlen Ringier-Gruppe (in Mio. Fr.)

| Jahr | Digitalerlöse | Vertriebserlöse | Anzeigenerlöse | Druckerlöse | Diverses | Erlös/Umsatz total |
|------|---------------|-----------------|----------------|-------------|----------|--------------------|
| 2017 | 331           | 197.3           | 134.9          | 89.5        | 45.8     | 798.5              |
| 2016 | 322.7         | 212             | 164.4          | 92.8        | 52.3     | 844.2              |
| 2015 | 277.5         | 156.1           | 153            | 109.3       | 46.2     | 742.1              |

269. Gemäss Meldung führt das Zusammenschlussvorhaben zu folgenden Grössenverhältnissen:

Tabelle 19: Darstellung aktuelle Konkurrenz für den Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz (vgl. auch Tabelle 16)

| Jahr | GU (bzw. AZM und NZZ)             | Tamedia-Gruppe | Ringier-Gruppe |
|------|-----------------------------------|----------------|----------------|
| 2017 | [30-40%] ([0-10]+[10-20]+[20-30]) | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2016 | [30-40%] ([10-20]+[20-30])        | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2015 | [30-40%] ([10-20]+[20-30])        | [30-40%]       | [30-40%]       |

<sup>168</sup> Vgl. RPW 2017/4, 579 Rz 2, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>169</sup> Vgl. Jahresabschluss 2017 – Geschäftsbericht, Tamedia-Gruppe, <[www.tamedia.ch/de/gruppe/investor-relations/reports/finanzberichte-2018](http://www.tamedia.ch/de/gruppe/investor-relations/reports/finanzberichte-2018)> (04.06.2018); Jahresabschluss 2016 – Geschäftsbericht, Tamedia-Gruppe, <[www.tamedia.ch/de/gruppe/investor-relations/reports/finanzberichte-2017](http://www.tamedia.ch/de/gruppe/investor-relations/reports/finanzberichte-2017)> (04.06.2018).

<sup>170</sup> Vgl. RPW 2017/1, 282 Rz 150, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; <[www.ringier.com/de/portfolio?f=#](http://www.ringier.com/de/portfolio?f=#)> (04.06.2018).

<sup>171</sup> Vgl. <[www.ringier.com/de/ueber-ringier/facts-figures](http://www.ringier.com/de/ueber-ringier/facts-figures)> (04.06.2018).

270. Vor dem Zusammenschlussvorhaben sind auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz vier Wettbewerber tätig. Von diesen vier Wettbewerbern verfügen NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe über ungefähr je ein Drittel des Marktes. Der vierte Wettbewerber AZM weist im Jahr 2017 einen äusserst geringen Marktanteil von [0-10 %] auf. Vor dem Zusammenschlussvorhaben sind die Marktanteile von NZZ, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe fast gleich hoch. Damit bestehen bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben Hinweise auf eine kollektive Marktbeherrschung durch NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe. Weil AZM über einen Marktanteil von [0-10 %] verfügt, sind auch nach dem Zusammenschlussvorhaben die Marktanteile des GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe fast gleich hoch. Deshalb bestehen ebenfalls Hinweise auf eine kollektive Marktbeherrschung des GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung verstärkt. Die Hinweise sind nachfolgend näher zu untersuchen. Diese Analyse erfolgt für die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung des GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe. Gleichzeitig kann die Analyse für die Frage nach einer bestehenden kollektiven Marktbeherrschung durch NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe herangezogen

werden, weil die Gründung des GU die Situation auf dem Markt für Sonntagszeitungen faktisch kaum verändert.

271. Im Folgenden findet auf dieses Zusammenschlussvorhaben die Anwendung der Kriterien statt, die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehen sind (vgl. Rz 167):

- Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration;
- Symmetrien;
- Marktwachstum und Innovationen;
- Markttransparenz;
- Multimarktbeziehungen;
- Stellung der Marktgegenseite;
- Potenzielle Konkurrenz.

I. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

272. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 19 zeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Situation mit drei Unternehmen mit nahezu gleichen Marktanteilen führt. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen die HHI-Werte<sup>172</sup> in Tabelle 20.

Tabelle 20: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|                             |             |
|-----------------------------|-------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | [3100-3400] |
| HHI ex post Zusammenschluss | [3200-3500] |
| ΔHHI                        | [65-75]     |

273. Dass dabei das Delta-HHI aufgrund des geringen Marktanteils von AZM nur ungefähr [65-75] beträgt, spricht nicht für eine Unbedenklichkeit in Bezug auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Zwar stufen die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, HHI-Werte oberhalb von 2000 verbunden mit einem Deltawert unter 150 als in der Regel als bedenkenlos ein. Dies jedoch nur dann, wenn keine besonderen Umstände vorliegen. Mit den vorliegenden Hinweisen auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung (vgl. Rz 270) liegen solche besondere Umstände vor.<sup>173</sup>

274. Weiter ist festzustellen, dass nach dem Zusammenschlussvorhaben das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe über einen kumulierten Marktanteil von 100 % verfügen. Das heisst, zusammen bedienen die drei Unternehmen den gesamten Markt.

275. Somit begünstigen die Anzahl beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

## II. Symmetrien

276. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-

How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>174</sup>

277. Tabelle 19 zeigt, dass das Zusammenschlussvorhaben zu nahezu gleichen Marktanteilen des GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe führt. Nach dem Zusammenschluss sind das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe in Bezug auf die Marktanteile beinahe völlig symmetrisch (GU [30-40 %], Tamedia-Gruppe [30-40 %] und Ringier-Gruppe [30-40 %]).

<sup>172</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>173</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 19 ff. (Fn 94), insb. Rz 20 Bst. e).

<sup>174</sup> Vgl. RPW 2015/3, 49 Rz 169, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 453 Rz 274, *Heineken/Eichhof*.

278. Das GU (vgl. Rz 1, 22 und 48), die Tamedia-Gruppe (vgl. Rz 265 f.) und die Ringier-Gruppe (vgl. Rz 267 f.) sind Medienunternehmen mit Print- und Digital-Produkten. Spezifisch für die Sonntagszeitungen ist darauf hinzuweisen, dass aus der „Schweiz am Sonntag“ von AZM im Jahr 2016 beziehungsweise 2017 die „Schweiz am Wochenende“ wurde.<sup>175</sup> Der Titel „NZZ am Sonntag“ ist seit März 2002<sup>176</sup> verfügbar. Die erste Ausgabe der „SonntagsZeitung“ der Tamedia-Gruppe erschien im Jahr 1987.<sup>177</sup> Und der Sonntagsblick ist seit dem Jahr 1969 erhältlich.<sup>178</sup> Somit sind die Sonntagszeitungen seit fünfzehn und mehr Jahren im Markt und verfügen im Jahr 2017 über jeweils ungefähr einen Drittel Marktanteil.

279. Beim GU wird das Kerngeschäft gemäss Meldung in der Herausgabe von Zeitungen und Zeitschriften, im Betrieb von Online-Plattformen sowie von Fernseh- und Radiosendern und im Druckgeschäft liegen. Das GU werde auch in den jeweils zu diesen Tätigkeitsbereichen korrespondierenden Werbemärkten tätig sein. Zudem werde AZM auch ihre jeweiligen Aktivitäten im Vertrieb sowie deren Verlagsgeschäft in das GU einbringen. Primär werde das GU im Bereich der Regionalmedien tätig sein (vgl. Rz 14).

280. Somit weisen das GU, die Tamedia-Gruppe (vgl. Rz 265) und die Ringier-Gruppe (vgl. Rz 267) symmetrische Tätigkeiten und ein symmetrisches Produktportfolio auf. Dies gilt insbesondere auch für den Print-Bereich, vor allem Zeitungen. Für das GU und die Ringier-Gruppe sind allerdings jeweils eine spezifische Eigenschaft hervorzuheben. Beim GU liegt die primäre Tätigkeit im Bereich der Regionalmedien. Für die Ringier-Gruppe ist es die im Vergleich zum GU und der Tamedia-Gruppe stärkere internationale Ausrichtung. Diese spezifischen Eigenschaften sind für die Frage der kollektiven Marktherrschaft auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz von untergeordneter Bedeutung.

281. Weil es sich beim GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe um Medienunternehmen handelt, die mit vergleichbaren Produkten und vergleichbarem Produktportfolio auftreten, bestehen Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-How.

282. Bei AZM, NZZ und dem GU sowie der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe handelt es sich um gewinnorientierte Unternehmen. Grundsätzlich zeichnen sich daher alle in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse aller in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel eines gewinnorientierten Unternehmens, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Trotz des vorrangigen Ziels der Gewinnmaximierung kann es sein, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.

283. Insgesamt begünstigen die Symmetrien den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktherrschaft durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

### III. Marktwachstum und Innovationen

284. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktherrschaft. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z.B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktherrschaft aufzubauen beziehungsweise aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>179</sup>

285. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.<sup>180</sup>

286. Tabelle 21 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt im Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz gemessen anhand der Anzahl Leser in den Jahren 2015 bis 2017 gemäss Meldung entwickelt hat. Während eines Jahres ist der Gesamtmarkt um ungefähr 2 % beziehungsweise 7 % zurückgegangen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 21, dass zwischen den vier Wettbewerbern in den Jahren 2015 bis 2017 nur geringe Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben. In den drei Jahren konnte NZZ ihren Marktanteil um knapp [0-10] Prozentpunkte erhöhen. Die Angaben lassen darauf schliessen, dass diese Erhöhung zulasten der Ringier-Gruppe erfolgte.

<sup>175</sup> Vgl. <[www.azmedien.ch/unternehmen/geschichte-der-az-medien](http://www.azmedien.ch/unternehmen/geschichte-der-az-medien)> (04.06.2018). Demgegenüber führt die Meldung aus, AZM habe den Titel „Schweiz am Sonntag“ per März 2017 eingestellt.

<sup>176</sup> Vgl. <[www.nzzmediengruppe.ch/2017/03/15-jahre-nzz-am-sonntag](http://www.nzzmediengruppe.ch/2017/03/15-jahre-nzz-am-sonntag)> (04.06.2018).

<sup>177</sup> Vgl. <[www.tamedia.ch/de/gruppe/ueber-uns/geschichte](http://www.tamedia.ch/de/gruppe/ueber-uns/geschichte)> (04.06.2018).

<sup>178</sup> Vgl. <[www.ringier.ch/de/ueber-ringier/geschichte](http://www.ringier.ch/de/ueber-ringier/geschichte)> (04.06.2018).

<sup>179</sup> Vgl. RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heinen/Eichhof*.

<sup>180</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <[www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (04.06.2018).

Tabelle 21: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | Gesamtmarkt<br>(Anzahl Leser) | GU (bzw. AZM und NZZ)             | Tamedia-Gruppe | Ringier-Gruppe |
|------|-------------------------------|-----------------------------------|----------------|----------------|
| 2017 | 1 777 000                     | [30-40%] ([0-10]+[10-20]+[20-30]) | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2016 | 1 817 000                     | [30-40%] ([10-20]+[20-30])        | [30-40%]       | [30-40%]       |
| 2015 | 1 945 000                     | [30-40%] ([10-20]+[20-30])        | [30-40%]       | [30-40%]       |

287. Aus der Meldung ist zu schliessen, dass Forschung und Entwicklung als unbedeutend einzustufen sind.<sup>181</sup> Es bestehen auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz keine Unsicherheiten durch grundlegende Innovationen.

288. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass das Marktwachstum den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe begünstigt.

#### IV. Markttransparenz

289. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>182</sup>

290. Die Preise von AZM<sup>183</sup>, NZZ<sup>184</sup>, der Tamedia-Gruppe<sup>185</sup> und der Ringier-Gruppe<sup>186</sup> für ihre Leser-Abonnemente sind öffentlich zugänglich.

291. Zudem sind die Auflagen- und Leserzahlen der Tageszeitungen, die an der WEMF MACH Basic-Studie teilnehmen, öffentlich bekannt.<sup>187</sup> AZM, NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe nehmen mit ihren Sonntagszeitungen an der WEMF Mach Basic-Studie teil. WEMF wirbt ausdrücklich damit, dass die Verlagshäuser die WEMF MACH Basic-Studie für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung nutzen.<sup>188</sup> Weil über die WEMF Mach Basic-Studie die Auflagen- und Leserzahlen allen Verlagshäusern zur Verfügung stehen, besteht vollständige Transparenz hinsichtlich der „Menge“, welche die Verlagshäuser produzieren.

292. Somit begünstigt die Markttransparenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

#### V. Multimarktbeziehungen

293. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>189</sup>

294. Das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe weisen symmetrische Tätigkeiten und ein symmetrisches Produktportfolio auf (vgl. Rz 277 ff.). Zwar ist das GU primär im Bereich der Regionalmedien tätig und die Ringier-Gruppe ist vergleichsweise stärker international ausgerichtet. Allerdings sind diese spezifischen Eigenschaften für die Frage von Multimarktbeziehungen im Rahmen der Beurteilung einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ohne Belang. Entscheidend ist, dass sich das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe aufgrund der symmetrischen Tätigkeiten und des symmetrischen Produktportfolios auf mehreren ver-

schiedenen Märkten begegnen. Anhand der Meldung stellt folgende Tabelle 22 verschiedene Multimarktbeziehungen dar.

<sup>181</sup> Zur Vollständigkeit der Meldung hat das Sekretariat bei den Parteien die Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d und f VKU angefragt.

<sup>182</sup> Vgl. RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (04.06.2018).

<sup>183</sup> Vgl. <www.service.schweizamwochenende.ch/abonnement/abobestellen> (04.06.2018).

<sup>184</sup> Vgl. <www.abo.nzz.ch/?KAVZ=0520-0090-01-010#nzzas>, <www.abo.luzernerzeitung.ch/kampagne/?KAVZ=0800-0010-01-021> (04.06.2018).

<sup>185</sup> Vgl. <abo.tagesanzeiger.ch/#Subscriptions> (04.06.2018).

<sup>186</sup> Vgl. <www.online-kiosk.ch/produkte> (04.06.2018).

<sup>187</sup> MACH Basic – die Schweizer Leserschaftsstudie liefert die offizielle Währung für die Mediaplanung und das Verlagsmarketing. Die MACH Basic ermittelt für die Werbewirtschaft und die Medienhäuser aktuelle, unabhängige und valide Daten über die Nutzer von Zeitungen und Zeitschriften in der Schweiz und in Liechtenstein. Die Verlagshäuser nutzen die MACH Basic für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung. Die Werbewirtschaft ermittelt anhand der Daten die Kennwerte der einzelnen Titel für die Planung ihrer Pressekampagnen (vgl. <wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic> (04.06.2018)).

<sup>188</sup> Vgl. <wemf.ch/de/mediastudien/mach-basic> (04.06.2018).

<sup>189</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 191, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 505, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 300, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (12.05.2015).



Tabelle 22: Multimarktbeziehungen zwischen GU, Tamedia-Gruppe und Ringier-Gruppe

|                                    | Relevanter Markt  | Marktanteil GU (AZM und NZZ) | Marktanteil Tamedia-Gruppe           | Marktanteil Ringier-Gruppe |
|------------------------------------|---|------------------------------|--------------------------------------|----------------------------|
| Leser Tageszeitungen               | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 21 Luzern / OW / NW   | [70-80%]                     | [10-20%]                             | [0-10%]                    |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 24 Zug  | [70-80%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 26 St. Gallen / AI / AR   | [70-80%]                     | [0-10%]                              | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel  | [40-50%]                     | [0-10%]<br>([40-50%]) <sup>190</sup> | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn  | [50-60%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau   | [70-80%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 43 Zürich   | [20-30%]                     | [50-60%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 44 Thurgau  | [70-80%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
| News-Sites                         | Markt für News-Sites im WG im WG 21 Luzern / OW / NW  | [20-30%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 24 Zug   | [20-30%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 25 Uri / Schwyz  | [20-30%]                     | [30-40%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 26 St. Gallen / AI / AR  | [20-30%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 41 Aargau  | [20-30%]                     | [10-20%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für News-Sites im WG 43 Zürich  | [20-30%]                     | [20-30%]                             | [10-20%]                   |
| Bereitstellung Print-Firmenwerbung | Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz                 | [30-40%]                     | [30-40%]                             | [10-20%]                   |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 21 Luzern / OW / NW     | [50-60%]                     | [0-10%]                              | [0-10%]                    |
|                                    | Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 26 St. Gallen / AI / AR | [60-70%]                     | [10-20%]                             | –                          |

295. Zudem ergeben frühere Zusammenschlussvorhaben folgende weitere Multimarktbeziehungen in Tabelle 23.

<sup>190</sup> Bei einer Übernahme von BaZ durch die Tamedia-Gruppe.

Tabelle 23: Multimarktbeziehungen zwischen GU, Tamedia-Gruppe und Ringier-Gruppe anhand früherer Zusammenschlussvorhaben

| Relevanter Markt   | Marktanteil GU (AZM und NZZ) | Marktanteil Tamedia-Gruppe | Marktanteil Ringier-Gruppe |
|--|------------------------------|----------------------------|----------------------------|
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>191</sup>  | 0-10 %                       | 20-30 %                    | 20-30 %                    |
| Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im Grossraum Bern <sup>192</sup>  | 0-10 %                       | 10-20 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 22 Berner Oberland <sup>193</sup>   | 0-10 %                       | 30-40 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im WG 34 Berner Mittelland <sup>194</sup>   | 0-10 %                       | 30-40 %                    | –                          |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz <sup>195</sup>                   | [0-10%]                      | 20-30 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>196</sup>  | [0-10%]                      | 30-40 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz <sup>197</sup>                             | –                            | 30-40 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz <sup>198</sup>                             | –                            | 30-40 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>199</sup>  | [0-10%]                      | 40-50 %                    | 20-30 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz <sup>200</sup>                               | –                            | 20-30 %                    | 30-40 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz <sup>201</sup>                               | –                            | 20-30 %                    | 40-50 %                    |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>202</sup>   | [0-10%]                      | 30-40 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz <sup>203</sup>                                | –                            | 40-50 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz <sup>204</sup>                                | –                            | 30-40 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz <sup>205</sup>                | [0-10%]                      | 20-30 %                    | 0-10 %                     |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz <sup>206</sup> | –                            | 20-30 %                    | 10-20 %                    |

<sup>191</sup> Vgl. RPW 2013/3, 371 Rz 93 (Tabelle 9), *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>192</sup> Vgl. RPW 2009/4, 413 Rz 283 (Tabelle 17) und 287, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>193</sup> Vgl. RPW 2009/4, 322 f. Rz 394 (Tabelle 45), *Tamedia/PPSR*.

<sup>194</sup> Vgl. RPW 2009/4, 322 f. Rz 394 (Tabelle 45), *Tamedia/PPSR*.

<sup>195</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>196</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>197</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>198</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>199</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>200</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>201</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>202</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>203</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>204</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>205</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>206</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

| Relevanter Markt  | Marktanteil GU (AZM und NZZ) | Marktanteil Tamedia-Gruppe | Marktanteil Ringier-Gruppe |
|---|------------------------------|----------------------------|----------------------------|
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>207</sup>                | [0-10%]                      | 30-40 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz <sup>208</sup> | –                            | 20-30 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz <sup>209</sup> | –                            | 30-40 %                    | 10-20 %                    |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>210</sup>                   | [0-10%]                      | 20-30 %                    | 0-10%                      |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz <sup>211</sup>    | –                            | 30-40 %                    | 0-10%                      |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz <sup>212</sup>    | –                            | 20-30 %                    | 0-10%                      |

296. Zunächst zeigen Tabelle 22 und Tabelle 23, dass das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe auf einer Vielzahl von Märkten Kontakt miteinander haben. Weiter zeigen die beiden Tabellen, dass viele dieser Märkte mittlere bis hohe asymmetrische Verteilungen aufweisen. Multimarktbeziehungen auf verschiedenen Märkten mit asymmetrischen Grössenverhältnissen unterstützen eine kollektive Marktherrschaft. Deshalb begünstigen die Multimarktbeziehungen zwischen dem GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe eine kollektive Marktherrschaft.

297. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich für die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe die Frage nach einer kollektiven Marktherrschaft bereits in früheren Zusammenschlussvorhaben und für einen anderen Markt gestellt hat. In den Zusammenschlussvorhaben „Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland“ und „Tamedia/ricardo.ch“ stand beide Male die Möglichkeit einer kollektiven Marktherrschaft durch die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz im Vordergrund.<sup>213</sup> Bei der Prüfung der Zusammenschlussvorhaben gelangte die WEKO zum Schluss, dass Anreize für kollusives Verhalten zwischen der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz entstehen. Es konnte davon ausgegangen werden, dass ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein werde.<sup>214</sup>

298. In diesem Zusammenhang ist auf die Literatur zu verweisen, wonach Unternehmen ein kooperatives Ergebnis erreichen können, indem sie Kollusion („kollektive Marktherrschaft“) von einem Markt auf einen anderen Markt übertragen. Zudem können bereits Erwartungen über Vergeltungsmassnahmen in anderen Märkten kollusives Verhalten induzieren: je stärker marktübergreifende Reaktionen (bzw. Erwartungen über marktübergreifende Reaktionen), umso kollusiver die Ergebnisse.<sup>215</sup>

299. Aus vorangehenden Ausführungen und Darstellungen folgt, dass zwischen dem GU, der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe eine Vielzahl an Multimarktbeziehungen besteht. Diese Multimarktbeziehungen weisen vielfach eine mittlere bis hohe Asymmetrie auf. Zudem steht bereits eine kollektive Marktherrschaft durch die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz im Vordergrund.

300. Insgesamt begünstigen die Multimarktbeziehungen den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktherrschaft durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

#### VI. Stellung der Marktgegenseite

301. Eine allfällige kollektive Marktherrschaft hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit

<sup>207</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>208</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>209</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 f. Rz 70 (Tabelle 4), *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>210</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>211</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>212</sup> Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115 (Tabelle 4), *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>213</sup> Vgl. RPW 2016/1, 281 ff. Rz 147 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 495 ff. Rz 157 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>214</sup> Vgl. RPW 2016/1, 504 Rz 229 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>215</sup> MARC VAN WEGBERG, ARJEN VAN WITTELOOSTUIJN, MICHEL ROSCAM ABBING, Multimarket and multiproject collusion – Why European integration may reduce intra-community competition, *De Economist* 142(3), 1994, 253-285, 258 f.

ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.<sup>216</sup>

302. Analog zu den Lesermärkten für Tageszeitungen stehen sich auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz Leser und Herausgeber von bezahlten Sonntagszeitungen gegenüber. Die Leser fragen eine Berichterstattung über verschiedene Themenbereiche wie News, Unterhaltung, Politik, Sport, Kultur, Wirtschaft, Wissenschaft, Trend und Reisen nach.

303. Für diese Marktgegenseite der Leserschaft, vorwiegend bestehend aus Privaten, ist davon auszugehen, dass der Konzentrationsgrad niedrig ist. Zudem ist davon auszugehen, dass die Leserschaft einen geringen oder sogar keinen Organisationsgrad aufweist. Dies deutet darauf hin, dass die Marktgegenseite über keine oder zumindest sehr wenig Gegenmacht verfügt.

304. Somit begünstigt die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

## VII. Potenzielle Konkurrenz

305. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>217</sup>

306. Wie bereits ausgeführt handelt es sich beim Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz um einen tendenziell rückläufigen Markt, der in den letzten drei Jahren um ungefähr 9 % zurückging (vgl. Rz 286).

307. Zudem sind gemäss Meldung im Bereich der Sonntagszeitungen keine Marktzutritte bekannt. In diesem Zusammenhang führt die Meldung aus, dass Markteintritte künftig im Bereich der Online-Medien durchaus möglich seien. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz (vgl. Rz 79 f.) gedruckte Titel umfasst. Etwaige „Online-Sonntagspresse“ ist nicht dazuzuzählen. Zudem nennt die Meldung keine konkreten Unternehmen, die in den nächsten drei Jahren in den Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz eintreten könnten (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU).

308. Als Vergleichswert für einen profitablen und auf lange Dauer ausgelegten Markteintritt kann wiederum auf den geschätzten Kaufpreis von BaZ in Höhe von 60 Millionen verwiesen werden (vgl. Rz 196). Kosten für einen Markteintritt in dieser Höhe können als sehr hoch bezeichnet werden.

309. Auch wenn ein Zeitungsverlag technisch grundsätzlich in der Lage wäre, das Verbreitungsgebiet der herausgegebenen Zeitung zu erweitern oder eine neue Zeitung in einem weiteren Gebiet herauszugeben, kann nicht ohne weiteres von Wettbewerbsdruck infolge potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden. So muss unter Umständen für die im Vergleich zu Tageszeitungen thematisch unterschiedlichen Themenbereiche eine neue Redaktion aufgebaut werden oder zumindest neu organisiert werden. Auch sind allenfalls neue Vertriebs-

infrastrukturen nötig. Zudem dürfte insbesondere bei abonnierten Sonntagspresse der Aufbau von Reputation einen wesentlichen Faktor darstellen. Die Vermarktung von Sonntagspresse dürfte sich als schwierig erweisen, da auf dem Markt bereits etablierte und bei den Lesern bekannte Sonntagszeitungen existieren. Es ist davon auszugehen, dass Leser in der Regel nur eine Sonntagszeitung abonnieren. Aus diesem Grund müsste eine neu in den Markt eintretende Sonntagszeitung erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Lesern überhaupt ins Auge gefasst zu werden.<sup>218</sup>

310. Überdies sind die zwei grossen Mediengruppen Tamedia und Ringier bereits im Markt tätig.

311. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen ist in der Schweizer Zeitungslandschaft in den letzten Jahren keine Expansion durch neue Sonntagspresse erfolgt. Im Gegenteil: so habe NZZ die Printausgabe „Ostschweiz am Sonntag“ per November 2017 eingestellt. Zudem bestehen bereits seit August 2017 Hinweise, dass NZZ ihren Titel „Zentralschweiz am Sonntag“ ebenfalls einstellen könnte.<sup>219</sup> Zwar verbreitet AZM ihren Titel „Schweiz am Wochenende“ erst seit dem Jahr 2017. Es handelt sich dabei allerdings um die Ablösung des vorangehend eingeführten und dann wieder eingestellten Titels „Schweiz am Sonntag“ (vgl. Rz 72 ff.).

312. Daher besteht für den Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz keine potenzielle Konkurrenz mit disziplinierender Wirkung.

313. Das Zusammenschlussvorhaben begünstigt in Bezug auf potenzielle Konkurrenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe.

### B.4.2.5.3. Stellungnahme der Parteien

314. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung handle es sich beim Prüfkriterium „Marktwachstum und Innovation“ um ein Kriterium, das insgesamt gegen eine etwaige kollektive Marktbeherrschung spreche. Der Lesermarkt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz sei ein rückläufiger Markt. Auf diesem rückläufigen Markt hätten im letzten Jahr sodann zwei Marktaustritte stattgefunden: AZM sei mit der „Schweiz am Sonntag“ aus dem Markt ausgetreten. Die NZZ ihrerseits sei mit der

<sup>216</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 145. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (04.06.2018).

<sup>217</sup> Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 143 f.

<sup>218</sup> Vgl. analog RPW 2015/3, 502 Rz 210, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>219</sup> Vgl. <<https://www.persoelich.com/medien/stehen-die-regionalen-sonntagstitel-auf-der-kippe>> (10.07.2018).

„Ostschweiz am Sonntag“ aus dem Markt ausgetreten. Solche Mark Austritte deuteten auf raue Wettbewerbsverhältnisse hin. Zudem handle es sich bei Zeitungsprodukten nicht um homogene Produkte und die vertikale Produktdifferenzierung sei relativ hoch. Vertikale Produktdifferenzierung mache im Gegensatz zu horizontaler Produktdifferenzierung die Nachhaltigkeit von Kollusion unwahrscheinlich.

315. In Bezug auf Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration führt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung aus, dass Zusammenschlussvorhaben würde bei einer Zurechnung der „Schweiz am Wochenende“ zum Lesermarkt für Sonntagszeitungen zu einer Marktanteilsaddition von gerade mal [0-10%] führen. Das Zusammenschlussvorhaben habe damit keine Auswirkungen auf den fraglichen Markt. Somit fehle es bereits an der erforderlichen kausalen Wettbewerbswirkung. Das Delta-HHI von [65-75] bestätige diese Schlussfolgerung. HHI-Werte von 2000 und ein Delta-HHI unter 150 würden in der Regel als bedenkenlos eingestuft. Entgegen der Ansicht in der vorläufigen Prüfung würden keine besonderen Umstände vorliegen, die eine Ausnahme dazu bilden würden.

316. Zudem spreche gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung der Umstand, dass vier beziehungsweise drei Unternehmen kolludieren müssten, gegen das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

317. In Bezug auf Symmetrien bringt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vor, dass hinsichtlich der Tätigkeitsbereiche und des Produktportfolios keine Symmetrien bestehen würden. Die Tamedia-Gruppe fokussiere anders als das GU und NZZ auf digitale Medien und verfüge im Unterschied zum GU über keine Radio- und Fernsehsender und sei nicht in der Frühzustellung aktiv. Zudem sei die Tamedia-Gruppe anders als das GU und NZZ auch in der französischsprachigen Schweiz tätig. Die Ringier-Gruppe sei stark international ausgerichtet und fokussiere national wie international auf die Lesermärkte für Zeitschriften. Wie die Tamedia-Gruppe fokussiere sodann auch die Ringier-Gruppe ihre Tätigkeitsbereiche auf die digitalen Medien. Und die Ringier-Gruppe verfüge im Unterschied zum GU über keine Fernsehsender und sei nicht in der Frühzustellung aktiv. Deshalb bestünden zwischen dem GU (zusammen mit NZZ) sowie der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe keine Symmetrien.

318. In Bezug auf die Markttransparenz macht die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend, dass das Zusammenschlussvorhaben diese in keiner Weise verändere.

319. Zu Multimarktbeziehungen führt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung aus, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen weiteren Multimarktbeziehungen als den bereits bestehenden führe.

320. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung verfüge die Leserschaft über Gegenmacht. Diese könne mit einem Wechsel des Verkäufers drohen.

321. Zu diesen Vorbringen ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass ein rückläufiger Markt kein Kriterium darstellt, das Kollusion oder eine kollektive Marktbeherrschung faktisch ausschliesst. Ein rückläufiger Markt

erschwert bloss eine kollektive Marktbeherrschung. Trotzdem ist diese auch bei einem rückläufigen Markt möglich. In Bezug auf Stabilität bei vertikaler und horizontaler Produktdifferenzierung ist darauf hinzuweisen, dass die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung die zitierte Literatur unvollständig wiedergibt. Die Literatur besagt, dass bei vertikaler Produktdifferenzierung Kollusion umso schwieriger zu erreichen ist, umso grösser der Wettbewerbsvorteil des Unternehmens mit dem höherwertigen Produkt ist.<sup>220</sup> Dies besagt in keiner Weise, dass bei vertikaler Produktdifferenzierung Kollusion unwahrscheinlich ist.

322. Zum Vorbringen in Bezug auf die HHI-Werte und das Delta-HHI ist festzustellen, dass sehr wohl besondere Umstände im Sinne der EU-Leitlinien vorliegen. Zunächst ist mit AZM mit „Schweiz am Wochenende“ am Zusammenschluss ein Unternehmen mit einem kleinen Marktanteil beteiligt, das vor kurzem in den Markt eingetreten ist.<sup>221</sup> Zudem ergibt die Analyse der aktuellen Konkurrenz Anzeichen für eine Marktkoordinierung oder eine solche erleichternde Praktiken (vgl. Rz 260).<sup>222</sup>

323. Der Ansicht, dass eine Marktstruktur mit vier oder drei Marktteilnehmer gegen das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung spreche, kann nicht gefolgt werden. In Bezug auf die Anzahl Marktteilnehmer ist eine kollektive Marktbeherrschung schwieriger zu stützen, je mehr Marktteilnehmer bestehen.<sup>223</sup> Das heisst aber nicht, dass kollektive Marktbeherrschung nur im Falle eines Duopols möglich ist.

324. Dann ist auch in grundsätzlicher Hinsicht darauf hinzuweisen, dass es bei der Frage der Stellung der Marktgegenseite um Verhandlungsmacht geht. Beispielsweise verfügt die Marktgegenseite über Verhandlungsmacht, wenn sie das fragliche Gut selber herstellen könnte oder mit der nachgefragten Menge ein anderes Unternehmen zu einem Markteintritt als Anbieter bewegen könnte.<sup>224</sup>

325. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings eine abschliessende Beurteilung offenbleiben, ob sich die bestehenden Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung erhärten lassen (vgl. Rz 213 ff.).

#### **B.4.2.5.4. Zwischenergebnis**

326. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Gründung des GU durch AZM und NZZ eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz begründet oder verstärkt. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch das GU, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe überwiegen insgesamt die Faktoren, welche eine solche begünstigen.

<sup>220</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/ JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 46.

<sup>221</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 20 Bst. a) (Fn 94).

<sup>222</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 20 Bst. e) (Fn 94).

<sup>223</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/ JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 13.

<sup>224</sup> Vgl. auch MOTTA (Fn 115), 145.

327. Gleichzeitig zeigt die Analyse, dass Anhaltspunkte auf eine vor dem Zusammenschlussvorhaben bereits bestehende kollektive Marktbeherrschung durch NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe gegeben sind. Dies, weil die Gründung des GU die Situation auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz faktisch kaum verändert.

328. Somit ergeben sich Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine bereits bestehende kollektive Marktbeherrschung durch NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe verstärkt. Die Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vermögen nicht zu einem anderen Ergebnis zu führen.

329. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine kollektive Marktbeherrschung erhärten lassen. Gegeben die Anhaltspunkte lassen sich erhärten, dann verstärkt das Zusammenschlussvorhaben trotzdem keine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, weil das Zusammenschlussvorhaben für eine etwaige Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht kausal ist (vgl. Rz 214). Falls sich allerdings die Anhaltspunkte nicht erhärten lassen, dann liegt weder eine Einzelmarktbeherrschung noch eine kollektive Marktbeherrschung vor. In diesem zweiten Fall sind die Eingriffskriterien gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ebenfalls nicht erfüllt.

#### **B.4.2.5.5. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**

330. Wie ausgeführt muss für eine Untersagung eines Zusammenschlusses oder eine Zulassung unter Bedingungen und Auflagen qualifizierte Marktbeherrschung vorliegen. Das heisst, das Bundesgericht setzt eine Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG mit dem zusätzlichen Erfordernis der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs voraus (vgl. Rz 213 ff.).

331. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führe selbst bei einer Zurechnung der „Schweiz am Wochenende“ zum Lesermarkt für Sonntagszeitungen das Zusammenschlussvorhaben lediglich zu einer vernachlässigbaren Marktanteilsaddition von [0-10 %], was zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe, die wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Aus diesen Gründen könne ausgeschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben antikompetitive Auswirkungen auf den Lesermarkt für Sonntagszeitungen haben werde. Es fehle an einer kausalen Wirkung des Zusammenschlussvorhabens auf den Lesermarkt für Sonntagszeitungen.

332. Entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bestehen wie vorangehend ausgeführt Anhaltspunkte für eine bereits bestehende kollektive Marktbeherrschung durch NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe (vgl. Rz 327). Das Zusammenschlussvorhaben würde diese kollektive Marktbeherrschung verstärken. Allerdings umfasst die etwaige, bereits bestehende kollektive Marktbeherrschung [90-100 %] des Marktes (vgl. Rz 257). Unabhängig vom Zusammenschlussvorhaben teilen sich derzeit NZZ, die Tamedia-Gruppe und die Ringier-Gruppe den Markt je zu einem Drittel auf. Unter den gegebenen Umständen ist im Falle einer bereits bestehenden kollektiven Markt-

beherrschung davon auszugehen, dass der wirksame Wettbewerb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben beseitigt ist.

333. Auch ein Blick auf die Abonnementspreise zeigt, dass der Titel „Schweiz am Sonntag“ beziehungsweise „Schweiz am Wochenende“ von AZM die Preissetzung der anderen Titel in diesem Markt kaum bis gar nicht zu beeinflussen vermochte. So haben NZZ („NZZ am Sonntag“ und „Zentralschweiz am Sonntag“), die Tamedia-Gruppe („SonntagsZeitung“) und die Ringier-Gruppe („SonntagsBlick“) die Preise für ein Jahresabonnement ihrer Titel stetig erhöht, während der entsprechende Preis für die „Schweiz am Wochenende“ beziehungsweise „Schweiz am Sonntag“ seit Januar 2015 unverändert blieb. Bei den Halbjahresabonnements reduzierte AZM den Preis der damals herausgegebenen „Schweiz am Wochenende“ gar auf Januar 2017, ohne dass dies die Preissteigerung bei den übrigen Titeln beeinflusst hätte.

334. Somit würde es an der vom Bundesgericht vorgegebenen Kausalität zwischen dem Zusammenschlussvorhaben und der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs fehlen (vgl. Rz 214).

335. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss die Möglichkeit eröffnet, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder davon fernzuhalten.<sup>225</sup>

336. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

#### **B.4.2.5.6. Ergebnis**

337. Aufgrund der Prüfung ergeben sich zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz verstärkt. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen. Dies, da nicht zu erwarten ist, dass das Zusammenschlussvorhaben den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Es ist davon auszugehen, dass eine etwaige Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bereits vorbestehend wäre und dass es an der notwendigen Kausalität durch das Zusammenschlussvorhaben mangelt. Die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für den Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz nicht gegeben.

<sup>225</sup> Vgl. BGE 133 II 104, E. 8.3 (= RPW 2007/2, 329 E. 8.3), *Swiss-grid/WEKO*.

#### B.4.2.6 Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz

##### B.4.2.6.1. Aktueller Wettbewerb

338. Tabelle 24 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 24: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | AZM      | NZZ      | GU       | Robe Verlag AG | Energie-Schweiz | Archithema Verlag AG |
|------|----------|----------|----------|----------------|-----------------|----------------------|
| 2017 | [40-50%] | [10-20%] | [50-60%] | [10-20%]       | [10-20%]        | [0-10%]              |
| 2016 | [40-50%] | [10-20%] | [50-60%] | [10-20%]       | [10-20%]        | [0-10%]              |
| 2015 | [40-50%] | [10-20%] | [50-60%] | [10-20%]       | [10-20%]        | [0-10%]              |

339. Das GU wird einen Marktanteil von [50-60%] auf sich vereinen. Damit liegt ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung des GU vor (vgl. Rz 128).

340. Die nächst grösseren Wettbewerber sind der Robe Verlag AG mit einem Marktanteil von [10-20 %] und Energie-Schweiz mit einem Marktanteil von [10-20 %]. Der Abstand des GU zu diesen beiden Wettbewerbern beträgt gemessen in Marktanteilen ungefähr [40-50] Prozentpunkte und mehr. Zum drittgrössten Wettbewerber Archithema Verlag AG besteht eine Differenz in Marktanteilen von [40-50] Prozentpunkten. Eine Marktanteilsdifferenz von [40-50] Prozentpunkten als sehr hoch einzustufen. Damit bleibt das Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des GU bestehen.

##### B.4.2.6.2. Potenzieller Wettbewerb

341. Gemäss Meldung ist im Oktober 2017 die Zeitschrift „Phase 5“ mit einer Auflagenzahl von 16 000 Exemplaren in den Markt für Print-Firmenwerbung in Gebäudetechnik (4325) eingetreten. Ob in den nächsten drei Jahren weitere Markteintritte geplant seien, sei nicht bekannt. Angesichts dessen, dass der Themenbereich Gebäudetechnik ein sehr weites Themengebiet abdecke und viele verschiedene Akteure betreffe, sei in diesem dynamischen Marktumfeld jedoch auch in den nächsten Jahren mit weiteren Markteintritten zu rechnen.

342. Bei „Phase 5“ handelt es sich gemäss Verkaufsdokumentation um eine Fachzeitschrift für Planer, Ingenieure und Installateure. Die Fachzeitschrift richte sich an Entscheidungsträger der Branchen Haustechnik, Gebäudeautomation, Sanitär, Heizung, Kälte-Klimatechnik, Energie und Elektrotechnik in Industrie- und Gewerbebauten wie auch Zweckbauten, sowie Architekten, Fachplaner, Ingenieure und Installateure. Aus den Beilagen zur Meldung geht hervor, dass die Archithema Verlag AG die Zeitschrift „Phase 5“ herausgibt. [...]

343. Die Neulancierung einer Print-Zeitschrift bedarf gemäss Meldung dabei gewisser Anfangsinvestitionen. Da es sich bei Zeitschriften jedoch nicht um täglich erscheinende Print-Titel handle, seien diese Markteintrittsschranken als relativ gering zu qualifizieren.

344. Die beiden grossen Mediengruppen Tamedia und Ringier sind gemäss Meldung mit keinem Titel in diesem Markt tätig. Beide geben Zeitschriften heraus. Allerdings

verfügt Tamedia soweit ersichtlich über keine Print-Titel, die dem Bereich Fachpresse zuzuordnen sind.<sup>226</sup>

345. Auch wenn ein Medienverlag (insb. Ringier-Gruppe oder Tamedia-Gruppe) technisch grundsätzlich in der Lage wäre, einen neuen Titel im Bereich der Fachpresse Gebäudetechnik herauszugeben, kann trotzdem nicht ohne weiteres von Wettbewerbsdruck infolge potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden. So muss unter Umständen für einen neuen Titel eine neue Redaktion mit entsprechenden Fachkenntnissen aufgebaut werden. Auch dürften für Marketing und Bekanntmachung eines neuen Fachtitels erhebliche Anstrengungen notwendig sein, um sich in einem solchen Markt gegenüber den bereits bestehenden Titeln zu etablieren.

346. Im Jahr 2015 betrug das gesamte Umsatzvolumen des Marktes für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz gemäss Meldung rund 5.3 Millionen Franken. Im Jahr 2016 waren es rund 5.2 Millionen Franken. Und im Jahr 2017 betrug das gesamte Umsatzvolumen noch rund 4.5 Millionen Franken. Dies entspricht einem Rückgang des Marktvolumens um ungefähr 17 %. Somit ist von einem rückläufigen Markt auszugehen. Für diese Märkte erscheinen Marktzutritte im Vergleich zu Märkten mit hohen Wachstumsaussichten als weniger wahrscheinlich (vgl. Rz 231).<sup>227</sup>

347. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass auf dem Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz keine Hinweise auf eine disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz bestehen.

<sup>226</sup> Vgl. <www.tamedia.ch/de/marken> (04.06.2018).

<sup>227</sup> Vgl. Rz 72 EU-Horizontalleitlinien (Fn 94).

#### B.4.2.6.3. Stellungnahme der Parteien

348. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ergeben sich aus dem kumulierten Marktanteilswert des GU keine kritischen Marktstrukturen. Der Marktanteil der AZM sei in den letzten drei Jahren sodann [...]. Des Weiteren würden auch nach dem Zusammenschlussvorhaben neben dem GU die Robe Verlag AG, die Energie-Schweiz, die Archithema Verlag AG und die Kömedia AG als Wettbewerber auf dem Markt tätig sein, die gemeinsam einen Marktanteil von [40-50 %] auf sich vereinen. Neben dem GU würden entsprechend vier weitere Wettbewerber bestehen. Drei dieser Konkurrenten verfügten über Marktanteile von je rund [10-20 %]. Zudem seien Markteintritte entgegen der Ansicht des Sekretariats nicht unwahrscheinlich. Der Markteintritt der Archithema Verlag AG im Jahr 2017 mit der Fachzeitschrift „Phase 5“ widerlege diese Vorbringen des Sekretariats. Entsprechend wäre es auch für die zwei grössten Medienunternehmen der Schweiz, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe möglich, in den Markt einzutreten. Beide Medienunternehmen seien somit als potenzielle Konkurrenten zu qualifizieren. Als potenzielle Konkurrenten seien auch diejenigen Verlagshäuser zu qualifizieren, die im Bereich Gebäudetechnik und Bauen bereits eine Fachzeitschrift in einer der VSW-Unterkategorien Ingenieur Architektur (4321), Bauen Hochbau Tiefbau (4322), Baugewerbe/Gebäudeunterhalt (4324) oder Energie (4341) herausgeben würden. Das GU werde starkem aktuellem und potenziellem Wettbewerb ausgesetzt sein. Das Zusammenschlussvorhaben bewirke somit weder eine Begründung noch eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

349. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bei einem Marktanteil von mehr als 50 % grundsätzlich ein Indiz für Marktbeherrschung besteht (vgl. Rz 128). Weiter ist festzustellen, dass der Abstand des GU zur grössten Konkurrentin Robe Verlag AG gemessen in Marktanteilen [40-50 %] beträgt. Zudem ist die Entwicklung des Marktvolumens rückläufig. Damit sind bei gleichbleibenden Werbetarifen ebenfalls die Werbeeinnahmen rückläufig. Dies spricht gegen steigende Gewinnaussichten bei einem Markteintritt. Vor diesem Hintergrund sind die Qualifizierung der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe als potenzielle Konkurrenz fraglich. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings eine abschliessende Beurteilung offenbleiben, ob sich die bestehenden Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung erhärten lassen (vgl. Rz 351 ff.).

#### B.4.2.6.4. Zwischenergebnis

350. Für den Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vermögen nicht, zu einem anderen Ergebnis zu führen. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine Marktbeherrschung erhärten lassen. Dies, weil wie nachfolgend aufgezeigt keine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### B.4.2.6.5. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

351. Wie ausgeführt muss für eine Untersagung eines Zusammenschlusses oder eine Zulassung unter Bedingungen und Auflagen eine qualifizierte Marktbeherrschung vorliegen. Das heisst, das Bundesgericht setzt eine Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG mit dem zusätzlichen Erfordernis der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs voraus (vgl. Rz 213 ff.).

352. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt vor, dass im Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz mit der Robe Verlag AG, Energie-Schweiz, der Archithema Verlag AG und der Kömedia AG starke Wettbewerber tätig seien. Diese Wettbewerber würden auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen disziplinierenden Effekt auf das GU ausüben und damit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verhindern.

353. Den Vorbringen der Parteien ist im Ergebnis zuzustimmen: Selbst bei einer Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG des GU würden immer noch drei weitere aktuelle Konkurrenten im Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz verbleiben (vgl. Tabelle 24). Diese drei Konkurrenten verfügen gemäss Meldung in den letzten Jahren über stabile Marktanteile von ungefähr [10-20 %], [10-20 %] und [10-20 %]. Insbesondere handelt es sich beim Konkurrenten Energie-Schweiz um die Plattform, die alle Aktivitäten des Bundesamts für Energie (nachfolgend: BFE) in den Bereichen erneuerbare Energien und Energieeffizienz unter einem Dach vereint. Das Programm Energie-Schweiz wurde 2001 vom Bundesrat ins Leben gerufen.<sup>228</sup> Energie-Schweiz versendet einmal pro Jahr den Titel „Extrablatt für Hausbesitzerinnen und Hausbesitzer“, in welchem Werberaum bereitgestellt wird.<sup>229</sup>

354. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben dem allenfalls marktbeherrschenden GU die Möglichkeit eröffnet, den Titel „Extrablatt für Hausbesitzerinnen und Hausbesitzer“ zu verdrängen oder Energie-Schweiz in ihrer Handlungsfreiheit wesentlich einzuschränken.

355. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

<sup>228</sup> Vgl. <<https://www.energieschweiz.ch/page/de-ch/ueber-energie-schweiz?p=18724>> (04.07.2018).

<sup>229</sup> Vgl. Das neue Extrablatt von EnergieSchweiz an 1,2 Millionen Hauseigentümer verteilt, Medienmitteilung Bundesamt für Energie vom 17. Oktober 2018, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-46322.html>> (04.07.2018).



#### B.4.2.6.6. Ergebnis

356. Aufgrund der vorläufigen Prüfung ergeben sich zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz begründet oder verstärkt. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich diese Anhaltspunkte erhärten lassen. Dies, da nicht zu erwarten ist, dass das Zusammenschlussvorhaben dem GU die Möglichkeit eröffnet, auf dem relevanten Markt den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für den Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz nicht gegeben.

#### B.4.3 Fazit

357. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zwischen AZM und NZZ zur Gründung des GU hat Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine Einzelmarktbeherrschung durch das GU auf folgenden Märkten begründen oder verstärken könnte:

- Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 Solothurn,
- Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 41 Aargau,
- Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz;

358. Aufgrund der Prüfung ergeben sich zudem Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel begründet oder verstärkt.

359. Schliesslich ergeben sich aus der Prüfung Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz verstärkt.

360. Trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG besteht eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts jedoch nur dann, wenn festgestellt werden muss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Damit bestehen in der Schweizer Zusammenschlusskontrolle sehr hohe Schwellen für ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden (vgl. Rz 213 ff.).

361. In den Lesermärkten für Tageszeitungen in den WEMF-Wirtschaftsgebieten 31 Basel, 32 Solothurn und 41 Aargau sowie dem Markt für die Bereitstellung von Zeitschriften-Werbung in der Kategorie Gebäudetechnik (4325) in der Deutschschweiz ist nicht davon auszugehen, dass, selbst wenn eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung nachgewiesen werden könnte, durch

das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Dies, da insbesondere nicht davon auszugehen ist, dass bestehende Konkurrenten wie die Ringier-Gruppe, die Tamedia-Gruppe oder Energie-Schweiz aus dem jeweiligen Markt gedrängt werden könnten (vgl. Rz 222 f., 238 f., 254 f. und 353 ff.).

362. Beim Markt für Sonntagszeitungen in der Deutschschweiz ist demgegenüber festzustellen, dass, selbst wenn eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nachgewiesen werden könnte, diese bereits heute wirksamen Wettbewerb beseitigt hätte. Aufgrund der geringen Marktanteilsaddition infolge des Zusammenschlussvorhabens ist nicht davon auszugehen, dass dieses für eine allfällige Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kausal wäre (vgl. Rz 332 ff.).

363. Die von Gesetz und Rechtsprechung definierten hohen Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind daher für die genannten Märkte nicht gegeben.

#### B.5 Nebenabreden

364. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>230</sup>

365. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen.<sup>231</sup> Einzelnen und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.

366. Als Nebenabreden weisen AZM und NZZ Bezugsverpflichtungen in Form von Dienstleistungsverträgen sowie ein Wettbewerbs- und Abredeverbot aus (vgl. Rz 375 f. und 385 ff.).

<sup>230</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m. w. H.

<sup>231</sup> Vgl. Teil II, Ziffer 7 des Merkblatts und Formulars der Wettbewerbskommission betreffend die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, <[https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2015/08/merkblatt\\_und\\_formularzusammenschlussvorhaben.pdf.download.pdf/merkblatt\\_und\\_formularzusammenschlussvorhaben.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2015/08/merkblatt_und_formularzusammenschlussvorhaben.pdf.download.pdf/merkblatt_und_formularzusammenschlussvorhaben.pdf)>.

### B.5.1.1 Allgemeines

367. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung<sup>232</sup> gerichtet.<sup>233</sup> Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten<sup>234</sup> als auch für Konkurrenzverbote.<sup>235</sup>

368. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>236</sup>

369. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>237</sup>

### B.5.1.2 Bezugs- und Lieferbeziehungen

370. Gemäss EU-Bekanntmachung führt in vielen Fällen die Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils zu einer Unterbrechung der traditionellen Bezugs- und Lieferbeziehungen, die sich infolge der Kombination von Geschäftstätigkeiten innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers herausgebildet haben. Um die Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers und die Übertragung der betreffenden Vermögensteile auf den Erwerber unter zumutbaren Bedingungen zu ermöglichen, ist es häufig erforderlich, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten. Dieses Ziel wird gewöhnlich dadurch erreicht, dass dem Veräusserer und/oder dem Erwerber des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils Bezugs- und Lieferpflichten auferlegt werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Lage, die sich aus der Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers ergibt, können derartige Verpflichtungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Sie können je nach den Sachumständen den Veräusserer oder den Erwerber begünstigen.<sup>238</sup>

371. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren sicherzustellen, die zur Ausübung der beim Veräusserer verbliebenen beziehungsweise der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.<sup>239</sup>

372. Die Verpflichtung zur Lieferung beziehungsweise zum Bezug fester Mengen – gegebenenfalls verknüpft mit einer Anpassungsklausel – gilt als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig. Verpflichtungen hingegen, welche die Lieferung beziehungsweise den Bezug unbegrenzter Mengen oder Ausschliesslichkeitsbindungen vorsehen oder den Status eines Vorzugslieferanten oder eines Vorzugsabnehmers begründen, sind für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.<sup>240</sup>

373. Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen sind ihrer Wirkung nach Liefervereinbarungen gleichzustellen.<sup>241</sup>

374. Bleiben die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig, so gelten für alle zwischen ihnen bestehenden Bezugs- und Liefervereinbarungen einschliesslich Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden.<sup>242</sup>

375. [...]

376. [...]

377. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein (vgl. Rz 371).

378. Die Bezugsverpflichtung [...] kann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und notwendig angesehen werden.

<sup>232</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>233</sup> Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>234</sup> Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 77 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>235</sup> Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 64, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>236</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>237</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>238</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 32.

<sup>239</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.

<sup>240</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 34.

<sup>241</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 35.

<sup>242</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 44.

### B.5.1.3 Konkurrenzverbot

379. Gemäss EU-Bekanntmachung können Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen 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 oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutgläubensschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbshandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründungspartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches beziehungsweise welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde. 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>243</sup>

380. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt beziehungsweise erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben.<sup>244</sup>

381. Ebenso sind Wettbewerbsverbote auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Gründung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Produkte, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden.<sup>245</sup>

382. Wird das Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um einen neuen Markt zu erschliessen, wird auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug genommen, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Gründungsvereinbarung oder Nebenvereinbarung aktiv sein soll. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Interessen des einen Gründers am Gemeinschaftsunternehmen nicht auf anderen Märkten vor Wettbewerbshandlungen des anderen Gründers geschützt werden müssen als in denjenigen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen am Anfang tätig ist.<sup>246</sup>

383. Des Weiteren gelten Wettbewerbsverbote zwischen Gründern ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig.<sup>247</sup>

384. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln.<sup>248</sup>

385. [...]

386. [...]

387. Zur Begründung macht die Meldung folgende Ausführungen: „Die aufgeführten Nebenabreden sind mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unmittelbar verbunden und gewährleisten einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dessen Gründung. Ausserdem sind sowohl das Wettbewerbsverbot, als auch das Abwerbeverbot notwendige Voraussetzungen dafür, dass das Gemeinschaftsunternehmen gegründet und später gemeinsam betrieben werden kann, da [...].“

388. Aufgrund der Angaben in der Meldung können das vereinbarte Wettbewerbsverbot und das vereinbarte Abwerbeverbot [...] als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden.

### B.5.1.4 Ergebnis Nebenabreden

389. Die Bezugsverpflichtung (bzw. Dienstleistungsverträge) ist als Nebenabrede im vorliegend beschriebenen Sinne zu qualifizieren.

390. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot und das vereinbarte Abwerbeverbot [...] stellen Wettbewerbsabreden dar, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig sind.

## B.6 Schlussfolgerungen

391. Die Prüfung durch die WEKO zeigt, dass die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht nachgewiesen werden kann. Der Zusammenschluss kann ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden.

392. Unter diesen Umständen erübrigt es sich auf den Antrag auf vorläufigen Vollzug einzugehen.

## C Kosten

393. Die in diesem Verfahren entstehenden Kosten werden den Parteien separat in Rechnung gestellt. Im Streitfall erfolgt die Festsetzung der Kosten im Rahmen einer Verfügung.

394. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG<sup>249</sup> eine Pauschalgebühr von 5'000 Franken erhoben.

<sup>243</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36.

<sup>244</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 37.

<sup>245</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 38.

<sup>246</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 39.

<sup>247</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 40.

<sup>248</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

<sup>249</sup> Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

395. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 bzw. 290 Franken. Im vorliegenden Fall beträgt der Aufwand total 145.25 Stunden zu 200 Franken sowie 26.2 Stunden zu 290 Franken. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von 36 648 Franken für die vertiefte Prüfung.

396. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 41 648 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5'000 Franken für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von 36 648 Franken für die vertiefte Prüfung.

397. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>250</sup>). Somit haften die Zusammenschlussparteien solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

---

<sup>250</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (Allg-GebV; SR 172.041.1).

|       |                          |
|-------|--------------------------|
| B 2.3 | <b>3. Tamedia/AXA/JV</b> |
|-------|--------------------------|

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Februar 2018*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Februar 2018*

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben 41-0855 Tamedia/Axa/JV auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

## **A Sachverhalt**

1. Am 18. Januar 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Danach beabsichtigen Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und die Axa Versicherungs AG (nachfolgend: Axa) ein Gemeinschaftsunternehmen für den online Gebrauchtwagenhandel zu gründen. Hierzu plant Tamedia einen Teilbereich der Plattform [www.autoricardo.ch](http://www.autoricardo.ch) in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen. Axa plant über das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen spezielle für den Gebrauchtwagenhandel zugeschnittene Versicherungen zu vertreiben.

### **A.1 Beteiligte Unternehmen**

#### **A.1.1 Tamedia**

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften, Betreiberin von Online-Plattformen sowie im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.<sup>1</sup>

#### **A.1.2 Axa**

3. Die AXA-Gruppe ist ein weltweit tätiges Versicherungsunternehmen mit Hauptsitz in Paris/Frankreich. In der Schweiz ist die AXA-Gruppe mit der AXA Versicherungen AG und ihren Tochtergesellschaften unter der Marke „AXA Winterthur“ tätig. Die AXA-Gruppe bietet in der Schweiz namentlich Schadens- und Personenversicherungen und Produkte im Bereich Vorsorge an.<sup>2</sup>

#### **A.1.3 Joint Venture Gesellschaft**

4. Das Joint Venture (nachfolgend: JV) soll eine Online-Plattform für gebrauchte Fahrzeuge in der Schweiz betreiben. Die Online-Plattform wird sich an professionelle Händler (B2C- Geschäft) und an private Verkäufer (C2C- Geschäft) richten.

5. Vorgesehen ist weiter, dass Axa über das JV Produkte im Bereich Garantieverlängerungen im Sinne eines gebundenen Vermittlers (Art. 40 ff. VAG<sup>3</sup>) vertreiben und weitere Dienstleistungen (wie z.B. Fahrzeugchecks durch Partner-Werkstätten von Axa) anbieten wird.

6. Die Parteien behalten sich vor, die Geschäftstätigkeit des JV in Zukunft um weitere Dienstleistungen im Bereich der Mobilität zu erweitern (z.B. in den Bereich des Verkaufs neuer Fahrzeuge oder in Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit Abbruchfahrzeugen).

### **A.2 Ziele und Gründe für die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens**

7. Tamedia habe sich im Bereich der Fahrzeug-Rubrikanzeigen entschieden mit einem Versicherungsunternehmen zusammenzuarbeiten, das Fahrzeugversicherungen anbietet und damit ebenfalls im Bereich Mobilität tätig ist.

8. Tamedia und AXA beabsichtigen, durch die Kombination ihrer Kompetenzen auf einer Online-Plattform den Nutzern und Inserenten Interessanten Dienstleistungen anzubieten, die sich von anderen Online-Marktplätzen unterscheiden. Dadurch erhoffen sich die beiden Unternehmen, im Konkurrenzkampf gegen die grossen ausländischen Unternehmen bestehen zu können.

### **A.3 Verfahren**

9. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.<sup>4</sup> Am 8. Januar 2018 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.<sup>5</sup>

10. Am 18. Januar 2018 ging die (erleichterte) Meldung beim Sekretariat ein.<sup>6</sup> Mit Schreiben vom 18. Januar 2018 bestätigte das Sekretariat den Eingang der erleichterten Meldung<sup>7</sup> und teilte mit Schreiben vom 26. Januar 2018 den Parteien mit, dass die Meldung vollständig sei.<sup>8</sup> Die Frist für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens beginnt daher am 19. Januar 2018 zu laufen und endet am 19. Februar 2018 (Art. 20 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU; SR 251.4).

<sup>1</sup> Vgl. Meldung (act. 5), Rz 3 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Meldung (act. 5), Rz 8 ff.

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen; SR 961.01.

<sup>4</sup> Meldungsentwurf (act. 1).

<sup>5</sup> Unvollständigkeit Meldungsentwurf (act. 4).

<sup>6</sup> Meldung (act. 5).

<sup>7</sup> Eingangsbestätigung (act. 6).

<sup>8</sup> Vollständigkeitsmeldung (act. 8).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

11. 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

12. 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).

13. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar.<sup>9</sup>

14. Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den beiden Muttergesellschaften Tamedia und Axa gemeinsam kontrolliert. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist somit von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Muttergesellschaften andererseits auszugehen. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren. Die Muttergesellschaften ihrerseits bilden hingegen untereinander keine wirtschaftliche Einheit.<sup>10</sup>

15. Gestützt auf diese Ausführungen sind vorliegend somit Tamedia, Axa und grundsätzlich das zu gründende JV als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG bzw. von Art. 3 VKU zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. 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).

17. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>11</sup>

##### B.1.2.1 Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

18. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so

liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU).

##### B.1.2.1.1. Gemeinsame Kontrolle

19. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. 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 Rechte gleichzeitig bestehen muss.

20. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.<sup>12</sup>

21. Tamedia und AXA streben die gemeinsame Kontrolle über das JV an. Nach Abschluss der Transaktion werden Tamedia und Axa je 50 % der Aktien des JV halten. [...].<sup>13</sup>

22. Aufgrund der vorliegenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass die beiden Muttergesellschaften Tamedia und Axa bei allen wichtigen Entscheidungen Übereinstimmung erzielen müssen. Daher ist von einer gemeinsamen Kontrolle auszugehen.

<sup>9</sup> RPW 2016/1, 262 Rz 23, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>10</sup> RPW 2016/1, 262 Rz 24 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>11</sup> RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen: RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>13</sup> Meldung (act. 5), Rz 19.

### B.1.2.1.2. Vollfunktion

23. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:

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

24. [...] <sup>14</sup> Damit wird JV selbständig eine Online-Plattform für Gebrauchtfahrzeuge betreiben und namentlich als Anbieterin in den Nutzer- und Werbemärkten für Fahrzeug-Rubrikanzeigen tätig sein.

25. Das JV wird Vertragsbeziehungen mit Nutzern und Inserenten von Fahrzeug-Rubrikanzeigen eingehen. Damit tritt das JV als selbständige wirtschaftliche Einheit im Markt auf.

26. Das JV wird über eigene Ressourcen und namentlich über eigenes Personal verfügen und diese Tätigkeit auf Dauer ausüben. Dem Tagesgeschäft wird sich ein Management widmen, das sich aus einem CEO und weiteren Mitgliedern der Geschäftsleitung zusammensetzen wird.

27. Aufgrund der Angaben der Meldung ist somit davon auszugehen, dass das geplante JV die Voraussetzun-

gen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens erfüllen wird.

### B.1.2.1.3. Einbringung von Geschäftstätigkeit

28. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how. <sup>15</sup>

29. Wie in Rz 24 ausgeführt [...].

30. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten.

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

31. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

32. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Tamedia, Axa und das JV als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

33. 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

34. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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 (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

|          | Tamedia     | Axa          | Insgesamt    |
|----------|-------------|--------------|--------------|
| Schweiz  | <1'005 Mio. | 11'382 Mio.  | <12'387 Mio. |
| Weltweit | 1'005 Mio.  | 117'045 Mio. | 118'050 Mio. |

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016 in CHF

35. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Damit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

36. 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 marktbeherr-

schende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

37. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind

<sup>14</sup> Meldung (act. 5), Rz 24.

<sup>15</sup> RPW 2016/1, 265 Rz 54, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

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

38. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

39. Tamedia und ihre Gruppengesellschaften betreiben unter anderem mehrere Online-Portale in verschiedenen Bereichen. Axa bietet im Bereich Nicht-Leben verschiedene Versicherungen für Gebrauchtwagen und Gebrauchtwagenhandel an. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden lediglich diejenigen Märkte betrachtet, in welchen das Gemeinschaftsunternehmen tätig sein wird.

##### B.4.1.1 Märkte für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

40. Grundsätzlich kann die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen.<sup>16</sup> Allerdings bestehen aufgrund der Angaben in der Meldung keine Anhaltspunkte, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf den Markt für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen ändern würde.

41. Auf den Werbemärkten für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen treffen nachfrageseitig Verkäufer von Fahrzeugen als Inserenten und angebotsseitig der Plattformbetreiber aufeinander.<sup>17</sup> Auf den Nutzermärkten für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen treffen nachfrageseitig potenzielle Käufer von Fahrzeugen als Leser und angebotsseitig der Plattformbetreiber aufeinander.<sup>18</sup>

42. In geographischer Hinsicht werden die Märkte für Rubrikanzeigen praxisgemäss sprachregional abgegrenzt.<sup>19</sup> Die Online-Plattform des JV wird sich an Inserenten und Nutzer aus der gesamten Schweiz richten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Märkte:

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

#### B.4.1.2 Märkte für die Bereitstellung von statischer und dynamischer Online-Werbung

43. Im Bereich der Bereitstellung von Online-Werbung hat die WEKO in ihrer Praxis zwischen statischen und dynamischen Werbeformen unterschieden.<sup>20</sup>

44. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber.<sup>21</sup>

45. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Online-Werbeflächen punktuell und oft über einen Vermittler verkaufen wollen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Im Vergleich zur Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen wird bei dynamischen Werbeformen die Auslieferung der Werbeanzeige oft über ein Netzwerk und automatisiert koordiniert.<sup>22</sup>

46. In geographischer Hinsicht werden die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbung praxisgemäss national oder sprachregional abgegrenzt.<sup>23</sup> Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Märkte:

- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischen Schweiz.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2016/1, 267 Rz 75 und 268 Rz 88, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>17</sup> RPW 2016/1, 269 Rz 94 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>18</sup> RPW 2016/1, 270 Rz 102 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>19</sup> RPW 2016/1, 270 Rz 107 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>20</sup> RPW 2016/1, 270 Rz 104 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>21</sup> RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>22</sup> RPW 2015/3, 407 Rz 345, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

<sup>23</sup> RPW 2016/1, 270 f. Rz 111 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.



#### B.4.1.3 Versicherungsmärkte im Bereich Gebrauchtwagenhandel

47. Gemäss Praxis der WEKO ist im Versicherungsbe-  
reich grundsätzlich zwischen Lebens- und Nicht-  
Lebensversicherungen zu unterscheiden. Aus Nachfra-  
gesicht können im Versicherungsgeschäft grundsätzlich  
so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen  
werden, wie es Versicherungen für unterschiedliche  
Risiken gibt, da sich die einzelnen Versicherungsproduk-  
te je nach versichertem Risiko hinsichtlich Eigenschaf-  
ten, Prämien und Verwendungsmöglichkeiten derart  
unterscheiden, dass sie aus Sicht der Marktgegenseite  
kaum als Substitute betrachtet werden können.<sup>24</sup>

48. Gemäss Meldung plant Axa im Wesentlichen zwei  
Versicherungsprodukte über die Plattform des JV zu  
vertreiben.

49. Mit dem Produkt „Auto-Sorglos-Garantie“ sollen wäh-  
rend der Vertragsdauer neue, zufällige und unerwartete  
Defekte am Fahrzeug versichert werden. Versichert sind  
Reparaturkosten über einem vom Versicherungsnehmer  
selbst gewählten Betrag (Franchise). Die Prämie hängt  
insbesondere von dem Kilometer-Stand des Fahrzeugs,  
der Leistung des Fahrzeugs sowie der Höhe der Fran-  
chise ab. Fahrzeuge mit einem Kilometer-Stand von  
mehr als 150'000 oder mit einem Alter von mehr als acht  
Jahren werden nicht versichert.

50. Gemäss der von den Parteien eingereichten Versi-  
cherungspolice knüpft die „Auto-Sorglos-Garantie“ an  
neue, zufällige und unerwartete Defekte, welche wäh-  
rend der Vertragsdauer am Fahrzeug auftreten, an.<sup>25</sup>  
Hierbei sind lediglich Defekte abgedeckt, welche nach  
Abschluss der Versicherung neu auftreten. Allfällige  
bereits bestehende, aber bisher unentdeckte Defekte  
scheinen von der Versicherung nicht abgedeckt zu sein.

51. Mit dem Produkt „Geld-Zurück-Garantie“ soll das  
finanzielle Risiko des Käufers hinsichtlich des verkauften  
Fahrzeugs limitiert werden. So ist geplant, dass Axa im  
Versicherungsfall das verkaufte Occasion-Fahrzeug zu  
einem im Voraus festgesetzten Preis (Kaufpreis abzüg-  
lich Amortisation und Selbstbehalt) übernimmt.

52. Gemäss der von den Parteien eingereichten Versi-  
cherungspolice knüpft die „Geld-Zurück-Garantie“ an  
einem während der Laufzeit am Fahrzeug auftretenden  
Mangel an.<sup>26</sup> Hierbei werden sämtliche während der  
Vertragslaufzeit auftretenden Mängel abgedeckt, unab-  
hängig davon ob diese bereits früher bestanden haben  
und erst während der Vertragsdauer in Erscheinung  
treten.

53. Auch hinsichtlich der Versicherungsleistungen unter-  
scheiden sich die beiden Produkte. Das Produkt „Auto-  
Sorglos-Garantie“ kann als eigentliche Garantieverlän-  
gerung qualifiziert werden für nach dem Kauf neu eintre-  
tende Defekte. Demgegenüber beinhaltet das Produkt  
„Geld-Zurück-Garantie“ eine Art Rückgaberecht, wenn-  
gleich nicht an den Verkäufer sondern an die Versiche-  
rung, wenn am Fahrzeug ein Mangel auftreten sollte.  
Welcher Art der Mangel ist und wie sich dieser manifes-  
tiert und ob dieser bereits latent vor dem Verkauf vor-  
handen war und sich erst nach und nach manifestiert, ist  
unerheblich. Da für diese Produkte bisher keine Erfah-  
rungswerte bestehen, ist nicht auszuschliessen, dass

sich die Produkte aus Nachfragesicht derart unterschei-  
den, dass sie nicht als Substitute betrachtet werden  
können.

54. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlus-  
ses kann aber offengelassen werden, ob von getrennten  
Märkten auszugehen ist. Aber selbst wenn von getrenn-  
ten Märkten auszugehen wäre, könnten diese für die  
Zwecke der Bewertung des vorliegenden Zusammen-  
schlusses gemeinsam betrachtet werden, da AXA erst  
gerade dabei ist in den Markt einzutreten und die Aus-  
wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den  
wirksamen Wettbewerb in diesem Bereich keiner vertief-  
ten Analyse bedürfen.

55. In geographischer Hinsicht werden die Versiche-  
rungsmärkte im Erstversicherungsgeschäft grundsätzlich  
national abgegrenzt.<sup>27</sup> Hieraus ergibt sich für die Zwecke  
der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschluss-  
vorhabens ein zusammengefasster Markt für Garantie-  
verlängerungen bei Gebrauchtwagen, welcher sowohl  
das Produkt „Auto-Sorglos-Garantie“ als auch das Pro-  
dukt „Geld-Zurück-Garantie“ umfasst.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

56. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen  
Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in wel-  
chen 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 grundsätzlich von der Unbedenklichkeit  
des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der  
Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

57. Bei zweiseitigen Märkten (insbesondere Plattform-  
märkten) können Konstellationen vorkommen, in wel-  
chen Nutzer mehrere Plattformen parallel nutzen. In  
solchen Fällen kann das reine Abstellen auf Marktanteile  
zu systematisch falschen Schlussfolgerungen führen, da  
bei Mehrfachnutzungen die einzelnen Nutzer auch mehr-  
fach gezählt werden. Somit führt eine Marktanteilsbe-  
rechnung basierend auf einzelnen Nutzern der einzelnen  
Plattformen dazu, dass die Marktanteile systematisch zu  
tief eingeschätzt werden. In solchen Fällen werden für  
die Beurteilung, ob ein Markt näher zu untersuchen ist,  
neben den reinen Marktanteilen auch die Reichweite im  
Verhältnis zu der Anzahl der Gesamtnutzer sowie die  
Marktanteilsdifferenz zwischen den einzelnen Marktteil-  
nehmern für die Bewertung herangezogen. Zwar können  
aufgrund der Mehrfachzahlungen der Nutzer, welche  
mehrere Plattformen gleichzeitig nutzen, gemäss dieser

<sup>24</sup> RPW 2014/3 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische Nati-  
onal-Versicherungs-Gesellschaft AG*.

<sup>25</sup> Meldung (act. 5), Beilage 9, S. 3.

<sup>26</sup> Meldung (act. 5), Beilage 10, S. 5.

<sup>27</sup> RPW 2014/3, 543 Rz 21, *Helvetia Holding AG/Schweizerische Nati-  
onal-Versicherungs-Gesellschaft AG*.

Berechnung aggregierte Werte von über 100 % resultieren. Trotz dieses Nachteils zeigen die Reichweitenberechnungen die Wichtigkeit einer Plattform für die Gesamtnutzerschaft besser auf, als die „klassisch“ berechneten Marktanteile. So kann es bei zweiseitigen Märkten notwendig sein, auch vertiefte Marktanteilsinformationen

zu erheben und die Marktverhältnisse zu untersuchen, wenn kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

58. Gemäss Meldung ergeben sich die nachfolgenden Märkte mit den nachfolgenden Marktanteilen:

| Markt  | MA Tamedia | MA Axa   | MA JV     | Betroffen | Untersucht |
|--|------------|----------|-----------|-----------|------------|
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz                   | [20-30] %  | [0-10] % | [10-20] % | Ja        | Ja         |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz            | [20-30] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Ja        | Ja         |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz            | [20-30] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Ja        | Ja         |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz                | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Ja         |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz         | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Ja         |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz         | [10-20] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Nein       |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz          | [30-40] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Ja        | Ja         |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz   | [50-60] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Ja        | Ja         |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz   | [40-50] %  | [0-10] % | [0-10] %  | Ja        | Ja         |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz         | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Nein       |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischen Schweiz  | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Nein       |
| Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischen Schweiz. | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Nein       |
| Markt für Garantieverlängerungen bei Gebrauchtwagen  | [0-10] %   | [0-10] % | [0-10] %  | Nein      | Nein       |

Tabelle 2: Marktanteile auf den gemeldeten Märkten

59. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden betroffenen Märkte: Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz, Markt für die Bereitstellung von Online-

Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz, Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz und Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz.

60. Zudem sind, aufgrund ihrer Zweiseitigkeit, die nachfolgenden Märkte näher zu prüfen: Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz. Auf eine nähere Prüfung des Marktes für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz wird vorliegend verzichtet, da die von Tamedia einzubringen Inse-

rateplattform nicht in italienischer Sprache zur Verfügung steht.

#### B.4.2.1 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

61. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |   | Markt        | Zusammenschlussparteien |           |     |           | Wettbewerber |             |              |
|------|---|--------------|-------------------------|-----------|-----|-----------|--------------|-------------|--------------|
|      |   |              | TA                      | JV        | Axa | Gemeinsam | Ringier      | Autolina.ch | Fahrzeug-net |
| 2016 | # | 2.4-2.6 Mio. | [...]                   | [...]     | 0   | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | % | 100 %        | [20-30] %               | [10-20] % | 0 % | [40-50] % | [20-30] %    | [10-20] %   | [0-10] %     |
| 2015 | # | 2.5-2.7 Mio. | [...]                   | [...]     | 0   | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | % | 100 %        | [30-40] %               | [0-10] %  | 0 % | [40-50] % | [20-30] %    | [10-20] %   | [0-10] %     |
| 2014 | # | 2-2.2 Mio.   | [...]                   | [...]     | 0   | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | % | 100 %        | [30-40] %               | [0-10] %  | 0 % | [40-50] % | [30-40] %    | [0-10] %    | [0-10] %     |

Tabelle 3: Marktanteile im Markt für Inserenten in (Print/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

62. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz haben die Zusammenschlussparteien eine recht starke Marktposition und sind, was die Inserate anbelangt, klarer

Marktführer. Der Markt selbst ist recht stark konzentriert, wobei sich verschiedene Marktanteilsbewegungen im Markt erkennen lassen.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [2500-3000] |
| 2015 | [2500-3000] |
| 2014 | [3000-3500] |

Tabelle 4: HHI<sup>28</sup>

63. Mit Autolina.ch scheint im Jahr 2014 ein neuer Marktteilnehmer in den Markt eingetreten zu sein, der, was die Inserate anbelangt, ein recht starkes Wachstum aufwies und seinen Marktanteil auf insgesamt [10-20 %] ausbauen konnte. Dies spricht für eine gewisse Marktdynamik. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor ob es sich hierbei um originäre Inserate, die bei Autolina.ch aufgegeben worden sind, oder um übernommene Inserate, die von anderen Plattformen durch sogenanntes spidering übernommen worden sind, handelt.

64. Die Zusammenschlussparteien haben geringfügig an Marktanteilen verloren. Dies ist auch auf einen Rückgang der absoluten Anzahl der auf den Plattformen der Zusammenschlussparteien geschalteten Inseraten zurückzuführen.

65. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in die-

sem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

<sup>28</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $\frac{10000}{N} \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

#### B.4.2.2 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

66. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

|      |   |            | Zusammenschlussparteien |          |     |            | Wettbewerber |                  |             |
|------|---|------------|-------------------------|----------|-----|------------|--------------|------------------|-------------|
|      |   | Markt      | TA                      | JV       | Axa | Gemein-sam | Ringier      | Petitan-noces.ch | Autolina.ch |
| 2016 | # | 1-1.2 Mio. | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]            | [...]       |
|      | % | 100 %      | [20-30] %               | [0-10] % | 0 % | [20-30] %  | [30-40] %    | [10-20] %        | [10-20] %   |
| 2015 | # | 1-1.2 Mio. | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]            | [...]       |
|      | % | 100 %      | [20-30] %               | [0-10] % | 0 % | [30-40] %  | [40-50] %    | [10-20] %        | [0-10] %    |
| 2014 | # | 1-1.2 Mio. | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]            | [...]       |
|      | % | 100 %      | [20-30] %               | [0-10] % | 0 % | [20-30] %  | [50-60] %    | [0-10] %         | [0-10] %    |

Tabelle 5: Marktanteile im Markt für Inserenten in (Print/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.

67. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz haben die Zusammenschlussparteien eine starke Markstellung und sind, was die Inserate anbelangt, die Nummer zwei, wobei der bisherige Marktführer konstant an

Marktanteil verliert, während derjenige der Zusammenschlussparteien weitgehend konstant bleibt. Der Markt selbst ist stark konzentriert, wobei sich verschiedene Marktanteilsbewegungen im Markt erkennen lassen.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [2000-2500] |
| 2015 | [2500-3000] |
| 2014 | [3500-4000] |

Tabelle 6: HHI

68. Der Marktführer Ringier hat, was die Anzahl Inserate anbelangt, sowohl hinsichtlich Marktanteilen als auch hinsichtlich der absoluten Anzahl an geschalteten Inseraten einen starken Rückgang zu verzeichnen. Falls der Trend anhält, wird dieser in absehbarer Zeit wohl von den Zusammenschlussparteien als Marktführer abgelöst werden.

69. Mit Autolina.ch scheint im Jahr 2014 ein neuer Marktteilnehmer in den Markt eingetreten zu sein, der, was die Inserate anbelangt, ein recht starkes Wachstum aufwies und seinen Marktanteil auf insgesamt [10-20 %] ausbauen konnte. Dies spricht für eine gewisse Marktdynamik. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor ob es sich hierbei um originäre Inserate, die bei Autolina.ch aufgegeben worden sind, oder um übernommene Inserate, die von anderen Plattformen durch sogenanntes spidering übernommen worden sind, handelt.

70. Die Zusammenschlussparteien haben geringfügig an Marktanteilen verloren. Dies ist auch auf einen Rück-

gang der absoluten Anzahl der auf den Plattformen der Zusammenschlussparteien geschalteten Inseraten zurückzuführen.

71. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.3 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

72. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |   | Zusammenschlussparteien |           |          |     |            | Wettbewerber |              |            |
|------|---|-------------------------|-----------|----------|-----|------------|--------------|--------------|------------|
|      |   | Markt                   | TA        | JV       | Axa | Gemein-sam | Ringier      | Autoli-na.ch | a-Commerce |
| 2016 | # | 100-120Tsd              | [...]     | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]        | [...]      |
|      | % | 100 %                   | [20-30] % | [0-10] % | 0 % | [20-30] %  | [40-50] %    | [20-30] %    | [0-10] %   |
| 2015 | # | 120-140Tsd              | [...]     | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]        | [...]      |
|      | % | 100 %                   | [30-40] % | [0-10] % | 0 % | [30-40] %  | [40-50] %    | [10-20] %    | [0-10] %   |
| 2014 | # | 100-120Tsd              | [...]     | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]        | [...]      |
|      | % | 100 %                   | [30-40] % | [0-10] % | 0 % | [30-40] %  | [50-60] %    | [0-10] %     | [0-10] %   |

Tabelle 7: Marktanteile im Markt für Inserenten in (Print/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz.

73. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz haben die Zusammenschlussparteien eine starke Marktposition und sind was die Inserate anbelangt die Nummer zwei, wobei der bisherige Marktführer konstant an

Marktanteil verliert, während derjenige der Zusammenschlussparteien weitgehend konstant bleibt. Der Markt selbst ist stark konzentriert, wobei sich verschiedene Marktanteilsbewegungen im Markt erkennen lassen.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [3000-3500] |
| 2015 | [3000-3500] |
| 2014 | [4000-4500] |

Tabelle 8: HHI

74. Der Marktführer Ringier hat, was die Anzahl Inserate anbelangt, sowohl hinsichtlich Marktanteilen als auch hinsichtlich der absoluten Anzahl an geschalteten Inseraten einen Rückgang zu verzeichnen. Dennoch hält Ringier nach wie vor einen bedeutend höheren Marktanteil als die Zusammenschlussparteien.

75. Mit Autolina.ch scheint im Jahr 2014 ein neuer Marktteilnehmer in den Markt eingetreten zu sein, der, was die Inserate anbelangt, ein starkes Wachstum aufwies und seinen Marktanteil auf insgesamt [20-30 %] ausbauen konnte. Dies spricht für eine gewisse Marktdynamik. Aus den Zahlen geht jedoch nicht hervor ob es sich hierbei um originäre Inserate, die bei Autolina.ch aufgegeben worden sind, oder um übernommene Inserate, die von anderen Plattformen durch sogenannten spidering übernommen worden sind, handelt.

76. Die Zusammenschlussparteien haben geringfügig an Marktanteilen verloren. Dies ist auch auf einen Rück-

gang der absoluten Anzahl der auf den Plattformen der Zusammenschlussparteien geschalteten Inseraten zurückzuführen.

77. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.4 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

78. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |      |            | Zusammenschlussparteien |          |     |            | Wettbewerber |           |           |
|------|------|------------|-------------------------|----------|-----|------------|--------------|-----------|-----------|
|      |      | Markt      | TA                      | JV       | Axa | Gemein-sam | Ringier      | NZZ       | Swisscom  |
| 2016 | TCHF | 200-220Tsd | [...]                   | [...]    | >0  | [...]      | [...]        | [...]     | [...]     |
|      | %    | 100 %      | [30-40] %               | [0-10] % | 0 % | [30-40] %  | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %  |
| 2015 | TCHF | 200-220Tsd | [...]                   | [...]    | >0  | [...]      | [...]        | [...]     | [...]     |
|      | %    | 100 %      | [40-50] %               | [0-10] % | 0 % | [40-50] %  | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2014 | TCHF | 160-180Tsd | [...]                   | [...]    | >0  | [...]      | [...]        | [...]     | [...]     |
|      | %    | 100 %      | [30-40] %               | [0-10] % | 0 % | [30-40] %  | [10-20] %    | [0-10] %  | [10-20] % |

Tabelle 9: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz.

79. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz haben die Zusammenschlussparteien eine star-

ke Marktstellung und sind klarer Marktführer. Der Markt selbst ist recht stark konzentriert, wobei die Marktanteile in den letzten drei Jahren recht stabil waren.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [1500-2000] |
| 2015 | [2000-2500] |
| 2014 | [1500-2000] |

Tabelle 10: HHI

80. Die Zusammenschlussparteien konnten ihre Einnahmen mit Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz seit 2014 stark steigern. Hierbei haben sie gegenüber dem gesamten Marktwachstum ein überdurchschnittliches Wachstum erzielt, was für eine sehr starke Marktstellung spricht.

81. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in

diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.5 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz

82. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |      |          | Zusammenschlussparteien |          |     |            | Wettbewerber |           |          |
|------|------|----------|-------------------------|----------|-----|------------|--------------|-----------|----------|
|      |      | Markt    | TA                      | JV       | Axa | Gemein-sam | Swisscom     | Ringier   | Comparis |
| 2016 | TCHF | 40-60Tsd | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]     | [...]    |
|      | %    | 100 %    | [50-60] %               | [0-10] % | 0 % | [50-60] %  | [10-20] %    | [0-10] %  | [0-10] % |
| 2015 | TCHF | 40-60Tsd | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]     | [...]    |
|      | %    | 100 %    | [60-70] %               | [0-10] % | 0 % | [60-70] %  | [10-20] %    | [0-10] %  | [0-10] % |
| 2014 | TCHF | 30-50Tsd | [...]                   | [...]    | 0   | [...]      | [...]        | [...]     | [...]    |
|      | %    | 100 %    | [40-50] %               | [0-10] % | 0 % | [50-60] %  | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |

Tabelle 11: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz.

83. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz haben die Zusammenschlussparteien

eine starke Marktstellung und sind klarer Marktführer. Der Markt selbst ist stark konzentriert, wobei die Marktanteile in den letzten drei Jahren recht stabil waren.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [3000-3500] |
| 2015 | [4000-4500] |
| 2014 | [3000-3500] |

Tabelle 12: HHI

84. Die Zusammenschlussparteien konnten ihre Einnahmen mit Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischen Schweiz seit 2014 stark steigern. Hierbei haben sie gegenüber dem gesamten Marktwachstum ein überdurchschnittliches Wachstum erzielt, was für eine sehr starke Marktstellung spricht.

85. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in

diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.6 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz

86. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz verfügen die Zusammenschlussparteien in den letzten drei Jahren über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |      |          | Zusammenschlussparteien |          |     |           | Wettbewerber |           |                      |
|------|------|----------|-------------------------|----------|-----|-----------|--------------|-----------|----------------------|
|      |      | Markt    | TA                      | JV       | Axa | Gemeinsam | Timedia      | Swisscom  | Centro Stampa Ticino |
| 2016 | TCHF | 10-20Tsd | [...]                   | [...]    | 0   | [...]     | [...]        | [...]     | [...]                |
|      | %    | 100 %    | [40-50] %               | [0-10] % | 0 % | [40-50] % | [10-20] %    | [0-10] %  | [0-10] %             |
| 2015 | TCHF | 10-20Tsd | [...]                   | [...]    | 0   | [...]     | [...]        | [...]     | [...]                |
|      | %    | 100 %    | [40-50] %               | [0-10] % | 0 % | [40-50] % | [0-10] %     | [10-20] % | [0-10] %             |
| 2014 | TCHF | 0-10Tsd  | [...]                   | [...]    | 0   | [...]     | [...]        | [...]     | [...]                |
|      | %    | 100 %    | [40-50] %               | [0-10] % | 0 % | [40-50] % | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %             |

Tabelle 13: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz.

87. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz haben die Zusammenschlussparteien eine

starke Marktstellung und sind klarer Marktführer. Der Markt selbst ist stark konzentriert, wobei die Marktanteile in den letzten drei Jahren recht stabil waren.

| HHI  |             |
|------|-------------|
| 2016 | [2000-2500] |
| 2015 | [1500-2000] |
| 2014 | [2000-2500] |

Tabelle 14: HHI

88. Die Zusammenschlussparteien konnten ihre Einnahmen mit Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz seit 2014 steigern. Hierbei

sind sie in etwa gleich stark wie der Gesamtmarkt gewachsen. Im Vergleich zum nächstfolgenden Wettbewerber haben sie dennoch einen viermal so grossen

Marktanteil, was auf eine sehr starke Marktstellung hinweist.

89. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.7 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

90. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz verfügen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |    | Markt<br>(Gesamt) | Zusammenschlussparteien |          |     |                | Wettbewerber |           |                    |
|------|----|-------------------|-------------------------|----------|-----|----------------|--------------|-----------|--------------------|
|      |    |                   | TA                      | JV       | Axa | Gemein-<br>sam | Ringier      | Comparis  | Motor-Presse<br>AG |
| 2016 | T# | 2-3Tsd            | [...]                   | [...]    | 0   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]              |
|      | %  | 100 %             | [10-20] %               | [0-10] % | 0 % | [20-30] %      | [50-60] %    | [10-20] % | [0-10] %           |

Tabelle 15: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.<sup>29</sup>

91. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz verfügen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |    | Markt<br>(Online) | Zusammenschlussparteien |          |     |                | Wettbewerber |           |             |
|------|----|-------------------|-------------------------|----------|-----|----------------|--------------|-----------|-------------|
|      |    |                   | TA                      | JV       | Axa | Gemein-<br>sam | Ringier      | Comparis  | Autolina.ch |
| 2016 | T# | 1-2Tsd            | [...]                   | [...]    | 0   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]       |
|      | %  | 100 %             | [0-10] %                | [0-10] % | 0 % | [10-20] %      | [60-70] %    | [10-20] % | [0-10] %    |

Tabelle 16: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.<sup>30</sup>

92. Da Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Regel mehr als eine Plattform für die Suche nach Fahrzeuginseraten nutzen, kommt es zu sogenanntem Multihoming. Daher können aufgrund der traditionell berechneten Marktanteile alleine nur relative Bezugsgrößen zu den Wettbewerbern hergestellt werden. Aus den traditionell berechneten Marktanteilen kann daher nicht eruiert werden, welcher Anteil an End-

kunden (vorliegend nach Fahrzeug suchende Personen) über die Plattform erreicht werden können. Im Hinblick auf die Prüfung, ob allenfalls eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist allerdings der Anteil der Plattform an der Gesamtnutzer- bzw. Gesamtleserschaft notwendig. Vor diesem Hintergrund wurden die nachfolgenden Reichweitenberechnungen näherungsweise durchgeführt.

|      |    | Halter-<br>wechsel | Zusammenschlussparteien |          |          |                 | Wettbewerber |           |           |
|------|----|--------------------|-------------------------|----------|----------|-----------------|--------------|-----------|-----------|
|      |    |                    | Autori-<br>cardo        | Tutti.ch | Ricardo  | Auto-<br>online | Autoscout    | Motoscout | Comparis  |
| 2016 | T# | 994                | [...]                   | [...]    | [...]    | [...]           | [...]        | [...]     | [...]     |
|      | %  | 100 %              | [10-20] %               | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] %        | [80-90] %    | [20-30] % | [10-20] % |

Tabelle 17: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

<sup>29</sup> Für die Berechnung der Marktanteile wurden nur die wichtigsten Titel/Websites berücksichtigt.

<sup>30</sup> Für die Berechnung der Marktanteile wurden nur die wichtigsten Titel/Websites berücksichtigt.



93. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz ist sehr stark konzentriert.

| HHI            |             |
|----------------|-------------|
| Print & Online | [3000-3500] |
| Online         | [4000-4500] |

Tabelle 18: HHI

94. Klarer Marktführer ist Ringier mit seiner Plattform Autoscout. Bei den klassischen Marktanteilsbetrachtungen im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz erzielt Ringier einen Marktanteil von ca. [50-60 %], während die Zusammenschlussparteien als Nummer zwei nur [20-30 %] erreichen. Bei der Betrachtung des Marktes für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen ist der Abstand sogar noch grösser und Ringier erzielt einen Marktanteil von ca. [60-70 %] während die Zusammenschlussparteien lediglich einen Marktanteil von ca. [10-20 %] erreichen. Damit ist nicht von einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Zusammenschlussparteien auszugehen.

95. Stellt man näherungsweise eine Betrachtung der Reichweite an, so kann festgestellt werden, dass über die Plattform von Ringier (autoscout) ca. [80-90 %] der nach einem Fahrzeug Suchenden diese Plattform nutzt. Bei einer solchen Reichweitenbetrachtung kommen die

Zusammenschlussparteien je nach Plattform lediglich auf einen Wert von ca. [0-10 %] bis [10-20 %].<sup>31</sup> Damit bestätigt sich auch bei einer Reichweitenbetrachtung die Marktanteilsverteilung in den Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

96. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.8 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

97. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz verfügen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |    | Zusammenschlussparteien |           |          |     |           | Wettbewerber |          |          |
|------|----|-------------------------|-----------|----------|-----|-----------|--------------|----------|----------|
|      |    | Markt (Gesamt)          | TA        | JV       | Axa | Gemeinsam | Ringier      | Comparis | Autolina |
| 2016 | T# | 800-900                 | [...]     | [...]    | 0   | [...]     | [...]        | [...]    | [...]    |
|      | %  | 100 %                   | [10-20] % | [0-10] % | 0 % | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] % | [0-10] % |

Tabelle 19: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Eine gemeinsame Betrachtung über alle Plattformen hinweg wurde nicht angestellt.

<sup>32</sup> Für die Berechnung der Marktanteile wurden nur die wichtigsten Titel/Websites berücksichtigt.

98. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz verfügen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 über die nachfolgenden Marktanteile:

|      |    | Zusammenschlussparteien |          |          |     |           | Wettbewerber |           |             |
|------|----|-------------------------|----------|----------|-----|-----------|--------------|-----------|-------------|
|      |    | Markt (Online)          | TA       | JV       | Axa | Gemeinsam | Ringier      | Comparis  | Autolina.ch |
| 2016 | T# | 600-700                 | [...]    | [...]    | 0   | [...]     | [...]        | [...]     | [...]       |
|      | %  | 100 %                   | [0-10] % | [0-10] % | 0 % | [10-20] % | [60-70] %    | [10-20] % | [0-10] %    |

Tabelle 20: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.<sup>33</sup>

99. Da Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Regel mehr als eine Plattform für die Suche nach Fahrzeuginseraten nutzen, kommt es zu sogenanntem Multihoming. Daher können aufgrund der traditionell berechneten Marktanteile alleine nur relative Bezugsgrößen zu den Wettbewerbern hergestellt werden. Aus den traditionell berechneten Marktanteilen kann daher nicht eruiert werden, welcher Anteil an End-

kunden (vorliegend nach Fahrzeug suchende Personen) über die Plattform erreicht werden können. Im Hinblick auf die Prüfung, ob allenfalls eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist allerdings der Anteil der Plattform an der Gesamtnutzer- bzw. Gesamtleserschaft notwendig. Vor diesem Hintergrund wurden die nachfolgenden Reichweitenberechnungen näherungsweise durchgeführt.

|      |    | Zusammenschlussparteien |             |          |          |             | Wettbewerber |           |          |
|------|----|-------------------------|-------------|----------|----------|-------------|--------------|-----------|----------|
|      |    | Halterwechsel           | Autoricardo | Tutti.ch | Ricardo  | Auto-online | Autoscout    | Motoscout | Autolina |
| 2016 | T# | 328                     | [...]       | [...]    | [...]    | [...]       | [...]        | [...]     | [...]    |
|      | %  | 100 %                   | [10-20] %   | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] %    | [90-100] %   | [40-50] % | [0-10] % |

Tabelle 21: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.

100. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz ist sehr stark konzentriert.

| HHI            |             |
|----------------|-------------|
| Print & Online | [4000-4500] |
| Online         | [5000-5500] |

Tabelle 22: HHI

101. Klarer Marktführer ist Ringier mit seiner Plattform Autoscout. Bei den klassischen Marktanteilsbetrachtungen im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz erzielt Ringier einen Marktanteil von ca. [50-60 %], während die Zusammenschlussparteien als Nummer zwei nur [20-30 %] erreichen. Bei der Betrachtung des Marktes für Nutzer/Leser von Online-Fahrzeug-Rubrikanzeigen ist der Abstand sogar noch grösser und Ringier erzielt einen Marktanteil von ca. [60-70 %] während

die Zusammenschlussparteien lediglich einen Marktanteil von ca. [10-20 %] erreichen. Damit ist nicht von einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Zusammenschlussparteien auszugehen.

<sup>33</sup> Für die Berechnung der Marktanteile wurden nur die wichtigsten Titel/Websites berücksichtigt.

102. Stellt man näherungsweise eine Betrachtung der Reichweite an, so kann festgestellt werden, dass über die Plattform von Ringier (autoscout) ca. [90-100 %] der nach einem Fahrzeug Suchenden diese Plattform nutzt. Bei einer solchen Reichweitenbetrachtung kommen die Zusammenschlussparteien je nach Plattform lediglich auf einen Wert von ca. [0-10 %] bis [10-20 %].<sup>34</sup> Damit bestätigt sich auch bei einer Reichweitenbetrachtung die Marktanteilsverteilung in den Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.

103. Durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben sich allerdings keine Marktanteilsadditionen, da Axa in diesem Markt bis anhin noch nicht tätig war. Vor diesem Hintergrund führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keinen Veränderungen der Marktanteile.

#### B.4.2.9 Zwischenergebnis

104. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den betrachteten Märkten eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.3 Nebenabreden

105. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>35</sup>

106. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung<sup>36</sup> gerichtet.<sup>37</sup>

107. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>38</sup>

108. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt

werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>39</sup>

109. Die Zusammenschlussparteien haben die nachfolgenden Nebenabreden gemeldet:

#### B.4.3.1 Konkurrenzverbot

110. [...].

111. Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen gelten so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>40</sup>

112. Das geltend gemachte Konkurrenzverbot gilt als konzerninterner Sachverhalt, der auf die Dauer des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens beschränkt ist und kann daher als zulässige Nebenabrede betrachtet werden.

#### B.4.3.2 [...]

113. [...].

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

115. [...] kann damit als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

#### B.4.3.3 [...]

116. [...].

117. Bleiben die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig, so gelten gemäss EU-Bekanntmachung für alle zwischen ihnen bestehenden Bezugs- und Liefervereinbarungen einschliesslich Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden.<sup>42</sup>

118. Gemäss EU-Bekanntmachung führt in vielen Fällen die Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils zu einer Unterbrechung der traditionellen Be-

<sup>34</sup> Eine gemeinsame Betrachtung über alle Plattformen hinweg wurde nicht angestellt.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m. w. H.

<sup>36</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>38</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>39</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 67, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>41</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 42.

<sup>42</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 44.

zugs- und Lieferbeziehungen, die sich infolge der Kombination von Geschäftstätigkeiten innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers herausgebildet haben. Um die Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers und die Übertragung der betreffenden Vermögensteile auf den Erwerber unter zumutbaren Bedingungen zu ermöglichen, ist es häufig erforderlich, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten. Dieses Ziel wird gewöhnlich dadurch erreicht, dass dem Veräusserer und/oder dem Erwerber des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils Bezugs- und Lieferpflichten auferlegt werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Lage, die sich aus der Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers ergibt, können derartige Verpflichtungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Sie können je nach den Sachumständen den Veräusserer oder den Erwerber begünstigen.<sup>43</sup>

119. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren sicherzustellen, die zur Ausübung der beim Veräusserer verbliebenen beziehungsweise der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.<sup>44</sup>

120. Das vorliegende „[...]“ kann im weitesten Sinne als Dienstleistungsvertrag zwischen Werbekunde und Werbeplattform verstanden werden. Dass es sich dabei nicht um die Aufrechterhaltung einer bestehenden Bezugs- und Liefervereinbarungen im Sinne von Rz 32 der EU-Bekanntmachung handelt, ist unerheblich, da diese Kriterium zumindest bei Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens nie erfüllt sein kann. Gleichwohl geht die EU-Bekanntmachung wie erwähnt (vgl. Rz 117) auch bei Bezugs- und Liefervereinbarungen davon aus, dass eine zulässige Nebenabrede vorliegen kann.

121. Das auf [...] Jahre ab Closing beschränkte „[...]“ kann damit als zulässige Nebenabrede angesehen werden.

#### **B.4.4 Ergebnis**

122. Durch das gemeldete Zusammenschlussvorhaben erfolgen keine Marktanteilsadditionen, da Tamedia als Medienunternehmen und Axa als Versicherungskonzern in ihrer Geschäftstätigkeit keine Überschneidungen haben. Auch sind im Bereich des Verkaufs von Gebrauchtwagen keine durch das Zusammenschlussvorhaben ersichtlichen Verbundeffekte zu erwarten, welche sich auf die Marktstellung der beiden Unternehmen in den vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten auswirken würde. Insgesamt kommt es damit durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen erheblichen Veränderungen der Marktverhältnisse.

123. 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>43</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 32.

<sup>44</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.

## B 2.3

## 4. Tamedia/Basler Zeitung

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2018*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. Oktober 2018*

## A Sachverhalt

1. Am 6. Juli 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) von der Zeitungshaus AG (nachfolgend: Zeitungshaus) die alleinige Kontrolle über die Basler Zeitung AG (nachfolgend: Basler Zeitung oder BaZ) zu erlangen.<sup>1</sup>

2. Die Kontrollerlangung über die Basler Zeitung durch Tamedia (Transaktion I) ist mit einem Gegengeschäft verbunden, gemäss welchem Zeitungshaus die Kontrolle

über die Tagblatt der Stadt Zürich AG und die FZ Furttaler Zeitung AG (Transaktion II). Gegenstand des Geschäfts wäre auch der Verkauf der Anteile von Tamedia an der Société de Publication Nouvelles SPN SA an Zeitungshaus AG gewesen. Allerdings hat die mitkontrollierende Person ihr Vorkaufsrecht geltend gemacht. Gegenstand der Meldung ist lediglich die Transaktion I.<sup>2</sup>

## A.1 Beteiligte Unternehmen

### A.1.1 Tamedia

3. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.<sup>3</sup>

4. Die Geschäftstätigkeiten von Tamedia sind aus Tabelle 1 ersichtlich:<sup>4</sup>

| Von Tamedia (mit-)kontrollierte Print-Titel |   |
|---|---|
| Titel                                       | Beschreibung                            |
| 20 Minuten (inkl. 20 Minutes und 20 Minuti) | Pendlerzeitung                          |
| 20 Minuten Friday                           | Titel der Frauen- und Peoplepresse      |
| 24 Heures éd. Totale                        | Tageszeitung                            |
| Annabelle                                   | Titel der Frauen- und Peoplepresse      |
| Bilan                                       | Titel der Finanz- und Wirtschaftspresse |
| BZ/Bund (inkl. weitere Berner Zeitungen)    | Tageszeitung                            |
| Femina                                      | Titel der Frauen- und Peoplepresse      |
| Finanz und Wirtschaft                       | Titel der Finanz- und Wirtschaftspresse |
| Furttaler                                   | Lokalzeitung/Anzeiger                   |
| GHI Genève Home Informations                | Lokalzeitung/Anzeiger                   |
| GuideTV                                     | Titel der Programmpresse                |
| Der Landbote                                | Tageszeitung                            |
| LC Lausanne-Cités                           | Lokalzeitung/Anzeiger                   |
| Luxe  | Lifestyle-Zeitschrift                   |
| Das Magazin                                 | Titel der News- und Themenpresse        |
| Le Matin Dimanche                           | Sonntagszeitung                         |
| Le Matin (lu-sa)                            | Tageszeitung                            |
| Rümlanger                                   | Lokalzeitung/Anzeiger                   |
| Schweizer Familie                           | Illustrierte, allg. Themen              |
| La Sélection ImmoStreet                     | Titel der Immobilienpresse              |

<sup>1</sup> Vgl. Meldung, Rz 1.

<sup>2</sup> Meldung, Rz 23 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Meldung, Rz 3.

<sup>4</sup> Vgl. Meldung, Beilage 3.

Tabelle 1: Geschäftstätigkeiten von Tamedia

| <b>Von Tamedia (mit-)kontrollierte Websites</b>   |   |
|---|---|
| <b>Titel</b>                                      | <b>Beschreibung</b>                         |
| Sihltaler   | Lokalzeitung/Anzeiger                       |
| SonntagsZeitung                                   | Sonntagszeitung                             |
| Tagblatt Stadt Zürich                             | Lokalzeitung/Anzeiger                       |
| Tages Anzeiger                                    | Tageszeitung                                |
| Télétop matin                                     | Titel der Programmpresse                    |
| Thalwiler Anzeiger                                | Lokalzeitung/Anzeiger                       |
| [...]   | [...]                                       |
| Tribune de Genève                                 | Tageszeitung                                |
| Tribune des Arts                                  | Lifestyle-Zeitschrift                       |
| TV täglich  | Titel der Programmpresse                    |
| Zürcher Unterländer                               | Tageszeitung                                |
| Zürichsee-Zeitung                                 | Tageszeitung                                |
| 20min.ch  | Newsportal (mit Testbetrieb Internet-Radio) |
| #12   | News-App                                    |
| 20 Minuten / 20 minutes Friday                    | Newsportal (Frauen- und Peoplethemen)       |
| 20 Minuten Tilllate                               | Newsportal (Themen für junge Leute)         |
| 24heures.ch (inkl. hommages.ch)                   | Newsportal                                  |
| annabelle.ch                                      | Newsportal (Frauen- und Peoplethemen)       |
| bernerzeitung.ch (inkl. weitere Berner Zeitungen) | Newsportal                                  |
| Bilan   | Newsportal (Finanz- und Wirtschaftsthemen)  |
| [...]   | [...]                                       |
| Der Landbote                                      | Newsportal                                  |
| derbund.ch  | Newsportal                                  |
| [...]   | [...]                                       |
| Femina.ch   | Newsportal (Frauen- und Peoplethemen)       |
| fuw.ch  | Newsportal (Finanz- und Wirtschaftsthemen)  |
| homegate.ch (inkl. weitere Immobilien-Portale)    | Immobilienplattform                         |
| JobCloud (inkl. weitere Stellen-Portale)          | Stellenplattform                            |
| LeMatin.ch  | Newsportal                                  |
| renovero.ch/olmero.ch                             | Online-Plattformen im Baugewerbe            |
| Ricardo.ch (inkl. autoricardo, autoonline.ch)     | Verkaufsplattform                           |
| schweizerfamilie.ch                               | Newsportal                                  |
| signegeneve.ch                                    | Newsportal                                  |
| Starticket  | Ticketingorganisation                       |
| tagesanzeiger.ch (inkl. züritipp.ch)              | Newsportal                                  |
| tio.ch (inkl. tuttojob.ch)                        | Newsportal                                  |
| Tradono   | Verkaufsplattform                           |
| Tribune de Genève                                 | Newsportal                                  |
| Tutti.ch  | Verkaufsplattform                           |
| zsz.ch  | Newsportal                                  |
| zuonline.ch                                       | Newsportal                                  |

| Druckereien/Andere Geschäftstätigkeiten |   |
|---|---|
| Titel                                   | Beschreibung  |
| Neo Advertising                         | Strassenplakate, Werbung in Verkaufsstellen oder an besondere Orten sowie Werbung in Flughäfen, Bahnhöfen oder Einkaufszentren (jeweils klassische Plakate und Bildschirme) |
| Druckzentrum Bern                       | Zeitungsdruck   |
| Druckzentrum Lausanne                   | Zeitungsdruck   |
| Druckzentrum Zürich                     | Zeitungsdruck   |
| [...]                                   | [...]   |
| [...]                                   | [...]   |

5. Tamedia ist in dem Zusammenschlussvorhaben das alleinige erwerbende Unternehmen.<sup>5</sup>

#### A.1.2 Basler Zeitung AG

6. Die Basler Zeitung AG ist ein Medienunternehmen, das in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Sie ist Herausgeberin der Tageszeitung „Basler Zeitung“ und der wöchentlich erscheinenden Gratiszeitung „BaZ Kompakt“. Zudem betreibt die Basler Zeitung die News-Seite BaZonline.ch.<sup>6</sup>

7. Basler Zeitung ist das von Tamedia zu erwerbende Unternehmen.<sup>7</sup>

#### A.1.3 Zeitungshaus AG

8. Die Zeitungshaus AG ist gemäss Meldung eine klassische Holding-Gesellschaft. Sie verfolge den Zweck der Beteiligung an Medienunternehmen, insbesondere im Bereich Print-Medien.<sup>8</sup>

9. Zeitungshaus ist in Transaktion I das veräussernde Unternehmen und in Transaktion II das erwerbende Unternehmen.<sup>9</sup>

### A.2 Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens

10. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens verkauft Zeitungshaus gemäss Meldung auf der einen Seite sämtliche Aktien der „Basler Zeitung“ an Tamedia (Transaktion I)<sup>10</sup> und auf der anderen Seite verkauft Tamedia ihre Beteiligungen an folgenden Gratisanzeigen an Zeitungshaus: „Tagblatt der Stadt Zürich“, „Furttaler“, „Rümlanger“, „GHI“ und „Lausanne Cités“ (Transaktion II).<sup>11</sup>

11. Durch die Transaktion I erwerbe Tamedia mit dessen Vollzug die alleinige Kontrolle über die Basler Zeitung, durch die Übernahme sämtlicher Aktien.<sup>12</sup>

12. Durch die Transaktion II erwerbe Zeitungshaus die Mehrheitsbeteiligung von 65 % an der Tagblatt der Stadt Zürich AG (nachfolgend: TdSZ). [...] Über die beiden Zeitungen Furttaler und Rümlanger übe bisher Tamedia die alleinige Kontrolle aus. Diese gehe mit Vollzug der Transaktion II auf Zeitungshaus über.<sup>13</sup>

13. GHI werde von der Société de Publication Nouvelles SPN SA (nachfolgend: SPN) gehalten und Lausanne Cités werde von der LC Lausanne cités S.A. (nachfolgend: LC) herausgegeben. An den Unternehmen SPN und LC seien Tamedia und Jean-Marie Fleury gemein-

sam beteiligt, wobei Jean-Marie Fleury ein Vorkaufsrecht hat, welches dieser am 29. Mai 2018 auch ausgeübt habe, sodass die beiden Gratisanzeiger nicht an Zeitungshaus verkauft würden, sondern in die alleinige Kontrolle von Jean-Marie Fleury übergehen würden.<sup>14</sup>

14. Gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien sind Transaktion I und Transaktion II im gleichen Vertrag geregelt und in dem Sinne miteinander verknüpft, dass die eine Transaktion nur stattfände, wenn die andere Transaktion ebenfalls stattfände.<sup>15</sup>

#### A.2.1 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

15. Der Bereich der Tageszeitungen befindet sich gemäss den Zusammenschlussparteien in einem bereits seit Jahren andauernden Konsolidierungsprozess. Dies sei auf sinkende Leserzahlen und massiv rückläufige Werbeeinnahmen zurückzuführen. Hierdurch sei es auch für mittlere Tageszeitungen immer schwieriger geworden, eigenständig ein marktgerechtes Angebot zu produzieren. Gleichzeitig habe der Wettbewerbsdruck durch die elektronischen und digitalen Medien in den vergangenen Jahren derart zugenommen, dass viele mittlere und kleinere Tageszeitungen alleine nicht mehr überlebensfähig wären.<sup>16</sup>

16. So hat gemäss den Zusammenschlussparteien die rasante Verbreitung von Smartphones kombiniert mit laufend steigenden Bandbreiten bei der mobilen Datenübertragung dazu geführt, dass sich ein immer grösserer Teil der Bevölkerung online über das aktuelle Geschehen informiere und auf die Lektüre von Tageszeitungen verzichten würde. So seien Online-Medien nicht nur aktuell, sondern dank mobiler Datenübertragung auch jederzeit und überall verfügbar. Klassische Print-Produkte könnten diesen Vorzügen kaum etwas entgegensetzen. Insbesondere könnten die Tageszeitungen in

<sup>5</sup> Vgl. Meldung, Rz 1.

<sup>6</sup> Vgl. Meldung, Rz 10.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung, Rz 8.

<sup>8</sup> Vgl. Meldung, Rz 20.

<sup>9</sup> Vgl. Meldung, Rz 18.

<sup>10</sup> Vgl. Meldung, Rz 20.

<sup>11</sup> Vgl. Meldung, Rz 23 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Meldung, Rz 24.

<sup>13</sup> Vgl. Meldung, Rz 25.

<sup>14</sup> Vgl. Meldung, Rz 26.

<sup>15</sup> Vgl. Meldung, Rz. 27.

<sup>16</sup> Vgl. Meldung, Rz 29.

Bezug auf die Aktualität mit den Online-Medien nicht mithalten und hätten den gewichtigen Nachteil, dass sie aufgrund des aufwändigen Produktions- und Verteilungsprozesses im Zeitpunkt des Erscheinens – im Vergleich zu den Online-Medien – bereits veraltet seien.<sup>17</sup>

17. Zudem seien die Anbieter von Print-Produkten mit dem strukturellen Problem konfrontiert, dass Werbetreibende, die früher Print-Inserate geschaltet hätten, heute vermehrt auf Online-Produkte, wie beispielsweise Social-Media-Marketing, ausweichen würden. Von dieser Entwicklung sei auch die Basler Zeitung betroffen.<sup>18</sup>

18. Für gedruckte Tageszeitungen würde gemäss Meinung der Zusammenschlussparteien in diesem sich schnell wandelnden Marktumfeld allenfalls die Möglichkeit bestehen, sich von der Online-Welt durch fundierte Hintergrundartikel abzuheben. Eine solche Positionierung würde aber entsprechende Investitionen in die Redaktion, welche für kleinere Titel kaum tragbar seien, verlangen. Um gegenüber den elektronischen Medien bestehen zu können, sei für eine Tageszeitung deshalb die Zugehörigkeit zu einer grösseren Gruppe je länger, desto notwendiger. Dann könnten innerhalb der Gruppe Synergien genutzt werden und trotz der hohen Produktions- und Zustellkosten eine qualitativ hochwertige Tageszeitung zu einem tragbaren Preis angeboten werden, die auch für Werbetreibende noch attraktiv sei.<sup>19</sup>

19. Die Übernahme der Basler Zeitung durch ein grösseres Medienunternehmen wie Tamedia sei die Folge dieser Entwicklung. Der hohe Anteil an Fixkosten im Bereich Produktion (insb. Redaktion) und Zustellung einer Tageszeitung bedeute gleichzeitig, dass ein Zusammenschluss im Bereich der Tageszeitungen zu ausserordentlich hohen Effizienzgewinnen und Synergieeffekten führe. Deshalb seien nach Meinung der Zusammenschlussparteien Unternehmenszusammenschlüsse in diesem Bereich in besonderem Masse effizienzsteigernd.<sup>20</sup>

## A.2.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

20. Gemäss eigenen Ausführungen bezweckt Tamedia mit der Übernahme der Basler Zeitung, die Geschäftstätigkeit im Print-Bereich auszubauen und damit weitere Effizienzvorteile zu erzielen. Tamedia beabsichtige, die Basler Zeitung als eigenständige Tageszeitung für die Region Basel zu erhalten.<sup>21</sup>

21. Zeitungshaus bezwecke mit der Transaktion, den Wert ihrer Beteiligungen an der Basler Zeitung zu realisieren und gleichzeitig den Fortbestand der Basler Zeitung zu sichern.<sup>22</sup>

## A.3 Das Verfahren

22. Mit Schreiben vom 19. April 2018 reichte Tamedia zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben einen Meldungsentwurf ein<sup>23</sup>, dessen Eingang das Sekretariat mit Schreiben vom 23. April 2018<sup>24</sup> bestätigte.

23. Mit Schreiben vom 9. Mai 2018 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung und unterrichtete die Parteien über die Unvollständigkeit der Meldung und notwendigen Ergänzungen bzw. Anpassungen.<sup>25</sup>

24. Am 7. Juni 2018 erhielt das Sekretariat von Tamedia eine „erleichterte Meldung“ des Zusammenschlussvor-

habens<sup>26</sup>, dessen Eingang das Sekretariat gleichtags bestätigte.<sup>27</sup> Mit Schreiben vom 15. Juni 2018 teilte das Sekretariat den Parteien die Unvollständigkeit der Meldung mit und informierte über die notwendigen Ergänzungen bzw. Anpassungen.<sup>28</sup>

25. Am 25. Juni 2018 reichte Tamedia eine ergänzte (erleichterte) Meldung ein<sup>29</sup>, dessen Eingang das Sekretariat ebenfalls mit Schreiben vom 25. Juni 2018 bestätigte.<sup>30</sup>

26. Am 26. Juni 2018 versandte das Sekretariat Fragebogen an insgesamt 16 Anbieter von Werberaum für Inserenten von Stelleninseraten, Fahrzeuginseraten und Immobilieninseraten.<sup>31</sup> Innerhalb erstreckter Fristen antworteten 14 Anbieter von Werberaum für Inserenten auf die Fragebögen.

27. Mit Schreiben vom 4. Juli 2018 teilte das Sekretariat den Parteien die Unvollständigkeit der ergänzten Meldung mit und informierte über die notwendigen Ergänzungen bzw. Anpassungen.<sup>32</sup>

28. Am 6. Juli 2018 reichte Tamedia erneut eine ergänzte (erleichterte) Meldung ein<sup>33</sup>, dessen Eingang das Sekretariat mit Schreiben vom 6. Juli 2018 bestätigte.<sup>34</sup>

29. Mit Schreiben vom 13. Juli 2018 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und setzte Tamedia eine Frist zur Einreichung zusätzlicher Angaben gemäss Art. 15 VKU.<sup>35</sup> Nach erstreckter Frist reichte Tamedia die zusätzlichen Angaben mit Schreiben vom 23. Juli 2018 ein.<sup>36</sup>

30. Mit Schreiben vom 6. August 2018 teilte die WEKO Tamedia mit, dass im Zusammenschlussvorhaben ein Prüfungsverfahren eingeleitet wurde<sup>37</sup> und stellt Tamedia mit Schreiben vom 8. August 2018 die Beschlussbegründung zu.<sup>38</sup>

31. Mit Schreiben vom 8. August 2018 verlangte Tamedia Einsicht in Zahlen, welche in der Beschlussbegründung aufgrund von Geschäftsgeheimnissen abgedeckt wurden.<sup>39</sup> Mit Schreiben vom 8. August 2018 und 13. August 2018 stellte die WEKO Tamedia zusätzliche Informationen zu einem Teil der von Tamedia angefragten Zahlen zu.<sup>40</sup>

<sup>17</sup> Vgl. Meldung, Rz 30.

<sup>18</sup> Vgl. Meldung, Rz 31.

<sup>19</sup> Vgl. Meldung, Rz 32.

<sup>20</sup> Vgl. Meldung, Rz 33.

<sup>21</sup> Vgl. Meldung, Rz 34.

<sup>22</sup> Vgl. Meldung, Rz 35.

<sup>23</sup> Vgl. Act. 1.

<sup>24</sup> Vgl. Act. 2.

<sup>25</sup> Vgl. Act. 3.

<sup>26</sup> Vgl. Act. 4.

<sup>27</sup> Vgl. Act. 5.

<sup>28</sup> Vgl. Act. 6.

<sup>29</sup> Vgl. Act. 7.

<sup>30</sup> Vgl. Act. 8.

<sup>31</sup> Vgl. Act. 11, 12 und 15 – 28.

<sup>32</sup> Vgl. Act. 6.

<sup>33</sup> Vgl. Act. 62.

<sup>34</sup> Vgl. Act. 8.

<sup>35</sup> Vgl. Act. 9.

<sup>36</sup> Act. 84.

<sup>37</sup> Act. 87 und 88.

<sup>38</sup> Act. 90 und 91.

<sup>39</sup> Act. 92.

<sup>40</sup> Act. 93 sowie 111 und 112.



32. Mit Schreiben vom 14. August 2018 stellte Tamedia der WEKO eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Beschlussbegründung zu, welche die WEKO mit Schreiben vom 15. August 2018 zur Stellungnahme an die Basler Zeitung AG zustellte.<sup>41</sup>

33. Mit Schreiben vom 8. August 2018 befragte die WEKO weitere Marktteilnehmer, welche Immobilienportale in der Schweiz betreiben.<sup>42</sup>

34. Mit Schreiben vom 24. August 2018 befragte die WEKO weitere Betreiber von Online-Stellen- und Immobilienportalen mittels eines elektronischen Fragebogens.<sup>43</sup> Am 4. September 2018 mahnte die WEKO die Betreiber von Online-Stellen und Immobilienplattformen.<sup>44</sup>

35. Mit Schreiben vom 27. August 2018 nahm Zeitungshaus zur vorläufigen Prüfung Stellung.<sup>45</sup>

36. Mit Eingabe vom 3. September 2018 nahm Tamedia innert erstreckter Frist zur vorläufigen Prüfung Stellung.<sup>46</sup>

37. Am 7. September 2018 reichte die AZ-Medien AG auf die Veröffentlichung der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens im Bundesblatt Nr. 34 eine Stellungnahme ein.<sup>47</sup>

38. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 verlangte Tamedia Akteneinsicht.<sup>48</sup>

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

39. 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**

40. 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**

41. 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).

42. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch dessen Erwerb oder den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4

VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>49</sup>

43. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über Basler Zeitung zu erwerben (vgl. Rz 3). Es handelt sich somit über einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

44. 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**

45. In der Meldung wird geltend gemacht, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder nach Art. 9 Abs. 1 KG noch nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.<sup>50</sup>

46. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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 (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

<sup>41</sup> Act. 116 und 118.

<sup>42</sup> Act. 94-106.

<sup>43</sup> Act. 128 und 129.

<sup>44</sup> Act. 162 und 163.

<sup>45</sup> Act. 141.

<sup>46</sup> Act. 157 und 158.

<sup>47</sup> Act. 170.

<sup>48</sup> Act. 174.

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

<sup>50</sup> Meldung, Rz 41 ff.

47. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2017 (in Mio. CHF)<sup>51</sup>

|                 | <b>Tamedia</b>  | <b>Basler Zeitung</b> | <b>insgesamt</b>          |
|-----------------|-----------------|-----------------------|---------------------------|
| <b>Schweiz</b>  | <CHF 974.2 Mio. | CHF [0-100 Mio.]      | <CHF [974.2-1'074.2 Mio.] |
| <b>Weltweit</b> | CHF 974.2 Mio.  | CHF [0-100 Mio.]      | CHF [974.2-1'074 Mio.]    |

48. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. 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.

49. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) marktbeherrschend sind.<sup>52</sup> Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia<sup>53</sup> entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Tamedia hat jedoch 2014 ihre Beteiligung an Le Temps an Ringier verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.<sup>54</sup>

50. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betrifft, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

51. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>55</sup> Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.<sup>56</sup> Es ist dabei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll

verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann. Entsprechend erscheint etwa auch ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich.<sup>57</sup>

52. Gemäss Meldung ist Basler Zeitung Herausgeberin der Tageszeitung „Basler Zeitung“ sowie der wöchentlich erscheinende Gratiszeitung „BaZ Kompakt“. Zudem betreibt sie die News-Site BaZonline.ch (vgl. Rz 6). Die Basler Zeitung ist vorwiegend im Raum Basel im Print- und Online-Bereich tätig. Damit betrifft der Zusammenschluss folgende Märkte:

- Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel (nachfolgend: WG 31);
- Lesermarkt für Gratiszeitungen/Anzeiger im WG 31;
- Märkte für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz und im WG 31;
- Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31;
- Märkte für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz und im WG 31;
- Märkte für die Bereitstellung von Online-Firmenwerbung in der Deutschschweiz;
- Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31.

<sup>51</sup> Vgl. Meldung, Rz 37 ff.

<sup>52</sup> Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1 ff., *Ringier/Le Temps*.

<sup>55</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E. 2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>56</sup> Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 310 ff.

<sup>57</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

53. Somit betrifft die geplante Übernahme insbesondere auch den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen im WG 31. Dieser Markt ist räumlich zum Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne, für welchen die marktbeherrschende Stellung von Tamedia in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde, benachbart.

54. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens**

55. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss hinsichtlich dessen Wettbewerbswirkung beurteilt.

##### **B.4.1 Relevante Märkte**

56. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens werden nur diejenigen Märkte untersucht, welche in einem direkten Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen. Hierbei wird ein besonderer Schwerpunkt auf diejenigen Märkte gelegt, in denen es zu Marktanteilsadditionen kommt. Dies sind insbesondere die Leser- und Inserenten-Märkte im Printbereich im WG 31 sowie den Märkten im Online-Bereich.

57. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

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

##### **B.4.1.1 Relevante Märkte im Printbereich**

59. Presseerzeugnisse werden als Plattformmärkte angesehen, auf welchen Leserinnen und Lesern sowie Inserenten zusammentreffen. Gemäss Praxis der WEKO werden bei Presseerzeugnissen die Leser- und Inserentenmärkte jeweils getrennt betrachtet, wobei die Interdependenzen der beiden Märkte zusätzlich bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt werden. Der sachlich relevante Markt eines Presseerzeugnisses bestimmt sich gemäss Praxis der WEKO nach den Charakteristiken des jeweiligen Presseerzeugnisses, insbesondere aufgrund dessen Ausrichtung und Reichweite.<sup>58</sup>

60. Für die Zwecke der Prüfung werden nur diejenigen Märkte näher betrachtet, welche mit dem Zusammenschlussvorhaben verbunden sind. Auf eine Prüfung sämtlicher Märkte auf welchen Tamedia tätig ist, wird daher verzichtet.

##### **Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31**

61. Die Basler Zeitung ist eine bezahlte Tageszeitung, die über lokale/regionale Ereignisse, daneben aber auch über nationale und internationale Ereignisse berichtet.

Sie ist eine typische regionale Tageszeitung, welche überwiegend in der Region Basel nachgefragt wird. Aufgrund des Nachfrageverhaltens der Leser im Raum Basel (WG 31) treffen auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen auf der Nachfrageseite Leser von Tageszeitungen und auf der Angebotsseite Verleger von Tageszeitungen zusammen.<sup>59</sup>

62. Tageszeitungen unterscheiden sich von Gratiszeitungen dadurch, dass diese gegen ein Entgelt des Lesers vertrieben werden. Ein solches Entgelt können Tageszeitungen in der Regel durchsetzen, da sich in der Regel die Qualität der Beiträge sowie die Zusammenstellung der Beiträge von denjenigen von Gratiszeitungen unterscheidet. Dementsprechend sind Gratiszeitungen nicht demselben relevanten Markt wie Tageszeitungen zuzuordnen.

63. Da Tageszeitungen über tagesaktuelle Ereignisse berichten, sind diese in der Regel auch nicht durch Presseerzeugnisse substituierbar, welche weniger häufig (wöchentlich, monatlich oder quartalsweise) erscheinen. Zudem sind gemäss Praxis der WEKO auch Pendlerzeitungen nicht dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen (vgl. auch nachfolgend: Rz 66).<sup>60</sup>

64. In räumlicher Hinsicht zeichnen sich Tageszeitungen durch eine regionale Berichterstattung aus. Praxisgemäss werden daher Lesermärkte für Tageszeitungen geografisch nach WEMF-Wirtschaftsgebieten (nachfolgend: WG) abgegrenzt.<sup>61</sup>

65. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird daher in geographischer Hinsicht der Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 als relevanter Markt abgegrenzt.

##### **Lesermarkt für Gratiszeitungen/Anzeiger im WG 31**

66. Die Basler Zeitung ist Herausgeberin der Gratiszeitung „BaZ Kompakt“. Gemäss Praxis der WEKO wird in der Regel für Gratiszeitungen und Anzeiger ein separater Markt abgegrenzt.<sup>62</sup> Gratiszeitungen und Anzeiger unterscheiden sich sowohl in ihrer Preissetzung als auch in ihrem redaktionellen Inhalt stark von Tageszeitungen oder Lokalzeitungen, weshalb aus Sicht der Marktgegenseite nicht von einer Substituierbarkeit auszugehen ist.

67. In räumlicher Hinsicht ist der Lesermarkt für Gratiszeitungen/Anzeiger ebenfalls anhand der WEMF-Wirtschaftsgebiete abzugrenzen.<sup>63</sup> Entsprechend wird auch dieser Markt im WG 31 als relevanter Markt abgegrenzt.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2015/3, 438 Rz 95 f., Axel Springer Schweiz/Ringier.

<sup>59</sup> Vgl. Meldung, Rz 44 f.

<sup>60</sup> RPW 2009/3, 266 Rz 164, Tamedia/PPSR.

<sup>61</sup> RPW 2009/3, 255 Rz 80, Tamedia/PPSR.

<sup>62</sup> RPW 2007/4, 607 Rz 37, Tamedia/Espace.

<sup>63</sup> RPW 2009/3, 255 Rz 82, Tamedia/PPSR.

#### B.4.1.2 Märkte für Nutzer von News-Sites

68. Praxismässig hat die WEKO gestützt auf einen Entscheid der REKO/WEF jeweils einen Markt für News-Sites abgegrenzt. Dabei handelt es sich um das Online-Angebot von Medienanbietern (Verlage von Tageszeitungen, Radiostationen, Schweizer Radio und Fernsehen etc.), welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.<sup>64</sup>

69. Ausgehend von der Tätigkeit der jeweils beteiligten Unternehmen hat die WEKO die Märkte für News-Sites sowohl sprachregional als auch nach Grossräumen oder auch schon enger nach Wirtschaftsgebiet oder Stammgebiet einer Zeitung abgegrenzt.<sup>65</sup>

70. Mit den Tätigkeiten von Tamedia und der Basler Zeitung als Ausgangspunkt ist der sachlich relevante Markt für News-Sites sowohl nach Sprachregionen als auch nach WEMF-Wirtschaftsgebieten zu unterteilen.

71. In räumlicher Hinsicht ist daher ein Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz und ein Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 abzugrenzen.

#### B.4.1.3 Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen

72. Die WEKO grenzt praxismässig eigenständige Märkte für Rubrikanzeigen ab.<sup>66</sup> Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs hat die WEKO unlängst die Frage aufgeworfen, ob an der Zusammenfassung des Print- und Online-Bereichs in einem einheitlichen Markt festgehalten werden kann. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf die Rubrikanzeigemärkte nicht ändert.<sup>67</sup> Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend wird auch im vorliegenden Verfahren darauf verzichtet, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich aber weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwicklungen im Online-Bereich, die Marktabgrenzung anders vorzunehmen.

73. Die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen unterteilt die WEKO zunächst anhand der Marktgegenseite in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt. Sodann hat die WEKO diese Märkte jeweils nach Inhalt der Rubrikanzeigen weiter unterteilt. Praxismässig unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen.<sup>68</sup>

74. Hinsichtlich der Frage, welche Arten von Rubrikanzeigen im jeweils sachlich relevanten Markt zu berücksichtigen sind, kann auf die Definition eines Marktes zurückgegriffen werden. Ein Markt wird als Ort definiert, auf dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen, um durch eine Transaktionsbeziehung eine für beide Seiten günstigere Allokation der Dienstleistungen und Güter zu erreichen. Fehlt eine der beiden Seiten (Anbieter oder Nachfrager) oder kommt keine Autausch- bzw. Transaktionsbeziehung zustande, liegt kein Markt vor.

75. Basierend auf der Marktdefinition werden Metaportale bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt. Leser/Nutzer fragen als Dienstleistung eine Übersicht über Inserate nach, welche eine Plattform

bereitstellt. Hierbei werden dem Nutzer sowohl eigene wie auch übernommene Inserate angezeigt.

76. Inserentenseitig gehören Metaportale bzw. gespider-te<sup>69</sup> Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den die Rubrikanzeige Ausschreibenden geschaltet werden. Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Webseiten übernommen. Somit kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Inserenten als Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats und dem Portalbetreiber als Anbieter von Raum für die Schaltung eines Inserats.

77. Ähnliches gilt auch für Rubrikanzeigen, welche auf einer Unternehmenswebseite geschaltet werden. Auch hier kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Betreiber der Webseite und dem Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats, da diese in einer Person zusammenfallen und daher nicht von einer Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zwischen Anbieter und Nachfrager gesprochen werden kann.

78. Nutzer-/Leserseitig werden Rubrikanzeigen auf den Unternehmenswebsites der ausschreibenden Unternehmen nicht berücksichtigt. Dies insbesondere, weil Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen, welche ein Rubrikanzeigenportal besuchen nicht einzig an Rubrikanzeigen eines einzelnen Anbieters interessiert sind. Nutzer/Leser, welche lediglich eine Unternehmenswebseite besuchen, sind an Rubrikanzeigen des jeweils spezifischen Unternehmens interessiert. Zwar können Nutzer/Leser oft einen Grossteil der Rubrikanzeigen eines spezifischen Unternehmens auch auf Rubrikanzeigenportalen finden. Somit kann für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen von einem bestimmten Inserenten eine einseitige Substituierbarkeit durch Rubrikanzeigenportale gegeben sein. Hingegen dürften für einen Nutzer/Leser, der nicht nach Rubrikanzeigen eines bestimmten Unternehmens sucht, die verschiedenen einzelnen Unternehmenswebseiten kein Substitut darstellen, da die von einem Rubrikanzeigenportal erbrachte Aggregationsdienstleistung betreffend die Rubrikanzeigen verschiedener Inserenten in der Regel nicht von jedem einzelnen Nutzer/Leser durch den Besuch sämtlicher Unternehmenswebseiten möglicher inserierender Unternehmen erbracht werden kann. Aus demselben Grund rechtfertigt es sich allerdings in den Märkten für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen Metaportale zur Marktanteilsberechnung hinzuzuziehen (vgl. Rz 75).

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2014/4, 711 Rz 4, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 259 Rz 97 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>67</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 Rz 47 f., *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>69</sup> Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internetseiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten (z.B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten (vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

79. Gemäss Meldung können Inserenten in der Basler Zeitung, im BaZ Kompakt sowie auf BaZonline.ch sämtliche Arten von Rubrikanzeigen schalten bzw. sind dort für Nutzer/Leser zugänglich.<sup>70</sup> So bietet die Plattform der Basler-Zeitung „BaZ.Markt“ die Möglichkeit Rubrikanzeigen in den Kategorien Flohmarkt, Ferien-Reise-Tourismus, Ausbildung sowie Geburt, Hochzeit, Verlobung zu schalten.<sup>71</sup> Daneben betreibt die Basler Zeitung mit immo.BaZ.ch eine Plattform im Bereich Immobilien-Rubrikanzeigen und mit verlag.BaZ.ch/stellenmarkt/ eine Plattform im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen.<sup>72</sup> Daher sind in sachlicher Hinsicht Rubrikanzeigenmärkte abzugrenzen.

80. In räumlicher Hinsicht werden die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregional als auch nach Wirtschaftsgebieten, vorliegend für das WG 31, abgegrenzt.<sup>73</sup>

#### **Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)**

81. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche in einem Print-Medium oder auf einer Online-Plattform eine entsprechende Rubrikanzeige aufschalten möchten.<sup>74</sup>

82. Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren wird an der bisherigen Marktabgrenzung festgehalten. Dies bedeutet, dass Online-Plattformen wie ricardo.ch und ebay.ch den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) zuzuordnen sind.<sup>75</sup>

83. Es wäre künftig allenfalls auch denkbar, Online-Plattformen wie ricardo.ch, ebay.ch und Amazon Marketplace Märkten für sog. e-Commerce-Marktplätze zuzuordnen. Solche Märkte für e-Commerce-Marktplätze würden Online-Plattformen umfassen, über welche Drittanbieter Waren anpreisen und absetzen können, wobei (zumindest) der Vertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) innerhalb der Plattform zustande kommt.<sup>76</sup>

#### **Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen**

84. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten.<sup>77</sup>

85. Hinsichtlich gespiderter Inserate sowie Inserate auf Unternehmenswebseiten kann auf Rz 75 f. verwiesen werden.

86. Demnach werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilienrubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt.

#### **Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen**

87. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten.<sup>78</sup>

88. Hinsichtlich gespiderter Inserate sowie Inserate auf eigenen Webseiten kann auf Rz 75 f. verwiesen werden.

89. In räumlicher Hinsicht ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sowohl von sprachregionalen als auch von regionalen Märkten auszugehen, weshalb vorliegend die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt werden.

#### **Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen**

90. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Fahrzeug-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.<sup>79</sup>

91. Hinsichtlich gespiderter Inserate sowie Inserate auf eigenen Webseiten kann auf Rz 75 f. verwiesen werden.

92. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt.

#### **Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen**

93. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in

<sup>70</sup> Vgl. Meldung, Rz 74 und 51.

<sup>71</sup> Vgl. <www.verlag.BaZ.ch/BaZmarkt/inserieren.cfm> (30.07.2018).

<sup>72</sup> Vgl. <http://immo.baz.ch/> bzw. <http://verlag.baz.ch/stellenmarkt/> (31.07.2018).

<sup>73</sup> Vgl. RPW 2017/4, 584 Rz 58, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>74</sup> Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 58 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2009/3, 262 f. Rz 131 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>75</sup> Vgl. dazu insb. RPW 2013/3, 373 Tabelle 11 und 357 Rz 15, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2015/3, 475 Rz 65 ff. *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2014/4, 761 Rz 40, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 361 Rz 60, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

<sup>78</sup> Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/3, 361 Rz 61, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*.

<sup>79</sup> Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 62, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

welchen Immobilien-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.<sup>80</sup> Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt (vgl. auch Rz 75).

94. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt.

#### **Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen**

95. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt (vgl. auch Rz 75).<sup>81</sup>

96. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt.

#### **Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen**

97. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.<sup>82</sup> Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt (vgl. auch Rz 75).

98. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 abgegrenzt.

#### **B.4.1.4 Märkte für (Print- / Online-) Ankündigungsanzeigen**

99. In Analogie zu den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen rechnet die WEKO die Print- und Online-Ankündigungsanzeigen ebenfalls demselben sachlich relevanten Markt zu. Der Markt für (Print- / Online-) Ankündigungsanzeigen ist weiter in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt zu unterteilen.<sup>83</sup>

100. Ebenfalls in Analogie zu den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Märkte für (Print- und Online-) Ankündigungsanzeigen grundsätzlich sowohl sprachregional als auch nach WG 31 abgegrenzt.<sup>84</sup>

#### **B.4.1.5 Werbemärkte**

##### **Märkte für Print-Firmenwerbung**

101. In den Märkten für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung bieten die Verlage den Unternehmen

Werberaum an. Gemäss der bisherigen Praxis unterscheidet die WEKO (u.a.) zwischen nationaler Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern.<sup>85</sup> Die übrigen Märkte für Print-Firmenwerbungen sind gemäss Meldung vom Zusammenschluss nicht betroffen, da die Basler Zeitung auf diesen Märkten nicht tätig sei.<sup>86</sup> Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird daher auf eine nähere Prüfung der übrigen Märkte für Printfirmenwerbung verzichtet.

102. In räumlicher Hinsicht wird der Markt für nationale Print-Firmenwerbung sprachregional abgegrenzt. Die räumliche Marktabgrenzung der lokalen/regionalen Print-Firmenwerbung erfolgt gemäss Praxis der WEKO analog der Lesermärkte grundsätzlich nach Verbreitungsgebiet. Da das Verbreitungsgebiet in der Regel mit dem korrespondierenden WEMF-Wirtschaftsgebiet deckungsgleich ist, erfolgt die räumliche Marktabgrenzung nach WEMF-Wirtschaftsgebieten.<sup>87</sup>

103. Dementsprechend werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Märkte für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und für lokale/Regionale Print-Firmenwerbung in Tages- und Lokalzeitungen sowie Anzeigern im WG 31 abgegrenzt.

##### **Märkte für Online-Firmenwerbung**

104. Im Bereich der Online-Firmenwerbung unterscheidet die WEKO grundsätzlich zwischen der Bereitstellung von Online-Werbeflächen und der Vermittlung von Online-Werbeflächen.<sup>88</sup> Gemäss Meldung ist die Basler Zeitung nicht im Bereich der Vermittlung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung tätig. Der Bereich der Vermittlung sei für den vorliegenden Zusammenschluss somit nicht relevant.<sup>89</sup> Somit ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die nähere Prüfung der Vermittlung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung zu verzichten.

<sup>80</sup> Vgl. RPW 2014/4, 761 Rz 40, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 362 Rz 64, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 673 Rz 45, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

<sup>81</sup> Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 65, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 11, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 66, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>83</sup> Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, 59 Rz 252 f. (abrufbar auf <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner / Starticket); RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*.

<sup>84</sup> Vgl. RPW 2014/4, 714 Rz 60, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 261 Rz 119, *Tamedia/PPSR*.

<sup>85</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 50, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 f. Rz 165 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>86</sup> Vgl. Meldung, Rz 63.

<sup>87</sup> Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>88</sup> Vgl. RPW 2012/1, 153 Rz 94, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>89</sup> Vgl. Meldung, Rz 72.

105. Bei der Bereitstellung von Online-Werbung ist so- dann gemäss Praxis der WEKO zwischen statischen und dynamischen Werbeformen zu unterscheiden.

106. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online- Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Bannerwerbung direkt an Werbetrei- bende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nach- fragen, gegenüber. Statische Werbeformen sind häufig Gegenstand einer direkten und meist längerfristigen Vertragsbeziehung mit dem Werbetreibenden. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für sta- tische Werbeformen gehört insbesondere Bannerwer- bung.<sup>90</sup>

107. Gemäss Meldung können Werbetreibende auf der News-Site „BaZonline.ch“ Banner-Werbung buchen.<sup>91</sup>

108. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprach- regional abgegrenzt.<sup>92</sup> Auch für das vorliegende Zu- sammenschlussvorhaben ist eine räumliche Marktab- grenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

109. Die Basler Zeitung biete keine Suchmaschinenwer- bung an, stelle aber seit kurzem Werberaum für Netz- werkwerbung bereit.<sup>93</sup>

110. Zum Markt für die Bereitstellung von Online- Werbung für dynamische Werbeformen gehört insbe- sondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.<sup>94</sup> Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dyna- mische Werbeformen wurde bisher national oder sprach- regional abgegrenzt.<sup>95</sup> Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die räumliche Abgrenzung vorliegend aufgrund der sehr geringen Marktanteile in diesem Bereich allerdings offengelassen werden.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

##### **B.4.2.1 Betroffene Märkte**

111. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumli- chen 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 Zusammen- schlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

112. Wie erwähnt dient die Prüfung der Beurteilung, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbe- herrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (vgl. Rz 55). Dazu ist in den betroffenen Märkten die Wettbewerbssituation, insbesondere der aktuelle und allenfalls der potenzielle Wettbewerb zu analysieren.

113. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass nicht einzig auf die Markt- anteile abzustellen ist. So begründen hohe Marktanteile

nach schweizerischer Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU nicht die Vermutung einer marktbe- herrschenden Stellung.<sup>96</sup> Allerdings kann ein Marktanteil von 50 % oder mehr ein Indiz für eine marktbeherr- schende Stellung darstellen.<sup>97</sup>

114. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustel- len ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick der Situation. Dabei ist zudem zu berücksich- tigen, dass sich bei Plattformmärkten („two-sided mar- kets“ oder „multi-sided business“) aufgrund der Zweisei- tigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.<sup>98</sup> Somit kann bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte eine marktbeherrschende Stellung bestehen. Da insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertrags- möglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem über elektronische Medien realisierten Volumen (z.B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, spielen für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle. Daher sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) in den einzelnen Märkten zu berücksichtigen. Dies bedeutet insbesondere für Rubrikanzeigen, dass neben den Nutzerzahlen, der An- zahl Inserate auch der mit Inseraten und/oder Nutzern erzielte Umsatz zur Berechnung der Marktanteile heran- zuziehen ist.

115. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherr- schende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung be- ziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch den zusam- menschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz oder durch Portfolioeffekte begründet oder verstärkt werden kann. Dabei ist insbesondere zu berücksich- tigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf seine Tochterunternehmen oder auf Gemeinschaftsunterneh- men, an welchen das Mutterunternehmen beteiligt ist, ausgegangen werden kann. Selbst wenn also ein kon- trollerlangendes Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierlangende Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem frag- lichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusam- menschlussvorhaben wegfällt.

<sup>90</sup> Vgl. RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>91</sup> Vgl. Meldung, Rz 67.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

<sup>93</sup> Vgl. Meldung, Rz 70.

<sup>94</sup> Vgl. RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>95</sup> Vgl. RPW 2016/1, 271 Rz 112, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

<sup>96</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publi- groupe SA et al./WEKO*.

<sup>97</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publi- groupe SA et al./WEKO*.

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2017/4, 587 Rz 68, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3 485 Rz 117, *Tamedia/ricardo.ch*.

116. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z.B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeu-

tung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>99</sup>

117. In der nachfolgenden Tabelle finden sich eine Zusammenfassung jener Märkte, in denen sowohl Tamedia als auch die Basler Zeitung tätig sind unter Angabe der entsprechenden Marktanteile für das Jahr 2017.<sup>100</sup>

Tabelle 3: Marktanteile Tamedia und Basler Zeitung 2017

| Relevante Märkte   | Marktanteile Tamedia | Marktanteile Basler Zeitung | Gemeinsamer Marktanteil | Betroffener Markt |
|--|----------------------|-----------------------------|-------------------------|-------------------|
| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 <sup>101</sup>  | [0-10] %             | [40-50] %                   | [40-60] %               | Ja                |
| Lesermarkt für Gratiszeitungen/-anzeiger im WG 31 <sup>102</sup>   | [0-10] %             | [10-20] %                   | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz <sup>103</sup>   | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 <sup>104</sup>  | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz nach Anzahl Inseraten <sup>105</sup> | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz nach Umsatz                          | [0-10] %             | [0-10] %                    | [0-20] %                | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31 nach Anzahl Inseraten <sup>106</sup>              | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31 nach Umsatz                                       | [0-10] %             | [0-10] %                    | [0-20] %                | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Anzahl Inseraten <sup>107</sup>                             | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Umsatz  | [50-60] %            | [0-10] %                    | [50-70] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Anzahl Inseraten <sup>108</sup>  | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Umsatz   | [50-60] %            | [0-10] %                    | [50-70] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Anzahl Inseraten <sup>109</sup>                            | [40-50] %            | [0-10] %                    | [40-60] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Umsatz   | [0-10] %             | [0-10] %                    | [0-20] %                | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Anzahl Inseraten <sup>110</sup>   | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Umsatz  | [0-10] %             | [0-10] %                    | [0-20] %                | Nein              |

<sup>99</sup> Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>100</sup> Vgl. Meldung, Rz 43 und 76 ff.

<sup>101</sup> Vgl. Meldung, Rz 84.

<sup>102</sup> Vgl. Meldung, Rz 86.

<sup>103</sup> Vgl. Meldung, Rz 87.

<sup>104</sup> Vgl. Meldung, Rz 88.

<sup>105</sup> Vgl. Meldung, Rz 122.

<sup>106</sup> Vgl. Meldung, Rz 123.

<sup>107</sup> Vgl. Meldung, Rz 112.

<sup>108</sup> Vgl. Meldung, Rz 116.

<sup>109</sup> Vgl. Meldung, Rz 120.

<sup>110</sup> Vgl. Meldung, Rz 121.



| Relevante Märkte   | Marktanteile Tamedia | Marktanteile Basler Zeitung | Gemeinsamer Marktanteil | Betroffener Markt |
|--|----------------------|-----------------------------|-------------------------|-------------------|
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Anzahl Inseraten <sup>111</sup>                | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nach Umsatz   | [50-60] %            | [0-10] %                    | [50-70] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Anzahl Inseraten <sup>112</sup>                             | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 nach Umsatz  | [40-50] %            | [10-20] %                   | [50-70] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz <sup>113</sup>          | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31 <sup>114</sup>                       | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>115</sup>                                      | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 <sup>116</sup>   | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>117</sup>                                     | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug Rubrikanzeigen im WG 31 <sup>118</sup>  | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>119</sup>                                   | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien Rubrikanzeigen im WG 31 <sup>120</sup>  | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz <sup>121</sup>   | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 31 <sup>122</sup>  | [0-10] %             | [10-20] %                   | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz <sup>123</sup>  | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 31 <sup>124</sup>   | [10-20] %            | [0-10] %                    | [10-30] %               | Nein              |
| Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz <sup>125</sup> | [30-40] %            | [0-10] %                    | [30-50] %               | Ja                |
| Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31 <sup>126</sup>      | [0-10] %             | [20-30] %                   | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz <sup>127</sup>   | [20-30] %            | [0-10] %                    | [20-40] %               | Ja                |
| Markt für die Bereitstellung von dynamischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz <sup>128</sup>  | [0-10] %             | [0-10] %                    | [0-20] %                | Nein              |

<sup>111</sup> Vgl. Meldung, Rz 118.

<sup>112</sup> Vgl. Meldung, Rz 119.

<sup>113</sup> Vgl. Meldung, Rz 105.

<sup>114</sup> Vgl. Meldung, Rz 106.

<sup>115</sup> Vgl. Meldung, Rz 89.

<sup>116</sup> Vgl. Meldung, Rz 94.

<sup>117</sup> Vgl. Meldung, Rz 101.

<sup>118</sup> Vgl. Meldung, Rz 103.

<sup>119</sup> Vgl. Meldung, Rz 97.

<sup>120</sup> Vgl. Meldung, Rz 99.

<sup>121</sup> Vgl. Meldung, Rz 124.

<sup>122</sup> Vgl. Act. 84, Rz 3.

<sup>123</sup> Vgl. Meldung, Rz 107.

<sup>124</sup> Vgl. Act. 84, Rz 2.

<sup>125</sup> Vgl. Meldung, Rz 108.

<sup>126</sup> Vgl. Meldung, Rz 109.

<sup>127</sup> Vgl. Meldung, Rz 110.

<sup>128</sup> Vgl. Meldung, Rz 111.

118. Nachfolgend werden für die einzelnen betroffenen Märkte, in denen sowohl Tamedia als auch die Basler

Zeitung tätig sind, jeweils die Entwicklung der eigenen Marktanteile sowie die Entwicklung der Marktanteile der drei wichtigsten Konkurrenten ausgewiesen.

119. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>129</sup>

#### B.4.2.2 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklung im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31

| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 |      |             |                         |                     |                |           |          |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|----------------|-----------|----------|
| Zeit-<br>raum                          | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber   |           |          |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | AZ Me-<br>dien | Ringier   | NZZ AG   |
| 2017                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]          | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %           | [30-40] %      | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]          | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %           | [20-30] %      | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]          | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %           | [20-30] %      | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]          | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %           | [20-30] %      | [10-20] % | [0-10] % |

120. Im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 wird Tamedia nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [40-50] % verfügen. Der nächst grössere Wettbewerber ist AZ Medien mit einem Marktanteil von [30-40] %. Danach folgen Ringier und NZZ AG (nachfolgend: NZZ) mit Marktanteilen von [10-20] % resp. [0-10] %. Unter diesen Umständen bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme der BaZ durch Tamedia eine Einzelmarktbeherrschung im Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel begründet oder verstärkt. Demgegenüber stellt sich aufgrund der vorliegenden Grössenverhältnisse die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen den Zusammenschlussparteien einerseits sowie AZ Medien und NZZ andererseits, da diese einen gemeinsamen Marktanteil von ca. [80-90] % auf sich vereinen (vgl. hinten Abschnitt B.4.3.1).

<sup>129</sup> Vgl. Beilage 9 zur Meldung.

### B.4.2.3 Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz

121. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>130</sup>

Tabelle 5: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz

| Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz |         |             |                         |                |              |           |           |
|---|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |           |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier      | NZZ       | SRG SSR   |
| 2017  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2016  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2015  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2014  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |

122. Im Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz führt der Zusammenschluss nur zu einer geringen Marktanteilsaddition. Tamedia wird nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [20-30] % verfügen. Daneben sind auf dem Markt drei Konkurrenten mit Marktanteilen von zwischen [0-10] % und [10-20] % vorhanden. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Markt

für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz eine einzelmarktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### B.4.2.4 Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31

123. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>131</sup>

Tabelle 6: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31

| Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 |         |             |                         |                |              |           |           |
|--|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum                            | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |           |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier      | NZZ       | SRG SSR   |
| 2017                                     | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|  | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2016                                     | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|  | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] % |

<sup>130</sup> Vgl. Beilage 10 zur Meldung.

<sup>131</sup> Vgl. Beilage 11 zur Meldung.

| Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 |         |             |                         |                     |              |           |            |
|--|---------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|------------|
| Zeit-<br>raum                            | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |            |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Ringier      | NZZ       | SRG<br>SSR |
| 2015                                     | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]      |
|  | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] %  |
| 2014                                     | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]      |
|  | In %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [10-20] %  |

124. Im Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 wird Tamedia nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [20-30] % verfügen. Die drei stärksten Konkurrenten auf dem Markt weisen Marktanteile zwischen [10-20] % und [10-20] % auf. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31 eine einzelmarktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.5 Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

##### B.4.2.5.1. Aktueller Wettbewerb

125. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren für die Deutschschweiz präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien inserentenseitig wie folgt:<sup>132</sup>

Tabelle 7: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |                            |          |          |
|---|---------|-------------|-------------------------|---------------------|----------------------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber               |          |          |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Netzmarkt<br>Internetserv. | SECO     | X-Cept   |
| 2017  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]                      | [...]    | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %                  | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]                      | [...]    | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %                  | [0-10] % | [0-10] % |
| 2015  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]                      | [...]    | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %                  | [0-10] % | [0-10] % |
| 2014  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]                      | [...]    | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [0-10] %                   | [0-10] % | [0-10] % |

<sup>132</sup> Vgl. Beilage 29 zur Meldung.

Tabelle 8: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am Umsatz<sup>133</sup>

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |      |             |           |          |              |          |          |          |
|---|------|-------------|-----------|----------|--------------|----------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | ZSP       |          | Wettbewerber |          |          |          |
|   |      |             | Tamedia   | BaZ      | NZZ          | AZ       | Somedia  | Monster  |
| 2017  | TCHF | [...]       | [...]     | [...]    | [...]        | [...]    | [...]    | [...]    |
|   | in % | 100 %       | [50-75] % | [0-10] % | [0-20] %     | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016  | TCHF | [...]       | [...]     | [...]    | [...]        | [...]    | [...]    | [...]    |
|   | in % | 100 %       | [50-70] % | [0-10] % | [0-20] %     | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2015  | TCHF | [...]       | [...]     | [...]    | [...]        | [...]    | [...]    | [...]    |
|   | in % | 100 %       | [45-65] % | [0-10] % | [0-20] %     | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |

Tabelle 9: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am Umsatz und bereinigt<sup>134</sup>

| Jahr | Gesamtmarkt | Tamedia   |  | BaZ      | NZZ      | AZ       | Somedia  | Monster  |
|------|-------------|-----------|--|----------|----------|----------|----------|----------|
| 2017 | [...]       | [50-75] % |  | [0-10] % | [0-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016 | [...]       | [50-75] % |  | [0-10] % | [0-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2015 | [...]       | [50-75] % |  | [0-10] % | [0-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |

126. Im korrespondierenden Nutzermarkt präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>135</sup>

Tabelle 10: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                |                  |          |          |
|--|---------|-------------|-------------------------|----------------|------------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber     |          |          |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Recruit Holdings | NZZ      | Ringier  |
| 2017   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]            | [...]    | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [0-10] %         | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]            | [...]    | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [0-10] %         | [0-10] % | [0-10] % |

<sup>133</sup> Bei den Umsatzzahlen ist zu berücksichtigen, dass diese weitgehend auf Schätzungen der Zusammenschlussparteien zurückgehen. Diese Schätzungen weichen allerdings zum Teil in erheblichem Masse zugunsten der Zusammenschlussparteien von den Angaben der befragten Marktteilnehmer ab.

<sup>134</sup> In der Bereinigung wurden für diejenigen Wettbewerber, die aufgrund der Fragebogenantworten konkrete Zahlen geliefert haben, diese verwendet. Zudem wurde der von den Zusammenschlussparteien geschätzte Umsatz, der nicht aufgeführten Stellenportale (Restumsatz) gekürzt.

<sup>135</sup> Vgl. Beilage 12 zur Meldung.

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |                     |          |          |
|--|---------|-------------|-------------------------|---------------------|---------------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber        |          |          |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Recruit<br>Holdings | NZZ      | Ringier  |
| 2015   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] % | [0-10] % |
| 2014   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] % | [0-10] % |

127. Sowohl im Rahmen der Zusammenschlussprüfung *JobCloud/JobScout24*<sup>136</sup> als auch bei *Tamedia/ricardo.ch*<sup>137</sup> wurden die Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen einer vertieften Analyse unterzogen. Mit Stellungnahmen vom 10. August 2015 gelangte die WEKO in den beiden Zusammenschlussprüfungen damals jeweils zum Schluss, dass JobCloud bzw. Tamedia, auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen über eine sehr starke Stellung verfügt. Es war davon auszugehen, dass JobCloud bzw. Tamedia zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Durch die beiden vorgenannten Zusammenschlüsse kam es darüber hinaus zu weiteren Marktanteilsadditionen.<sup>138</sup> Die damalige Beurteilung ist auch heute noch zutreffend. Seitens der Zusammenschlussparteien wird auch nicht geltend gemacht, es hätten sich auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen in den letzten drei Jahren grundlegende Veränderungen eingestellt. Es wird in diesem Zusammenhang lediglich aufgeführt, dass das Marktvolumen in den letzten Jahren gewachsen sei und dass für die nächsten drei Jahre von einem weiteren Wachstum auszugehen sei.<sup>139</sup>

128. Eine Befragung der Wettbewerber von Tamedia und Basler Zeitung im Bereich Stellenrubrikanzeigen ergab, dass die überwiegende Mehrheit die unter JobCloud zusammengefassten Plattformen von Stellen-Rubrikanzeigen als dominant bezeichnen. Einzig das SECO kam zum Schluss, dass kein Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>140</sup>

129. Tamedia ist nach wie vor die grösste Wettbewerberin auf den Märkten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz. Ihr Marktanteil von aktuell [20-30] % (inserentenseitig) bzw. [20-30] % nutzerseitig scheint zwar auf den ersten Blick nicht sonderlich hoch. Dazu ist anzumerken, dass sich aufgrund der Zweiseitigkeit von Plattformmärkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann (vgl. oben Rz 114). Betrachtet man zudem das Kommerzialisierungspotenzial, welches über Inserate realisiert werden kann, so vereinigen die Zusammenschlussparteien über [60-70] % des Gesamtmarktvolumens auf sich.

130. Die Nutzerzahlen liefern einen ersten Überblick über den Bekanntheitsgrad einer Plattform. Da Stellensuchende in der Regel mehrere Stellenportale besuchen

(Multihoming), sind die absoluten auf Basis der Besucher der Plattformen errechneten Marktanteile wenig aussagekräftig. Vielmehr ist die Differenz der Marktanteile zu den jeweiligen Wettbewerbern massgeblich, um die Bedeutung der Nutzerschaft für die Stellenplattform zu ermitteln. Zudem ist ausschlaggebend, inwieweit sich hohe Nutzerzahlen auch monetarisieren lassen. Das heisst, inwieweit hohe Nutzerzahlen dazu führen, dass Inserenten bereit sind, direkt auf der entsprechenden Plattform zu inserieren und dafür auch etwas zu bezahlen.

131. Inserentenseitig dürfen – wie oben erwähnt (vgl. Rz 74) – gespiderte Stellen-Rubrikanzeigen nicht berücksichtigt werden, da gespiderte Objekte nicht direkt auf eine Transaktion mit einem Inserenten zurückzuführen sind. Viele Stellenportale führen aber sowohl gespiderte – sei dies von Stellenportalen, Unternehmenswebseiten oder Webseiten von Personaldienstleistern – als auch bei ihnen direkt gebucht Inserate auf, wobei dies aus den Angaben zu Inseraten auf den Webseiten der Plattformbetreiber nur teils ersichtlich ist.<sup>141</sup>

132. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bspw. bei der JobCloud AG (nachfolgend: JobCloud)<sup>142</sup> das Schalten eines Stelleninserates für einen Monat zwischen 650 Franken und 1 290 Franken kostet,<sup>143</sup> während das Schalten von Inseraten auf zahlreichen anderen Portalen – insb. auch auf den Portalen der drei grössten Online-Wettbewerber (berechnet auf die Anzahl Inserate) – kostenlos ist. Dieses im Vergleich zu den Wettbewerbern hohe Preisniveau spiegelt sich auch in den auf den

<sup>136</sup> Vgl. RPW 2015/3, 507 ff, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>137</sup> Vgl. RPW 2015/3, 470 ff, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>138</sup> Vgl. RPW 2015/3, 530 f. Rz 165, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 470 ff, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>139</sup> Vgl. Meldung, Rz 160 f. und 150 f.

<sup>140</sup> Eingabe des SECO vom 28. Juni 2018.

<sup>141</sup> Vgl. dazu auch RPW 2015/3, 488 f. Rz 121 ff und 492 Rz 144, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>142</sup> JobCloud ist im Jahr 2013 durch die Fusion der jobs.ch AG und der Jobup AG entstanden. Im Portfolio von JobCloud befinden sich neben den beiden regionalen Marktführern und Generalistenportalen jobs.ch und jobup.ch auch die beiden Kaderportale ALPHA.CH und Topjobs.ch. Die beiden Medienhäuser Ringier und Tamedia sind je zu 50 % an JobCloud beteiligt (vgl. <www.jobcloud.ch/c/de-ch/about/company-history/> (30.07.2018) ).

<sup>143</sup> <www.jobcloud.ch/c/de-ch/warum-jobcloud/german-ch-job-advertising> (30.07.2018).

Umsatzzahlen berechneten Marktanteilen wider. Es zeigt sich zudem, dass im Bereich Stellenrubrikanzeigen Tamedia ihren Marktanteil stark hat ausbauen können. So wachsen die Marktanteile von Tamedia derzeit um rund [0-10] % pro Jahr. Dies zeigt starke Verdrängungstendenzen seitens Tamedia auf die übrigen Marktteilnehmer.

133. Insgesamt zeigt die Analyse der aktuellen Konkurrenz, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Tamedia bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch die Übernahme der BaZ kommt es – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Diese führen zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Tamedia im Bereich der Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz. Gleichzeitig muss allerdings auch berücksichtigt werden, dass durch den in Transaktion II vereinbarten Verkauf gleichzeitig Medien, über welche Stellenrubrikanzeigen vertrieben werden, an die Zeitungshaus AG veräussert werden, was die marktbeherrschende Stellung von Tamedia wiederum geringfügig schwächt.

#### B.4.2.5.2. Potentieller Wettbewerb

134. Gemäss Meldung sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutritts-

schwellen tief. Ein Online-Portal lasse sich schnell, einfach und kostengünstig realisieren. Der notwendige Traffic, um für Inserenten und Nutzer attraktiv zu werden, lasse sich nach Aussagen von Tamedia ebenfalls rasch generieren. Das sogenannte Spidern von Inseraten sei in der Schweiz legal. Jeder Anbieter könne dadurch Rubrikanzeigen der grossen Portale übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. Dadurch habe jeder Marktteilnehmer die Möglichkeit, schnell und nahezu kostenlos eine grosse Anzahl von Rubrikanzeigen zu publizieren. Damit locke das Portal Nutzer an und werde für die Inserenten attraktiv.<sup>144</sup>

135. Mit Marktzutritten im Online-Bereich ist gemäss Meldung jederzeit zu rechnen. Dazu würden vor allem auch die geringen Marktzutrittsschwellen beitragen. Konkrete künftige Marktzutritte seien indessen keine bekannt.<sup>145</sup>

136. Für konkrete Marktzutritte in den vergangenen fünf Jahren wird in der Meldung auf die Nutzermärkte verwiesen.<sup>146</sup> Dort wird ausgeführt, dass in den letzten Jahren zahlreiche Online-Plattformen für Stellen neu in den Markt eingetreten seien.<sup>147</sup> Nachfolgend werden die in der Meldung genannten tatsächlichen Marktzutritte in den letzten fünf Jahren mit den jeweiligen Marktanteilen für das Jahr 2017 aufgeführt.<sup>148</sup>

Tabelle 11: Tatsächlichen Marktzutritte in den letzten fünf Jahren mit den Marktanteilen für das Jahr 2017

| Titel            | Kontrollrechtsinhaber      | Marktanteil 2017 |
|------------------|----------------------------|------------------|
| Experteer.ch     | Experteer GmbH             | [0-10] %         |
| jobdirectory.ch  | Seite existiert nicht mehr | [0-10] %         |
| janzz.com        | JANZZ Ltd                  | [0-10] %         |
| hirschfactor.com | Seite existiert nicht mehr | [0-10] %         |
| Kununu.com       | XING AG                    | [0-10] %         |
| recomy.ch        | Seite existiert nicht mehr | [0-10] %         |
| silp.com         | SilpAG                     | [0-10] %         |
| freshjobs.ch     | required gmbh              | [0-10] %         |
| jobooh.ch        | jobooh.ch                  | [0-10] %         |
| jacando.com      | Jacando AG                 | [0-10] %         |
| neuvoo.ch        | Neuvoo SARL                | [0-10] %         |
| markenjobs.ch    | Metapage AG                | [0-10] %         |

<sup>144</sup> Vgl. Meldung, Rz 228.

<sup>145</sup> Vgl. Meldung, Rz 209 f.

<sup>146</sup> Vgl. Meldung, Rz 199.

<sup>147</sup> Vgl. Meldung, Rz 189.

<sup>148</sup> Vgl. Meldung, Beilage 37.

| Titel           | Kontrollrechtsinhaber | Marktanteil 2017 |
|-----------------|-----------------------|------------------|
| 100000job.ch    | Jobchannel ag         | [0-10] %         |
| Myjob.ch        | AZ Medien             | [0-10] %         |
| jobeo.ch        | JOBEO SA              | [0-10] %         |
| johdi.ch        | JoHdi Services Sàrl   | [0-10] %         |
| Google for Jobs | Google                | [0-10] %         |
| Facebook        | Facebook              | [0-10] %         |

137. Der Aufbau einer Online-Stellen-Plattform dürfte heutzutage aus rein technischer Sicht tatsächlich kein Problem mehr darstellen. Für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften die Kosten bei wenigen zehntausend Franken liegen. Es ist daher davon auszugehen, dass es für potenzielle Konkurrenten grundsätzlich verhältnismässig einfach und zu niedrigen Kosten möglich ist, eine Online-Stellenplattform zu erstellen.<sup>149</sup>

138. Hingegen ist eine Online-Stellenplattform nur dann wirtschaftlich attraktiv, wenn diese einen entsprechenden Bekanntheitsgrad hat und von vielen Stellensuchenden frequentiert wird. Gerade der Aufbau des Bekanntheitsgrades einer Stellenplattform ist allerdings äusserst kostspielig und aufwendig. So führt beispielsweise X-Cept aus, dass die grösseren Anbieter von Online-Stellenplattformen einen grossen Aufwand für gezieltes Marketing für ihre Online-Stellenplattformen auf der Suchmaschine Google betreiben. Dies würde sogar soweit gehen, dass die von Tamedia vermarkteten Online-Stellenplattformen auf der Suchmaschine Google mit den Suchbegriffen von Wettbewerbern (z.B. stellenanzeiger.ch) bewerben würden. Dieses Beispiel zeigt exemplarisch die grossen Markteintrittshürden hinsichtlich der Etablierung eines gewissen Bekanntheitsgrades einer neuen Online-Stellenplattform.

139. Gleichzeitig zeigt die Marktanteilsbetrachtung nach Umsätzen, dass nur wenige Online-Stellenplattformen bedeutende Umsätze erzielen können und dass zwischen [60-70] % und [70-80] % des Gesamtmarktumsatzes einzig durch die Stellenplattformen von Tamedia erzielt werden und dies mit steigender Tendenz. Vor diesem Hintergrund ist die wirtschaftliche Etablierung einer neuen Stellenplattform, welche als disziplinierender Wettbewerb im Markt angesehen werden könnte, als äusserst schwierig einzustufen.

140. Die Vermarktung der Plattform dürfte sich zudem für neu in den Markt eintretende Marktteilnehmer als bedeutend schwieriger erweisen, da auf dem Markt bereits etablierte und bei den Nutzern bekannte Portale für die Stellensuche existieren. Zudem ist davon auszugehen, dass Nutzer in der Regel nur wenige ihnen bekannte Online-Portale für die Stellensuche verwenden. Aus diesem Grund müsste ein neu in den Markt eintretender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Inserenten überhaupt ins Auge gefasst zu werden.<sup>150</sup>

141. Tabelle 11 zeigt, dass kaum ein Portal, welches in den letzten fünf Jahren gemäss den Angaben in der Meldung in den Markt eingetreten ist, aktuell einen Marktanteil von über [0-10] % erreicht. Die meisten Portale verfügen über einen Marktanteil von zwischen [0-10] %. Der einzig nennenswerte Markteintritt scheint das Portal „myjob.ch“ mit einem von den Zusammenschlussparteien geschätzten Marktanteil von [0-10] % zu sein.

142. Bei myjob.ch handelt es sich um ein Portal der AZ Medien – eines der grössten Medienhäuser der Schweiz. Dieser Umstand deutet darauf hin, dass lediglich grössere und bereits etablierte Unternehmen in der Lage sind, die notwendigen Investitionen in den Aufbau einer Marke und für die Steigerung des Bekanntheitsgrades zu tätigen, damit ein Online-Portal – insbesondere inserentenseitig – überhaupt einen nennenswerten Marktanteil erreichen kann. Daraus folgt, dass es grundsätzlich sehr schwierig ist, ein Portal aufzubauen, welches genügend traffic generiert, damit erstens stellenausschreibende Unternehmen überhaupt darauf inserieren und damit zweitens, stellenausschreibende Unternehmen bereit sind, dafür Geld auszugeben. Insgesamt erscheint somit die potentielle Konkurrenz, die von neu in den Markt eintretenden Stellenportalen oder Metaportalen, welche in Zukunft auch Stelleninserate anbieten, ausgeht – entgegen der Ansicht der Zusammenschlussparteien – sehr gering, da ein solches Portal kaum in naher Zukunft in der Lage sein wird, kostenpflichtige Inserate für die Unternehmen zu lancieren.

143. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht von einer genügend starken potenziellen Konkurrenz ausgegangen werden kann, die gegen eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia sprechen würde.

144. Die obigen Ausführungen zeigen, dass Tamedia im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz über hohe Marktanteile verfügt. Die Analyse der aktuellen Konkurrenz zeigt, dass Tamedia bereits heute auf dem Markt

#### B.4.2.5.3. Zwischenergebnis

144. Die obigen Ausführungen zeigen, dass Tamedia im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz über hohe Marktanteile verfügt. Die Analyse der aktuellen Konkurrenz zeigt, dass Tamedia bereits heute auf dem Markt

<sup>149</sup> Vgl. RPW 2015/3, 527 Rz 149, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>150</sup> Vgl. RPW 2015/3, 527 Rz 150, *JobCloud/JobScout24*.



für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss kommt es zudem (wenn auch zu einer eher geringen) Marktanteilsaddition. Gleichzeitig verliert Tamedia durch die Transaktion II geringfügig an Marktanteilen. Zudem kann nicht von einer genügend starken disziplinierenden Wirkung durch potenzielle Konkurrenz ausgegangen werden. Da die Marktanteile der Basler Zeitung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz sehr gering sind, ist das Zusammenschlussvorhaben nicht für eine massgebliche Änderung der Wettbewerbsverhältnisse kausal. Daher kann für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses-

vorhabens offengelassen werden, ob dieses zu einer geringfügigen Verstärkung oder Schwächung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz führt.

#### B.4.2.6 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31

##### B.4.2.6.1. Aktueller Wettbewerb

145. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren für das WG 31 präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien inserentenseitig wie folgt:<sup>151</sup>

Tabelle 12: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                     |                     |          |          |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|---------------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber        |          |          |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Recruit<br>Holdings | NZZ      | Ringier  |
| 2017   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [20-30] %           | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [20-30] %           | [0-10] % | [0-10] % |
| 2015   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [20-30] %           | [0-10] % | [0-10] % |
| 2014   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %            | [10-20] %           | [0-10] % | [0-10] % |

Tabelle 13: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen am erzielten Umsatz<sup>152</sup>

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                     |              |          |          |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |          |          |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | AZ*          | NZZ*     | Monster* |
| 2017   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [45-75] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [5-20] % | [0-10] % |
| 2016   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [45-75] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [5-20] % | [0-10] % |

<sup>151</sup> Vgl. Beilage 31 zur Meldung.

<sup>152</sup> Bei den Umsatzzahlen ist zu berücksichtigen, dass diese weitgehend auf Schätzungen der Zusammenschlussparteien zurückgehen.

Diese Schätzungen weichen allerdings zum Teil in erheblichem Masse zugunsten der Zusammenschlussparteien von den Angaben der befragten Marktteilnehmer ab.

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                     |              |          |          |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |          |          |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | AZ*          | NZZ*     | Monster* |
| 2015   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]    |
|  | in % | 100 %       | [45-75] %               | [10-20] %           | [0-10] %     | [5-20] % | [0-10] % |

\*Umsätze mit Multiplikator auf Umsatz Deutschschweiz geschätzt

Tabelle 14: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am Umsatz und bereinigt

| Jahr | Gesamtmarkt | Tamedia   | BaZ       | NZZ       | AZ       | Somedia  | Monster  |
|------|-------------|-----------|-----------|-----------|----------|----------|----------|
| 2017 | [...]       | [45-75] % | [0-10] %  | [10-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2016 | [...]       | [45-75] % | [0-10] %  | [10-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |
| 2015 | [...]       | [45-75] % | [10-20] % | [10-20] % | [0-10] % | [0-10] % | [0-10] % |

146. Im korrespondierenden Nutzermarkt präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>153</sup>

Tabelle 15: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31

| Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 |         |             |                         |                     |                     |                |          |
|---|---------|-------------|-------------------------|---------------------|---------------------|----------------|----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber        |                |          |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Recruit<br>Holdings | AZ Medi-<br>en | Ringier  |
| 2017  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]          | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] %       | [0-10] % |
| 2016  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]          | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] %       | [0-10] % |
| 2015  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]          | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] %       | [0-10] % |
| 2014  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]               | [...]          | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %            | [0-10] %       | [0-10] % |

<sup>153</sup> Vgl. Beilage 15 zur Meldung.

147. Die Marktsituation stellt sich hier ähnlich dar wie auf den Märkten für (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz (vgl. Rz 125 ff.). Der einzige Unterschied besteht darin, dass es im Wirtschaftsgebiet 31 Basel durch den Zusammenschluss zu einer grösseren Marktanteilsaddition kommt, da die BaZ hier über höhere Marktanteile (von rund [0-10] %) verfügt als in der Deutschschweiz. Entsprechend kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Abschnitt B.4.2.5). Im Ergebnis führt dies dazu, dass auf dem Markt für (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 durch das Zusammenschlussvorhaben die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung von Tamedia weiter verstärkt wird. Die marktbeherrschende Stellung widerspiegelt sich auch in der relativen Stärke der Zusammenschlussparteien im Nutzermarkt.

#### B.4.2.6.2. Potenzieller Wettbewerb

148. Im Bereich der Printmedien findet derzeit im Schweizer Markt eine Konsolidierung statt, welche zu starken Konzentrationstendenzen im Bereich der Printmedien führt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass im Bereich der Printmedien Markteintritte erfolgen, die einen disziplinierenden Einfluss auf die Wettbewerbssituation im Markt für (Print-/Online-) Stellen-

Rubrikanzeigen im WG 31 haben werden. Ebenso ist der Markteintritt eines Online-Stellenportals für das WG 31 unwahrscheinlich. Vielmehr werden Online-Stellenportale einen schweizweiten Markteintritt oder zumindest einen sprachregionalen Markteintritt anstreben.

149. Vor diesem Hintergrund kann weitgehend auf die Ausführungen zum potenziellen Wettbewerb in Kapitel B.4.2.5.2 verwiesen werden.

#### B.4.2.6.3. Zwischenergebnis

150. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 31 kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu Marktanteilsadditionen. Hierdurch wird die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung von Tamedia weiter verstärkt.

#### B.4.2.7 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

151. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>154</sup>

Tabelle 16: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |      |             |                         |                     |              |           |             |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|-------------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |             |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Ringier      | Autolina  | Fahrzeugnet |
| 2017   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %            | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2016   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %            | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2015   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %            | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2014   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %            | [30-40] %    | [0-10] %  | [0-10] %    |

<sup>154</sup> Vgl. Beilage 35 zur Meldung.

Tabelle 17: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am Umsatz

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |      |             |                         |                   |              |          |             |
|--|------|-------------|-------------------------|-------------------|--------------|----------|-------------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                   | Wettbewerber |          |             |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler<br>Zeitung | Ringier      | Autolina | Fahrzeugnet |
| 2017   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]    | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %          | [30-75] %    | [0-25] % | [0-25] %    |
| 2016   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]    | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %          | [30-75] %    | [0-25] % | [0-25] %    |
| 2015   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]    | [...]       |
|  | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %          | [30-75] %    | [0-25] % | [0-25] %    |

152. Die Marktanteilsanalyse zeigt auf, dass auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen an der Anzahl Inserate Tamedia und Ringier die beiden stärksten Plattformen darstellen, wobei Tamedia hinsichtlich der Anzahl Inserate als der stärkere Marktteilnehmer angesehen werden muss.

153. Betrachtet man die Marktanteile auf Basis des realisierten Umsatzes, so ist Ringier der vorherrschende Marktteilnehmer. Der nächstgrösste Wettbewerber erzielt bereits nur noch weniger als ein Fünftel des Umsatzes von Ringier, weshalb der von ihm ausgehende Wettbewerbsdruck als nur sehr gering anzusehen ist.

154. Das Zusammenschlussvorhaben führt daher auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

#### B.4.2.8 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31

155. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>155</sup>

Tabelle 18: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                   |              |           |             |
|---|------|-------------|-------------------------|-------------------|--------------|-----------|-------------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                   | Wettbewerber |           |             |
|   |      |             | Tamedia                 | Basler<br>Zeitung | Ringier      | Autolina  | Fahrzeugnet |
| 2017  | #    | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2016  | #    | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2015  | #    | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %    |

<sup>155</sup> Vgl. Beilage 36 zur Meldung.

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                |              |          |             |
|---|------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|----------|-------------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |          |             |
|   |      |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier      | Autolina | Fahrzeugnet |
| 2014  | #    | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]    | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [40-50] %               | [0-10] %       | [30-40] %    | [0-10] % | [0-10] %    |

Tabelle 19: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen am Umsatz

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                |              |           |              |
|---|------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|--------------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |              |
|   |      |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier*     | Autolina* | Fahrzeugnet* |
| 2017  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]        |
|   | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %       | [40-75] %    | [0-25] %  | [0-25] %     |
| 2016  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]        |
|   | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %       | [40-75] %    | [0-25] %  | [0-25] %     |
| 2015  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]        |
|   | in % | 100 %       | [0-10] %                | [0-10] %       | [40-75] %    | [0-25] %  | [0-25] %     |

\*Umsätze mit Multiplikator auf Umsatz Deutschschweiz geschätzt

156. Die Marktsituation stellt sich hier ähnlich dar wie auf den Märkten für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz (vgl. Rz B.4.2.6.1 ff.). Der einzige Unterschied besteht darin, dass es im Wirtschaftsgebiet 31 Basel durch den Zusammenschluss zu einer grösseren Marktanteilsaddition kommt, da die BaZ hier über höhere Marktanteile von rund [0-10] % (gemessen am erzielten Umsatz) verfügt als in der Deutschschweiz. Entsprechend kann hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 152 ff.). Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 31 nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung.

#### **B.4.2.9 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz**

157. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>156</sup>

<sup>156</sup> Vgl. Beilage 33 zur Meldung.

Tabelle 20: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |      |             |                         |                     |              |           |                |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|----------------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |                |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Newhome      | Ringier   | Urban<br>group |
| 2017   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %       |
| 2016   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %       |
| 2015   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %       |
| 2014   | #    | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %       |

Tabelle 21: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am Umsatz<sup>157</sup>

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |      |             |                         |                     |              |           |                |
|--|------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|----------------|
| Zeit-<br>raum  | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |                |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Newhome      | Ringier   | Urban<br>group |
| 2017   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [40-70] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [30-50] % | [0-10] %       |
| 2016   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [40-70] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [30-50] % | [0-10] %       |
| 2015   | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]          |
|  | in % | 100 %       | [40-70] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [30-50] % | [0-10] %       |

<sup>157</sup> Bei den Umsatzzahlen ist zu berücksichtigen, dass diese weitgehend auf Schätzungen der Zusammenschlussparteien zurückgehen. Diese Schätzungen weichen allerdings zum Teil in erheblichem Masse zugunsten der Zusammenschlussparteien von den Angaben der befragten Marktteilnehmer ab.

158. Nutzerseitig präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>158</sup>

Tabelle 22: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                |              |           |          |
|---|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|----------|
| Zeitraum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |          |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier      | Remax     | Comparis |
| 2017  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |

159. Im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz wird der Zusammenschluss nur zu einer geringen Marktanteilsaddition führen. Tamedia wird nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von nach wie vor [30-40] % gemessen an der Anzahl Inserate und von [40-70] % gemessen am Umsatz verfügen.<sup>159</sup> Daneben sind auf dem Markt zumindest zwei Konkurrenten mit Marktanteilen von [10-20] % bzw. [10-20] % gemessen an der Anzahl Inserate vorhanden. Betrachtet man hingegen die Marktanteile gemessen am Umsatz, so erreicht Ringier einen Marktanteil von [30-50] %. Grundsätzlich dürften allerdings die Marktanteile gemessen am Umsatz der Zusammenschlussparteien und von Ringier höher als angegeben ausfallen.

160. Vor dem Hintergrund dieser Marktanteile, insbesondere gemessen am Umsatz, kann eine einzelmarktbeherrschende Stellung von Tamedia auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz ausgeschlossen werden.

161. Hinsichtlich einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung zwischen Tamedia und Ringier wird auf die Ausführungen in Kapitel B.4.3.3 verwiesen.

162. Insgesamt begründet oder verstärkt der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz keine einzelmarktbeherrschende Stellung.

<sup>158</sup> Vgl. Beilage 18 zur Meldung.

<sup>159</sup> Diese Zahlen basieren auf den Eingaben der Zusammenschlussparteien, welche im Vergleich zu den Fragebogenantworten deutlich zu ihren Gunsten ausfallen.

#### B.4.2.10 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31

163. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>160</sup>

Tabelle 23: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen an der Anzahl Inserate

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                |              |           |             |
|---|------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|-------------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |             |
|   |      |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Newhome      | Ringier   | Urban group |
| 2017  | #    | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2016  | #    | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2015  | #    | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %    |
| 2014  | #    | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]       |
|   | in % | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] %    |

Tabelle 24: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen am Umsatz<sup>161</sup>

| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 |      |             |                         |                |              |           |           |
|---|------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |           |
|   |      |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Newhome*     | Ringier*  | Immowelt* |
| 2017  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in % | 100 %       | [30-50] %               | [5-15] %       | [0-10] %     | [20-45] % | [0-10] %  |
| 2016  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in % | 100 %       | [30-50] %               | [5-15] %       | [0-10] %     | [20-45] % | [0-10] %  |
| 2015  | TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in % | 100 %       | [30-50] %               | [5-15] %       | [0-10] %     | [20-45] % | [0-10] %  |

\*Umsätze mit Multiplikator auf Umsatz Deutschschweiz geschätzt

<sup>160</sup> Vgl. Beilage 34 zur Meldung.

<sup>161</sup> Diese Zahlen basieren auf den Eingaben der Zusammenschlussparteien, welche im Vergleich zu den Fragebogenantworten deutlich zu ihren Gunsten ausfallen.



164. Nutzerseitig präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>162</sup>

Tabelle 25: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 |         |             |                         |                |              |           |          |
|--|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |          |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Remax        | Ringier   | Comparis |
| 2017   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |

165. Die Marktsituation stellt sich hier – abgesehen von einem höheren Marktanteil der BaZ – grundsätzlich gleich dar wie auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es im WG 31 gemessen am Umsatz mit einem Zuwachs von [5-15] % zu bedeutenden Marktanteilsadditionen kommt. Dennoch besteht mit Ringier, die auf einen Marktanteil von [20-45] %, kommt ein bedeutender Wettbewerber.

166. Hinsichtlich einer möglichen kollektiven Marktherrschaft zwischen Tamedia und Ringier wird auf die Ausführungen in Kapitel B.4.3.4 verwiesen.

167. Zusammenfassend begründet oder verstärkt der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 keine einzelmarktbeherrschende Stellung. Zudem kann auf die Ausführungen in Rz 162 f. verwiesen werden.

#### **B.4.2.11 Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz**

168. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>163</sup>

Tabelle 26: Marktanteilsentwicklung für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz |         |             |                         |                |              |          |           |
|--|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|----------|-----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |          |           |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | Ringier      | Amazon   | Toppreise |
| 2017   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %       | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |

<sup>162</sup> Vgl. Beilage 20 zur Meldung.

<sup>163</sup> Vgl. Beilage 24 zur Meldung.

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |              |          |           |
|--|---------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|----------|-----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |          |           |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Ringier      | Amazon   | Toppreise |
| 2016   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |
| 2015   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |
| 2014   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |

169. Im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz wird der Zusammenschluss zu so gut wie keinen Marktanteilsadditionen führen. Tamedia wird nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von ca. [20-30] % verfügen. Daneben gibt es auf dem Markt aktuelle Konkurrenten mit stabilen Marktanteilen von zwischen [0-10] % und [0-10] %. Durch das Zusammenschlussvorhaben entstehen allerdings so gut wie keine Marktanteilsadditionen. Daher kann für die Zwecke der

vorläufigen Prüfung offengelassen werden, ob bereits heute eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia in diesem Markt besteht.

#### **B.4.2.12 Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31**

170. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>164</sup>

Tabelle 27: Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31

| 171 Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |              |          |           |
|--|---------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|----------|-----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |          |           |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Ringier      | Amazon   | Toppreise |
| 2017   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |
| 2016   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |
| 2015   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |
| 2014   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]    | [...]     |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [0-10] %     | [0-10] % | [0-10] %  |

<sup>164</sup> Vgl. Beilage 25 zur Meldung.

172. Die Marktsituation stellt sich hier – abgesehen von einem leicht höheren Marktanteil der BaZ – grundsätzlich gleich dar wie auf dem Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz. Mit dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 31 keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Zu-

dem kann auf die Ausführungen in Abschnitt B.4.2.11 verwiesen werden.

#### **B.4.2.13 Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz**

173. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>165</sup>

Tabelle 28: Marktanteilsentwicklung für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |              |           |          |
|---|---------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |          |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | Ringier      | Remax     | Comparis |
| 2017  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014  | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]    |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |

174. Im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz wird der Zusammenschluss quasi zu keinen Marktanteilsadditionen führen. Die Zusammenschlussparteien werden nach dem Zusammenschluss über einen gemeinsamen Marktanteil von [30-40] % verfügen. Daneben sind auf dem Markt zumindest zwei Konkurrenten mit Marktanteilen von [10-20] % bzw. [10-20] % vorhanden.

175. Ausgehend von den Analysen im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen kann abgeleitet werden, dass Tamedia ein bedeutend grösseres Kommerzialisierungspotenzial aufweist, als die übrigen Wettbewerber. Dementsprechend sind auch die Marktanteile bei den Nutzern im Vergleich zu den Wettbewerbern fast doppelt so hoch. Die Anzahl Mieterwechsel und Freihandverkäufe von Immobilien in der Schweiz belaufen sich auf eine Anzahl von ca. 600'000 pro Jahr.<sup>166</sup> Tamedia verwaltet auf ihren Immobilienportalen gemäss eigenen Angaben ca. [800'000-1'000'000] Inserate pro Jahr, während die Wettbewerber nur ca. [400'000-500'000] Immobilieninserate oder weniger aufweisen. Dies zeigt, dass Tamedia den Nutzern ein weit grösseres Immobilienportfolio anbietet als die anderen Immobilienplattformen. Diese höhere Attraktivität spiegelt sich entsprechend in den Nutzerzahlen wider. Vergleicht man die Anzahl Inserate pro Jahr mit der Anzahl

Wechsel (Mieterwechsel und Freihandverkäufe) so kommt man zum Schluss, dass für jeden Wechsel auf den einzelnen Plattformen ca. 4.5 Inserate veröffentlicht werden (sowohl als Inserate als auch gespiderte Inserate). Daher bestehen nutzerseitig viele verschiedene Möglichkeiten sich über Immobilien-Rubrikanzeigen bei verschiedenen Plattformanbietern zu informieren.

176. Aufgrund der aktuellen Wettbewerber begründet oder verstärkt der Zusammenschluss im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz keine marktbeherrschende Stellung.

<sup>165</sup> Vgl. Beilage 18 zur Meldung.

<sup>166</sup> Überschlagsmässige Berechnung basierend auf der durchschnittlichen Anzahl von Freihandverkäufen von Immobilien der letzten 10 Jahre im Kanton Zürich (7329 p.a.), und der Anzahl Wohnungswechsel im Kanton Zürich (ca. 100'000 p.a.) welche auf die Schweiz Bevölkerung hochgerechnet wurde (41'741 Freihandverkäufe von Immobilien p.a. und 569'547 Mieterwechsel p.a.).

#### B.4.2.14 Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31

177. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>167</sup>

Tabelle 29: Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31

| Markt für Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 |         |             |                         |                   |              |           |          |
|--|---------|-------------|-------------------------|-------------------|--------------|-----------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                   | Wettbewerber |           |          |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung AG | Remax        | Ringier   | Comparis |
| 2017   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %          | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %          | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014   | in Tsd. | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [10-20] %    | [10-20] % | [0-10] % |

178. Die Situation im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 stellt sich ähnlich dar wie in der Deutschschweiz (vgl. Rz 176). Auf dem Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 wird der Zusammenschluss zu einer geringen Marktanteilsaddition von [0-10] % führen. Tamedia wird nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [30-40] % verfügen. Daneben sind auf dem Markt zumindest zwei starke Konkurrenten mit Marktanteilen von [10-20] % bzw. [10-20] % tätig. Insgesamt führt der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser in

(Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

#### B.4.2.15 Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz

179. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>168</sup>

Tabelle 30: Marktanteilsentwicklung im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags-, und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz

| Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz |         |             |                         |                |              |           |           |
|---|---------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |           |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | NZZ          | AZ        | Ringier   |
| 2017  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [30-40] %               | [0-10] %       | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |

<sup>167</sup> Vgl. Beilage 20 zur Meldung.

<sup>168</sup> Vgl. Beilage 26 zur Meldung.

| Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz |         |             |                         |                     |              |           |           |
|---|---------|-------------|-------------------------|---------------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                     | Wettbewerber |           |           |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung | NZZ          | AZ        | Ringier   |
| 2016  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2015  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2014  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]               | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %            | [30-40] %    | [10-20] % | [10-20] % |

180. Im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz wird Tamedia nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [30-40] % verfügen. Der nächst grössere Wettbewerber ist NZZ mit einem Marktanteil von [20-30] %. Danach folgen AZ Medien und Ringier mit Marktanteilen von [10-20] % resp. [10-20] %. Unter diesen Umständen begründet oder verstärkt die Übernahme der BaZ durch Tamedia keine Einzelmarktbeherrschung im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz. Demgegenüber stellt sich aufgrund der vorlie-

genden Grössenverhältnisse die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen dem Tamedia einerseits und NZZ und den AZ Medien andererseits (vgl. dazu hinten Abschnitt B.4.3.2).

#### **B.4.2.16 Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31**

181. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>169</sup>

Tabelle 31: Marktanteilsentwicklung für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31

| Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung im WG 31 |         |             |                         |                        |              |                |          |
|--|---------|-------------|-------------------------|------------------------|--------------|----------------|----------|
| Zeit-<br>raum  | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                        | Wettbewerber |                |          |
|  |         |             | Tamedia                 | Basler Zei-<br>tung AG | AZ           | FR Ver-<br>lag | NFZ      |
| 2017   | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]                  | [...]        | [...]          | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %              | [30-40] %    | [10-20] %      | [0-10] % |
| 2016   | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]                  | [...]        | [...]          | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %              | [30-40] %    | [10-20] %      | [0-10] % |
| 2015   | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]                  | [...]        | [...]          | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [0-10] %                | [30-40] %              | [20-30] %    | [10-20] %      | [0-10] % |
| 2014   | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]                  | [...]        | [...]          | [...]    |
|  | in %    | 100 %       | [0-10] %                | [30-40] %              | [30-40] %    | [10-20] %      | [0-10] % |

<sup>169</sup> Vgl. Beilage 27 zur Meldung.

182. Im Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31 wird der Zusammenschluss nur zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition führen. Tamedia verfügt bis anhin über einen Marktanteil von [0-10] % und wird nach dem Zusammenschluss über einen solchen von [20-30] % verfügen. Die grösste Konkurrentin ist AZ Medien mit einem Marktanteil von [30-40] %. Insgesamt führt der Zusammenschluss auf dem Markt für die Bereitstellung von lokaler/regionaler

Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) im WG 31 nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

#### B.4.2.17 Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz

183. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten vier Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>170</sup>

Tabelle 32: Marktanteilsentwicklung für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz

| Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz |         |             |                         |                   |              |           |           |
|---|---------|-------------|-------------------------|-------------------|--------------|-----------|-----------|
| Zeit-<br>raum   | Wert    | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                   | Wettbewerber |           |           |
|   |         |             | Tamedia                 | Basler Zeitung AG | Facebook     | Ringier   | Google    |
| 2017  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2016  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2015  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [10-20] % |
| 2014  | in TCHF | [...]       | [...]                   | [...]             | [...]        | [...]     | [...]     |
|   | in %    | 100 %       | [20-30] %               | [0-10] %          | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] %  |

184. Im Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz wird der Zusammenschluss nur zu einer marginalen Marktanteilsaddition führen. Tamedia wird nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von [20-30] % verfügen. Bei den drei grössten Wettbewerbern handelt es sich um namhafte Konkurrenten mit Marktanteilen von zwischen [20-30] % und [10-20] %. Insgesamt begründet oder verstärkt der Zusammenschluss im Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz keine beherrschende Stellung.

#### B.4.3 Kollektive Marktbeherrschung

185. Ein Zusammenschlussvorhaben kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.<sup>171</sup> Auch in einem solchen Fall kann die WEKO einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Bei einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil beziehungsweise dauerhaft sein wird.<sup>172</sup> Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> Vgl. Beilage 28 zur Meldung.

<sup>171</sup> Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), Abl. 2004/C 31/03 vom 05.02.2004, Rz 39 ff., < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=DE) > (27.07.2018).

<sup>172</sup> Vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 41 f. (Fn 171).

<sup>173</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 132, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., Online-Buchungsplattformen für Hotels; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, SRG/Swisscom/Ringier; RPW 2015/4, 751 Rz 62, Saint-Gobain/Sika; RPW 2015/3, 495 Rz 158, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2013/4, 685 Rz 84, BLS AG/BLS Cargo AG; RPW 2010/3, 528 Rz 224, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/4, 630 Rz 247, Coop/Carrefour; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, Heineken/Eichhof; RPW 2008/1, 184 Rz 455, Migros/Denner.

186. Gemäss Praxis der WEKO werden für die Beurteilung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung insbesondere die nachfolgenden Kriterien herangezogen:<sup>174</sup>

- Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration;
- Symmetrien;
- Marktwachstum und Innovationen;
- Markttransparenz;
- Multimarktbeziehungen;
- Stellung der Marktgegenseite;
- Potenzielle Konkurrenz.

Diese Kriterien liefern allerdings lediglich Anhaltspunkte für eine mögliche kollektiv marktbeherrschende Stellung. Ob eine solche vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung des zu prüfenden Sachverhalts zu beurteilen. Hierbei steht die Frage im Vordergrund, ob sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen gemeinsam von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Daher sind auf der einen Seite die Aspekte des gemeinsamen bzw. koordinierten Verhaltens der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen und auf der anderen Seite die Aspekte des gemeinsamen unabhängigen Verhaltens gegenüber anderen Marktteilnehmern zu prüfen (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG).

187. Vorliegend wird nachfolgend geprüft, ob eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31, dem Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz sowie auf den Märkten für Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und im WG 31 begründet oder verstärkt wird.

#### B.4.3.1 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31

188. Die Literatur hält für die Entwicklung im Bereich der Tageszeitungen fest, dass die Anzahl an Tageszeitungen unter dem Dach eines Verlagshauses enorm angestiegen ist. Diese Situation mit „chain-ownership“ oder Verlagshäuser mit mehreren Tageszeitungen („newspaper chains“) hat kontinuierlich die Situation mit unabhängigen lokalen Tageszeitungen ersetzt.<sup>175</sup> Die Medienkonzentration bei den Tageszeitungen ist auch in der Schweiz zu beobachten. Insbesondere weist der Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 eine hohe Marktkonzentration auf (vgl. Rz 199). Das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens von AZ Medien und NZZ (nachfolgend: Joint Venture AZ/NZZ) fördern den Konzentrationsprozess weiter.

189. Die zunehmende Entwicklung von Verlagshäusern mit mehreren Tageszeitungen gibt gemäss Literatur Anlass zu Besorgnis, dass dadurch die Möglichkeit von Multimarktbeziehungen und von kollektiver Marktbeherrschung steigt.<sup>176</sup>

190. Für dieses Zusammenschlussvorhaben stellt sich für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ.

191. Gemäss Art. 10 Abs. 4 KG berücksichtigt die WEKO bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung. Anders als in Fällen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kann bei Zusammenschlussstatbeständen die im Zeitpunkt der Beurteilung entstehende Wettbewerbslage nicht allein ausschlaggebend sein.<sup>177</sup> Daher ist bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen den AZ Medien und der NZZ mitzubetrachten. Dabei werden die AZ Medien und die NZZ ihr regionales Mediengeschäft in einem Joint Venture zusammenführen, an dem beide Unternehmen zur Hälfte beteiligt sind.<sup>178</sup>

192. Die NZZ-Mediengruppe gehört zu den grössten privaten Medienunternehmen der Schweiz. Die Gruppe ist eingeteilt in die drei Geschäftsbereiche NZZ Medien, Regionalmedien und Business Medien.<sup>179</sup> Zum Geschäftsbereich NZZ Medien gehören neben den beiden Flaggschiffen „Neue Zürcher Zeitung“ und „NZZ am Sonntag“ diverse weitere NZZ-Titel, ein Buchverlag, NZZ-Veranstaltungsreihen und TV-Formate. Der Geschäftsbereich Regionalmedien der NZZ-Mediengruppe umfasst Bezahlmedien in der Zentral- und Ostschweiz – darunter das „St. Galler Tagblatt“ und die „Luzerner Zeitung“ – regionale Reichweitenmedien mit Radio, TV, Onlineportalen und Gratisanzeigen sowie Verlagsservices und Druckereien. Zum Geschäftsbereich Business Medien zählen schliesslich neben klassischen Fachmedien zahlreiche Veranstaltungsreihen, darunter das Swiss Economic Forum (SEF) und das Zürich Film Festival (ZFF), sowie auf Businessdata fokussierte Informationsdienste wie Moneyhouse oder Architonic.<sup>180</sup>

193. Die AZ Medien sind gemäss ihrer Webseite das führende Multimedia-Medienhaus zwischen Zürich, Bern und Basel.<sup>181</sup> Zu ihren Produkten gehören neben diversen Zeitungen, Zeitschriften und Anzeigen verschiedenen Newsportale sowie Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigenportale. So sei „a-z.ch“ der Marktplatz

<sup>174</sup> Vgl. RPW 2016/1, 121 ff. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 ff. Rz 148 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/4, 751 ff. Rz 62 ff., *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 ff. Rz 158 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 528 ff. Rz 224 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 ff. Rz 247 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 ff. Rz 252 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 ff. Rz 455 ff., *Migros/Denner*.

<sup>175</sup> Vgl. AMBARISH CHANDRA, ULRICH KAISER, *Newspapers and Magazines*, in: *Handbook of Media Economics*, Volume 1A, 2016, 397-444, 415 f.

<sup>176</sup> Vgl. CHANDRA, KAISER (Fn 175), 416.

<sup>177</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 584.

<sup>178</sup> Vgl. Medienmitteilung der NZZ vom 07.12.2017, abrufbar unter <[www.nzzmediengruppe.ch/2017/12/az-medien-und-nzz-mediengruppe-gruenden-gemeinsames-medienunternehmen/](http://www.nzzmediengruppe.ch/2017/12/az-medien-und-nzz-mediengruppe-gruenden-gemeinsames-medienunternehmen/)> (21.06.2018).

<sup>179</sup> Vgl. <[www.nzzmediengruppe.ch/unternehmen/kurzprofil/](http://www.nzzmediengruppe.ch/unternehmen/kurzprofil/)> (30.07.2018).

<sup>180</sup> Vgl. <[www.nzzmediengruppe.ch/unternehmen/geschaeftsbereiche/](http://www.nzzmediengruppe.ch/unternehmen/geschaeftsbereiche/)> (30.07.2018).

<sup>181</sup> Vgl. <[www.azmedien.ch/unternehmen/](http://www.azmedien.ch/unternehmen/)> (21.06.2018).

des zweitgrössten Wirtschaftsraums der Schweiz und bietet das vollständige regionale Angebot an Immobilien, Jobs, Fahrzeugen und Veranstaltungen. Daneben sind die AZ Medien mit TeleZüri, Tele M1, TeleBärn, TV24, TV25 und S1 sowie Radio Argovia, Radio 24 und Virgin Radio Switzerland im privatwirtschaftlichen Fernseh- und regionalen Radiobereich tätig. Zu den Geschäftsfeldern gehören weiter Zeitungsdruck und Kundendruck sowie ein Verlag.<sup>182</sup>

194. Das Joint Venture AZ/NZZ soll ein eigenständiges Medienunternehmen mit starker regionaler Verankerung werden. Das neue Unternehmen wird gemäss Medienmitteilung vom 7. Dezember 2017 mit den Regionalzeitungen und -Onlineportalen sowie den nicht-

konzessionierten Radio- und TV-Stationen beider Unternehmen und den Zeitschriften der AZ Medien rund 2 Mio. Personen in der Deutschschweiz erreichen. Mit knapp 500 Mio. Franken Umsatz und 2000 Mitarbeitenden werde es zu den führenden Medienunternehmen der Schweiz zählen. Nicht Bestandteil des Joint Ventures AZ/NZZ seien die Geschäftsbereiche Business Medien und NZZ Medien – dazu würden unter anderem die „Neue Zürcher Zeitung“ und die „NZZ am Sonntag“ – der NZZ-Mediengruppe gehören.<sup>183</sup>

195. Auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und des Joint Ventures AZ/NZZ wie folgt entwickelt:

Tabelle 33: Marktanteilsentwicklung im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31

| Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 |      |             |                         |                |              |           |          |
|--|------|-------------|-------------------------|----------------|--------------|-----------|----------|
| Zeitraum                               | Wert | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |                | Wettbewerber |           |          |
|  |      |             | Tamedia                 | Basler Zeitung | AZ Medien    | Ringier   | NZZ AG   |
| 2017                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %      | [30-40] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2016                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %      | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2015                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %      | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] % |
| 2014                                   | CRR  | [...]       | [...]                   | [...]          | [...]        | [...]     | [...]    |
|  | In % | 100 %       | [0-10] %                | [40-50] %      | [20-30] %    | [10-20] % | [0-10] % |

196. Wie aus Tabelle 32 (bzw. Tabelle 4) ersichtlich wird, bedienen vor den beiden geplanten Zusammenschlussvorhaben fünf Wettbewerber den gleichen Markt. Nach den beiden Zusammenschlussvorhaben gibt es auf den Markt insgesamt nur noch drei Wettbewerber: Tamedia mit einem Marktanteil von [40-50] %, das Joint Venture AZ/NZZ mit einem Marktanteil von [40-50] % sowie Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %. In Bezug auf das Joint Venture bleibt anzumerken, dass die Geschäftsbereiche Business Medien und NZZ Medien und damit insbesondere die „Neue Zürcher Zeitung“ und die „NZZ am Sonntag“ nicht in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden. Dennoch können diese bei der NZZ verbleibenden Teile nicht als unabhängige Wettbewerber gewertet werden kann. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass NZZ gegenüber ihrem Gemeinschaftsunternehmen keinen Wettbewerbsdruck erzeugt beziehungsweise das Gemeinschaftsunternehmen nicht diszipliniert. Gemäss Praxis der WEKO kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt,

– analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgt bzw. sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.<sup>184</sup> Aus diesen Gründen ist der bei NZZ verbleibende Marktanteil bei der Analyse so zu behandeln, wie wenn dieser dem GU zuzurechnen wäre.

<sup>182</sup> Vgl. <www.azmedien.ch/produkte/> (21.06.2018).

<sup>183</sup> Vgl. Medienmitteilung der NZZ vom 07.12.2017, abrufbar unter <www.nzzmediengruppe.ch/2017/12/az-medien-und-nzz-mediengruppe-gruenden-gemeinsames-medienunternehmen/> (21.06.2018).

<sup>184</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.



## Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

197. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 4 zeigen, dass die beiden Zusammenschlussvorhaben zu einer Situation mit zwei Unternehmen mit hohen Marktanteilen führen. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen

Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ über einen kumulierten Marktanteil von mehr als [80-90] %. Dementsprechend bestätigen die HHI-Werte<sup>185</sup> in Tabelle 33 einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenkenlos ein.<sup>186</sup>

Tabelle 34: HHI-Werte vor und nach den Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|   |             |
|---|-------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss             | [3100-3200] |
| $\Delta$ HHI                            | [400-500]   |
| HHI ex ante nach Zusammenschluss AZ/NZZ | [3500-3700] |
| $\Delta$ HHI                            | [200-300]   |
| HHI ex nach Zusammenschluss             | [3700-4000] |

198. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass die Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer Koordination und damit eine kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ begünstigt.

199. Gleichzeitig muss berücksichtigt werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Zusammenschlussparteien und Ringier nach erfolgter Fusion zwischen Tamedia und Goldbach im Bereich TV-Werbung ebenfalls über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung verfügen, weshalb auch der von Ringier, als einzigem im Markt Tageszeitungen im WG 31 verbleibenden Wettbewerber, auf die Zusammenschlussparteien mögliche ausgeübte Wettbewerbsdruck grundsätzlich als gering einzustufen ist.

## Symmetrien

200. In der Literatur wird Symmetrie als Faktor anerkannt, der kollusives Verhalten zwischen Marktteilnehmern begünstigt.<sup>187</sup> Je symmetrischer zwei Marktteilnehmer hinsichtlich der von ihnen am Markt angebotenen Produkte und Dienstleistungen sind, desto weniger können sie sich über diese unterscheiden. Bei einer perfekten Symmetrie auf allen Ebenen ist das primär verbleibende Unterscheidungskriterium der Preis. Die einzige Möglichkeit, in einem solchen Fall eine wettbewerbsmäßig bedingte gegenseitige Preisunterbietung zu vermeiden, besteht in der (impliziten oder expliziten) Kollusion. In einer solchen Konstellation kann kollusives Verhalten unter sich ähnlicheren Unternehmen wahrscheinlicher sein. Zur Entscheidung, welche Unternehmen bei der Analyse von koordinierten Effekten relevant sind, kann daher auf die Ähnlichkeit der Unternehmen abgestellt werden.<sup>188</sup>

201. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>189</sup>

202. Aus Tabelle 4 geht hervor, dass die Zusammenschlussvorhaben zu fast identischen Marktanteilen im WG 31 von Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ führen. Nach dem Zusammenschluss liegt in Bezug auf die Marktanteile eine hohe Symmetrie vor (Tamedia: [40-50] %, Joint Venture AZ/NZZ: [40-50] %).

203. Sowohl Tamedia als auch das Joint Venture AZ/NZZ sind Medienunternehmen mit Print- und Digital-Produkten und beide sind im Bereich der Regionalmedien tätig. Somit weisen Tamedia als auch das Joint Venture AZ/NZZ im WG 31 symmetrische Tätigkeiten auf. Allerdings verfügt Tamedia über ein leicht umfangreicheres Produktportfolio als das Joint Venture AZ/NZZ (vgl. Rz 4 und 194 ff.).

204. Weil es sich bei Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ um Medienunternehmen handelt, die im WG 31 mit vergleichbaren Produkten auftreten, kann von weitgehenden Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-How ausgegangen werden. Da das Produktportfolio von Tamedia im Vergleich zum Joint Venture AZ/NZZ leicht umfangreicher ist, ist unter Umständen auch von einem entsprechend umfangreicheren Know-How auszugehen.

<sup>185</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>186</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 20 ff. (Fn 171); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 46 (Fn 171).

<sup>187</sup> RPW 2010/3, 358 Rz 274, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>188</sup> Vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, 2001, pdf-Seite 16, <<https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf>> (17.07.2018).

<sup>189</sup> Vgl. RPW 2015/3, 49 Rz 169, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 453 Rz 274, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 48 (Fn 171).

205. Weiter handelt es sich bei Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ um gewinnorientierte Unternehmen. Grundsätzlich zeichnen sich beide Gruppen daher in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse beider in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel eines gewinnorientierten Unternehmens, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Insbesondere bei stark unterschiedlichen Kostenstrukturen kann eine angestrebte Gewinnmaximierung zu vollständig unterschiedlichen Interessen führen. Eine solche unterschiedliche Kostenstruktur scheint allerdings vorliegend nicht gegeben. Wenn daher Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.<sup>190</sup>

206. Insgesamt ist festzuhalten, dass die relativ hohen Symmetrien zwischen Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ in den Bereichen Marktanteile, Produktportfolio und technologisches Know-How für eine Begünstigung einer möglichen Koordination und somit einer kollektiven Marktbeherrschung sprechen.

#### Marktwachstum und Innovationen

207. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und

damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z.B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Dementsprechend kann auch der Anreiz der einzelnen Marktteilnehmer gross sein, in einer Wachstumsphase einen möglichst grossen Marktanteil zu erreichen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>191</sup> Somit sind Marktanteilsverschiebungen meist aufgrund des hierzu notwendigen Wettbewerbsdrucks vergleichsweise teuer.

208. Tabelle 34 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 gemessen anhand der Anzahl Leser in den Jahren 2015 bis 2017 entwickelt hat. Während eines Jahres ist der Gesamtmarkt um ungefähr [0-10] % bzw. [0-10] % zurückgegangen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 4, dass zwischen den fünf Wettbewerbern in den Jahren 2015 bis 2017 Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben. In den drei Jahren konnte AZ Medien ihren Marktanteil um ungefähr [0-10] % erhöhen. Die Angaben lassen darauf schliessen, dass diese Erhöhung hauptsächlich zulasten von BaZ erfolgte.

Tabelle 35: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz<sup>192</sup>

| Jahr | Gesamtmarkt<br>(Anzahl Leser) | MA<br>Tamedia/BaZ | MA Joint Ven-<br>ture AZ/NZZ | MA<br>Ringier |
|------|-------------------------------|-------------------|------------------------------|---------------|
| 2017 | [...]                         | [40-50] %         | [40-50] %                    | [10-20] %     |
| 2016 | [...]                         | [40-50] %         | [30-40] %                    | [10-20] %     |
| 2015 | [...]                         | [40-50] %         | [30-40] %                    | [10-20] %     |

209. Sinkendes Gesamtmarktvolumen kann unter Umständen einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung entgegenstehen, wenn es zu einem Verdrängungswettbewerb zwischen den verbleibenden Marktteilnehmern kommt. Befinden sich die Marktteilnehmer hingegen in einer Situation, in welcher sie einen Teil der durch einen Nachfragerückgang entstandenen Verluste durch höhere Preise auffangen können, kann sich dies auf eine mögliche kollektive Marktbeherrschung begünstigend auswirken. In der Vergangenheit war im Bereich der Printmedien zu beobachten, dass die Verlage die Mindereinnahmen durch den Verlust an Leserschaft oft mit höheren Preisen teilweise kompensiert haben. Dies spricht eher gegen einen Verdrängungswettbewerb auf den Lesermärkten.

210. In Bezug auf Forschung und Entwicklung führt die Meldung aus, dass diese für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 nur geringe Rolle spielen.<sup>193</sup> Folglich bestehen für die Lesermärkte von Tageszeitungen keine grossen Unsicherheiten durch grundlegende Inno-

vationen. Dieser Umstand begünstigt den Anreiz und die Möglichkeit eines koordinierten Verhaltens und somit einer kollektiven Marktbeherrschung grundsätzlich.

<sup>190</sup> Vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 44 (Fn 171).

<sup>191</sup> Vgl. RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 171).

<sup>192</sup> Vgl. Beilage 9 zur Meldung.

<sup>193</sup> Vgl. Meldung, Rz 168.

## Markttransparenz

211. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>194</sup>

212. Die Preise von AZM<sup>195</sup>, NZZ<sup>196</sup>, BaZ<sup>197</sup> und Tamedia<sup>198</sup> für ihre Leser-Abonnemente sind öffentlich zugänglich. Zudem sind die Auflagen- und Leserzahlen der Tageszeitungen, die an der WEMF MACH Basic-Studie teilnehmen, öffentlich bekannt.<sup>199</sup> AZM, NZZ, BaZ, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe nehmen mit ihren Tageszeitungen an der WEMF Mach Basic-Studie teil. WEMF wirbt ausdrücklich damit, dass die Verlagshäuser die WEMF MACH Basic-Studie für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung nutzen.<sup>200</sup> Weil über die WEMF Mach Basic-Studie die Auflagen- und Leserzahlen allen Verlagshäusern zur Verfügung stehen, besteht vollständige Transparenz hinsichtlich der „Menge“, welche die Verlagshäuser produzieren.

213. Die vorliegend bestehende grosse Markttransparenz wirkt sich auf eine allfällig kollektiv marktbeherrschende Stellung von Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ begünstigend aus.

## Multimarktbeziehungen

214. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>201</sup> Dies insbesondere, wenn sich Unternehmen auf mehreren Märkten begegnen und so eine Koordination über verschiedene Geschäftsfelder hinweg möglich wird.

215. Für Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ kann im WG 31 von symmetrischen Tätigkeiten und einem symmetrischen Produktportfolio ausgegangen werden (vgl. Rz 202 ff.). Zudem begegnen sich Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ auf einer Vielzahl von Medienmärkten, was eine mögliche Koordination im WG 31 dahingehend begünstigt, dass sowohl Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ eine national bzw. sprachregional ausgerichtete Marktstrategie verfolgen. Aufgrund dieser ähnlichen strategischen Ausrichtung werden durch die Übernahme der BaZ durch Tamedia zum einen die Multimarktbeziehungen zahlreicher. Zum anderen werden durch den Einstieg von Tamedia bei der BaZ die strategische Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der BaZ und dem Joint Venture AZ/NZZ im WG 31 symmetrischer.

216. Somit besteht eine Vielzahl an Multimarktbeziehungen zwischen Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ. Diese Multimarktbeziehungen weisen vielfach eine mittlere bis hohe Asymmetrie auf, gleichen sich aber über die verschiedenen Märkte aus. In Bezug auf Multimarktbeziehungen begünstigen die Zusammenschlussvorhaben somit den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ.

## Stellung der Marktgegenseite

217. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad und der Marktstellung der Marktgegenseite ab. Denn eine starke Käuferschaft kann mit ihrer Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit

kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selbst herzustellen.<sup>202</sup>

218. Gemäss Meldung stehen sich im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Leser und Medienunternehmen, die bezahlte Tageszeitungen herausgeben, gegenüber. Die Leser würden dabei Informationen über regionale, nationale und internationale Ereignisse nachfragen.<sup>203</sup>

219. Für die Leserschaft als Marktgegenseite, vorwiegend bestehend aus Privaten, ist davon auszugehen, dass der Konzentrationsgrad niedrig ist. Zudem ist davon auszugehen, dass die Leserschaft einen geringen oder keinen Organisationsgrad aufweist. Dies deutet

<sup>194</sup> Vgl. RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (12.05.2015); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 47 und 49 f. (Fn 171).

<sup>195</sup> Vgl. <www.service.aargauerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen>, <service.badenertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen>, <www.service.baselandschaftlichezeitung.ch/abonnement/abo-bestellen>, <www.service.bzbasel.ch/abonnement/abo-bestellen>, <www.service.limmatalerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen>, <www.service.solothurnerzeitung.ch/abonnement/abo-bestellen>, <www.service.grenchnertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen> und <www.service.oltnertagblatt.ch/abonnement/abo-bestellen> (04.06.2018).

<sup>196</sup> Vgl. <www.abo.nzz.ch>, <https://abo.tagblatt.ch/kampagne/?KAVZ=0801-0010-04-010> und <https://abo.luzernerzeitung.ch> (04.06.2018).

<sup>197</sup> Vgl. <www.verlag.BaZ.ch/abo> (04.06.2018).

<sup>198</sup> Vgl. Meldung, Rz 129 und <abo.tagesanzeiger.ch/> (25.06.2018).

<sup>199</sup> MACH Basic – die Schweizer Leserschaftsstudie liefert die offizielle Währung für die Mediaplanung und das Verlagsmarketing. Die MACH Basic ermittelt für die Werbewirtschaft und die Medienhäuser aktuelle, unabhängige und valide Daten über die Nutzer von Zeitungen und Zeitschriften in der Schweiz und in Liechtenstein. Die Verlagshäuser nutzen die MACH Basic für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung. Die Werbewirtschaft ermittelt anhand der Daten die Kennwerte der einzelnen Titel für die Planung ihrer Pressekampagnen (vgl. <wemf.ch/de/medienstudien/mach-basic> (04.06.2018)).

<sup>200</sup> Vgl. <wemf.ch/de/medienstudien/mach-basic> (04.06.2018).

<sup>201</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 191, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 505, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 300, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (12.05.2015).

<sup>202</sup> Vgl. RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 145, <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (12.05.2015); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 57 und 64 ff. (Fn 171).

<sup>203</sup> Vgl. Meldung, Rz 132.

darauf hin, dass die Marktgegenseite über keine oder zumindest sehr wenig Gegenmacht verfügt. So hat beispielsweise die Basler Zeitung ihren Preis für die gedruckte Ausgabe von 2017 auf 2018 von CHF 3.- pro Ausgabe auf CHF 3.50 pro Ausgabe erhöht (vgl. auch Rz 211).

220. Insbesondere die Preiserhöhung der Basler Zeitung verdeutlicht, dass die Zusammenschlussparteien und das Joint Venture AZ/NZZ gemeinsam über eine marktbeherrschende Stellung gegenüber der Leserschaft verfügen, die es ihnen ermöglicht eine Preiserhöhung von ca. 17 % im Markt durchzusetzen.

### Potenzielle Konkurrenz

221. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>204</sup>

222. Beim Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 handelt es sich um einen rückläufigen Markt,<sup>205</sup> der in den letzten drei Jahren um ungefähr [10-20] % zurückging (vgl. Tabelle 34).

223. Zudem sind gemäss Meldung im Bereich der Tageszeitungen keine konkreten Marktzutritte bekannt.<sup>206</sup>

224. Zu den Kosten, die ein Markteintritt verursacht, führt die Meldung aus, die Anfangsinvestitionen und logistischen Hürden für eine neue Tageszeitung seien relativ hoch.<sup>207</sup> Zieht man als Vergleichswert für einen profitablen und auf lange Dauer ausgelegten Markteintritt zudem den von Tamedia für die BaZ zu leistende Kaufpreis in der Höhe von rund [...] Franken<sup>208</sup> heran, können die Kosten für einen Markteintritt sogar als sehr hoch bezeichnet werden.

225. Auch wenn ein bereits bestehender Zeitungsverlag technisch grundsätzlich in der Lage wäre, das Verbreitungsgebiet der herausgegebenen Zeitung zu erweitern oder eine neue Zeitung in einem weiteren Gebiet herauszugeben, kann nicht ohne weiteres von Wettbewerbsdruck infolge potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden. So muss unter Umständen für ein neues Verbreitungsgebiet eine neue Redaktion aufgebaut werden. Auch sind allenfalls neue Vertriebsinfrastrukturen nötig. Zudem dürfte insbesondere bei den abonnierten Zeitungen der Aufbau von Reputation einer neuen Zeitung einen wesentlichen Faktor darstellen. Die Vermarktung einer Tageszeitung dürfte sich als schwierig erweisen, wenn auf dem Markt bereits etablierte und bei den Lesern bekannte Tageszeitungen existieren. Es ist davon auszugehen, dass Leser in der Regel nur eine oder höchstens zwei Tageszeitungen abonnieren. Aus diesem Grund müsste eine neu in den Markt eintretende Tageszeitung erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Lesern überhaupt ins Auge gefasst zu werden.<sup>209</sup>

226. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen ist in der Schweizer Zeitungslandschaft in den letzten Jahren kaum Expansion durch neue oder erweiterte

Zeitungstitel erfolgt, sondern vielmehr durch Zukauf bestehender, regional verankerter Titel.

227. Daher kann für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 nicht von einer potenziellen Konkurrenz mit starker disziplinierender Wirkung ausgegangen werden.

228. Insgesamt ist daher keine potenzielle Konkurrenz ersichtlich, welche eine kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ disziplinieren könnte.

### Fazit

229. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ überwiegen insgesamt die Faktoren, welche ein koordiniertes Verhalten begünstigen. Zudem wird durch den Einstieg von Tamedia bei der BaZ die Anzahl der Multimarktkontakte zum Joint Venture AZ/NZZ erhöht und die strategische Ausrichtung der BaZ fügt sich in die nationale Unternehmensstrategie von Tamedia ein. Durch die Einbettung der BaZ in Tamedia wird sie von ihrer strategischen Ausrichtung und ihrer Kostenstruktur zum Joint Venture AZ/NZZ symmetrischer, was ein koordiniertes Verhalten grundsätzlich begünstigen kann. Gleichzeitig verfügen die Zusammenschlussparteien und das Joint Venture AZ/NZZ über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung. Unter diesen Umständen wird durch das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung durch die Zusammenschlussparteien und das Joint Venture AZ/NZZ im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.4.3.2 Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz

230. Ebenfalls in Bezug auf den Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz stellt sich die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ (zur NZZ, AZ Medien und zum geplanten Joint Venture vgl. oben Rz. 193 ff.).

<sup>204</sup> Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heinen/Eichhof*; RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 143 f.; vgl. auch EU-Horizontaleitlinien, Rz 45, 56 f. und 69 ff. (Fn 171).

<sup>205</sup> Vgl. Meldung, Rz 141.

<sup>206</sup> Vgl. Meldung, Rz 199.

<sup>207</sup> Vgl. Meldung, Rz 221.

<sup>208</sup> Vgl. Beilage 6 zur Meldung, Ziff. 3.1.

<sup>209</sup> Vgl. analog RPW 2015/3, 502 Rz 210, *Tamedia/ricardo.ch*.

231. Im Folgenden werden wieder die oben genannten Kriterien zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung geprüft (vgl. Rz 189):

#### Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

232. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 29 zeigen, dass die beiden Zusammenschlussvorhaben zu einer Situation mit zwei Unternehmen mit hohen Marktanteilen führen. Nach dem Zusammenschlussvorhaben

verfügen die Zusammenschlussparteien und das Joint Venture AZ/NZZ über einen kumulierten Marktanteil von [70-80] % (vgl. Tabelle 29). Daneben ist Ringier mit einem Marktanteil von ca. [10-20] % als weiterer Marktteilnehmer tätig. Dementsprechend bestätigen die HHI-Werte<sup>210</sup> in Tabelle 35 einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenklos ein.<sup>211</sup>

Tabelle 36: HHI-Werte vor und nach den Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|   |             |
|---|-------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss             | [2000-2100] |
| HHI ex ante nach Zusammenschluss NZZ/AZ | [2800-3000] |
| $\Delta$ HHI                            | [800-900]   |
| HHI ex post Zusammenschluss             | [3000-3300] |
| $\Delta$ HHI                            | [200-300]   |

233. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zwischen den Zusammenschlussparteien zu Marktanteilsadditionen, so dass Tamedia auf dem Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung einen Marktanteilszuwachs von ca. [0-10] % erreicht. Da aufgrund des Joint Ventures AZ/NZZ nicht damit zu rechnen ist, dass die nicht im Joint Venture integrierten Teile der NZZ-Gruppe entsprechenden Wettbewerbsdruck auf das Joint Venture ausüben, sind diese in wettbewerblicher Hinsicht als Einheit zu betrachten. Aufgrund einer möglicherweise bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung zwischen Tamedia/Goldbach und Admeira ist auch seitens Ringier nicht mit einem starken Wettbewerbsdruck zu rechnen. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz zu koordiniertem Verhalten begünstigt und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ gegebenenfalls auch mit Ringier schafft.

#### Symmetrien

234. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zu Symmetrien kann auf Rz 202 verwiesen werden.

235. Aus Tabelle 29 geht hervor, dass das Zusammenschlussvorhaben zu vergleichbaren Marktanteilen von Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ führen. Zwar verfügt das Joint Venture mit einem Marktanteil von [40-50] % über einen leicht höheren Marktanteil als Tamedia, welche einen Marktanteil von [30-40] % erreicht. Hinsichtlich der Kostenstruktur und der Vermarktungsmöglichkeiten sind die Marktanteile jedoch nicht so unterschiedlich, als dass hierdurch für eines der beiden Unternehmen ein Vorteil entsteht, welcher kollusivem Verhalten entgegensteht. Sowohl Tamedia als auch das Joint Venture AZ/NZZ (insbesondere durch die beiden Mutterhäuser) verfügen über eine starke Finanzkraft, welche es ihnen ermöglichen würde, einem möglichen Preiskampf um Marktanteile in diesem Markt zu führen.

236. Auch in den Bereichen Produktportfolio und technologisches Know-How verfügen Tamedia und das Joint

Venture AZ/NZZ über relativ hohe Symmetrien (vgl. Rz. 205 ff.). Dies spricht insgesamt für eine Begünstigung von koordiniertem Verhalten und dadurch für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung.

#### Marktwachstum und Innovationen

237. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung (vgl. Rz 209 f.).

238. Tabelle 36 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz gemessen am damit erzielten Umsatz in den Jahren 2015 bis 2017 entwickelt hat. Während eines Jahres ist der Gesamtmarkt um ungefähr [10-20] % bzw. [0-10] % zurückgegangen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 36 dass in den drei Jahren keine grossen Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben.

<sup>210</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>211</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 19 ff. (Fn 171); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 171).

Tabelle 37: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz<sup>212</sup>

| Jahr        | Gesamtmarkt<br>(Umsatz in<br>TCHF) | Tamedia/BaZ | Joint Venture<br>AZ/NZZ | Ringier |
|-------------|------------------------------------|-------------|-------------------------|---------|
| MA (%) 2017 | [...]                              | [30-40]     | [40-50]                 | [10-20] |
| MA (%) 2016 | [...]                              | [30-40]     | [40-50]                 | [10-20] |
| MA (%) 2015 | [...]                              | [30-40]     | [40-50]                 | [10-20] |

239. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Netto-Werbeumsätze in der Tages-, Wochen- und Sonntagspresse in den letzten fünf Jahren um [40-50] % eingebrochen sind, während die gesamten Netto-Werbeumsätze in der Schweiz gestiegen sind.<sup>213</sup> Vergleicht man im Bereich der Presse den Rückgang der durchschnittlichen täglichen Auflage in den letzten fünf Jahren (ca. [20-30] %) mit dem Rückgang der Netto-Werbeumsätze im Pressebereich (ca. [30-40] %), so stellt man fest, dass die Werbeeinnahmen stärker rückläufig sind als der Auflagenrückgang.

240. Sinkendes Gesamtmarktvolumen kann unter Umständen einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung entgegenstehen, wenn es zu einem Verdrängungswettbewerb zwischen den verbleibenden Marktteilnehmern kommt. Befinden sich die Marktteilnehmer hingegen in einer Situation, in welcher sie einen Teil der durch einen Nachfragerückgang entstandenen Verluste durch höhere Preise auffangen können, kann sich dies auf eine mögliche kollektive Marktbeherrschung begünstigend auswirken (vgl. Rz 211 und 221).

241. Im Bereich der Print-Firmenwerbung bestehen gemäss Ausführungen in Rz 241 Hinweise darauf, dass die Werbeeinnahmen stärker zurückgehen als die durchschnittliche tägliche Auflage. Dies deutet darauf hin, dass ein sinkendes Gesamtmarktvolumen im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) nicht durch höhere Preise kompensiert werden kann. Daher ist tendenziell eher von einem Verdrängungswettbewerb als von koordiniertem Verhalten auszugehen.

242. In Bezug auf Forschung und Entwicklung führt die Meldung aus, dass diese für den Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz eine untergeordnete Rolle spielen. Im Markt herrsche aber ein zunehmender Wettbewerbsdruck durch die stark wachsende Online-Werbung.<sup>214</sup> Folglich bestehen im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz keine grossen Unsicherheiten durch grundlegende Innovationen. Dieser Umstand begünstigt den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung grundsätzlich.

### Markttransparenz

243. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für koordiniertes Verhalten.

Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral (vgl. oben Rz 213).

244. Die Preise von AZM<sup>215</sup>, NZZ<sup>216</sup>, BaZ<sup>217</sup> und Tamedia<sup>218</sup> für Werbeinserate sind öffentlich zugänglich. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass es sich hierbei um Bruttopreise handelt, welche Werbetreibenden während der Planung einer Werbekampagne einen ersten Vergleich von Kosten/Nutzen der verschiedenen Werbemöglichkeiten ermöglichen soll.<sup>219</sup> Die tatsächlichen Preise zwischen den Medienunternehmen und den Werbetreibenden bzw. ihren Mediaagenturen würden individuell verhandelt, wobei es regelmässig zu grösseren Preisnachlässen von bis zu [40-50] % komme.<sup>220</sup>

245. Die Auflagen- und Leserzahlen der verschiedenen Zeitungen, die an der WEMF MACH Basic-Studie teilnehmen, sind zudem öffentlich bekannt.<sup>221</sup> AZM, NZZ, BaZ, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe nehmen mit ihren Zeitungen an der WEMF Mach Basic-Studie teil. WEMF wirbt ausdrücklich damit, dass die Verlagshäuser die WEMF MACH Basic-Studie für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung nutzen.<sup>222</sup> Weil über die WEMF Mach Basic-Studie die Auflagen- und Leserzahlen allen Verlagshäusern zur Verfügung stehen, besteht vollständige Transparenz hinsichtlich der „Menge“, welche die Verlagshäuser produzieren.

<sup>212</sup> Vgl. Beilage 9 zur Meldung.

<sup>213</sup> Stellungnahme vom 3. September 2018, Rz 192.

<sup>214</sup> Vgl. Meldung, Rz 176.

<sup>215</sup> <<https://azwerbung.ch/print/zeitungen/az-nordwestschweiz/tab-20170413222411-technische-spezifikationen-1385/>> (16.07.2018).

<sup>216</sup> <<https://www.nzzmediasolutions.ch/>> (16.07.2018).

<sup>217</sup> <<http://bzm.ch/werbung/baslerzeitung/tarife/>> (16.07.2018).

<sup>218</sup> <<https://www.tamedia.ch/de/werbung/werbetarife>> (16.07.2018).

<sup>219</sup> Stellungnahme der Parteien vom 3. September 2018, Rz 203.

<sup>220</sup> Stellungnahme der Parteien vom 3. September 2018, Rz 205 f.

<sup>221</sup> MACH Basic – die Schweizer Leserschaftsstudie liefert die offizielle Währung für die Mediaplanung und das Verlagsmarketing. Die MACH Basic ermittelt für die Werbewirtschaft und die Medienhäuser aktuelle, unabhängige und valide Daten über die Nutzer von Zeitungen und Zeitschriften in der Schweiz und in Liechtenstein. Die Verlagshäuser nutzen die MACH Basic für die strategische Positionierung und Vermarktung ihrer eigenen Presstitel und für die Konkurrenzbeobachtung. Die Werbewirtschaft ermittelt anhand der Daten die Kennwerte der einzelnen Titel für die Planung ihrer Pressekampagnen (vgl. <[wemf.ch/de/medienstudien/mach-basic](http://wemf.ch/de/medienstudien/mach-basic)> (04.06.2018)).

246. Im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung sind mit dem Joint Venture AZ/NZZ, den Zusammenschlussparteien und Ringier im Wesentlichen nur drei Hauptakteure tätig sind, die sich quasi den Gesamtmarkt untereinander aufteilen. Diese sind hochprofessionelle Medienunternehmen mit entsprechend grossen Marketingabteilungen, die über die Preissetzung im Markt bestens Bescheid wissen. Daher muss trotz der gewährten individuellen Rabatte davon ausgegangen werden, dass den drei Medienunternehmen die Rabattpolitik und die ungefähre Höhe der gewährten Rabatte der jeweils beiden anderen Wettbewerber bekannt sind.

247. Damit begünstigt die Markttransparenz den Anreiz zu koordiniertem Verhalten und eine kollektive Marktherrschaft durch das Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ.

### Multimarktbeziehungen

248. Für Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ kann von symmetrischen Tätigkeiten und einem symmetrischen Produktportfolio ausgegangen werden (vgl. Rz 216 ff.). Die beiden Gruppen begegnen sich auf einer Vielzahl von Märkten.

249. Somit besteht eine Vielzahl an Multimarktbeziehungen zwischen Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ. Diese Multimarktbeziehungen weisen vielfach eine mittlere bis hohe Asymmetrie auf (vgl. Rz 216 ff.). In Bezug auf Multimarktbeziehungen begünstigt das Zusammenschlussvorhaben somit den Anreiz zu koordiniertem Verhalten und eine kollektive Marktherrschaft durch Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ.

### Stellung der Marktgegenseite

250. Eine allfällige kollektive Marktherrschaft hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab (vgl. oben Rz 219).

251. Gemäss Meldung stehen sich im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz Medienunternehmen und Werbekunden gegenüber. Anbieter sind Medienunternehmen, welche Print-Titel für die Deutschschweiz herausgeben und Nachfrager sind Werbekunden, die mit ihrer Werbung insbesondere Leser in der Deutschschweiz erreichen wollten.<sup>223</sup>

252. Für die Werbekunden als Marktgegenseite ist davon auszugehen, dass deren Konzentrationsgrad niedrig ist. Zudem ist davon auszugehen, dass die Werbekunden einen geringen Organisationsgrad hinsichtlich einer möglichen Koordinierung der Nachfrage aufweisen. Zwar erfolgt die Mediaplanung oft durch Mediaagenturen, was dazu führt, dass Mediaagenturen zum Teil eine grössere Nachfragemacht ausüben können als einzelne Unternehmen. Dennoch stehen im Markt eine Vielzahl an Mediaagenturen im Wesentlichen drei Anbietern von Raum für nationale Print-Firmenwerbung entgegen. Dies deutet darauf hin, dass die Marktgegenseite über wenig Gegenmacht verfügt.

253. Somit bestehen Anreize zur Koordination und es besteht die Möglichkeit einer kollektiven Marktherrschaft durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ.

### Potenzielle Konkurrenz

254. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen (vgl. dazu oben Rz 223).

255. Beim Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz handelt es sich um einen rückläufigen Markt,<sup>224</sup> der in den letzten drei Jahren einen Rückgang von fast [10-20] % zu verzeichnen (vgl. Tabelle 36).

256. Um in den Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz einsteigen zu können, ist die Gründung eines entsprechenden Printmediums sowie dessen Vermarktung, um eine gewisse Reichweite zu erlangen, notwendig. Aufgrund des Nachfragerückgangs nach Print-Medien und der derzeitigen Konsolidierung des Marktes ist ein solcher Markteintritt quasi ausgeschlossen. Dementsprechend sind gemäss Meldung im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz keine konkreten Marktzutritte bekannt.<sup>225</sup>

257. Zu den Kosten, die ein Markteintritt verursacht, führt die Meldung aus, dass die Anfangsinvestitionen für einen neuen Print-Titel zudem relativ hoch sind. Bei Publikationen, die nicht täglich erscheinen würden, seien sie indessen etwas geringer.<sup>226</sup> Zieht man als Vergleichswert für einen profitablen und auf lange Dauer ausgelegten Markteintritt wiederum den von Tamedia für die BaZ zu leistenden Kaufpreis in der Höhe von rund [...] Franken<sup>227</sup> heran, können die Kosten für einen Markteintritt im Vergleich zum Ertragspotenzial sogar als sehr hoch bezeichnet werden.

258. Auch wenn die Kosten für einen Markteintritt für Titel, die nicht täglich erscheinen, geringer sind, kann dadurch nicht ohne weiteres von Wettbewerbsdruck infolge potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden. Auch für nicht täglich erscheinende Zeitungen müssen erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades getätigt werden, um in erster Linie von Lesern überhaupt wahrgenommen zu werden und in zweiter Linie für Inserenten von nationaler Print-Firmenwerbung als Werbeplattform interessant zu werden.

259. Schliesslich sind die grossen Mediengruppen Tamedia, NZZ/AZ und Ringier bereits im Markt tätig, was einen Markteintritt für Dritte zudem erschwert.

<sup>222</sup> Vgl. <wemf.ch/de/medienstudien/mach-basic> (04.06.2018).

<sup>223</sup> Vgl. Meldung, Rz 139.

<sup>224</sup> Vgl. Meldung, Rz 156.

<sup>225</sup> Vgl. Meldung, Rz 215.

<sup>226</sup> Vgl. Meldung, Rz 234.

<sup>227</sup> Vgl. Beilage 6 zur Meldung, Ziff. 3.1.

260. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen ist in der Schweizer Zeitungslandschaft in den letzten Jahren kaum Expansion durch neue oder erweiterte Zeitungstitel erfolgt, vielmehr sind die drei grossen Mediengruppen in der Schweiz durch Zukauf bestehender, regional verankerter Titel gewachsen.

261. Daher kann im Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz nicht von einer potenziellen Konkurrenz mit starker disziplinierender Wirkung ausgegangen werden.

262. Insgesamt vermag die potenzielle Konkurrenz nicht genügend disziplinierenden Einfluss auszuüben, um eine etwaige kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ zu verhindern.

### Fazit

263. Hinsichtlich einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und das Joint Venture AZ/NZZ gegebenenfalls auch mit Ringier bestehen Faktoren, welche eine Koordination zwischen Tamedia und dem Joint Venture AZ/NZZ begünstigen könnten. Dennoch zeigt die Entwicklung der durchschnittlichen täglichen Auflagezahlen im Vergleich zur Entwicklung der Werbeeinnahmen, dass sich die Werbeeinnahmen stärker negativ entwickeln, als die Anzahl verkaufter Auflagen. Da im Bereich der nationalen Print-Firmenwerbung hauptsächlich die drei grossen Medienunternehmen tätig sind, repräsentieren sie den grössten Teil des Gesamtmarktumsatzes. Daher liegen Indizien vor, dass sie eine sinkende Anzahl an Werbeeinseraten nicht mit höheren Preisen kompensieren können. Hieran vermag auch das Zusammenschlussvorhaben nichts zu ändern, weshalb es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmen-

werbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz zu keiner Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung kommt.

### B.4.3.3 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

264. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz sind Tamedia und Ringier die beiden dominanten Plattformbetreiber. Daher wird nachfolgend eine mögliche kollektiv marktbeherrschende Stellung gemäss den oben genannten Kriterien geprüft (vgl. Rz 189):

### Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

265. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 20 zeigen, dass es durch das Zusammenschlussvorhaben zu – wenn auch geringfügigen – Marktanteilsadditionen kommt. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen die Zusammenschlussparteien und Ringier am Umsatz gemessen über einen kumulierten Marktanteil von über [90-100] % (vgl. Tabelle 20). Dementsprechend bestätigen die HHI-Werte<sup>228</sup> in Tabelle 37 einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI grundsätzlich als bedenkenlos ein, es sei denn, es würden besondere Umstände vorliegen.<sup>229</sup> Als besonderen Umstand führt die EU an, dass der Marktanteil einer der fusionierenden Parteien wenigstens 50 % beträgt. Vorliegend verfügt Tamedia bereits vor dem Zusammenschluss gemessen am Umsatz über einen Marktanteil von über [50-60] %.

Tabelle 38: HHI-Werte vor und nach den Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | [2'500-7'500] |
| HHI ex post Zusammenschluss | [2'500-8'900] |
| $\Delta$ HHI                | [0-1'100]     |

266. Damit kommt es zu geringfügigen Marktanteilsaddition und damit zu Änderungen der Marktverhältnisse, welche sich entsprechend im HHI widerspiegeln.

### Symmetrien

267. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zu Symmetrien kann auf Rz 202 verwiesen werden.

268. Aus Tabelle 20 geht hervor, dass Tamedia und Ringier zusammen sehr hohe Marktanteile auf sich vereinen, wobei Tamedia der etwas stärkere Marktteilnehmer ist. Hinsichtlich der Kostenstruktur und der Vermarktungsmöglichkeiten sind die Marktanteile jedoch nicht so unterschiedlich, als dass hierdurch für eines der beiden Unternehmen ein derartiger Vorteil entsteht, dass dieses den Gesamtmarkt an sich reißen könnte. Um einen möglichen ruinösen Preiswettbewerb zu verhindern bestehen daher Anreize zu koordiniertem Verhalten. Sowohl Tamedia als auch Ringier verfügen über eine starke Finanzkraft, welche es ihnen ermöglichen würde, einen

möglichen Preiskampf um Marktanteile in diesem Markt zu führen. Durch das Zusammenschlussvorhaben gewinnt Tamedia in geringem Masse an Marktanteilen. Dieser Marktanteilszuwachs dürfte aber auf die bereits bestehenden Symmetrien keinen wesentlichen Einfluss ausüben.

<sup>228</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>229</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 19 ff. (Fn 171); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 171).



269. In den Bereichen Produktportfolio und technologisches Know-How verfügen Tamedia und Ringier über relativ hohe Symmetrien (vgl. Rz. 205 ff.). Beide betreiben in der Schweiz die grössten Plattformen für Rubrikanzeigen. Da bei Immobilienrubrikanzeigen insbesondere im Online-Bereich keiner der beiden Marktteilnehmer über einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil verfügt, aufgrund dessen eine einzelmarktbeherrschende Stellung erreicht werden könnte, sind die Anreize, sich keinen ruinösen Preiswettbewerb zu liefern, und damit die Anreize zur koordiniertem Verhalten, gross.

### Marktwachstum und Innovationen

270. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung (vgl. Rz 209 f.).

271. Tabelle 38 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gemessen am damit erzielten Umsatz in den Jahren 2015 bis 2017 entwickelt hat. Der Markt ist als Wachstumsmarkt anzusehen, wobei die Anzahl Inserate in den letzten drei Jahren moderat um ca. [0-10] % pro Jahr gewachsen ist. Der Umsatz ist hingegen um ca. [0-10] % pro Jahr gewachsen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 38 dass in den drei Jahren keine grossen Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben.

Tabelle 39: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz<sup>230</sup>

| Jahr | Wert          | Gesamtmarkt | Tamedia/BaZ | Newhome   | Ringier   |
|------|---------------|-------------|-------------|-----------|-----------|
| 2017 | Inserate (T#) | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [40-70] %   | [0-10] %  | [30-50] % |
| 2016 | Inserate (T#) | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [40-70] %   | [0-10] %  | [30-50] % |
| 2015 | Inserate (T#) | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [40-70] %   | [0-10] %  | [30-50] % |

272. In Bezug auf Forschung und Entwicklung führt die Meldung aus, dass diese durch eine seit Jahren besonders stark durch die Ablösung der Print- durch Online-Angebote geprägt ist.<sup>231</sup> Zudem führen die Zusammenschlussparteien das Aufkommen von Metaportalen als wichtige technologische Neuerung an.<sup>232</sup> Da diese technologischen Möglichkeiten bereits seit vielen Jahren bestehen, muss im Markt derzeit von nur geringem Innovationspotenzial ausgegangen werden, welches geeignet ist grössere Marktanteilsbewegungen zu verursachen. Da keine den Markt verändernden technologische Neuerungen (sog. disruptive Technologien) ersichtlich sind, erscheinen die technologischen Entwicklungen einer kollektiven Marktbeherrschung nicht entgegen zu stehen.

### Markttransparenz

273. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für koordiniertes Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral (vgl. oben Rz 213).

274. Die Preise für Inserate in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen sind im Markt weitgehend bekannt. Daher kann von einer grossen Transparenz ausgegangen werden. Da es sich zudem im Wesentlichen um ein Massengeschäft handelt, kann auch die Preisstruktur als solches als bekannt vorausgesetzt werden. Zudem sind

die Nutzerzahlen von verschiedenen Plattformen entweder durch die Angaben der jeweiligen Plattformbetreiber oder über die Studien von Net-Matrix bekannt.<sup>233</sup> Daher muss insgesamt von einer hohen Transparenz ausgegangen werden. Zumindest erscheint die Transparenz ausreichend, dass sich die zwei dominierenden Marktteilnehmer Tamedia und Ringier auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gegenseitig soweit überwachen können, dass die Aufrechterhaltung eines koordinierten Verhaltens möglich ist.

275. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Markttransparenz den Anreiz und die Möglichkeit von koordiniertem Verhalten und damit eine kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und Ringier begünstigt.

<sup>230</sup> Vgl. Beilage 9 zur Meldung.

<sup>231</sup> Meldung, Rz 179.

<sup>232</sup> Meldung, Rz 180.

<sup>233</sup> <net-matrix.ch> (30.07.2018).

## Multimarktbeziehungen

276. Im Bereich der Online-Rubrikanzeigen Märkte stehen sich Tamedia und Ringier auf verschiedenen Märkten mit jeweils hohen Marktanteilen gegenüber. Zudem führen Tamedia und Ringier im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen ein Gemeinschaftsunternehmen, wobei jeweils Tamedia und Ringier 50 % am Gemeinschaftsunternehmen halten und sie somit die gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben.<sup>234</sup>

277. Bei den Fahrzeug-Rubrikanzeigen erreicht Ringier gemessen am Umsatz einen bedeutend grösseren Marktanteil als Tamedia, wobei gemessen an Inseraten beide Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von [60-70] % aufweisen. Im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen hat Tamedia am Umsatz gemessen leicht höhere Marktanteile als Ringier.

278. Im Bereich des Ticketverkaufs vereinen Ringier mit Ticketcorner und Tamedia mit Starticket ebenfalls zwischen [80-90] % und [90-100] % des Gesamtmarktanteils auf sich, wobei Ticketcorner der stärkere Marktteilnehmer ist.<sup>235</sup>

279. Im Bereich der Vermittlung und Vermarktung von TV-Werbung stehen sich nach dem Zusammenschluss zwischen Tamedia und Goldbach die Zusammenschlussparteien und Ringier über Admeira ebenfalls als duopolistische Wettbewerber gegenüber, wobei Tamedia/Goldbach die etwas höheren Marktanteile hält. Daneben stehen einander die Zusammenschlussparteien und Ringier in verschiedenen weiteren Märkten im Bereich der Printfirmenwerbung und der Radiowerbung gegenüber.

280. Somit ist von zahlreichen Multimarktkontakten auszugehen, was ihnen ermöglicht, einander über die verschiedenen Märkte hinweg zu kontrollieren, zu koordinieren und zu sanktionieren. Diese Multimarktkontakte sind daher geeignet eine Koordination und damit eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz zu begünstigen.

## Stellung der Marktgegenseite

281. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab (vgl. oben Rz 219).

282. Die Marktgegenseite besteht weitgehend aus Privatpersonen, welche eine Immobilie verkaufen wollen, und Immobilienmakler, die im Auftrag Immobilien in einer bestimmten Region verkaufen. Den beiden möglicherweise kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen Tamedia und Ringier stehen daher eine Vielzahl von Einzelpersonen oder Immobilienmaklern, welche grösstenteils als KMU einzustufen sind, gegenüber. Alleine schon aus diesem Grund ist die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite als minimal anzusehen. Es ist daher auszuschliessen, dass seitens der Marktgegenseite eine Disziplinierung erfolgt, welche einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung entgegenstehen würde.

## Potenzielle Konkurrenz

283. Tiefe Markteintrittsbarrieren können koordiniertes Verhalten erschweren oder verunmöglichen (vgl. dazu oben Rz 223).

284. Hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz kann weitgehend auf die Ausführungen in Rz 134 verwiesen werden. So gilt auch im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen, dass eine Internetplattform in technischer Hinsicht mit relativ geringem finanziellen Aufwand erstellt werden kann. Hingegen ist es für einen Plattformbetreiber nur mit einem sehr grossen Aufwand möglich, eine neue Plattform gegenüber bereits bestehenden Plattformen entsprechend bekannt zu machen, um hierüber dann ein wirtschaftliches Geschäftsmodell zu entwickeln.

285. Bereits heute bestehen im Online-Bereich für neueintretende Unternehmen kaum Möglichkeiten, sich gegenüber bestehenden Unternehmen zu etablieren.

286. So hat sich in der Schweiz gezeigt, dass es insbesondere die bekannten und etablierten Medienhäuser geschafft haben auch grosse Online-Plattformen für Rubrikanzeigen in der Schweiz zu etablieren. Deren Marktanteile sind über die letzten Jahre weitgehend stetig gewachsen. Alleine die Marktanteilsentwicklung zeigt, wie schwierig es für neu in den Markt eintretende Unternehmen ist, sich am Markt zu etablieren und Gewinne zu erzielen.

287. Vor diesem Hintergrund ist von einer nur geringen potenziellen Konkurrenz auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz auszugehen.

## Fazit

288. Hinsichtlich einer möglichen kollektiven Marktherrschaft durch die Zusammenschlussparteien und Ringier überwiegen insgesamt die Faktoren, welche eine solche begünstigen. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu Marktanteilsadditionen, welche dazu führen, dass eine gegebenenfalls bereits bestehende kollektiv marktbeherrschende Stellung verstärkt oder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet werden kann.

### B.4.3.4 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31

289. Auch auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 sind Tamedia und Ringier die beiden dominanten Plattformbetreiber. Daher wird nachfolgend eine mögliche kollektiv marktbeherrschende Stellung gemäss den oben genannten Kriterien geprüft (vgl. Rz 189):

<sup>234</sup> RPW 2015/3, 507 Rz 2, *JobCloud/Jobscout24*.

<sup>235</sup> Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, 62 Rz 265. (abrufbar auf <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner / Starticket (30.07.2018)).

### Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

290. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 23 zeigen, dass es durch das Zusammenschlussvorhaben zu bedeutenden Marktanteilsadditionen kommt. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen die Zusammenschlussparteien und Ringier am Umsatz gemessen über

einen kumulierten Marktanteil von über [50-95] % (vgl. Tabelle 23). Dementsprechend bestätigen die HHI-Werte<sup>236</sup> in Tabelle 39 einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfsweise herangezogen werden können, stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenklos ein.<sup>237</sup>

Tabelle 40: HHI-Werte vor und nach den Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | [1'300-4'500] |
| HHI ex post Zusammenschluss | [1'600-6'500] |
| ΔHHI                        | [300-2'000]   |

291. Anders als im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, kommt es im WG 31 mit einem Marktanteilszuwachs von ca. [0-10] % zu bedeutenden Marktanteilsadditionen. Dies spiegelt sich auch in der Veränderung des HHI wider. Wie bereits zu Tabelle 23 angemerkt dürften die ausgewiesenen Marktanteile zudem noch zu Gunsten der Zusammenschlussparteien etwas zu tief sein.

### Symmetrien

292. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zu Symmetrien kann auf Rz 202 verwiesen werden. Zudem kann in Sachen Symmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Ringier weitgehend auf die Ausführungen in Rz 269 ff. verwiesen werden.

293. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die Symmetrien allerdings noch weiter verstärkt, da die Basler Zeitung im WG 31 bisher unabhängig und lediglich regional tätig war. Es ist zu vermuten, dass die ausschliesslich regionale Verankerung weitgehend inner-

halb des Tamedia-Konzerns untergehen wird, da davon auszugehen ist, dass sowohl die BaZ als auch die durch sie betriebenen Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen in die weiteren Geschäftsbereiche von Tamedia integriert werden.

### Marktwachstum und Innovationen

294. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung (vgl. Rz 209 f.).

295. Tabelle 40 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 gemessen am damit erzielten Umsatz in den Jahren 2015 bis 2017 entwickelt hat. Der Markt ist als Wachstumsmarkt anzusehen, wobei die Anzahl Inserate in den letzten drei Jahren moderat um ca. [0-10] % pro Jahr gewachsen ist. Der Umsatz ist um ca. [0-10] % pro Jahr gewachsen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 40 dass in den drei Jahren keine grossen Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben.

Tabelle 41: Gesamtmarkt und Marktanteile aktuelle Konkurrenz<sup>238</sup>

| Jahr | Wert          | Gesamtmarkt | Tamedia/BaZ | Newhome   | Ringier   | Immowelt |
|------|---------------|-------------|-------------|-----------|-----------|----------|
| 2017 | Inserate (#)  | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % | n/a      |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [35-65] %   | [0-10] %  | [20-45] % | [0-10] % |
| 2016 | Inserate (T#) | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % | n/a      |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [35-65] %   | [0-10] %  | [20-45] % | [0-10] % |
| 2015 | Inserate (T#) | [...]       | [30-40] %   | [10-20] % | [10-20] % | n/a      |
|      | Umsatz (TCHF) | [...]       | [35-65] %   | [0-10] %  | [20-45] % | [0-10] % |

<sup>236</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei

gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>237</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 19 ff. (Fn 171); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 171).

<sup>238</sup> Vgl. Beilage 9 zur Meldung.

296. In Bezug auf Forschung und Entwicklung führt die Meldung aus, dass diese seit Jahren besonders stark durch die Ablösung der Print- durch Online-Angebote geprägt ist.<sup>239</sup> Zudem führen die Zusammenschlussparteien das Aufkommen von Metaportalen als wichtige technologische Neuerung an.<sup>240</sup> Da diese technologischen Möglichkeiten bereits seit vielen Jahren bestehen, muss im Markt derzeit von nur geringem Innovationspotenzial ausgegangen werden, welches geeignet ist grössere Marktanteilsbewegungen zu verursachen. Da keine den Markt verändernden technologische Neuerungen (sog. disruptive Technologien) ersichtlich sind, scheinen die technologischen Entwicklungen einer kollektiven Marktbeherrschung nicht entgegen zu stehen.

### Markttransparenz

297. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral (vgl. oben Rz 213).

298. Die Preise für Inserate in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen sind im Markt weitgehend bekannt. Daher kann von einer grossen Transparenz ausgegangen werden. Da es sich zudem im Wesentlichen um ein Massengeschäft handelt, kann auch die Preisstruktur als solches als bekannt vorausgesetzt werden. Zudem sind die Nutzerzahlen von verschiedenen Plattformen entweder durch die Angaben der jeweiligen Plattformbetreiber oder über die Studien von Net-Matrix bekannt.<sup>241</sup> Daher muss insgesamt von einer hohen Transparenz ausgegangen werden. Zumindest erscheint die Transparenz ausreichend, dass die zwei dominierenden Marktteilnehmer Tamedia und Ringier auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz gegenseitig soweit überwachen können, dass die Aufrechterhaltung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung möglich ist.

299. Die Markttransparenz begünstigt koordiniertes Verhalten und damit auch eine kollektive Marktbeherrschung durch Tamedia und Ringier.

### Multimarktbeziehungen

300. Im Bereich der Online-Rubrikanzeigen Märkte stehen sich Tamedia und Ringier auf verschiedenen Märkten mit jeweils hohen Marktanteilen gegenüber. Zudem führen Tamedia und Ringier im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen bereits ein Gemeinschaftsunternehmen, wobei jeweils Tamedia und Ringier 50 % am Gemeinschaftsunternehmen halten und sie somit die gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben.<sup>242</sup>

301. Bei den Fahrzeug-Rubrikanzeigen erreicht Ringier gemessen am Umsatz einen bedeutend grösseren Marktanteil als Tamedia, wobei gemessen an Inseraten beide Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von [35-95] % aufweisen. Im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen hat Tamedia am Umsatz gemessen leicht höhere Marktanteile als Ringier.

302. Im Bereich des Ticketverkaufs vereinen Ringier mit Ticketcorner und Tamedia mit Starticket ebenfalls zwischen [80-90] % und [90-100] % des Gesamtmarktan-

teils auf sich, wobei Ticketcorner der stärkere Marktteilnehmer ist.<sup>243</sup>

303. Im Bereich der Vermittlung und Vermarktung von TV-Werbung stehen sich nach dem Zusammenschluss zwischen Tamedia und Goldbach die Zusammenschlussparteien und Ringier über Admeira ebenfalls als duopolistische Wettbewerber gegenüber, wobei Tamedia/Goldbach die etwas höheren Marktanteile hält. Daneben stehen sich die Zusammenschlussparteien und Ringier in verschiedenen weiteren Märkten im Bereich der Printfirmenwerbung und der Radiowerbung gegenüber.

304. Somit ist von zahlreichen Multimarktkontakten auszugehen, was ihnen ermöglicht, einander über die verschiedenen Märkte hinweg zu kontrollieren, zu koordinieren und gegenseitig zu sanktionieren. Diese Multimarktkontakte sind daher geeignet eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz zu begünstigen.

### Stellung der Marktgegenseite

305. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab (vgl. oben Rz 219).

306. Die Marktgegenseite besteht weitgehend aus Privatpersonen, welche eine Immobilie verkaufen wollen, und Immobilienmakler, die im Auftrag Immobilien in einer bestimmten Region verkaufen. Den beiden möglicherweise kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen Tamedia und Ringier stehen daher eine Vielzahl von Einzelpersonen oder Immobilienmaklern, welche grösstenteils als KMU einzustufen sind, gegenüber. Alleine schon aus diesem Grund ist die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite als minimal anzusehen. Es ist daher auszuschliessen, dass seitens der Marktgegenseite eine Disziplinierung erfolgt, welche einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung entgegenstehen würde.

### Potenzielle Konkurrenz

307. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen (vgl. dazu oben Rz 223).

<sup>239</sup> Meldung, Rz 179.

<sup>240</sup> Meldung, Rz 180.

<sup>241</sup> <net-matrix.ch> (30.07.2018).

<sup>242</sup> RPW 2015/3, 507 Rz 2, *JobCloud/Jobscout24*.

<sup>243</sup> Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, 62 Rz 265. (abrufbar auf <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner / Starticket (30.07.2018)).

308. Hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz kann weitgehend auf die Ausführungen in Rz 134 verwiesen werden. So gilt auch im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen, dass eine Internetplattform in technischer Hinsicht mit relativ geringem finanziellen Aufwand erstellt werden kann. Hingegen ist es für einen Plattformbetreiber nur mit einem sehr grossen Aufwand möglich, eine neue Plattform gegenüber bereits bestehenden Plattformen entsprechend bekannt zu machen, um hierüber dann ein wirtschaftliches Geschäftsmodell zu entwickeln.

309. Bereits heute bestehen im Online-Bereich für neuentretende Unternehmen kaum Möglichkeiten, sich gegenüber bestehenden Unternehmen zu etablieren.

310. So hat sich in der Schweiz gezeigt, dass es insbesondere die bekannten und etablierten Medienhäuser geschafft haben auch grosse Online-Plattformen für Rubrikanzeigen in der Schweiz zu etablieren. Deren Marktanteile sind über die letzten Jahre weitgehend stetig gewachsen. Alleine die Marktanteilsentwicklung zeigt, wie schwierig es für neu in den Markt eintretende Unternehmen ist, sich am Markt zu etablieren und Gewinne zu erzielen.

311. Vor diesem Hintergrund ist von einer nur geringen potenziellen Konkurrenz auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz auszugehen.

## Fazit

312. Im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 ergeben sich durch das Zusammenschlussvorhaben Marktanteilsadditionen. Zudem besteht zwischen den beiden wichtigsten Akteuren im Markt, Tamedia und Ringier, ein erhebliches Potenzial für koordiniertes Verhalten und damit eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, welche durch die Marktanteilsadditionen weiter verstärkt wird. Dennoch muss festgehalten werden, dass die Marktanteilsadditionen vorwiegend im Print-Bereich und nicht im Online-Bereich stattfinden. Insgesamt wird durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

## B.4.4 Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

313. Ein Eingriff der Wettbewerbskommission gemäss Art. 10 Abs. 2 KG rechtfertigt sich, wenn durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Gemäss Bundesgericht muss das marktbeherrschende Unternehmen bzw. müssen die marktbeherrschenden Unternehmen demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten würden.<sup>244</sup> Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in die-

sem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus. Gerade auf dieses Kriterium hat der Gesetzgeber laut Bundesgericht grosses Gewicht gelegt. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwendet mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission geht, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stellt.<sup>245</sup>

314. Bestehe auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehle es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen seien diesfalls unzulässig. Entscheidend sei demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb bestehe.<sup>246</sup>

315. Das heisst, dass trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts nur dann besteht, wenn festgestellt werden muss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Folglich ist im Rahmen von Art. 33 KG zu prüfen, ob durch die allenfalls marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

316. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Das Kriterium „entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.“<sup>247</sup>

317. Nach der Praxis der WEKO ist aus der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu folgern, dass das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausschliesst. Danach kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können. Somit hat ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei

<sup>244</sup> BGE 133 II 104 E. 6.3 (= RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swiss-grid/WEKO*.

<sup>245</sup> Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.3 (= RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swiss-grid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

<sup>246</sup> Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swiss-grid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

<sup>247</sup> Vgl. BBl 1995 I 468, 583 f. Ziff. 234.2.

einem Restwettbewerb die Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.<sup>248</sup> Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist.<sup>249</sup>

318. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.<sup>250</sup>

319. Zudem sind gemäss Art. 10 Abs. 4 KG bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

320. Die obige Analyse hat ergeben, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine einzelmarktherrschende Stellung auf dem Markt für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz möglicherweise geringfügig verstärkt werden kann. Hierbei ist allerdings unklar inwiefern es aufgrund der Transaktion II überhaupt zu einer Verstärkung oder nicht vielleicht sogar zu einer geringfügigen Schwächung der marktbeherrschenden Stellung von Tamedia kommt. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann diese Beurteilung allerdings offengelassen werden, da die geringfügige Marktanteilsveränderung für eine mögliche Änderung der Wettbewerbsverhältnisse nicht kausal ist. Daher wird für den Markt für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz nicht weiter geprüft, ob durch das Zusammenschlussvorhaben wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

321. Auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 in der Deutschschweiz kommt es zu einer Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung mit dem Joint-Venture AZ/NZZ, weshalb für diesen Markt zu prüfen ist, ob durch das Zusammenschlussvorhaben wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

322. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilienrubrikanzeigen in der Deutschschweiz kommt es nur zu geringen Marktanteilsadditionen, durch welche eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen Tamedia und Ringier nur geringfügig verstärkt wird.

323. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen im WG 31 kommt es zu bedeutenden Marktanteilsadditionen und damit zu einer Verstärkung einer

marktbeherrschenden Stellung. Auch auf den Märkten für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 kommt es zu wesentlichen Marktanteilsadditionen und zu einer wesentlichen Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung mit Ringier.

324. Nachfolgend wird daher für den Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 und für die Märkte für die Bereitstellung von nationaler Print-Firmenwerbung (Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen) in der Deutschschweiz, für (Print-/Online-) Immobilienrubrikanzeigen in der Deutschschweiz sowie auf den Märkten für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen und Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 geprüft, ob durch das Zusammenschlussvorhaben wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### **B.4.4.1 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31**

325. Auf dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 ist neben den Zusammenschlussparteien und dem Joint-Venture AZ/NZZ noch Ringier als grösserer Marktteilnehmer tätig. Es stellt sich zwar die Frage, wie sehr die von Ringier herausgegebene Tageszeitung Blick mit den von den Zusammenschlussparteien oder dem Joint-Venture AZ/NZZ herausgegebenen Tageszeitungen substituierbar ist.

326. Dennoch stellt die Ringier-Gruppe eine wirtschaftlich starke aktuelle Konkurrentin im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 31 Basel dar.<sup>251</sup> Zudem ist sie auf dem fraglichen Lesermarkt mit dem Titel „Blick“ mit einer der auflagestärksten Zeitungen der Schweiz vertreten. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben den allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen Tamedia/BaZ und dem Joint-Venture AZ/NZZ die Möglichkeit eröffnet, die Ringier-Gruppe aus dem Lesermarkt für Tageszeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel zu verdrängen oder diese in ihrer Handlungsfreiheit wesentlich einzuschränken.

327. Es ist somit nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im WG 31 führen wird (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

#### **B.4.4.2 Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz**

328. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz sind neben den Zusammenschlussparteien und der Ringier-Gruppe noch eine Vielzahl weiterer Anbieter von Immobilienportalen tätig.

<sup>248</sup> Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 220, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2009/4, 405 Rz 242 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

<sup>249</sup> Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>250</sup> Vgl. RPW 2009/4, 436 f. Rz 395 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

<sup>251</sup> Die Ringier-Gruppe erzielte 2017 nach eigenen Angaben einen operativen Gewinn von Fr. 110.6 Mio. bei einem Umsatz von Fr. 1002.9 Mio.; vgl. Medienmitteilung vom 11.04.2018, <[http://ringier.ch/sites/default/files/medienmitteilung\\_jahresergebnis\\_de.pdf](http://ringier.ch/sites/default/files/medienmitteilung_jahresergebnis_de.pdf)> (26.06.2018).

329. Hierbei ist allerdings festzustellen, dass die meisten Anbieter von Online-Stellenportalen ein weitaus geringeres Kommerzialisierungspotenzial aufweisen als die Zusammenschlussparteien und die Ringier-Gruppe. Hingegen können Anbieter von Raum für Immobilien-Rubrikanzeigen in Print-Medien ein vergleichsweise grosses Kommerzialisierungspotenzial abschöpfen.

330. Zudem hat eine Befragung von Betreibern von Immobilienportalen ergeben, dass die meisten der Befragten in einer Nische tätig sind und hierdurch aufgrund der durch kostenpflichtige Inserate erzielten Einnahmen zumindest ihre Kosten weitgehend decken können.

331. Da das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz nur zu geringfügigen Marktanteilsadditionen führt und nicht zu erwarten ist, dass sich durch den Zusammenschluss die Marktverhältnisse wesentlich ändern, eröffnet das Zusammenschlussvorhaben keine Möglichkeit wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen zu beseitigen.

#### **B.4.4.3 Markt für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen im WG 31**

332. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz sind neben den Zusammenschlussparteien auch die Basellandschaftliche Zeitung der AZ-Mediengruppe tätig. Diese betreibt ein Stellenportal, welches insbesondere im Raum Basel Stelleninserate ermöglicht. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, in der Print-Ausgabe der Basellandschaftlichen Zeitung Stelleninserate zu lancieren.

333. Derzeit ist nicht ersichtlich, dass die Basellandschaftliche Zeitung und insbesondere die von AZ-Medien betriebene Stellenplattform der Basellandschaftlichen Zeitung vom Markt verschwinden würde. Aus diesen Gründen kann eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgeschlossen werden kann.

#### **B.4.4.4 Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31**

334. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 sind neben den Zusammenschlussparteien und Ringier auch die AZ/NZZ-Gruppe insbesondere mit der Online-Plattform und der gedruckten Ausgabe der Basellandschaftlichen Zeitung tätig. Da nicht davon auszugehen ist, dass die Basellandschaftliche Zeitung in naher Zukunft vom Markt verschwinden wird, kann eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Markt für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 31 ausgeschlossen werden.

#### **B.4.5 Zwischenergebnis**

335. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

#### **B.4.6 Nebenabreden**

336. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abre-

den, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>252</sup>

337. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind<sup>253</sup> (EU-Bekanntmachung) gerichtet.<sup>254</sup>

338. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>255</sup>

339. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblichen geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>256</sup>

340. In der Meldung wird als Nebenabrede geltend gemacht, [...].<sup>257</sup>

<sup>252</sup> Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m. w. H.

<sup>253</sup> ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>254</sup> Vgl. RPW 2012/1, 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>255</sup> Vgl. RPW 2017/3, 512 Rz 72, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*; RPW 2016/3, 761 Rz 58, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*, m.w.H.

<sup>256</sup> Vgl. RPW 2017/3, 512 Rz 71, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*; RPW 2016/3, 761 Rz 58, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*, m.w.H.

<sup>257</sup> Vgl. Meldung, Rz 241; Meldung, Beilage 7, Ziff. 3.5.1 und 4.3.

341. Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.<sup>258</sup>

342. Die WEKO hat diese Praxis ebenfalls übernommen,<sup>259</sup> hat dabei aber festgehalten, dass es den Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz ohnehin nicht freisteht, den Verfahrensgegenstand während der Dauer des Verfahrens zu verändern.<sup>260</sup>

#### **B.4.7 Ergebnis**

343. Die Prüfung hat ergeben, dass durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Daher sind die Voraussetzungen für ein Eingreifen der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 2 KG nicht erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher aus fusionskontrollrechtlicher Sicht als unbedenklich einzustufen.

---

<sup>258</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14.

<sup>259</sup> Vgl. RPW 2012/1, 116 Rz 43, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

<sup>260</sup> Vgl. RPW 2015/3, 531 Rz 174, *JobCloud/JobScout24*.



## B 2.3

## 5. Vossloh AG/Rhomberg Sersa Rail Holding GmbH

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Oktober 2018*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. Oktober 2018*

## A Sachverhalt

1. Am 17. September 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Vossloh AG über ihre Tochtergesellschaft, die Vossloh Rail Services GmbH, 50 % der Anteile und Stimmrechte an der bereits bestehenden Rhomberg Sersa Service GmbH von der Rhomberg Sersa Rail Holding GmbH zu erwerben.

2. Die **Vossloh AG**, mit Sitz in Werdohl, Deutschland, ist ein weltweit tätiges Bahntechnik-Unternehmen. Kerngeschäft des Konzerns ist die Bahninfrastruktur. Wichtige Produktbereiche sind insbesondere die Herstellung von Schienenbefestigungssystemen, Weichensystemen und Signalsystemen sowie die Erbringung von spezialisierten Fahrwegdienstleistungen.

3. Die **Vossloh Rail Services GmbH (VRS)**, eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Vossloh AG, mit Sitz in Hamburg, Deutschland, bietet u.a. Dienstleistungen rund um die Inspektion und die Instandhaltung von Weichen für Industriebahnen und Nahverkehr einschliesslich damit verbundener Angebote hinsichtlich Anlagenmanagement, Consulting und Training, also Weichenservice, an.

4. Die **Rhomberg Sersa Rail Holding GmbH (Rhomberg Sersa)** mit Sitz in Bregenz, Österreich, ist ein Komplettanbieter im Bereich der Bahntechnik und bietet ein breites Leistungsspektrum in den Bereichen Bahnbau, Ausrüstung und Services, einschliesslich Weichenservice, an. Das Portfolio reicht vom Gleisbau, der Gleiserneuerung, -instandhaltung und der Sanierung von Eisenbahntunnels über die Bahnstromversorgung und die Kommunikationstechnik bis hin zu Beratung, Design und Planung sowie Logistikdienstleistungen.

5. Die **Rhomberg Sersa Service GmbH (RSS)**, das künftige Gemeinschaftsunternehmen, ist derzeit eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Rhomberg Sersa mit Sitz in Berlin. Im Mittelpunkt der Aktivitäten des zukünftigen Gemeinschaftsunternehmens steht der Service von Weichen. Weitergehende Dienstleistungen an der Gleisstrecke, wie etwa kleinere Instandhaltungsarbeiten an Schienen „in der Strecke“, erbringt RSS im Einzelfall insbesondere für solche Kunden, welche ihre Asset-Management-Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Nicht-Weichenbezogene Dienstleistungen gehören je-

doch nicht zum originären Dienstleistungsspektrum von RSS. Derartige Arbeiten werden in aller Regel (insbesondere bei grösseren Netzen) durch den Auftraggeber separat an spezialisierte Gleisbauunternehmen, also Anbieter von Dienstleistungen rund um die Strecke, d.h., das Gleis, vergeben.

6. Das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen wird voraussichtlich unter dem Namen „**Rhomberg Sersa Vossloh GmbH**“ („**RSV**“) firmieren. RSS bzw. das künftige Gemeinschaftsunternehmen RSV bietet Dienstleistungen rund um die Inspektion und die Instandhaltung von Weichen für Industriebahnen und Nahverkehr einschliesslich damit verbundener Angebote hinsichtlich Anlagenmanagement, Consulting und Training an. Bislang ist das Gemeinschaftsunternehmen weit überwiegend in Deutschland und nur in geringem Umfang in anderen EU-Mitgliedsstaaten und der Schweiz aktiv.

7. Gemäss Meldung möchten beide Muttergesellschaften die Kompetenzen des künftigen Gemeinschaftsunternehmens im Bereich Weichenservice stärken, Effizienzen erzielen und so die Grundlage für einen insgesamt erfolgreicher Marktauftritt schaffen.

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 30. August 2018 auch in der EU gemeldet und am 21. September 2018 bewilligt.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

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

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. 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).

12. 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 Gemein-

schaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).<sup>1</sup>

13. Die Kapital- und Stimmrechtsanteile an dem Gemeinschaftsunternehmen sollen nach dem Zusammenschluss zu jeweils 50 % von VRS und der Rhomberg Sersa Rail Holding GmbH gehalten werden. VRS und Rhomberg Sersa Holding GmbH werden das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam kontrollieren.

14. Das künftige Gemeinschaftsunternehmen RSV wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllen. RSV wird weiterhin Dienstleistungen im Bereich des Weichenservice (vor allem für kommunale und industrielle Betreiber von Schienennetzen) anbieten. Eine zeitliche Begrenzung der Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens ist nicht vorgesehen.

15. RSS ist operativ bereits im Rahmen von Rhomberg Sersa eigenständig und besitzt die notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen, um im Tagesgeschäft selbstständig am Markt aufzutreten. Auch zukünftig wird das Gemeinschaftsunternehmen über ein eigenes Management und angestellte Mitarbeiter, ein eigenes Schulungszentrum sowie die für die Erbringung des Weichenservice erforderliche Ausrüstung verfügen. Das Gemeinschaftsunternehmen hat einen eigenen Kundestamm und wird auch in Zukunft als eigenständiger An-

bieter von Weichenservice auftreten, ohne von seinen Muttergesellschaften operativ abhängig zu sein.

16. Aufgrund des gesagten sind die Voraussetzungen an ein Vollfunktionsunternehmen gegeben.

17. Beim geplanten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

18. 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

19. 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 CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

20. Die Vossloh AG, die Rhomberg Sersa und die Knorr-Bremse (Schwesterunternehmen der Vossloh AG) erzielten im Geschäftsjahr 2017 folgende Umsätze:

| 2017                  | Schweiz        | Weltweit       |
|-----------------------|----------------|----------------|
| <b>Vossloh AG</b>     | CHF [...] Mio. | CHF [...] Mio. |
| <b>Knorr-Bremse</b>   | CHF [...] Mio. | CHF [...] Mio. |
| <b>Rhomberg Sersa</b> | CHF [...] Mio. | CHF [...] Mio. |
| <b>Zusammen</b>       | CHF [...] Mio. | CHF [...] Mio. |

Quelle: Angabe der Parteien

21. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG sind überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

22. 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).

23. 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.

<sup>1</sup> Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten (vgl. Rz 14).
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen (vgl. Rz 15).
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt (vgl. Rz 14).
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen (vgl. Rz 15).

## B.4.1 Relevante Märkte

### B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

24. 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).

25. Die Parteien sind der Ansicht, dass es sich beim sachlich relevanten Markt um den Markt für Weichenservice handelt. Die Parteien stützen sich dabei weitgehend auf einen Entscheid der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde<sup>2</sup> und Entscheide der Europäischen Kommission. Die EU-Kommission ist von einem eigenständigen Produktmarkt für Weichen und von einem separaten Markt für Schienen und Schienenbefestigungssysteme ausgegangen.<sup>3</sup> Aus Sicht der Parteien liege es nahe, auch hinsichtlich der jeweils auf diese einzelnen Komponenten einer Schienenanlage bezogenen Dienstleistungen gesonderte sachliche Märkte anzunehmen.

26. Gemäss ihrer Erfahrung werde der Weichenservice gesondert und nicht im Rahmen eines auch andere Dienstleistungen mitumfassenden Gesamtpaketes nachgefragt. Es sei angesichts des besonderen technischen Know-hows und des hohen personellen und technischen Aufwands sachgerecht, den Markt für Weichenservice von den anderen Märkten für andere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Wartung und Reparatur von Schienenanlagen abzugrenzen. Dies werde zusätzlich dadurch belegt, dass sowohl VRS als auch Rhomberg Sersa besondere Ausbildungskonzepte für Weichenfachkräfte (Weichenschlosser und Weichenmechaniker) entwickelt hätten. Des Weiteren sei es sachgerecht, diesem Markt auch die Eigenleistungen der Eisenbahn-Infrastrukturbetreiber wie der SBB zuzurechnen, weil die Leistung externer Dienstleister nur dann angenommen werden würde, wenn diese wirtschaftlich attraktiver als die Eigenleistung wäre.

27. Gemäss Angaben der Parteien in der Meldung sind die Aktivitäten der Muttergesellschaften weitgehend komplementär. Während Rhomberg Sersa über RSS in erster Linie Weicheninspektionsdienstleistungen, Schulungen und Weiterbildungen sowie Asset-Management-Software anbieten würden, sei Vossloh über VRS primär mit der Durchführung von Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten an der Weiche befasst. Diese Aussage würde für unterschiedliche Märkten sprechen.

28. Im vorliegenden Fall erscheint es jedoch nicht erforderlich, den Markt weiter zu segmentieren und es kann im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für Weichenservice ausgegangen werden. Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass es in einem solchen Fall zu keiner Marktanteilsaddition kommen würde und der jeweilige Marktanteil weit unter 30 % läge. Ob Eigenleistungen der Eisenbahn-Infrastrukturbetreiber hinzuzurechnen sind, kann letztlich offengelassen werden, da wie unter Rz 33 ff. aufgezeigt wird, kein betroffener Markt vorliegt.

### B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

29. 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).

30. Die Parteien gehen von einem nationalen Markt aus. Es würden vermehrt jedoch auch Dienstleistungen im deutschsprachigen Raum (Schweiz, Süddeutschland, Österreich) mit einem Radius von 300 km nachgefragt, was für einen länderübergreifenden Markt sprechen würde.

31. Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde ist von einem nationalen Markt ausgegangen.<sup>4</sup> Die Europäische Kommission ist eher von einem nationalen Markt ausgegangen, hat die Frage jedoch letztlich offengelassen.<sup>5</sup>

32. Da wie nachfolgend gezeigt wird kein betroffener Markt vorliegt, kann die räumliche Marktabgrenzung vorliegend offengelassen werden.

### B.4.2 Kein betroffener Markt

33. 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.

34. Vossloh erzielte in der Schweiz im Jahre 2017 einen Umsatz von EUR [...], weshalb der Umsatz faktisch bei [0-10] % liegt. Rhomberg Sersa erzielte im selben Jahr in der Schweiz einen Umsatz von EUR [...], was einem Marktanteil von unter [0-10] % entspricht. Wenn der Eigenbedarf der SBB berücksichtigt würde, läge der Marktanteil gar unter [0-10] %.

35. Bezogen auf das Dreiländerdreieck Schweiz, Österreich und Süddeutschland (Radius von 300 km) schätzten die Parteien ihren Marktanteil auf jeweils unter [0-10] %, was einen gemeinsamen Marktanteil von unter [0-10] % ausmachen würde.

<sup>2</sup> Bundeskartellanwalt der Republik Österreich, Tätigkeitsbericht 2014, S. 3-4.

<sup>3</sup> Entscheidung vom 6. Oktober 1998, Fall Nr. IV/M.1259 – Voest Alpine Stahl/Vossloh/VAE, Rz 7 und Entscheidung vom 19. Dezember 2000, Fall Nr. COMP/M.2235 – Corus Group/Cogifer/JV, Rz 10.

<sup>4</sup> Bundeskartellanwalt der Republik Österreich, Tätigkeitsbericht 2014, S. 3-4.

<sup>5</sup> Entscheidung vom 6. Oktober 1998, Fall Nr. IV/M.1259 – Voest Alpine Stahl/Vossloh/VAE, Rz 8 und Entscheidung vom 19. Dezember 2000, Fall Nr. COMP/M.2235 – Corus Group/Cogifer/JV, Rz 11.

36. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Weichenservice in der Schweiz oder dem deutschsprachigen Raum eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### **B.4.3 Ergebnis**

37. Der Zusammenschluss führt unabhängig von der sachlichen bzw. räumlichen Marktabgrenzung zu keinem

betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die vorläufige Prüfung ergibt somit 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.

## B 2.3

## 6. TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl

*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 20. September 2018*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. September 2018*

## A Sachverhalt

1. Am 21. August 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die *Erwerberin* TNT Swiss Post AG (nachfolgend: TNT Swiss Post) die Kontrolle über die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland Sàrl (nachfolgend: FedEx Express Switzerland) zu übernehmen. TNT Swiss Post ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Post CH AG (nachfolgend: Post CH) und TNT Express Worldwide B.V. (nachfolgend: TNT Express).

### A.1 Involvierte Unternehmen

2. Wie nachfolgend ausgeführt wird (Rz 19 ff.) gelten vorliegend die Schweizerische Post als Konzern (nachfolgend: Post-Konzern), FedEx als Konzern (nachfolgend: FedEx-Konzern) sowie die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Meldende Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VKU sind die Erwerberin TNT Swiss Post und die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland.

#### A.1.1 Die unmittelbare Erwerberin TNT Swiss Post

3. TNT Swiss Post ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Post CH, einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft von Die Schweizerische Post AG, und TNT Express, einer hundertprozentigen indirekten Tochtergesellschaft von FedEx Corporation (nachfolgend: FedEx)<sup>1</sup>, die jeweils 50 % ihrer Aktien und Stimmrechte halten.<sup>2</sup>

4. TNT Swiss Post betreibt als Kerngeschäft internationale Expresszustelldienste von der und in die Schweiz, d.h. einen zeit- oder tagesgenauen internationalen Zustelldienst für Sendungen von der Schweiz in ein anderes Land (ausgehend) und für Sendungen von ausserhalb der Schweiz zur Zustellung in der Schweiz (eingehend), wobei der Dienst mit einer oder mehreren der folgenden Optionen gekoppelt ist: Zustellnachweis, Track & Trace, Möglichkeit, den Bestimmungsort vor der Zustellung zu ändern, Abholung der Sendung vom Wohnort, flexible Abrechnung und Preisgestaltung sowie Versicherung. Ausserdem ist sie im Expressversand von Sendungen mit Ursprungs- und Zielort in der Schweiz tätig, wobei diese Dienstleistung [...]. Im Rahmen der Express-Sendungen werden von TNT Swiss Post Dokumente und Pakete versendet. Des Weiteren transpor-

tiert TNT Swiss Post auch Paletten. TNT Swiss Post nutzt das weltweite Transportnetzwerk von TNT Express.<sup>3</sup>

#### A.1.2 Die Zielgesellschaft FedEx Express Switzerland

5. FedEx Express Switzerland ist eine hundertprozentige indirekte Tochtergesellschaft von FedEx.

6. FedEx Express Switzerland bietet hauptsächlich internationale Zustelldienste von der und in die Schweiz an. Ausserdem ist sie in beschränktem Ausmass im Expressversand von Sendungen mit Ursprungs- und Zielort in der Schweiz tätig. Im Rahmen der Express-Sendungen werden von FedEx Express Switzerland Dokumente und Pakete versendet. Des Weiteren transportiert FedEx Express Switzerland in beschränktem Ausmass auch Paletten. FedEx Express Switzerland ist nicht aktiv im Bereich von transit-Sendungen durch die Schweiz, d.h. Sendungen, die weder ihren Ursprungs- noch Bestimmungsort in der Schweiz haben.<sup>4</sup>

#### A.1.3 Der Post-Konzern

7. Der Post-Konzern hat den Auftrag, eine Grundversorgung mit Postdiensten und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs in der Schweiz sicherzustellen und erbringt Dienstleistungen im Bereich der adressierten und unadressierten Brief-, Paket- und Expresssendungen sowie nationale und internationale Vertriebs-, Logistik- und Zahlungsdienstleistungen innerhalb der, von der und in die Schweiz sowie Dienstleistungen im regionalen Personenverkehr.<sup>5</sup>

8. Die ordentliche Zustellung des Post-Konzerns im Inland wird durch die Geschäftsbereiche PostMail und PostLogistics ausgeführt. Schnellere und teurere Zustellungen mit Mehrleistungen werden u.a. mit Swiss-Express Mond, Same- Day Nachmittag und SameDay Abend angeboten. Der Post-Konzern ist im Markt für inländische Express-Sendungen mit PostLogistics tätig. Ausserdem hält die Post [50-70] % an der notime AG (same day delivery). Zudem hält die Post eine Minderheitsbeteiligung von [0-20] % an der swissconnect AG (Kurierdienstleister). Die ordentliche Zustellung des Post-Konzerns ins Ausland wird durch die Geschäftsbereiche PostMail in Zusammenarbeit mit Asendia (Joint Venture zwischen der Schweizerischen Post und der französischen La Poste)<sup>6</sup> und PostLogistics in Zusammenarbeit mit anderen nationalen Postdienstleistern ausgeführt. Im Bereich der Express-Sendungen ins Ausland wird für Geschäftskunden in Partnerschaft mit General Logistics Systems (GLS) der internationale Versand von Paketen angeboten (Swiss Post GLS). Schliesslich bietet die Post mit Urgent die Dienstleistungen von TNT Swiss Post an. Der Post-Konzern ist mit dem Geschäftsbereich PostLogistics und der Tochtergesellschaft [...] mit der Dienstleistung Stückgut auf dem nationalen Markt für Fracht aktiv. International verfügt PostLogistics nur mit ihren Tochtergesellschaften [...]. [...] Der Post-Konzern verarbeitet in eigener Regie Tran-

sit-Waren (nur Post-Sendungen) von anderen Postgesellschaften und leitet diese weiter. Das Transitgeschäft betrifft ausschliesslich den Postverkehr und keine kommerziellen und keine Express-Verkehre.<sup>7</sup>

#### A.1.4 Der FedEx-Konzern

9. FedEx bietet Kunden weltweit ein breites Angebot an Transport-, E-Commerce- und Business-Dienstleistungen über mehrere operative Unternehmen an. FedEx bietet insbesondere internationale Zustelldienste über ihre Tochtergesellschaft FedEx Express und im Besonderen in der Schweiz über FedEx Express Switzerland an. FedEx Express ist über ein integriertes globales Netzwerk in der Zustellung von Paketsendungen und Fracht in mehr als 220 Länder und Territorien tätig. FedEx Express ist ein *Integrator*. Dieser Begriff bezieht sich auf die Fähigkeit, zeitgenaue Haus-zu-Haus-Dienste anzubieten, bei denen das Unternehmen alle erforderlichen Funktionen (z.B. auch Zollabfertigung) in sein Netzwerk integriert und die Kontrolle über den Distributionsprozess behält sowie jede Sendung bei jedem Schritt auf seiner Reise verfolgt (vgl. Rz 45, Fn 32). In der Schweiz ist der FedEx-Konzern nur mit FedEx Express Switzerland, der *Zielgesellschaft*, aktiv. Der FedEx-Konzern ist nicht aktiv im Bereich von Tran-

sit-Sendungen durch die Schweiz, d.h. Sendungen, die weder ihren Ursprungs- noch Bestimmungsort in der Schweiz haben.<sup>8</sup>

10. Am 25. Mai 2016 erwarb FedEx TNT Express. Die Europäische Kommission (EU-Kommission) hat den Zusammenschluss am 8. Januar 2016 genehmigt.<sup>9</sup>

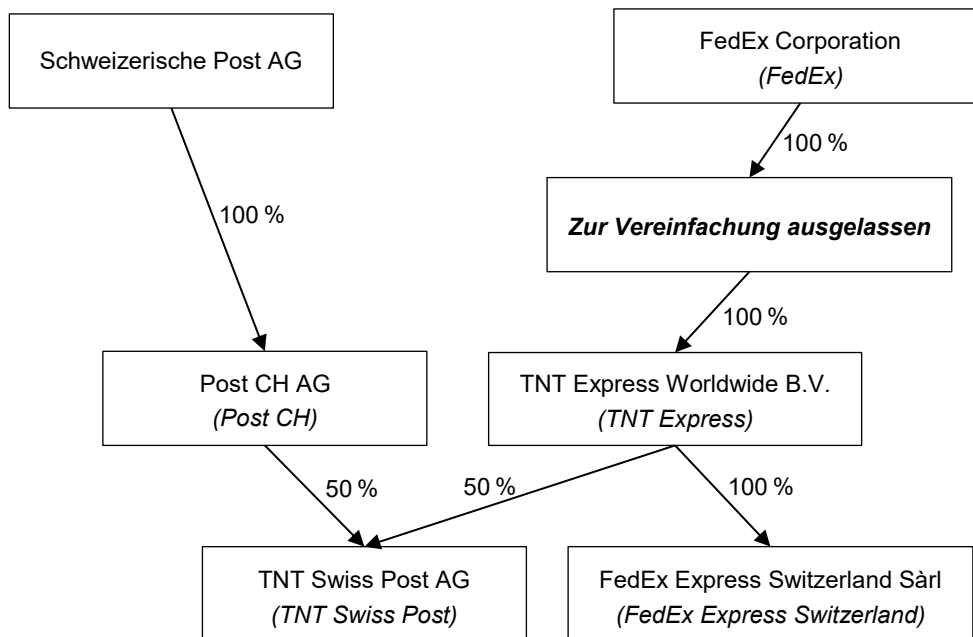
#### A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

11. TNT Swiss Post wird FedEx Express Switzerland im Rahmen [...] erwerben. TNT Express wird ihre Beteiligung an der Erwerberin von 50 % auf 62 % erhöhen und im Gegenzug wird Post CH ihre Beteiligung von 50 % auf 38 % reduzieren [...].<sup>10</sup>

12. Die gemeinsame Kontrolle des Post-Konzerns und des FedEx-Konzerns (welcher seit der Übernahme vom 25. Mai 2016 TNT Express kontrolliert) über TNT Swiss Post bleibt bestehen. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien ändert sich der Tätigkeitsbereich von TNT Swiss Post nicht und bleibt hauptsächlich die Erbringung von internationalen Expresslieferungen.<sup>11</sup>

13. Die aktuelle und zukünftige Unternehmensstruktur ist in nachfolgendem Schema veranschaulicht:

#### Aktuelle Struktur:



<sup>1</sup> FedEx Corporation ist eine an der New York Stock Exchange kotierte Gesellschaft mit Sitz in Memphis, Tennessee, Vereinigte Staaten von Amerika.

<sup>2</sup> Meldung, Rz 16 f.

<sup>3</sup> Meldung, Rz 21 f.

<sup>4</sup> Meldung, Rz 23 f., 35.

<sup>5</sup> Meldung, Rz 25.

<sup>6</sup> RPW 2012/4, 864, *Schweizerische Post/La Poste*.

<sup>7</sup> Meldung, Rz 26 ff.

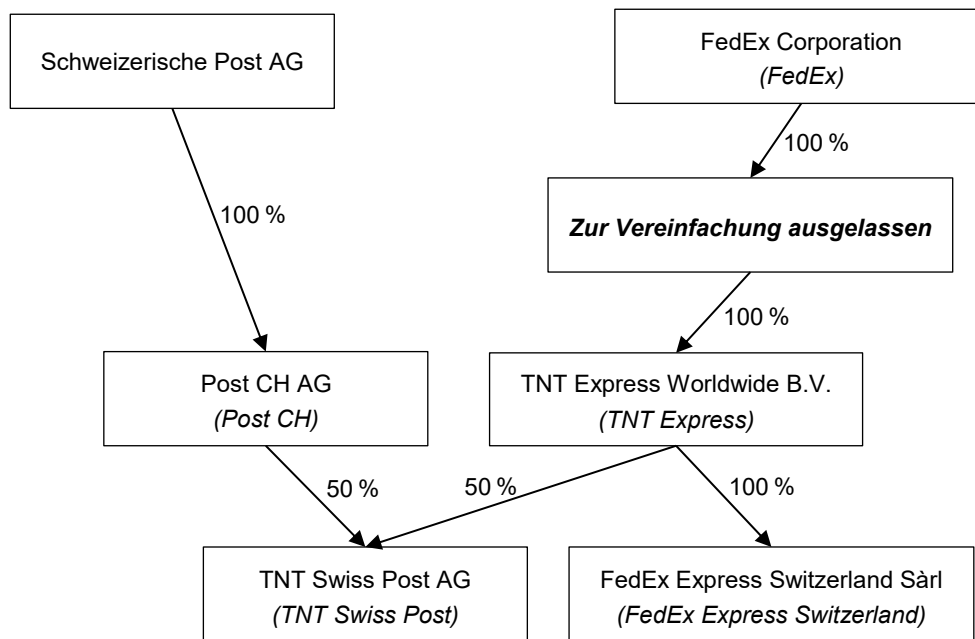
<sup>8</sup> Meldung, Rz 34.

<sup>9</sup> Europäische Kommission, Beschluss vom 8. Januar 2016, M.7630 *FedEx/TNT Express* (zit. KOMM, ABI. 2016 C 450/09, *FedEX/TNT*).

<sup>10</sup> Meldung, Rz 53.

<sup>11</sup> Meldung, Rz. 73.

### Aktuelle Struktur:



### A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

14. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien begann FedEx nach der Übernahme von TNT Express am 25. Mai 2016 mit der Unternehmensintegration sowohl auf globaler Ebene als auch von Land zu Land. Die Integration von FedEx und TNT Express war auch in der Schweiz geplant, wobei zunächst eine Lösung für die strukturelle Komplexität gefunden werden musste, denn die Expressdienste von TNT Express werden über das Gemeinschaftsunternehmen mit Post CH angeboten.<sup>12</sup>

15. Gemäss [...] haben sich die Parteien für eine Integration entschieden, bei der die Erwerberin TNT Swiss Post die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland erwirbt, um eine integrierte Einheit zu schaffen, die im Expressmarkt effizienter mit ihren Wettbewerbern konkurrieren kann. Die betroffenen Märkte seien hart umkämpft, wobei [...] und [...] besonders starke Wettbewerber seien.<sup>13</sup>

16. Zusammenfassend handle es sich bei der geplanten Transaktion im Wesentlichen um eine rechtstechnische Umstrukturierung als Folge des Erwerbs von TNT Express durch FedEx.<sup>14</sup>

### A.4 Verfahren

17. Am 21. August 2018 ging die Meldung des Zusammenschlussvorhabens beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 28. August 2018 teilte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien mit, dass die Meldung vollständig sei und befreite die Zusammenschlussparteien im Sinne einer erleichterten Meldung von der Pflicht zur Einreichung der Angaben nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d–f VKU in Bezug auf betroffene Märkte ohne Marktanteilsadditionen. Zudem stellte das Sekretariat weitere Fragen nach Art. 15 VKU. Diese wurden mit Schreiben vom 3. September 2018 beantwortet (nachfolgend: Eingabe vom 3.9.2018).

### B Erwägungen

#### B.1 Geltungsbereich

18. 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

19. Den Begriff des «Unternehmens» definiert die VKU nicht. Der Unternehmensbegriff richtet sich daher nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Das Kartellgesetz folgt nach geltender Rechtsprechung und Praxis der WEKO einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.<sup>15</sup> Gemäss jüngerer Praxis der WEKO werden folglich Konzerne als Ganzes als beteiligte Unternehmen angesehen.

<sup>12</sup> Meldung, Rz 71.

<sup>13</sup> Meldung, Rz 10, 72, 76.

<sup>14</sup> Meldung, Rz 9, 51, 77.

<sup>15</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, bestätigt in BGE 139 I 72, E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

20. Aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat die WEKO auch abgeleitet, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen beziehungsweise sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann und demnach über keine wirtschaftliche Selbständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG verfügt.<sup>16</sup> Aus diesen Überlegungen folgt, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, durch welches die Kontrolle erlangt wird, nicht als beteiligtes Unternehmen anzusehen ist. In einem solchen Falle gelten jeweils die das Gemeinschaftsunternehmen kontrollierenden natürlichen oder juristischen Personen bzw. Konzerne zusammen mit dem Gemeinschaftsunternehmen als beteiligte Unternehmen.<sup>17</sup>

21. Vorliegend gilt deshalb nicht TNT Swiss Post als beteiligtes bzw. die Kontrolle übernehmendes Unternehmen, sondern der Post-Konzern und der FedEx-Konzern, welche die gemeinsame Kontrolle über FedEx Express Switzerland (kontrolliertes Unternehmen) übernehmen. Beteiligte Unternehmen am vorliegenden Zusammenschluss sind somit der Post-Konzern, der FedEx-Konzern und FedEx Express Switzerland.

22. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sowie TNT Swiss Post sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

23. 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).

24. 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 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>18</sup>

25. 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

26. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Ge-

meinschaftsunternehmens auszuüben. 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 Rechte gleichzeitig bestehen muss. Ist eine 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. Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.<sup>19</sup>

27. [...].

28. Folglich werden Post CH und TNT Express auch nach der beabsichtigten Transaktion die gemeinsame Kontrolle über TNT Swiss Post und neu somit über FedEx Express Switzerland ausüben.

29. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt eine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 VKU dar (Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle). Vor dem Zusammenschluss kontrollierte FedEx die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland alleine. Nach Abschluss des geplanten Zusammenschlusses wird das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post, d.h. der Post-Konzern und der FedEx-Konzern die gemeinsame Kontrolle über FedEx Express Switzerland ausüben.

#### B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

30. Das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post tritt schon heute eigenständig als Anbieter von Expresszustelldiensten auf dem Schweizer Markt auf und wird dies auch nach der Übernahme von FedEx Express Switzerland tun. TNT Swiss Post verfolgt in operativer Hinsicht eine eigene Geschäftspolitik, ist auf Dauer angelegt und verfügt über eigene Ressourcen.<sup>20</sup> Folglich erfüllt TNT Swiss Post auch nach der Übernahme von FedEx Express Switzerland die Voraussetzungen für ein Vollfunktionsunternehmen.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> RPW 2018/2, 376 Rz 21, *SDA/Keystone*, RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, RPW 2015/1, 82 Rz 9, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollenerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

<sup>17</sup> JAN RITSCHARD/ADRIAN SPÜHLER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Vor Art. 32-38 KG N 23; SINEM SÜSLÜ, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG N 26 ff.

<sup>18</sup> RPW 2016/1, 286 Rz 12, *Tamedia/Adextra*, m. w. H.

<sup>19</sup> RPW 2012/4, 866 Rz 27 ff. m.w.H., *Post/La Poste*, RPW 2013/4, 663 Rz 17, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A/xentive sa*.

<sup>20</sup> Meldung, Rz 65 ff.

<sup>21</sup> RPW 2013/4, 663 Rz 21 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A/xentive sa*.



## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

32. Das revidierte Postgesetz<sup>22</sup>, in Kraft seit dem 1. Oktober 2012, bezweckt unter anderem, dass die Bevölkerung und die Wirtschaft auf vielfältige, preiswerte und qualitativ hochstehende Postdienste zurückgreifen können (Art. 1 Abs. 2 PG). Das Postgesetz legt die Grundversorgung fest, welche die Schweizerische Post gemäss Art. 13 Abs. 1 PG i.V.m. Art. 14 bis 17 PG zu erbringen hat. Sie hat die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften ins In- und Ausland unter gewissen Mindeststandards sicherzustellen (Art. 14 f. PG).

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

34. Wie eingangs erwähnt sind sowohl die *Erwerberin* TNT Swiss Post als auch die *Zielgesellschaft* FedEx

Express Switzerland im Bereich von internationalen Expresszustelldiensten von der und in die Schweiz und in geringem Ausmass von nationalen Expresszustelldiensten tätig. Im Rahmen dieser Express-Sendungen werden von beiden Unternehmen Dokumente und Pakete versendet. Zudem transportieren sie auch Paletten (Rz 4 und 6). Weder die *Erwerberin* noch die *Zielgesellschaft* ist in den anderen Tätigkeitsbereichen des Post-Konzerns oder des FedEx-Konzerns tätig. Folglich betrifft das Zusammenschlussvorhaben keinen reservierten Dienst gemäss Art. 18 Abs. 1 PG.

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

## B.3 Meldepflicht

36. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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 (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

37. Gemäss Meldung erwirtschafteten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr folgende Umsätze:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2017 (in Mio. CHF)<sup>23</sup>

|          | Schweizerische Post AG |                         | FedEx Corporation (ohne FedEx Express Switzerland) |                         | FedEx Express Switzerland | insgesamt |
|----------|------------------------|-------------------------|--|-------------------------|---------------------------|-----------|
|          | Ohne TNT Swiss Post    | 50 % von TNT Swiss Post | Ohne TNT Swiss Post                                | 50 % von TNT Swiss Post |                           |           |
| Schweiz  | [...]                  | [...]                   | [...]  | [...]                   | [...]                     | [...]     |
| Weltweit | 7'930                  | [...]                   | [...]  | [...]                   | [...]                     | [...]     |

38. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG vorliegend erreicht. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 KG sind somit erfüllt, und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist damit meldepflichtig.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

39. 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).

40. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind

zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

### B.4.1 Relevante Märkte

#### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

41. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

<sup>22</sup> Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010; SR 783.0.

<sup>23</sup> Meldung, Rz 86 und 92.

42. Die WEKO hat im Postbereich im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Deutsche Post AG / Danzas Holding* im Jahr 1999 folgende sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Internationale Express-Sendungen, nationale Express-Sendungen, internationale Express-Fracht, nationale Express-Fracht, internationale Briefpostdienste, nationale Briefpostdienste, internationale Paketdienste, nationale Paketdienste, internationale Fracht, nationale Fracht.<sup>24</sup> Diese wurden 2012 im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Schweizerische Post / La Poste* weiter in ausgehende Sendungen und eingehende Sendungen, Sendungen für Geschäftskunden und Sendungen für Privatkunden sowie adressierte Sendungen und unadressierte Sendungen unterteilt.<sup>25</sup> In der Stellungnahme zuhanden des Preisüberwachers i.S. *Tarife der Schweizerischen Post* wurde lediglich der Bereich der inländischen Brief- und Paketsendungen analysiert, weshalb sich die Marktabgrenzung auf folgende Märkte beschränkte: Markt für die Beförderung von Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelsendungen von Privatkunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von adressierten Massensendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für reguläre nationale Paketpost im Privatkundenbereich (B2C) und Markt für reguläre nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich (B2B).<sup>26</sup> Im Rahmen der Untersuchung i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen* wurden schliesslich ausgehend von den strittigen Preissystemen, welche den Gegenstand der Untersuchung bildeten, die folgenden sachlichen Märkte abgegrenzt: Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 g von Vertragskunden und Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 g von Vertragskunden.<sup>27</sup>

43. Für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall ist ebenfalls vom Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens auszugehen. Ausgangspunkt ist somit der Tätigkeitsbereich der *Erwerberin* TNT Swiss Post und der *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland. Die das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post kontrollierenden Konzerne (Post-Konzern und FedEx-Konzern) sind neben diesen Tätigkeitsbereichen in anderen Bereichen (namentlich ordentliche Zustelldienste) tätig.

44. Wie eingangs erwähnt sind sowohl die *Erwerberin* TNT Swiss Post als auch die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland im Bereich von internationalen Expresszustelldiensten von der und in die Schweiz und in geringem Ausmass von nationalen Expresszustelldiensten tätig. Im Rahmen dieser Express-Sendungen werden von beiden Unternehmen Dokumente und Pakete versendet. Zudem transportieren sie auch Paletten (Rz 4 und 6). Weder die *Erwerberin* noch die *Zielgesellschaft* sind in den anderen Tätigkeitsbereichen des Post-Konzerns oder des FedEx-Konzerns tätig. Nachfolgend gilt es somit, diese internationalen und nationalen Expresszustelldienste sowie die Frachtzustelldienste sachlich relevanten Märkten zuzuordnen. Dabei ist massgebend, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit

den von den Zusammenschlussparteien angebotenen Produkten im Wettbewerb stehen.

45. Die WEKO hat seit jeher zwischen Sendungen und Fracht unterschieden.<sup>28</sup> Sodann wurde zwischen nationalen und internationalen<sup>29</sup> sowie zwischen Express- und Normal-Sendungen<sup>30</sup> unterschieden. Schliesslich wurden auch Briefpostdienste und Paketdienste separaten Märkten zugeordnet, wobei sich diese Unterscheidung jeweils auf die ordentlichen Zustelldienste/Normalsendungen und nicht auf Express-Sendungen bezog.<sup>31</sup> Die WEKO hatte jedoch bis anhin keine Gelegenheit gehabt, den Tätigkeitsbereich der sog. Integratoren sachlich relevanten Märkten zuzuordnen. Neben FedEx/TNT gibt es nur DHL und UPS, welche als Integratoren in Europa tätig sind. Integratoren haben im Gegensatz zu anderen Beförderern (nationale und lokale Postbetreiber mit oder ohne Partnernetzwerke, Spediteure) vollständig operative Kontrolle über alle Transportmittel, eine ausreichende geographische Abdeckung auf globaler Ebene, ein Nabe-Speiche Betriebsmodell, ein eigenes IT-Netz und den Ruf, kleine Pakete zuverlässig und zeitgerecht zu liefern (sog. End-to-End Glaubwürdigkeit).<sup>32</sup>

<sup>24</sup> RPW 1999/1, 128 f. Rz 13 ff., *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*.

<sup>25</sup> RPW 2012/4, 870 Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

<sup>26</sup> RPW 2014/2, 484 ff. insb. Rz 28 und 39, *Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post*.

<sup>27</sup> Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 722.

<sup>28</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 15, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*.

<sup>29</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 667 ff.

<sup>30</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 670 ff.

<sup>31</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 17, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 661 ff.

<sup>32</sup> Europäische Kommission, Beschluss vom 30. Januar 2013, COMP/M.6570, Rz 62 f., *UPS/TNT Express* (zit. KOMM, ABl., 2014 C 137/05, UPS/TNT): „Integrators are characterised by five basic elements: first, ownership of or full operational control over all transportation assets, including an air network with scheduled flights, through which a large proportion of the volumes handled by the company is carried. Second, a sufficient geographic coverage on a global level. Third, a hub and spoke operating model. Fourth, a proprietary IT network, such that all relevant data runs across one network. Fifth and finally, integrators have the reputation of credibly delivering parcels on time (so-called 'end-to-end' credibility). There are four integrators in the whole world, all of which operate in Europe: UPS, TNT, DHL and FedEx. The main differentiation factor of an integrator is that it has operational control over the whole logistics of the small package delivery from origin to destination (including air transport) so that it can ensure delivery in accordance with a time commitment. The integrator deals with the sender of the consignment, uses its own resources to provide all the various steps in the cargo chain and delivers the consignment to the recipient. The ownership or at least an operational control of all the resources needed to make a delivery means that there are fewer steps in the otherwise very long chain of companies involved.“; KOMM, ABl. 2016 C 450/09, 40 f., *FedEx/TNT*.

46. Vorliegend ist deshalb insbesondere die Praxis der EU-Kommission zu berücksichtigen, welche anlässlich des Zusammenschlusses FedEx/TNT Express<sup>33</sup> die Märkte, in welchen die Integratoren TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland tätig sind, genauer analysiert hat.

47. Ausgehend von den Aktivitäten der Integratoren FedEx und TNT Express, welche beide hauptsächlich Lieferdienste für kleine Pakete sowohl innerhalb des EWR als auch zu Destinationen ausserhalb des EWR anbieten, prüfte die EU-Kommission folgende Substitutionsbeziehungen sowohl aus Sicht der Nachfrager als auch aus Sicht der Anbieter, um die sachlich relevanten Märkte abzugrenzen: kleine Pakete vs. Fracht<sup>34</sup>, nationale Sendungen vs. internationale Sendungen<sup>35</sup>, internationale EWR-interne Lieferdienste vs. internationale EWR-externe Lieferdienste<sup>36</sup>, Express-Sendungen vs. Normalsendungen sowohl in Bezug auf EWR-interne<sup>37</sup> als auch in Bezug auf EWR-externe<sup>38</sup> Lieferdienste.

48. Aufgrund der festgestellten oder fehlenden Substitutionsbeziehungen identifizierte die EU-Kommission einen Markt für den Versand kleiner Pakete („small packages“) mit einem Gewicht unter 31,5 kg. Kleine Pakete seien aufgrund dieser Gewichtsgrenze von Fracht zu unterscheiden. In Bezug auf Fracht werden in der EU praxismässig Frachttransport-Dienstleistungen („Cargo transport“) und Speditionsdienstleistungen („Freight forwarding“) unterschieden.<sup>39</sup> Mangels Betroffenheit wurden diese Märkte jedoch nicht genauer analysiert. Auch auf die nationalen Märkte für den Versand kleiner Pakete wurde mangels Betroffenheit nicht eingegangen. Die EU-Kommission grenzte des Weiteren einen Markt für internationale EWR-interne Expresslieferdienste für kleine Pakete, internationale EWR-interne Standardlieferdienste für kleine Pakete und internationale EWR-externe Lieferdienste für kleine Pakete ab, wobei auch der Markt für EWR-interne Standardlieferdienste für kleine Pakete nicht betroffen war und somit nicht weiter untersucht wurde.

49. Die Zusammenschlussparteien schlagen in Anlehnung an die oben genannte Praxis der WEKO und der EU-Kommission folgende sachlich relevanten Märkte vor<sup>40</sup>:

- Fracht;
- Markt für Express-Sendungen, unterteilt in:
  - Inländische Express-Paketsendungen;
  - Internationale Express-Paketsendungen innerhalb Europas („Innereuropäische Paketsendungen“) unterteilt in:
    - Innereuropäische Express-Paketsendungen; und
    - Innereuropäische Economy Express-Paketsendungen;
  - Internationale Paketsendungen ausserhalb Europas („Interkontinentale Paketsendungen“).

50. Diesem Vorschlag kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlusses grösstenteils gefolgt werden. Die notwendigen Abweichungen und Präzisierungen

sind nachfolgend direkt unter den aufgeführten sachlich relevanten Märkten erläutert.

#### B.4.1.1.1. (Markt für die) Beförderung von Fracht

51. Als Abgrenzungskriterium zwischen Sendungen und Fracht gilt das Gewicht der zu transportierenden Güter. Gemäss der älteren Praxis der WEKO galt in der Regel der Transport von Gütern bis 50 kg als Sendung, während derjenige von Gütern über 50 kg als Fracht bezeichnet wurde. Abgrenzungskriterium sei die Tatsache, dass für die Abwicklung des Transports von Gütern unter 50 kg keine besonderen maschinellen Hilfsmittel benötigt würden.<sup>41</sup> Diese ursprüngliche Unterscheidung wurde in einer späteren Stellungnahme der WEKO an das Postgesetz angepasst. So wurden ausgehend von der Definition von Paketsendungen in Art. 2 Bst. b PG Sendungen mit einem Gewicht über 30 kg als Fracht verstanden.<sup>42</sup>

52. Die EU-Kommission grenzt Fracht von kleinen Paketen („small packages“) ab. Sie führt dazu aus, dass es zwar keine klare Definition gebe, was unter einem kleinen Paket zu verstehen sei, dass jedoch das Maximalgewicht eines kleinen Pakets durch das Gewicht bestimmt werde, das eine Person ohne Hilfsmittel heben könne. Dies schliesse alle auf Paletten transportierten Güter aus, da diese spezielle Vorrichtungen (wie Gabelstapler) und spezielle Fahrzeuge für die Beförderung benötigten. Das Maximalgewicht für kleine Pakete betrage demnach 31,5 kg (70 „imperial pounds“) und entspreche dem geschätzten Maximalgewicht, welches ein Mensch heben bzw. verarbeiten/verladen könne.<sup>43</sup>

53. Ob als Abgrenzungskriterium zwischen Fracht und Sendungen bzw. kleinen Paketen ein Maximalgewicht von 30 kg oder 31,5 kg gelten soll, kann im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen werden, da sich die Marktanteile dadurch nicht wesentlich verändern dürften.

54. Schliesslich betrifft die Abgrenzung zwischen Fracht und Sendungen (bzw. kleinen Paketen) lediglich den Gegenstand der Beförderung. So unterscheidet die EU-Kommission in Bezug auf die Beförderung zwischen Fracht-Transport („cargo transport“) und Speditionsdienstleistungen („freight forwarding“). Beim Fracht-Transport verkaufen Unternehmen Raum/Kapazität in ihren Transportmitteln (wie Lastwagen, Flugzeuge).<sup>44</sup>

<sup>33</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, *FedEx/TNT*.

<sup>34</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 78-80, *FedEx/TNT*.

<sup>35</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 81 f., *FedEx/TNT*.

<sup>36</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 86, *FedEx/TNT*; KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 183-187, *UPS/TNT*.

<sup>37</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 90-102, *FedEx/TNT*.

<sup>38</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 103 ff. insb. 130 ff., *FedEx/TNT*.

<sup>39</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 14 ff. und 23 ff., *FedEx/TNT*.

<sup>40</sup> Meldung, Rz 123.

<sup>41</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 15, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 870 Rz 65, *Schweizerische Post/La Poste*.

<sup>42</sup> RPW 2014/2, 483 Rz 24, *Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post*.

<sup>43</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 36 ff., *UPS/TNT*.

<sup>44</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 14, *FedEx/TNT*.

Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW (Land), Flugzeug (Luft) oder Schiff (Wasser) erfolgen. Der Spediteur ist – im Gegensatz zum Anbieter von Fracht-Transport Dienstleistungen – meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien (z.B. Reedereien oder Fluggesellschaften) ein.<sup>45</sup>

55. Die Zusammenschlussparteien machen die Unterscheidung zwischen Fracht-Transport-Dienstleistungen und Speditionsdienstleistungen nicht. Sie geben einzig ihre Marktanteile im Bereich der Beförderung von Fracht an. Als Wettbewerber in diesem Bereich geben sie diverse Spediteure an, woraus zu schliessen ist, dass sie im Markt für Speditionsdienstleistungen tätig sind. Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens FedEX/TNT Express stellte die EU-Kommission fest, dass FedEX und TNT Express in sehr geringem Ausmass auch auf Fracht-Transport-Märkten tätig seien, indem sie Restkapazitäten auf ihren Transportmitteln mit Fracht anderer Beförderer füllen würden.<sup>46</sup>

56. Aufgrund der Tatsache, dass – wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz 86 ff.) – die Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Bereich der Beförderung von Fracht vernachlässigbar sind, wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens darauf verzichtet, den Bereich der Beförderung von Fracht in die oben genannten sachlich relevanten Märkte aufzuschlüsseln. Aus den gleichen Gründen wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlusses darauf verzichtet abzuklären, ob dieser Bereich in die Beförderung internationaler Express-Fracht, nationaler Express-Fracht, internationaler Normal-Fracht und nationaler Normalfracht weiter aufzuteilen wäre.

#### **B.4.1.1.2. Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen**

57. Die WEKO unterscheidet praxismässig zwischen internationalen Express-Sendungen und nationalen Express-Sendungen.<sup>47</sup> Damit stellen nationale Express-Sendungen einen eigenständigen relevanten Markt dar. Was darunter zu verstehen ist, wird nachfolgend erläutert:

##### **a. Express-Sendungen**

58. Während die WEKO für ordentliche Zustelldienste (z.T. auch als Standard-/Normalzustelldienste bezeichnet) zwischen Briefen und Paketen unterscheidet, hat sie in Bezug auf Expresszustelldienste keine solche Differenzierung vorgenommen. Praxismässig geht die WEKO von einem Markt für die Beförderung von Express-Sendungen aus (welcher weiter in die Märkte für nationale und internationale Beförderung von Express-Sendungen zu unterteilen ist, vgl. Rz 68).<sup>49</sup>

59. Gemäss Art. 2 Bst. b PG sind Postsendungen adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen

werden, namentlich von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften. Briefe sind dabei Postsendungen von maximal 2 cm Dicke und maximal 2 kg Gewicht (Art. 2 Bst. c PG), während Pakete Postsendungen von mehr als 2 cm Dicke und bis zu einem Gewicht von 30 kg sind (Art. 2 Bst. d PG). Der Begriff Sendungen beinhaltet somit sowohl Briefe als auch Pakete. In Bezug auf Express-Zustellungen verwendet auch die Postverordnung den Begriff Express(post)sendungen (Art. 29 Abs. 8 VPG), welcher in den Erläuterungen zur Postverordnung<sup>50</sup> definiert wird. Als Express gelten danach adressierte Brief- und Paketsendungen, welche in der Regel schneller, ausserhalb der ordentlichen Zustellung, in separaten Prozessen und zu höheren Preisen als die Sendungen nach Art. 29 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VPG befördert werden.<sup>51</sup>

60. Dass in Bezug auf Express-Zustelldienste nicht zwischen Briefen und Paketen zu unterscheiden ist, begründet sich gemäss den Zusammenschlussparteien namentlich dadurch, dass das Unterscheidkriterium des Gewichts oder der Dicke sicherstellen soll, dass eine Sendung in den Briefkasten geliefert werden kann. Expressdienstleister liefern jedoch in der Regel direkt und gegen Unterschrift an den Empfänger, weshalb ein Gewichts-/Dickekriterium nicht einschlägig sei. Zudem sei der Preis zwischen dem Express-Versand eines Dokuments und eines kleinen Pakets (z.B. 0,5 kg) sehr ähnlich, was sich dadurch erkläre, dass die Expresszustelldienstleister – unabhängig von dem zu transportierenden Gut – gewisse Qualitätsanforderungen wie Haus-zu-Haus-Transporte, garantierte Lieferzeiten, Track&Trace erfüllen müssen.<sup>52</sup>

61. Wie oben erwähnt (Rz 52) grenzt die EU-Kommission im Zusammenhang mit den Aktivitäten der Integratoren einzig einen Markt für die Beförderung von kleinen Paketen („small packages“) ab, welcher Sendungen („consignments“) mit einem Gewicht unter 31,5 kg umfasst.<sup>53</sup> Sie präzisiert diesbezüglich, dass

<sup>45</sup> RPW 2013/2, 183 Rz 201, *Abrede im Speditionsbereich; Europäische Kommission, Beschluss vom 7. Februar 2000*, COMP/M.1794, Rz 8, *Deutsche Post/Air Express International* (KOMM, ABI 2000 C 46/09, *Deutsche Post/Air Express International*); KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 23, *FedEx/TNT*.

<sup>46</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 20, *FedEx/TNT*.

<sup>47</sup> Die Zusammenschlussparteien benützen dafür den Begriff „inländisch“. Nachfolgend wird der Einfachheit halber jedoch immer der Begriff „national“ verwendet.

<sup>48</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*.

<sup>49</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 870 Rz 65, *Schweizerische Post/La Poste*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 670 ff.

<sup>50</sup> Postverordnung (VPG) vom 29. August 2013, SR 783.01.

<sup>51</sup> Postverordnung vom 29. August 2012, Erläuterungsbericht, <<https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Gesetzgebung/Erlaeuterungsbericht-Postverordnung-d-20120829.pdf>> (31. 8.2018).

<sup>52</sup> Meldung, Rz 140.

<sup>53</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 78 f., *FedEx/TNT*.

früher eine Unterscheidung zwischen diesen kleinen Paketen und Päckchen („parcels“) mit einem Höchstgewicht von 2 kg gemacht worden sei. Dieser Begriff habe im Rahmen von Grundversorgungsverpflichtungen immer noch Gültigkeit. Da jedoch nicht mehr nur Postbetreiber, sondern auch andere Unternehmen im Bereich der Beförderung von Päckchen (d.h. Sendungen mit einem Gewicht von weniger als 2 kg) tätig seien, verschwimme diese Grenze immer mehr. Für die Zwecke der zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben (zwischen Integratoren) beinhalte der Begriff kleine Pakete auch Sendungen mit einem Gewicht unter 2 kg.<sup>54</sup>

62. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Markt-abgrenzung für Express-Zustelldienste der EU-Kommission und der WEKO sich zwar in begrifflicher Hinsicht unterscheiden, inhaltlich jedoch übereinstimmen. Die WEKO wird jedoch weiterhin für Express-Zustelldienste den Begriff Sendungen und nicht kleine Paket verwenden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Terminologie der EU-Kommission in Bezug auf die Aktivitäten der Integratoren sich zum Teil von der in Bezug auf andere Postdienstleister gewählten Terminologie unterscheidet.<sup>55</sup>

#### b. *Express-Sendungen vs. Standard-Sendungen*

63. Nach konstanter Praxis der WEKO<sup>56</sup> und der EU-Kommission<sup>57</sup> sind Express-Sendungen (mit Ausnahme von interkontinentalen Sendungen, vgl. Rz 79 ff.) einem anderen sachlich relevanten Markt zuzuordnen als Standard-Sendungen. Sie sind weder aus Sicht der Nachfrage noch der Anbieter austauschbar.

64. Als Express-Sendungen werden in der Schweiz Sendungen bezeichnet, für deren Beförderung das Zweieinhalbfache des Preises der schnellsten Kategorie (A-Post) der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird (Art. 18 Abs. 2 Bst. b PG). Wie bereits aus der Gesetzesdefinition hervorgeht, unterscheiden sich Express-Sendungen in Geschwindigkeit (bei der Post Zustellung bis 9 Uhr des Folgetags oder sogar bis 17 Uhr des gleichen Tags) und Preis sehr stark von den übrigen Sendungen. Gemäss den Zusammenschlussparteien ist das alleinige Kriterium der Transportgeschwindigkeit für Expresssendungen für inländische Sendungen jedoch überholt, da die ordentlichen Sendungen aufgrund optimierter Prozesse laufend verbessert, d.h. schneller, wurden. Der höhere Preis für Express-Sendungen werde dadurch gerechtfertigt, dass Mehrleistungen erbracht würden. Zusammenfassend werden bei der Post Express-Sendungen noch am selben Tag oder am nächsten Tag (ausser Sonntag) mit garantierter Zustellzeit und/oder anderen Mehrleistungen zugestellt.<sup>58</sup> Solche Leistungen werden durch Kunden somit lediglich für sehr dringende Sendungen verwendet und sind nicht mit übrigen Sendungen substituierbar. So hat die Marktuntersuchung in der EU auch ergeben, dass die Mehrheit der Kunden auch bei einer Preiserhöhung von 5-10 % nicht von Express- zu Standardzustelldiensten wechseln würden.<sup>59</sup>

65. Auch angebotsseitig unterscheiden sich die Prozesse aufgrund der notwendigen Geschwindigkeit von Standard- und Express-Sendungen. Die beiden Dienstleistungen werden insbesondere mithilfe verschiedener Infrastrukturen erbracht.<sup>60</sup>

66. Gemäss den Zusammenschlussparteien ist in Bezug auf Integratoren eine weitere Unterscheidung vorzunehmen. Sie grenzen neben einem Markt für Express-Paketsendungen einen Markt für Economy Express Paketsendungen ab, welcher sich sowohl vom Markt für ordentliche Zustelldienstleistungen der Postanbieter als auch von der Zustellung von Express-Sendungen unterscheidet. Der Unterschied dieses Marktes für (innereuropäische) Economy Express-Paketsendungen zu den Märkten für ordentliche Zustelldienste der Postanbieter liege in den Mehrleistungen / zusätzlichen Qualitätsmerkmalen (garantierte Zustellzeit, Tür-zu-Tür-Service, ausgebautes Track&Trace, etc.), welche dieser Markt biete und den entsprechend höheren Preisen. Zum Markt für (Innereuropäische) Express-Paketsendungen würde sich dieser Economy Express-Paketsendungs-Markt im Hinblick auf die längere Transportzeit und die entsprechend tieferen Preise unterscheiden.<sup>61</sup>

67. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass grundsätzlich zwischen Express-Sendungen und Standardsendungen („deferred“) bzw. „Nicht-Express-Sendungen“ zu unterscheiden ist. Ob in Bezug auf diese „Nicht-Express-Sendungen“ grundsätzlich eine Unterscheidung zwischen ordentlichen Zustelldiensten/Standardsendungen der Postanbieter und ordentlichen Zustelldiensten der Integratoren, welche – im Gegensatz zu den Zustelldiensten der Postanbieter – die oben genannten Mehrleistungen beinhalten, angezeigt ist, muss im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlusses nicht abschliessend beurteilt werden (vgl. Rz 78). Insbesondere wird nachfolgend davon abgesehen, zu bestimmen, welche Mehrleistungen ein solcher, eigenständiger Markt umfassen würde.

#### c. *Nationale Express Sendungen vs. internationale Express-Sendungen*

68. Nach konstanter Praxis der WEKO<sup>62</sup> und der EU-Kommission<sup>63</sup> sind nationale Express-Sendungen einem anderen sachlich relevanten Markt zuzuordnen als internationale Express-Sendungen. Sie sind weder aus Sicht der Nachfrager noch der Anbieter austauschbar.

<sup>54</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 38, *UPS/TNT*.

<sup>55</sup> Vgl. dazu die Unterscheidung zwischen Express- und Standardversand, welche sowohl für Brief- als auch für Paketpost gemacht wird: Europäische Kommission, Beschluss vom 21. April 2009, COMP/M.5152, *Posten AB/Post Danmark A/S* (zit. KOMM, ABI. 2009 C 148/03, *Posten / Post Danmark*).

<sup>56</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 671 ff.

<sup>57</sup> KOMM, ABI. 2009 C 148/03, Rz 15 und 50, *Posten/Post Danmark*; KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 192 ff., *UPS/TNT*; KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 90 ff., *FedEx/TNT*.

<sup>58</sup> Meldung, Rz 131 f.

<sup>59</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 602, *FedEx/TNT*.

<sup>60</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 211, *UPS/TNT*; KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 94, *FedEx/TNT*.

<sup>61</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 13.

<sup>62</sup> RPW 1999/1, 128 Rz 16, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; in Bezug auf Briefsendungen (und nicht explizit in Bezug auf Express-Sendungen) vgl. Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 667 ff.

<sup>63</sup> KOMM, ABI. 2009 C 148/03, Rz 14 und 54 ff., *Posten/Post Danmark*; KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 171 ff., *UPS/TNT*; KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 81 ff., *FedEx/TNT*.

69. Wünscht ein Kunde den Versand von Sendungen in die Schweiz, so ist offensichtlich eine Zustellung ins Ausland für ihn weder relevant noch zielführend. Umgekehrt müsste ein Kunde, der eine Sendung national in die Schweiz versenden wollte, diese bei einem ausländischen Anbieter aufgeben. Alleine schon der Transportaufwand und insbesondere im Zusammenhang mit Expresssendungen die dafür notwendige Transportzeit zum ausländischen Anbieter, die möglichen hierbei zu erfüllenden Zollformalitäten bei der Ausfuhr der Sendungen und die in der Regel höheren Zustelltarife von Anbietern für internationale Sendungen, lässt eine Substitution durch internationale Sendungen bei ausländischen Anbietern nicht als zielführend erscheinen. Aus Sicht der Nachfrager sind somit nationale Express-Sendungen nicht mit internationalen Express-Sendungen substituierbar.

70. Auch aus Sicht der Anbieter sind die Dienstleistungen nicht substituierbar. So hat die EU-Kommission festgestellt, dass ein Anbieter von Zustelldienstleistungen mit einer nationalen Beförderungsinfrastruktur kurzfristig nicht ohne zusätzlich hohe Kosten und Risiken in einem anderen Land die notwendige Beförderungsinfrastruktur aufbauen könne. Sie stellte auch fest, dass nur die damals vier Integratoren (UPS, DHL, TNT und FedEx) sowie DPD und GLS über ein internationales Netzwerk, welches die ganze Wertschöpfungskette abdeckt, verfügten, wobei DPD und GLS über keine Luftbrückenkapazitäten verfügen würden und hauptsächlich im Bereich Standard-Sendungen tätig seien.<sup>64</sup>

71. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beförderung von nationalen Express-Sendungen einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt.

#### **B.4.1.1.3. Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas**

72. Bezüglich internationale Express-Paketsendungen („small packages“) unterscheidet die EU-Kommission zwischen einem Markt für Zustellungen mit einem Bestimmungsort innerhalb des EWR (d.h. international innerhalb des EWR) und einem Markt ausserhalb des EWR, da Zustellungen innerhalb des EWR und ausserhalb des EWR weder aus Sicht der Nachfrager noch der Anbieter substituierbar seien. Insbesondere weist die EU-Kommission darauf hin, dass die beiden Zustelldienste auf anderen Infrastrukturen beruhen. So ist namentlich für interkontinentale Zustelldienste im Gegensatz zu EWR-internen Zustelldiensten ein Netzwerk von Flugtransportkapazitäten notwendig, welches kurzfristig nicht ohne hohe Kosten und Risiken realisiert werden kann.<sup>65</sup>

73. Es fragt sich folglich, inwiefern die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes für die Beförderung von internationalen EWR-internen Express-Sendungen auf die in der Schweiz tätigen Unternehmen übertragbar ist, obwohl die Schweiz nicht Mitglied des EWR ist.

74. Gemäss den Zusammenschlussparteien ist eine Abgrenzung zwischen einem Markt für innereuropäische Express-Sendungen und einem Markt für interkontinentale Express-Sendungen auch für die Schweiz vorzunehmen, obwohl die Schweiz nicht Mitglied des EWR ist.

Sie verweisen diesbezüglich auf die Erwägungen der EU-Kommission und betonen, dass der Hauptunterschied in der Notwendigkeit einer unterschiedlichen Infrastruktur für innereuropäische und interkontinentale Paketsendungen liege. Interkontinentale Paketsendungen würden den Zugang zu einem ausgedehnten Flugnetz mit Langstreckenflugzeugen erfordern. Es sei notwendig über diese Luftkapazität zu verfügen, da interkontinentale Paketsendungen nicht auf der Strasse befördert werden können und der Transport per Schiff auch bei Normalsendungen eine zu lange Transportzeit erfordern würde. Dies spiegle sich in den Unterschieden in der Marktstruktur zwischen innereuropäischen und interkontinentalen Paketsendungen wider. Die Integratoren seien die wichtigsten Anbieter von interkontinentalen Paketsendungen, während Bodenbetreiber wie GLS oder DPD nur geringfügig in diesem Bereich tätig seien. Auf dem Markt für innereuropäische Paketsendungen sei die Situation anders, da hierfür ein ausgedehntes Strassennetz genüge.<sup>66</sup>

75. Aus diesen Erklärungen folgt, dass sich die Begründung für eine Unterscheidung zwischen EWR-internen und EWR-externen Express-Paketsendungen, wie sie die EU-Kommission vornimmt, mit der Begründung für eine Unterscheidung zwischen innereuropäischen und interkontinentalen Express-Sendungen deckt. Aus diesen Gründen ist nachfolgend ein sachlich relevanter Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas abzugrenzen.

#### **B.4.1.1.4. (Möglicher) Markt für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas**

76. Wie bereits erläutert wurde, grenzen die Zusammenschlussparteien einen Markt für innereuropäische Economy Express Paketsendungen ab, welche zwar nicht spätestens am nächsten Tag – aber dennoch mit garantierter Zustellzeit – zugestellt werden und bestimmte Qualitätsmerkmale aufweisen (Rz 66).

77. Dabei stellt sich die Frage, ob diese durch die Integratoren erbrachten Zustelldienste einem der Märkte für die Standardzustelldienste der Postdienstleister zuzuordnen wäre (in Bezug auf die Zustellgeschwindigkeit) oder einem Markt für Express-Sendungen (in Bezug auf die von den Integratoren erbrachten Mehrleistungen) oder einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen (wie es von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagen wird). Die EU-Kommission hat diese Frage anlässlich des Zusammenschlussvorhabens FedEx/TNT Express nicht explizit beantwortet. Sie hielt jedoch fest,

<sup>64</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 174., *UPS/TNT*.

<sup>65</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 183 ff., *UPS/TNT*; KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 86, *FedEx/TNT*.

<sup>66</sup> Meldung, Rz 173.

dass Nicht-Integratoren einen schwachen Wettbewerbsdruck auf die Integratoren ausüben würden und analysierte im Rahmen des betreffenden Zusammenschlusses nur den Wettbewerbsdruck, welcher von den verbleibenden Integratoren ausging.<sup>67</sup> In der Folge wurde auch der Markt für „small package delivery“ in Bezug auf die Dienstleistungen der Integratoren abgegrenzt, woraus geschlossen werden kann, dass die „Nicht-Express-Sendungen“ bzw. Standardsendungen („deferred consignements“) ebenfalls in Bezug auf die von den Integratoren erbrachten Zustelldienste abgegrenzt wurden und somit einem (möglichen) separaten Markt für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen entsprechen.

78. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens braucht diese Frage jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engen Marktabgrenzung, welche de facto nur die betreffenden Dienstleistungen der Integratoren und *Ground Based Operators*<sup>68</sup> beinhaltet, für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas zu keinen wettbewerblichen Bedenken führt (Rz 103 ff.). Würden diese „Nicht-Express-Sendungen“ der Integratoren andererseits denselben Märkten wie die Standard Brief- oder Paketdienste der Postdienstleister zugeordnet werden (in welchen der Post-Konzern in der Schweiz ein starker Marktteilnehmer ist), würden durch das Zusammenschlussvorhaben noch geringere Marktanteilsadditionen<sup>69</sup> resultieren, da die *Zielgesellschaft* keine ordentlichen Zustelldienstleistungen ohne Mehrleistungen erbringt und das Marktvolumen dieser „Standardversand-Märkte“ grösser wäre als dasjenige des vorliegend analysierten Marktes („Standardversand mit Mehrleistungen“). Zudem ist die Feststellungen der EU-Kommission zu berücksichtigen, wonach die Nicht-Integratoren (wie der Post-Konzern) einen schwachen Wettbewerbsdruck auf die Integratoren ausüben. Aus diesen Gründen werden nachfolgend die Wettbewerbswirkungen auf einem (möglichen) Markt für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas untersucht.

#### **B.4.1.1.5. Markt für die Beförderung von internationalen interkontinentalen Sendungen**

79. Betreffend die interkontinentalen Sendungen der Integratoren führte die EU-Kommission im Rahmen der Zusammenschlussprüfung FedEx/TNT Express zusammenfassend Folgendes aus: Sowohl EWR-externe Expresslieferdienste (d.h. der schnellstmögliche garantierte Lieferdienst) als auch EWR-externe Standardlieferdienste (d.h. Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt, aber dennoch höchst zuverlässig und auf den Tag genau) greifen auf ihrem Weg zu den verschiedenen aussereuropäischen Zielen im Wesentlichen auf dasselbe Netz und dieselbe Lieferkette zurück (einschließlich Sortierung in Luftverkehrsknotenpunkten, so genannten „Air-hubs“, Langstreckenflüge und Zollabfertigung). Alle Integratoren stehen überdies in unmittelbarem Wettbewerb um beide Arten von Diensten und es gab Hinweise darauf, dass sich die Preise für EWR-externe Express- und Standardlieferdienste aneinander annähern. Zudem kann die „next-day-delivery“-Regel für die Unterscheidung zwischen Express-Sendungen und Standardsen-

dungen nicht angewendet werden, da eine interkontinentale Beförderung mit wenigen Ausnahmen zwei bis drei Tage beträgt. Daher vertrat die EU-Kommission die Auffassung, dass Express- und Standarddienste Teilbereiche desselben Marktes für EWR-externe Lieferdienste sind.<sup>70</sup>

80. Vorliegend scheint es ebenfalls angezeigt, in Bezug auf die Beförderung von internationalen interkontinentalen (in der Terminologie der EU-Kommission EWR-externen) Sendungen nicht zwischen Express-Sendungen und Standard-Sendungen bzw. Sendungen mit Mehrleistungen zu unterscheiden.

#### **B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

81. 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).

82. Bisher wurden die Postmärkte in der Schweiz national abgegrenzt mit der Begründung, dass die Kunden die Dienste überwiegend innerhalb der nationalen Grenzen nachfragen.<sup>71</sup> Auch die EU-Kommission grenzt die Märkte im Postbereich praxismässig national ab. Sie bestätigte die nationale Marktabgrenzung insbesondere in Bezug auf die vorliegend sachlich relevanten Märkte.<sup>72</sup> Betreffend den internationalen EWR-externen Markt für die Beförderung von kleinen Paketen beurteilte sie jedoch neben den Wettbewerbswirkungen auf die 30 nationalen Märkte auch die Wettbewerbswirkungen auf einer EWR-weiten Ebene, d.h. die Auswirkungen der Transaktion auf alle nationalen EWR-Märkte in aggregierter Form.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 264, *FedEx/TNT*: „In conclusion, the Commission finds, consistent with the results of the market investigation, that non-integrated small package delivery companies active in the international intra-EEA express service industry are generally weak competitors, notably with respect to geographic coverage and quality of service. Whilst nonintegrated delivery service providers such as ground-based operators, postal operators, cooperative networks and freight forwarders can exert a certain competitive constraint on the integrators in the international intra-EEA express delivery services markets, the Commission has adopted a conservative approach in the context of this case by taking into account only the competitive constraint exerted by integrators when assessing the impact of the Transaction on the intra-EEA markets.“

<sup>68</sup> Unter *Ground Based Operators* versteht man die Betreiber, die ihr eigenes Bodennetzwerk nutzen (z.B. LKWs und Züge). Im Gegensatz zu den Integratoren haben *Ground Based Operators* kein eigenes Luftnetzwerk, sondern sie beziehen diese Dienstleistung von Drittanbietern. DPD und GLS sind z.B. *Ground Based Operators*. Die Kosten des Luftverkehrs, die einem *Ground Based Operator* entstehen, hängen dementsprechend vom Preis ab, der von seinen externen Anbietern von Luftverkehrsdiensten erhoben wird (Eingabe vom 3.9.2018, Rz 1).

<sup>69</sup> Vgl. dazu Tabelle 3: Die Marktanteilsaddition durch den Erwerb von FedEx Express Switzerland beträgt [0-20] % (in Bezug auf den Umsatz) bzw. [0-20] % (in Bezug auf das Volumen).

<sup>70</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 130 ff., *FedEx/TNT*.

<sup>71</sup> RPW 1999/1, 129 Rz 21, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 874 Rz 93 ff., *Schweizerische Post/La Poste*; Verfügung vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskundenpreissysteme für adressierte Briefsendungen*, Rz 723 ff.

<sup>72</sup> KOMM ABI. 2014 C 137/05, Rz 241 ff., *UPS/TNT*; KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 204 ff., *FedEx/TNT*.

<sup>73</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 228, *FedEx/TNT*.

83. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb vorliegend von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung abgesehen werden sollte. Folglich sind die oben identifizierten sachlich relevanten Märkte auch vorliegend national abzugrenzen.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

84. 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.

85. Nachfolgend werden nur diejenigen Märkte analysiert, auf welchen alle beteiligten Unternehmen tätig sind.

##### **B.4.2.1 Beförderung von Fracht<sup>74</sup>**

86. Wie bereits erwähnt grenzen die Zusammenschlussparteien einen „Markt für Fracht“ ab, ohne diesen weiter in Fracht-Transportdienstleistungen und Speditionsdienstleistungen zu unterteilen. Aufgrund der geringen Marktanteile wird vorliegend auch darauf verzichtet, die jeweiligen Marktanteile für die Beförderung von Fracht weiter nach Express- und Standardzustelldiensten sowie nationalen und internationalen Zustelldiensten aufzuschlüsseln. Die Zusammenschlussparteien bestätigen diesbezüglich, dass die Märkte auch bei einer engeren Marktabgrenzung nicht als betroffene Märkte zu qualifizieren wären.

87. Der gemeinsame Marktanteil von TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland im Bereich der Beförderung von Fracht wird von den Zusammenschlussparteien auf unter [0-20] % geschätzt.

88. Der FedEx-Konzern ist (ausserhalb von TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland) in der Schweiz nicht in diesem Bereich tätig.

89. Der Post-Konzern sei mit dem Geschäftsbereich PostLogistics und der Tochtergesellschaft [...] mit der Dienstleistung Stückgut auf einem nationalen Markt für Fracht aktiv. [...] International verfügt PostLogistics nur mit ihren Tochtergesellschaften [...]. [...] Sowohl [...] wie [...] würden zu regional verankerten Transportgesellschaften gehören, ihr Anteil am europäischen Transportgeschäft sei [...]. Unter den grössten Anbietern im Markt für Fracht befänden sich [...]. Der Markt sei stark fragmentiert. Der Post-Konzern schätzt seinen Marktanteil (ausserhalb von TNT Swiss Post) in diesem Bereich auf ca. [0-20] %.

90. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beförderung von Fracht keinen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellt.

##### **B.4.2.2 Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen<sup>75</sup>**

91. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass im Markt für nationale Express-Sendungen zahlreiche Anbieter aktiv seien: DHL, DPD, [...], [...], [...], UPS sowie zahlreiche weitere Wettbewerber.

92. TNT Swiss Post biete inländische Express-Sendungen nur ausnahmsweise und ausschliesslich jenen Kunden an, welche [...]. Die Aktivitäten von TNT Swiss Post im Bereich von nationalen Express-Sendungen seien beschränkt, da ihr Kerngeschäft die Beförderung internationaler Express-Sendungen betreffe.

93. Auch für FedEx Express Switzerland würden die Aktivitäten im Bereich von inländischen Expressdienstleistungen kein Kerngeschäft darstellen und seien deshalb ebenfalls beschränkt.

94. Im Markt für nationale Express-Sendungen schätzen TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland ihren gemeinsamen Marktanteil im Jahr 2017 auf [0-20] %.

95. Der FedEx-Konzern ist ausserhalb von TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland nicht auf diesem Markt tätig.

96. Der Post-Konzern ist ausserhalb von TNT Swiss Post im Markt für nationale Express-Sendungen mit dem Geschäftsbereich PostLogistics aktiv und zwar mit folgenden Dienstleistungen: Swiss-Express Mond, Same-Day Nachmittag und SameDay Abend. Ausserdem hält die Post [40-60] % an der notime AG (same day delivery). Zudem hält die Post eine Minderheitsbeteiligung von [0-20] % an der swissconnect AG (Kurierdienstleister). Gemäss Schätzungen liegt der Marktanteil des Post-Konzerns auf dem Markt für nationale Express-Sendungen unter [10-30] %. Die drei wichtigsten Wettbewerber des Post-Konzerns seien dabei mit ca. [10-30] % internationale Integratoren wie DHL mit inländischen Expressangeboten, mit ca. [10-30] % Anbieter mit Expressnetzen in der Schweiz (wie [...]) und mit gut rund [20-40] % lokale oder regionale Expressanbieter mit meist urbanen Angeboten (wie [...]).

97. Aufgrund der geschätzten geringen Marktanteile der beteiligten Unternehmen stellt der Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen keinen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU dar.

<sup>74</sup> Für die Angabe der Aktivitäten und Marktanteile vgl. Meldung, Rz 155-158.

<sup>75</sup> Für die Angabe der Aktivitäten und Marktanteile vgl. Meldung, Rz 161-167; Eingabe vom 3.9.2018, Rz 5 f.



### B.4.2.3 Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas

98. Im Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas erzielten die beteiligten Unternehmen im Jahr 2016 einen gemeinsamen Marktanteil von [20-40] % (bezogen auf den Umsatz) bzw. von [10-30] % (bezogen auf das Volumen). Folglich stellt dieser Markt einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU dar, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob Anhaltspunkte bestehen, dass auf diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

#### B.4.2.3.1. Aktuelle Konkurrenz

99. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber sind in nachfolgender Tabelle dargestellt. Gemäss den Zusammenschlussparteien gibt es noch weitere als die in der Tabelle aufgeführten Wettbewerber. Bei den weiteren, nicht aufgeführten Wettbewerbern handle es sich um lokale, kleine Anbieter, die von den Zusammenschlussparteien nicht identifiziert werden konnten. Dementsprechend wurden nur noch die Integratoren (DHL und UPS) und die *Ground Based Operators* (DPD) berücksichtigt.<sup>76</sup> Dies führt dazu, dass die Marktanteile von den berücksichtigten Unternehmen höher sind, als sie es in der Realität sind.

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber im Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas<sup>77</sup>

| Marktanteile 2016  | Umsatz (CHF) |             |           | Volumen (Sendungen) |             |           |
|--|--------------|-------------|-----------|---------------------|-------------|-----------|
|  | Umsatz       | Marktanteil |           | Volumen             | Marktanteil |           |
| TNT Swiss Post   | [...]        | [10-30] %   | [20-40] % | [...]               | [10-30] %   | [10-30] % |
| FedEx Express Switzerland  | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| Post-Konzern (Swiss Post GLS <sup>78</sup> ) ohne TNT Swiss Post | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| FedEx-Konzern ohne TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland  | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| DHL  | [...]        | [40-60] %   |           | [...]               | [50-70] %   |           |
| UPS  | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [10-30] %   |           |
| DPD  | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| Total Markt  | [...]        | 100 %       |           | [...]               | 100 %       |           |

100. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich wird, hat [...], während die Marktanteile der beteiligten Unternehmen [...]. Nach Angaben der Zusammenschlussparteien verfüge auch UPS über ein etabliertes Netzwerk und einen festen Kundenstamm und könne seine Kapazitäten ohne Weiteres erhöhen.<sup>79</sup> Der Post-Konzern und der FedEx-Konzern werden (durch ihre gemeinsame Kontrolle über TNT Swiss Post) durch das Zusammenschlussvorhaben einen gemeinsamen Marktanteil von lediglich [20-40] % haben. Folglich werden der Post-Konzern und der FedEx-Konzern auch nach der Integration von FedEx Express in das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post genügender aktueller Konkurrenz ausgesetzt sein. Somit erübrigt sich in Bezug auf die Frage nach einer etwaigen Einzelmarktbeherrschung die Prüfung von potenzieller Konkurrenz.

101. Mit dem in Marktanteilen gemessenen Aufschliessen von TNT Swiss Post/FedEx Express Switzerland zu [...] könnte sich auch die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung stellen. Bei alleiniger Betrachtung der Marktanteile nach Umsatz könnte der Eindruck entstehen, dass sich die Symmetrie zwischen TNT Swiss Post/FedEx Express Switzerland und [...] massgeblich erhöht: nach dem Zusammenschlussvorhaben beträgt die Marktanteilsdifferenz [10-30] %. Allerdings besteht unter Beizug der Marktanteile nach Volumen eine mehr als doppelt so hohe Marktanteilsdifferenz von [30-50] % zwischen TNT Swiss Post/FedEx Express

Switzerland und [...]. Weiter hat [...] im Zeitraum 2014 bis 2016 ihren Marktanteil [...]. Zudem verfügt FedEx bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben über alleinige Kontrolle über FedEx Express Switzerland und zusammen mit der Post über gemeinsame Kontrolle über TNT Swiss Post (vgl. Rz 13). Somit liegt vor dem Zusammenschlussvorhaben eine Situation vor, bei der die Muttergesellschaft FedEx Kontrolle beziehungsweise gemeinsame Kontrolle über beide *Zielgesellschaften* TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland hat. Analog zu Konzernverhältnissen kann in diesem Zusammenschlussvorhaben nicht von Wettbewerbsdruck von FedEx auf TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland ausgegangen werden (vgl. Rz 119). FedEx richtet TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland so gut als möglich nach ihren Interessen aus. Aus diesen Gründen bestehen für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung zwischen TNT Swiss Post/FedEx Express Switzerland und [...].

<sup>76</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 19.

<sup>77</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 2.

<sup>78</sup> Zur Rolle von Swiss Post GLS vgl. Rz 104 –106.

<sup>79</sup> Meldung, Rz 229; Eingabe vom 3.9.2018, Rz 2.

#### B.4.2.3.2. Zwischenergebnis

102. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.4 (Möglicher) Markt für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas

103. Im Bereich der Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas, welcher gemäss der Terminologie der EU-Kommission einem Markt für „international intra-EEA deferred delivery services of small packages“ und gemäss der Terminologie der Zusammenschlussparteien einem „Markt für innereuropäische Economy Express-Paketsendungen“ entspricht, realisierten die *Erwerberin* TNT Swiss Post und die *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland im Jahr 2016 einen gemeinsamen Marktanteil von [20-40] % (bezogen auf den Umsatz) bzw. von [10-30] % (bezogen auf das Volumen).

104. Weder der FedEx-Konzern noch der Post-Konzern sind ausserhalb von FedEx Express Switzerland und TNT Swiss Post auf diesem Markt mit einer Konzern-tochter tätig.

105. Betreffend die Aktivitäten des Post-Konzerns auf diesem Markt wird in der Meldung ausgeführt, dass die Post eine vertragliche Partnerschaft mit GLS habe, womit sie auf diesem Markt tätig sei. Die Post ist in der Schweiz Partner von GLS (General Logistics Systems), einem der führenden internationalen Paketdienstleister in Europa. Diese Partnerschaft bietet Zustelldienste für Business-to-Business genauso wie für Business-to-Consumer an. Inbound Sendungen werden [...]. Outbound Sendungen werden [...]. GLS operiert mit Trucks und Subunternehmer in den verschiedenen Ländern.

Der Hauptmarkt für GLS ist Europa.<sup>80</sup> Die „Dienstleistung Swiss Post GLS“ wird durch Post CH AG angeboten. [...]<sup>81</sup>

106. Der Vertragspartner GLS ist nicht Teil der Konzernstruktur des Post-Konzerns. Die in der nachfolgenden Tabelle genannten und durch den Post-Konzern mit der „Dienstleistung Swiss Post GLS“ generierten Umsätze/Volumina sind jedoch zu 100 % dem Post-Konzern zuzurechnen.<sup>82</sup> Der Post-Konzern generierte somit im Jahr 2016 einen Umsatz von [...] mit der „Dienstleistung Swiss Post GLS“ und einen Umsatz von [...] mit TNT Swiss Post, was einem ungefähren totalen Marktanteil von [10-30] % (bezogen auf den Umsatz) entsprechen dürfte.

107. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellt, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob Anhaltspunkte bestehen, dass auf diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

#### B.4.2.4.1. Aktuelle Konkurrenz

108. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber sind in nachfolgender Tabelle dargestellt. Gemäss den Zusammenschlussparteien gibt es noch weitere als die in der Tabelle aufgeführten Wettbewerber. Bei den weiteren, nicht aufgeführten Wettbewerbern handle es sich um lokale, kleine Anbieter, die von den Zusammenschlussparteien nicht identifiziert werden konnten. Dementsprechend wurden nur noch die Integratoren (DHL und UPS) und die *Ground Based Operators* (DPD) berücksichtigt.<sup>84</sup> Dies führt dazu, dass die Marktanteile von den berücksichtigten Unternehmen in der Tabelle höher dargestellt werden, als sie es in der Realität sind.

Tabelle 3: Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber im Bereich der Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas<sup>85</sup>

| Marktanteile 2016   | Umsatz (CHF) |             |           | Volumen (Sendungen) |             |           |
|---|--------------|-------------|-----------|---------------------|-------------|-----------|
|   | Umsatz       | Marktanteil |           | Volumen             | Marktanteil |           |
| TNT Swiss Post  | [...]        | [20-40] %   | [20-40] % | [...]               | [10-30] %   | [10-30] % |
| FedEx Express Switzerland                                       | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| Post-Konzern (Swiss Post GLS) ohne TNT Swiss Post               | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [20-40] %   |           |
| FedEx-Konzern ohne TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| DHL   | [...]        | [20-40] %   |           | [...]               | [10-30] %   |           |
| UPS   | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [20-40] %   |           |
| DPD   | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [10-30] %   |           |
| Total Markt   | [...]        | 100 %       |           | [...]               | 100 %       |           |

<sup>80</sup> Meldung, Rz 189.

<sup>81</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 23.

<sup>82</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 24-26.

<sup>83</sup> Berechnung in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 VKU.

<sup>84</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 19.

<sup>85</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 3.

109. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich ist, hat das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post nach der Übernahme von FedEx Express Switzerland einen Marktanteil von [10-30] % (in Bezug auf den Umsatz). Aufgeschlüsselt auf die das Gemeinschaftsunternehmen kontrollierenden Konzerne, wäre ein Marktanteil von ca. [10-30] % dem FedEx-Konzern und ein Marktanteil von ca. [30-50] %<sup>86</sup> dem Post-Konzern zuzurechnen.

110. Gemäss Meldung handelt es sich um einen sehr wettbewerbsintensiven Markt. Swiss Post GLS, DHL, DPD und UPS seien starke Wettbewerber. Alle diese Marktteilnehmer würden über ein etabliertes Netzwerk und einen festen Kundenstamm verfügen und könnten ihre Kapazitäten ohne Weiteres erhöhen.<sup>87</sup> Auch wenn Swiss Post GLS aufgrund der vertraglichen Partnerschaft zwischen Post CH AG und GLS nicht als Wettbewerber von TNT Swiss Post zu berücksichtigen wäre, wäre aufgrund der Anzahl der übrigen Wettbewerber und der Höhe ihrer Marktanteile davon auszugehen, dass der Post-Konzern und der Fed-Ex-Konzern auch nach der Integration von FedEx Express Switzerland in das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post genügender aktueller Konkurrenz ausgesetzt sind. Die Prüfung von potenzieller Konkurrenz erübrigt sich somit.

#### B.4.2.4.2. Zwischenergebnis

111. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf einem möglichen Markt für die Beförderung von internationalen Sendungen mit Mehrleistungen innerhalb Europas eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.5 Markt für die Beförderung von internationalen interkontinentalen Sendungen

112. Im Markt für die Beförderung von internationalen interkontinentalen Sendungen generierten die beteiligten Unternehmen Jahr 2016 einen gemeinsamen Marktanteil von [30-50] % (bezogen auf den Umsatz) bzw. von [20-40] % (bezogen auf das Volumen). Folglich stellt dieser Markt einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU dar, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob Anhaltspunkte bestehen, dass auf diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

##### B.4.2.5.1. Aktuelle Konkurrenz

113. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber sind in nachfolgender Tabelle dargestellt. Gemäss den Zusammenschlussparteien gibt es noch weitere als die in der Tabelle aufgeführten Wettbewerber. Bei den weiteren, nicht aufgeführten Wettbewerbern handle es sich um lokale, kleine Anbieter, die von den Zusammenschlussparteien nicht identifiziert werden konnten. Dementsprechend wurden nur noch die Integratoren (DHL und UPS) und die *Ground Based Operators* (DPD) berücksichtigt.<sup>88</sup> Dies führt dazu, dass die Marktanteile von den berücksichtigten Unternehmen in der Tabelle höher dargestellt werden, als sie es in der Realität sind.

Tabelle 4: Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie ihrer drei stärksten Wettbewerber im Markt für die Beförderung von internationalen interkontinentalen Sendungen<sup>89</sup>

| Marktanteile 2016   | Umsatz (CHF) |             |           | Volumen (Sendungen) |             |           |
|---|--------------|-------------|-----------|---------------------|-------------|-----------|
|   | Umsatz       | Marktanteil |           | Volumen             | Marktanteil |           |
| TNT Swiss Post  | [...]        | [0-20] %    | [30-50] % | [...]               | [0-20] %    | [20-40] % |
| FedEx Express Switzerland                                       | [...]        | [30-50] %   |           | [...]               | [20-40] %   |           |
| Post-Konzern (Swiss Post GLS) ohne TNT Swiss Post               | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| FedEx-Konzern ohne TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| DHL   | [...]        | [40-60] %   |           | [...]               | [50-70] %   |           |
| UPS   | [...]        | [10-30] %   |           | [...]               | [10-30] %   |           |
| DPD   | [...]        | [0-20] %    |           | [...]               | [0-20] %    |           |
| Total Markt   | [...]        | 100 %       |           | [...]               | 100 %       |           |

114. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich wird, hat DHL [...], während die Marktanteile der beteiligten Unternehmen [...]. Nach Angaben der Zusammenschlussparteien verfüge auch UPS über ein etabliertes Netzwerk und einen festen Kundenstamm und könne seine Kapazitäten ohne Weiteres erhöhen.<sup>90</sup> Der Post-Konzern und der FedEx-Konzern werden (durch ihre gemeinsame Kontrolle über TNT Swiss Post) durch das Zusammenschlussvorhaben einen gemeinsamen Marktanteil von lediglich [20-40] % haben. Folglich werden der Post-Konzern und der FedEx-Konzern auch nach der Integra-

tion von FedEx Express Switzerland in das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post genügend aktueller Konkurrenz ausgesetzt sein. Somit erübrigt sich in Bezug auf die Frage nach einer etwaigen Einzelmarktbeherrschung die Prüfung von potenzieller Konkurrenz.

<sup>86</sup> [10-30] % + [10-30] %.

<sup>87</sup> Meldung, Rz 231.

<sup>88</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 19.

<sup>89</sup> Eingabe vom 3.9.2018, Rz 4.

<sup>90</sup> Meldung, Rz 233; Eingabe vom 3.9.2018, Rz 4.

115. Analog zum Markt für die Beförderung von internationalen Express-Sendungen innerhalb Europas bestehen für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch hier keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung zwischen TNT Swiss Post/FedEx Express Switzerland und [...] (vgl. Rz 101).

#### B.4.2.5.2. Zwischenergebnis

116. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für die Beförderung von internationalen interkontinentalen Sendungen eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.3 Ergebnis

117. Wie oben erläutert wurde, führt die Kontrollübernahme der *Zielgesellschaft* FedEx Express Switzerland durch das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post in keinem der betroffenen Märkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

118. In Bezug auf die Marktstruktur bewirkt das Zusammenschlussvorhaben moderate Veränderungen. In Bezug auf den Post-Konzern führt der Zusammenschluss zwar zur gemeinsamen Kontrolle über ein im Wettbewerbsvergleich stärkeres/grösseres Unternehmen und somit zu einer Stärkung der Stellung des Post-Konzerns auf den betroffenen Märkten. Wie oben aufgezeigt wurde, wird dadurch jedoch in keinem der betroffenen Märkte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

119. Abgesehen von der genannten Änderung der Stellung des Post-Konzerns auf den betroffenen Märkten ist in Bezug auf die Marktstruktur Folgendes zu bemerken: Wie aus dem Schema betreffend die aktuellen und zukünftigen Unternehmensstrukturen (Rz 13) ersichtlich ist, kontrolliert der FedEx-Konzern aktuell sowohl FedEx Express Switzerland (alleinige Kontrolle) als auch zusammen mit dem Post-Konzern das Gemeinschaftsunternehmen TNT Swiss Post (gemeinsame Kontrolle). In dieser Konstellation scheint es wahrscheinlich, dass sich TNT Swiss Post und FedEx Express Switzerland schon zum heutigen Zeitpunkt nur mässig konkurrieren. Folglich bewirkt die Übernahme keine wesentliche Veränderung der Wettbewerbslandschaft. Sie ist vielmehr die Folge des Erwerbs von TNT durch FedEx, welcher mit Beschluss vom 8. Januar 2016 durch die EU-Kommission genehmigt wurde.<sup>91</sup>

120. 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.

#### B.4.4 Nebenabreden

121. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfül-

len und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>92</sup>

122. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen.<sup>93</sup> Einzeln und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.

123. Die Parteien weisen als Nebenabrede ein Wettbewerbsverbot zwischen den Mutterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen (vgl. Rz 130 ff.) sowie eine Dienstleistungs- bzw. Vertriebsvereinbarung (vgl. Rz 137) aus.

#### B.4.4.1 Allgemeines

124. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind<sup>94</sup> (nachfolgend: EU-Bekanntmachung) gerichtet. Dies gilt sowohl für Konkurrenzverbote als auch für Bezugs- und Lieferpflichten.<sup>95</sup>

125. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>96</sup>

126. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung

<sup>91</sup> KOMM, ABI. 2016 C 450/09, Rz 1345, *FedEx/TNT*.

<sup>92</sup> RPW 2018/2, 382 Rz 58, *SDA/Keystone*.

<sup>93</sup> Vgl. Teil II, Ziffer 7 des Merkblatts und Formulars der Wettbewerbskommission betreffend die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, <[https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2015/08/merkblatt\\_und\\_formularzusammenschlussvorhaben.pdf.download.pdf/merkblatt\\_und\\_formularzusammenschlussvorhaben.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2015/08/merkblatt_und_formularzusammenschlussvorhaben.pdf.download.pdf/merkblatt_und_formularzusammenschlussvorhaben.pdf)>.

<sup>94</sup> ABI. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>95</sup> RPW 2018/2, 382 Rz 62, *SDA/Keystone*.

<sup>96</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>97</sup>

#### B.4.4.2 Konkurrenzverbot

127. Gemäss EU-Bekanntmachung können Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen 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 oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutgläubenschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbsbehandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründungspartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches beziehungsweise welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde. 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>98</sup>

128. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt beziehungsweise erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben.<sup>99</sup>

129. Ebenso sind Wettbewerbsverbote auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Gründung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Produkte, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden.<sup>100</sup>

130. Gemäss Meldung [...].<sup>101</sup>

131. Demnach würden die inländischen Express-Sendungen durch das Gemeinschaftsunternehmen [...].<sup>102</sup>

132. Gemäss Meldung [...].<sup>103</sup>

133. Soweit sich das in der Meldung beschriebene Wettbewerbsverbot sachlich und räumlich auf den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens (Erbringung von Expresslieferungen innerhalb, von und aus der Schweiz, [...]) beschränkt, kann es als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden.

#### B.4.4.3 Bezugs- und Lieferbeziehungen

134. Bleiben die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig, so gelten für alle zwischen ihnen bestehenden Bezugs- und Liefervereinbarungen einschliesslich Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden.<sup>104</sup>

135. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren sicherzustellen, die zur Ausübung der beim Veräusserer verbliebenen beziehungsweise der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.<sup>105</sup>

136. Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen sind ihrer Wirkung nach Liefervereinbarungen gleichzustellen.<sup>106</sup>

137. Gemäss Meldung [...].

138. Aus der Meldung geht indes nicht hervor, ob es sich bei dieser Vertriebsvereinbarung um eine vorbestehende Vereinbarung handelt. Auch ist nicht ersichtlich, ob die Vereinbarung auf eine Übergangszeit von höchstens 5 Jahren befristet ist. Aus der Meldung geht auch sonst nicht hervor, weshalb die Vertriebsvereinbarung als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und notwendig angesehen werden könnte.

139. Soweit es sich beim [...] nicht um eine auf maximal 5 Jahre befristete Aufrechterhaltung einer bestehenden Dienstleistungs- oder Vertriebsvereinbarung im Sinne der vorangehenden Ausführungen handelt, kann es nicht als Nebenabrede qualifiziert werden.

<sup>97</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>98</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36.

<sup>99</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 37.

<sup>100</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 38.

<sup>101</sup> Meldung, Rz 244 f.

<sup>102</sup> Meldung, Rz 245.

<sup>103</sup> Meldung, Rz 244.

<sup>104</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 44; zum Ganzen RPW 2018/2, 382 Rz 66 ff., *SDA/Keystone*, m.w.Hinw.

<sup>105</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.

<sup>106</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 35.

**B.4.4.4 Fazit**

140. Das Wettbewerbsverbot zwischen den Parteien und dem Gemeinschaftsunternehmen kann als Nebenabrede qualifiziert werden. Hingegen stellt die Vertriebsvereinbarung nur dann eine Abrede dar, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig ist, sofern es sich um eine auf maximal 5 Jahre befristete Aufrechterhaltung einer bestehenden Vertriebsvereinbarung handelt. Aufgrund der Angaben in der Meldung lässt sich dies aber nicht abschliessend

beurteilen. Soweit die Vertriebsvereinbarung die dargelegten Voraussetzungen nicht erfüllt, kann sie nicht als Nebenabrede im vorliegend beschriebenen Sinne qualifiziert werden. Wie erwähnt, bedeutet dies nicht, dass die fragliche Vereinbarung diesfalls kartellrechtlich unzulässig wäre, sondern lediglich, dass sie keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid erfahren würde. Die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Vereinbarung ist damit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

## B 2.3

## 7. Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 18. September 2017 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0820 gemäss Artikel 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) betreffend Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*

Meldende Unternehmen:

1. **Universitätsspital Basel**, in Basel
2. **Kantonsspital Baselland**, in Liestal

Beide vertreten durch [...]

## A Sachverhalt

1. Am 10. Oktober 2016 haben die Vertreter der Parteien die schweizerischen Wettbewerbsbehörden über einen geplanten Spitalzusammenschluss im Raum Basel orientiert, welcher im Jahr 2020 vollzogen werden soll. Aufgrund der speziellen Umstände haben die Parteirepräsentanten angefragt, ob bei diesem Zusammenschlussvorhaben eine frühzeitige Behandlung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) möglich sei. Das Präsidium der WEKO hat ausnahmsweise, da das Zusammenschlussvorhaben vom Entscheid der Kantonsparlamente und einer möglichen Volksabstimmung abhängt, zugesagt, das Zusammenschlussvorhaben frühzeitig in der WEKO zu behandeln (siehe auch Rz 172).

2. Am 9. Juni 2017 hat die WEKO die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach haben die Regierungen der **Kantone Basel-Stadt** und **Basel-Landschaft** beschlossen, dass das Universitätsspital Basel (nachfolgend USB) und das Kantonsspital Baselland (nachfolgend: KSBL) in eine gemeinsame Spitalgruppe zusammengeführt werden sollen. Die gemeinsame Spitalgruppe wird in der Rechtsform einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft nach Art. 620 Abs. 3 OR<sup>1</sup> ausgestaltet (nachfolgend Spitalgruppe). Die Spitalgruppe wird ihren Sitz in Basel haben. Die Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft werden auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses die Aktiven und Passiven des USB und des KSBL auf die Spitalgruppe übertragen.

3. Die Gründung der Spitalgruppe setzt den Abschluss eines interkantonalen Staatsvertrags voraus, der die Grundzüge der Überführung der Spitäler in eine Aktiengesellschaft festlegt. Dies bedingt aber zwingend eine Anpassung der aktuellen kantonalen Gesetzgebung. In beiden Kantonen muss (nebst der Anpassung der Kantonsverfassung im Kanton Basel-Landschaft) die Spitalgesetzgebung überarbeitet werden.

4. Die Aufteilung der Aktien zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft basiert auf den Substanzwerten des USB und des KSBL zum Gründungsstichtag per 1. Januar 2019 oder 2020. Im aktuellen Stand ergibt sich aus den Unternehmensbewertungen ein finanzielles Beteiligungsverhältnis von 71.5 % (Kanton Basel-Stadt) zu 28.5 % (Kanton Basel-Landschaft). Die tatsächlichen Werte werden jedoch erst mit Stichtag

der Eröffnungsbilanz per 1. Januar 2019 oder 2020 vorliegen. Das Zusammenschlussvorhaben wird demnach erst im Jahr 2019 oder 2020 vollzogen.

### A.1.1 Meldende Unternehmen und Geschäftstätigkeit

5. Die meldenden Unternehmen bringen vor, dass sowohl das USB, als auch das KSBL wirtschaftlich von ihren jeweiligen Eignerkantonen unabhängig seien und daher das USB und das KSBL als meldende Unternehmen betrachtet werden müssten. Die strategischen und operativen Entscheide würden auf Stufe des Verwaltungsrates getroffen, während die Kantone lediglich auf ihre politische Eigentümerrolle reduziert seien. Beim Verwaltungsrat handle es sich um Fachgremien, deren Mitglieder aufgrund ihrer Fachkompetenzen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens gewählt würden. Zudem entfielen durch die neue Spitalfinanzierung auch die Haftung der Kantone. Zusammenfassend verblieben den Kantonen zwar gewisse (weitgehend indirekte) Kontrollmöglichkeiten, welche sie in ihrer Eigentümerfunktion – und nicht mehr als Betreiber – wahrnehmen. Diese Befugnisse (Ernennung der Verwaltungsratsmitglieder und Aufsichtsrecht) stellten die wirtschaftliche Selbstständigkeit jedoch nicht in Frage.<sup>2</sup>

6. Die Analyse des Spitalgesetzes des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG)<sup>3</sup> zeigt, dass die Rolle des Kantons nicht über diejenige eines Eigentümers hinausgeht. So ist das Spitalvermögen verselbständigt<sup>4</sup>, die Haftung auf ebendieses beschränkt<sup>5</sup> und die Auskunftspflicht gegenüber dem Regierungsrat auf seine Aufsichtsbefugnis beschränkt<sup>6</sup>.

7. Im Spitalgesetz des Kantons Basel-Landschaft<sup>7</sup> ist sogar explizit festgeschrieben, dass „die Unternehmen in ihrer unternehmerischen Tätigkeit frei sind, soweit sie den in der Spitalliste zugewiesenen Leistungsauftrag sowie die gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbringen.“<sup>8</sup>

8. Damit ist von der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Universitätsspitals Basel-Stadt und des Kantonsspitals Baselland im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG auszugehen, weshalb diese als die meldenden Unternehmen zu betrachten sind.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), OR; SR 220.

<sup>2</sup> Vgl. Stellungnahme vom 16. Juni 2017 Rz. 27 f.

<sup>3</sup> Gesetz vom 16. Februar 2011 über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (Öffentliche Spitäler-Gesetz, ÖSpG; SG BS 331.100).

<sup>4</sup> § 17 Abs. 1 ÖSpG.

<sup>5</sup> § 20 Abs. 1 ÖSpG.

<sup>6</sup> § 11 Abs. 1 ÖSpG.

<sup>7</sup> Spitalgesetz vom 17. November 2011 (SpG; SGS BL 930).

<sup>8</sup> § 10 Abs. 1 SpG i.V.m. § 9 Abs. 1 und 2 SpG.

9. Dazu ist anzufügen, dass im Fall Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern<sup>9</sup> (nachfolgend: Fall Kanton Luzern) der Kanton in seiner Funktion als Spital-eigentümer als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert wurde. Entscheidend für diese Qualifikation war, dass die Tarifverträge in der Zusatzversicherung durch den Regierungsrat genehmigt wurden.<sup>10</sup>

10. Unter der neuen Spitalfinanzierung, welche seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist, wurden die beiden Basler Spitäler verselbstständigt. Dementsprechend können die Schlussfolgerungen des Falls Kanton Luzern, welche unter dem „alten“ KVG ergingen, nicht auf die heutige Spitallandschaft in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft übertragen werden. In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass die Tarifverträge in der Zusatzversicherung in den beiden Halbkantonen weder durch das Departement ausgehandelt noch durch den Regierungsrat genehmigt werden.

### Universitätsspital Basel

11. Das **USB** ist ein durch den Kanton Basel-Stadt zu 100 % beherrschtes Unternehmen in der Form einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel. Das USB ist ein öffentliches Spital der Maximalversorgung, welches nach Massgabe des ÖSpG der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG dient (§ 3 Abs. 1 ÖSpG). Es trägt im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei (§ 3 Abs. 2 ÖSpG) und erbringt bedarfsgerecht gemeinwirtschaftliche Leistungen (§ 3 Abs. 3 ÖSpG). Das USB verfügt insgesamt über 624 Plan-Betten in den Fachabteilungen Chirurgie, Medizin, Hals-Nasen-Ohren (HNO), Dermatologie, Ophthalmologie (Augenklinik), Gynäkologie und Geburtshilfe, sowie über 149 Spezialbetten (Intensivstationen, Intermediate Care, Isolierstation, Stroke Unit, Nuklearmedizin, Kurzzeitklinik).

12. Das USB hält an folgenden Gesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung: **Healthcare Infra AG**, in Basel (Beteiligungsquote 100 %), **Rhenus Infra AG**, in Basel (100 %), **Rhenus Ergotherapie GmbH**, in Lörrach (100 %), **Numeraria Gruppe**, in Birsfelden (100 %) und **MIAC AG**, in Basel (60 %).

13. Die **MIAC AG** bietet national wie international spezifische Dienstleistungen im Bereich der quantitativen Bildanalyse für neuro-degenerative Erkrankungen an und unterstützt die Lehre und klinische Forschung auf diesem Gebiet. Die meldenden Unternehmen bringen vor, dass die MIAC AG kein beteiligtes Unternehmen sei und es sich bei der Tätigkeit der MIAC AG nicht um einen betroffenen Markt handle. Es ist korrekt, dass die MIAC AG kein beteiligtes Unternehmen ist, als Tochterunternehmen des USB steht sie jedoch unter dessen Kontrolle. Die Umsätze und Aktivitäten sind daher dem USB anzurechnen.

14. Das USB hält zudem an folgenden Gesellschaften eine Minderheitsbeteiligung, bei welchen sie weder mehr als die Hälfte der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen, noch auf andere Weise das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen: **MiniNAviDent AG**, in Basel (Beteiligungsquote

5.8 %), **Koring AG**, in Basel (4.8 %), **Advanced Osteotomy Tools - AOT AG**, in Basel (4.2 %), **MTIP MedTech Innovation Partners AG**, in Basel (2.4 %) und **Strekin AG**, in Basel (1.0 %).

### Kantonsspital Baselland

15. Das **KSBL** ist ein durch den Kanton Basel-Landschaft zu 100 % beherrschtes Unternehmen in der Form einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Liestal. Das **KSBL** ist ein öffentliches Spital, welches nach Massgabe des SpG der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung dient durch den Betrieb von drei akutstationären Spitälern an den Standorten Liestal, Bruderholz und Laufen mit stationären und ambulanten Angeboten (§ 9 Abs. 1 SpG). Es erbringt gemeinwirtschaftliche Leistungen (§ 9 Abs. 2 SpG) und trägt im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei (§ 9 Abs. 3 SpG). Das **KSBL** verfügt insgesamt über 709 Plan-Betten in den Fachabteilungen Medizin, Chirurgie, Orthopädie, Frauenklinik, Klinik Schmerztherapie, Urologie, Hals-Nasen-Ohren (HNO) und Rehabilitation.

16. Das **KSBL** hält keine Beteiligungen an anderen Gesellschaften.

### A.1.2 Unternehmen in Kantonsbesitz

17. Das **Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB)** wird je zu 50 % durch die vorgenannten Kantone kontrolliert. Das **UKBB** sichert mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale kinder- und jugendmedizinische Gesundheitsversorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG und dient ebenfalls der regionalen und überregionalen Gesundheitsversorgung. Es gehört zu den führenden universitären kinder- und jugendmedizinischen Zentren der Schweiz und erbringt Leistungen der hochspezialisierten Medizin. Es trägt zudem im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Lehre und Forschung bei. Die Regierungen der beiden Kantone wählen gemeinsam den Verwaltungsrat und üben die Aufsicht aus (§ 5 Abs. 3 und § 10 des Kinderspitalvertrags<sup>11</sup>). Die Oberaufsicht wird durch eine interparlamentarische Geschäftsprüfungskommission der beiden Kantone ausgeübt (§ 11 des Kinderspitalvertrags). Das **UKBB** wird daher je als Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert.

18. Neben dem **USB** gehört dem Kanton Basel-Stadt auch das **Felix Platter-Spital**. Es sichert mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale altersmedizinische Versorgung und die Rehabilitation im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG und dient ebenfalls der regionalen Gesundheitsversorgung.

<sup>9</sup> RPW 2008/4, 556 Rz 83, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

<sup>10</sup> RPW 2006/3, 513 f., Rz 92.

<sup>11</sup> Staatsvertrag vom 22. Januar 2013 zwischen den Kantonen Basel.



19. Im vorliegend relevanten Unternehmensbereich gehört dem Kanton Basel-Stadt zudem die **Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel (UPK)** zu 100 %. Die Kliniken sichern mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale psychiatrisch-psychotherapeutische Grund- und ausgewählte Spezialversorgung von Erwachsenen sowie Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG und dienen ebenfalls der regionalen Gesundheitsversorgung. Wie noch aufgezeigt wird, ist der Bereich der Psychiatrie jedoch nicht vom Zusammenschluss betroffen, da die Spitalgruppe in diesem Bereich keine Aktivität aufweisen wird.

20. Der Kanton Basel-Landschaft beherrscht neben dem KSBL die Psychiatrie Baselland zu 100 %. Sie erbringt umfassende ambulante, teilstationäre und stationäre psychiatrisch-psychotherapeutische Leistungen für alle Altersgruppen und bietet ausserdem Wohn- und Arbeitsmöglichkeiten für psychisch und geistig behinderte Menschen an.

21. Im Bereich der Psychiatrie sind damit grundsätzlich beide Kantone tätig. Die zu gründende Spitalgruppe wird jedoch keine Aktivität in diesem Bereich aufweisen, sodass sich die Wettbewerbssituation nicht ändert. In der vorliegenden Beurteilung muss daher nicht näher auf den Bereich der Psychiatrie eingegangen werden und eine genaue Marktabgrenzung ist vor diesem Hintergrund nicht notwendig.

### A.1.3 Gründe und Ziele des Zusammenschlusses

22. Mit der Zusammenführung beider Spitäler sollen auch Synergie- und Skaleneffekte erzielt und damit eine Stärkung der Selbstfinanzierungs- und Investitionskraft der künftigen Spitalgruppe herbeigeführt werden. Dies soll mittel- bis längerfristig zu einer Dämpfung des Kostenwachstums im Spitalbereich bzw. zu einer finanziellen Entlastung der beiden Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie der Versicherer (und damit der Prämienzahler) führen.

### A.2 Das Verfahren

23. Am 21. April 2017 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben des Universitätsspitals Basel (USB) und des Kantonsspitals Baselland (KSBL) ein.<sup>12</sup>

24. Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 zeigte das Sekretariat die Unvollständigkeit des Meldeentwurfs an und verlangte weitere Angaben zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 11 Abs. 1 Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) sowie zu den Angaben zu den Märkten (Art. 11 Abs. 1 Bst. d-f VKU) und weitere Angaben gemäss Art. 15 VKU.<sup>13</sup>

25. Am 22. Mai 2017 ging beim Sekretariat die Meldung des Zusammenschlussvorhabens Universitätsspital Basel (USB) und des Kantonsspitals Baselland (KSBL) ein.<sup>14</sup>

26. Bereits im Rahmen der Vorprüfung wurden am 17. Mai 2017 eine Reihe von Spitälern und Kliniken befragt, welche als Konkurrenten der meldenden Parteien tätig sind, so insbesondere die St. Claraspital AG, die

Gesundheitszentrum Fricktal AG, die Merian Iselin Klinik, die Bethesda Spital AG, die Solothurner Spitäler AG, die Hirslanden Klinik Birshof, das Felix Platter-Spital, die Ergolz-Klinik, die Adullam-Stiftung Basel, die Praxisklinik Rennbahn AG sowie das Hospiz im Park.

27. Zusätzlich wurden am selben Tag eine grosse Anzahl von Tarifpartnern, welche mit den Spitälern nördlich des Jurabogens die Tarife in der Grund- und der Zusatzversicherung verhandeln, zum Zusammenschlussvorhaben befragt. [...].

28. An ihrer Sitzung vom 7. Juli 2017 hat die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

29. Der Versand der Beschlussbegründung sowie die Akteneinsicht der Parteien erfolgten am 13. Juli 2017. Die Parteien haben zu dieser Beschlussbegründung mit Schreiben vom 7. August 2017 Stellung genommen.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

31. 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 (das USB und das KSBL) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren, da sie als Nachfrager und Anbieter auf dem Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen auftreten.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

32. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG).

33. Die Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft werden auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses die Aktiven und Passiven des USB und des KSBL auf die Spitalgruppe übertragen. Dabei werden sie mindestens 70 % des Aktienkapitals bzw. der Stimmrechte halten. Eine Erweiterung des Aktionariats für weitere öffentliche oder gemeinnützige private Gesundheitsunternehmen soll bis zu einem Anteil von maximal 30 % möglich sein.

<sup>12</sup> Vgl. act. 14.

<sup>13</sup> Vgl. act. 18.

<sup>14</sup> Vgl. act. 39, act. 40.

34. Die Parteien sehen ein zweistufiges Gründungs- bzw. Fusionsverfahren vor, wobei die Spitalgruppe in einem ersten Schritt voraussichtlich bereits per 1. Januar 2019 oder zu einem anderen noch zu bestimmenden Termin vor dem 1. Januar 2020 gegründet und in einem zweiten Schritt per 1. Januar 2020 operativ tätig werden wird, wobei auf diesen Zeitpunkt das USB und das KSBL durch eine Absorptionsfusion in die Spitalgruppe überführt werden sollen.<sup>15</sup>

35. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt damit eine Fusion gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG dar.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

### B.2.1 Regulatorischer Rahmen

#### B.2.1.1 Grundzüge

37. Das KVG definiert die Spitäler als Leistungserbringer (Art. 35 Abs. 2 Bst. h KVG). Spitäler sind Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Art. 39 Abs. 1 KVG). Gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG werden Spitäler unter anderem zugelassen, wenn sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Bst. d) und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Bst. e).

38. Die Kantone haben aufgrund der vom Bundesrat in Art. 58a bis 58e KVV aufgestellten Planungskriterien ihre Spitalplanung mittels Spitalliste zu erstellen. Die Kantone koordinieren zudem ihre Planung untereinander (Art. 39 Abs. 2 KVG).

39. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin beschliessen die Kantone gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung (Art. 39 Abs. 2<sup>bis</sup> KVG). Dieser Pflicht sind die Kantone durch den Abschluss der interkantonalen Vereinbarung vom 14. März 2008 über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) und der darauf basierenden Spitalliste für hochspezialisierte Medizin nachgekommen. Gegen den Entscheid der Kantonsregierung bzw. dem Beschlussorgan der interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (nachfolgend: „HSM Beschlussorgan“) über die Aufnahme auf die Spitalliste kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG).

40. Die WEKO hat in einem Gutachten festgehalten, dass die hoheitliche Tätigkeit der *Spitalplanung* gemäss

Art. 39 KVG einer Beurteilung durch die WEKO nicht zugänglich ist. Nichtsdestotrotz müssen wettbewerbspolitische Grundsätze auch im Rahmen der Spitalplanung Berücksichtigung finden.<sup>16</sup> Vorliegend wird jedoch nicht die hoheitliche Tätigkeit der Kantone bei der Festlegung der Spitalplanung durch die Spitalliste beurteilt, sondern die unternehmerische Tätigkeit als Betreiber von Spitälern beurteilt.

41. Ausserhalb der Grundversicherung besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, wobei ein Spital, um im Zusatzversicherungsbereich wettbewerbsfähig zu sein, faktisch auf der Spitalliste geführt sein muss. Dies rührt daher, dass sich die Einnahmen des Spitals i.d.R. aus einem Anteil der Grundversicherung und einem Anteil der Zusatzversicherung zusammensetzt und, wie sogleich aufgezeigt wird, die Kantone mind. 55 % der Kosten einer Behandlung im Grundversicherungsbereich übernehmen (vgl. Art. 49a Abs. 2 KVG). Ohne Entschädigung aus der Grundversicherung ist ein Spital deshalb nicht in gleichem Masse in der Lage die Kosten zu decken. Entsprechend bietet die überragende Mehrheit der Spitäler auch im Zusatzversicherungsbereich nur Leistungen an, für die sie auf der Spitalliste sind.<sup>17</sup> Die Kantone als Betreiber der öffentlichen Spitäler sind bei der Ausarbeitung der Preise im Zusatzversicherungsbereich nicht hoheitlich, sondern unternehmerisch tätig. Die von ihm erlassenen Tarife im Bereich der Zusatzversicherung stellen daher keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar.<sup>18</sup>

#### B.2.1.2 Tarifsysteem

42. Für die Abgeltung der Dienstleistungen von Spitälern ist zwischen stationären Behandlungen, ambulanten Behandlungen und Langzeitpflege zu unterscheiden. Als stationäre Behandlung gilt gemäss Art. 3 VKL<sup>19</sup> der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL) Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege im Spital oder im Geburtshaus:

- a. von mindestens 24 Stunden;
- b. von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird;

<sup>15</sup> Vgl. Eingabe vom 8. August 2017, Beilage 1, S. 28.

<sup>16</sup> RPW 2010/2, 430 Rz 43, *Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012*.

<sup>17</sup> Die vom Sekretariat befragten Spitäler gaben an, sowohl im Grund- als auch Zusatzversicherungsbereich nur Leistungen anzubieten, für die sie einen Leistungsauftrag haben. Als Ausnahme gab das UKBB wenige Leistungen an (Transplantation solider Organe, Geburtshilfe, Geriatrie) auch ohne kantonalen Leistungsauftrag anzubieten. Als Ausnahme von dieser Regel ist ausserhalb der vorliegend relevanten Region z.B. die Eulach Klinik in Winterthur zu nennen, die keinen kantonalen Leistungsauftrag hat und daher nur Patienten gewisser Zusatzversicherungen behandeln kann (oder Leistungen im Bereich anderer Versicherungen, insbesondere der Unfallversicherung, anbieten kann).

<sup>18</sup> Vgl. dazu ausführlich: RPW 2006/3, 521 Rz 69 ff., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

<sup>19</sup> Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR. 832.104).

- c. im Spital bei Überweisung in ein anderes Spital;
- d. im Geburtshaus bei Überweisung in ein Spital;
- e. bei Todesfällen.

43. Als ambulante Behandlung gelten alle Behandlungen, die nicht stationäre Behandlungen sind und wiederholte Aufenthalte in Tages- oder Nachtkliniken (Art. 5 VKL). Als Langzeitbehandlung gelten Aufenthalte im Spital oder im Pflegeheim, ohne dass nach medizinischer Indikation eine Behandlung und Pflege oder eine medizinische Rehabilitation im Spital erforderlich ist (Art. 6 VKL i.V.m. Art. 49 Absatz 4 und 50 KVG).

#### **B.2.1.2.1. Akutstationäre Behandlung**

44. Im Grundversicherungsbereich werden für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich des Aufenthalts und der Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen vereinbart. Diese sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. (Art. 49 Abs. 1 KVG).

45. Seit dem 1. Januar 2012 ist SwissDRG (Swiss Diagnosis Related Groups) das in der Schweiz geltende Tarifsysteem für akutstationäre Spitaldienstleistungen und setzt die gesetzgeberischen Vorgaben um. In diesem System wird jeder Spitalaufenthalt anhand bestimmter Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnose, Behandlungen usw.) einer Fallgruppe zugeordnet und pauschal vergütet. Die SwissDRG-Tarifstruktur wird jedes Jahr aufgrund neuer Kostendaten verfeinert und ergibt das schweizweit einheitliche Kostengewicht einer Behandlung.

46. Die Höhe der Abgeltung wird berechnet, indem das für die jeweilige Behandlung geltende Kostengewicht (SwissDRG) mit dem Basispreis (Baserate) multipliziert wird. Die Basispreise werden jährlich durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) verhandelt und von der kantonalen Regierung genehmigt (Art. 46 Abs. 4 KVG). Können sich die Tarifpartner nicht einigen, hat die kantonale Regierung den Basispreis festzusetzen (Art. 47 Abs. 1 KVG). Gegen diesen Beschluss kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG).

47. Die so berechnete Vergütung wird vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil mindestens 55 % beträgt (Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG).

48. Im Zusatzversicherungsbereich herrscht betreffend die Tarifgestaltung Vertragsfreiheit (siehe Rz 41). Scheitern jedoch die Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung, wendet ein Spital in der Regel die hauseigene einseitig festgelegte Taxordnung an. Der Schuldner der Rechnung ist der Patient. Die von der versicherten Person der Zusatzversicherung eingereichte Rechnung wird in der Folge je nach Versicherer und Versicherungsprodukt vergütet oder nicht (resp. teilweise vergütet).

#### **B.2.1.2.2. Stationäre Rehabilitation**

49. Die stationäre Rehabilitation gilt ebenfalls als stationäre Behandlung (vgl. Art. 49 Abs. 1 i.V.m. 39 Abs. 1 KVG), weshalb die Abrechnung gemäss der gesetzlichen Regelung ebenfalls leistungsbezogen und auf-

grund der gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen vorgenommen werden müsste. Diesbezüglich wird die einheitliche Tarifstruktur „Tarifsysteem Rehabilitation“ („ST Reha“) von der SwissDRG AG in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen entwickelt und sollte ab 1. Januar 2020 eingeführt werden.<sup>20</sup> Gegenwärtig basiert die Abrechnung im Bereich der stationären Rehabilitation auf zwischen den Versicherern und den Spitälern ausgehandelten Tagesfallpauschalen. Des Weiteren kann auf die Ausführungen betreffend akutstationäre Behandlungen verwiesen werden.

#### **B.2.1.2.3. Ambulante Behandlungen**

50. Im Bereich der ambulanten Grundversicherung haben sich die Leistungserbringer und die Versicherungsgesellschaften auf eine schweizweit einheitliche Tarifstruktur geeinigt (Art. 43 Abs. 5 KVG), welche der Bundesrat zu genehmigen hat (Art. 46 Abs. 4 KVG). Gestützt auf diese Grundlage haben die Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH), Schweizer Krankenversicherer (santésuisse), H+<sup>21</sup> sowie die in der Medizinaltarifkommission (MTK) der Suva vertretenen Eidgenössischen Sozialversicherer (Unfallversicherung UV, Militärversicherung MV, Invalidenversicherung IV) die Tarifstruktur TARMED („tarif médical“) ausgearbeitet. Der TARMED Rahmenvertrag wurde von H+ per Ende 2016 gekündigt, wobei sich die Tarifpartner darauf einigen konnten, den Tarif befristet für das Jahr 2017 weiter anzuwenden. Diese Vereinbarung wurde vom Bundesrat genehmigt. Ab 2018 wird der Bundesrat von seiner subsidiären Kompetenz zur Festlegung der Tarife gemäss Art. 43 Abs. 5 KVG Gebrauch machen.<sup>22</sup> Bis am 21. Juni 2017 lief dazu ein Vernehmlassungsverfahren zur Änderung der Verordnung vom 20. Juni 2014 über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5).

51. Aktuell, unter der Geltung des TARMED, ist jeder Leistung je nach zeitlichem Aufwand, Schwierigkeit und erforderlicher Infrastruktur eine bestimmte Anzahl von Taxpunkten zugeordnet. Dabei unterscheidet TARMED zwischen der ärztlichen und der technischen Leistung. Die so errechneten Taxpunkte werden mit den Taxpunktwerten multipliziert.

#### **B.2.1.2.4. Langzeitbehandlung**

52. Langzeitbehandlungen werden typischerweise von Pflegeheimen durchgeführt und von der Krankenversicherung nach Massgabe von Art. 25a KVG teilweise übernommen. Die Leistungen der Akut- und Übergangspflege, welche sich im Anschluss an einen Spitalaufenthalt als notwendig erweisen und im Spital ärztlich angeordnet werden, werden von der obligatorischen Krankenversicherung und vom Wohnkanton des Versicherten

<sup>20</sup> Vgl. <<https://www.swissdr.org/de/rehabilitation/st-reha>>, besucht am 31. Mai 2017.

<sup>21</sup> Dachverband der öffentlichen und privaten Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen.

<sup>22</sup> Weitere Informationen abrufbar unter: <[https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/themen/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/Aerztliche-Leistungen-in-der-Krankenversicherung-Tarifsysteem-Tarmed.html?\\_organization=317](https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/themen/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/Aerztliche-Leistungen-in-der-Krankenversicherung-Tarifsysteem-Tarmed.html?_organization=317)> (zuletzt besucht am 1. Juni 2017).

während längstens zwei Wochen nach den Regeln der Spitalfinanzierung (Art. 49a KVG) vergütet (Art. 25a Abs. 2 KVG). Im Bereich der ordentlichen Langzeitpflege gilt das Vergütungssystem gemäss Art. 50 KVG.

### B.2.1.3 Auswirkungen der Spitalisten und Tarifsyste-me auf den Wettbewerb

53. Durch die Spitalisten wird das Angebot durch die Kantone bedarfsgerecht gesteuert (Art. 58a und 58b KVV). Über die Gestaltung der Spitalliste kann die Anzahl der Akteure auf dem Markt gesteuert werden, jedoch ist eine effektive Mengenbegrenzung durch die Vorgabe von Bettzahlen unter der Geltung der neuen Spitalfinanzierung ausgeschlossen.<sup>23</sup> Tatsächlich kommt den Kantonen bzw. dem HSM Beschlussorgan ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Spitalliste zu.<sup>24</sup> Bei der Ausübung des ihnen zustehenden Auswahlermessens haben die Behörden allerdings die allgemeinen Schranken der Ermessensbetätigung zu beachten.<sup>25</sup> Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Kanton bzw. das HSM Beschlussorgan bei der Selektion der Spitäler für die Spitalliste an die Planungsgrundsätze von Art. 58a bis 58e KVV gebunden ist. Diese Planungskriterien nehmen den in Art. 32 Abs. 1 KVG statuierten Grundsatz der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit auf. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine umfangreiche Entscheidpraxis, die von den Kantonen bzw. den HSM-Beschlussorganen bei der Beurteilung berücksichtigt werden muss.<sup>26</sup>

54. Gemäss dieser Praxis muss eine Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgen, bei welcher die leistungsbezogenen Kostenunterschiede der verschiedenen Spitäler aufgrund der erhobenen finanziellen Daten untersucht werden müssen. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung kann mit einem Benchmarking vorgenommen werden.<sup>27</sup> Zudem muss eine Qualitätsprüfung durchgeführt werden.<sup>28</sup> Einen Rechtsanspruch auf die Aufnahme in die Spitalliste gibt das Gesetz den einzelnen Spitalern indes nicht.<sup>29</sup>

55. Aufgrund dieser Kriterien und im Einklang mit dem Gutachten der WEKO<sup>30</sup> ist festzuhalten, dass der Entscheid über die Spitalplanung eine politische Dimension hat und eine kartellrechtliche Kontrolle der Gestaltung der Spitalliste aufgrund der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen ist. Die Bestimmung ist daher dahingehend zu prüfen, *wieweit* der Wettbewerb durch die Regulierung ausgeschlossen werden *soll*.<sup>31</sup> Dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen und der Ausschluss der Anwendung des Kartellgesetzes ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.<sup>32</sup>

56. Der Wettbewerb unter den Spitalern, der auf die Aufnahme auf die Spitalliste gerichtet ist, wird durch die gesetzlich vorgesehene Spitalliste nicht ausgeschlossen, da ein Spital durchaus einen Anreiz hat, durch wirtschaftlich effiziente, qualitativ hochwertige und zweckdienliche Angebote auf der Spitalliste geführt zu werden. Auch wenn der Entscheid über die Aufnahme eine politische Dimension hat, sind dennoch nachvollziehbare Ermessensentscheide erforderlich (vgl. Rz 53). Der Gesetzgeber wollte keineswegs den Wettbewerb betreffend die Aufnahme auf der Spitalliste ausschliessen, sondern die Zielsetzung der KVG Revision war es im Gegenteil,

dass „im Idealfall der Zugang zum Markt durch die Aufnahme auf der kantonalen Liste einzig durch die Markt- und Wettbewerbsregeln bestimmt wird.“<sup>33</sup> Entsprechend ist davon auszugehen, dass keine Vorschriften den Wettbewerb zwischen den Spitalern über die Aufnahme auf die Spitalliste ausschliessen sollen.

57. Bei den Tarifen der neuen Spitalfinanzierung steht der Wettbewerbsgedanke im Vordergrund.<sup>34</sup> Die neue Spitalfinanzierung soll den Wettbewerb zwischen den Spitalern stärken, sowie zu einer Verbesserung der Qualität und Steigerung der Effizienz führen.<sup>35</sup> D.h., trotz des Vorliegens eines Tarifsystems, sind die Spitäler einem stärkeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt (yardstick competition<sup>36</sup>). Es war der Wille des Gesetzgebers, mit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung mehr Wettbewerb unter den auf den Spitalisten erscheinenden Spitalern zu schaffen und nicht das Gegenteil. Hinzu kommt, dass im stationären Bereich unter Anwendung des SwissDRG durch die unterschiedlichen Baserates nicht durchwegs identische Preise zur Anwendung kommen. Das Vergütungssystem beruht jedoch insgesamt auf einem regulierten Preissystem. Hinzu kommt, dass der Preis für die Versicherten aufgrund der Versicherungsdeckung nicht mehr entscheidend ist und sie diesen oftmals gar nicht kennen, bzw. jedenfalls ihre Entscheidung, in welchem Spital sie sich behandeln lassen wollen nicht vom Preis abhängt.<sup>37</sup> Der Preiswettbewerb gegenüber den Versicherern ist jedoch aufgrund der

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015, E. 6.2.2.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des BVGer C-401/2012 vom 28.1.2014 E. 3.2; Urteil des BVGer C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.3.2; Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 4.1; vgl. unter der alten Spitalfinanzierung BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen.

<sup>25</sup> Urteil des BVGer C-6504/2011 vom 3. Dezember 2013, E. 6.3.3.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017; Urteile des BVGer C-2389/2012 und C-1841/2014 vom 21. August 2015; Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015; Urteil des BVGer C-6088/2011 vom 6. Mai 2014; Urteil des BVGer C-5647/2011 vom 16. Juli 2013.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 7.1.1.

<sup>28</sup> Z.B. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 8 ff.

<sup>29</sup> Urteil des BVGer C-6504/2011 vom 3. Dezember 2013, E. 6.3.3; Urteil des BVGer C-255/2015 vom 19. April 2017, E. 4.2.5.

<sup>30</sup> RPW 2010/2, 430 Rz 43, *Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012*.

<sup>31</sup> BGE 141 II 66, E. 2.2.1.

<sup>32</sup> BGE 141 II 66, E. 2.2.3.

<sup>33</sup> Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5587.

<sup>34</sup> Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5569.

<sup>35</sup> In erster Linie durch den Versuch, die Transparenz und Qualität unter den Spitalern zu erhöhen. Der Wettbewerb soll gefördert werden: Spitäler, die gut und effizient arbeiten, werden belohnt; Spitäler, deren Kosten die festgelegten Pauschalen pro Operation übersteigen, schreiben hingegen Defizite. Mittelfristig sollen nicht mehr alle Spitäler alle Eingriffe anbieten. Schlecht ausgelastete und veraltete Spitäler sollen gar verschwinden. Längerfristig soll die Reform helfen, die Kosten zu senken. Die Spitäler haben keinen Anreiz mehr, Patienten länger als notwendig zu behalten. (Neue Spitalfinanzierung erklärt, Neue Luzerner Zeitung, 16. Mai 2011).

<sup>36</sup> Handbook of Health Economics, D. Dranove and M.A. Satterthwaite, S. 1118 ff.

<sup>37</sup> Vgl. diesbezüglich RPW 2008/4, 573 Rz 157, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; Entsprechend sind die Preise nicht das Resultat wirksamen Wettbewerb und der Preisüberwacher ist in diesem Bereich aktiv (vgl. Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von akut-stationären Spitaltarifen vom Oktober 2016), besucht am 29. August 2017.

unterschiedlichen Baserates nicht vollständig ausgeschlossen, da die Spitäler im Sinne der Wirtschaftlichkeitskriterien der neuen Spitalfinanzierung einen Anreiz haben, die Preise tief zu halten. Insgesamt ist damit bis zu einem gewissen Grad der Preiswettbewerb durch das gesetzlich vorgesehene Tarifsysteem im Grundversicherungsbereich ausgeschlossen, in anderen Bereichen (Ausgaben, Qualität, etc.) jedoch nicht. Dies entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.

58. Im Rehabilitationsbereich werden aktuell unterschiedliche Tagesfallpauschalen zwischen Leistungserbringern und Versicherern ausgehandelt. Das mit dem SwissDRG vergleichbare Modell soll 2020 in Kraft treten.

59. Im ambulanten Bereich sind die Preise zumindest kantonal identisch, womit der Preiswettbewerb auf diesem Markt nicht zugelassen wird. Zwar bestehen im Rahmen der kollektiven Verhandlungen aufgrund der Wirtschaftlichkeitskriterien durchaus Anreize der Leistungserbringer die Preise tief zu halten, doch aufgrund der kollektiven Verhandlungen und den daraus folgenden einheitlichen Preisen, muss davon ausgegangen werden, dass der Preiswettbewerb unter den Spitälern im ambulanten Bereich nicht uneingeschränkt stattfindet. Dennoch ist auch im ambulanten Bereich der Wettbewerb nicht gesamthaft ausgeschlossen, denn z.B. in den Bereichen der Kosten und der Qualität ist Wettbewerb gesetzlich gewollt. Die Anwendung des KG steht deswegen in Einklang mit der Stossrichtung der neuen Spitalfinanzierung gemäss KVG. An dieser Situation ändert auch die Festsetzung der Preise durch den Bundesrat ab 2018 nichts (vgl. Rz 50). Einzig die Ausführungen zur kollektiven Verhandlung und den daraus folgenden Anreizen werden dereinst nicht mehr zutreffen.

60. Schliesslich ist (erneut) festzuhalten, dass diese regulatorischen Rahmenbedingungen nur den Bereich der obligatorischen Krankenversicherung betreffen. Die Tätigkeit der beteiligten Unternehmen beschränkt sich jedoch nicht auf diesen Bereich, sondern sie bieten auch Behandlungen zu Lasten der Zusatzversicherung an. Im Bereich der Zusatzversicherung ist das KVG nicht anwendbar; hier gilt das VVG<sup>38</sup>, das keine dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschriften enthält.<sup>39</sup>

#### **B.2.1.3.1. Vorbringen der beteiligten Unternehmen**

61. Die beteiligten Unternehmen bringen vor, der Preiswettbewerb im Grundversicherungsbereich sei ausgeschlossen. Dies, weil das KVG vorsehe, dass zwischen Versicherern und Leistungserbringer Tarifverträge vereinbart werden, die durch die Genehmigungsbehörde genehmigt, bzw. im Falle des Scheiterns der Verhandlungen festgesetzt werden.

62. Die beteiligten Unternehmen bringen weiter vor, dass kein echter Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern herrsche und wenig Transparenz in Bezug auf das Qualitätsniveau der Spitäler bestehe. Für die Patienten spiele weiterhin, nebst der Distanz zum Spital, vor allem die Empfehlung des Hausarztes und der Komfort eine Rolle.

#### **B.2.1.3.2. Beurteilung der Vorbringen**

63. Bei der Beurteilung, ob vorbehaltene Vorschriften vorhanden sind, ist zwischen gesetzlich vorgesehenen

Markt- oder Preisordnungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG und mangelndem Wettbewerb aus anderen Gründen zu unterscheiden. Es ist nicht zu prüfen, ob die konkrete Handlung mit einer bestimmten Ware in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst; dies ist Gegenstand des 2. Kapitels des KG (Art. 5 ff. KG).<sup>40</sup> Soweit die Parteien vorbringen, es sei kein Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern vorhanden, weshalb kein Wettbewerb im kartellrechtlichen Sinne festzustellen sei, handelt es sich jedenfalls nicht um vorbehaltene Vorschriften, die die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würden. Mangelnder Qualitätswettbewerb beruht dagegen – sofern dies zutrifft – beispielsweise auf der von den beteiligten Unternehmen gerügten mangelnden Transparenz. Dieser Umstand ist jedoch nicht gesetzlich vorgesehen, sondern das KVG hat im Gegenteil zum Ziel, den Wettbewerb zu fördern. Entsprechend kann betreffend Qualitätswettbewerb keine vorbehaltene Vorschrift festgestellt werden.

64. Was den Preiswettbewerb betrifft, ist den beteiligten Unternehmen insofern zuzustimmen, dass der SwissDRG den Preiswettbewerb *weitgehend* beseitigt (vgl. Rz 57). Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Wettbewerb insgesamt durch eine staatliche Preisordnung ausgeschlossen werden sollte. Vielmehr sieht das gesetzliche System Wettbewerb bis zu einem gewissen Grad sowohl in der Tarifordnung,<sup>41</sup> wie auch umfassend in weiteren Bereichen (z.B. Kosten, Qualität) vor. Entsprechend wird dem Kartellgesetz aufgrund der vorherrschenden Regulierungen im Grundversicherungsbereich nicht gesamthaft die Anwendung versagt.

#### **B.2.2 Weitere Kostenträger**

65. Bisher wurde der rechtliche Rahmen des KVG erläutert. Spitäler erbringen jedoch auch Leistungen zulasten anderer Kostenträger: Unfallversicherung, Invalidenversicherung und Militärversicherung. Betreffend die vorliegend zu beurteilenden Leistungen der Spitäler ist festzuhalten, dass zwar der Umfang der Kostenübernahme variieren kann, die Abrechnung an sich jedoch vom vorne beschriebenen Rahmen nicht abweicht. So wird im stationären Bereich ebenfalls nach SwissDRG abgerechnet (vgl. Art. 56 UVG<sup>42</sup> i.V.m. Art. 70 ff. UVV<sup>43</sup>, Art. 14<sup>bis</sup> IVG<sup>44</sup> und Art. 27 IVG i.V.m. Art. 3<sup>quater</sup> IVV<sup>45</sup> und Art. 26 MVG<sup>46</sup> i.V.m. Art. 13 MVV<sup>47</sup>). Zu beachten ist, dass der Kanton für Behandlungen im Rahmen der Unfall- und

<sup>38</sup> Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

<sup>39</sup> So auch bereits: RPW 2006/3, 521 Rz 69 ff., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

<sup>40</sup> BGE 141 II 66, E. 2.4.2.

<sup>41</sup> Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004, 5569.

<sup>42</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

<sup>43</sup> Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

<sup>44</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

<sup>45</sup> Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201).

<sup>46</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1).

<sup>47</sup> Verordnung vom 10. November 1993 über die Militärversicherung (MVV; SR 833.11).

Militärversicherung keinen Kostenanteil zu tragen hat<sup>48</sup> und für Behandlungen im Rahmen der Invalidenversicherung der Kostenanteil des Kantons 20 % bei Spitälern auf der Spitalliste beträgt (Art. 14<sup>bis</sup> IVG). Im ambulanten Bereich wird nach TARMED abgerechnet (vgl. Rz 50) und im Bereich der ambulanten Rehabilitation nach dem TarReha.<sup>49</sup> Entsprechend kann auf vorstehende Ausführungen insbesondere betreffend SwissDRG und TARMED verwiesen werden.

### B.2.3 Fazit

66. In den hier zu beurteilenden Märkten bestehen betreffend der vorliegenden Zusammenschlusskontrolle keine Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würden. Dem Kartellgesetz vorbehalten sind dagegen die Erstellung der Spitalisten

und die Kontrolle des SwissDRG bzw. der genehmigten oder festgesetzten Baserate und des TARMED.

### B.3 Meldepflicht

67. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO 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 und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

68. 2016 wurden die folgenden Umsätze erzielt:

**Tabelle 1: Umsätze 2016 USB / KSBL:**

| Unternehmen  | Umsatz weltweit 2016 (in TCHF) | Umsatz Schweiz 2016 (in TCHF) |
|--------------|--------------------------------|-------------------------------|
| USB          | 1'073'921                      | [...]                         |
| KSBL         | 461'827                        | [...]                         |
| <b>TOTAL</b> | <b>1'535'748</b>               | <b>1'532'303</b>              |

Quelle: Angaben der Parteien

**Tabelle 2: Umsätze von Spitälern in Kantonsbesitz:**

| Unternehmen   | Umsatz 2016 (in TCHF) | Trägerschaft                             |
|---|-----------------------|--|
| <b>Felix Platter-Spital</b>                             | 95'600                | 100 % Kanton Basel-Stadt                 |
| <b>Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB)</b>    | 143'900               | 50 % Basel-Stadt / 50 % Basel-Landschaft |
| <b>Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel (UPK)</b> | 142'500               | 100 % Kanton Basel-Stadt                 |
| <b>Psychiatrie Baselland</b>                            | 99'200                | 100 % Kanton Basel-Landschaft            |

Quelle: Angaben der Parteien

69. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind erreicht (vgl. Tabelle 1), weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vertieften Prüfung

70. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

<sup>48</sup> Vgl. Vereinbarung zwischen den Versicherern gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vertreten durch die Medizinaltarif-Kommission UVG (MTK); der Invalidenversicherung (IV) vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen; der Militärversicherung vertreten durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) betreffend der Mitfinanzierung von stationären UV/MV/IV-Patienten durch die Kantone vom August 2011.

<sup>49</sup> Vgl. Vereinbarung zwischen den Versicherern gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vertreten durch die Medizinaltarif-Kommission UVG (MTK); der Invalidenversicherung (IV) vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen; der Militärversicherung vertreten durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) betreffend Erbringung und Abgeltung ambulanter, interdisziplinärer, nichtärztlicher Leistungen in der Neurorehabilitation und in der muskuloskelettalen Rehabilitation.

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

72. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potentiellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten verblei-

ben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren.

73. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

74. 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.

**Tabelle 3: Marktanteile in den wichtigen Tätigkeitsgebieten (>5 %) der meldenden Unternehmen**

| Tätigkeitsgebiet   | Marktanteile |           | Total     | Marktanteilsaddition | Betroffener Markt<br>(Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) |
|--|--------------|-----------|-----------|----------------------|--|
|  | BS           | BL        |           |                      |  |
| <b>Absatzmärkte</b>  |              |           |           |                      |  |
| Akutstationäre Spitaldienstleistungen (in Anzahl Fällen, 2015)             | [20-30] %    | [20-30] % | [50-60] % | Ja                   | <b>Ja</b>  |
| Rehabilitation (in Pflgetagen, 2013)                                       | 0.0 %        | [10-20] % | [10-20] % | Nein                 | Nein   |
| Ambulante Versorgung (Anzahl Grundleistungen, 2015)                        | [10-20] %    | [0-5] %   | [10-20] % | Ja                   | Nein   |
| Quantitative Bildanalyse für neurodegenerative Erkrankungen (Umsatz, 2015) | [50-60] %    | 0.0 %     | [50-60] % | Nein                 | <b>Ja</b>  |
| <b>Beschaffungsmärkte</b>  |              |           |           |                      |  |
| Medikamente (Umsatz 2016)  | [5-10] %     | [0-5] %   | [5-10] %  | Ja                   | Nein   |
| Blut und Blutprodukte (Umsatz 2016), davon                                 |              |           |           |                      |  |
| Erythrozytenkonzentrate  | [5-10] %     | [0-5] %   | [5-10] %  | Ja                   | Nein   |
| Thrombozytenkonzentrate  | [10-20] %    | [0-5] %   | [10-20] % | Ja                   | Nein   |
| Plasma   | [10-20] %    | [0-5] %   | [10-20] % | Ja                   | Nein   |

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariates

75. Dementsprechend werden nachfolgend die betroffenen Märkte abgegrenzt und die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diese Märkte analysiert. Obwohl die Rehabilitation keinen betroffenen Markt darstellt (vgl. Tabelle 3 oben), wird dieser Markt nachfolgend analysiert, da die Rehabilitation einen engen Bezug zu den akutstationären Spitaldienstleistungen aufweist (vgl. auch Rz 162 f.).

#### **B.4.1 Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen**

##### **B.4.1.1 Vorbemerkungen**

76. Der zwischen dem USB und KSBL angestrebte Zusammenschluss stellt die erste meldepflichtige Spitalfusion in der Schweiz gemäss Art. 9 KG dar. Auch wenn in der Entscheidungspraxis der WEKO bzw. in der schweizerischen Rechtsprechung die Frage der Abgrenzung des relevanten Markts bei einer Fusion zwischen (öffentlichen) Spitälern bis anhin nicht thematisiert wurde, sah

sich die WEKO bereits in der Untersuchung beim Fall Kanton Luzern mit der Marktdefinition in Bezug auf akutstationäre Spitaldienstleistungen konfrontiert.

77. Im Fall Kanton Luzern wurde ein Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen und ein Markt für im Privatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen abgegrenzt. Selbst wenn die Untersuchung im Fall Kanton Luzern nicht mit dem Zusammenschluss von zwei öffentlichen Spitälern vergleichbar ist, so können die dort festgelegten Grundsätze dennoch teilweise analog auf die vorliegende Zusammenschlusskontrolle übertragen werden.

#### **B.4.1.2 Sachlich relevanter Markt**

78. 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).

79. Die Marktgegenseite der Spitäler stellen die Patienten dar, welche eine stationäre Behandlung akuter Krankheiten oder die stationäre Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation benötigen. Deshalb wird aus Sicht des Patienten ein Spital, gemäss den Angaben der Parteien, primär als Anbieter von akutstationären Spitaldienstleistungen wahrgenommen. Ob eine ambulante oder stationäre Spitaldienstleistung angezeigt ist, entscheidet jedoch nicht der Patient. Dies ergibt sich aus einer ärztlichen Indikation und der gesetzlichen Regulierung. Indem ein Arzt eine Diagnose stellt und danach entscheidet, welche Behandlung bzw. welcher Eingriff erforderlich ist, stellt er die Weichen für eine ambulante bzw. stationäre Dienstleistung.

80. Im vorliegenden Zusammenschlussverfahren werden zwei (öffentliche) Spitäler, das USB und das KSBL, zu einer Spitalgruppe zusammengeführt. Beide erbringen ein breites Sortiment an ärztlichen Diagnosen und Behandlungen sowie pflegerischen Dienstleistungen, die eine stationäre Unterbringung des Patienten ermöglichen. Vorliegend kann daher von einem **Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen** ausgegangen werden.

81. Sodann stellt sich die Frage, ob eine weitere Unterteilung des oben erwähnten Marktes sachgerecht ist.

##### **B.4.1.2.1. Abgrenzung zur ambulanten Versorgung**

82. Obwohl ein Spital aus Sicht des Patienten primär als Anbieter von akutstationären Spitaldienstleistungen wahrgenommen wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse Behandlungen auch in einer Arztpraxis durchgeführt werden könnten. Ferner kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Konsultation in einer ambulanten Behandlung mündet, welche von Beginn weg in einer Arztpraxis hätte erbracht werden können. Als Beispiel dienen die unechten Notfälle.<sup>50</sup> Die Mehrheit der erforderlichen stationären Spitaldienstleistungen ist jedoch aus Sicht der Patienten nicht durch eine ambulante Behandlung substituierbar.

83. Schliesslich kommt hinzu, dass für ambulante und stationäre Spitaldienstleistungen unterschiedliche rechtliche Anforderungen gelten, insbesondere in Bezug auf die erforderlichen Bewilligungen bzw. die zu verrechnenden

Tarife. So werden aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen stationäre Spitaldienstleistungen gemäss SwissDRG verrechnet (vgl. Rz 44 ff.), ambulante Spitaldienstleistungen hingegen gemäss TARMED (vgl. Rz 50 f.).

84. **Zwischenfazit:** Aufgrund der gemachten Ausführungen wird zwischen akutstationären Spitaldienstleistungen und ambulanten Spitaldienstleistungen unterschieden.

##### **B.4.1.2.2. Abgrenzung zur Rehabilitation**

85. Aufgrund des unterschiedlichen medizinischen Zwecks der Rehabilitation ist diese ausserhalb der akutstationären Spitaldienstleistungen anzusiedeln. Für die sachliche und räumliche Marktabgrenzung im Bereich der Rehabilitation wird auf Rz 152 ff. verwiesen.

##### **B.4.1.2.3. Unterteilung der akutstationären Spitaldienstleistungen in Grund- und Zusatzversicherung**

86. Es stellt sich die Frage, ob die akutstationären Spitaldienstleistungen noch in Grund-, Halbprivat- und Privatversicherung zu unterteilen sind. Grundsätzlich bietet ein Spital seinen Patienten akutstationäre Spitaldienstleistungen sowohl in der Grundversicherung nach KVG als auch in der Halbprivat- und Privatversicherung nach VVG an. Der Mehrwert für den Patienten in der Halbprivat- und Privatversicherung beinhaltet die freie Arztwahl und den erhöhten Komfort in einem Zweibettzimmer (Halbprivatversicherung) oder in einem Einbettzimmer (Privatversicherung).

87. In der Untersuchung *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton* wurde festgehalten, dass die Grund-, Halbprivat- und Privatversicherung als gesonderte Märkte zu betrachten sind. Dies deshalb, weil sie unterschiedliche Ansprüche der Versicherten auf stationäre Gesundheitsdienstleistungen abdecken, so dass jede der drei Arten von Versicherungsprodukten eine Gruppe bildet, die sich klar von den beiden anderen abhebt.<sup>51</sup>

88. **Zwischenfazit:** Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Praxis sowie der Sicht der Patienten eine Unterteilung der Dienstleistungen zwischen Grund- und Zusatzversicherungsbereich angezeigt. Folglich werden die Wettbewerbseffekte für den Markt akutstationäre Spitaldienstleistung im Grundversicherungsbereich und für den Markt akutstationäre Spitaldienstleistung im Zusatzversicherungsbereich getrennt analysiert.

##### **B.4.1.2.4. Keine weitere Abgrenzung nach Fachgebieten**

89. Es stellt sich die Frage, ob der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen nach den jeweiligen Fachgebieten<sup>52</sup> zu unterteilen ist.

<sup>50</sup> Bei unechten Notfällen handelt es sich um Fälle, die aus Sicht des Patienten eine Beanspruchung der Spitalinfrastruktur erfordern, für die die Spitalinfrastruktur in Wirklichkeit nicht erforderlich ist.

<sup>51</sup> RPW 2008/4, 556 Rz 83, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

<sup>52</sup> Vgl. Liste der Fachgebiete im Anhang.



90. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass der Patient als Marktgegenseite das umfassende Angebot eines Spitäles als Bündel verschiedener akutstationären Spitaldienstleistungen wahrnimmt, obwohl der Patient nie das gesamte Dienstleistungsangebot eines Spitäles in Anspruch nehmen wird. Der Sortimentsgedanke spricht dafür, dass der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen nicht weiter zu unterteilen ist. Entsprechend grenzen die britischen Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen im Gesundheitswesen die sachlichen Märkte nicht weiter als die jeweilige Spezialität ab.<sup>53</sup>

91. Gegen eine weitere Unterteilung sprechen Praktikabilitätsgründe. So lassen sich gemäss Meldung die einzelnen Fachgebiete aus Sicht der Ärzte nicht klar voneinander abgrenzen. In der Praxis sei denn auch festzustellen, dass sich mehrere Fachgebiete wesentlich überschneiden könnten. Als Beispiele werden unter anderem ein entzündetes Knie genannt, welches sowohl durch einen Internisten als auch durch einen Orthopäden behandelt werden würde, oder auch der multimorbide Patient, dessen Behandlung per se mehrere Fachgebiete betreffe. Diese These wurde auch durch den Bundesgerichtshof im Beschluss Kreiskrankenhaus Bad Neustadt vertreten. Er begründete den Entscheid damit, dass bei der Mehrzahl der Fachabteilungen eine wettbewerbliche Eigenständigkeit aufgrund von Überschneidungen mit anderen Fachabteilungen ausscheide.<sup>54</sup>

92. Im Rahmen dieser vertieften Prüfung ist nicht ersichtlich, dass sich der Zusammenschluss in besonderer Weise auf die Wettbewerbssituation der unterschiedlichen Fachgebiete auswirken würde. Sowohl die vorerwähnten Praktikabilitätsgründe sowie der Sortimentsgedanke lassen in diesem Fall den Verzicht auf eine weitere Segmentierung des Marktes als vertretbar erscheinen.

93. **Zwischenfazit:** Aufgrund der gemachten Ausführungen wird für den vorliegenden Fall keine weitere Unterteilung nach Fachgebieten vorgenommen.

#### B.4.1.2.5. Zusammenfassung

94. Es wird von einem **Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich** und einem **Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich** als sachlich relevante Märkte ausgegangen.

#### B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte

95. 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).

96. Bei der Untersuchung der *Tarifverträge im Kanton Luzern* hat die WEKO die räumliche Marktabgrenzung auf Basis einer Analyse der Patientenströme vorgenommen. Dabei lehnte sie sich weitgehend an die durch die US-amerikanischen und die deutschen Kartellbehörden entwickelten Konzepte an, welche sich am Elzinga-Hogarty-Test orientieren.<sup>55</sup>

97. In der US-amerikanischen Praxis wird die Analyse der Patientenströme durch Erhebung von zwei Kennzahlen vorgenommen: LIFO („little in from outside“) und

LOFI („little out from inside“), wobei sich das „in“ bzw. „out“ nicht auf die Patienten, sondern auf den Import bzw. Export an Gesundheitsdienstleistungen beziehen.<sup>56</sup> Der Patientenexport (oder die Patientenabwanderung) entspricht somit dem Import an Gesundheitsdienstleistungen, während der Patientenimport (oder die Patientenzuwanderung) dem Export an Gesundheitsdienstleistungen entspricht.

98. Bei der Untersuchung der *Tarifverträge im Kanton Luzern* ist die WEKO im Wesentlichen der durch die US-amerikanischen vorgeschriebenen Methode gefolgt. Sie ermittelte demnach in einem ersten Schritt den LIFO-Wert und hielt dabei u.a. fest, dass der Kanton Luzern bei LIFO-Werten zwischen 10 % und 20 % den räumlich relevanten Markt für die zusatzversicherten Luzerner Patienten darstelle.<sup>57</sup> In einem weiteren Schritt prüfte die WEKO, ob sich aufgrund der Patientenzuwanderung in den Kanton Luzern nicht eine erweiterte Marktabgrenzung aufdrängt.<sup>58</sup>

99. Gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG sind die Kantone zur Koordination ihrer Planungen verpflichtet. In Erfüllung ihres gesundheitspolitischen und versorgungsplanerischen Auftrags haben somit die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn eine ausführliche Analyse der Patientenströme im Rahmen des Projekts „Monitoring der regionalen und überregionalen Patientenströme“<sup>59</sup> durchgeführt. Mit dem Monitoring wurden die medizinische Leistungserbringung und -inanspruchnahme sowie die regionalen und überregionalen Patientenströme für die Jahre 2011 bis 2013 ausführlich dokumentiert. Die entsprechenden Daten wurden auf der Ebene Nordwestschweiz, mit den jeweiligen betroffenen Kantonen (AG, BS, BL und SO) sowie der Region nördlich des Juras, ausgewertet.

100. Die Meldung geht, gestützt auf die Patientenströme, von einem räumlichen Markt für akutsomatische Spitaldienstleistungen in der „Region nördlich des Juras“ aus. Diese Region setzt sich aus den folgenden MedStat-Regionen<sup>60</sup> zusammen:

- Kanton Basel-Landschaft: gesamter Kanton;
- Kanton Basel-Stadt: gesamter Kanton;

<sup>53</sup> Vgl. Competition and Markets Authority, CMA guidance on the review of NHS mergers, 2014, < [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/339767/Healthcare\\_Long\\_Guidance.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/339767/Healthcare_Long_Guidance.pdf) >

<sup>54</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008 – KVR 26/07 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*, Rz 69.

<sup>55</sup> Vgl. M. VARKEVISSER, F. T. SCHUT, The impact of geographic market definition on the stringency of hospital merger control in Germany and the Netherlands, *Health Economics, Policy and Law*, 2012, 7, 363-381.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2008/4, 544 ff., Rz 95 m.w.H.

<sup>57</sup> Vgl. RPW 2008/4, 544 ff. Rz 97 ff., Rz 101 und Rz 104.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2008/4, 544 ff. Rz 106.

<sup>59</sup> Die Schlussberichte sind auch in elektronischer Form unter folgender Adresse erhältlich: <http://academy.socialdesign.ch/de/ergebnisse-be2ueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nachder-einfuehrung-der-kvg-revision/>, besucht am 06. Januar 2017.

<sup>60</sup> Die durch das Bundesamt für Statistik (BFS) definierten "MedStat-Regionen" bestehen aus geographischen Regionen, die genügend gross sind, damit man anonym für jede in der Schweiz hospitalisierte Person einen Wohnort angeben kann. Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/nomenklaturen/medsreg.html>, besucht am 23. November 2016.

- Kanton Aargau: Kaiseraugst, Olsberg, Magden, Rheinfelden, Moehlin, Zeiningen, Zuzgen, Hellikon, Wegenstetten, Mumpf, Wallbach, Obermumpf, Schupfart, Stein, Muenchwil, Herznach, Ueken, Frick, Oeschgen, Hornussen, Boezen, Elfingen, Effingen, Zeihen, Laufenburg, Kaisten, Ittenthal, Rheinsulz, Sulz, Oberhof, Woelfflinswil, Wittnau;
- Kanton Solothurn: Dornach, Gempen, Hochwald, Himmelried, Seewen SO, Nunningen, Breitenbach, Buesserach, Erschwil, Beinwil SO, Fehren, Meltingen, Zullwil, Grindel, Baerschwil.

Abb. 1: Räumlicher Markt „nördlich des Juras“



101. Grundsätzlich sind Patientenströme ein guter Indikator für die räumliche Festlegung der Grenzen des zu definierenden relevanten Marktes. Die Methode birgt in der Praxis jedoch die Gefahr, dass die Märkte zu weit abgegrenzt werden.<sup>61</sup> Im Rahmen einer summarischen Prüfung erscheint die von den Parteien vorgenommene räumliche Marktabgrenzung als nicht zu weit gehend. Die gewählte Methodik und das Vorgehen der Studie entsprechen zudem der WEKO-Praxis in der Untersuchung der *Tarifverträge im Kanton Luzern*.

102. **Fazit:** Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist für beide in Rz 94 abgegrenzte Märkte (akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich) hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung auf die „**Region nördlich des Jura**“ abzustellen.

#### B.4.1.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

103. Aufgrund der erfolgten Marktdefinition ergeben sich die folgenden Marktanteile der unterschiedlichen Konkurrenten:

<sup>61</sup> Vgl. H.E. FRENCH, J. LANGENFELD, R. F. MCCLUER, Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Mergers, *Antitrust Law Journal* Vol 71, 2004, 921-947.

**Tabelle 4: Marktanteile betreffend allgemein versicherten Patienten (Grundversicherung) und privat und halbprivat versicherten Patienten (Zusatzversicherung) 2015**

| KT | Spital   | Allgemein versicherte Patienten | Marktanteil     | Halb-/ privat versicherte Patienten | Marktanteil     |
|----|--|---------------------------------|-----------------|-------------------------------------|-----------------|
| BS | Universitätsspital Basel                               | [...]                           | [20-30]%        | [...]                               | [20-30]%        |
| BL | Kantonsspital Baselland                                | [...]                           | [20-30]%        | [...]                               | [10-20]%        |
|    | <b>Marktanteile der meldenden Unternehmen</b>          | [...]                           | <b>[50-60]%</b> | [...]                               | <b>[40-50]%</b> |
| BS | Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB)          | [...]                           | [5-10]%         | [...]                               | [0-5]%          |
| BS | Felix Platter-Spital                                   | [...]                           | [0-5]%          | [...]                               | [0-5]%          |
|    | <b>Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz</b> | [...]                           | <b>[5-10]%</b>  | [...]                               | <b>[0-5]%</b>   |
| BS | St. Claraspital  | [...]                           | [5-10]%         | [...]                               | [10-20]%        |
| AG | Gesundheitszentrum Fricktal                            | [...]                           | [5-10]%         | [...]                               | [5-10]%         |
| BS | Merian Iselin  | [...]                           | [5-10]%         | [...]                               | [5-10]%         |
| BS | Bethesda Spital AG                                     | [...]                           | [0-5]%          | [...]                               | [5-10]%         |
| SO | Solothurner Spitäler                                   | [...]                           | [0-5]%          | [...]                               | [0-5]%          |
| BL | Hirslanden Klinik Birshof                              | [...]                           | [0-5]%          | [...]                               | [5-10]%         |
| AG | Kantonsspital Aarau AG                                 | [...]                           | [0-5]%          | [...]                               | [0-5]%          |
|    | Andere   | [...]                           | [5-10]%         | [...]                               | [5-10]%         |
|    | <b>Marktanteile Konkurrenten</b>                       | [...]                           | <b>[30-40]%</b> | [...]                               | <b>[50-60]%</b> |
|    | <b>Total Anzahl Fälle</b>                              | <b>79'522</b>                   | <b>100.00%</b>  | <b>25'323</b>                       | <b>100.00%</b>  |

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

## I. Aktueller Wettbewerb

### a. Akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich

104. Wie aus Tabelle 4 zu erfahren ist, wird die Marktposition der meldenden Unternehmen im Grundversicherungsbereich (gemessen an den allgemein versicherten Patienten) nach dem Zusammenschlussvorhaben auf einen Marktanteil von [50-60] % ansteigen. Die restlichen Marktanteile verteilen sich relativ gleichmässig auf eine einstellige Zahl von Konkurrenten. Es kann festgehalten werden, dass keiner dieser Mitbewerber Marktanteile über 10 % aufweist.

105. Der gemeinsame Marktanteil der meldenden Unternehmen ist von [50-60] % im Jahre 2012 auf [50-60] % im Jahre 2015 zu Gunsten der anderen Konkurrenten, insbesondere der Privatspitäler bzw. der kleineren, spezialisierten Spitäler gesunken. Die Tendenz zu kleineren, spezialisierten Spitälern könnte auf die neue Spitalfinanzierung gemäss KVG zurückzuführen sein und der damit einhergehenden Gleichbehandlung mit den öffentlichen Spitälern.

106. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass trotz der relativ hohen Marktanteile der meldenden Unternehmen aktuelle Konkurrenz durch eine Reihe von alternativen privaten Anbietern vorhanden ist. Über den Zeitraum 2012 bis 2015 konnten diese privaten Anbieter ihre Anteile im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich von [40-50] % auf [40-50] % steigern. Die privaten Anbieter konnten sich dementsprechend über die letzten drei Jahre auf dem Markt eigenständig positionieren und gegenüber den meldenden Parteien behaupten.

107. Würde man die Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbesitz (das UKBB sowie das Felix Platter Spital) zu den Marktanteilen der meldenden Unternehmen (vgl. Tabelle 4) dazurechnen, so hätten die Spitaldienstleister in Kantonsbesitz gemeinsame Marktanteile von [60-70] % für das Jahr 2015 im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich. Seit 2012 ist dieser Anteil von ursprünglich [60-70] % um [...] % gesunken.

108. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden die aktuellen Konkurrenten<sup>62</sup> umfassend zu den Marktverhältnissen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich befragt.

109. Gewisse Privatspitäler haben die Befürchtung geäußert, dass sie von der Spitalliste ausgeschlossen werden könnten. Diesbezüglich kann entgegnet werden, dass die Kantone diese Möglichkeit infolge hoheitlicher Tätigkeit bei der Spitalplanung bereits heute hätten. Jedoch gilt zu berücksichtigen, dass die privaten Trägerschaften angemessen in die kantonale Spitalplanung einzubeziehen sind (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Da das KG auf die Spitalplanung gemäss Art 39 KVG nicht anwendbar ist, entzieht sich diese Beurteilung und damit die Problematik jedoch der Kompetenz der WEKO (vgl. Rz 40).

<sup>62</sup> In der vorläufigen Beurteilung wurden 12 Spitäler befragt.

110. Den Spitälern steht gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen, worunter die Genehmigung des Tarifvertrags in der Grundversicherung sowie das Festsetzen der Tarife beim Fehlen eines Tarifvertrages fallen, die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 53 Abs. 1 KVG). Das Bundesverwaltungsgericht räumte den kantonalen Behörden in der Einführungsphase des Spitalbenchmankings hinsichtlich Art und Methodik des Betriebsvergleichs einen grossen Ermessensspielraum ein.<sup>63</sup> In diesem Zusammenhang wurde den Universitätsspitalern ein eigener Betriebsvergleich zugestanden.<sup>64</sup>

111. Würde dementsprechend eine Kantonsregierung bei der Tarifgenehmigung resp. Der Tariffestsetzung in der Grundversicherung ihren Ermessensspielraum überschreiten, so könnte das Bundesverwaltungsgericht bei einer Beschwerde die idealtypischen Voraussetzungen der Vergleichbarkeit der Fallkosten überprüfen und eine überhöhte Baserate korrigieren.<sup>65</sup> Somit ist der Einfluss der Leistungserbringer auf den „Preis“ für eine in der Grundversicherung erbrachte Leistung durch das regulatorische Korsett im KVG stark begrenzt. Eine Preiserhöhung wäre dementsprechend im regulatorischen Kontext des KVG durch einen Leistungserbringer unabhängig von dessen Marktanteilen nicht unilateral durchsetzbar.

112. Unter dem Vorbehalt, dass die Kantone bei der Bedarfsplanung die privaten Trägerschaften im Sinne des Gesetzes weiterhin angemessen berücksichtigen, verbleibt auch nach dem Zusammenschluss im Grundversicherungsbereich eine im Wettbewerb stehende Marktstruktur, welche sich hauptsächlich auf den Qualitäts- und Effizienzwettbewerb beschränkt.

#### **b. Akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich**

113. Gemäss Tabelle 4 haben die meldenden Parteien im Zusatzversicherungsbereich (gemessen an den halbprivat- und privatversicherten Patienten) nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von [40-50] %. Damit kommen die Marktanteile im Vergleich zu den akutstationären Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich signifikant tiefer zu liegen.

114. In diesem Bereich verbleibt ausserhalb der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein starker Konkurrent mit einem Marktanteil von [10-20] %. Dazu kommt, dass auch im Zusatzversicherungsbereich die Marktanteile der meldenden Unternehmen über eine Dreijahresperiode um [0-5] % zurückgegangen sind, während die Konkurrenten ihre Marktanteile entsprechend steigern konnten.

115. Würde man zu den Marktanteilen der meldenden Unternehmen die Marktanteil der Unternehmen in Kantonsbesitz dazurechnen, so wäre dieser Marktanteilsverlust von nunmehr nur noch [0-5] % weniger akzentuiert, da das Felix Platter Spital sowie das UKBB im Bereich der akutsomatischen Spitaldienstleistungen in der Zusatzversicherung Marktanteile von [0-5] % dazu gewinnen konnten.

116. Die meldenden Unternehmen haben im Zusammenhang mit halbprivaten und privaten Patienten eine eher weniger starke Position, die seit 2012 erodiert. Grundsätzlich ist festzustellen, dass in vorliegenden Fall

die neue Spitalfinanzierung allgemein zu einer Verstärkung der Position der Privatspitäler geführt hat. Zum jetzigen Zeitpunkt sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sich diese Entwicklung nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Jahr 2020 nicht fortsetzen würde.

117. Im Fall Kanton Luzern hat die WEKO bei Marktanteilen von 45 % in der Zusatzversicherung zur Marktstellung der öffentlichen und öffentlich-subventionierten Spitälern Stellung genommen.<sup>66</sup> Im Kanton Luzern standen sich eine Gruppe von Privatspitälern und eine Gruppe von öffentlichen Spitälern mit je 45 % Marktanteil in der Zusatzversicherung gegenüber. Die WEKO hat deshalb die aktuelle Konkurrenz sowie die Marktstellung gegenüber den Versicherten genauer analysiert, um die Marktstellung beurteilen zu können.<sup>67</sup>

118. In Bezug auf den vorliegenden Fall kann festgehalten werden, dass die disziplinierende Wirkung durch einen privaten Konkurrenten im Zusatzversicherungsbe- reich, welcher Marktanteile von [10-20 %] auf sich vereint, stark beschränkt ist. Damit ist im Ergebnis nur eine eingeschränkte aktuelle Konkurrenz zwischen den Spitälern im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich gegeben.

#### **c. Zusätzliche Elemente für die Analyse der aktuellen Konkurrenz**

119. Die nachfolgende Tabelle unterscheidet bei den akutstationären Spitaldienstleistungen zwischen geplanten Fällen (sog. elektive Fälle) und Notfällen ohne eine Unterscheidung zwischen Grund- und Zusatzversicherung vorzunehmen.

<sup>63</sup> Vgl. BVGer C-5749/2013, Erw. 3.4.

<sup>64</sup> BVGer 2014/36, Erw. 6.6.6.

<sup>65</sup> BVGer C-5749/2013, Erw. 3.4; BVGer 2014/36.

<sup>66</sup> RPW 2008/4, 573, Rz 155.

<sup>67</sup> RPW 2008/4, 573, Rz. 156.

**Tabelle 5: Marktanteile betreffend elektive Fälle und Notfälle 2015 (Grund- und Zusatzversicherung)**

| KT | Spital   | Anzahl elektive Fälle | Marktanteil     | Anzahl Notfälle | Marktanteil     |
|----|--|-----------------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| BS | Universitätsspital Basel                               | [...]                 | [20-30]%        | [...]           | [30-40]%        |
| BL | Kantonsspital Baselland                                | [...]                 | [10-20]%        | [...]           | [30-40]%        |
|    | <b>Marktanteile der meldenden Unternehmen</b>          | [...]                 | <b>[40-50]%</b> | [...]           | <b>[60-70]%</b> |
| BS | Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB)          | [...]                 | [0-5]%          | [...]           | [5-10]%         |
| BS | Felix Platter-Spital                                   | [...]                 | [0-5]%          | [...]           | [0-5]%          |
|    | <b>Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz</b> | [...]                 | <b>[5-10]%</b>  | [...]           | <b>[5-10]%</b>  |
| BS | St. Claraspital  | [...]                 | [5-10]%         | [...]           | [5-10]%         |
| AG | Gesundheitszentrum Fricktal                            | [...]                 | [5-10]%         | [...]           | [5-10]%         |
| BS | Merian Iselin  | [...]                 | [10-20]%        | n/a             | n/a             |
| BS | Bethesda Spital AG                                     | [...]                 | [5-10]%         | n/a             | n/a             |
| SO | Solothurner Spitäler                                   | [...]                 | [0-5]%          | [...]           | [0-5]%          |
| BL | Hirslanden Klinik Birshof                              | [...]                 | [5-10]%         | n/a             | n/a             |
| AG | Kantonsspital Aarau AG                                 | n/a                   | n/a             | [...]           | [0-5]%          |
| BS | Ita Wegman Klinik                                      | n/a                   | n/a             | [...]           | [0-5]%          |
|    | Andere   | [...]                 | [10-20]%        | [...]           | [0-5]%          |
|    | <b>Marktanteile Konkurrenten</b>                       | [...]                 | <b>[50-60]%</b> | [...]           | <b>[20-30]%</b> |
|    | <b>Total Anzahl Fälle</b>                              | 58'327                | <b>100.00%</b>  | 46'518          | <b>100.00%</b>  |

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

120. Bei der Analyse der Angaben in der Tabelle 5 wird ersichtlich, dass die hohen Marktanteile im Grund- und Zusatzversicherungsbereich zu einem grossen Teil durch die starke Präsenz der meldenden Unternehmen bei Notfällen verursacht sind. In diesem Bereich sind die öffentlichen Spitäler verpflichtet, die Notfallgrundversorgung aufrecht zu erhalten, weshalb ihnen in diesem Bereich kaum Handlungsspielraum verbleibt. Damit relativiert sich die Marktposition der meldenden Unternehmen im akutstationären Tätigkeitsfeld.

121. Im Bereich von akuten Notfällen (z.B. Unfallopfer) muss davon ausgegangen werden, dass der Patient keine Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Spitalwahl hat, selbst wenn er bei Bewusstsein ist. Bei denjenigen Notfällen, bei welchen sich der Patient selbst ins Spital begibt, kann davon ausgegangen werden, dass er

theoretisch selber darüber entscheidet, welches Spital er aufsucht. Aus nachvollziehbaren Gründen wird ein Notfallpatient jedoch die Notfallstation des nächstgelegenen Spitales aufsuchen. Aufgrund des Gesagten scheint der Wettbewerb im Notfallbereich zumindest stark eingeschränkt.

122. Der Trend hin zu den Privatspitälern zeigt sich umso mehr, wenn man lediglich den Marktanteil der elektiven (geplanten) Fällen betrachtet, bei denen der Patient die Wahl des Spitales trifft. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der einweisende Arzt aufgrund seines Fachwissens und der Informationsasymmetrie einen erheblichen nicht von der Hand zu weisenden Einfluss auf die Wahl des Patienten hat. Trotzdem verbleibt am Ende die Wahl des Spitales bei einem erforderlichen Eingriff beim Patienten.

**Tabelle 6: Marktanteile elektive Fälle in der Zusatzversicherung (privat und halbprivat)**

| KT           | Spital   | 2012          |               | 2013          |                 | 2014          |                 | 2015          |                 |
|--------------|--|---------------|---------------|---------------|-----------------|---------------|-----------------|---------------|-----------------|
|              |  | Fälle         | Marktanteil   | Fälle         | Marktanteil     | Fälle         | Marktanteil     | Fälle         | Marktanteil     |
| BS           | Universitätsspital Basel                               | [...]         | [20-30]%      | [...]         | [20-30]%        | [...]         | [20-30]%        | [...]         | [10-20]%        |
| BL           | Kantonsspital Baselland                                | [...]         | 10-20%        | [...]         | [10-20]%        | [...]         | [10-20]%        | [...]         | [10-20]%        |
|              | <b>Marktanteil der meldenden Unternehmen</b>           |               | <b>30-40%</b> |               | <b>[30-40]%</b> |               | <b>[30-40]%</b> |               | <b>[30-35]%</b> |
| BS           | Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB)          | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BS           | Felix Platter-Spital                                   | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
|              | <b>Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz</b> |               | <b>[0-5]%</b> |               | <b>[0-5]%</b>   |               | <b>[0-5]%</b>   |               | <b>[0-5]%</b>   |
| BS           | St. Claraspital  | [...]         | [10-20]%      | [...]         | [10-20]%        | [...]         | [10-15]%        | [...]         | [10-20]%        |
| AG           | Gesundheitszentrum Fricktal                            | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BS           | Merian Iselin  | [...]         | [10-20]%      | [...]         | [10-20]%        | [...]         | [10-15]%        | [...]         | [10-20]%        |
| BS           | Bethesda Spital AG                                     | [...]         | [10-20]%      | [...]         | [10-20]%        | [...]         | [5-10]%         | [...]         | [5-10]%         |
| SO           | Solothurner Spitäler                                   | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BL           | Hirslanden Klinik Birshof                              | [...]         | [5-10]%       | [...]         | [5-10]%         | [...]         | [5-10]%         | [...]         | [5-10]%         |
| AG           | Kantonsspital Aarau AG                                 | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BL           | Ita Wegman Klinik                                      | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BL           | Ergolz-Klinik  | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
| BS           | Adullam-Stiftung Basel                                 | [...]         | [0-5]%        | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          | [...]         | [0-5]%          |
|              | Andere   | [...]         | [5-10]%       | [...]         | [5-10]%         | [...]         | [5-10]%         | [...]         | [5-10]%         |
| <b>Total</b> |  | <b>15'396</b> | <b>100.0%</b> | <b>15'075</b> | <b>100.0%</b>   | <b>15'041</b> | <b>100.0%</b>   | <b>14'759</b> | <b>100.0%</b>   |

Quelle: Angabe der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

123. Grenzt man diejenigen Fälle, bei denen der Patient die Entscheidung trifft (d.h. elektive Fälle) auf die halbprivat- und privat versicherten Fälle ein, so sanken die gemeinsamen Marktanteile des USB und des KSBL auf [30-40] % im Jahre 2015. Bezieht man die Leistungserbringer im Kantonsbesitz mit ein (Felix Platter-Spital und UKBB), so würden die Marktanteile [30-40] % für das Jahr 2015 betragen (vgl. Tabelle 6).

124. Die Analyse der Marktentwicklung aufgrund der Eingrenzung auf die elektiven sowie halbprivaten und privaten Fälle unterstützt zudem die These des Trends hin zu den Privatspitälern. Innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren (i.e. 2012 bis 2015), haben das USB und das KSBL im Bereich der elektiven Fälle von zusatzversicherten Patienten Marktanteile von [5-10] % an die Privaten abgegeben. Bezieht man das Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) sowie das Felix Platter-Spital mit ein, so beträgt der Rückgang der Marktanteile der Leistungserbringer im Besitz der beiden Halbkantone immer noch [0-5] %.

125. Zusammenfassend ist deshalb auf der Seite der Leistungserbringer erkennbar, dass sich der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich seit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung stark verändert hat und die privaten Leistungsanbieter Marktanteile dazu gewonnen haben. Es wird erkennbar, dass die Patienten dort, wo sie die Wahl zwischen verschiedenen Behandlungsalternativen haben, von dieser Wahlmöglichkeit Gebrauch machen.

126. Dementsprechend ist nicht erkennbar, dass sich die neue Spitalgruppe mit einem Absinken ihrer Marktanteile auf nunmehr [30-35] % hinsichtlich der Qualität ihrer Dienstleistungen von ihren Konkurrenten unabhängig verhalten könnte.

127. Betrachtet man die Leistungsaufträge in der Akut-somatik aufgeteilt nach den 25 klinischen Bereichen (vgl. Tabelle 7), so zeigt sich, dass die meldenden Parteien im räumlichen Markt nördlich des Jura keinem Vollversorger als Konkurrenten gegenüberstehen. Daraus lässt

sich jedoch nicht ableiten, dass die öffentlichen Spitäler keiner starken Konkurrenz ausgesetzt sind, da diese Marktstruktur durch die kantonale Spitalplanung bedingt ist. So würde es aus versorgungspolitischer Sicht wenig Sinn ergeben, zusätzlich mehrere private Anbieter parallel mit dem Vollspektrum aller 25 klinischen Leistungsaufträge zu beauftragen.

128. Dazu kann angefügt werden, dass sowohl das USB als auch das KSBL dazu verpflichtet sind, wenig rentable Notfallstationen aufrecht zu erhalten<sup>68</sup> währenddessen sich die privaten Anbieter auf lukrativere Nischenmärkte spezialisieren können.

<sup>68</sup> Vgl. weiterführend zur Notfallversorgung: THOMAS GÄCHTER, Medizinischer Notfalldienst: Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe? In: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaee, Zürich 2012, S. 195 f.

Tabelle 7: Klinische Bereiche im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen

| Bereiche / Spitäler bzw. Kliniken         | USB | KSBL | Uni-Kinder-Spital | Felix-Platter-Spital | Clara-Spital | Bethesda-Spital | Merian-Klinik | Adullam-Spital | Ita-Wegman-Klinik | Hirslanden-Birshof | Ergolz-Klinik | Kantons-Spital AG | GZ Fricktal (AG) | Solothurner Spitäler |
|---|-----|------|-------------------|----------------------|--------------|-----------------|---------------|----------------|-------------------|--------------------|---------------|-------------------|------------------|----------------------|
|   | BS  | BL   | BS                | BS                   | BS           | BS              | BS            | BS             | BS                | BL                 | BL            | AG                | AG               | SO                   |
| 1 Basispaket Chirurgie und innere Medizin | x   | x    | x                 |                      | x            |                 |               |                |                   |                    |               | x                 | x                | x                    |
| 2 Basispaket elektiv                      |     |      |                   | x                    |              | x               | x             | x              | x                 | x                  | x             |                   |                  |                      |
| 3 Dermatologie                            | x   | x    | x                 | t                    | t            | t               | t             |                | t                 | x                  |               | x                 | t                | t                    |
| 4 Hals-Nasen-Ohren                        | x   | x    | x                 |                      |              | t               | t             |                |                   | t                  | t             | t                 | t                | t                    |
| 5 Neurochirurgie                          | x   | t    | x                 | t                    |              |                 |               |                |                   | t                  |               | x                 |                  | t                    |
| 6 Neurologie                              | x   | x    | x                 | t                    | t            | t               |               | t              | t                 |                    |               | x                 | t                | x                    |
| 7 Ophthalmologie                          | x   | x    | x                 |                      |              |                 | t             |                |                   |                    |               | x                 | t                | x                    |
| 8 Endokrinologie                          | x   | x    | x                 |                      | x            |                 |               |                | x                 |                    |               | x                 | x                | x                    |
| 9 Gastroenterologie                       | x   | x    | x                 | t                    | x            | t               | t             | t              | t                 |                    |               | x                 | t                | x                    |
| 10 Viszeralchirurgie                      | x   | x    | x                 | t                    | x            | t               | t             |                |                   |                    |               | x                 | t                | t                    |
| 11 Hämatologie                            | x   | x    | x                 | t                    | t            |                 |               | t              | t                 |                    |               | t                 | t                | x                    |
| 12 Herz                                   | x   | t    | t                 |                      | t            |                 |               |                | t                 |                    |               | t                 |                  | t                    |
| 13 Gefässe                                | x   | t    | x                 |                      | t            |                 | t             |                |                   |                    |               | x                 |                  | t                    |
| 14 Nephrologie                            | x   | x    | x                 |                      |              | x               |               |                |                   |                    |               | x                 |                  | x                    |
| 15 Urologie                               | x   | x    | x                 |                      | x            | t               | t             | t              | t                 |                    | t             | x                 | t                | x                    |
| 16 Pneumologie                            | x   | x    | x                 | t                    | x            |                 |               | t              | t                 | t                  |               | t                 | t                | t                    |
| 17 Thoraxchirurgie                        | x   | x    | x                 |                      | x            |                 |               |                |                   |                    |               | x                 |                  | x                    |
| 18 Transplantation solider Organe         | x   |      |                   |                      |              |                 |               |                |                   |                    |               |                   |                  |                      |
| 19 Chirurgie Bewegungsapparat             | x   | x    | x                 |                      | t            | t               | t             | t              | t                 | t                  | t             | x                 | t                | t                    |
| 20 Rheumatologie                          | x   | x    | x                 | x                    |              | t               | t             | t              | t                 | t                  |               | x                 | t                | x                    |
| 21 Gynäkologie                            | x   | x    | x                 |                      | x            | t               | t             |                | t                 |                    | t             | x                 | t                | t                    |
| 22 Geburtshilfe                           | x   | x    |                   |                      |              | t               |               |                |                   |                    |               | x                 | t                | t                    |
| 23 Neugeborene                            | x   | x    | x                 |                      | x            | t               |               |                |                   |                    |               | x                 | t                | t                    |
| 24 Radio-Onkologie                        | x   | x    | x                 |                      | x            | t               |               |                | t                 |                    |               | t                 | t                | x                    |
| 25 Schwere Verletzungen                   | x   | t    | x                 |                      | t            |                 |               |                |                   |                    |               | t                 |                  | t                    |
| x Voller Leistungsauftrag                 |     |      |                   |                      |              |                 |               |                |                   |                    |               |                   |                  |                      |
| t Leistungsauftrag teilweise              |     |      |                   |                      |              |                 |               |                |                   |                    |               |                   |                  |                      |

## Zwischenfazit

129. Auf den relevanten Märkten ist nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens von einer Stärkung der Marktposition der meldenden Unternehmens auszugehen. Aufgrund der vorgenommenen Analyse kann jedoch gesagt werden, dass der aktuelle Wettbewerb auf den Märkten besteht.

## II. Potentieller Wettbewerb

130. Gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik ist die Zahl der Spitäler von 300 im Jahre 2011 auf 288 im Jahre 2015 gesunken.<sup>69</sup> Aufgrund der rückläufigen Zahlen ist davon auszugehen, dass kaum mit Markteintritten zu rechnen ist und dass sich dieser Trend weiterhin fortsetzen wird.<sup>70</sup> Überdies ist mit dem Abbau von Überkapazitäten bei öffentlichen Spitälern zu rechnen.<sup>71</sup>

131. Zwar ist aufgrund der gemachten Ausführungen nicht mit Markteintritten von Spitälern zu rechnen. Für die bereits im Markt tätigen Spitäler besteht jedoch der Anreiz zusätzliche Leistungsaufträge im Rahmen der Spitalplanung zu erhalten. Die disziplinierende Wirkung auf die Spitäler der geplanten Spitalgruppe geht somit von der Vergabe der Leistungsaufträge gemäss WZW-Kriterien<sup>72</sup> durch den Kanton aus und dem Streben der Privatspitäler nach zusätzlichen Leistungsaufträgen.

132. Schliesslich gilt es zu beachten, dass mit dem Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung per 1. Januar 2012 grundversicherte Patienten neu die Möglichkeit haben, für ihre Behandlung frei ein unter den Listenspitälern aufgeführtes Spital zu wählen (sog. „freie Spitalwahl“). Durch die erhöhte Patientenmobilität ist somit zu erwarten, dass interkantonale Patientenwanderungen in Zukunft zunehmen werden. Schweizweit betrachtet, hat

sich zumindest diese Hypothese für den Zeitraum 2010 bis 2013 bereits bestätigt.<sup>73</sup> Die Spitäler, welche bis anhin auf stark lokal geprägten Märkten in Wettbewerb standen, werden in Zukunft einem zunehmenden Wettbewerbsdruck durch ausserkantonale Spitäler ausgesetzt.

133. Eine Betrachtung der Entwicklung der Patientenströme über den Zeitraum 2010 bis 2014 zeigt ein differenziertes Bild. So ist der Anteil der ausserkantonale behandelten Patienten in Basel-Landschaft in diesem Zeitraum von 32 % um 3 % auf 29 % gesunken, währenddessen der Kanton Basel-Stadt im gleichen Zeitraum eine Zunahme von 3 % auf die Hälfte aller behandelten Patienten verzeichnen konnte.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/ge-sundheitswesen/spitaeler.html>, besucht am 21. Juni 2017.

<sup>70</sup> Dies wurde in der Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern durch befragte Krankenversicherer und den Kanton bestätigt. Vgl. RPW 2008/4, 574, Rz 161, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

<sup>71</sup> Vgl. Basler Zeitung vom Freitag, 5. August 2016, S. 22, Kampfansage an die Privatspitäler.

<sup>72</sup> Wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich (WZW); vgl. Art. 32 KVG.

<sup>73</sup> KATHRIN HUBER: Entwicklung der interkantonalen Patientenströme im Übergang zur freien Spitalwahl. Analyse der stationären akutsomatischen Spitalbehandlungen von 2010 bis 2013, OBSAN Dossier 48 (erhältlich unter: [http://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/obsan\\_dossier\\_48\\_3.pdf](http://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/obsan_dossier_48_3.pdf), besucht am 05. Januar 2017).

<sup>74</sup> Socialdesign (2015). „Monitoring der regionalen und überregionalen Patientenströme“ <<http://academy.socialdesign.ch/de/ergebnisse-be-zueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nach-der-einfuehrung-der-kvg-revision/>>.

134. Aufbauend auf dieser Betrachtung ist erkennbar, dass vor allem die universitären Spitalzentren einem überregionalen Wettbewerb ausgesetzt sind, welcher sich aufgrund der gestiegenen Mobilität der Patienten akzentuiert hat.

### III. Stellung der Marktgegenseite

#### a. Grundversicherungsbereich

135. Wenn es um die Tarifverhandlungen geht, sind die Versicherer die Marktgegenseite der Spitäler. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden auch die Versicherungen als Marktgegenseite der Spitäler befragt.<sup>75</sup>

136. Den Antworten der befragten Versicherer ist zu entnehmen, dass die Spitäler der neu zu gründenden Spitalgruppe aufgrund ihrer verstärkten Position im Markt eine höhere Baserate im Grundversicherungsbereich durchsetzen könnten. Damit äussern die Versicherungen dieselbe Befürchtung wie die Spitäler (vgl. Rz 108 f.). Zwar kann dies tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, doch auch diese Problematik ist der Kompetenz der WEKO durch vorbehaltene Vorschriften entzogen. Wie ausgeführt, wird die Baserate zwischen den Versicherungen und den Spitälern verhandelt und anschliessend durch die kantonale Regierung genehmigt. Bei Ausbleiben eines Verhandlungserfolges wird die Baserate durch die kantonale Regierung festgesetzt. Es handelt sich damit um ein reguliertes Preissystem (vgl. Rz 46 und Rz 57). Den Versicherungen und Spitälern verbleibt jedoch wiederum die Möglichkeit einer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG).

137. In der Grundversicherung verhandeln die Leistungserbringer die Baserates mit Einkaufsgemeinschaften, welche die Versicherungen vertreten. So vertritt die Tarifsuisse insgesamt 42 Krankenversicherungen und die HSK deren sechs. [...].

#### Abb. 2 Verhandlungsstruktur in der Grundversicherung

[...]

138. In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass trotz der grossen Marktstärke der meldenden Parteien aufgrund der hohen Regulierungsdichte im Grundversicherungsbereich der Raum für autonomes Preissetzungsverhalten nach dem Zusammenschlussvorhaben beschränkt bleibt.

#### b. Zusatzversicherungsbereich

139. Im Fall Kanton Luzern hat die WEKO die Krankenversicherer aufgefordert, verschiedene Parameter auf Ihre Wichtigkeit der Marktstellung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern zu beurteilen. Als mit Abstand wichtigster Parameter wurde von den Krankenversicherern die Aufführung eines Spitals auf der kantonalen Spitalliste genannt.<sup>76</sup> Da die freie Spitalwahl eines der zentralen Merkmale der Zusatzversicherung darstellte, kam die WEKO zum Schluss, dass ein Zusatzversicherungsanbieter de facto gezwungen ist, sämtliche Kosten einer akutstationären Behandlung zu übernehmen. In diesem Zusammenhang ist die REKO/WEF von einem faktischen Kontrahierungszwang ausgegangen.<sup>77</sup>

140. Mit der neuen Spitalfinanzierung kann die versicherte Person in ihrem Wohnkanton oder aber in einem Standortkanton frei zwischen den Listenspitälern auswählen.<sup>78</sup> Für einen Patienten ohne Zusatzversicherung „freie Spitalwahl Schweiz“ bedeutet dies, dass im Falle der Behandlung in einem ausserkantonalen Listenspital, welches im Wohnortkanton nicht auf der Spitalliste aufgeführt ist, die erbrachten Leistungen zum Tarif des Listenspitals im Wohnkanton für die gleiche Behandlung vergütet werden. Der grundversicherte Patient muss deshalb u.U. für die Differenz selber aufkommen. Nichtsdestotrotz ist damit, wenn auch nicht uneingeschränkt, die schweizweite freie Spitalwahl sichergestellt, weshalb dieses Element bei der Beurteilung der Marktstellung der Spitäler in der Zusatzversicherung nicht mehr die gleiche Bedeutung, wie im Fall Kanton Luzern hat.

141. Aufgrund der mit der neuen Spitalfinanzierung seit 2012 verankerten schweizweit freien Spitalwahl ist deshalb für den vorliegenden Fall von einem abgemilderten faktischen Kontrahierungszwang der Krankenversicherungen im Zusatzversicherungsbereich auszugehen. Für einen Versicherten spielt dementsprechend unter der neuen Spitalfinanzierung die Zusatzversicherung für eine freie Spitalwahl innerhalb der Schweiz keine entscheidende Rolle mehr bei der Auswahl der Krankenversicherung.

142. [...] Kennzeichnend für das top Down-Prinzip ist, dass die erbrachten Leistungen als Vollkosten kalkuliert werden, von welchen sodann der OKP-Teil (Baserate x Kostengewicht) abgezogen werden. Der Restbetrag wird sodann dem Tarifpartner in Rechnung gestellt. Bei der Bottom-up-Methode listet der Leistungserbringer die in der Zusatzversicherung zusätzlich zur OKP Baserate erbrachten Leistungen detailliert auf (i.e. Zusatzkosten pro Fall, pro Tag/ Nacht und Arzthonorare) und stellt diese in Rechnung.

143. Bei der Abrechnungsart Top-Down ist der Tarifvertrag zwischen den Versicherern und den Leistungserbringern so ausgestaltet, dass der OKP-Anteil bereits pauschal darin enthalten ist. Bei der Bottom-up-Methode jedoch werden Einzelpositionen vereinbart. Dementsprechend ist ein direkter quantitativer Vergleich der Preise im Zusatzversicherungsbereich zwischen den beiden Abrechnungsmethoden (Top-Down vs. Bottom-up) nur erschwert möglich. Deshalb ist, zu Vergleichszwecken, das Abstützen auf die durchschnittlichen Fallkosten in der Zusatzversicherung angebracht.<sup>79</sup>

144. [...].

<sup>75</sup> In der vorläufigen Beurteilung wurden 13 Versicherer befragt.

<sup>76</sup> RPW 2008/4, 575 Rz. 163, 3. *Spiegelstrich*.

<sup>77</sup> REKO/ WEF in: RPW 2003/4, 874, E 9.3.1.

<sup>78</sup> Art. 41 Abs. 1 bis KVG.

<sup>79</sup> Zwecks besserer Vergleichbarkeit werden die Fallkosten auf die Fallschwere = 1 normiert, da ansonsten in der Zusatzversicherung abgerechnete schwere erkrankte Fälle die Kosten in die Höhe treiben könnten.



145. Gemäss Rückmeldungen der Versicherer bestehe im Zusatzversicherungsbereich die Möglichkeit, dass die Spitalgruppe durch die höhere Marktkonzentration und ihre gestärkte Verhandlungsmacht bei den Verhandlungen höhere Tarife durchsetzen könnten.

146. Zum heutigen Zeitpunkt verhandeln das KSBL und das USB jeweils separat mit insgesamt [...] über Ihre Tarife in der Zusatzversicherung. [...]. Insofern ist auf der Seite der Leistungseinkäufer der Versicherungsgesellschaften von Marktteilnehmern auszugehen, welche ein schweizweit erhebliches Prämienvolumen im Bereich der Zusatzversicherung auf sich vereinen. Dennoch dürfte die Verhandlungsmacht aufgrund der auf der Nachfragerseite für Zusatzversicherungsleistungen stärker zersplitterten Marktstruktur eher auf der Seite der neuen Spitalgruppe liegen, da der räumlich relevante Markt auf die Region nördlich des Jura abzugrenzen ist (vgl. Abb. 1).

79 Zwecks besserer Vergleichbarkeit werden die Fallkosten auf die Fallschwere = 1 normiert, da ansonsten in der Zusatzversicherung abgerechnete schwere erkrankte Fälle die Kosten in die Höhe treiben könnten.

### Abb. 3 Verhandlungsstruktur in der Zusatzversicherung<sup>80</sup>

[...]

147. Bereits im Fall Kanton Luzern wurde die Möglichkeit der Krankenversicherer, ein sogenanntes Unterverversicherungsprinzip einzuführen, ins Feld geführt.<sup>81</sup> Bei diesem deckt der Krankenzusatzversicherer nur einen Teil der Kosten eines Leistungserbringers und der zusatzversicherte Patient müsste einen Teil selber tragen. Obwohl der Leistungserbringer damit einen Nachteil im Wettbewerb gegenüber seinen Konkurrenten erleiden würde, dürfte die Einführung dieses Prinzips für den Krankenversicherer mit einem zu hohen Risiko auf der Kundenseite einhergehen, weshalb diese Strategie (1) nur für sehr grosse Krankenkassen in Frage kommen kann und (2) mit dem Risiko der Kundenabwanderung verbunden ist.<sup>82</sup>

148. Für die Krankenversicherer besteht die Möglichkeit der gemeinsamen Verhandlungen zum Aufbau einer Gegenmacht (Countervailing Power) gegenüber den Spitälern. Solche gemeinsamen Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn die in der Untersuchung im Fall Kanton Luzern formulierten Voraussetzungen eingehalten werden.<sup>83</sup>

149. Dazu kommt, dass die meldenden Parteien im Zusatzversicherungsbereich stärkeren überregionalen Mitbewerbern gegenüberstehen, so dass die Versicherer auf diese ausweichen könnten.

## IV. Zwischenergebnis

150. Im **Grund- und Zusatzversicherungsbereich** wird die neue Spitalgruppe eine stärkere Marktstellung erhalten. Es bestehen allerdings zahlreiche gesetzliche Vorschriften mit Auswirkungen auf beide Bereiche, welche es fraglich erscheinen lassen, ob ein Unternehmen überhaupt eine Stellung erlangen kann, welche ihm die Beseitigung des Wettbewerbs erlauben könnte. Werden Vorgaben wie das enge regulatorische Korsett des KVG,

das streng reglementierte Benchmarking durch Swiss-DRG sowie die vorherrschenden und möglichen Einkaufsgemeinschaften der Versicherungen und dem daraus resultierenden beschränkten Spielraum bei der Tarifsetzung, berücksichtigt, so erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Stellung führt, welche wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigen könnte.

## B.4.2 Markt für Rehabilitation

### B.4.2.1 Sachlich relevanter Markt

151. 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).

152. Die meldenden Unternehmen machen geltend, dass die Rehabilitation und die Altersmedizin ausserhalb des Marktes für akutsomatische Spitaldienstleistungen anzusiedeln seien.<sup>84</sup> Dabei stützt sich die Argumentation auf die Beschlussbegründung des Bundeskartellamts im Zusammenschluss – *Kliniken des Main-Taunus-Kreises GmbH / Klinikum Frankfurt Höchst GmbH*.<sup>85</sup> Bereits zu einem früheren Zeitpunkt hat sich das Bundeskartellamt im Fall *Rhön-Klinikum AG, Krankenhaus Eisenhüttenstadt GmbH / Stadt Eisenhüttenstadt*<sup>86</sup> mit der sachlichen Abgrenzung von Rehabilitationseinrichtungen befasst. Hauptargument für eine separate Abgrenzung des Marktes für Rehabilitationen ist der unterschiedliche Zweck der Behandlungen. Während die Behandlung in einem Krankenhaus der Bekämpfung von Krankheiten diene, gehe es bei der Rehabilitation darum, den Folgen von Krankheiten vorzubeugen resp. den Patienten den Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt zu erleichtern, weshalb die beiden Behandlungsarten aus Sicht der Patienten nicht als Substitute angesehen werden könnten.

153. Als weiteres Argument für eine separate sachliche Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt die unterschiedliche sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Rehabilitation und des Akutbereichs ins Feld geführt, wobei nach dem Deutschen Sozialgesetzbuch (SGB)

<sup>80</sup> Abb. 3 zeigt zur Verdeutlichung die Proportionen (approximiert am schweizweit verhandelten VVG Prämienvolumen) der verschiedenen Verhandlungspartner des KBSL / USB in der Zusatzversicherung. Abb. 3 dient der Illustration und es wurden die schweizweiten gebuchten Prämien des Jahres 2015 als Vergleichsbasis herangezogen (die gebuchten Prämien nördlich des Jura sind nicht ohne weiteres verfügbar) und der Kreisradius der Versicherungsgesellschaften proportional zu den gebuchten Prämien in der Zusatzversicherung vergrössert resp. verkleinert.

<sup>81</sup> RPW 2008/3, 569 Rz 136 2. *Spiegelstrich* sowie Rz 137.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2008/4, 569 Rz 137.

<sup>83</sup> Vgl. RPW 2008/4, 591 Rz 233, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

<sup>84</sup> Meldung Rz 78.

<sup>85</sup> Vgl. BKartA Beschl. vom 27. Mai 2013, B 3 – 86101 – *Kliniken des Main-Taunus-Kreises GmbH / Klinikum Frankfurt-Höchst GmbH*, Rz 18.

<sup>86</sup> Vgl. B 10 – 109/04.

der Akut- und Rehabilitationsbereich sozialversicherungsrechtlich strikt getrennt werden und ein Krankenhaus in Deutschland keine Rehabilitationsleistungen abrechnen kann.<sup>87</sup> Zulässig wären nach dem Deutschen Gesetz lediglich räumlich und organisatorisch abgegrenzte Rehabilitationseinrichtungen im Umfeld von Krankenhäusern.

154. Das deutsche Gesetz (Paragraph 107 SGB V) unterscheidet dementsprechend zwischen Krankenhäusern (Abs. 1) und zwischen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, was entsprechende Auswirkungen auf die Abrechnung und Vergütung der verschiedenen Leistungsarten nach sich zieht.

155. Das Schweizer Gesetz (Art. 39 Abs. 1 KVG) definiert die Spitäler als „Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten **oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (...)**“. Im Unterschied zur Definition eines Krankenhauses ist der Schweizer Spitalbegriff damit breiter gefasst, weil stationäre Massnahmen der medizinischen Rehabilitation in einem Spital erbracht werden können, währendem in Deutschland diese nicht mehr in einem Krankenhaus sondern in einer Rehabilitationseinrichtung erbracht werden müssen. Dennoch wird auch in der Schweiz die Rehabilitation anders abgerechnet als die akutsomatischen Spitaldienstleistungen (vgl. Rz 49). Die Substituierbarkeit ist jedoch aus Sicht der Marktgegenseite (i.e. des Patienten) zu analysieren, wobei, wie in Rz 152 bereits angeführt, die Rehabilitation nicht der Bekämpfung und Behandlung von Krankheiten oder Unfällen dient, sondern die Folgen von Krankheiten und Unfällen zu behandeln und die Wiedererlangung der körperlichen und geistigen Fähigkeiten bestmöglich zu erleichtern. In Anlehnung an Art. 39 Abs. 1 KVG gilt es deshalb einerseits die medizinische Rehabilitation von einer Erholungskur zu unterscheiden und andererseits die stationäre von der ambulanten Rehabilitation abzugrenzen.

156. Bei der Abgrenzung zwischen der medizinischen Rehabilitation und der Erholungskur ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär auf die Zielsetzung der Massnahmen abzustellen. Bei der medizinischen Rehabilitation stehen medizinische Behandlungen im Vordergrund, währendem bei der Erholungskur keine besondere Pflege- und Behandlungsbedürftigkeit besteht.<sup>88</sup> Da diese Leistungen von den Kostenträgern (zu jeweils unterschiedlichen) Tarifen vergütet werden **müssen**, kann hier nicht die Substituierbarkeit aus Sicht des Patienten als Kriterium im Vordergrund stehen, sondern vielmehr die medizinische Notwendigkeit von Rehabilitationsmassnahmen.

157. Für die Abgrenzung der stationären von der ambulanten Rehabilitation gilt das in Rz 79 Erwähnte analog. Wiederum stehen die medizinische Notwendigkeit und der Behandlungszweck im Zentrum, um zu bestimmen, ob ein Aufenthalt in einem Akutspital notwendig ist, oder ob eine ambulante Massnahme die gleiche medizinische Wirkung hätte entfalten können.<sup>89</sup>

158. **Zwischenfazit:** Ausgehend von den obigen Überlegungen sowie dem gesetzlichen Rahmen in Art. 39 Abs. 1 KVG ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem sachlichen **Markt**

**für stationäre Massnahmen bei der medizinischen Rehabilitation auszugehen.**

#### B.4.2.2 Räumlich relevanter Markt

159. 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).

160. Grundsätzlich kann auf die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung unter B.4.1.3 bei den akutstationären Spitaldienstleistungen verwiesen werden. Bei der genaueren Analyse der Patientenströme wird klar, dass die Patientenabwanderungsquote in den Kanton Aargau nicht unerheblich ist. So haben sich zwischen 2011 und 2013 rund 12.5 % der Patienten des Kantons Basel-Stadt im Aargau behandeln lassen. Beim Kanton Basel-Landschaft beträgt diese Abwanderungsquote in den Aargau 31-32 %. Die Patientenzuwanderungsquote vom Aargau in diese beiden Halbkantone liegt im tiefen einstelligen Prozentbereich für die Jahre 2011 - 2013. Dementsprechend sind die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft starke Importeure für Gesundheitsdienstleistungen im Bereich der Rehabilitation, währenddem kaum Patienten von ausserhalb die beiden Kantone für Rehabilitationsdienstleistungen aufsuchen.

**Zwischenfazit:** Der räumliche Markt für Rehabilitation ist auf die Region „nördlich des Juras“ abzugrenzen. Hierzu wird auf die Ausführungen unter B.4.1.3 verwiesen.

#### B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

161. Ausgehend von den Pflegetagen betragen die gemeinsamen Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbesitz im Bereich der Rehabilitation [30-40] %. Nach dem geplanten Vollzug des Zusammenschlussvorhabens besteht jedoch keine gemeinsame Trägerschaft für das Felix Platter-Spital, welches als einziges öffentliches Spital im Kanton Basel-Stadt in der Rehabilitation tätig ist. Dieses verbleibt als Beteiligung alleine beim Kanton Basel-Stadt. Der Markt für Rehabilitation ist deshalb kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, da von den meldenden Unternehmen nur das KSBL mit einem Marktanteil von [10-20] % (vgl. Tabelle 8) in der Rehabilitation eine Geschäftsaktivität aufweist.

162. Da die Rehabilitation jedoch enge Bezüge zu den klinischen Bereichen (insb. der Orthopädie) sowie abgestimmte Behandlungspfade aufweist, werden vorliegend die Wettbewerbseffekte des Zusammenschlussvorhabens untersucht.

<sup>87</sup> Vgl. B 10 – 109/04, Rz 71.

<sup>88</sup> BGE 126 V 323 S. 327.

<sup>89</sup> BGE 120 V 200 S. 206.

**Tabelle 8: Marktanteile Rehabilitation 2013**

| KT | Spital   | Pflegetage     | Marktanteil     |
|----|--|----------------|-----------------|
| BS | Felix Platter-Spital                                 | [...]          | [20-30]%        |
| BL | Kantonsspital Baselland                              | [...]          | [10-20]%        |
|    | <b>Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbesitz</b> |                | <b>[30-40]%</b> |
| BS | Reha Chrischona                                      | [...]          | [10-20]%        |
| BS | Adullam Stiftung Basel                               | [...]          | [10-20]%        |
| AG | Reha Rheinfelden                                     | [...]          | [10-20]%        |
| BS | REHAB Basel  | [...]          | [5-10]%         |
| BS | Bethesda Spital AG                                   | [...]          | [0-5]%          |
| AG | Klinik Barmelweid                                    | [...]          | [0-5]%          |
| AG | Rehaklinik Salina                                    | [...]          | [0-5]%          |
| JU | Clinique Le Noirmont                                 | [...]          | [0-5]%          |
| AG | Rehaklinik Bellikon                                  | [...]          | [0-5]%          |
| AG | RehaClinic   | [...]          | [0-5]%          |
|    | Andere   | [...]          | [0-5]%          |
|    | <b>Marktanteile Konkurrenten</b>                     |                | <b>[60-70]%</b> |
|    |  |                |                 |
|    | <b>Total Pflegetage</b>                              | <b>186'834</b> | <b>100.00%</b>  |

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats.

163. Gemessen an den Pflegetagen sind im Marktgebiet drei weitere Wettbewerber tätig, welche bei der Rehabilitation Marktanteile von über 10 % aufweisen. Inwiefern diese eine disziplinierende Wirkung auf die Unternehmen in Kantonsbesitz entfalten können, kann offen bleiben, da bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben umfassende und detaillierte Kooperationsvereinbarungen zwischen dem KSBL und dem USB bestehen, welche in den folgenden Randziffern beschrieben werden.

164. [...]

165. [...]

166. Anhand der beschriebenen Kooperation des KSBL und des USB wird ersichtlich, dass bereits vor der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens (1) ein regelmässiger detaillierter Austausch über das Leistungsangebot im Bereich der Orthopädie und Rehabilitation stattfindet, (2) die Einhaltung dieser Vereinbarungen regelmässig überprüft wird und (3) diese Auswirkungen auf Leistungsanbieter, welche nicht Teil dieser Kooperation sind, haben. Dementsprechend liegt bereits durch die Regelung in Art. 39 Abs. 2 KVG bereits vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens (via spezialgesetzlicher AG) eine Vereinbarung vor. Die einzelnen Organisationskörper, welche die Kooperation steuern und überwachen (i.e. die Steuerungsgruppe) sind – analog einer Aktiengesellschaft – in die beiden Ebenen Strategie sowie Ausführungsebene unterteilt.

167. **Zwischenfazit:** Durch die Veränderung der Kooperation von einer vertraglichen Grundlage hin zu einem gesellschaftsrechtlichen Kleid sind im Bereich der **Rehabilitation** keine Wettbewerbswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben ersichtlich, zumal das Felix

Platter Spital nicht in das Gemeinschaftsunternehmen überführt wird. [...]. Insofern sind im Bereich der Rehabilitation bei einem Zusammenschluss keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, welche zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen könnten.

#### **B.4.3 Markt für quantitative Bildanalysedienstleistungen im Bereich der Multiple Sklerose-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen**

168. Die meldenden Unternehmen gehen von einem Markt für quantitative Bildanalysedienstleistungen im Bereich der Multiplen Sklerose (nachfolgend: „MS“-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen) aus. Dabei handelt es sich um die von der MIAC AG erbrachten Dienstleistungen. Namentlich umfassen diese Dienstleistungen die Validierung neuer Untersuchungsmethoden, die Erhebung, Auswertung und Verknüpfung von klinischen Daten, sowie Second Opinion-Beurteilungen auf dem Gebiet der Neuroradiologie, insbesondere in den Bereichen der MS sowie anderer degenerativer Erkrankungen. Die Tätigkeit umfasst die Auswertung radiologischer Aufnahmen (MR-Aufnahmen). Dabei geht es primär um die Bildanalyse zur Wirkungsbestimmung von Medikamenten im Bereich der MS-Forschung. Nachgefragt werden die Leistungen von global tätigen Pharma-Unternehmen zum Zwecke der klinischen Forschung. Entsprechend grenzen die Parteien den Markt weltweit ab. Für die Zwecke der vorliegenden Prüfung kann die sachliche und räumliche Marktabgrenzung jedoch offen bleiben, da der Zusammenschluss nichts an der Wettbewerbssituation ändert, wie sogleich aufgezeigt wird.

169. [...]. Bei dem beschriebenen Markt handelt es sich folglich um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Da jedoch der Kanton Basel-Landschaft auf diesem Markt nicht tätig ist, findet keine Marktanteilsaddition statt. Der Kanton Basel-Landschaft ist gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen zudem nicht auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig. Des Weiteren plant er keinen Eintritt in diesen Markt oder hat diese Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt. Ausserdem verfügt er über keine geistigen Eigentumsrechte auf diesem Markt und ist nicht auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig. Zusammenfassend ändert der Zusammenschluss die Wettbewerbssituation auf dem Markt für quantitative Bildanalysedienstleistungen im Bereich der MS-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen daher nicht, weshalb auf weitere Ausführungen im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung verzichtet werden kann.

170. **Zwischenfazit:** Im Markt für quantitative Bildanalysedienstleistungen ist aufgrund des Zusammenschluss-

vorhabens von keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse auszugehen.

## B.5 Ergebnis

171. Die WEKO kommt zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben 41-0820 Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland in der gemeldeten Form ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen werden kann, da die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht erfüllt sind.

172. Sollte sich das Zusammenschlussvorhaben in einem wesentlichen Punkt verändern, welcher im Einflussbereich der Parteien liegt, so wäre die WEKO davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen und gegebenenfalls das Zusammenschlussvorhaben neu zu melden. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn wesentliche Parameter des Zusammenschlussvorhabens angepasst würden (z.B. bei einem Einbezug der Psychiatrie) oder wenn die Parteien wesentliche Änderungen an den Marktverhältnissen herbeiführen würden (z.B. der Kauf eines Privatspitals).

|       |  |
|-------|--|
| B 2   | <b>7. Stellungnahmen</b><br>Préavis<br>Preavvisi                                   |
| B 2.7 | <b>1. Stellungnahme zum Entwurf eines neuen Gesetzes über elektronische Medien</b> |

## A Grundsätzliche Anmerkungen

Bei der Beurteilung von Gesetzes- oder Verordnungsänderungen orientieren sich die WEKO und ihr Sekretariat an der Prämisse, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass regulatorische Eingriffe nicht ohne zwingende Erfordernisse erlassen werden sollten, und falls solche notwendig sind, diese in keiner Weise einzelne Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

Aus ordnungspolitischer Sicht sind regulatorische Eingriffe grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn ein Marktversagen vorliegt und der regulatorische Eingriff zu einer Verbesserung der Situation führt. Marktversagen liegt typischerweise bei Externalitäten, monopolistischen Engpässen, öffentlichen Gütern (einschliesslich meritischen Gütern) und im Zusammenhang mit Informationsasymmetrien vor.

Gerade im Radio- und Fernsehbereich verändert sich das Potenzial für Marktversagen im Zuge des technologischen Wandels stetig, sodass die Frage nach der Notwendigkeit regulatorischer Eingriffe in diesem Bereich kontinuierlich und auch in Abhängigkeit der technischen und gesamtmedialen Entwicklungen neu gestellt und beantwortet werden sollte. Hierbei sollte insbesondere die Frage aufgeworfen werden, ob im Bereich des Journalismus, der Informationen zum Inhalt hat, grundsätzlich Regulierungsbedarf besteht.

Der erläuternde Bericht führt als Begründung für die Regulierung das veränderte Nutzungsverhalten an, wonach es heute notwendig sei, den Service public auf elektronische Medien auszudehnen. Derzeit bestehen in der Schweiz verschiedene Medienunternehmen, die qualitativ hochwertige journalistische Leistungen erbringen, und es ist nicht damit zu rechnen, dass diese in den nächsten Jahren vom Markt verschwinden werden. Zudem bestehen investigative Recherchenetzwerke. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern hinsichtlich qualitativer journalistischer Informationsleistungen überhaupt ein Marktversagen vorliegt. Unter Berücksichtigung dieser Rahmenbedingungen sollte daher aufgezeigt werden, inwiefern hinsichtlich Qualitätsjournalismus, der insbesondere text- und bildbasierte Informationen umfasst, überhaupt ein Marktversagen vorliegt. Erst wenn ein solches Marktversagen identifiziert werden kann, stellt sich die Frage, wie die aktuelle bzw. die gewählte Regulierung dieses Marktversagen tatsächlich auf die effizienteste Weise kompensiert.

Mit dem Bundesgesetz über elektronische Medien (nachfolgend: E-GeM) soll auf der einen Seite der Leistungsauftrag der SRG und auf der anderen Seite mögliche Leistungsaufträge anderer Medienanbieterinnen festgelegt werden. Zudem sollen die schweizerischen Fernsehprogramme reguliert werden. Hierbei sieht das E-GeM sowohl in den Bereichen Radio und Fernsehen als auch im Bereich elektronischer Medien einen umfassenden Leistungsauftrag für die SRG und eine Ausweitung des Leistungsauftrags anderer Medienanbieterinnen vor.

Die jetzige Ausgestaltung des E-GeM sieht eine erhebliche Ausweitung des Leistungsauftrages vor, die nach Meinung der WEKO auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen ist. Nach der bisherigen Meinung ist nur die Nutzung von elektronischen Medien zur Übertragung von Radio- und Fernsehinhalten von dem in Art. 93 Abs. 2 BV verankerten Programmauftrag gedeckt. Mit dem Gesetzesentwurf wird allerdings angestrebt, den Leistungsauftrag auf Inhalte, die für elektronische Medien produziert werden, auszuweiten, ohne dies klar zu deklarieren. Da aus Sicht der WEKO die verfassungsmässige Grundlage fraglich ist, wäre – falls dies politisch gewünscht ist – zu prüfen, ob ein Leistungsauftrag, der über die Bereiche Radio und TV (unter Nutzung der elektronischen Medien als Übertragungskanal) hinausgeht, von Art. 93 BV gedeckt ist und allenfalls eine entsprechende Verfassungsgrundlage zu schaffen.

So wird im E-GeM und im erläuternden Bericht nicht klar unterschieden, welche Leistungen neben Radio und Fernsehen zusätzlich gefördert werden sollen. Die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere hinsichtlich elektronischer Medien, sind so unklar umschrieben, dass sogar eine generelle Presseförderung im Online-Bereich möglich wäre. Insbesondere im Bereich der text- und bildbasierten elektronischen Medien stellt sich umso mehr die Frage, ob hier überhaupt ein Marktversagen vorliegt, welches einen regulatorischen Eingriff rechtfertigt. Die WEKO fordert daher insbesondere für die im 6. Titel: „Indirekte Medienförderung“ geplanten regulatorischen Eingriffe eine vertiefte empirische Untersuchung zur Erörterung eines allfälligen Marktversagens. Aus Sicht der WEKO kann der Regulierungsbedarf erst abgeschätzt werden, wenn eine solche Untersuchung stattgefunden hat. Aus heutiger Sicht erscheint es allerdings unwahrscheinlich, dass überhaupt ein Marktversagen vorliegt, welches aus wettbewerblicher Sicht eine Regulierung in diesem Bereich rechtfertigen würde.

## B Grundsätzliche Mängel des E-GeM

In der vorgestellten Gesetzeskonzeption sieht die WEKO drei grundsätzliche Mängel:

1. Für die im E-GeM vorgesehene indirekte Medienförderung, die über eine mögliche Förderung von Radio und Fernsehen hinausgeht, ist zu prüfen ob Art. 93 BV eine ausreichende verfassungsmässige Grundlage darstellt. Allenfalls ist eine Änderung von Art. 93 BV zu prüfen.
2. Die Inhalte der Leistungsaufträge an die SRG und an weitere Medienanbieterinnen werden so weit gefasst, dass auch ausserhalb der Bereiche Radio und Fernsehen das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen besteht.
3. In den einzelnen Artikeln E-GeM wird oft nicht klar, welche Förderung sich lediglich auf den Radio- und Fernsehbereich bezieht und welche Förderung darüber hinaus im Bereich der elektronischen Medien (text- und bildbasierte elektronische Medien) möglich sein soll.

### B.1 Fehlende Verfassungsgrundlage für Angebote ausserhalb des Radio- und Fernsehbereichs

Das E-GeM ermöglicht Leistungsvereinbarungen für Medienangebote, die im Wesentlichen aus Audiobeiträgen und audiovisuellen Beiträgen (Art. 21 Abs. 2 E-GeM, Art. 46 Abs. 1 Bst. b E-GeM) bestehen. Zudem sehen Art. 71 ff. E-GeM die finanzielle Unterstützung von Aus- und Weiterbildungsinstitutionen, von Selbstregulierungsorganisationen, von Nachrichtenagenturen und die Entwicklung innovativer IT-Lösungen ohne jegliche Einschränkungen auf den Bereich Radio und Fernsehen vor.

E contrario sieht das E-GeM daher vor, dass auch Leistungsvereinbarungen mit Anbieterinnen von Online-Medien für Medienbeiträge abgeschlossen werden können, die keine Audiobeiträge oder audiovisuelle Beiträge sind bzw. die nicht mit Radio und Fernsehen in Verbindung stehen. Hierbei handelt es sich insbesondere um rein text- und/oder bildbasierte elektronische Medienbeiträge (bspw. Online-Beiträge einer Zeitung).

Das Sekretariat und die WEKO haben in vergangenen Stellungnahmen im Rahmen von Ämterkonsultationen und Vernehmlassungsverfahren zur neuen SRG-Konzession und zum E-GeM die verfassungsrechtliche Grundlage für mediale Leistungsaufträge im Online-Bereich (inkl. jene der SRG) problematisiert. Sie haben beantragt, umfassend zu klären, ob eine ausreichende Verfassungsgrundlage besteht, um Online-Angebote, die über die Bereiche Radio und Fernsehen hinausgehen, zu fördern.<sup>1</sup>

Die WEKO ist der Auffassung, dass in Art. 93 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) lediglich die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Sinne von Art. 3 BV geregelt wird. Somit würde Art. 93 Abs. 1 BV nicht ausreichen, um hieraus einen Leistungsauftrag des Staates abzuleiten.

Lediglich aus Art. 93 Abs. 2 BV kann aus Sicht der WEKO ein inhaltlicher Programm- bzw. ein Leistungsauftrag abgeleitet werden. Daher ist aus gesetzgeberischer

Sicht im Beschluss der Bundesversammlung in jedem Fall auch auf Art. 93 Abs. 2 BV zu verweisen. Allerdings bezieht sich Art. 93 Abs. 2 BV lediglich auf Radio und Fernsehen, so dass fraglich ist, ob hieraus ein inhaltlicher Programm- und Leistungsauftrag für den Bereich der übrigen elektronischen Medien abgeleitet werden kann. Die WEKO beantragt daher, die Verfassungsgrundlage für die Ausweitung des Leistungsauftrags über die Bereiche Radio und Fernsehen hinaus zu prüfen.

Hinsichtlich des Leistungsauftrages der SRG ist sich die WEKO bewusst, dass meritorische Inhalte von kommerziell ausgerichteten Medienunternehmen in einem zu kleinen Mass hergestellt werden. Für das Funktionieren einer direkten Demokratie kann daher ein regulatorisches Eingreifen der öffentlichen Hand notwendig sein, um die Versorgung der Gesamtgesellschaft mit qualitativ hochstehenden und gesellschafts- sowie demokratierelevanten meritorischen Radio- und TV-Angeboten auch im Bereich der elektronischen Medien sicherzustellen, sofern der Markt diese Inhalte nicht in ausreichendem Masse bereitstellt.

Die Erläuterungen in Kapitel 7.1 des erläuternden Berichts zum E-GeM erscheinen zur Klärung der Frage, ob eine ausreichende Verfassungsgrundlage besteht, nicht ausreichend. Dazu kommt, dass auch in der Lehre ein Programmauftrag bei anderen Formaten der elektronischen Massenkommunikation (wie bspw. online) umstritten ist.<sup>2</sup>

Die WEKO betont, dass sie nicht grundsätzlich gegen Leistungsaufträge im Online/Digital-Bereich ist, falls sich solche aufgrund eines Marktversagens rechtfertigen. Sie erachtet allerdings die aktuelle Verfassungsgrundlage dazu als problematisch. Nach Auffassung der WEKO wären für die Ausdehnung des Leistungs- und Programmauftrags auf sämtliche elektronischen Medien eine Verfassungsänderung und eine entsprechend breite politische und gesellschaftliche Diskussion vorzugswürdig. Idealerweise würde dabei nach Ansicht der WEKO der Blick – technologieneutral und unabhängig vom Übertragungsmedium – auf das Mediensystem als Ganzes gerichtet und bei der Formulierung des Leistungsauftrages darauf geachtet, dass Umfang und Qualität klar definiert werden und sich darin beschränken, nur ein allfällig festzustellendes Marktversagen für diese Inhalte gezielt zu korrigieren.

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme der WEKO zur neuen SRG-Konzession vom 12. März 2018 („Stellungnahme der WEKO zur neuen SRG Konzession 12.03.2018“) und die beigelegte Stellungnahme des Sekretariats vom 29. März 2018 zum GeM im Rahmen des Ämterkonsultationsverfahrens („Stellungnahme Sekretariat AeK GeM 29.03.2018“ und „Rückmeldung BAKOM zur Stellungnahme Sekretariat AeK GeM 29.03.2018“).

<sup>2</sup> Vgl. bspw. Peter Hettich und Mark Schelker (2016), „Medien im digitalen Zeitalter – Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht“, 2016, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, Abschnitt 3.2.4, S. 112 ff., mit weiteren Verweisen.

Sollte hingegen die aktuelle Verfassungsgrundlage – nach umfassender Klärung und Erläuterung – für den Beschluss des vorliegenden Gesetzes als ausreichend angesehen werden, dann kommt dieses der aus Sicht der WEKO erwünschten Technologieneutralität und Unabhängigkeit vom Übertragungsmedium zumindest insofern einen Schritt entgegen, als dass nunmehr auch der Online-Bereich – nebst Radio und Fernsehen – als Service public-relevanter Übertragungskanal in Frage kommt. Die WEKO möchte dies nicht mit einer mengenmässigen Leistungsausweitung gleichsetzen. Begrüsszt wird lediglich die technische Neutralität insofern, als dass alle Kanäle für die Leistungserbringung eingesetzt werden können.

Aus diesen Gründen stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt, die Leistungsaufträge an die SRG und andere Medienanbieterinnen mit der Verfassungsgrundlage (aktuell beschränkt auf Radio oder Fernsehen) in Übereinstimmung zu bringen.

## **B.2 Abgrenzung der verschiedenen Medienbeiträge**

Das E-GeM definiert unter dem Zweckartikel Art. 1 elektronische Medien als Medienangebote, die fernmelde-technisch übertragen werden und für die Allgemeinheit bestimmt sind.

In Art. 4 E-GeM werden zudem Medienbeiträge, Medienangebote, lineare Medienangebote, nicht lineare Medienangebote, Fernsehprogramme und Radioprogramme definiert.

So schliessen insbesondere die Begriffe Medienbeiträge und Medienangebote neben Radio- und Fernsehbeiträgen auch text- und bildbasierte Beiträge mit ein. Soweit daher diese Begriffe, was Leistungs- und Programmaufträge anbelangt, nicht in den jeweiligen Gesetzesartikeln auf die Bereiche Radio und Fernsehen (sprich Audiobeiträge und audiovisuelle Beiträge) begrenzt werden, sind solche verfassungsrechtlich problematisch (vgl. auch den vorangehenden Abschnitt B.1).

In der derzeitigen Ausgestaltung des E-GeM wird in vielen Gesetzesartikeln, die Programm- und Leistungsaufträge beinhalten, auf die Begriffe Medienbeiträge und Medienangebote verwiesen, ohne dass hierbei eine Einschränkung auf die Bereiche Radio und Fernsehen (bzw. Audiobeiträge und audiovisuelle Beiträge) vorgenommen wird. Dies bedeutet aber nichts Anderes, dass mit dem E-GeM auch beispielsweise Leistungsbeiträge an Prinntitel zur Finanzierung von Beiträgen auf ihren Webseiten nicht ausgeschlossen sind. In einem solchen Fall wäre es – unabhängig von der Frage der Verfassungsgrundlage – auch technisch zudem schwierig, eine strikte Trennung zwischen Print- und Digitalausgaben sicherzustellen. Das E-GeM würde auf diese Weise zu einem allgemeinen Gesetz zur Presseförderung werden, was mit den geltenden Verfassungsbestimmungen und auch volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen ist.

Einzelne elektronische Medienbeiträge (bspw. Texte auf Webseiten) sollen nach Ansicht der WEKO nur dann leistungsbegünstigt sein, wenn sie einzelne Medienbei-

träge im Radio oder Fernsehen ergänzen, in informationeller Hinsicht unterstützen und sich auf diese beziehen.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, was mit den Begriffen „publizistisches Angebot“ unter Art. 52 E-GeM betreffend die Kriterien für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und „Informationsleistung“ unter Art. 46 E-GeM genau gemeint ist, und wie ersterer zu den Begriffen „Medienbeitrag“ und „Medienangebot“ in Beziehung steht.

Aus diesen Gründen stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt hinsichtlich möglicher Programm- und Leistungsaufträge eine trennscharfe begriffliche Abgrenzung, so dass aus dem E-GeM eindeutig hervorgeht, dass Programm- und Leistungsaufträge nur im Zusammenhang mit Radio und Fernsehen (bzw. Audiobeiträge und audiovisuellen Beiträgen) gewährt werden können. In dem Umfang in welchem auch text- und/oder bildbasierte Beiträge gefördert werden sollen, muss sich eine solche Förderung auf die Ergänzung und informationelle Unterstützung von Radio- und Fernsehbeiträgen beziehen. In keinem Fall dürften text- und/oder bildbasierte Beiträge eigenständig gefördert werden.

## **C Indirekte Medienförderung**

Der 6. Titel des E-GeM (Art. 71 ff. E-GeM) betrifft die indirekte Medienförderung (Förderung von Institutionen für die Aus- und Weiterbildung von Medienschaffenden, von Selbstregulierungsorganisationen der elektronischen Medien, von Nachrichtenagenturen und die Unterstützung von innovativen IT-Lösungen). Diese soll aus dem Ertrag der Medienabgabe finanziert werden. In der derzeitigen Ausgestaltung des E-GeM ist nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Förderung nur für die Bereiche Radio und Fernsehen möglich ist.

### **C.1 Innovative IT-Lösungen**

Art. 74 E-GeM sieht vor, dass die KOMEM die Entwicklung und, zeitlich begrenzt, den Betrieb innovativer digitaler Infrastrukturen unterstützen kann (Art. 74 Abs. 1 E-GeM).

Es ist nicht ersichtlich, wieso vor dem Hintergrund der Digitalisierung, mit welcher (nahezu) alle (regulierten und nicht bzw. weniger regulierten) Wirtschaftsbranchen konfrontiert sind, speziell für den Medienbereich eine sektorielle „Unterstützung der Entwicklung und/oder des Betriebs innovativer digitaler Infrastrukturen“ notwendig ist, die über die Finanzierung von Leistungsaufträgen im Bereich Radio und Fernsehen hinausgeht. Zudem ist nicht dargelegt, dass in diesem Bereich ein staatlicher Eingriff aufgrund eines Marktversagens notwendig ist.

Die WEKO stellt daher den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt die Streichung von Art. 74 E-GeM betreffend die Unterstützung von innovativen IT-Lösungen.

### **C.2 Zu den Vergabekriterien**

Gemäss Art. 71 ff. E-GeM kann die KOMEM die oben genannten Institutionen, Organisationen und Agenturen finanziell unterstützen. Die Förderbeiträge würden auf

Gesuch hin ausgerichtet und dabei die folgenden Kriterien berücksichtigt:

- Für Aus- und Weiterbildungsinstitutionen: Das Kursangebot muss sich an Medienschaffende elektronischer Medien richten (Art. 71 Abs. 2 E-GeM).
- Für Selbstregulierungsorganisationen der elektronischen Medien: Die Organisationen müssen die Qualität der Angebote im schweizerischen Journalismus fördern (Art. 72 Abs. 2 E-GeM).
- Für Nachrichtenagenturen: Deren Tätigkeit müsse in der Grundversorgung elektronischer Medien mit Informationen bestehen (Art. 73 Abs. 2 E-GeM).

Für die WEKO ist nicht ersichtlich, ob und inwiefern die neu vorgesehene Förderung von Selbstregulierungsorganisationen und Nachrichtenagenturen notwendig ist und ob ein allfälliger Bedarf nicht schon durch den Markt finanziert wird.

Mit der expliziten Nennung der Förderung von Nachrichtenorganisationen soll offensichtlich eine gesetzliche Grundlage zur Förderung der Schweizerischen Depeschagentur geschaffen werden. Sofern diese auch Leistungen für Medien ausserhalb des Radio- und Fernsehbereichs erbringen soll, ist fraglich, ob dazu eine verfassungsmässige Grundlage besteht (siehe Abschnitt B.1). Aber auch bei der expliziten Einschränkung auf den Radio- und Fernsehbereich besteht die Gefahr von Quersubventionierungen für den Fall, dass auch noch andere Medien von deren Dienstleistungen – direkt oder indirekt – profitieren sollten. Dasselbe gilt für die anderen indirekten Medienförderungsmassnahmen (Aus- und Weiterbildungsinstitutionen und Selbstregulierungsorganisationen).

Zudem ist nach Ansicht der WEKO mit den genannten Kriterien und der Gewährung von Beiträgen auf Gesuch hin nicht sichergestellt, dass die Leistungsbeiträge auch im Sinne einer kosteneffizienten Vergabe ausgerichtet werden.

Vor diesem Hintergrund stellt die WEKO die folgenden Anträge:

Die WEKO beantragt, dass die Leistungsvereinbarungen bei einem gegebenem Bedarf, der nicht schon durch den Markt finanziert wird, ausgeschrieben und nach einem marktnahen, auf Kriterien eines effizienten Betriebs beruhenden Mechanismus, vergeben werden müssen.

Die WEKO beantragt, dass die möglichen Unterstützungen nach Art. 71, 72 und 73 E-GeM nur für die Bereiche Radio und Fernsehen gewährt werden können. Ein explizites Quersubventionierungsverbot zu anderen Medien ist im Gesetzestext festzuhalten.

### C.3 Zu den gemeinsamen Bestimmungen der indirekten Medienförderung

Gemäss Art. 75 Abs. 1 E-GeM regelt der Bundesrat die Anrechenbarkeit der Kosten und die dafür zu liefernden Nachweise so, dass nur Leistungen zugunsten elektronischer Medien berücksichtigt würden. Damit solle ge-

mäss erläuterndem Bericht eine verfassungsrechtlich unzulässige Förderung der Presse verhindert werden.

Die WEKO ist der Auffassung, dass damit der Gefahr einer wettbewerbsverzerrenden Quersubventionierung zugunsten von Bereichen ausserhalb von Radio und Fernsehen nicht genügend Rechnung getragen wird. Sie stellt daher – wiederum unter dem Vorbehalt, dass keine ausreichende Verfassungsgrundlage für den Online-Bereich gegeben ist – den folgenden Antrag:

Es ist entweder gesetzlich oder auf Verordnungsebene festzulegen und sicherzustellen, dass die Unterstützungsbeiträge nur für Audiobeiträge und audiovisuelle Beiträge im Radio und Fernsehen verwendet werden und explizit festzuhalten, dass keine Quersubventionierung für andere Leistungen der beauftragten Agenturen, Organisationen und Institutionen stattfinden kann.

### D Medienforschung und Statistik

Auch im Hinblick auf die Medienforschung erachtet die WEKO die Verfassungsgrundlage von Art. 93 Abs. 2 BV als einschränkender, als dies in Art. 76 Abs. 1 E-GeM zum Ausdruck kommt.

Zudem ist nach Ansicht der WEKO nicht ersichtlich, wieso eine unabhängige Medienforschung durch den Staat bzw. das BAKOM beauftragt werden soll. Gemäss erläuterndem Bericht ist gerade die enge Anbindung der Medienregulierung an staatliche Behörden aufgrund der verfassungsmässig vorgesehenen Unabhängigkeit der Medien problematisch und mit der KOMEM soll eine unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörde im Medienbereich geschaffen werden.<sup>3</sup> Insofern ist die KOMEM, und nur die KOMEM, auch für Aufträge im Bereich der Medienforschung und Statistik zugunsten von Radio und Fernsehen zuständig.

Aus diesen Gründen und unter dem Vorbehalt, dass keine ausreichende Verfassungsgrundlage für den Online-Bereich gegeben ist (siehe Abschnitt B.1), stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt Art. 76 Abs. 1 E-GeM wie folgt zu ändern: Die KOMEM ~~und das BAKOM können~~ kann Aufträge erteilen und auf Gesuch hin Beiträge für wissenschaftliche Forschungsprojekte gewähren, deren Ergebnisse Hinweise insbesondere auf publizistische, gesellschaftliche, wirtschaftliche und technische Entwicklungen von Radio und Fernsehen liefern und die Auskunft über die publizistischen Leistungen sowie die Nutzung von Radio und Fernsehen geben. Sie stellen die Forschungsergebnisse soweit als möglich der Öffentlichkeit zur Verfügung.

<sup>3</sup> Erläuternder Bericht, S. 16.



## E Medienangebote mit einem Leistungsauftrag

Das E-GeM regelt Leistungsaufträge der SRG und anderer Medienanbieterinnen. Zu den entsprechenden Bestimmungen stellt die WEKO die in den folgenden Abschnitten aufgeführten Anträge.

### E.1 Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG)

#### E.1.1 Grundsätze

Gemäss Art. 21 Abs. 7 E-GeM sollen die Verbreitung und die Form des publizistischen Angebots der SRG darauf ausgerichtet sein, die Zielgruppen auf effiziente und innovative Art zu erreichen.

In Anlehnung an den Antrag der WEKO im Rahmen ihrer Stellungnahme zur neuen SRG-Konzession<sup>4</sup> betreffend die Verpflichtung der SRG zur Entwicklung eines hohen gestalterischen Innovationsangebots und die Möglichkeit zu befristeten Technologieversuchen stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Es ist im E-GeM festzuhalten, dass Dritte von innovativen Publikationsformen des publizistischen Angebots in keiner Form im Nachvollzug bzw. Kopieren und/oder Adaptieren dieser Innovationen eingeschränkt werden.

#### E.1.2 Werbung und Sponsoring in den Medienangeboten der SRG

Gemäss Art. 27 Abs. 2 E-GeM kann der Bundesrat die Werbung und das Sponsoring in den Medienangeboten der SRG einschränken oder verbieten. Dabei berücksichtigt er insbesondere die Entwicklung des Werbemarkts und die Interessen der anderen Medienunternehmen. Dazu hat die WEKO die nachfolgenden Anmerkungen:

##### Anmerkungen:

Mit Art. 27 Abs. 2 E-GeM wird dem Bundesrat grundsätzlich ein diskretionärer Handlungsspielraum mit unspezifischen Grenzen eingeräumt. Dabei entzündet sich eine Grundproblematik, die die WEKO und ihr Sekretariat schon im Rahmen der Stellungnahmen vom 5. Februar 2018<sup>5</sup> bzw. vom 13. September 2017 zur Teilrevision der RTVV<sup>6</sup> vorgebracht haben.

Die WEKO ist der grundsätzlichen Ansicht, dass unter den gegebenen Rahmenbedingungen (die darin bestehen, dass die SRG insbesondere das gebühren- und werbefinanzierte Programm bereitstellt, dass sie den derzeit grössten Marktanteil im TV-Werbemarkt hält und dass sie einen relativ umfassenden Programmauftrag in den Bereichen Bildung, Kultur und Unterhaltung wahrnimmt) Wettbewerbsverzerrungen zwischen privaten Anbietern und der SRG im Werbemarkt auftreten.

Trotzdem ist, falls am Leistungsauftrag der SRG, ein Vollprogramm anzubieten, festgehalten wird, aus Sicht der WEKO von einer (insbesondere zeitlichen oder umsatzmässigen) Beschränkung der grundsätzlich erlaubten Werbetätigkeit für die SRG – insb. auf noch nicht etablierten und sich entwickelnden zielgruppenspezifischen Werbemärkten – abzuweichen. Dies aus den folgenden Gründen:

schon Werbemärkten – abzuweichen. Dies aus den folgenden Gründen:

- Die SRG erzielt mit ihren Programmen eine hohe Reichweite und ist entsprechend attraktiv für Werbetreibende.
- Eine Beschränkung der Werbemöglichkeiten auf SRG-Kanälen kann zu allokativen Ineffizienzen führen, da Werbebudgets aus Sicht der Werbetreibenden – relativ zu diesen Möglichkeiten – suboptimal eingesetzt werden könnten.
- Aus einer dynamischen Perspektive könnte zudem der Innovationsdruck auf Seiten der privaten Anbieter von Werbemöglichkeiten negativ beeinträchtigt werden, da durch den Nicht-Auftritt bzw. eingeschränkten Auftritt der SRG auf den Werbemärkten Wettbewerbsdruck wegfallen könnte.

Diese Ansicht ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die WEKO die Werbefinanzierung der SRG grundsätzlich begrüsst. Denkbar wäre für den Fall, dass der Leistungsauftrag der SRG kein Vollprogramm umfasst, auch ein rein gebührenfinanziertes System, welches sich auf Medienbeiträge bezieht, die nicht schon durch private Akteure am Markt bereitgestellt werden. Dieses würde, nebst der Eliminierung der Wettbewerbsverzerrungen auf den Werbemärkten, die SRG mitunter auch unabhängiger machen und die Kritik an der SRG verringern.

Diese Anmerkungen gelten auch für Art. 38 Abs. 2 E-GeM betreffend die Festlegung durch den Bundesrat eines Maximalbetrages für die kommerziellen Einnahmen der SRG.

#### E.1.3 Zurverfügungstellen von Inhalten

Es ist vorgesehen, dass die SRG weiterhin einen (umfassenden) Leistungsauftrag haben soll und damit auch gegenüber dritten Medienanbieterinnen eine differenzierte Position einnehmen soll. Grundsätzlich erachten wir dies nicht als notwendig. So wäre die Ausschreibung gewisser Leistungen oder die gezielte Unterstützung einzelner Leistungen denkbar, ohne dass die SRG einen speziellen Leistungsauftrag erhalten müsste.

Die WEKO begrüsst die vorgesehene Stossrichtung in die Richtung eines Shared-Content-Modells (Art. 30 E-GeM). Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso davon nur die schweizerischen Medienunternehmen profitieren sollten. Die WEKO stellt daher den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt, dass der potenzielle Nutzerkreis nicht nur auf „schweizerische Medienunternehmen“ begrenzt wird, sondern auch auf die abgabepflichtigen Personen erweitert wird.

<sup>4</sup> Vgl. „Stellungnahme der WEKO zur neuen SRG Konzession 12.03.2018“.

<sup>5</sup> Vgl. „Stellungnahme der WEKO zur Änderung der RTVV 05.02.2018“.

<sup>6</sup> Vgl. „Stellungnahme Sekretariat AeK RTVV Teilrevision 2018 13.09.2017“.

### E.1.4 Genehmigungspflichtige Tätigkeiten

Art. 33 E-GeM sieht vor, dass in der Konzession nicht festgelegte Tätigkeiten der SRG und von ihr beherrschter Unternehmen, welche die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen *erheblich beeinträchtigen* könnten, der Genehmigung durch die KOMEM bedürfen.

Die WEKO ist der Ansicht, dass eine „erhebliche Beeinträchtigung“ zu kurz greift um die verfassungsrechtlich verlangte Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe von anderen Medienunternehmen zu begrenzen. Eine „erhebliche Beeinträchtigung“ kann auch dahingehend interpretiert werden, dass andere Medienunternehmen in ihrer Existenz bedroht sein müssten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine staatliche Regulierung lediglich Marktversagen auffangen soll, muss ein Eingreifen bereits bei einer spürbaren Beeinträchtigung möglich sein. Daher stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt Art. 33 Abs. 1 E-GeM wie folgt zu ändern:

[...] anderer schweizerischer Medienunternehmen **erheblich** beeinträchtigen könnten [...]

Die WEKO beantragt Art. 33 Abs. 2 E-GeM wie folgt zu ändern:

[...] bei einer möglichen **erheblichen** Beeinträchtigung

### E.1.5 Finanzierung

Im E-GeM wird festgehalten, dass die SRG den zugewiesenen Abgabenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes, der sich aus der Erfüllung des Leistungsauftrages ergibt, verwendet und dass sie dazu getrennte Rechnungen zu führen hat (Art. 39 und 40 E-GeM).

Die WEKO erachtet es – auch angesichts des Umfangs der Mittel, die an die SRG fliessen (werden) – als notwendig, dass das Quersubventionierungsverbot explizit im Gesetzestext festgehalten wird. Sie stellt daher den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt, über die in Art. 39 f. E-GeM festgelegten Bestimmungen hinaus, das Quersubventionierungsverbot für die SRG explizit im Gesetzestext festzuhalten. Dies kann als Zusatzformulierung im entsprechenden Artikel erfolgen, etwa mit der Formulierung: „Quersubventionierungen vom Bereich mit Leistungsauftrag zu anderen Bereichen sind verboten.“ Alternativ kann das Quersubventionierungsverbot als Grundsatzbestimmung in Art. 20 E-GeM aufgenommen werden.

### E.2 Medienanbieterinnen mit einer Leistungsvereinbarung

Gemäss Art. 55 Abs. 2 E-GeM soll der Bundesrat die Anrechenbarkeit der Kosten und die dafür zu liefernden Nachweise so regeln, dass nur Leistungen zugunsten elektronischer Medien berücksichtigt werden.

Für die WEKO ist nicht klar, wie der Bundesrat dies gewährleisten kann. Falls die Prüfung der Verfassungsgrundlage eine Einschränkung auf Radio und Fernsehen ergibt, sollten die Beiträge nur zugunsten von Radio und Fernsehen gesprochen werden. Vor dem Hintergrund der begrifflichen Unschärfe (vgl. Abschnitt B.2) stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt, dass Art. 55 Abs. 2 E-GeM hinsichtlich einer trennscharfen begrifflichen Abgrenzung von Medienbeiträgen überarbeitet wird und dabei zum Ausdruck kommt, wie der Bundesrat sicherzustellen hat, dass nur die entsprechenden Leistungen berücksichtigt werden.

Im E-GeM wird festgehalten, dass die Medienanbieterinnen mit einer Leistungsvereinbarung den zugewiesenen Abgabenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes, der sich aus der Erfüllung des Leistungsauftrages ergibt, verwenden und dass sie dazu getrennte Rechnungen zu führen haben (Art. 56 Abs. 2 und 3 E-GeM).

Die WEKO erachtet es als notwendig, dass das Quersubventionierungsverbot explizit im Gesetzestext festgehalten wird und stellt daher den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt, über die in Art. 56 E-GeM festgelegten Bestimmungen hinaus, das Quersubventionierungsverbot für Medienanbieterinnen mit einem Leistungsauftrag explizit im Gesetzestext festzuhalten. Dies kann als Zusatzformulierung im entsprechenden Artikel erfolgen, etwa mit der Formulierung: „Quersubventionierungen vom Bereich mit Leistungsauftrag zu anderen Bereichen sind verboten.“. Alternativ kann das Quersubventionierungsverbot als Grundsatzbestimmung in Art. 20 E-GeM aufgenommen werden.

## B 2.7

**2. Stellungnahme der WEKO betreffend die Konzession für die SRG/SSR****A. Grundsätzliche Anmerkungen**

Bei der Beurteilung von Rechtserlassen orientiert sich die WEKO an der Prämisse, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass regulatorische Eingriffe nicht ohne zwingende Erfordernisse Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

Aus ordnungspolitischer Sicht sind regulatorische Eingriffe grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn ein Marktversagen vorliegt und der regulatorische Eingriff zu einer Verbesserung führt. Marktversagen kann insbesondere bei Externalitäten, monopolistischen Engpässen, öffentlichen Gütern und im Zusammenhang mit Informationsasymmetrien vorliegen, im weiteren Sinn auch im Zusammenhang mit meritorischen Gütern. Gerade im Radio- und Fernsbereich verändert sich das Potenzial für Marktversagen im Zuge des technologischen Wandels stetig, sodass die Frage nach der Notwendigkeit regulatorischer Eingriffe in diesem Bereich kontinuierlich und auch in Abhängigkeit der technischen und gesamtmedialen Entwicklungen neu gestellt und beantwortet werden sollte. Die WEKO verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Ausführungen in Ihrer Stellungnahme zur Änderung der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV; SR 784.401) vom 5. Februar 2018 sowie die darin enthaltenen Verweise auf weitere Stellungnahmen der WEKO und ihres Sekretariats (nachfolgend: Sekretariat).

Im Sinne dieser ordnungspolitischen Grundsätze und im Hinblick auf eine technologieneutrale und diskriminierungsfreie Regulierung des medialen Service public-Angebots begrüsst die WEKO grundsätzlich das Vorhaben des Bundesrates, mittelfristig dem Parlament einen Entwurf für ein neues Bundesgesetz über elektronische Medien (nachfolgend: GeM) zu unterbreiten. Das Sekretariat hat bereits im Rahmen einer Ämterkonsultation im September 2017 zum Aussprachepapier des Bundesrates zu den Stossrichtungen für einen Vorentwurf dieses Gesetzes Stellung genommen. Es hat dabei insbesondere im Zusammenhang mit der Frage zur verfassungsmässigen Grundlage für eine Regulierung im Online-Bereich Anmerkungen vorgebracht und Anträge gestellt. Weiter hat das Sekretariat in der Ämterkonsultation zur Definition und Bemessung des Service public sowie zur Ausgestaltung von Kriterien für allfällige Fördermassnahmen und dem Vergabeverfahren für diese Massnahmen Anmerkungen vorgebracht und Anträge gestellt. Sowohl das Sekretariat als auch die WEKO werden sich gerne weiter am laufenden Gesetzgebungsverfahren beteiligen und allfällige aus wettbewerblicher Sicht relevante Anmerkungen und Anträge anbringen bzw. stellen.

Im Lichte dieser grundlegenden Bemerkungen nimmt die WEKO in den nachfolgenden Abschnitten spezifisch zur neuen Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: neue SRG-Konzession) Stellung:

**B. Online-Beiträge als publizistisches Angebot**

Art. 3 Abs. 1 der neuen SRG-Konzession erwähnt die Online-Beiträge neben den Radio- und Fernsehprogrammen nun neu als publizistisches Angebot, *das in erster Linie* gewährleistet werden soll. Das Sekretariat hat schon in seiner Stellungnahme zum Aussprachepapier des Bundesrates zum GeM vom 13. September 2017 angebracht, dass aus seiner Sicht die verfassungsrechtliche Grundlage für einen medialen Leistungsauftrag anderer elektronischer Medien (bspw. das Internet) nicht eindeutig gegeben ist. So ist der mediale Leistungsauftrag in Art. 93 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV; SR 101) beschrieben und bezieht sich alleine auf das *Radio und Fernsehen*. Auch das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) stipuliert in Art. 24 Abs. 1, dass „Die SRG [...] den verfassungsrechtlichen Auftrag im *Bereich von Radio und Fernsehen* (Programmauftrag) [erfüllt].“ und suggeriert damit zumindest im Wortlaut, dass sich der Verfassungsauftrag auf diese beiden Medien (Radio und Fernsehen) beschränkt.

Auch in der Lehre scheint ein Programmauftrag bei anderen Formen der elektronischen Massenkommunikation (wie bspw. online) umstritten zu sein.<sup>1</sup>

Aus diesen Gründen stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt: Die Frage nach der ausreichenden Verfassungsgrundlage für Online-Beiträge der SRG ist umfassend zu klären.

**C. Innovation**

Gemäss Art. 11 der neuen SRG-Konzession soll „Die SRG [...] laufend neue eigene publizistische Angebote mit einem hohen gestalterischen Innovationsangebot [entwickeln]. Dabei [sollen] die Kommunikationsmöglichkeiten neuer Technologien ausgenutzt [werden].“

Gemäss Erläuterungen sind mit „Kommunikationsmöglichkeiten neuer Technologien“ z.B. Plattformen (Social-Media) gemeint. Die SRG solle deren spezifischen Möglichkeiten (z.B. Facebook und Twitter) kreativ ausloten.

<sup>1</sup> Vgl. bspw. Peter Hettich und Mark Schelker (2016) „Medien im digitalen Zeitalter – Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht“, 2016, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, Abschnitt 3.2.4, S. 112 ff., mit weiteren Verweisen.

Die WEKO stellt fest, dass aus wettbewerblicher Sicht hier zumindest das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der SRG besteht. Es ist unklar, ob und inwiefern Dritte allenfalls von diesen Innovationen (ähnlich zu Kooperationen im Bereich der Nutzung von anderen Produktionen) diskriminierungsfrei profitieren könnten.

Aus diesen Gründen stellt die WEKO den folgenden Antrag:

Die WEKO beantragt: Es wird in der SRG-Konzession festgehalten, dass sicherzustellen ist, dass Dritte in keiner Form im Nachvollzug bzw. Kopieren und/oder Adaptieren der Innovationen im Sinne von Art. 11 der neuen SRG-Konzession eingeschränkt werden. Dies gilt im gleichen Sinne auch für die in Art. 19 der neuen SRG-Konzession erwähnten befristeten Versuche mit neuen Technologien.

#### **D. Unterstützung von Medienprojekten**

Art. 17 Abs. 5 und Art. 38<sup>bis</sup> der neuen SRG-Konzession betreffen die Möglichkeit der Zielgruppenwerbung und die Beschränkung dieser Möglichkeit in Abhängigkeit der Einnahmen daraus.

Das Sekretariat und die WEKO haben in ihren Stellungnahmen vom 13. September 2017 bzw. vom 5. Februar 2018 zur Änderung der RTVV betreffend die Möglichkeit und gleichzeitige Beschränkung von zielgruppenspezifischer Werbung in SRG-Programmen Anträge aus wettbewerblicher Sicht gestellt.<sup>2</sup> Das Sekretariat hat am 20. November 2017 diesbezüglich auch im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens des Bundesamtes für Kommunikation zur neuen SRG-Konzession auf seine vorgenannte Stellungnahme vom 13. September 2017 verwiesen.

Auf diese Eingaben der WEKO und ihres Sekretariats verweist die WEKO auch im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung zur neuen SRG-Konzession.

---

<sup>2</sup> Es wurde beantragt, unter den aktuellen Rahmenbedingungen (insbesondere aufgrund der Gebühren- und Werbefinanzierung) derzeit auf allfällige Beschränkungen der SRG im Bereich der zielgruppenspezifischen Werbung – im aktuellen Stadium von noch nicht etablierten und sich entwickelnden zielgruppenspezifischen Werbemärkten – zu verzichten.

## B 2.7

**3. Indirekter Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative – Vernehmlassung der WEKO**

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Oktober 2018 nach Art. 46 Abs. 2 KG*

**A Vorbemerkung**

Aus Sicht der WEKO ist der Abbau von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen – namentlich die unilaterale Aufhebung von Industriezöllen, die Senkung von Agrarzöllen und die Reduzierung der Ausnahmen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip sowie von schweizspezifischen Regulierungen und Normierungen – das primäre und erfolgversprechendste Instrument, um den Wettbewerb in der Schweiz zu fördern und damit einen spürbaren Preisdruck zu erzielen. Wie im Erläuternden Bericht zum indirekten Gegenvorschlag festgehalten, bestehen aus verschiedenen Gründen – auch aus Sicht der WEKO – berechtigte Zweifel, ob bzw. in welchem Ausmass die Fair-Preis-Initiative oder der indirekte Gegenvorschlag in der praktischen Umsetzung tatsächlich zum Abbau der Hochpreisinsel Schweiz beitragen können. Die Erwartungen der Öffentlichkeit, des Unternehmertums und der Politik, dass die allfälligen neuen Instrumente tatsächlich spürbare Wirkungen zeigen, werden indes hoch sein. Diese Erwartungshaltung wird in erster Linie an die Wettbewerbsbehörden herangetragen werden.

Die WEKO äussert sich mit vorliegender Stellungnahme nicht dazu, ob sie die Fair-Preis-Initiative oder den indirekten Gegenvorschlag befürwortet oder ablehnt, sondern legt ihre Anliegen im Hinblick darauf dar, dass eines der Projekte eine politische Mehrheit finden und umgesetzt werden sollte.

Die WEKO hat Verständnis für das Anliegen der Initiantinnen und Initianten der Fair-Preis-Initiative. Allerdings bestehen Vorbehalte gegenüber deren konkreten Lösungen: Zu erwähnen sind namentlich die Fragen der problematischen Durchsetzung der neuen Regeln im Ausland, deren interventionistische Wirkung, die formale Anlehnung an das Konzept der relativen Marktmacht in Deutschland (welches dort aber für ganz andere Konstellationen zum Einsatz kommt), die mögliche Diskriminierung von Unternehmen im Ausland („Nespresso-Klausel“), die Beurteilung von faktischen Zweiparteien-Streitigkeiten durch die Wettbewerbsbehörden, die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der im Ausland praktizierten Konditionen sowie die Schwierigkeiten der Durchsetzung auf dem zivilrechtlichen Weg.

Der Bundesrat präsentiert einen indirekten Gegenvorschlag, welcher einerseits Kernanliegen der Initiantinnen und Initianten aufnimmt, andererseits aber die mit der Fair-Preis-Initiative verbundenen Probleme möglichst reduziert. Er geht indes weniger weit als die Fair-Preis-Initiative. Zudem scheint der Erläuternde Bericht in gewissen Punkten missverständlich zu sein. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

**B Bemerkungen zum indirekten Gegenvorschlag****B.1 Ausklammerung des Ausbeutungsmissbrauchs**

Art. 7a E-KG lehnt sich konzeptionell an Art. 7 KG („Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen“) an. Art. 7 KG qualifiziert zwei Grundkonstellationen als Missbrauch, nämlich, wenn ein Marktbeherrscher einerseits andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (sog. Behinderungsmissbrauch) oder andererseits die Marktgegenseite benachteiligt (sog. Ausbeutungsmissbrauch). Die Missbrauchsvorschrift gemäss indirektem Gegenvorschlag in Art. 7a E-KG schliesst den Ausbeutungsmissbrauch im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 KG aus. Sie orientiert sich diesbezüglich an der Regelung in Deutschland, welche reine Ausbeutungsmissbräuche auch nicht erfasst. Sie weicht in diesem Punkt auch von der Fair-Preis-Initiative ab (Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a und b E-BV). Folglich betrifft der indirekte Gegenvorschlag nur Fälle, in welchen Unternehmen in der Schweiz untereinander diskriminiert werden oder im Wettbewerb zu Unternehmen im Ausland stehen und gegenüber diesen diskriminiert werden. Dies dürfte in erster Linie exportorientierte Unternehmen betreffen, die ihre Inputs zu übersteuerten Preisen in der Schweiz beziehen. Andere von den Initiantinnen und Initianten der Fair-Preis-Initiative ins Feld geführte Konstellationen werden vom indirekten Gegenvorschlag nicht erfasst: Die Herstellerin im Ausland verlangt von den Nachfragerinnen und Nachfragern (z.B. Händlern) in der Schweiz, welche nicht im Wettbewerb mit den Nachfragerinnen und Nachfragern im Ausland stehen, ungerechtfertigt überhöhte Preise (sog. „Zuschlag Schweiz“). Wenn die Herstellerin diese Nachfragerinnen und Nachfrager in der Schweiz – z.B. die Detailhändler, Lastwagenhersteller, Bäuerinnen und Bauern oder Hotels in einer bestimmten Region – gleich (schlecht) behandelt, indem sie von ihnen im Vergleich zum Ausland deutlich überhöhte Preise verlangt („abzockt“), so wird dies vom indirekten Gegenvorschlag nicht erfasst. Der Grund besteht vereinfacht gesagt darin, dass die Schweizer Abnehmer gleich schlecht behandelt und somit im Wettbewerb nicht behindert, sondern „nur“ ausgebeutet werden.

Auch wenn sich die WEKO letztlich nicht zur Frage äussert, ob der Ausbeutungsmissbrauch in Art. 7a E-KG integriert werden soll oder nicht, möchte sie zwecks Vermeidung von Missverständnissen darauf hinweisen, dass die Ausklammerung der Ausbeutung den Anwendungsbereich der neuen Regelung im Vergleich zur Fair-Preis-Initiative reduziert. Insbesondere wäre sie in der Regel nicht anwendbar auf den Detailhandel, die Hotelindustrie und die Landwirtschaft, weil diese Märkte traditionell national bzw. lokal abgegrenzt werden (vgl. z.B. RPW 2016/1, 102 Rz 265, Online-Buchungsplattformen

für Hotels; RPW 2008/1, 158 Rz 247, Migros/Denner); dies gestützt auf Marktanalysen, die zeigten, dass Detailhändler, Hotels und Bauern im Allgemeinen nicht im Wettbewerb mit ausländischen Anbietern stehen. Gerade in grenznahen Regionen mag dies ausnahmsweise anders sein, das ändert aber nichts am grundsätzlichen Befund.

Wie bereits die Medienberichterstattung nach der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens gezeigt hat, wird die Ausklammerung des Ausbeutungsmissbrauchs fast überall übersehen bzw. missverstanden. Dies hängt nicht nur mit der Komplexität der Materie zusammen, sondern auch damit, dass der Erläuternde Bericht diesbezüglich missverständlich ist. Indem er die Ausklammerung der Ausbeutung und die Folgen davon für die Praxis nur am Rande erwähnt, erweckt er bei weiten Kreisen den unzutreffenden Eindruck, die Ausbeutung sei mitumfasst und die WEKO könne zukünftig gegen entsprechenden Missbrauch vorgehen. Ohne klare Kommunikation werden folglich unerfüllbar hohe Erwartungen hinsichtlich einer weitgehenden Interventionsbefugnis der Wettbewerbsbehörden geweckt: Denn die Wettbewerbsbehörden könnten Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs, die an sie herangetragen werden, mangels einer genügenden rechtlichen Grundlage weder aufgreifen noch beurteilen. Dennoch würden solche gemeldeten Fälle bei den Wettbewerbsbehörden durch die damit verbundene Triage- und Kommunikationsarbeit Ressourcen binden. Dies würde nicht nur zu Leerläufen führen, sondern wäre auch der Reputation der Behörden abträglich.

## **B.2 Gleichwertige Bewertung der Initiative und des Gegenvorschlags**

Die WEKO ist der Ansicht, dass bei der Darstellung der Beurteilung der Fair-Preis-Initiative und des indirekten Gegenvorschlags im Erläuternden Bericht nicht derselbe Massstab angewendet wird: Probleme, welche bei beiden Lösungen in vergleichbarer Intensität existieren, werden bei der Fair-Preis-Initiative hervorgehoben, beim indirekten Gegenvorschlag hingegen nicht. Weil Nachteile und Regelungslücken (wie der erwähnte Ausbeutungsmissbrauch) nicht oder zu wenig klar genannt werden, erscheint der indirekte Gegenvorschlag im Erläuternden Bericht im Vergleich zur Fair-Preis-Initiative in einem zu guten Licht. So dürften namentlich die Durchsetzungsschwierigkeiten im Ausland, welche bei der Initiative zu Recht beanstandet werden (z.B. S. 11), auch beim indirekten Gegenvorschlag vorhanden sein. In der weiteren politischen Diskussion ist auf eine unmissverständliche und gleichwertige Bewertung der Fair-Preis-Initiative und des indirekten Gegenvorschlags zu achten.

## **B.3 Personelle Auswirkungen**

Der Erläuternde Bericht führt auf S. 19 (Abschnitt 3.1) aus, dass der indirekte Gegenvorschlag keine personellen Auswirkungen auf den Bund habe. Insbesondere seien keine zusätzlichen Ausgaben und Personalaufwendungen für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte (Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht) zu erwarten. Aufgrund der zusätzlichen Fälle könne die WEKO voraussichtlich allerdings weniger „klassische“ Fälle

bzw. solche zum Teil nur mit einer geringeren Priorität aufgreifen.

Die zusätzlichen Aufgaben, die im Falle einer Annahme des indirekten Gegenvorschlags (oder der Initiative) auf die Wettbewerbsbehörden zukommen, dürfen nicht zu einer personellen Unterausstattung führen und damit zu Lasten der Kernarbeit der Behörden gehen, sprich zu Lasten der Verfolgung von schädlichen Kartellen, harten Vertikalabreden und klassischem Marktmachtmissbrauch. Zu den Schwerpunkten der Behörden gehört seit vielen Jahren, gegen marktabschottende Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Beispiele sind die von den Gerichten bestätigten WEKO-Entscheide in Sachen GABA (Sanktion von CHF 5 Mio.), NIKON (Sanktion von CHF 12 Mio.) und BMW (Sanktion von CHF 157 Mio.), bei denen es um die private Behinderung von Parallel- und Direktimporten durch Vertikalabreden ging. Solche Abreden tragen massgeblich zur Hochpreisinsel Schweiz bei. Wollte der Bundesrat oder der Gesetzgeber den durch Art. 7a E-KG verursachten Mehraufwand mittels anderer Prioritätensetzung bei der WEKO kompensieren, hiesse das, dass die Wettbewerbsbehörden zukünftig besonders schädliche und sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen mit weniger Nachdruck verfolgen würden als heute, was nicht nur der Rechtsstaatlichkeit, sondern auch der Präventivwirkung des KG abträglich wäre.

Um eine Aufweichung der KG-Durchsetzung zu verhindern, erfordern die hier diskutierten zusätzlichen Aufgaben zwingend zusätzliches Personal; je nach Ausgestaltung schätzungsweise 5–10 zusätzliche Vollzeitstellen. Dies zeigen auch die Erfahrungen der letzten KG-Revision: Die Umsetzung des neu eingeführten Art. 5 Abs. 4 KG im Jahr 2004 hatte einen erheblichen Aufwand bei den Behörden, aber auch bei den Gerichten zur Folge. Es dauerte mithin mehr als zehn Jahre, bis das Bundesgericht in Präjudizien für eine gewisse Rechtssicherheit gesorgt hat. Entsprechendes wäre auch bei der Einführung der relativen Marktmacht zu erwarten.

## **B.4 Durchsetzung auf dem Zivilweg**

Im Erläuternden Bericht wird mehrfach zu Recht darauf hingewiesen, dass Art. 7a E-KG zukünftig, allenfalls nach einigen Leitentscheiden der WEKO, auf dem Zivilweg durchgesetzt werden soll. Diese Position ist zu begrüssen. Die WEKO regt an, in der zukünftigen politischen Diskussion genauer aufzuzeigen, wie ein solches Verfahren in der Praxis ablaufen würde. Dabei wäre auch zu erläutern, was bei internationalen Sachverhalten (Beklagte im Ausland) gilt, insbesondere im Hinblick auf den Gerichtsstand, das anwendbare Recht, die Klagelegitimation, die Beweisführung, die Verjährung und die Vollstreckung.

## **B.5 Fehlende Regelung gegen Geoblocking**

Die WEKO stellt fest, dass der indirekte Gegenvorschlag – im Unterschied zur Initiative – nicht auch eine Regelung gegen Geoblocking enthält. Der Verzicht auf eine solche Regelung mit Verweis auf den Nachteil, dass die Durchsetzung einer solchen Regelung im Ausland nicht gesichert wäre, wirft die Frage auf, inwiefern dieses Problem beim Geoblocking grösser sein soll als beim

---

indirekten Gegenvorschlag. Eine Regelung gegen Geoblocking, welche sich an den Regeln und Erfahrungen in der EU bzw. in den Nachbarstaaten orientieren könnte, wäre gesetzestechnisch an einem anderen Ort als dem Kartellgesetz zu verorten.

---

**B 4** **Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

|     |   |
|-----|---|
| B 4 | <b>1. Sentenza dell'11 ottobre 2018 – Iscrizione all'albo delle imprese artigiane (LIA), ricorso contro la sentenza emanata il 7 marzo 2018 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino</b> |
|-----|---|

*Sentenza 2C\_342/2018 dell'11 ottobre 2018, II Corte di diritto pubblico*

*Partecipanti al procedimento*

1. **Unione Associazioni dell'Edilizia (UAE),**
  2. **Associazione ticinese pavimenti (ATP),**
  3. **Associazione svizzera fabbricanti mobili e serramenti sezione Ticino (ASFMS-TI),**
  4. **Associazione svizzera delle piastrelle - sezione Ticino,**
  5. **Società ticinese imprenditori di ponteggi (STIP),**
  6. **Associazione imprenditori forestali della Svizzera Italiana (ASIF),**
  7. **Associazione svizzera imprenditori pittori - regione Ticino (ASIP-TI),**
  8. **Suissetec Ticino e Moesano (SUISSETEC),**
  9. **Associazione costruttori in legno Ticino e Moesano (ASCOLETI),**
  10. **Jardinsuisse Ticino, associazione svizzera imprenditori giardinieri (JS-TI),**
  11. **A. SA,**
  12. **B. Sagl,**
  13. **C. SA,**
  14. **D. SA,**
  15. **E. SA,**
  16. **F.,**
  17. **G. SA,**
  18. **H. Sagl,**
  19. **I. SA,**
  20. **J. SA,**
  21. **K.,**
  22. **N.,**
- tutti patrocinati dagli [...]*

*ricorrenti,*

*contro*

**Commissione della concorrenza (COMCO), Berna,**

**Commissione di vigilanza sulle imprese artigiane (CV-LIA), Bellinzona,**  
**O. AG,**

*patrocinata dall [...].*

*Oggetto: Iscrizione all'albo delle imprese artigiane (LIA), ricorso contro la sentenza emanata il 7 marzo 2018 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino (52.2016.632).*

**Fatti:**

**A.**

La legge ticinese sulle imprese artigiane del 24 marzo 2014 (LIA; RL/TI 7.1.5.4), entrata in vigore il 1° febbraio 2016, si prefigge di favorire la qualità dei lavori delle imprese artigiane che operano sul territorio cantonale, di migliorare la sicurezza dei lavoratori e di prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza (art. 1 LIA). A garanzia di questi scopi, è stato istituito l'obbligo di ottenere un'autorizzazione cantonale per l'esercizio di tredici professioni nel ramo dell'artigianato (cfr. Allegato al regolamento del 20 gennaio 2016 della legge sulle imprese artigiane [RLIA; RL/TI 7.1.5.4.1]) e, di riflesso, è stato creato un albo delle imprese artigiane (art. 3 LIA), gestito dalla Commissione di vigilanza sulle imprese artigiane (CV-LIA; art. 13 LIA), nel quale le ditte hanno diritto a essere iscritte (art. 4 cpv. 1 LIA) se dispongono dei requisiti professionali (art. 6 LIA) e personali (art. 7 LIA) esatti. Vengono inoltre prelevate delle tasse d'iscrizione e tenuta a giorno dell'albo (art. 19 LIA combinato con l'art. 1 RLIA), nonché previste delle eccezioni, adempiute precise condizioni, a favore dei richiedenti aventi sede o domicilio in un altro Cantone (art. 11 cpv. 2bis RLIA). La legge contempla poi, oltre ad una norma transitoria (art. 24 cpv. 1 LIA), anche delle sanzioni disciplinari e penali in caso di violazioni di queste disposizioni (art. 20 e 22 LIA). Il regolamento di applicazione specifica i settori professionali assoggettati alla LIA (art. 1 RLIA) nonché i documenti e certificati da produrre con la richiesta d'iscrizione (art. 4 e 5 RLIA). Le imprese iscritte all'albo devono presentare annualmente ulteriori documenti a comprova dell'adempimento di determinate esigenze (ad esempio pagamento degli oneri sociali, rispetto del contratto collettivo di lavoro e delle richieste coperture assicurative, cfr. art. 9 RLIA). La CV-LIA, istituita dal Consiglio di Stato per un periodo di quattro anni, è composta da un presidente designato dal Consiglio di Stato, da quattro rappresentanti delle associazioni dei lavoratori e da quattro rappresentanti dell'Unione Associazioni dell'Edilizia (art. 12 LIA, nonché per quanto concerne l'organizzazione, gli art. 2 e 3 RLIA).

Come emerge dai materiali legislativi la LIA è stata introdotta in particolare con l'obiettivo di "aumentare il controllo dello Stato nel settore dell'artigianato e migliorare in tal modo la qualità dei lavori e la prevenzione degli abusi" (Messaggio n. 6999 dell'11 novembre 2014 sull'iniziativa parlamentare 5 novembre 2012 [...]) per una nuova legge sull'esercizio della professione d'imprenditore nel settore artigianale pag. 1). L'intento del legislatore



era di reagire *"alla necessità di tutelare la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul nostro territorio nonché al manifesto bisogno di assicurare maggiori controlli"* (cfr. Messaggio citato, pag. 2) precisando che *"la necessità di avere nell'ambito delle imprese artigianali una chiara regolamentazione è mirata ad assicurare un adeguato controllo pubblico in un settore ove sono sempre più richiesti elevati standard di sicurezza e qualità del lavoro"* (Rapporto n. 6999 R del 4 marzo 2015 della Commissione della legislazione pag. 2).

## B.

In seguito ad un iter che non occorre qui rievocare il 2 dicembre 2016 la CV-LIA ha emanato una decisione con cui veniva accertato l'obbligo, per la O. AG, ditta con sede a Lucerna ed intenzionata ad esercitare un'attività sul suolo ticinese, di iscriversi all'albo delle imprese artigianali, attenendosi alle formalità e alle condizioni previste dalla LIA.

## C.

Detta decisione è stata trasmessa per conoscenza alla Commissione della concorrenza (COMCO), la quale l'ha impugnata il 19 dicembre 2016 dinanzi al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino censurando una disattenzione, sotto più aspetti, della legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02).

## D.

Il Tribunale cantonale amministrativo ha accolto il ricorso con sentenza del 7 marzo 2018. Accertata l'applicabilità della LMI, ha giudicato, in sintesi, che le condizioni poste dalla LIA all'esercizio di determinate attività artigianali, anche se non violavano il principio della parità di trattamento poiché valide anche per gli offerenti locali, costituivano tuttavia una restrizione illecita al libero accesso al mercato, non erano indispensabili per tutelare interessi pubblici preponderanti e non rispettavano il principio della proporzionalità. Ha inoltre considerato che la procedura prevista per l'iscrizione all'albo delle imprese extracantonali non era conforme alle condizioni di semplicità, rapidità e gratuità di cui all'art. 3 cpv. 4 LMI.

## E.

Il 20 aprile 2018 l'Unione Associazioni dell'Edilizia (UAE), l'Associazione ticinese pavimenti (ATP), l'Associazione svizzera fabbricanti mobili e serramenti sezione Ticino (ASFMS-TI), l'Associazione svizzera delle piastrelle - sezione Ticino, la Società ticinese imprenditori di ponteggi (STIP), l'Associazione imprenditori forestali della Svizzera Italiana (ASIF), l'Associazione svizzera imprenditori pittori - regione Ticino (ASIP-TI), la Suisse-tec Ticino e Moesano (SUISSETEC), l'Associazione costruttori in legno Ticino e Moesano (ASCOLETI), la Jardinsuisse Ticino, associazione svizzera imprenditori giardinieri (JS-TI), la A. SA, la B. Sagl, la C. SA, la D. SA, la E. SA, la F., la G. SA, la H. Sagl, la I. SA, la J. SA, K. e N. hanno inoltrato dinanzi al Tribunale federale un ricorso in materia di diritto pubblico con cui censurano una violazione degli art. 8 (parità di trattamento), 9 (divieto dell'arbitrio) e 29 (diritto di essere sentiti e di ottenere una motivazione sufficiente) Cost. nonché dell'art. 3 LMI.

Non è stato ordinato alcun atto istruttorio.

## Diritto:

### 1.

**1.1.** Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la sua competenza (art. 29 cpv. 1 LTF), rispettivamente l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti (DTF 143 III 416 consid. 1 pag. 417; 143 IV 85 consid. 1.1 pag. 87 e rinvii). Ciononostante, la parte ricorrente è tenuta a dimostrare la propria legittimazione (art. 42 cpv. 1 e 2 LTF). Se la legittimazione ad agire non è di primo acchito evidente, non spetta infatti al Tribunale federale ricercare su quali elementi la stessa potrebbe fondarsi. In assenza di questi elementi, il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile (DTF 142 V 395 consid. 3.1 pag. 397; 138 III 537 consid. 1.2 pag. 539; 137 III 522 consid. 1.3 pag. 525 e rispettivi rinvii).

**1.2.** L'impugnativa è diretta contro una decisione finale (art. 90 LTF) di un'autorità cantonale di ultima istanza con carattere di tribunale superiore (art. 86 e 90 LTF), concerne una causa di diritto pubblico (art. 82 lett. a LTF) che non rientra sotto le eccezioni previste dall'art. 83 LTF ed è stata presentata in tempo utile (art. 100 cpv. 1 in relazione con l'art. 46 cpv. 1 lett. a LTF). Essa è quindi, in linea di principio, ammissibile quale ricorso in materia di diritto pubblico.

### 2.

**2.1.** Quale condizione di ammissibilità la potestà ricorsuale definisce la cerchia delle persone legittimate a contestare un atto amministrativo. Quando, come nella presente fattispecie, tra chi ricorre vi sono delle associazioni che non possono prevalersi di un diritto di ricorso in virtù di una legge speciale (art. 89 cpv. 2 lett. d LTF) la loro legittimazione ad agire va vagliata alla luce dell'art. 89 cpv. 1 LTF (sentenza 1C\_514/2017 del 4 ottobre 2017 consid. 2 e rinvio).

**2.2.** Ai sensi dell'art. 89 cpv. 1 LTF ha diritto di interporre ricorso in materia di diritto pubblico chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo (lett. a), è particolarmente toccato dalla decisione o dall'atto normativo impugnati (lett. b) e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica degli stessi (lett. c). Queste condizioni devono essere adempiute cumulativamente (DTF 137 II 40 consid. 2.2 pag. 43; 133 II 249 consid. 1.3 pag. 252; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, 2a ed. 2014, n. 16 ad art. 89).

**2.3.** Per quanto riguarda più specificatamente le associazioni, le stesse, se hanno la personalità giuridica, possono interporre ricorso a tutela dei propri interessi degni di protezione oppure agire in difesa degli interessi dei loro membri (cosiddetto ricorso corporativo di natura egoista). Il ricorso di un'associazione a tutela dei propri membri è tuttavia possibile solo quando ha per scopo statutario la difesa degli interessi degni di protezione dei suoi soci, quando questi interessi sono comuni alla maggioranza o a un gran numero di essi e quando ognuno di questi membri ha la qualità per prevalersene a titolo individuale (DTF 142 II 80 consid. 1.4.2 pag. 84; sentenza 2C\_380/2016 del 1° settembre 2017 consid. 1.3 non pubblicato in DTF 143 II 598 e rispettivi rinvii).

Queste condizioni devono essere adempiute cumulativamente e mirano ad escludere l'azione popolare: chi non fa valere interessi propri, ma soltanto interessi generali o pubblici, non è abilitato a ricorrere. Perché sia dato un diritto di ricorso dell'associazione non basta che la stessa si occupi in modo generale della materia in questione, ma occorre una relazione stretta e diretta tra lo scopo statutario e l'ambito in cui è stata emanata la decisione litigiosa (DTF 136 II 539 consid. 1.1 pag. 542).

## 2.4.

**2.4.1.** Come appena accennato la legittimazione ad agire dinanzi al Tribunale federale presuppone, tra l'altro, che la parte ricorrente abbia partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o sia stata privata della possibilità di farlo (art. 89 cpv. 1 lett. a LTF). Ciò significa che, salvo validi motivi, chi non ha preso parte alla procedura avviata dinanzi all'autorità precedente, sia nella qualità di parte le cui conclusioni sono state parzialmente o totalmente respinte (DTF 134 V 306 consid. 3.3.1 pag. 311 e rinvii) o anche come semplice partecipante (DTF 137 II 40 consid. 2.6.2 pag. 45) non è legittimato a ricorrere (HANSJÖRG SEILER in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2aed. 2015, n. 29 all'art. 89; BERNHARD WALDMANN in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2aed. 2015, n. 8 all'art. 89; FRANÇOIS BELLANGER, Le recours en matière de droit public, in: Les nouveaux recours fédéraux en droit public, 2006, pag. 61), difettandogli il cosiddetto "formelle Beschwer" (REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2a ed. 2015, n. 1427 segg; RHINOW ET AL, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3a ed. 2014, n. 1099), e ciò indipendentemente dall'interesse che può avere all'annullamento o alla modifica del giudizio contestato (sentenza 2C\_996/2017 del 13 febbraio 2018 consid. 3.1).

**2.4.2.** Un'eccezione all'esigenza di cui all'art. 89 cpv. 1 lett. a LTF viene ammessa in particolare quando l'autorità inferiore, per ragioni procedurali, ha negato a torto o per errore o per omissione la qualità di parte al ricorrente (DTF 134 V 306 consid. 3.3.1 pag. 311; sentenza 2C\_1054/2016 del 15 dicembre 2017 consid. 2.2; SEILER, op. cit., n. 30 all'art. 89; WALDMANN, op. cit., n. 9 all'art. 89; BELLANGER, op. cit., pag. 62). Un'ulteriore eccezione viene riconosciuta quando la persona interessata è toccata per la prima volta dal giudizio impugnato (essendo precisato che se la legittimazione ricorsuale sorge solo nel corso della procedura, l'interessato deve allora di principio essere invitato a partecipare all'istanza; vedasi, ad esempio, il perito incaricato dall'autorità inferiore, al quale sono stati ridotti gli onorari con la decisione di merito, DTF 134 I 159 consid. 1.3 pag. 161; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, n. 331 e 333 pag. 179; AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 19 segg., in particolare n. 20 e numerosi riferimenti). Non è invece legittimato a ricorrere chi ha volontariamente rinunciato a partecipare al procedimento dinanzi all'istanza precedente (AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 21; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi sur le Tribunal fédéral, 2008, n. 3060).

**2.4.3.** Nella fattispecie, è incontestato che i qui ricorrenti, ossia l'Unione Associazioni dell'Edilizia, le nove asso-

ciazioni di categoria, le dieci imprese artigianali e i due artigiani non hanno preso parte al procedimento dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo. Essi nulla adducono riguardo a questo aspetto né spiegano (art. 42 cpv. 2 LTF) - né è peraltro ravvisabile - perché sarebbero stati impediti senza loro colpa di parteciparvi. In proposito va osservato che sebbene non siano stati espressamente invitati a partecipare al procedimento in questione, è indubbio che ne erano al corrente, siccome rappresentanti dell'Unione Associazioni dell'Edilizia sono membri della CV-LIA (art. 12 LIA), la quale era parte alla procedura cantonale: essi avrebbero pertanto dovuto annunciarsi se volevano tutelare i loro diritti di parte. I ricorrenti in seguito non indicano in che consisterebbe il valido motivo che permetterebbe di riconoscere loro la qualità ad agire malgrado il fatto che non abbiano preso parte al menzionato procedimento. Essi si limitano invece a cercare di dimostrare, per ciascuno di loro, perché adempirebbero le (ulteriori) esigenze esatte dell'art. 89 cpv. 1 lett. b e c LTF, cioè perché sarebbero particolarmente toccati dalla decisione querelata rispettivamente perché disporrebbero di un interesse degno di protezione al suo annullamento. Ciò non è però sufficiente per riconoscere loro la legittimazione ad agire, le tre condizioni richieste dall'art. 89 cpv. 1 lett. a-c LTF dovendo essere adempiute cumulativamente.

**2.5.** Premesse queste considerazioni, in mancanza dell'adempimento, da parte di tutti i ricorrenti, del primo dei tre requisiti previsti all'art. 89 cpv. 1 LTF affinché sia loro riconosciuta la potestà ricorsuale, il ricorso si avvera pertanto inammissibile.

## 3.

La condizione dell'interesse a ricorrere è definita in modo più ampio nell'ambito del ricorso in materia di diritto pubblico rispetto al ricorso sussidiario in materia costituzionale. Quest'ultimo rimedio non costituisce quindi una via di diritto sussidiaria laddove manca l'interesse degno di protezione a interporre un ricorso in materia di diritto pubblico, ma bensì laddove la ricevibilità di un tale ricorso deve essere negata in ragione delle eccezioni previste all'art. 83 LTF o per il mancato raggiungimento del valore stabilito all'art. 85 cpv. 1 LTF (sentenza 8C\_779/2015 dell'8 agosto 2016 consid. 4.5 pubblicato in SJ 2017 I pag. 138; GIOVANNI BIAGGINI, Commentario basilese, n. 33 all'art. 113 LTF; HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2007, n. 14 all'art. 113; JEAN-MICHEL FRÉSARD, in: Commentaire de la LTF, 2a ed. 2014, n. 24 all'art. 113). Non essendo il caso nella fattispecie in esame, il ricorso sussidiario in materia costituzionale non entra in considerazione.

## 4.

Le spese giudiziarie seguono la soccombenza e vanno sostenute dai ricorrenti, con vincolo di solidarietà (art. 66 cpv. 1 e 5 LTF). Non si accordano ripetibili (art. 68 LTF).

**Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:**

## 1.

Il ricorso è inammissibile.

**2.**

Le spese giudiziarie di fr. 3'000.- sono poste a carico dei ricorrenti in solido.

**3.**

Comunicazione ai patrocinatori dei ricorrenti rispettivamente della parte interessata, alla COMCO, alla CV-LIA e al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

|             |   |  |          |  |  |
|-------------|---|--|----------|--|--|
| <b>A</b>    |   |  |          |  |  |
| AF          | Arrêté fédéral  |  | GedrV    |  | and Trade  |
| AIMP        | Accord intercantonal sur les marchés publics                          |  | GRUR     |  | Verordnung über  |
| AJP         | Aktuelle juristische Praxis (=PJA)                                    |  |          |  | Gebrauchsgegenstände   |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin  |  | GU       |  | Gewerblicher Rechtsschutz  |
| AS          | Amtliche Sammlung des Bundesrechts                                    |  |          |  | und Urheberrecht   |
| ATF         | Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel                   |  |          |  | Gemeinschaftsunternehmen   |
| <b>B</b>    |   |  | <b>H</b> |  |  |
| BA          | Bundesamt   |  | HGer     |  | Handelsgericht   |
| BB          | Bundesbeschluss   |  | HMG      |  | Heilmittelgesetz   |
| BBI         | Bundesblatt   |  | <b>I</b> |  |  |
| BG          | Bundesgesetz  |  | IPRG     |  | Bundesgesetz über das internationale Privatrecht                     |
| BGBM        | Bundesgesetz über den Binnenmarkt                                     |  | IVöB     |  | Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen   |
| BGE         | Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung |  | <b>J</b> |  |  |
| BGer        | Bundesgericht   |  | JAAC     |  | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération      |
| BOCE        | Bulletin officiel du Conseil des Etats                                |  | JdT      |  | Journal des Tribunaux  |
| BOCN        | Bulletin officiel du Conseil national                                 |  | <b>K</b> |  |  |
| BoeB        | Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen                   |  | KG       |  | Kartellgesetz  |
| BR          | Bundesrat   |  | KMU      |  | Kleine und mittlere Unternehmen                                      |
| BR/DC       | Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction           |  | KSG      |  | Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit                            |
| BUCN        | Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale                          |  | KVG      |  | Bundesgesetz über die Krankenversicherung                            |
| BUCSt       | Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati                        |  | <b>L</b> |  |  |
| BV          | Bundesverfassung  |  | LAA      |  | Loi fédérale sur l'assurance-accidents                               |
| BZP         | Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess                              |  | LAMal    |  | Loi fédérale sur l'assurance-maladie                                 |
| <b>C</b>    |   |  | LCA      |  | Loi fédérale sur le contrat d'assurance                              |
| CC          | Code civil  |  | LCart    |  | Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence |
| CE          | Communauté Européenne   |  | LCD      |  | Loi fédérale contre la concurrence déloyale                          |
| CE          | Conseil des Etats   |  | LCsl     |  | Legge federale contro la concorrenza sleale                          |
| CF          | Conseil fédéral   |  | LDA      |  | Loi fédérale sur le droit d'auteur                                   |
| FR.         | Schweizer Franken / Franchi svizzeri                                  |  | LDIP     |  | Loi fédérale sur le droit international privé                        |
| CO          | Code des obligations  |  | LETC     |  | Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce                 |
| Cost.       | Costituzione federale   |  | LF       |  | Loi fédérale / Legge federale  |
| CPC         | Code (cantonal) de procédure civile                                   |  | LL       |  | Legge federale sul lavoro  |
| CPS         | Code pénal suisse   |  | LMG      |  | Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände              |
| cst.        | Constitution fédérale   |  | LMI      |  | Loi fédérale sur le marché intérieur                                 |
| <b>D</b>    |   |  | LMP      |  | Loi fédérale sur les marchés publics                                 |
| DCP         | Diritto e politica della concorrenza (=RPW)                           |  | LOTG     |  | Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio                   |
| DPC         | Droit et politique de la concurrence (=RPW)                           |  | LPM      |  | Loi fédérale sur la protection des marques                           |
| DG          | Direction Générale (UE)   |  | LRFP     |  | Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits              |
| <b>E</b>    |   |  | LSPR     |  | Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi                         |
| EU          | Europäische Union   |  | <b>M</b> |  |  |
| <b>F</b>    |   |  | <b>N</b> |  |  |
| FF          | Feuille fédérale  |  | <b>O</b> |  |  |
| FMG         | Fernmeldegesetz   |  | O        |  | Ordonnance   |
| <b>G</b>    |   |  | OCDE     |  | Organisation de Coopération et de Développement Economique           |
| GATT        | General Agreement on Tariffs  |  | OCSE     |  | Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico           |

|             |   |          |   |
|-------------|---|----------|---|
| OECD        | Organisation for Economic Cooperation and Development                                     | SMI      | Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)           |
| OFAP        | Office fédéral des assurances privées   | SR       | Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)                           |
| OG          | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege                                 | StGB     | Schweizerisches Strafgesetzbuch   |
| OGer        | Obergericht   | StR      | Ständerat   |
| OJ          | Loi fédérale sur l'organisation judiciaire  | SZW      | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)                 |
| OMC         | Organisation mondiale du commerce   | T        |   |
| OMP         | Ordonnance sur les marchés publics  | TA       | Tribunal administratif  |
| OR          | Obligationenrecht   | TApp     | Tribunale d'Appello   |
| OTVA        | Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée                                       | TC       | Tribunal cantonal / Tribunale cantonale                                 |
| <b>P</b>    |   | TF       | Tribunal fédéral / Tribunale federale                                   |
| PA          | Loi fédérale sur la procédure administrative  | THG      | Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse                           |
| PCF         | Loi fédérale sur la procédure civile fédérale   | TRIPS    | Trade Related Aspects on Intellectual Property                          |
| PJA         | Pratique Juridique Actuelle (=AJP)  |          |   |
| Pra.        | Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts   | <b>U</b> |   |
| PrHG        | Produkthaftpflichtgesetz  | UE       | Union Européenne  |
| Publ.CCSPr  | Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix | UFIAML   | Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro     |
| PüG         | Preisüberwachungsgesetz   | URG      | Bundesgesetz über das Urheberrecht                                      |
| <b>Q</b>    |   | URP      | Umweltrecht in der Praxis (=DEP)  |
|             |   | 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 -  
 abgestimmte Verhaltensweise 720, 744, 764, 779 f., 789 f., 797, 808 f., 831, 848  
 Abrede 719 ff., 736 ff., 744 ff., 756 ff., 764 ff., 779 ff., 789 ff., 801 ff., 805, 808 ff., 826, 830 ff., 847 ff., 865, 871, 917 ff., 922, 935 f., 941, 987, 989, 995, 1000, 1008 ff., 1013, 1042  
 Acquiring -  
 Anhörung 737 f., 758, 775, 802, 821, 824 f., 843  
 Apotheker/innen -  
 Ärzte(-Verband) 1015

### B

Banken -  
 Befristung des Entscheids -  
 Breitbanddienste -  
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

### C

### D

Debitkarten -  
 Domestic Interchange Fee -

### E

Effizienzgründe 721, 747, 768, 782, 792, 811, 814, 834 f.  
 Effizienzprüfung 721  
 Einstellung einer Untersuchung -  
 einvernehmliche Regelung -  
 Erheblichkeit 747, 753, 767 f., 775, 782, 792, 811, 817, 834 f.  
 Exklusivvertrieb -

### F

### G

geografische Beschränkungen -  
 Grosskunden-Märkte -

### H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

### I

Indizienbeweis 826  
 Interchange Fee -  
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

### J

### K

kollektive Marktbeherrschung 894 ff., 904 ff., 911 ff., 973 ff., 1005, 1008

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 746, 810, 833, 850, 859, 871, 881, 889, 921, 941, 948, 970, 990, 993, 1013

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer 1015, 1027 ff.,

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

### L

legitimate business reasons -

### M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 716 f., 864, 873, 881, 893 f., 899, 901 ff., 915 ff., 923, 932, 934, 936, 942 f., 947, 951 f., 954 ff., 963 ff., 970 f., 973, 975 f., 980 ff., 984 f., 988, 990, 992, 997, 1005 ff., 1018 f.

Marktgegenseite 720, 746, 766, 781, 791, 810, 833, 835, 849 f., 873, 875, 879, 895, 897, 899, 906, 911 ff., 924 f., 943 f., 971, 975 f., 979, 982, 984, 991, 997, 1003, 1020 f., 1028 ff., 1041

Marktorganisation -

Marktstruktur 888 ff., 901, 913, 916, 1002, 1008, 1024, 1026, 1029

Marktzutrittsschranken -

Meldepflicht 716 ff., 873, 923, 941 ff., 990, 996 f., 1018 f.

Missbrauch 1041 f.

### N

Netzwerk 924, 947, 993 f., 998, 1002 f., 1005, 1007, 1033

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

### O

### P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 898 f., 901 f., 915, 959, 985

Preisabrede 747, 768, 782, 792, 811, 833 f.

Preisbindung zweiter Hand -

### Q

Quersubventionierung 1036, 1038

### R

Rabatte 807, 979

Reduktion der Sanktion 752, 754, 775, 817, 855

**S**

Sanktionen 727 ff., 731 ff., 735 f., 749, 755, 757 ff., 769 ff.,  
800 f., 813, 819 f., 840 f., 858

Senkung Herstellkosten -

Submission 724 f., 272 ff., 732 f., 738, 745, 748 ff., 759,  
761, 765 ff., 769 ff., 777, 781, 783 ff., 791, 793 ff., 803,  
809 f., 812, 814 ff., 822, 826, 835 ff., 843, 849, 851 ff.

Submissionskartell -

**T**

Tarife 916, 978, 998 f., 1002, 1013 f., 1020, 1024, 1029 f.

Tarifvertrag 1024, 1028

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 723 f., 726 ff., 732 ff., 746, 751 ff., 763 f., 771  
ff., 779, 785, 789, 791, 795, 798 f., 801 ff., 806, 808, 810,  
812 f., 816, 818, 820 f., 830, 833, 839 ff., 845, 847, 850,  
854 f., 857 f., 998, 1001, 1014, 1019 ff., 1027, 1029,  
1031, 1033

unzulässige Wettbewerbsabrede 732, 736, 744, 747, 756,  
764, 768, 779, 783, 789, 793, 799, 801, 808, 812, 820,  
830, 836, 841, 848, 851

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 941, 1049

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 744, 764, 779, 789, 808, 830,  
848, 872, 923, 941, 990, 997, 1014, 1017, 1028

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X****Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -